

الهندسة المالية للشركات وظاهرة الأسهم القطاعية

دكتور

محمد السيد انقى

أستاذ القانون التجارى والبحرى المساعد

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

يعد رأس مال الشركة فكرة قانونية أكثر من كونه فكرة محاسبية، وهو على هذا النحو يمثل مصلحة بالنسبة للغير وبالنسبة للشركاء أيضا.

فبالنسبة للغير يمثل رأس المال ما قدمه الشركاء شخصيا للشركة من حصص أو أسهم يضمن بها دائنو الشركة حقوقهم تجاهها، وهذه الحصص مع تقديمها فى أوقات محددة تستدعى التفرقة بين رأس المال Capital وموجودات الشركة Actif Social^(١). فرأس مال الشركة - وهو يتكون من مجموع الحصص النقدية والعينية^(٢) - لا ينبئ وحده

(١) أنظر فى التفرقة بين رأس المال والموجودات و الأموال الخاصة.

Y.Guyon, Traite des Contrats, les Sociétés (Aménagements statutaires et conventions entre associés), 3eme éd. No.8, C.J.C.E. 10 mars 1992, Bull. Joly, 1992, p.106

(٢) وإذا كان الأصل أن الحصة بالعمل لا تدخل فى تكوين رأس مال الشركة، لأن هذا الأخير يجب أن يكون قابلا لوقوع التنفيذ الجبري عليه باعتباره الضمان العام لدائى الشركة، إلا أن المشرع اللبناني قد خرج على هذا =

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١٦ (١)

عن المركز المالي الحقيقي للشركة، وإنما يعبر عن هذا المركز بدقّة موجوداتها. وتعني الموجودات مجموع ما تمتلكه الشركة من أموال ثابتة أو منقولة وما لها من حقوق قبل الغير اكتسبتها نتيجة لمباشرة نشاطها، وهي بهذا المفهوم تتغير باستمرار تبعاً لاستغلال الشركة. وعلى عكس رأس المال الذي لا يعدو أن يكون ضماناً نسبية للدائنين بما يفيد وجوده من أن الشركة تمتلك عند تأسيسها (أو عند زيادة رأسمالها) قيمة مالية، فإن الموجودات هي التي تكشف كشفاً قاطعاً عن حقيقة المركز المالي للشركة، وهي التي تشكل الضمان الحقيقي لدائنيها. لذا تحتم على الشركة دوماً أن تحتفظ بموجودات لا تقل قيمتها عن قيمة رأس المال الذي بدأت به حياتها. وعليه فإذا كانت موجودات الشركة تعد بمثابة الضمان الحقيقي لدائنيها، فإن رأس مالها يظل هو الحد الأدنى لهذا الضمان فلا يجوز المساس به بأي

=الأصل وأجاز الشركة التي تقتصر حصص الشركاء فيها على ما يقدمه من عمل. وفي ذلك تنص صراحة المادة ٨٤٩ موجبات على أنه "يجوز أن تكون صناعة أحد الشركاء أو صناعاتهم جميعاً". والراجع أن هذا الخروج من جانب المشرع اللبناني لا ينطبق إلا على الشركات التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، وبالتالي لا ذمة مالية لها، كشركات المحاصة. أما في خارج هذا المجال، فلا يمكن إعمال هذا الاستثناء لأنه يصطدم بمبادئ جوهرية تحكم الشركة، كمبدأ الاعتراف بالشخصية المعنوية وما يؤدي إليه من تمتع الشركة بذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، ومبدأ ثبات رأس المال. أنظر في هذه المسألة، د. فريد العريني، القانون التجاري اللبناني، الجزء الأول، ١٩٨٣، ص ٢٧٣ و ٢٧٤. وانظر في نفس المعنى:

Rodiere, Droit Commercial, Groupements commerciaux, 9 eme éd., 1977, no. 8

حال من الأحوال. هذا الواجب الملحق على عاتق الشركة هو ما يطلق عليه "مبدأ ثبات رأس المال"^(١).

أما بالنسبة للشركاء فإن رأس المال يحدد في الأساس الحقوق المالية لكل شريك، أي حقوقهم في توزيع الأرباح والخسائر والاحتياطي وفائض التصفية، وكذلك في زيادة رأس المال (حق الاكتتاب بالأفضلية)، كما يعد رأس مال الشركة أيضا دينا للشركاء على الشركة. ورأس مال الشركة أمر مائل في جميع أنواع الشركات بما في ذلك شركات الأشخاص باعتبار أن هذه الحصص قد تطلبها المادة ٥٠٥ من التقنين المدني المصري^(٢).

ويجب أن يكون بيان رأس مال الشركة ظاهرا في نظامها الأساسي^(٣) ومن ثم فإن أي زيادة أو تخفيض له يستلزم بالضرورة تعديل هذا النظام^(٤). بعبارة أخرى فإن الشركة -أيا كان شكلها - طالما كانت مقيدة في السجل التجاري وسجل الشركات يجب أن تبين مقدار رأسمالها على وجه التحديد في نظامها الأساسي. وحتى بالنسبة للشركات التي

(١) على أن هذا المبدأ يفقد أهميته بالنسبة لشركات الأشخاص نظرا لأن جميع الشركاء فيها أو بعضهم مسئول عن ديون الشركة في أمواله الخاصة مسئولية شخصية مطلقة وتضامنية.

أنظر في هذا المبدأ :

V.S.DANA – DEMARET, Le capital social, Litec, Bibl. Dr. Entreprise, t. 23, pref. Y. Reinhard, 1989.

(٢) ويقابلها المادة ١٨٣٢ من التقنين المدني الفرنسي.

(٣) المادة ١٨٣٥ من التقنين المدني الفرنسي والمادة ٢١٠-٢ من التقنين التجاري الفرنسي.

(٤) وذلك باستثناء الشركات ذات رأس المال المتغير في الحدود المتصوص عليها في المادة ٢٣١ - ٥ من التقنين التجاري الفرنسي.

(٣) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١٦ (٣)

تفتقر إلى الشخصية المعنوية، حيث لا تمتلك الشركة فى هذه الحالة ذمة مالية تتحمل بها أي دين للشركاء، لا تغيب فكرة رأس المال وإن لم تكن لها ذات الدلالة الموجودة في الشركات الأخرى ذات الشخصية المعنوية، حيث يتعين تقدير جهد كل شريك فى الشركة والحقوق المقابلة له.

هذا وبينما تقوم شركات الأشخاص على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة بين الشركاء، فإن شركات الأموال ترتكز فى المقام الأول على الاعتبار المالى حيث لا اعتداد فيها بشخص الشركاء. فالعبرة فيها بما يقدمه كل شريك من حصة فى رأس مالها، بغض النظر عن شخصية الشريك وما تنطوي عليه من صفات. ومن المسلم به أن الحصص التى يقدمها الشركاء فى شركة المساهمة - النموذج الأمثل لشركات الأموال - ويتركب من مجموعها رأس مال الشركة يطلق عليها اسم "الأسهم".

هذه الأسهم التى تصدرها شركة المساهمة - وأخص خصائصها قابليتها للتداول - تمنح حاملها حقوق الشركاء فى الشركة. وعلى الرغم مما شهده الواقع العملي على مدار السنوات الكثيرة الماضية من تنوع كبير فى أسهم رأس مال الشركة فقد بسّط المشرع التجاري الفرنسي الأمور منذ صدور المرسوم رقم ٦٠٤ - ٢٠٠٤ الصادر فى ٢٤ يونيو عام ٢٠٠٤ على الوجه الذى أصبحت معه تلك الأسهم تنقسم - بالنظر إلى الحقوق التى تخولها - إلى أسهم عادية وأسهم ممتازة فقط. ولا يعد هذا التقسيم مناقضا للأصل العام الذى يقضى بالمساواة بين جميع الأسهم فى الحقوق التى تخولها والواجبات التى تفرضها لأن المساواة فى هذا المقام تعني فقط

المساواة في الحقوق والواجبات التي تمنحها الأسهم التي تنتمي إلى نوع واحد^(١).

والأصل في الأسهم، طبقا للقانون، أن تكون عادية تمنح أصحابها الحقوق العادية التي لا يمكن فصلها عن السهم كونها من مقوماته التي لا يمكن بدونها اعتبار الصك الذي تصدره الشركة سهما^(٢). وإلى جانب هذا النموذج القانوني الذي تمثله الأسهم العادية يجوز أن يتضمن النظام الأساسي للشركة أسهما أخرى تفيض خصائصها بحقوق تتعدى الحقوق العادية للسهم، وهي الأسهم التي يطلق عليها الأسهم الممتازة^(٣).

وقد أدخل المشرع الفرنسي الأسهم الممتازة^(٤) في نصوص التقنين التجاري نقلا عن القانون الأمريكي^(٥)، وكانت قبل صدور مرسوم ٢٤

(١) J.-M. MOULIN, le principe d'égalité entre les actionnaires, thèse Paris, 2001, Y.DE CORDT, L'égalité entre actionnaires : mythe ou réalité ?, thèse Louvain-la-Neuve, 2003, R.SAINT-ALARY et Ph. NOCQUET, J. cl. Sociétés, fasc.143.

(٢) د. فريد العربي، الشركات التجارية (المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الإطار القانوني وتعدد الأشكال)، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٣، ص ٢١١.

(٣) D.DESCAMPS et S.SYLVESTRE, " La procédure de création des actions de préférence », BJS 2006, p.1235.

(٤) وقد سار على ذات النهج عدد من الدول الأوروبية. أنظر في ذلك:

A.-M. GAILLET, Le nouveau droit des sociétés de capitaux en Italie : GCP éd. E 2004, no.200, p.214

(٥) X. VAMPARYS, "Retour sur un modelé: les preferred shares américaines », BJS 2006, p.1315

يونية عام ٢٠٠٤ قد ورد النص عليها بشكل متفرق وبمفاهيم عدة بعضها ذات طابع عام مثل أسهم الأولوية والبعض الآخر اتخذ طابعا أكثر خصوصية مثل الأسهم ذات الصوت المزدوج^(١) والأسهم ذات الأولوية فى الربح دون الحق فى التصويت^(٢). ويعد صدور المرسوم المذكور تجمعت الأسهم الممتازة فى إطار نظام قانوني رسمت معالمه المواد من ٢٢٨-١١ وحتى ٢٢٨-٢٠ من التقنين التجاري الفرنسي.

وتصدر الأسهم الممتازة، كغيرها من الأسهم الأخرى، فى الشركات المساهمة سواء كانت هذه الأخيرة مقيدة أم غير مقيدة فى البورصة، بل وفى ظل غياب النص التشريعى لا يوجد من حيث المبدأ ما يمنع من صدور هذه الأسهم بواسطة الشركات التى تتخذ من الشركة المساهمة شكلا لها فى إطار ممارستها لبعض الأنشطة الخاصة مثل شركات المهنة الحرة.^(٣) Sociétés d'exercice libéral والشركات

(١) M. Cozian – A. Viandier – F. Deboissy, Droit des Sociétés, 14 éd., Litec, 2001, p.p.293.

(٢) A. VIANDIER, Les actions de préférence, JCP éd., E. 2004, no. 1440, p.1528

وجدير بالإشارة أن هذه الأسهم لا يجوز طبقا للقانون الفرنسي أن تمثل أكثر من ربع رأس مال الشركة.

C.Jauffret-Spinosi, Les actions à dividend prioritaire sans droit de vote, Rev. Sociétés 1979, p.26 et s.

(٣) أنظر فى التنظيم القانوني لشركات المهنة الحرة مؤلفنا "تحرير خدمات المهنة الحرة ومبادرة الجمع بين الكفاءة المهنية والتمويل"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.

التعاونية Sociétés cooperative^(١) شريطة احترام النظام القانوني الأمر لهذا النوع من الشركات الخاصة^(٢).

ومن ناحيته فقد أقر المشرع المصري الأسهم الممتازة بكافة صورها، أى سواء كانت أسهم أولوية أم أسهم ذات صوت متعدد. وتنشأ هذه الأسهم بناء على نص فى النظام الأساسي للشركة المصدرة لها حيث يجوز تقرير بعض الامتيازات لبعض أنواع الأسهم الاسمية وذلك فى التصويت أو الأرباح أو ناتج التصفية، على أن تتساوى الأسهم من نفس النوع فى الحقوق والمميزات والقيود^(٣). أما إذا لم يتضمن نظام الشركة نصا فى هذا الشأن، فليس لها أن تصدر أسهما ممتازة إلا بقرار من الجمعية العمومية غير العادية لأن الأمر يقتضى تعديلا للنظام. ولما كان قرار الجمعية - فى هذا المقام - يمس الحقوق المقررة لفئة معينة من الأسهم فإن هذا القرار لا يكون نافذا إلا إذا وافق عليه جمعية خاصة تضم حملة نوع الأسهم الذى

(١) أنظر فى مفهوم وتنظيم هذه الشركات فى القانون الفرنسى :
G.RIPERT et R. ROBLLOT, Traite de droit Commercial, Tome 1, 15 éd., L.G.D.J, 1993, no.1644.

(٢) فعلى سبيل المثال لا يجوز للشريك فى الشركة التعاونية أن يحصل بمقتضى الأسهم الممتازة على جزء من الأرباح يتعدى المسموح به طبقا للقانون المنظم لهذا النوع من الشركات.

Paul le CANNU et Bruno DONDERO, Op. cit., P. 727.

(٣) المادة الخاصة والثلاثون، فقرة ثانية، من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

(٧) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١٦

يتعلق به التعديل بأغلبية الأصوات الممثلة لثلثي رأس المال الذى تمثله هذه الأسهم^(١).

وتقرير هذه المميزات مرصود للأسهم الإسمية وحدها، ومن ثم فإن الأسهم لحاملها لا يمكن أن تكون أسهما ممتازة بل أسهما عادية فقط^(٢).

وكما كان للثورة المعلوماتية أثرها الفعال فى تغيير المجتمع بوجه عام والمجتمع القانوني على وجه الخصوص، فقد طال أثرها مجال قانون الشركات حتى أمكن القول بأن تأثير المعلوماتية على القانون هو نتاج العولمة القانونية^(٣). ومع تزايد الأنشطة المبتكرة التى أثمرت عنها تلك الثورة كان لابد من من الإسراع فى وضعها داخل الأطر القانونية المناسبة بغية تفعيلها على أرض الواقع العملي سعيا وراء مزيد من التطور والنمو الاقتصادي.

ومع اتخاذ ممارسة هذه الأنشطة المستحدثة والمبتكرة أحد أشكال شركات الأموال بل شركة المساهمة بوجه خاص، صار البحث ضروريا عن الأدوات الداعمة لمثل هذه الشركات على النحو الذى تجذب معه رأس المال اللازم لنهوضها لاسيما وأن هذه النوعية من الشركات المبتكرة

(١) المادتان ٩ و ١٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال والمادة ١٣٣ من اللائحة التنفيذية لقانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١.

(٢) المادة ٩ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال.

(٣) أنظر فى العولمة القانونية :

La mondialisation du droit, sous la direction de Eric Ioquin et catherine Kessedjian, Travaux du centre de recherche sur le droit des marches et des investissements internationaux, volume 1, Litec, 2000.

تحتاج تلالاً من الأموال تتعدى كثيراً تلك التي تحتاجه مثلتها من شركات المساهمة الأخرى التي تباشر أنشطة تقليدية.

فكأن الأمر يستدعى نوعاً من الهندسة المالية Financial engineering لشركات المساهمة التي تمارس من بين أنشطتها نشاطاً مبتكراً بما تعنيه الكلمة من إعادة هيكلة رأس مال هذه الشركات بشكل يفسح الطريق أمام ظهور آليات جديدة للتمويل تقتضيها خصوصية تلك الأنشطة، وذلك استناداً إلى أن الأسهم العادية في مثل هذه الشركات عادة ما يتم تقويمها بأقل من قيمتها السوقية نظراً لارتباطها الوثيق بممارسة نشاط الشركة بأكمله دون ارتباطها بممارسة قسم خاص - الأكثر جذباً - من نشاط الشركة.

بتعبير آخر فإن الهندسة المالية لشركات المساهمة تهدف في الأساس إلى البحث عن مصادر جديدة لعملية تمويلها والتي أصبحت قاصرة في الوقت الحاضر على زيادة رأس المال أو الاقتراض من البنوك أو إصدار سندات بقرض جماعي طويل الأجل يعتمد على طريق الاكتتاب العام إلى غير ذلك من الوسائل التي تظهرها ميزانية الشركة وما يستتبعه هذا من خفض سقف الحصول على الائتمان.

ولما كان جمع رأس مال شركات المساهمة يأتي عادة عبر الأسهم التي تطرح للاكتتاب، فقد أفرز الواقع العملي عن نوع جديد من الأسهم الممتازة ارتبطت في نشأتها بظهور واستحداث الأنشطة المبتكرة لبعض الشركات المساهمة. هذه الأسهم التي يمكن تسميتها "الأسهم القطاعية" - إحدى ثمار الهندسة المالية لشركات الأموال - تثير العديد من الصعوبات التي مردها شخص القائم بمباشرة النشاط المرصودة له تلك الأسهم. فإذا

كانت الشركة المصدرة للأسهم أو أحد فروعها - والفرع بطبيعة الحال لا يتمتع بالشخصية الاعتبارية - هي التي تزاول مثل هذا النشاط فإن الصعوبات المثارة يمكن استيعابها داخل إطار القواعد القانونية لقانون الشركات، وعندئذ يطلق على الأسهم القطاعية الأسهم البسيطة. أما إذا كان الذي يباشر النشاط المعنى شركة تابعة للشركة الأم مصدرة الأسهم القطاعية فهنا تتحدد الأمور بسبب كيفية توزيع أرباح هذا النشاط وما تقتضيه الحلول عندئذ من وجود نوع آخر من الأسهم تقتصر بالأسهم القطاعية، لذا فيطلق على الأسهم القطاعية في هذه الحالة الأسهم المركبة. وشرحاً لما سبق فقد رأينا تقسيم الموضوع إلى مطلبين أساسيين نعرض في الأول منهما الأسهم القطاعية البسيطة، وفي الثاني الأسهم القطاعية المركبة. ومع ذلك فمن الأهمية بمكان أن نستبق هذين المطلبين بمطلب تيميدى نتناول فيه ماهية الأسهم القطاعية من حيث تعريفها ومزاياها وذاتيتها التي تميزها عن غيرها من الأسهم الممتازة الأخرى.

مطلب تمهيدى ماهية الأسهم القطاعية

١- تعريف الأسهم القطاعية ومزاياها :

نالَت الأسهم القطاعية Actions Sectorielles^(١) من الشهرة فى الأسواق الأمريكية^(٢) ما جعلها تشق طريقها بسرعة براءة فى

(١) ونظرا لحدائثة هذه الأسهم فقد تعددت مسمياتها حيث أطلق عليها الفقه الأمريكى :

Tracking stocks - alphabet stocks - lettered stocks - targeted stocks.

بينما أطلق عليها الفقه الفرنسى :

-Actions traçants – actions sectorielles – actions a reflet.

(٢) وكان أول استخدام موثق للأسهم القطاعية قد ظهر عام ١٩٨٤ من خلال شركة جنرال موتورز الأمريكية :

General Motors Corporation's (GM) introduction of an independently traded stock for electronic Data Systems (EDS), in conjunction with GM's acquisition of EDS. See GENERAL MOTORS CORP. SOLICITATION STATE-MENT (Nov.13, 1985).

كما ظهر الاستخدام الثانى لهذه الأسهم عبر USX Corporation
((United States Steel Corporation)) عام ١٩٩١.

وفى فرنسا ظهر استخدام الأسهم القطاعية لأول مرة بواسطة شركة ألكاتال :
Céline Cros, Les actions « reflets », concept d'avenir ou effet de mode, Banque – Finance / Assurance (Doctrine), 2001, p.23.

مجلة الحقوق للبحرث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١٦ (١١)

الأسواق المالية الفرنسية^(١). فالسهم القطاعي هو نوع من الأسهم يرتبط ارتباطاً وثيقاً بقطاع معين من نشاط الشركة المصدرة له بحيث يعتمد على الأداء المالي لهذا القطاع أو الوحدة التجارية أكثر من اعتماده على العمليات التي تقوم بها الشركة ككل، وذلك على النحو الذي تزيد معه القيمة السوقية لهذا النوع من الأسهم إذا كان أداء ذلك القطاع أو تلك الوحدة مميزاً رغم تواضع أداء الشركة في مجملها. بعبارة أخرى تمنح الأسهم القطاعية حاملها الحق في الحصول مباشرة على الأرباح المتحققة سواء من خلال فرع لنشاط الشركة مصدرة الأسهم أم من خلال إحدى الشركات التابعة لها.

فكان هذا الجزء من الأرباح هو بمثابة تخصيص خاص لحاملي الأسهم القطاعية على النحو الذي يجري توزيعه على هذه الفئة من المساهمين فقط دون البقية الباقية من المساهمين في الشركة. وهذا ما جعل

VIANDIER A., « Actions traçantes », RJDA, (١)
Janvier 2001, p.3 et S.

وانظر أيضاً :

"Les actions "reflet", une nouvelle technique de financement (1re partie)" - Option Finance, 2000, n° 622, 18 décembre, L'Expertise, p. 24, dossier de Laurent Faugérolas et Etienne Boursican.

"Les actions "reflet", une nouvelle technique de financement (2e partie)" - Option Finance, 2001, n° 623, 2 janvier, L'Expertise, p. 23, dossier de Laurent Faugérolas et Etienne Boursican.

البعض^(١) يتحدث عن الأسهم القطاعية واصفاً إياها بأنها دولة داخل الدولة أو شركة داخل الشركة .

وقد مكثت مجموعة العمل التي انبثقت عن لجنة عمليات البورصة الفرنسية على دراسة شروط إصدار هذه الفئة الجديدة من الأسهم ومدى التعديلات التشريعية المطلوبة بغية إدراجها فى القانون الفرنسي .

ومما شجع المشرع الفرنسي على مسايرة الفكر الأنجلو أمريكي فى خياله الخلاق الذى أفرز الأسهم القطاعية ما تمثله هذه الأخيرة من مزايا عديدة أولها احتمالات الأرباح الضخمة التى يمكن أن تحققها فى ظل الأنشطة الجديدة والمبتكرة للشركات التى تصدرها بما يجعلها أكثر جذبا للمستثمرين وغيرهم من المساهمين الآخرين .

ومن جهة ثانية فإن الأسهم القطاعية تمنح حاملها نوعاً من الأمان أكثر مما توفره الأسهم التى تصدر مباشرة من قبل إحدى الشركات التابعة . فهذا النوع من الشركات - وهى تمارس نشاطها عادة فى القطاعات المبتكرة - ينتهى بها الأمر كثيراً إلى اضطراب وضعها المالى ومن ثم احتمال شهر إفلاسها وما يستتبعه ذلك من خسارة الحصص المقدمة من مساهميها . ومثل هذا الخطر تفاداه الأسهم القطاعية والتى دائماً ما تصدر من الشركة الأم بما تملكه بصفة عامة من مركز مالى قوى .

Yves Guyon, Les Tracking stocks, Mélanges (١)
AEDBF (Association Européenne pour le droit
bancaire et financier) - France 3, Banque éditeur,
2001 p.183, COURET A., « Les actions
traçantes », Dr. Sociétés, Actes pratiques et
ingénierie sociétaire, 2000, no. 53.

ومن جهة ثالثة تعد الأسهم القطاعية عامل جذب للمستثمرين الذين يتطلعون للبحث عن أرباح ضخمة عبر أنشطة التكنولوجيا الجديدة لكن عماد تفكيرهم هو التردد في المشاركة في شركات تمارس أنشطة اقتصادية تقليدية ذات ربحية ضعيفة أو استثمار أموالهم في شركات ناشئة غير آمنة من الناحية المالية .

ومن جهة أخيرة فإن للأسهم القطاعية مزايا أخرى لا يمكن إغفالها على صعيد الشركة المصدرة لها. فحيث تنتج الأرباح من نشاط فرعى داخل الشركة يكون اللجوء لاستخدام هذه الأسهم مفيدا لتفادي أى تقسيم للشركة^(١) قد تستلزمه عملية تفريد هذه الأرباح^(٢) وما يمكن أن يسببه التقسيم من آثار سلبية غير مرغوب فيها^(٣) .

ومع إصدار الأسهم القطاعية فإن النشاط الفرعي المخصصة له هذه الأسهم يبقى داخل الذمة المالية للشركة المصدرة. أما إذا كانت الأرباح متحصلة من شركة تابعة فإن إصدار مثل هذه الأسهم يسمح بتمويل أى

(١) د.خليل فيكتور تادرس ، تقسيم الشركات من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ .

(٢) Céline Cros, Les actions «reflets», concept d'avenir ou effet de mode, Banque – Finance / Assurance (Doctrine), 2001, p.23.

(٣) COURET A., « Les actions traçantes », op.cit.no. 53 et s.,VIANDIER A., « Actions traçantes », op.cit. p.3 et s.

نمو لهذه الشركة دون حاجة إلى فتح باب الاكتتاب فى رأسمالها أمام الغير. فالشركة الأم هى التى تقوم بتمويل الشركة التابعة لها مباشرة حيث تستثمر فيها الأموال التى قدمها المكتتبون فى الأسهم القطاعية.

٢- الأسهم القطاعية ومبدأ المساواة بين المساهمين :

وبرغم مزاياها السابقة تثير الأسهم القطاعية العديد من التساؤلات لعل أبرزها هو مدى ما تمثله من خطر المساس بمبدأ المساواة بين المساهمين حيث إن حق الاكتتاب فى هذه الأسهم سيكون قاصراً على بعض مساهمي الشركة المصدرة لها^(١) ومن ثم فالاستفادة من أرباح تلك الأسهم سيتقاسمها هؤلاء المساهمون فقط دون الباقين. على أن هذا التساؤل وإن كانت له منطقيته للوهلة الأولى لا يؤثر على صحة الأسهم القطاعية أو ينال من جواز التعامل بها لأن المساواة المشار إليها تعني فقط المساواة فى الحقوق والواجبات التى تمنحها الأسهم التى تنتمى إلى نوع واحد^(٢). يؤكد على ذلك أن المادة ٢٢٨-١١ من التستين أئدنى الفرنسى تميز إصدار أسهم الأولوية التى تمنح أصحابها بعض المزايا الخاصة مقارنة بالأسهم الأخرى العادية مثل الأولوية فى الحصول على نصيب من أرباح الشركة

(١) ومن الملاحظ أن النشاط الذى ترصد له الأسهم القطاعية يندرج عادة ضمن الأنشطة المتكثرة فى الاتصالات والمعلومات التى تحتاج فى مباشرتها إلى تمويل ضخم. وبالتالي فالمقصود بقصر الاكتتاب فى الأسهم القطاعية على بعض المستثمرين فقط دون توجيهه إلى الجمهور، أن يتم هذا الاكتتاب عن طريق الطرح الخاص بما يؤدى إلى إنشاء كتلة من الأسهم يملكها عدد محدود فقط من المساهمين.

(٢) بل إنه لا يوجد ثم إخلال بمبدأ المساواة بين المكتتبين فى رأس مال الشركة عند تأسيسها حيث إنهم على بينة من الأمر نظراً لأن التفاصيل المتعلقة بهذه الأسهم يتم بيانها عادة فى نشرة الاكتتاب العلنة للجمهور.

أو من فائض التصفية^(١). وقد تمنح الأسهم الممتازة أصحابها عدداً من الأصوات في الجمعيات العامة للشركة زيادة على تلك المقررة للأسهم العادية، وتعرف الأسهم في هذه الحالة بالأسهم ذات الصوت المتعدد Actions a vote plural^(٢).

كما إن القانون المصري رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ وكذلك قانون سوق رأس المال ولائحته التنفيذية قد أقر الأسهم الممتازة بكافة صورها، أي سواء كانت أسهم أولوية أم أسهم ذات صوت متعدد، فنصت المادة الخامسة والثلاثين، فقرة ثانية، من القانون على أنه " ويجوز أن ينص النظام على تقرير بعض الامتيازات لبعض أنواع الأسهم الاسمية وذلك في التصويت أو الأرباح أو ناتج التصفية، على أن تتساوي الأسهم من نفس النوع في الحقوق والامتيازات والقيود"^(٣). وهذا هو الحال تقريبا

F.Monod, Droits financiers attaches aux actions (١)
privilegiées, Dr. Soc. Mars, 1995, No 3, J.
Mestre, L'égalité en droit des sociétés: Rev.
Sociétés 1989, p.399.

Amiaud, les actions à droit de vote inégal, Rev. (٢)
Juridique de sociétés, 1992 p.417

وانظر في تاريخ هذه الأسهم:

G.RIPERT et R. ROBLLOT, op.cit., no.1550

(٣) أما إذا لم يتضمن نظام الشركة نصا في هذا الشأن فلا يجوز لهذه الأخيرة أن تصدر أسهما ممتازة إلا بقرار من الجمعية العمومية غير العادية حيث ينطوي الأمر على تعديل للنظام. وباعتبار أن قرار الجمعية في هذه الحالة يمس الحقوق المقررة لفئة معينة من الأسهم فإن هذا القرار لا يكون نافذا إلا إذا وافق عليه جمعية خاصة تضم حملة نوع الأسهم الذي يتعلق به التعديل بأغلبية الأصوات الممثلة لثلثي رأس المال الذي تمثله هذه الأسهم (أنظر أيضا المادتين =

بالنسبة للأسهم القطاعية حيث تُعطي بعض الأسهم الحق فى الحصول على نسبة من الأرباح أكثر مما تحصل عليه الأسهم الأخرى.

ومما يدعم القول بأن إصدار الأسهم القطاعية لا يخالف القانون من خلال مساسه بمبدأ المساواة بين المساهمين، أن المادة ١٨٤٤، فقرة أولى، من التقنين المدنى الفرنسى تترك للمساهمين حرية واسعة فى مسألة تقسيم الأرباح. فطريقة اقتسام الأرباح والخسائر مرهونة باتفاق الشركاء، أى أنها متروكة لإرادتهم ينظمونها كيفما يشاءون وليس من قيد عليهم سوى عدم جواز تضمين عقد الشركة شرطا يقضى بجرمان أحد الشركاء من الأرباح أو بإعفائه من الخسائر وهو الشرط المسمى بشرط الأسد .
Clause Léonine

ويرغم ما تقدم فإن المدقق فى جوهر الأسهم القطاعية عن كتب ليلحظ تماما تأثيرها الخطير على مبدأ المساواة من ناحية أخرى. فالأصل أن أسهم الأولوية ينصرف مفهومها إما إلى حصول حاملها على نصيب إضافي من الأرباح زيادة على النصيب الذى يتقاسمه مع حملة الأسهم العادية وتسمى أسهم الأولوية فى هذه الحالة أسهم الريح الإضافي *majore dividende*، وإما إلى أسبقية حاملها فى الحصول على جزء من الأرباح يحسب على أساس الأرباح الموزعة والناجحة من نشاط الشركة بحيث إذا تبقي شئ بعد ذلك فيتم تقسيمه بين جميع المساهمين، وتسمى أسهم الأولوية فى هذه الحالة بأسهم الريح الاستباقي *dividende precipitaire*^(١).

= ٩ و ١٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال والمادة ١٢٣ من لائحة قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة (١٩٨١).

Yves Guyon, op.cit., p.184.

(١)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١٦ (١٧)

أما في حالة الأسهم القطاعية فإن الأرباح الناشئة عن نشاط القطاع المعنى يستأثر بها حملة هذه الأسهم وحدهم، أي أن مجموع الأرباح الناتجة عن الشركة تتجزأ بدءاً من الأصل فيذهب جزء منها إلى حملة الأسهم القطاعية والجزء الآخر لحملة الأسهم العادية وفي حالة عدم وجود الأخيرين تذهب الأرباح إلى حملة الأسهم القطاعية. وما من شك في أن هذه التجزئة تمس في جوهرها عنصر نية الاشتراك في الشركة، والذي يعد من الأركان الجوهرية اللازمة لانعقاد عقد الشركة^(١)، وذلك بسبب اختلاف مصالح ورغبات المساهمين فيها^(٢).

والحال كذلك فبدهى إذاً أن ينطق لسان حال بعض الشركاء - حملة الأسهم القطاعية - بالرغبة في أن يحصل فرع النشاط الذي تخصص له الأرباح أو الشركة التابعة التي يدفع لها حصة من الأرباح، على الحد الأقصى من الأرباح وذلك على حساب المتبقي من نشاط الشركة أو المجموعة. على العكس من ذلك فإن باقى الشركاء تتمثل مصالحهم في إحداث نمو في الشركة تستفيد منه كافة فروع نشاطها أو كافة شركات المجموعة على قدم المساواة.

(١) وتعرف نية الاشتراك بأنها " رغبة إرادية تدفع الشركاء إلى التعاون فيما بينهم تعاوناً إيجابياً وعلى قدم المساواة من أجل تحقيق أهداف الشركة ".
Cass.Com. 3 juin 1986, Rev. Societes 1986, p. 585,
Note Y. Guyon.

(٢) Céline Cros, Les actions « reflets », concept d'avenir ou effet de mode », op.cit.p.23.

هذا التضارب فى المصالح لا وجود له فى أرباح أسهم الأولوية أو الأفضلية باعتبار أن هذه الأرباح يتم اقتطاعها من مجمل أرباح الشركة والتي تقتضى المصلحة المشتركة لجميع المساهمين أن تكون كبيرة قدر الإمكان.

والتقاطا لطرف الحديث عن المصلحة المشتركة للمساهمين فمما لا شك فيه أن الأسهم القطاعية تعصف بهذه المصلحة وتضيف نوعا من الشقاق والخلاف يمكن أن يتسبب فى تزايد حدة الصراعات المحتملة بين الأغلبية والأقلية، وذلك سواء جرى تخصيص الأسهم القطاعية للأغلبية أم للأغلبية والأقلية معا. ومن هنا تأتي خشية حاملي الأسهم العادية من نمو أنشطة الأسهم القطاعية على حساب غيرها من أنشطة الشركة وما يمكن أن تسببه هذه الأسهم الأخيرة من احتدام الخلاف بين الشركاء ومن ثم احتمال الحل القضائي للشركة لتوفر أسباب مسوغة. فالمادة ٥٣٠ من القانون المدنى، فقرة أولي، تميز للمحكمة أن تحكم بحل الشركة بناء على طلب أحد الشركاء شريطة أن يوجد سبب يسوغ هذا الحل، ومعرفة ما إذا كان السبب ينهض مبررا لحل الشركة من عدمه مسألة تتعلق بالواقع يترك البت فيها لمحكمة الموضوع بما لها من سلطة تقديرية، وهى لا تخضع فى هذا التقدير لرقابة محكمة النقض. وغالبا ما تقضى المحكمة بحل الشركة، بناء على طلب واحد أو أكثر من الشركاء، متى تبين لها استحالة نهوض الشركة بأعبائها لتفاقم الخلاف وسوء التفاهم بين الشركاء بسبب الطبيعة التخريبية - إن جاز وصفهم لها على هذا النحو - لمثل هذا النوع من الأوراق المالية ونعنى بها الأسهم القطاعية.

ولكن يبقى أنه على الرغم من المخاطر التى تحقيق بعملية إصدار الأسهم القطاعية فى الوقت الذى تبدو فيه هذه الأسهم غير معتادة بل

وغير مناسبة فى بعض الأحيان، فإن ذلك لا ينفي قانونيتها. فمثل هذه الأسهم جائز إصدارها فى ظل الأحكام السارية لقوانين الشركات المساهمة طالما أمكن إدراجها ضمن نوعية أسهم أولوية - إحدى صور الأسهم الممتازة - بما تخوله لأربابها من أولوية فى الحصول على نصيب معين من أرباح الشركة المصدرة لها.

ومع ذلك فالمشكلة لا تكمن فى مسألة استيعاب القانون المصري أو الفرنسي للأسهم القطاعية والمرونة التى تتيحها أحكام هذين القانونين تحت مظلة الأسهم الممتازة وعلى الأخص أسهم الأولوية، بقدر ما تكمن فى صعوبة بلوغ جميع الأهداف التى تنشدها الشركات المصدرة لهذه الأسهم الجديدة نتيجة اختلاف مصالح الشركاء وتعارضها. فما من شك أن إحدى الصعوبات المتولدة عن تعايش مثل هذا النوع من الأسهم مع الأحكام التقليدية لقانون الشركات فى مصر أو فرنسا تتمثل فى تنوعها غير العادى وهو ما قد يحتم إيجاد حلول عديدة كما قد يفضى إلى صور مركبة لها. فالأسهم القطاعية، وهى تصدر عن الشركة بشكل تخصص معه أرباحها سلفاً، يمكن أن تصدر عن الشركة الأم بينما تمنح الأرباح للشركة التابعة، علاوة على أنها قد تكون مقيدة فى بعض الأحيان بشرط إعادة الشراء أو تحويلها إلى أسهم عادية عند وقوع حدث معين أو بمبادرة من الشركة المصدرة لها أو بطلب من المساهم نفسه.

وانطلاقاً من الأفكار السابقة فإن الأسهم القطاعية، وإن أمكن فى صورتها البسيطة أن تستوعبها القواعد الحالية لقانون شركات المساهمة، قد يبدو عسيراً إيجاد قالب قانوني لها داخل إطار هذه القواعد فى صورتها المركبة. هذا ما سوف نتولى إلقاء الضوء عليه تباعاً.

المطلب الأول الأسهم القطاعية البسيطة

٣ - إصدار الأسهم القطاعية :

الأصل فى الأسهم القطاعية أنها تصدر عن الشركة المساهمة بشكل يخصص معه جزء من أرباحها لهذا النوع من الأسهم، فحيث يغيب هذا التخصيص تعتبر الأسهم القطاعية ماثلة لغيرها من الأسهم العادية، بتعبير آخر فإن الأسهم القطاعية لا تعدو أن تكون أسهم أولوية^(١) كونها تتمتع دون غيرها من الأسهم الأخرى بميزة الأولوية فى الحصول على نصيب من أرباح الشركة^(٢). والأولوية هنا لا تعني سبق الحصول على الربح بالمقارنة مع حملة الأسهم العادية وإنما تنصرف إلى انفراد أو

(١) أنظر فى هذه الأسهم :

CL. Ferory, R. Cannard, M. Crette, Les actions de priorité, Dr. Société, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, 1993, No 11, Ph. Engel et P. Troussiere, Création de catégories d'actions et stipulation d'avantages particuliers, J.C.P. éd. E., 1996, 1., 585.

(٢) أنظر المادة ٣٥، فقرة ٢، من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١. وفى القانون
الفرنسي :

L. 24 juill. 1966, art. 269, devenu l'article L.228-11 du Code de Commerce.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١٦ (٢١)

استثمار حملة الأسهم القطاعية بالأرباح الناشئة عن النشاط الذى صدرت هذه الأسهم، بناء على نشرة الاكتتاب، بشأنه^(١).

وطالما لم يتضمن نظام الشركة نصا بشأن الأسهم القطاعية، فليس للشركة أن تصدر هذه الأسهم إلا بقرار من الجمعية العمومية غير العادية، لأن الأمر يقتضى تعديلا للنظام. ويتحقق ذلك إما بإصدار أسهم جديدة، مع أو بدون حق الاكتتاب بالأفضلية، أو بتحويل الأسهم القديمة إلى أسهم قطاعية.

فالوسيلة الأكثر سهولة تكمن فيما هو معروف بزيادة رأس مال الشركة عبر التمويل الخارجى. وهذه الطريقة تؤدي، من الناحية الفعلية، إلى جلب أموال جديدة تضاف إلى رأس مال الشركة وتشتمل الزيادة فى هذه الحالة على حصص نقدية أساسا أو عينية. استثناء بحيث يخصص لها أسهم قطاعية. وطبعى أن تكون هذه الأخيرة بمقدار الزيادة المطلوب إضافتها إلى رأس المال الأصلى تطرح فى اكتتاب عام يشترك فيه المساهمون القدامى والجمهور.

وجدير بالإشارة أنه إذا كان الأصل فى أسهم الزيادة أن تكون لها ذات القيمة الاسمية التى للأسهم الأصلية، إلا أن القانون المصرى^(٢) قد

(١) ومن المسلم به أن الاستثمار المقرر على أرباح النشاط الذى رُصدت له الأسهم القطاعية لا يمتد لينبسط على أصول هذا النشاط حال تصفية الشركة. وهذا أمر بدهي لأن أصول الشركة لا تنجزأ عند تصفيتها اللهم إلا إذا كانت الحصة التى قدمها أحد المساهمين هى حصة عينية على سبيل الانتفاع حيث يسترد هذا المساهم حصته عند تصفية الشركة.

(٢) المادة الأولى، فقرة رابعة، من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ فى شأن سوق رأس المال.

أجاز إصدار أسهم جديدة عند زيادة رأس المال بقيم مغايرة لقيم الأسهم من الإصدارات السابقة على الزيادة على أن تكون لها ذات حقوق والتزامات الأسهم الصادرة قبل الزيادة. ولقد قررت اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال كيفية حساب القيمة الاسمية التي تصدر بها الأسهم في حالة زيادة رأس المال فنصت في المادة ١٧^(١) على أن "تكون زيادة رأس المال بإصدار أسهم جديدة على أن تحدد القيمة التي تصدر بها هذه الأسهم على أساس القيمة العادلة لها وقت الإصدار على أن يكون ذلك بناء على تقرير من أحد المستشارين الماليين المعتمدين لدى الهيئة لهذا الغرض. ويجب أن يكون المستشار مستقلا عن الشركة والأشخاص المرتبطة وأعضاء مجالس إدارتها ومراقبي حساباتهم ولا تربطه بهم أية مصالح مشتركة.

ويصدر التقرير بالتقييم طبقا للأصول المتعارف عليها في هذا الشأن وتحت مسؤولية الشركة.

ويحدد التقرير أسس التقييم التي تم الاعتماد عليها. ويجب عند زيادة رأس المال طبقا لهذه المادة مراعاة ما يلي:

(أ) إذا كانت القيمة المحددة أزيد من القيمة الاسمية للسهم تجنب الزيادة في حساب احتياطي.

(ب) إذا كانت القيمة المحددة أقل من القيمة الاسمية للسهم تعين على الشركة تخفيض القيمة الاسمية للأسهم بما فيها الأسهم القائمة إلى تلك القيمة وحساب رأس المال وفقا لها.

(١) بعد تعديلها بقرار وزير الاستثمار رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٧ المعدل لللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال.

(ج) إذا كانت القيمة المحددة أقل من الحد الأدنى للقيمة الإسمية للسهم المقرر قانونا تكون قيمة الأسهم بما فيها الأسهم القائمة بالحد الأدنى مع تخفيض عدد أسهم الشركة وحساب رأس المال وفقا لذلك".

هذا ويتطلب زيادة رأس مال الشركة من خلال إصدار أسهم قطاعية اتخذ عدد من التدابير الاحتياطية.

فمن ناحية أولى يتوجب على مدير عام الشركة - وتحت إشراف مراقب الحسابات - إعطاء معلومات كاملة. قدر الإمكان حول ملامح ومميزات الأسهم القطاعية، وذلك من خلال بيان طبيعة وأهمية النشاط المخصصة له أرباح هذه الأسهم وما إذا كانت هذه الأرباح تضم الأرباح المقابلة للأنشطة الأخرى للشركة من عدمه.

هذه المعلومات - وهي تمثل للمكتتبين في الأسهم القطاعية أمرا جوهريا باعتبار أنها تسمح لهم بتقدير مدى ربحيتهم من تلك الأسهم وحجم المخاطر المحتملة من الاكتتاب فيها - لا تقل أهمية بالنسبة للمساهمين الآخرين في الشركة المصدرة للأسهم القطاعية حيث تكمن مصلحتهم في معرفة مزايا ومساوئ زيادة رأس المال المراد تقريره. وتفسير ذلك أنه إذا كانت تلك الزيادة من شأنها تسهيل عملية تمويل الأنشطة المستحدثة في الشركة، فإنها قد تؤدي في الوقت ذاته إلى خطر انخفاض القيمة السوقية للأسهم العادية.

ومن ناحية ثانية فإن إصدار الأسهم القطاعية يجب أن يتم بشكل يحترم مبدأ المساواة بين المساهمين. فقد تصدر هذه الأسهم دون تخلي المساهمين القدامى عن حق الأولوية في الاكتتاب في أسهم زيادة رأس

المال، وهو الحق الذي يمنح لهؤلاء المساهمين عوضاً لهم عما نقص من حقوقهم بسبب زيادة رأس مال الشركة^(١).

فالأصل أن زيادة رأس المال عن طريق إصدار أسهم جديدة تطرح في اكتتاب عام من شأنها أن تؤدي إلى دخول طائفة جديدة من المساهمين تراحم قدامي المساهمين في ناتج الشركة. وبما لاشك فيه أن وضعاً كهذا يترتب عليه إفادة المساهمين الجدد، كون أسهمهم الجديدة سترتفع قيمتها الحقيقية مقارنة بقيمتها الاسمية، والإضرار بالمساهمين القدامى حيث ستقل قيمة أسهمهم الأصلية عن سابق قيمتها الحقيقية. وقد تتفاقم خسارة المساهمين القدامى نتيجة انخفاض القيمة السوقية للأسهم الأصلية، إذ كلما زاد عدد الأسهم كلما قل نصيب كل منها في الربح، الأمر الذي يؤدي حتماً إلى هبوط سعر الأسهم الأصلية في بورصة الأوراق المالية.

ومن المسلم به أن إعطاء المساهمين القدامى حق الأولوية في الاكتتاب في أسهم زيادة رأس المال يجنبهم الخسارة في قيمة أسهمهم الأصلية وتسمح لهم بالاستفادة من الأرباح المخصصة للأسهم القطاعية الأمر الذي تبدو معه العدالة متحققة. ومع ذلك فإن حساب قيمة هذا الحق المسمي بحق الأولوية أو الأفضلية عملية معقدة بما يفضل معه عند إصدار أسهم قطاعية تطرح للاكتتاب العام أن يتم التوضيح بحق الاكتتاب

(١) أنظر في تفصيل هذا الحق د. فريد العريني، المرجع السابق، ص ٣٨٠. وانظر أيضاً في القانون المقارن :

Le développement du droit préférentiel de souscription de l'actionnaire en droit compare, Rev. Sociétés 1979, p.505.

بالأفضلية وتقديم اقتراح إلى الجمعية العامة بإلغائه وإبداله بمدة بسيطة للاكتتاب بالأولوية souscription prioritaire.

ويرى البعض^(١) أنه في الحالة التي يتم فيها إلغاء حق الاكتتاب بالأفضلية قد يكون من الأفضل إخضاع عملية الاكتتاب في الأسهم القطاعية لدفع علاوة إصدار.

فقد جرت العادة عند زيادة رأس المال عن طريق إصدار أسهم جديدة تطرح في اكتتاب عام وبغية حماية المساهمين القدامى وتعويضهم عن انخفاض القيمة الحقيقية للأسهم الأصلية - بسبب دخول طائفة جديدة من المساهمين نتيجة اكتتابهم في زيادة رأس المال - أن تصدر الشركة أسهم زيادة رأس المال بأعلى من قيمتها الاسمية على أن تعتبر الزيادة على القيمة الاسمية بمثابة علاوة إصدار. ويتم حساب هذه العلاوة على أساس الفرق بين القيمة الحقيقية للأسهم الأصلية قبل زيادة رأس المال وبين هذه القيمة بعد الزيادة.

على أن علاوة الإصدار التي تدفع بمناسبة الاكتتاب في الأسهم القطاعية ليس المراد بها فحسب إضافتها إلى الاحتياطي القانوني للشركة والذي يستفيد منه المساهمون كما هو الحال عند كل زيادة لرأس مال الشركة، وإنما هي تمثل بذاتها المظهر الآخر للمزايا أو الفوائد المرتبطة بالأسهم القطاعية.

(١) G. Naffah, la prime d'émission no. 270, Economica, 1987.

ومما يجدر التنويه عنه أنه لا يوجد ثم قيد على تحديد قيمة علاوة الإصدار التي تضاف عند زيادة رأس مال الشركة سوى عدم تجاوزها الحد الذي يصدر به قرار من الهيئة المشرفة على سوق المال^(١)، وهي الهيئة العامة للرقابة المالية في مصر .

هذا وقد ثار التساؤل في فرنسا حول مدى إمكانية تطبيق الإجراء المتعلق بتقويم المزايا الخاصة لبعض المساهمين والحصول على موافقة الجمعية الخاصة بالمساهمين من غير المستفيدين بالأسهم القطاعية^(٢). بيد أن الصعوبة تكمن هنا في أن المزية الخاصة هي تلك التي يعترف بها لأحد المساهمين على أساس الاعتبار الشخصي، في حين أن الوضع يختلف بالنسبة للأسهم القطاعية حيث تتعلق المزية بالسهم نفسه استقلالا عن صفة حامله.

(١) المادة الأولى، فقرة رابعة، من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال في

مصر

(٢) L. 24 juill. 1966 art.193 – C.com. art. L.225-147

ومع ذلك فإن مسألة التمييز بين فئات الأسهم وفئات المساهمين غير واضحة أو بالأصح غير دقيقة^(١) وهو ما يستلزم الوقوف عندها قليلا. ذلك أنه إذا كان الاكتتاب فى الأسهم القطاعية مفتوحا أمام كافة المساهمين فلا يتصور أن تكون إزاء مزية أو مصلحة خاصة. على العكس فإن هذه المزية تبدو واضحة فيما لو كان الاكتتاب مقصورا على عدد محدد من المكتتبين عند إصدار الأسهم القطاعية. وهناك يطرح السؤال نفسه : هل يتوجب إجراء تقويم المزايا الخاصة ، واجتماع جمعية المساهمين غير المستفيدين من تلك الأسهم ، ودفع المساهمين القدامى للتخلي عن حق الاكتتاب بالأولوية ؟ هنا تبدو الإجابة جلية فى القول بأن هذا المزيج من الإجراءات غير طبيعي لأن إجراء التنازل عن حق الاكتتاب بالأولوية - فى السياق العام للأمور- حتى ولو كان لمساهم سابق لا يجتمع مع تقويم المزايا الخاصة وإلا أدى ذلك إلى إسهاب غير محدود فى الإجراءات. ومع ذلك فقد يصعب تفادي مثل هذا الوضع باعتبار أن المزية - فى هذا المقام - لا تتمثل هنا فى جواز الاكتتاب كما هو الحال فى التنازل العادى عن حق

(١) C.Champaud, Catégories d'actions ou sortes d'actionnaires : Mélanges M. Jeantin p.161 – J.-J. Daigre, Actions privilégiées, catégories d'actions et avantages particuliers : ibid. p.213 – P. Engel et P. Troussiere, Création de Catégories d'actions et stipulation d'avantages particuliers : JCP 1996 éd. E. 1, 585 – M. Jeantin, Observations sur la notion de catégorie d'actions : D.1995, 88.

الاكتتاب بالأولوية، وإنما الأمر يتعلق بإمكانية الاكتتاب فى زيادة رأس المال بما يعطى الحق فى ربح خاص وبالتالى مزىة خاصة.

وكما تصدر الأسهم القطاعية مع زيادة رأس مال الشركة فمن المتصور أيضا أن تنشأ هذه الأسهم دون أن يكون ثم زيادة فى رأس المال وذلك من خلال تحويل الأسهم العادية. مثل هذا التحويل ينبغى أن يحمل راية احترام المساواة بين المساهمين بما يستلزم فى هذا المقام أن تكون نسبة الأسهم العادية المحولة إلى أسهم قطاعية واحدة بالنسبة لجميع المساهمين وإلا بدا الأمر وكأنه إساءة استخدام السلطة من جانب الأغلبية. ف فيما عدا الظروف الاستثنائية لا يوجد أى مبرر أو حجة يمكن تبنيها لاستبعاد عدد معين من المساهمين كلية من المشاركة والاستفادة من هذه العملية، لذا كانت المحاكم على قلب المصلحة المشتركة للمساهمين من أجل إفشال المحاولات المستمرة للأغلبية فى هذا الإطار^(١).

ومن المسلم به أن اتخاذ الأسهم القطاعية شكلا مبسطا منذ بداية ظهورها كان له أبلغ الأثر فى تفادى الكثير من الصعوبات التى كان من المحتمل أن تعرقل حياة الشركة مصدرة هذه الأسهم. وتأتى فى مقدمة هذه الصعوبات مسألة تحديد الأنشطة التى تتوجه أرباحها للأسهم القطاعية بوضوح لاسيما مع التطور الدائم للنشاط المعنى كما هو الحال بالنسبة

P.Bissara, L'intérêt social : Rev. Sociétés 1995, (١)
5- A. Pirovano, La boussole de la société, intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise :
D.1997, 189 – D. Schmidt, De l'intérêt commun des associés : JCP 1994, 1, 3793

لغالبية الأنشطة الجديدة لشركات المساهمة. والحل الأمثل إزاء تلك الصعوبة يكمن فى فصل هذا النشاط لدى مقر فرع مستقل للشركة يخصص لمباشرته.

على أن تحديد محيط النشاط الذى تختص به الأسهم القطاعية يجب أن يكون نتاج مداوات ومناقشات الجمعية العامة غير العادية للشركة بمناسبة قرار إصدار هذه الأسهم بعد سبق مناقشة المسألة داخل مجلس الإدارة إن رؤى لذلك ضرورة. وتبعاً فممن غير المتصور أن تبرم الشركة المساهمة عقداً مع الفرع المكلف بمباشرة النشاط المتبوع باعتبار أن الفرع ليس له الشخصية المعنوية التى تؤهله لذلك.

وتأتى الخطوة التالية لتحديد النشاط متمثلة فى احتساب مقدار الأرباح الناتجة عن النشاط الذى رصدت له الأسهم القطاعية. وهنالك تدخل العملية باب التعقيد بعض الشيء لأن الأسهم القطاعية - وهى تحمل فى مضمونها تخصيصاً بسيطاً للأموال التى هى الأرباح الناتجة عن النشاط الذى تم تمويله من خلالها - لا تعتبر استثناءً على مبدأ وحدة الذمة المالية. وحتى تخول هذه الأسهم حاملها الحق فى الحصول على نصيب من الأرباح لا يكفى أن يكون النشاط الذى تتبعه هذه الأسهم مفيداً بل يتعين أيضاً أن تكون النتائج الإجمالية للشركة إيجابية وإلا كانت الأرباح التى تم توزيعها من قبيل الأرباح الصورية^(١). لذلك فمن المحتم عندئذ أن تجري عملية مزدوجة لحساب الأرباح، بحيث يستخلص بداءة

(١) أنظر فى الأرباح الصورية: د. مصطفى طه، جريمة توزيع الأرباح الصورية فى شركة المساهمة، بحث منشور فى مجلة إدارة قضايا الحكومة (هيئة قضايا الدولة)، السنة السابعة، العدد الأول، ص ٧٢ وما بعدها.
وانظر أيضاً فى حكم توزيع الأرباح الصورية، د. فريد العرينى، المرجع السابق، ص ٣٦٧.

مجمال الأرباح الناتجة عن العمليات التي باشرتھا الشركة وعلى أساس هذه الأرباح الإجمالية تجري عملية حساب ثانية بهدف استخلاص المبلغ المخصص للأسهم القطاعية وذلك الذي سيتم توزيعه على الأسهم الأخرى. وفي هذه الحالة يجب الرجوع للنظام الأساسي للشركة لبيان مدى أحقية حاملي الأسهم القطاعية في المشاركة في التوزيع الأخير.

٤- حماية المصالح الخاصة لحاملي الأسهم القطاعية :

وإمعانا في حماية حملة الأسهم القطاعية من ضياع حقوقهم قد يبدو التساؤل منطقيا حول مدى إمكانية تقديم ضمانات فعالة لهم في ظل القواعد الحالية لقانون الشركات.

٥- (أ) جماعة حملة الأسهم :

ومن نافلة القول أن إيجاد منة قوية وفورية لحماية مصالح حاملي الأسهم القطاعية ليس بالأمر اليسير. وطالما أن هذه الأسهم تمثل بذاتها فئة من الأسهم التي تتميز بخصائص محددة فمن الطبيعي أن تشكل جماعة خاصة لحملة هذه الأسهم يكون غرضها هو حماية المصالح المشتركة لأعضائها والموافقة على تعديلات النظام الأساسي للشركة التي تمس حقوقهم. ومن أبرز مظاهر تفعيل هذه الحماية حالة اندماج الشركة مصدره الأسهم القطاعية أو تعديل غرضها على النحو الذي يتأثر معه النشاط المخصصة له تلك الأسهم. بيد أن الحصول على موافقة جماعة حملة الأسهم القطاعية على تعديلات النظام الأساسي للشركة قد يعد عائقا أمام تطور الشركة والدفع بها قدما نحو مزيد من التقدم.

ومع ذلك فقد تتأثر سلبا مصالح هذه الجماعة وتزعزع أوضاعها لاسيما مع القرارات التي تدخل في صميم اختصاصات الجمعية العامة

العادية للشركة وأجهزتها الإدارية وعلى رأسها القرار المتعلق بالموافقة على توزيع الأرباح وكل ما يري مجلس الإدارة أو الجهة الإدارية المختصة أو المساهمون الذين يملكون ٥% من رأس المال عرضه على الجمعية العامة^(١)، وما يشتمل عليه هذا القرار من إعطاء حاملي الأسهم القطاعية المزايا الخاصة بهم. ومما يعزز مخاوف أصحاب الشأن أن قرارات الجمعية العامة العادية تعتبر نهائية ما لم يكن القرار مشوباً بإساءة الأغلبية استعمال السلطة وهو أمر يصعب إثباته^(٢).

وجدير بالإشارة في هذا المقام أن قانون سوق رأس المال المصري كان قد أتى بحكم جديد عندما قرر أنه لمجلس إدارة هيئة الرقابة المالية - بناء على أسباب جدية يبيدها عدد من المساهمين الذين يملكون ٥% على الأقل من أسهم الشركة وبعد التثبت - وقف قرارات الجمعية العامة للشركة التي تصدر لصالح فئة معينة من المساهمين أو للإضرار بهم، أو لجلب نفع خاص لأعضاء مجلس الإدارة أو غيرهم.

وعلى أصحاب الشأن عرض طلب إبطال قرارات الجمعية العامة على هيئة التحكيم المنصوص عليها في الباب الخامس من هذا القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور القرار. فإذا انقضت المدة دون اتخاذ هذا الإجراء اعتبر الوقف كأن لم يكن^(٣).

(١) أنظر في المادة ٦٣ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ اختصاصات الجمعية العامة لشركة المساهمة وسلطاتها.

(٢) Y. Guyon, Droit des affaires, t.1, 10 éd., no 456.

(٣) المادة ١٠ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢

(٣٢) مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١٦

وتشكل هيئة التحكيم بقرار من وزير العدل برئاسة أحد نواب رؤساء محاكم الاستئناف وعضوية محكم عن كل من طرفي النزاع. وإذا تعدد أحد طرفي النزاع وجب عليهم اختيار محكم واحد.

وتنظر هيئة التحكيم النزاع على وجه السرعة ودون تقييد بقواعد قانون المرافعات المدنية والتجارية، إلا ما تعلق منها بالضمانات والمبادئ الأساسية في التقاضي، وعليها أن تصدر حكمها في مدة لا تتجاوز شهراً^(١).

ويكون الطعن في الأحكام التي تصدرها هيئة التحكيم أمام محكمة الاستئناف المختصة. وفي جميع الأحوال تكون أحكام هيئات التحكيم نهائية ونافاذة ما لم تقرر محكمة الطعن وقف تنفيذها^(٢).

كذلك يدخل في اختصاصات إدارة الشركة التقدم بحصة في شركة أخرى تباشر نشاطا ذات أسهم قطاعية، وفي هذه الحالة لا يكون لحاملي هذه الأسهم حق المشاركة في إدارة الشركة الأولي وهو ما يمكن أن يؤدي إلى المساس بحقوقهم أو إهدارها. لذا فقد رأى البعض^(٣) أن مثل هذه الحصة الجزئية في أصول الشركة تخضع لنظام الاندماج:

(١) المادة ٥٥ من قانون سوق رأس المال رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

(٢) المادة ٥٢، فقرة ٣ و ٤ من قانون سوق رأس المال. وجدير بالإشارة أن هذه المادة قد حكم بعدم دستورتها بموجب الحكم الصادر في الدعوي رقم ٥٥ لسنة ٢٣ ق - دستورية بجلسة ١/٢٣ / ٢٠٠٢. الجريدة الرسمية العدد ٤ تابع في ٢٤/١/٢٠٠٢.

(٣) Y. Guyon. Op.cit.p.189.

إزاء ما تقدم وبالنظر إلى التنظيم القانوني الصارم الذى أحاط به
المشروع التجارى شركات المساهمة فقد تتبدد الآمال حول مدى قدرة
الأنظمة الأساسية لهذه الشركات على تقديم ضمانات إضافية لحاملي
الأسهم القطاعية لاسيما وأن المؤسسين ليسوا أحرارا فى كتابة النظام
الأساسي للشركة بالكيفية التى تروق لهم ، بل يتعين عليهم تحريره وفقا
للمنموذج الذى يصدر به قرار من الوزير المختص بعد موافقة قسم التشريع
بمجلس الدولة^(١) ، وذلك بغية توحيد الأنظمة التى تدير عليها الشركات
وحتى يكون المتعاملون على بينة مما يطلب إليهم^(٢) .

فعلي سبيل المثال فإن مبدأ تساوي قيمة الأسهم والأصل الذى
يقتضيه هذا المبدأ من أن الأسهم تخول أصحابها ذات الحقوق - ومن بينها
الحق فى التصويت - وتفرض عليهم ذات الواجبات ، لا يسمح لحاملي
الأسهم القطاعية بالحق فى التصويت المتعدد.

وعلى الرغم من أن هذا الأصل لا يتعلق بالنظام العام على النحو
الذى يجوز معه مخالفته بإصدار أسهم تمنح أصحابها مزايا خاصة قد تكون
من بينها منحهم عددا من الأصوات فى الجمعيات العامة للشركة زيادة
على تلك المقررة للأسهم العادية ، فإن ذلك أمر غير مستحب. فالأسهم
القطاعية بما تتمتع به من مزايا عديدة قد يؤدي منحها أيضا صوتا متعددا
إلى تثبيط عزيمة المساهمين الآخرين فى الشركة وإضعاف نية الاشتراك لدى

(١) المادة ١٦ ، فقرة ٢ ، من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ .

(٢) هذا وقد صدر قرار وزير الاستثمار والتعاون الدولي رقم ٧ لسنة ١٩٨٢ وتم
نشره بالوقائع المصرية فى العدد ٢١٤ تابع فى ١٦/٩/١٩٨٢ متضمنا نماذج
عقود إنشاء كل نوع من أنواع الشركات موضوع القانون رقم ١٥٩ لسنة
١٩٨١ .

الراغبين فى الإنضمام إليها بل وإلى النزول بالأرباح إلى حدودها الدنيا وتوابع ذلك من التأثير على حياة الشركة.

وعموما فبدلا من أن تكون الأسهم القطاعية عنصرا جاذبا قد تنتهى إلى كونها عنصرا طاردا فيما لو أضيفت لها ميزات أخرى كتعدد الصوت الذى تمنحه على سبيل المثال.

٦- (ب) إطلاع حملة الأسهم :

ويقتضى مبدأ المساواة بين المساهمين المساواة فيما بينهم فى الحصول على المعلومات، إذ ينشغل المساهمون فى كافة شركات المساهمة كثيرا بالحق فى الاطلاع حيث اجتماع الجمعية العامة، فى دور انعقادها العادى، هو بمثابة حلبة المواجهة بين جموع المساهمين وأجهزة الإدارة فى الشركة. وحتى تكون المواجهة مجدية ونافعة للشركة كان لا بد من تزويد المساهمين بالوثائق والمعلومات التى تمكنهم من ممارسة دورهم الرقابى بفاعلية ومن اتخاذ القرارات عن علم وبينة^(١).

وفى شركات المساهمة المقيدة فى البورصة على وجه الخصوص يجب على مجلس إدارة الشركة أن يرسل للمساهمين أو يتيح لهم جميع الوثائق والمستندات الهامة حتى يتقرر علمهم بها ويمكنهم بالتالى من إبداء الرأي فى كل ما يتعلق بإدارة الشركة وسير أعمالها^(٢).

(١) د. فريد العرينى، المرجع السابق، ص ٣١٩.

(٢) Paul le Cannu et Bruno Dondero, Droit des Sociétés, 5 édition, LGDJ, p.610.

أنظر فى حق الاطلاع على الوثائق والمستندات التى ينبغى وضعها تحت تصرف المساهم قبل اجتماع الجمعية العامة :

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، العدد الأول ٢٠١٦ (٣٥)

وليس من المتصور أن تمنح الأسهم القطاعية حامليها حقا فى المعلومات الكاملة أكثر مما يحصل عليه المساهمون الآخرون فى الشركة لاسيما إذا تعلق الأمر بالشركات المقيدة فى البورصة، إذ يمكن اعتبارهم فى هذه الحالة من العالمين ببواطن الأمور بما يعرقل حريتهم فى الدخول إلى سوق الأوراق المالية، وحتى فى الشركات المغلقة ينطبق مبدأ المساواة فى المعلومات بشكل مطلق.

٧- (ج) اللجنة الاستشارية لحملة الأسهم :

والأصل أن الجمعية العامة، باعتبارها الجهاز الذى يضم جميع المساهمين، تعتبر من الناحية القانونية صاحبة السيادة فى الشركة. ومع ذلك وعلى الرغم مما يشهده الواقع العملي من صيرورة هذه الجمعية جهازا صوريا قليل الفاعلية بسبب عزوف المساهمين عن حضور اجتماعات الجمعية العامة للوقوف على أحوال الشركة، لم يدر بذهن الباحثين عن حماية الأسهم القطاعية فكرة تعديل قواعد النصاب القانوني لصحة اجتماع الجمعية العامة أو للأغلبية المتطلبية لصدور قراراتها^(١) بما يصب فى

=Noquet, l'étendue de l'information des actionnaires préalable aux assemblées générales, J.C.P. 1979, éd. C.I., 8175, Brunet et Germain, l'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes, Rev. Soc., 1985, 1

(١) راجع فى نصاب صحة اجتماعات الجمعية العامة والأغلبية المتطلبية لصدور قراراتها المادة ٦٧ من القانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١. والمادة ٢٢٥ من اللائحة التنفيذية. وانظر فى القانون الفرنسي :

Dalsace, Quorum et majorité dans les assemblées d'actionnaires, Banque, 1966, 227.

مصلحة حملة هذه الأسهم باعتبار أن ذلك يعد تقويضاً لسيادة الجمعية العامة كون المساهمون فى الشركة - وغالبيتهم من حملة الأسهم العادية - يباشرون من خلالها دورهم الرقابى على أعمال الإدارة^(١).

ويديلا عن ذلك فقد ارتأى البعض^(٢) إمكانية النص على إنشاء لجنة خاصة تضم ممثلين عن حملة الأسهم القطاعية على أن يتم استشارتها من جانب مجلس الإدارة قبيل اتخاذ أى إجراء يتعلق بتعديل الحقوق المرتبطة بهذا النوع من الأسهم. وتتنحصر مهام هذه اللجنة فى تقديم المشورة فقط دون أن يكون لها حق الاعتراض أو تعطيل أى قرار صادر عن مجلس الإدارة.

٨- (د) عضوية مجلس الإدارة :

وقد يكون التفكير فى حماية مصالح حملة الأسهم القطاعية مبكرا فيحتفظ النظام الأساسى للشركة لهم بعدد معين من مناصب عضوية مجلس الإدارة على اعتبار أن هذه العضوية تتم بحسب الأصل عن طريق الانتخاب من جانب الجمعية العامة، مما يفيد ضرورة تمتع العضو بصفة المساهم. وفى كل الأحوال يجب أن يراعى هذا التمثيل الخاص ضابط الطابع الجماعى لمجلس الإدارة وتشكيله على نحو يضمن عددا متوازنا من طوائف المساهمين فى الشركة.

Y. Guyon, Traite des contrats, Sociétés (١)
(aménagement statutaires et convention entre
associés), 4 éd. no 163.

Guyon, op.cit., no 173. (٢)

ومن نتاج ما تقدم يمكن القول أن وجود فئة خاصة من الأسهم داخل شركات المساهمة لاسيما إذا اتخذت هذه الفئة شكل الأسهم القطاعية بمفهومها السابق قد يشعل فتيل تعارض المصالح ويؤجج خطر المواجهة بين حملة هذه الأسهم والمساهمين العاديين فى الشركة بما يخشى معه انقضاء الشركة بحكم يصدر من المحكمة بحلها، بناء على طلب أحد الشركاء، طالما وجد مسوغ يبرر ذلك^(١). ومهما بلغت التدابير الاحتياطية فسينحصر دورها فى تقليل حدة التعارض بين مصالح المساهمين لكنها لن تستطيع تلافى أو إزالة المضار المتأصلة فى وجود فئة من الأسهم بمثل خصائص الأسهم القطاعية^(٢).

٩ - الأسهم القطاعية وشركة المساهمة المبسطة :

وإزاء ما تقدم قد يكون مفيداً تحويل دفة التفكير فى شكل الشركة المصدرة للأسهم القطاعية إلى شركة المساهمة المبسطة بسبب مرونة نظامها الأساسى وقدرة مؤسسيها على صياغته بحرية تضمن من البداية حقوق حملة هذه الأسهم ومن ثم ضمان تنظيم علاقة أفضل بينهم وبين المساهمين العاديين الآخرين فى الشركة. ومع ذلك تبقى مشكلة هذا الشكل من الشركات أنها لا تطرح أسهمها للاكتتاب العام^(٣) وبالتالي فقد تكون غير صالحة لأن تمثل بذاتها إطاراً قانونياً للمشروعات التى تباشرها

(١) المادة ٥٣٠ من التقنين المدنى المصرى.

(٢) COURET A., « Les actions traçantes », op.cit. (٢) no. 53.

(٣) L. 24 juillet 1966, art. 262-3, C.com. art. L.227-2.

الشركات مصدرة الأسهم القطاعية على اعتبار أن هذه الشركات تباشر عادة أنشطة مبتكرة كما أنها ذات إمكانيات نموية ضخمة تصبو بها إلى الدخول في سوق الأوراق المالية.

وردا على ما قد يثور في الذهن من إمكانية تحول شركة المساهمة المبسطة - فيما لو أصدرت أسهم قطاعية- إلى شركة مساهمة عادية تطرح أسهمها للاكتتاب العام، فعلاوة على تعقد هذا التحول فيما لو تضمن النظام الأساسي للأولي بنودا لا تتفق ونظام شركات المساهمة، ليس من المؤكد توافر الشروط المطلوبة لإمكان إجراء هذا التحول وعلى رأسها موافقة الجمعية العامة غير العادية بأغلبية خاصة بل وأيضا الحصول على الموافقة الإجماعية للمساهمين^(١) لما يمكن أن يؤدي إليه هذا التحول من زيادة التزامات المساهمين أو المساس بحقوقهم الأساسية، وعليه فإذا كان عدد الشركاء في شركة المساهمة المبسطة كبيرا فإن تحول هذه الشركة إلى شركة مساهمة عادية يكاد يكون أمرا متعذرا.

١٠- زوال الأسهم القطاعية :

وجدير بالإشارة أن المشاكل التي تثيرها الأسهم القطاعية لا تقف عند حد إنشائها وأثناء وجودها في حياة الشركة التي أصدرتها، بل المسألة الشائكة تكمن أكثر عند اختفاء هذه الأسهم من الساحة سواء لأن الشركة قد تركت النشاط الذي خصصت له هذه الأسهم أو لأن مصلحة الشركة لم تعد تتطلب وجود تلك الفئة من الأسهم. وهنالك فإن تحويلها إلى أسهم عادية يتطلب بالقطع مشاورات طويلة داخل الجماعة الخاصة بحملة

(١) L. 24 juillet 1966, art. 262-4, C.com. art. L.227-

هذه الأسهم لبيان النتائج المترتبة على ذلك^(١). وأما شراء الشركة لزاما لهذه الأسهم فهي عملية مشوبة بالصعوبة لأنه ما لم ينص النظام الأساسي للشركة على غير ذلك، فإن القانون الفرنسي لا يفرض على الشركة شراء أسهمها ما لم تكن هذه الأخيرة من نوعية الأسهم ذات الأولوية في الحصول على نصيب من أرباح الشركة وبدون الحق في التصويت^(٢). وإذا كان حل المشكلة في إصدار أسهم قطاعية ذات أولوية في الأرباح وبدون حق التصويت، فإن الجمع بين هذين النظامين لا يبدو أمرا يسيرا علاوة على أن أسهما بهذا الوضع لن تكون جاذبة بالمرّة للمستثمرين مما يفقد أمر إصدارها ميزته الأصلية ويبقى على أسهم الشركة دون أي نفع لها. لذا فالحل ببساطة يكمن في أن يتضمن النظام الأساسي للشركة بندا ينص على شراء الشركة لأسهمها عند الاقتضاء، بيد أن هذه البساطة في الحل تزيد الأمور تعقيدا بعض الشيء على نحو ما سنرى في المطلب التالي.

(١) وجدير بالإشارة أنه طبقا للقانون المصري إذا لم يتضمن نظام الشركة نصا بشأن الأسهم الممتازة عموما فإن قرار الجمعية العمومية غير العادية الخاص بهذه الأسهم لا يكون نافذا إلا إذا وافق عليه جمعية حملة هذه الأسهم بأغلبية الأضواء المثلثة لثلاثي رأس المال الذي تمثله هذه الأسهم (المادتان ٩ و ١٠ من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال والمادة ١٣٢ من قانون شركات الأموال رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١).

(٢) Paul le CANNU et Bruno DONDERO, Droit des Sociétés, L.G.D.J, 5 éd., 2013, p.670,730, 1154,1185 et 1189.

المطلب الثاني الأسهم القطاعية المركبة

إذا كانت الأسهم القطاعية قد بدت عند نشأتها فى صورتها البسيطة نوعاً متميزاً من الأسهم الممتازة إستحدثه الواقع العملي مع نمو وتزايد الأنشطة والمشروعات المبتكرة لشركات المساهمة، فإن المزايا التى حملتها هذه الأسهم لتلك المشروعات قد انطوت بشكل متوازن على عدد من الصعوبات المركبة. وتتمثل هذه الصعوبات على وجه الخصوص فى تعريف النشاط الذى تخصص له الأسهم القطاعية و كذلك إعادة شراء هذه الأسهم جبراً بمعرفة الشركة.

١١- أولاً : النشاط المخصصة له الأسهم القطاعية l'activite affectee

يبنى المتعاقدون من تأسيس الشركة فيما بينهم تحقيق مشروع مشترك *Objet Entreprise Commune* يطلق عليه عادة محل الشركة *Social* ^(١). ويقصد بهذا المخل عموماً النشاط أو الأنشطة التى يعتزم الشركاء مباشرتها من خلال الشركة. ويفترق المخل بهذا المفهوم عن غرض الشركة *But Social* ^(٢) والذى يتمثل فى تقسيم النتائج التى تعود من

Y.CHAPUT, De l'objet social des sociétés (١) commerciales, thèse Clermont-Ferrand 1973, p.34 et s., P.CORDONNIER, L' « Objet social », D.1952,Chr., p. 171, Spec., p.172.

(٢) أنظر فى غرض ومحل الشركة فى شركات المساهمة فى القانونين الفرنسى والألماني :

ممارسة نشاط أو أنشطة الشركة حيث تتأسس الشركة في الأساس بهدف تحقيق الربح أو الوفرة الاقتصادية^(١).

وانطلاقاً من المبدأ العام لحرية التجارة والصناعة يتنوع محل الشركة طبقاً لحرية الشركاء في ممارسة أى نشاط يرغبون القيام به شريطة عدم مخالفته النظام العام أو الآداب أو القانون^(٢). وهنالك ينبغي التأكيد على أن محل الشركة لا يختلط مع محل عقد الشركة باعتباره عنصراً مميزاً للشركة عن بقية العقود الأخرى، ونعني به الحصص التي يتعهد الشركاء بتقديمها في الشركة.

هذا ويتحدد محل الشركة على وجه الدقة بالرجوع إلى نظامها الأساسي^(٣) الذي اتفق الشركاء فيه على ماهية مشروعهم المشترك. ويفترق المحل النظامي *Objet Statutaire* كثيراً في الواقع العملي عن النشاط الفعلي أو الحقيقي للشركة سواء لأن هذا النشاط لا يمثل إلا جزءاً من محل الشركة أم لأنه يمارس خارج حدود محل الشركة كما هو محدد في

= Kerstin Peglow, *Le Contrat de société en droit Allemand et en droit français compares*, L.G.D.J., 2003, p.205 et s.

(١) ويجب عدم الخلط ليس فقط بين محل الشركة وغرض الشركة بل وأيضا بين هذا الأخير وبين المصلحة المشتركة *Interet Social*. فهذه الأخيرة لا تقتصر على مصلحة الشركاء - إذ قد تعارض هذه الأخيرة مع مصلحة الشركة - بل تمتد كذلك لتشمل مصلحة الشركة ذاتها سواء في علاقاتها مع موظفيها وعمالها أم مع مورديها ودائيتها.

De l'intérêt Social, J.C.P., éd., E., 1995, 1. 488

(٢) المادة ١٣٥ من التقنين المدني المصري.

(٣) أنظر في تحديد محل الشركة عبر نظامها الأساسي :

Kerstin Peglow, *precite*, p. 229.

نظامها الأساسي. وتفادياً لهذه الصعوبة فقد جري العمل فى فرنسا منذ عام ١٩٨٧ على أن مستخرجات السجل التجاري وسجل الشركات لا تتضمن محل الشركة وإنما النشاط الفعلي للشركة المقيمة. وهكذا وعند حدوث اختلاف بين المحل النظامي للشركة ونشاطها الفعلي يجوز للغير التمسك بهذا الأخير فى مواجهة الشركة. وقد يصل الأمر إلى بطلان الشركة ولو بدا محلها النظامي مشروعاً طالما كان يخفى وراءه نشاطاً فعلياً غير مشروع^(١).

وعلاوة على ما تتطلبه القواعد العامة من وجوب أن يكون محل الشركة مشروعاً وممكناً، ينبغى أن يكون المحل معيناً بحيث لا يجوز تأسيس شركة للاشتغال بالتجارة من غير تحديد لنوعها. وغالباً ما يتم تعيين المحل فى العقد على نحو مرن يسمح بإضافة الأعمال التى تتصل بطريق مباشر أو غير مباشر بنشاط الشركة الرئيسي، وهو ما يطلق عليه فى العمل " شرط المظلة" *Clause Parapluie*^(٢). ويجد هذا الشرط فائدته الجوهرية فيما لو أصبح محل الشركة مستحيل التحقيق بسبب حدث وقع أثناء حياتها بما يؤدى وجوده إلى تفادى حل الشركة قضاءً^(٣).

(١) CA Paris, 21 nov. 1951, S.1952,2, p.105, concl. M. Gegout. Comp. cependant CJCE, 13 nov. 1990, Marleasing, no 244.

(٢) Ph. Merle, Droit Commercial, Sociétés Commerciales 5ed, 1996, No 54.

(٣) Ph. Merle, op.cit., No 54, p.65.

١٢- النشاط المعني بين الشركة الأم والشركة التابعة :

وتجنباً للصعوبات المتعلقة بتحديد النشاط الذي يتم توزيع أرباحه على حملة الأسهم القطاعية، قد يكون السبيل لذلك هو النص على أن يمارس هذا النشاط ليس بواسطة الشركة الأم مصدرة الأسهم القطاعية وإنما من خلال شركة أخرى تابعة تباشر ذات النشاط على وجه التحديد.

وبما أن الشركة التابعة تتمتع بشخصية اعتبارية خاصة بها ولها بالتالي ذمة مالية مستقلة فلا محل للشك فيما يتعلق بحساب الأرباح التي تستأثر بها الأسهم القطاعية. وقد جرت العادة في مثل هذه الأحوال على أن تنتقل هذه الأرباح في خطوة تالية إلى الذمة المالية للشركة الأم، ومع ذلك ولأسباب مالية وضريبية فقد أفضى الواقع العملي إلى تصور يُعطي بمقتضاه مساهمو الشركة الأم - حملة الأسهم القطاعية- حق الحصول مباشرة على الأرباح التي يحققها نشاط الشركة التابعة أو الوليدة.

١٣- سهم الوصول للربح:

هذا الوضع المركب يثمر عن نوع من الأسهم جري العمل على تسميته " بسهم الوصول للربح " أو " سهم النفاذ للربح " dividend access share . وبرغم اللجوء إلى ذات الوضع حتى خارج إطار الأسهم القطاعية فإن الأمر يثير بعض علامات الاستفهام التي تصل درجتها إلى حد التحفظات.

وبداية فإن سهم الوصول للربح يعتبر بمثابة أداة لإيصال أرباح نشاط الشركة التابعة لحملة الأسهم القطاعية ولكن دون أن يكون لحامله الحق في التصويت أو في اقتسام فائض التصفية عند حل الشركة.

وعموما فبمقتضى الحقوق المحدودة المرتبطة بأسهم الوصول للربح غالبا ما تكون القيمة السوقية لهذه الأسهم هي ذاتها قيمتها الاسمية التي صدرت بها. وطالما يكفى المساهم الجديد المنضم إلى الشركة دفع القيمة الاسمية للحصول على السهم فإن تمويل عملية الاستحواذ على مثل هذه النوعية من الأسهم أكثر سهولة من الاستحواذ على غيرها من الأسهم الأخرى^(١).

وبعبارة موجزة فإن سهم الوصول للربح يترجم حالة الشخص الذى يحوز أسهماً فى شركة مسيطرة Societe Contrôlante (الشركة الأم) على شركة أخرى Societe Contrôlée (الشركة التابعة) تقوم بالنشاط الذى رصدت له الأسهم القطاعية، حيث تقوم هذه الأخيرة بدفع أرباح الأسهم القطاعية لحملتها فى الشركة الأولى دون أن تلتزم الشركة الأم بدفع أى شئ لوفاء الحملة.

وحتى تستبين العلاقة بين الأسهم القطاعية وأسهم الوصول أو النفاذ إلى الربح فإن الأمر لا يخرج عن أحد فرضين: الفرض الأول وفيه لا تكون للشركة الأم السيطرة الكاملة على الشركة التابعة بتملكها جميع أسهم هذه الأخيرة وإنما لها السيطرة على النحو الذى يجعلها هى المساهم الأكبر

(١) أنظر فى سهم الوصول للربح :

J.-P. LE GALL et A. VIANDIER, " Le dividend access, un modèle français ", JCP éd., E., 1991. 1. 103.

وانظر أيضا فى دور هذا النوع من الأسهم فى عمليات الاندماج والاستحواذ داخل مجموعة الشركات :

PAUL LE CANNU et BRUNO DONDERO, Droit des sociétés, L.G.D.J., 5 éd., 2013, no.1602.

فى الشركة التابعة (بنسبة ٥١٪)، وهنا تثار مشكلة توزيع الأرباح الناتجة عن نشاط الشركة التابعة. فلو تصورنا أن الشركة الأم تمارس فى جزء من نشاطها نشاطا مبتكرا (مثل الاتصالات) وبالتالي كانت أسهمها الصادرة عنها متنوعة بين أسهم عادية وأسهم قطاعية، ثم قامت هذه الشركة (الأم) بتأسيس شركة تابعة لها - تمارس ذات نشاط الاتصالات - واكتبت فى رأسمالها بنسبة ٥١٪ أو أكثر على الوجه الذى صار لها السيطرة عليها، أو أن الشركة التابعة كانت موجودة من الأصل أثناء حياة الشركة الأم فاشترت الأخيرة من أسهم الأولى ما حقق لها السيطرة عليها. فى مثل هذه الحالة وعند توزيع أرباح الشركة التابعة، الأصل أن يجري هذا التوزيع على مساهميها (الشركة الأم بنسبة ٥١٪ وبقية مساهمي الشركة التابعة بنسبة ٤٩٪) ومن ثم فإن مجريات الأمور ستؤدى إلى دخول نصيب الشركة الأم من أرباح نشاط الشركة التابعة فى ميزانيتها^(١) - أى ميزانية الشركة الأم - كأرباح محققة من استثمارات هذه الشركة (الأم) فى إحدى الشركات التابعة لها، وهو ما سيؤدى بطبيعة الحال إلى لزوم توزيعها على جميع مساهمي الشركة الأم بدون استثناء (أسهم عادية وأسهم قطاعية). هنالك يأتى دور أسهم الوصول أو النفاذ إلى الربح حيث نشاط الشركة التابعة la filiale قد خصصت له الشركة الأم الأسهم القطاعية les actions sectorielles، فتقوم بمنح حملة هذه الأخيرة أسهم النفاذ إلى الربح dividend access shares - وهى كما أشرنا من قبل ليس لها الحق فى التصويت داخل الشركة التابعة-

(١) ومن المفهوم قطعاً أن أرباح نشاط الشركة التابعة ستدخل فى ميزانيتها كأرباح محققة من نشاطها ومن ثم يتم توزيعها على مساهميها وهم الشركة الأم وبقية مساهمي الشركة التابعة.

وكانها إن صح وصفها عبارة عن حوالة حق نقلت بمقتضاها الشركة الأم حقها المتمثل فى نصيبها من أرباح الشركة التابعة إلى حملة الأسهم القطاعية فى الشركة الأم.

بتعبير آخر فقد أريد بمنح حملة الأسهم القطاعية هذه الأسهم المسماة بأسهم النفاذ إلى الربح، وبناء على ما تتطلبه الأمور المالية والضريبية، تفادى توزيع أرباح نشاط الشركة التابعة - ونعني بها نصيب الشركة الأم من أرباح هذه الأخيرة - على حملة الأسهم العادية والقطاعية معا فى الشركة الأم الأمر الذى كان ليحدث فيما لو دخل نصيب الشركة الأم فى ميزانيتها العامة^(١). وهذا يستلزم بطبيعة الحال النص فى النظام الأساسى للشركة الأم على أن أى نشاط مبتكر تصدر عنه أسهم قطاعية تذهب أرباحها إلى حملة هذه الأسهم وحدهم دون غيرهم من حملة الأسهم العادية الأخرى فى الشركة.

وعلى ما سبق يمكننا القول أن حملة الأسهم القطاعية فى الشركة الأم هم من الغير بالنسبة للشركة التابعة باعتبار أن الشركة الأم كشخص معنوي هي المساهم فى الشركة التابعة والتي تمارس النشاط الذى صدرت عنه الأسهم القطاعية فى الشركة الأم.

أما الفرض الثانى ففيه تكون الشركة التابعة la filiale (والغالب أن تكون فى هذه الحالة شركة شخص واحد) مملوكة فى جميع أسهمها للشركة الأم حيث تكون هذه الأخيرة مسيطرة سيطرة كاملة على الأولى،

(١) وجدير بالإشارة أنه لا يمكن تصور أفراد الشركة الأم بكل أرباح الشركة التابعة حيث يساهم مع الشركة الأم فى هذه الأخيرة مساهمون آخرون وإلا صار الأمر شرط أسد حرم بمقتضاها بقية مساهمى الشركة التابعة من أرباحها وبالتالي صارت الشركة التابعة شركة باطلة.

وهنا لا تثور أى مشكلة نظرا لاستثمار الشركة الأم بكامل أرباح الشركة التابعة حيث تمتلك جميع أسهم الأخيرة بالكامل. وبالتالي يصدر لحملة الأسهم القطاعية فى الشركة الأم أسهم النفاذ إلى الربح لتؤدى ذات الدور الذى تؤديه فى الفرض السابق.

وبالعودة إلى أسهم النفاذ إلى الربح فمن نافلة القول أن القانون الفرنسى لا يجهل الفكرة فى أساسها حيث تمنح بعض الأوراق المالية حقوقا فى شركات عدة، ومن ذلك مثلا المادة ٢٢٨-٩٣ من التقنين التجارى التى تميز للشركة التابعة إصدار قروض سنديّة على أن يتم سدادها أو تحويلها إلى أسهم فى الشركة الأم^(١).

يستتج من ذلك إذن أن ظهور مثل هذه الأوراق المختلطة فى الواقع العملي له دلالتة على أن الأوراق المالية، ومنذ صدور القانون رقم ١٣٢١-٨٥ الصادر فى ١٤ ديسمبر عام ١٩٨٥ بتعديل بعض نصوص قانون الأوراق المالية والشركات وعمليات البورصة، لم تعد حبيسة الأنواع المحددة لها بواسطة القانون، وإنما يجوز للشركات أن تصدر بنفسها كافة أنواع الأوراق المالية التى يحددها لها نظامها الأساسى. علاوة على ذلك فإن شرط "النفاذ إلى الربح" لا يعدو أن يكون نتاجا لضم أو اندماج حسابات الشركات أو بعبارة أخرى فإن الأرباح الناتجة عن النشاط المبتكر الذى صدرت عنه الأسهم القطاعية تعتبر قد تحققت على مستوى المجموع وليس على مستوى كل من الشركات التى يضمها هذا المجموع.

(١) Peltier, Les obligations convertibles en actions de la société mère : Bull. Joly 1997, No 214, p.525.

وكما تأتي الرياح بما لا تشتهي السفن، فقد ارتأى البعض^(١) أن توزيع الأرباح المتحققة عن نشاط الشركة التابعة la filiale مباشرة على حملة الأسهم القطاعية أمر يثير الجدل من جانب الشركة الأم التي أصدرت هذه الأسهم.

فالواقع العملي يشهد بأن هذه الأخيرة - أى الشركة الأم - تتنازل عن الأرباح التي تقبضها من ولیدتها حيث يتم دفعها لمساهميها دون أن تمر بدمتها المالية الخاصة. ولما كان هذا التنازل يأخذ عادة شكل التفويض - أو إن جاز القول حوالة حق كما ذكرنا سلفاً - لصالح حملة الأسهم القطاعية وكان هذا التفويض بمثابة عمل من أعمال الإدارة فبدهى أن يدخل فى اختصاص مجلس إدارة الشركة الأم مصدرة تلك الأسهم. وهذا يجافى الواقع عملاً إذ يأتى التفويض بصورته المذكورة إثر صدور الأسهم القطاعية وبشكل تابع أو لصيق بعمالية الإصدار على النحو الذى يبدو معه الوضع وكأن الجمعية العامة غير العادية تقرر إصدار الأسهم القطاعية وتفويض حملتها فى حق الحصول على نصيبها من الأرباح الموزعة من الشركة التابعة فى آن واحد.

والسؤال الذى ينتجه المشهد السابق - ومع كون الجمعية العامة غير العادية للشركة هى جهازها السيادى - يدور حول ما إذا كانت هذه الجمعية تملك سلطة منح التفويض فى قبض هذه الأرباح رغم أن الأمر لا يعدو أن يكون عملاً من أعمال التبرع باعتبار أن الشركة الأم لا تتلقى شيئاً مقابل هذا التنازل؟ ومع التشكك فى سلامة هذه العملية فقد يكون للتحوف محل من اعتراض دائنى الشركة الأم مصدرة الأسهم القطاعية إذا

Guyon, op.cit., no.14.

(١)

كانت هذه الأخيرة في مركز مالي مضطرب، بل وأيضا اعتراض مساهميهما الآخرين الذين لم تنلهم الاستفادة من توزيع أرباح الأسهم القطاعية.

على العكس فالصورة ليست قائمة بهذه الدرجة من منظور الشركة التابعة *la filiale* حيث تخف وطأة الأمور المركبة لاسيما مع خضوع هذه الشركة لذات النظام القانوني الذي يحكم الشركة الأم.

فالأصل أن الشركة التابعة لا تغير انتباها لعملية الأسهم القطاعية الصادرة عن الشركة الأم، وأقصى ما يمكن أن تقف منها موقف المشاهد المحايد الذي لا يهمه حينئذ أن تكون الأرباح الناتجة عن نشاطها - نشاط الشركة التابعة - قد ذهبت إلى الشركة الأم ذاتها أو إلى مستفيدين آخرين عينتهم هذه الأخيرة بنفسها (حملة الأسهم القطاعية).

ومع ذلك وإزاء عملية إصدار الأسهم القطاعية كعملية حديثة أفرزها الواقع العملي تاركا إياها رهن التطور اللحظي دون بيان أبعادها المستقبلية، قد يكون من الأهمية بمكان أن تتحدد العلاقات بين الشركة الأم والشركة التابعة من خلال اتفاق يبرم بينهما قبيل إصدار الأسهم القطاعية. وما يدعم ضرورة وجود مثل هذا الاتفاق ويربك الأوضاع في العلاقات القائمة بين الشركتين أن يكون مديرو الشركة التابعة مساهمين في ذات الوقت في الشركة الأم وحاملين لأسهم قطاعية، وهو الوضع الذي يخولهم الحصول على جزء من أرباح الشركة التابعة (نصيب الأسهم القطاعية) قبل أن تلمسه يد الشركة الأم أو بعبارة أدق يد بقية حملة الأسهم القطاعية فيها. وهنا يقترن قلق هؤلاء مع شبهة تعسف مديري الشركة التابعة في استخدام أموال الشركة.

أخيراً، إذا كان الحديث قد طال كل من الشركة الأم والشركة التابعة فإن حملة الأسهم القطاعية ليسوا بدورهم بمنأى عما يمكن أن يؤثر سلباً على حقوقهم ومصالحهم الشخصية. ولعل أبرز ما يجسد هذا التأثير يكمن فى الخطر المحتمل الذى يمكن أن تنطوي عليه عملية منحهم أسهم الوصول أو النفاذ للريح باعتبار أن هذه الأسهم لا تجيز حملتها المشاركة فى اجتماعات الجمعية العامة العادية للشركة التابعة التى تنهض بالتصديق على حسابات الشركة وتوزيع الأرباح ومن ثم إصدار القرار بتخصيص نصيب الأسهم القطاعية من هذه الأرباح. بعبارة أخرى فقد تكون الخشية من أن تقرر الجمعية العامة للشركة التابعة إدماج تلك الأرباح فى الاحتياطي كما درجت العادة بشكل ممنهج فى كثير من الشركات. وقد ترتفع الخشية إلى درجة الرعب على الوجه الذى لا يتوقف معه الأمر عند عدم حصولهم على أى عائد فوري، وإنما إذا حدث وأن انقضت الشركة التابعة أو تم حلها فإن ناتج تصفيتها سيعود إلى الشركة الأم بما يحتمه ذلك من توزيعه على جميع مساهميها سواء من حملة الأسهم القطاعية أو غيرهم من حملة الأسهم الأخرى العادية أو الممتازة إن وجدت. ولمواجهة تلك المشكلة قد يكون الحل فى الاتفاق على أن تتعهد الشركة الأم بتوزيع الأرباح المتحققة من نشاط الشركة التابعة رغم ما يبدو من صعوبة إتمام مثل هذا الاتفاق بسبب عدم أخذه فى الاعتبار مصلحة الشركة التابعة.

١٤- ثانياً: إعادة الشراء الإجباري للأسهم القطاعية :

من المسلم به وكما أشرنا من قبل أن الأنشطة التى تصدر عنها الأسهم القطاعية تدرج على الدوام ضمن فئة الأنشطة المبتكرة مثل صناعة التكنولوجيا المتقدمة high-tech industry والبرمجيات Software والتى تتسم عادة بتطورها المستمر والسريع.

والحال كذلك فقد يبدو التساؤل منطقيا حول ما إذا كانت الحكمة تقتضى احتفاظ الشركة مصدرة الأسهم القطاعية بالحق في إعادة شرائها^(١) أو تحويلها إلى أسهم عادية عند ترك النشاط المعنى أو توقفه، علما بأن هذا التوقف ينتج إما عن نقل جزئي لأصول الشركة فيما لو كانت الشركة المصدرة تباشر بنفسها النشاط المبتكر أو عن إنقضاء الشركة التابعة ذاتها إذا كانت هي التي تباشر هذا النشاط. ولاشك أن التفكير في تضمين النظام الأساسي للشركة بند إعادة شراء الأسهم القطاعية أو تحويلها إلى أسهم عادية، له حكمته الظاهرة باعتبار هذا البند يمثل إجراء احترازيا يؤدي غيابه - في ظل الوضع السابق - إلى تجميد حياة الشركة ومن ثم الإضرار بمصالح المساهمين فيها.

وقد استغرقت هذه المسألة من البحث المقترن بالتردد وقتا طويلا حتى بلغت القبول، فاعترف القضاء الفرنسي مؤخرا بصحة شروط إعادة الشراء الإجباري التي يتضمنها النظام الأساسي للشركة سواء عند

(١) أنظر بوجه عام في شراء الشركة لأسهمها :

J. Cl. Coviaux, L'achat par une société de ses propres actions in Dix ans de droit de l'entreprise, Litec 1978, p.187. F.D. Poitrinal, L'auto-détention du capital, approche comparative entre les droits français et américain, Banque 1991, p. 732, Le rachat par les sociétés de leurs propres actions, C.O.B. janv. 1998. Cf. commentaire A. Couret, Dr. Sociétés mars 1998, p.3, Banque et Droit no 3-1997, p.3 J.J. Daigre, J.C.P. éd. E. 1998, p.193, Rev. Dr. Bancaire no 65-1998, p.3

تأسيسها أم عند إصدار الأسهم القطاعية محل إعادة الشراء. ومع ذلك فمن غير المتصور أن تجري عملية إعادة الشراء على هذا النحو استنادا إلى مجرد مبادرة الشركة مصدرة الأسهم القطاعية، وإلا أصبحت العملية متوقفة على محض إرادتها بشكل تحكيمي بحيث يتوقف إجراؤها على مبادرة الشركة فحسب دونما قيد أو شرط. لذا فقد يبدو ضروريا لدى إصدار الأسهم القطاعية النص على الحالات التي يتم فيها إعادة شراء هذه الأسهم أو تحويلها إلى أسهم عادية وكذلك وضع حد نهائي لحياة هذه الأسهم^(١).

ولا يتوقف الأمر عند هذا الحد بل - وكعادة أى نظام جديد يفرزه الواقع العملي قبل أن تتلقفه نصوص التشريع - تتوالى الصعوبات فيثور التساؤل حول ما إذا كانت عملية إعادة شراء الشركة للأسهم القطاعية أو تحويلها إلى أسهم عادية تتم بقوة القانون أم أن الأمر يستلزم موافقة الجماعة الخاصة بحملة الأسهم القطاعية.

ويدهى أن الإجابة على التساؤل السابق تتوقف على طبيعة الشرط المتعلق بإعادة الشراء أو التحويل فى النظام الأساسى للشركة.

فإذا كان هذا الشرط محددًا بشكل واضح وموضوعي فلا أهمية للحصول على موافقة الجماعة الخاصة بحملة الأسهم القطاعية، وسيقتصر

(١) Yves Guyon, Les Tracking stocks, Mélanges AEDBF (Association Européenne pour le droit bancaire et financier) – France 3, Banque éditeur, 2001 p.193, COURET A., « Les actions traçantes », Dr. Sociétés, Actes pratiques et ingénierie sociétaire, 2000, no. 53.

دور مجلس إدارة الشركة حينئذ على التحقق من استيفاء هذا الشرط واستخلاص نتائجه.

على العكس فإن تداول المسألة مع جماعة حملة الأسهم القطاعية والحصول على موافقتهم الإجماعية يصبح أمراً ضرورياً إذا كان الشرط المذكور محلاً لتفسيرات متباينة.

وفى كل الأحوال يتعين تحديد الشروط المالية لإعادة الشراء أو التحويل وهو ما يفضل أن يكون متزامناً مع إصدار الأسهم القطاعية رغم صعوبة ذلك حيث يصعب كثيراً فى هذا التوقيت الوقوف على القيم النسبية لتلك الأسهم أو مثيلتها العادية الأمر الذى يستوجب دوماً اللجوء للخبرة فى هذا الشأن.

يبقى الفرض الذى لا يتضمن فيه النظام الأساسى للشركة مصدرة الأسهم القطاعية نصاً صريحاً على إعادة شراء هذه الأسهم بمعرفة الشركة، حيث لا يبدو ممكناً فى هذه الحالة إلزام حملة الأسهم القطاعية بمبادلة أسهمهم بأسهم صادرة عن شركة تابعة للشركة الأم كونها - أى الشركة التابعة - ستكون هى ذاتها التى تقتنى أرباحها أثر الأسهم القطاعية.

وحتى تتبدد الشكوك التى تولدها الحلول السابقة قد يتفتق الذهن عن تصور واقعى تصدر بمقتضاه الأسهم القطاعية تحت شكل أسهم ممتازة ذات أولوية فى الحصول على الربح ويدون الحق فى التصويت، وهى الأسهم التى نظم المشرع الفرنسى إعادة شرائها فى المادة ٢٢٨ - ١٩ من التقنين التجارى^(١). هذا الحل على وجاهته ليس الأمثل ليس فقط لأن

(١) أنظر أكثر تفصيلاً فى هذه المسألة :

النظام الحاكم لعملية إعادة الشراء كما وضعه القانون غير ملزم على وجه الإطلاق، وإنما أيضا لأن الحرمان من الحق في التصويت من شأنه إضعاف وضع حملة الأسهم القطاعية في الشركة.

١٥ - التحويل إلى أسهم عادية :

ومع توالى البحث عن الحلول قد يطرح التساؤل نفسه ببساطة حول مدى صحة الشرط الذى يميز تحويل الأسهم القطاعية إلى أسهم عادية بمبادرة فردية من حملتها. وعلى بساطة السؤال تأتي الإجابة سريعة وواضحة إذ لا شئ يمنع من صحة هذا الشرط لاسيما وأن الأسهم القطاعية تمنح حقوقا إضافية لا تمنحها الأسهم العادية بما يجوز معه التنازل دائما عن أى حق مكتسب يمنحه السهم لصاحبه.

هذه النتيجة الأخيرة التى يترجمها التساؤل السابق والرد عليه إن كانت لها دلالة، فدلالاتها الواضحة تكمن فى أن الرغبة فى إصدار الأسهم القطاعية من أجل تطوير المشروعات الاقتصادية قد تفضى فى النهاية إلى خيبة آمال أصحابها بما يؤثر سلبا على الشركة المصدرة لها ويعرقل إدارتها بل ويهدد بانهارها بسبب صعوبة تجمع مساهمين ذوى مصالح متباينة تحت سقف شركة واحدة^(١).

= H. LE NABASQUE, " La réforme des actions de préférence ", JCP éd., E, 2008, p.2445, R. MORTIER, « La non-réforme des actions rachetables », BJS 2008, p.948.

Céline Cros, Les actions « reflets », concept (١) d'avenir ou effet de mode », op.cit. p.23

وإذا كان ولا بد من إيجاد حل للمشكلة فقد تبتعد الأذهان عن سلوك طريق إصدار الأسهم بشكل يكون بديلها اللجوء إلى صكوك مستقلة تمنح أصحابها الحق في الحصول على الأرباح المتحققة من فرع نشاط الشركة الأم - النشاط المبتكر - أو من شركة تابعة لها ممارسة لهذا النشاط.

ورغم وجهة التفكير إلا أن وصمة الخشية من فكرة السهم قد تلاحق هذه الصكوك التي تتلازم في فحواها مع تلك التي تُمنح للمؤسسين الذين يقومون بتقديم خدمات للشركة عند تأسيسها وتحويلهم نظير ذلك الحق في الحصول على نصيب من الأرباح يحدده نظام الشركة وهي الحصص التي يطلق عليها " حصص التأسيس ". هذه الأخيرة التي حظرها المشرع الفرنسي صراحة بمقتضى نص المادة ٢٢٨ - ٤ من التقنين التجاري (ومن قبلها المادة ٢٦٤ من قانون الشركات الصادر في الرابع والعشرين من يوليو عام ١٩٦٦)، كانت تمنح حاملها - وهم ليسوا بالضرورة من المساهمين - حقا يتمثل عادة في الحصول على جزء من أرباح الشركة، وربما على نصيب من موجوداتها عند التصفية.

وبرغم ما قيل في مساوئ حصص التأسيس لاسيما تعسف أصحابها في استخدام مركزهم تجاه الشركة بما أدى إلى خلق جو من التعارض وعدم الانسجام بين مصالحهم وبين مصالح حملة الأسهم، فقد ارتأى فريق من الفقه الفرنسي^(١) أن ثم تغييرا في الأوضاع قد حدث منذ

Y. Guyon, op.cit. p. 194.

(١)

صدر القانون رقم ١٣٢١-٨٥ فى ١٤ ديسمبر عام ١٩٨٥ والخاص بتعديل بعض نصوص قانون الأوراق المالية والشركات وعمليات البورصة والذي حرر فيه المشرع الفرنسي نظام إصدار الأوراق المالية من بعض القيود الواردة عليه^(١). ومن ثم فقد أمل هذا الفريق فى أن تساهم هذه التعديلات فى إزالة منع إصدار حصص التأسيس^(٢) باعتبار أن هذه الحصص هى الأكثر مناسبة لمفهوم الأسهم القطاعية، وإلا فالبديل هو إصدار هذه الأخيرة فى شكل قسائم أو صكوك تعطى أصحابها حقا فى الحصول على جزء من الأرباح وحينئذ يتوجب أن تكون هذه الصكوك ملكا لمساهمين فى الشركة. فبالنظر إلى أن حصص التأسيس مستقلة ومختلفة تماما فى مفهومها عن الأسهم بوصفها لا تدخل فى تكوين رأس مال الشركة، يبدو ممكنا إذاً تخصيص تلك الصكوك للمساهمين - دون اعتبارها البتة ملحقه بالأسهم - وفق معايير موضوعية تمكنها من التداول فيما بين المساهمين فقط.

(١) أنظر فى النظام الجديد للأوراق المالية فى القانون الفرنسي:

COURRET A. et Le NABASQUE H., « Valeurs mobilières - Augmentations de capital - Nouveau régime - Ordonnances des 25 mars et 24 juin 2004 », Francis Lefebvre édition, 2004.

(٢) جدير بالإشارة أن المشرع المصري لم يصل بمحصول التأسيس إلى حد تحريمها، بل اقتصر على تقييد إنشائها بقيود معينة حيث نصت المادة ٢/٣٤ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ على أنه " لا يجوز إنشاء حصص تأسيس أو حصص أرباح إلا مقابل التنازل عن التزام منحته الحكومة أو حق من الحقوق المعنوية".

وهكذا فقد أظهرت الدراسة السابقة أن الأسهم القطاعية قد تولدت حديثاً كإحدى الثمار غير المباشرة لثورة المعلوماتية وتكنولوجيا الاتصالات، وهى مع جاذبية فكرتها قد شهدت انتعاشاً منقطع النظير فى مجال عمل الشركات المساهمة التى تمارس نشاطاً مبتكراً.

وقد ساهم فى ولادة الفكرة أساساً أنها كانت نبت أنظمة اقتصادية قوية - قوامها التطور المستمر - مدعومة بأنظمة قانونية مؤثرة. ولا شك أن هذه الاقتصاديات بحركتها الدائبة فى التجارة الدولية وتلك القوانين الداعمة لنشر الثقافة القانونية فى العديد من دول العالم سيكون لهم أبلغ الأثر فى وصول تلك الأفكار ولاسيما فكرة الأسهم القطاعية إلى الدول النامية.

وفى ضوء هذه الحقائق بدت الأسهم القطاعية وقد نفذت فى أسواق المال الأمريكية - مهد نشأتها - بشكل خارق ساعد عليه طبيعة النظام الأمريكي الذى يعتمد على الواقع العملي وما يفرزه من عمليات مالية تلقى انفتاحاً من جانب المشرع هناك قدر مساهمتها فى زيادة النمو والتطور الاقتصادى. على العكس فقد تثير الأسهم القطاعية مشكلات تعكسها حدائث الفكرة فى الوقت الذى تتسم فيه الأنظمة القانونية المتنامية للمدرسة اللاتينية بوجود قوالب ونظريات جامدة يصعب تقبلها لأفكار جديدة. تلك الأفكار التى لا يمكن إدراجها بذاتيتها وخصائصها التى نشأت عليها داخل إطار القواعد القانونية التقليدية التى لظالما قام القضاء بتطبيقها على مدار سنوات طويلة.

وبينما الوضع كذلك فى الدول المتقدمة التى وصلتها الأسهم القطاعية ، فقد بدأت مصر منذ عام ١٩٩٠ فى تبني برنامج لإعادة هيكلة الاقتصاد يعتمد بالأساس على التحول من نظام الاقتصاد الموجه إلى اقتصاد السوق الحر للحاق بقاطرة الاقتصاد العالمى الذى يرتكز على حرية المنافسة. و انتهجت الدولة فى هذا الإطار العديد من البرامج التى تهدف إلى تنمية مختلف القطاعات الاقتصادية وجذب الاستثمارات الوطنية والأجنبية المباشرة وتحقيق الرخاء الاقتصادى بصفة عامة.

ومع انتشار الشركات المساهمة التى تمارس أنشطة مبتكرة فى مصر فى الوقت الراهن قد يبدو ملائماً تماماً التفكير فى إدخال فكرة الأسهم القطاعية إلى النظام القانونى المصرى بضوابط معينة على النحو الذى يساهم فى تحقيق أهداف السياسة الاقتصادية للدولة بما فى ذلك تشجيع الاستثمارات الأجنبية فى قطاعات البرمجيات وتكنولوجيا المعلومات.

تم بحمد الله

أساس مسئولية الناقل الجوي وحالاتها

الدكتور: عبدالمجيد خلف منصور العنزي

أستاذ القانون المساعد
بأكاديمية سعد العبدالله للعلوم الأمنية
دولة الكويت

المقدمة :

في عصر السرعة والعولمة أصبح النقل الجوي الوسيلة الرئيسية لنقل المسافرين وإيصال البضائع إلى المحطات المنتشرة حول العالم، نظرا لما تمتاز به الطائرات عن وسائل النقل الأخرى من إمكانات تساعدها على تخطي المسافات بسرعة فائقة، ولأنها تعد الوسيلة الأكثر أمانا وتحقيقا لاشتراطات السلامة، خاصة بعد تطور صناعة الطائرات وتطور وسائل الأمان بداخلها.

إلا أن ذلك لايعني عدم تعرض مستخدمي هذه الوسيلة من وسائل النقل إلى الخطر. فنحن نتكلم عن آلات سخرها الإنسان لخدمته يقع بسببها كما يقع عن أي آلة أخرى إصابات وأضرار تلحق بالقائمين عليها أوبالآخرين.

لذا كان من الضروري إيجاد نظام قانوني يحدد مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تصيب ركابها أو تلحق بالبضائع التي تقوم بنقلها.

ولن يكون الأمر صعبا، لو كنا بصدد نقل داخلي يتم بأكمله داخل الحدود الإقليمية للدولة، إذ يحكم مسؤولية الناقل في الحالة نصوص القانون الداخلي أوالوطني.

إلا أن الأمر يختلف عند التحدث عن مسؤولية الناقل الجوي الذي يتولى نقل الركاب والبضائع عبر حدود دول مختلفة تطبق قواعد قانونية متباينة، الأمر الذي سيؤدي لامحالة إلى تنازع القوانين وتباين المفاهيم القانونية التي تخضع لها وسائل النقل الجوي (الطائرات).

لذلك انتبه المجتمع الدولي منذ بداية استخدام الطائرة على الصعيد الدولي، إلى ضرورة توحيد القواعد القانونية المنظمة للنقل الجوي ولمسئولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تصيب الركاب والبضائع.

فظهرت اتفاقية وارسو لعام ١٩٢٩ لتوحيد بعض قواعد النقل الجوي الدولي، والتي حرصت الدول المجتمعة من خلالها على التوفيق بين الأنظمة القانونية التي تحكم مسؤولية النقل الجوي، مع مراعاة مصالح الناقلين والمسافرين والشاحنين والتوفيق بينها.

ومن ثم توالت بعد ذلك الاتفاقيات والبروتوكولات المعدلة لها، إما لعدم تقبل أحكامها من قبل المحاكم الوطنية أحياناً، أو لعدم وضوح أساس مسؤولية الناقل الجوي وحالاتها في أحيان أخرى. (مشكلة البحث)

ولتحديد أساس مسؤولية الناقل الجوي وحالاتها، قسمنا هذا البحث إلى مبحثين على الشكل التالي:

المبحث الأول

أساس مسؤولية الناقل الجوي وتطورها

المطلب الأول: أساس المسؤولية ومداهما قبل اتفاقية وارسو.

المطلب الثاني: أساس مسؤولية الناقل وفقاً لاتفاقية وارسو والاتفاقات المعدلة لها.

المبحث الثاني

حالات المسؤولية وشروطها

المطلب الأول: المسؤولية في نقل الركاب.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المطلب الثاني: مسؤولية الناقل الجوي في نقل البضاعة.
المطلب الثالث: مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير.

المبحث الأول

أساس مسؤولية الناقل الجوي وتطورها

يعتبر تحديد مسؤولية الناقل الجوي وأساسها من المواضيع المهمة التي يتوقف عليها تحديد نوع الضرر الذي يكون الناقل مسؤولاً عنه ومقدار التعويض المناسب لجبره وحالات الإعفاء منه.

بالإضافة إلى أنه يساعد العميل سواء كان راكباً أو شاحناً إلى معرفة مقدار التعويض الذي سيحصل عليه مسبقاً. فإذا أراد أن يحصل على تعويض يفوق الحد الأقصى المقرر بالاتفاقيات، كان له أن يتعاقد على تأمين إضافي.

ويساعد على سرعة استقرار الأوضاع وتقليل الدعاوى القضائية، إذا ما سارع الناقل الجوي إلى التصالح ودياً مع المضرور ودفع له قيمة التعويض الذي حددته الاتفاقية وما جرى عليها من تعديلات.

ونظراً للغموض الذي يكتنف أساس مسؤولية الناقل الجوي فيما إذا كانت عقديّة أم تقصيرية. وفيما إذا كانت تقوم على الخطأ أم على الخطر؟

حاولنا من خلال هذا المبحث تتبع التطور الذي مرت به مسؤولية الناقل الجوي في ظل القوانين الوطنية قبل اتفاقية وارسو، ونوع التعديلات التي أدخلت على الاتفاقية فيما بعد وأثرها في تغيير أساس مسؤولية الناقل الجوي. وذلك من خلال مطلبين:

الأول: أساس المسؤولية ومداهما قبل اتفاقية وارسو.

الثاني: أساس مسؤولية الناقل وفقاً لاتفاقية وارسو والاتفاقات المعدلة لها.

المجلة الحقوقية

للبحوث القانونية والاقتصادية

بكلية الحقوق

جامعة الإسكندرية

العدد ١٦٠

٢٠١٦

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

بكلية الحقوق

جامعة الإسكندرية

العدد ١٦٠

٢٠١٦

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

بكلية الحقوق

جامعة الإسكندرية

العدد ١٦٠

٢٠١٦

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية

بكلية الحقوق

جامعة الإسكندرية

العدد ١٦٠

٢٠١٦

المطلب الأول

أساس المسؤولية ومداهما قبل اتفاقية وارسو

أولاً: أساس المسؤولية قبل الاتفاقية:

لم يكن أساس مسؤولية الناقل الجوي واضحاً قبل اتفاقية وارسو لسنة ١٩٢٩ بتوحيد قواعد النقل الجوي الدولي والبروتوكولات المعدلة لها. فقد كان هذا الأساس يختلف من دولة إلى أخرى ومن نظام قانوني إلى آخر.

• النظام اللاتيني:

في فرنسا كانت المحاكم تطبق القواعد العامة في القانون المدني، وأحكام المسؤولية الخاصة بعقد النقل البري، على قضايا المسؤولية الناشئة عن عمليات النقل الجوي، والتي تعتبر مسؤولية الناقل عقدية أساسها الخطأ المفترض في جانب الناقل. الذي لا يلتزم معه الراكب أو الشاحن بإقامة الدليل على خطأ الناقل. ويكتفي بإثبات تشوؤ الالتزام وعدم قيام الناقل بتنفيذ التزامه^(١).

وبعد صدور تشريع الملاحة الجوية ١٩٢٤:٥:٣١، أصبح هناك نظامان للمسؤولية: نظام قانوني، ونظام اتفاقي، وفي كلا النظامين كانت المسؤولية محددة بحد أقصى.

١- النظام القانوني: تطبق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون التجاري على عقد النقل الجوي، وهو ما يظهر من نص المادة ٤١ من تشريع الملاحة، والتي تنص على مسؤولية الناقل الجوي عن هلاك وتلف البضاعة وعن الحوادث التي تصيب الركاب إلا إذا أقام

(١) د. سميحة القليوبي، القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩، ص ١٩٢، د. عيسى غسان ربضي، مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الواقع على الأشخاص وأمتعتهم، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨، ص ٨٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

الدليل على أن الضرر يرجع إلى حادث يستحيل دفعه (القوة القاهرة) أو إلى وجود خلل كامن في البضاعة أو نتيجة إهمال أو خطأ من الراكب (المضروب).^(١)

٢- النظام الاتفاقي: وفيه أجاز تشريع الملاحة للناقل الجوي أن يحول الالتزام بنتيجة إلى التزام ببذل عناية، وذلك بإباحته اتفاقات عدم المسؤولية التي تتعلق بمخاطر الجو والأخطاء الملاحية، مع إبقاء الحظر على اتفاقات إعفاء الناقل من المسؤولية.^(٢)

وفي سويسرا: تقوم مسؤولية الناقل الجوي على فكرة الخطر وتحمل التبعة، والتي يكون الناقل بمقتضاها مسئول مسؤولية موضوعية عن الأضرار التي تلحق بالركاب أو البضائع، حتى لو لم يثبت أي خطأ من جانبه.^(٣)

ولأن مصدر مسؤولية الناقل هو القانون، فإنه لا يستطيع أن يدفع مسؤوليته إلا إذا أثبت أن الضرر راجع إلى خطأ المضروب نفسه.

• النظام الأنجلو أمريكي:

(١) د. محمد موسى محمد دياب، فكرة الخطأ في اتفاقية فارسوفي ومسئولية الناقل الجوي في النقل الجوي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥، ص ٧٤. ويشير إلى Rene Rodiere، «Transports terrestres et aerien»، Paris، Dalloz، ١٩٦٩، P. ١٦٤ et ss. «JEAN HEMARD; Traite theorique et pratique de droit commercial»، NO. ٨٧٦ et ٨٧٧، «les transports»، "Le mandate commercial".

(٢) د. محمد موسى محمد دياب، المرجع السابق، ص ٧٥. ويشير إلى دي جوجلار، المطول في القانون الجوي، ص ٢٦٠، هامش ٣٢.

(٣) عدلي أمير خالد، أحكام دعوى مسؤولية الناقل الجوي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٦٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

في الولايات المتحدة الأمريكية، اضطرت المحاكم لعدم وجود تشريع ينظم مسؤولية الناقل الجوي، إلى تطبيق المبادئ العامة للقانون، والتي يختلف معها أساس المسؤولية باختلاف صفة الناقل وموضوع النقل.

فإذا كان الناقل من طائفة الناقل الخاص،^(١) فلا تتعدد مسؤوليته إلا إذا وقع إهمال من جانبه، وأقام المضرور الدليل على ذلك. أما إذا كان الناقل من طائفة النقل العام، وكان محل العقد ينصب على نقل الأشخاص فإن مسؤولية الناقل تعتبر تقصيرية أساسها الإهمال الذي يتعين على الراكب إقامة الدليل عليه، وذلك لأن التزام الناقل بضمان سلامة الراكب ينشأ من القانون مباشرة وليس من عقد النقل. أما إذا كان محل العقد هو نقل بضاعة، عد الناقل في كل من القانونين الأمريكي والانجليزي ضامنا للبضاعة، ولا يجوز له أن يتخلص من مسؤوليته إلا في أحوال محددة على سبيل الحصر.

ثانياً: مدى مسؤولية الناقل قبل الاتفاقية:

لم يتوقف الخلاف بين الأنظمة القانونية قبل صدور اتفاقية وارسو عند أساس مسؤولية الناقل وطبيعتها، بل تعداه ليمتد إلى مدى هذه المسؤولية.

ففي فرنسا: أجاز تشريعها الخاص بالملاحة الجوية للناقل أن يضمّن عقد النقل شروطاً تحدد التعويض الذي يلتزم بأدائه، وبعض شروط

(١) الناقل من طائفة النقل الخاص: هو الذي يتولى نقل الأشخاص والبضائع بناءً على اتفاق خاص في كل حالة على حدة دون وجود أدنى التزام عليه بقبول النقل. أما من طائفة النقل العام: فهو الشخص الذي يتعهد لقاء أجر بتلبية جميع طلبات النقل التي تقدم له دون تمييز بين بعضها البعض. راجع: د. محمد فريد العريني، القانون الجوي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢، ص ١٧٧. د. ثروت أنيس الأسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٦٠، ص ١١١. د. علي أمير خالد، المرجع السابق، ص ٦٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

الإعفاء من المسؤولية - كالمسئولية بسبب المخاطر الجوية والأخطاء الملاحية- ولكنه نص على بطلان شروط الإعفاء من المسؤولية عن الأخطاء الشخصية.

أما في إنجلترا: يتمتع الناقل سواء أكان من طائفة النقل العام أو الخاص بحرية مطلقة في التعاقد وفي تحديد مسؤوليته، فله وفقا للقانون الانجليزي أن يحدد مسؤوليته بمبلغ معين من النقود وأن يشترط الإعفاء منها مطلقا في حالات خاصة.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية: حرم القانون الأمريكي شروط الإعفاء من المسؤولية لمخالفتها للنظام العام، في حين سمح للناقل بأن يحدد مسؤوليته بمبلغ معين من النقود كما فعل القانون الانجليزي، بيد أنه اشترط ان يكون التعويض عادلا ومناسبا لمقدار الضرر.^(١)

المطلب الثاني

أساس مسؤولية الناقل وفقا لاتفاقية وارسو والاتفاقات المعدلة لها:

أولا: أساس المسؤولية في اتفاقية وارسو ١٩٢٩:

نظرا للاختلاف السابق ذكره، ظهرت الحاجة إلى إيجاد أحكام قانونية دولية موحدة يكون من شأنها التوفيق بين الأنظمة القانونية الحاكمة لمسئولية النقل الجوي من جهة ، وتحقيق التوازن بين مصالح الناقلين ومصالح المسافرين والشاحنين من جهة أخرى.

(١) د. محمد موسى محمد دياب، مرجع سابق، ص ٨٥. د. عدلي أمير خالد، المرجع سابق، ص ٦٤. د. محمد فريد العزيني، مرجع سابق، ص ١٧٧. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

لذلك اجتمعت الدول التي ترعى صناعة الطائرات وتعتمد عليها كوسيلة نقل للأفراد وللبضائع. وأبرمت أول اتفاقية تشتمل على نظام قانوني موحد يؤدي إلى استقرار المراكز القانونية خاصة عند عبور الطائرة حدود دول أخرى، وهي اتفاقية وارسو الموقعة في ١٢ أكتوبر ١٩٢٩، والتي أصبحت واجبة النفاذ في ١٣ فبراير ١٩٣٣.

ويقوم هذا النظام الموحد على أربعة مبادئ رئيسية هي:

١. تقوم مسؤولية الناقل على أساس الخطأ المفترض، أي أن المسافر لا يلتزم وفقاً لهذا النظام بإقامة الدليل على خطأ الناقل (المواد ١٧، ١٨، ١٩).

٢. يجوز للناقل أن يثبت عكس القرينة السابقة ويتصل من المسؤولية إذا أثبت أنه وتابعوه قد اتخذوا كافة الاحتياطات اللازمة لتجنب وقوع الضرر، وأن الضرر قد تسبب أوساهم في أحداث الضرر (المادتين ٢٠، ٢١).

٣. بطلان كل شرط يهدف إلى إعفاء الناقل من المسؤولية أو يجعل مبلغ التعويض أقل من الحد المقرر بالاتفاقية وهو مبلغ ١٢٥ ألف فرنك في مواجهة كل راكب، ومبلغ ٢٥٠ فرنك عن كل كيلو غرام من البضائع والأمتعة (المادتين ٢٢، ٢٣).

٤. لا يستفيد من هذا النظام الناقل سيء النية، ويعتبر الناقل سيء النية في ظل هذه الاتفاقية في حالتين هما:

أ- إذا ثبت أن الضرر كان راجعاً إلى غشه أو خطأ من جانبه يعد وفقاً لقانون المحكمة المعروض عليها النزاع معادلاً للغش (المادة ٢٥).

ب- إذا تخلفت وثائق السفر أو إذا لم تشتمل على البيانات الإلزامية التي حدتها الاتفاقية (المواد ٣، ٤، ٩).

وبذلك تكون مسئولية الناقل وفقا لاتفاقية وارسو عقدية، أساسها خطأ المفترض من الناقل أوتابعيه. وأن هذه المسئولية محدودة بمبلغ معين، عدا حالات الغش أوالخطأ المساوي له.

ثانياً: أساس مسئولية الناقل الجوي وفقا لبروتوكول لاهاي

: ١٩٥٥

لم يجد نظام المسئولية الذي وضعته اتفاقية وارسو قبولا لدى المحاكم الوطنية، اذ اعتبرت أن ما جاء فيها يمثل حماية لمصالح الناقلين علي حساب مصلحة الركاب والشاحنين، نظرا إلى أن التعويض المحدد فيها يعتبر قليلا إذا ما قيس بالتعويضات التي يحصل عليها ضحايا وسائل النقل الأخرى.

لذا اهتمت المحاكم الوطنية بالنصوص التي تجعل من الناقل سيء النية، حتى يكون بإمكانها التخلص من القيود التي تتضمنها الاتفاقية، وبالتالي تقضي بالتعويض الذي يكون من شأنه جبر الضرر. إلا أن موقفها هذا اعتبر بمثابة تعديل قضائي للاتفاقية من شأنه أن يؤدي إلى اعتبارها مجرد كتابة على ورق.

ولتفادي ذلك الأمر تم تعديل الاتفاقية لحماية المسافرين والشاحن بمقتضى البروتوكول الموقع في لاهاي في ٢٨ سبتمبر ١٩٥٥، والذي أصبح واجب النفاذ في ١ أغسطس ١٩٦٣.

غير أن هذا التعديل لم يمس أساس مسئولية الناقل الجوي فبقيت كما هي في اتفاقية وارسو عقدية قائمة على الخطأ المفترض، وعد أيضا انتصارا للناقل الجوي، حيث أجاز هذا التعديل للناقل الجوي أن يشترط الإغفاء من المسئولية عن الأضرار الناشئة عن العيب الذاتي في البضاعة، كما وضع تعريفا مضيقا للخطأ المساوي للغش، وخفف من

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الجزءات الموقعة على الناقل السيئ النية. (المادة ١٣ من بروتوكول لاهاي)

وكل ما فعله التعديل لمصلحة العميل، أنه رفع الحد الأقصى للتعويض الذي يلتزم به الناقل الجوي في مواجهة المسافر من ١٢٥ ألف فرنك إلى ٢٥٠ ألف فرنك. (المادة ٢١ من البروتوكول).

ثالثاً: أساس مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاق مونتريال ١٩٦٦

الحد الأقصى للتعويض الذي تقرر في لاهاي لم يحد من استهجان المحاكم لمبلغ التعويض، باعتباره مبلغاً زهيداً لا يكفي لجبر الضرر ومتنافياً من كرامة الإنسان. الأمر الذي أدى إلى رفض الولايات المتحدة الأمريكية التوقيع عليه، والإعلان عن رغبتها في الانسحاب من اتفاقية وارسو ١٩٢٩ بحجة عدم كفاية الحد الأقصى للتعويض في حالة وفاة المسافر أو إصابته بأذى جسماني.^(١)

وحتى لا يخسر الاتحاد الدولي عضو مهم من أعضائه - الولايات المتحدة الأمريكية - سارع إلى إقناع عدد كبير من شركات الطيران بضرورة التوقيع على اتفاق مع هيئة الطيران المدني الأمريكية، يجعل مسؤولية الناقل مسؤولية موضوعية.

وتم التوقيع على هذا الاتفاق في ٤ مايو ١٩٦٦ وأصبح واجب النفاذ في ١٣ مايو ١٩٦٦.

وأبرز ما جاء في هذا الاتفاق بالإضافة إلى تعديله أساس المسؤولية، أنه وضع حداً أقصى للتعويض الذي يلتزم به الناقل في مواجهة كل راكب

(١) وائل أنور بندق، معاهدات النقل الجوي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٠،

ص ١٠. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بمبلغ ٧٥ ألف دولار يخفض إلى ٥٨ ألف دولار إذا كانت مصروفات الدعوى والأتعاب قد دفعت في الدولة التي رفعت فيها الدعوى. وأنه اشترط لتطبيقه أن يكون النقل دولياً وفقاً لاتفاقية وارسو وأن يكون أحد نقاط القيام أو الوصول ضمن حدود الولايات المتحدة الأمريكية.

وبذلك يكون هذا الاتفاق قد قلب طبيعة المسؤولية إلى مسؤولية موضوعية تقوم على فكرة الخطر وتحمل التبعة.^(١)

رابعاً: أساس المسؤولية وفقاً لبروتوكول جواتيمالا سي تي

١٩٧١:

نظراً لازدواجية الأحكام التي جاء بها اتفاق مونتريال، ولما نتج عنه من إخلال بمبدأ المساواة بين الأفراد، ظهرت الحاجة إلى عقد مؤتمر دولي يقرب وجهات النظر ويؤدي إلى إيجاد نظام موحد لأحكام المسؤولية.

وعليه دعت المنظمة الدولية للطيران المدني الهيئات التي تهتم بالملاحة الجوية إلى مؤتمر انعقد في مدينة جواتيمالا، انتهى إلى إصدار وثيقة دولية تعرف باسم "البروتوكول المعدل لاتفاقية وارسو" بتاريخ ٨ مارس ١٩٧١.^(٢)

وقد أدخل هذا البروتوكول تعديلاً جذرياً على أحكام المسؤولية المنصوص عليها في الاتفاقية وبروتوكول لاهاي، فرق من خلاله بين ثلاثة فروض هي:

الفرض الأول: في حالة وفاة المسافر أو إصابته بأذى جسماني أوفي حالة ضياع أو تلف أمتعته، فإن مسؤولية الناقل تكون موضوعية يكون بمقتضاها مسئولاً عن تعويض الأضرار ولو لم يقع خطأ من جانبه.

(١) د. عيسى غسان ربضي، مرجع سابق، ص ٨٥.

(٢) د. محمد فريد العربي، مرجع سابق، ص ١٨٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

بمعنى أن مسؤولية الناقل مادية تقع بقوة القانون بمجرد وفاة المسافر أو إصابته أو فقد أمتعته أو تلفها ولا يكون أمامه من سبيل لدفع مسؤوليته سوى أن يعزو هذا إلى الضرور أو أن يثبت أن تلف وهلاك الأمتعة يرجع إلى طبيعتها الذاتية.

الفرض الثاني: يكون الناقل الجوي مسبئاً عن الأضرار الناشئة عن التأخير في نقل الركاب والحقائب، ولا يستطيع الإفلات من المسؤولية إلا إذا أثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا الإجراءات الضرورية لتفادي الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها. وهنا أيضاً نجد مسؤولية الناقل مسؤولية مادية قائمة على الخطر وليس على الخطأ.

الفرض الثالث: الناقل الجوي مسئول عن هلاك البضاعة أو تلفها وتأخيرها إلا إذا أثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا الاحتياطات اللازمة لتفادي الضرر أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها. ونجد هنا أن مسؤولية الناقل الجوي بقيت كما هي في اتفاقية وارسو ١٩٢٩ قائمة على أساس افتراض الخطأ في جانبه.

أما من حيث الحد الأقصى للتعويض الذي يلتزم بدفعه الناقل الجوي فقد فرق البروتوكول بين الحالات التالية:

١. الحوادث التي تصيب الركاب، يلتزم الناقل بدفع ١,٥٠٠,٠٠٠ فرنك في مواجهة كل راكب.
٢. تأخير الركاب، يلتزم الناقل بدفع مبلغ لا يتجاوز ٦٢,٥٠٠ فرنك لكل راكب.
٣. تلف أمتعة الركاب أو ضياعها أو تأخيرها، حدد البروتوكول مسؤولية الناقل بمبلغ ١٥٠٠٠ فرنك.
٤. بالنسبة لنقل البضائع تحددت مسؤولية الناقل الجوي بمبلغ ٢٥٠ فرنك عن كل كيلو جرام.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

كما رخص البروتوكول لكل دولة بأن تضع نظاما خاصا للتعويض الإضافي يطبق علي إقليمها فضلا عن الحد الأقصى للتعويض.

وبذلك يكون بروتوكول جواتيمالا قد جعل مسئولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تصيب الركاب وأمتعتهم، مسئولية موضوعية قائمة على الخطر. بينما بقيت مسئولية الناقل بالمحافظة على البضائع عقديّة تقوم على الخطأ المفترض.

خامسا: أساس مسئولية الناقل الجوي وفقا لبروتوكول مونتريال الرابع ١٩٧٥ بشأن نقل البضاعة:

إذا كانت التعديلات المتلاحقة لاتفاقية وارسو قد انتهت إلى تقرير مبدأ المسئولية الموضوعية في مجال نقل الركاب، فإن هذا المبدأ قد تقرر أيضا بالنسبة لنقل البضائع وفقا لبروتوكول مونتريال ١٩٧٥.^(١) بمعنى أن الناقل الجوي للبضاعة يكون مسئولا عن هلاكها أو تلفها بمجرد وقوع الضرر ودون الحاجة إلى إثبات خطئه، ولا يستطيع أن يتصل من المسئولية إلا إذا أقام الدليل على أن الضرر يرجع إلى احد الأسباب التالية:

- ١- أن الضرر راجعا إلى طبيعة البضاعة أو العيب الذاتي بها.
- ٢- التخفيف المعيب من قبل شخص آخر غير الناقل وتابعة.
- ٣- القوة القاهرة وحالة الحرب أو النزاع المسلح.
- ٤- أعمال السلطة العامة التي تقع بمناسبة دخول البضاعة أو خروجها أو أثناء وجودها في الترانزيت أو أثناء عبورها به.

(١) عدلي أمير خالد، مرجع سابق، ص ٦٨. محمد فريد العويني، مرجع سابق، ص ١٨٦. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ويشترط لتطبيق الأحكام التي جاء بها بروتوكول مونتريال ١٩٧٥ والتي توحد طبيعة مسؤولية الناقل الجوي، أن تكون الدولة قد صادقت على اتفاقية وارسو والبروتوكولات المعدلة لها. فإذا كانت الدولة قد انضمت فقط إلى بروتوكول جواتيمالا فإن المسؤولية تبقى عقدية قائمة على فكرة الخطأ. ونفس الحكم يسرى على الدول التي انضمت إلى اتفاق مونتريال ١٩٦٦ فإن مسؤولية الناقل بمقتضاها تبقى موضوعية متى كانت نقط المغادرة أو الهبوط في أراضي الولايات المتحدة.^(١)

سادساً: أساس مسؤولية الناقل الجوي وفقاً لاتفاقية مونتريال سنة ١٩٩٩:

أسست هذه الاتفاقية مسؤولية الناقل الجوي على فكرة المخاطر وتحمل التبعة -المسؤولية الموضوعية- كسابقها، بأن يكون الناقل مسئولاً بمجرد وقوع الضرر ودون حاجة لإثبات خطئه، إلا أنها جعلت دفع المسؤولية في أضيق حدوده بالنسبة إلى الأضرار التي لا تتجاوز قيمتها ١٠٠ ألف وحدة حسابية عن كل راكب. أما إذا تجاوزت قيمة الأضرار المقدار السابق، فإن مسؤولية الناقل تكون مفترضة بحيث لا يجوز دفعها إلا إذا أثبت الناقل الجوي أن الضرر لم يقع نتيجة إهمال أو خطأ أو امتناع منه أو من أحد تابعيه.

المبحث الثاني

حالات مسؤولية الناقل الجوي وشروطها

ينشأ عن عقد النقل الجوي عدد من الالتزامات، أهمها الالتزام بضمان سلامة الركاب، والمحافظة على البضائع والعناية بها، وتنفيذ النقل بالميعاد المتفق عليه.

(١) د. عيسى غسان ربيضي، مرجع سابق، ص ٨٩.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

ويترتب على إخلال الناقل بأي من التزاماته قيام مسؤوليته العقدية وغير العقدية، فيلتزم بذلك بتعويض الضرر الذي يلحق الركاب أو البضائع نتيجة تقصيره أو خطئه المفترض.

وسوف نتناول حالات مسؤولية الناقل الجوي وشروطها من خلال

مايلي:

المطلب الأول

المسؤولية في نقل الركاب

أولاً: الالتزام بضمان سلامة الراكب:

يلتزم الناقل بمقتضى عقد النقل الجوي بتوصيل الراكب سليماً إلى مكان الوصول، ومصدر هذا الالتزام هو العقد في القانون الفرنسي، بينما مصدره القانون في إنجلترا وأمريكا. الأمر الذي أدى إلى اختلاف أساس مسؤولية الناقل الجوي.

إذ يعتبرها القانون الفرنسي مسؤولية تعاقدية يكون التزام الناقل بضمان سلامة الراكب مرجعه عقد النقل. وأن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة يترتب على عدم تحققها قيام مسؤولية الناقل دون حاجة لإثبات وقوع خطأ الناقل، ولا يستطيع الناقل أن يتحلل من المسؤولية إلا إذا أثبت أن الضرر نشأ عن قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو من الغير.

في حين أن مسؤولية الناقل في القانونين الإنجليزي والأمريكي إنجلترا مرجعها القانون، والذي يجعل التزام الناقل بضمان سلامة الراكب التزاماً بعناية لا يكون الناقل معه مسئولاً إلا إذا أثبت الراكب أن الناقل قد قصر في تنفيذ الالتزام بأن لم يبذل العناية الكافية أو لم يتخذ التدابير الضرورية في تنفيذ التزامه.

وقد جاءت اتفاقية وارسو بحل توفيقى جعل مسئولية الناقل تعاقدية مع افتراض الخطأ في جانب الناقل، فاعتبرت التزام الناقل التزاما ببذل عناية مع نقل عبء الإثبات إلى الناقل، بمعنى أن الركاب أوورثتهم غير ملزمين بإثبات خطأ الناقل ولكن يجوز لهذا الأخير أن يدفع مسئوليته إذا اثبت انه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير الضرورية لتفادي الحادث أو كان من المستحيل عليهم اتخاذها.

غير أن هذا الأساس تغير بعد أن عدلت اتفاقية وارسو بمقتضى بروتوكول جواتيمالا سبتي ١٩٧١ والذي جعل مسئولية الناقل، مسئولية مادية أساسها الخطر وليس الخطأ المفترض.

ثانيا: شروط المسئولية طبقا لاتفاقية وارسو:

حددت المادتين ١٧ و ١٩ من اتفاقية وارسو أساس مسئولية الناقل في نقل الأشخاص، ثم عدلت المادة ١٧ في بروتوكول جواتيمالا، ليصبح الناقل مسئولا عن الضرر الذي يقع في حالة وفاة الراكب أوإصابته بأذى بدني متى وقع الحادث على متن الطائرة أوأثناء عمليات صعود الركاب أونزولهم.^(١) وعليه يلزم توافر ثلاثة شروط لقيام مسئولية الناقل الجوي هي:

١- أن يكون هناك حادث:

لم تضع اتفاقية وارسو تعريفاً للحادث، وقد اختلف الفقهاء حول تحديد معنى الحادث، ويمكن حصر هذا الاختلاف في اتجاهين: اتجاه مضيق، يحدد مفهوم الحادث بأنه كل واقعة فجائية تحدث نتيجة لعمليات النقل ومرتبطة باستغلال الطائرة.^(٢) واتجاه موسع، يجعل مفهوم الحادث شاملا لكل عامل خارجي يكون من شأنه إصابة الركاب بأضرار بدنية.^(٣)

(١) انظر المادة ٢٠٨ من قانون التجارة الكويتي والتي تقرر نفس الأحكام الواردة في الاتفاقية.

(٢) La notion de faute dans la convention de varsovie (etude de J. Sesseli^(٢) (1961) doit aerien) p.33.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

في حين عرفه القضاء الأمريكي بأنه كل واقعة فجائية غير معتادة تخل بالسير الطبيعي للرحلة الجوية.^(١) إلى أن صدر حكم المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية بتاريخ ٤ مارس ١٩٨٥ في قضية ساكس ضد الخطوط الجوية الفرنسية والذي عرف الحادث الجوي بأنه كل واقعة فجائية غير معتادة خارجية عن الشخص المضرور.^(٢) ليشمل الحادث الجوي بذلك عمليات خطف الطائرات والاعتداء على الركاب، وسقوط الأشياء عليهم، وغيرها من الحوادث التي تقع على متن الطائرة.^(٣)

٢- وقوع الحادث في فترة زمنية معينة:

لا تبدأ مسؤولية الناقل الجوي إلا ببدء تنفيذه للالتزامات التي يرتبها عقد النقل، فمتى يبدأ تنفيذ الناقل للالتزاماته ومن ضمنها الالتزام بسلامة الراكب؟

نصت المادة ١٧ من الاتفاقية على ضرورة وقوع الحادث على متن الطائرة أو أثناء صعود أو نزول الركاب.

وعلى ذلك يكون الناقل مسئولاً عن سلامة الراكب منذ اللحظة التي يغادر فيها الراكب تحت إمرة الناقل الجوي أو أحد تابعيه القاعة المعدة للانتظار للتوجه إلى الطائرة وتستمر هذه المسؤولية طوال المدة التي

مشار إليه من محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ١٩٠، هامش ١.
(١) د. محمود أحمد الكندري، النظام القانوني للنقل الجوي الدولي وفق اتفاقية مونتريال ١٩٩٩، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠، ص ١٠١. د. عبدالفضيل محمد أحمد، القانون الخاص الجوي، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠٠٨، ص ٣٢٨. علي أمير خالد، مرجع سابق، ص ٧٨. د. عيسى غسان ريبضي، مرجع سابق، ص ٩٤.
(٢) رفعت فخري، الوجيز في القانون الجوي، ١٩٩٤، ص ١٢٩. هامش ٣.
(٣) ٨٤ L. Ed. ٢D. ٢٨٩، reports, U.S. SUP. Court.
مشار إليه من محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ١٩١.
(٤) د. محمود أحمد الكندري، مرجع سابق، ص ١٠١، هامش ١٠١. د. عبدالفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، ص ٩٥.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

يتواجد فيها الراكب على متن الطائرة والمدة اللازمة لنقله من على متنها إلى قاعة الاستقبال في مطار الوصول.^(١)

فالناقل الجوي لا يكون مسئولاً وفق لأحكام اتفاقية وارسو عن الراكب في مرحلة ما قبل الطيران، والتي يتم فيها نقل الراكب بوسائل النقل البرية من مكاتبه في المدينة إلى المطار، لأنه لا يتعرض لمخاطر الطيران ومن ثم لا يخضع لأحكام النقل الجوي، ولا في مرحلة تواجد الراكب في مبان المطار والمقاهي والأسواق التي تكون فيه، لأنه لا يكون في هذه المرحلة تحت رعاية الناقل وحرصته. أما إذا خضع لإمرة الناقل أو احد تابعيه بأن ترك أماكن الانتظار وتوجه إلى الطائرة فإن الناقل يكون مسئولاً عن الأضرار التي تلحق به طوال هذه الفترة.^(٢)

أما في مرحلة هبوط الطائرة ونزول الركاب منها فإن الناقل يكون مسئولاً عن سلامة الراكب وبضمان سلامتهم طوال فترة النزول وأثناء ركوب السيارات المعدة لنقلهم إلى مبنى المطار أو سيرهم على الأقدام حتى وصولهم إلى صالة الاستقبال في مبنى المطار واستلامهم لأمتعتهم وخروجهم إلى أماكن انتظار الجمهور.

٣- الضرر الذي يصيب المسافر:

يشترط لقيام مسؤولية الناقل الجوي حصول ضرر للراكب وهو يشمل الوفاة أو الجرح أو أي أذى بدني آخر. فإذا انتفى الضرر انتفت تبعاً لذلك مسؤولية الناقل.

ولم تحدد الاتفاقية ماهية الضرر ونوعه، لذا يتعين الرجوع إلى القوانين الوطنية للوقوف على معنى الضرر وأنواعه، ونظراً لأن مسؤولية الناقل في القانون الكويتي - وفي العائلة التي ينتمي لها وهي عائلة

(١) د. محمود أحمد الكندري، مرجع سابق، ص ١٠٥. ويشير في الهامش ١٦٠ إلى

(١st) (Us cout of Appeals، RFDA، ١٩٧٧، Martinez Hernandez V. Air France P.٤٢١، Cir. ١٩٧٦)

(٢) د. سميحة الفليبوي، مرجع سابق، ص ١٩٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

القوانين اللاتينية - مسئولية عقدية فإن الناقل لا يسأل إلا عن الأضرار المتوقعة ما لم يثبت أن الضرر قد وقع نتيجة لغش الناقل أو خطئه ففي هذه الحالة يلتزم بتعويض جميع الأضرار التي لحقت بالراكب.

أما مسئولية الناقل الجوي في اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ كما بينا سابقاً، فتقوم على أساس موضوعي إذا كان مجموع التعويضات التي يطالب بها المضرور أو أحد ورثته لا تتجاوز قيمتها ١٠٠ ألف وحدة حسابية عن كل راكب. أما إذا تجاوزت قيمة التعويض المقدار السابق، فإن مسئولية الناقل تقوم على أساس الخطأ المفترض بحيث لا يجوز دفعها إلا إذا أثبت الناقل الجوي أن الضرر لم يقع نتيجة إهمال أو خطأ أو امتناع منه أو من أحد تابعيه.

المطلب الثاني

مسئولية الناقل الجوي في نقل البضاعة

أولاً: الالتزام بضمان سلامة البضاعة:

حددت اتفاقية وارسو في مادتها الثامنة عشر مسئولية الناقل الجوي في حالة ضياع البضائع أو تلفها، فجعلت الناقل ملزماً بضمان سلامة البضاعة، فإن هلكت أو ضاعت افتترض وقوع الخطأ من جانبه ما لم يثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كافة الاحتياطات اللازمة لتوقي الضرر أو كان يستحيل عليهم ذلك، وأن الضرر الذي لحق بالبضاعة يرجع إلى عيب ذاتي فيها.^(١) وبذلك يكون التزام الناقل الجوي بالمحافظة على البضاعة التزاماً ببذل عناية مع نقل عبء الإثبات إلى الناقل.

(١) انظر المادة ٢٠٩ من قانون التجارة الكويتي.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

ثانياً: شروط المسؤولية طبقاً لاتفاقية وارسو ١٩٢٩ واتفاقية مونتريال سنة ١٩٩٩:

تنص المادة ١٨ من اتفاقية وارسو المعدلة بالمادة ٥ من بروتوكول جواتيمالا على أن الناقل الجوي يسأل عن ضمان المحافظة على البضاعة عن الضرر الذي يقع في حالة هلاك البضاعة أو الأمتعة المسجلة أو ضياعها أو تلفها متي حدثت الواقعة التي تولد عنها الضرر خلال فترة النقل.

ويتضح من هذا النص أنه يلزم لقيام مسؤولية الناقل الجوي توافر شرطين:

١- أن تكون هناك واقعة:

لم تهتم اتفاقية وارسو ١٩٢٩ بتحديد المقصود من كلمة الواقعة التي تكون سبباً في وقوع الضرر، إلا أن الراجح فقها وقضاء أن المقصود بها هو كل سبب يؤدي إلى وقوع الضرر، وعلي ذلك فإن اصطلاح (الواقعة) يختلف عن اصطلاح (الحادثة) التي تقع في عقد نقل الأشخاص الواردة بالمادة ١٧ من الاتفاقية، إذ أن اصطلاح الواقعة أوسع نطاقاً وأكثر شمولاً من اصطلاح الحادثة، فيشمل جميع الأسباب التي يمكن أن يترتب عليها ضرر بالنسبة للبضاعة سواء كانت متصلة بعملية النقل مباشرة أو غير متصلة بها كسرقة البضاعة أو تلفها لأنه وضعت بجوار بضائع أخرى أفسدتها أو رصت بطريقة تؤدي إلى تعييبها أو التصاق روائح كريهة بها.^(١) وذلك لأن الناقل له السيطرة الفعلية على البضائع ومسئوليته عنها تكون مسؤولية شخصية على خلاف مسئوليته عن سلامة الركاب فهي مسؤولية موضوعية.

(١) د. محمود أحمد الكندري، مرجع سابق، ص ١١٢. د. عبدالفضيل محمد أحمد، مرجع سابق، ص ٣٢٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

٢- حدوث الواقعة أثناء فترة النقل الجوي:

حددت المادة ١٨ من اتفاقية وارسو وتعديلها بموجب المادة ٥ من بروتوكول جواثيمالا المقصود بفترة النقل الجوي بأنه: "يضمن المدة التي تكون فيها البضائع في حراسة الناقل سواء أكان ذلك في المطار أو على متن طائرة أوفي أي مكان آخر عند الهبوط خارج المطار".

ويفهم من هذا النص أن مضمون الالتزام بسياسة البضائع يرجع إلى فكرة الحراسة بمعنى أن هذا الالتزام يبدأ منذ اللحظة التي يتخلى فيها المرسل عن حيازته للبضاعة وتسليمها للناقل الجوي بحيث تدخل في حيازته وحراسته ويكون له السيطرة عليها. وبهذا يكون أساس مسؤولية الناقل هي معيار الحراسة والإشراف والرقابة على البضاعة لامعيار مخاطر الطيران الجوي كما هو في عقد نقل الأشخاص. وعليه يلزم لقيام مسؤولية الناقل الجوي عن الأضرار التي تلحق البضائع توافر شرطين:

الأول: أن تكون البضائع والأمتعة المسجلة في حراسة الناقل.

الثاني: أن تكون الحراسة متحققة في المجال الجوي، سواء كانت الحراسة على متن الطائرة أو في المطار أو خارجه كحالة الهبوط الاضطراري، وأضيف لها حالة النقل البري والمائي إذا تم تنفيذ العقد نقل جوي (المادة ١٨ من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩).

وقد أخذ قانون التجارة الكويتي بهذا المفهوم في المادة ٢٠٩ منه والتي تنص على أنه:

١- يسأل الناقل الجوي عن الضرر الذي يحدث في حالة هلاك أوضاع الأمتعة أو البضائع أو تلفها إذا وقع الحادث الذي أدى إلى ضرر أثناء النقل الجوي.

٢- ويشمل النقل الجوي الفترة التي تكون فيها الأمتعة والبضائع في حراسة الناقل أثناء الطيران أو أثناء وجود الطائرة في احد المطارات أوفي أي مكان آخر هبطت فيه.

٣- ولا يشمل النقل الجوي الفترة التي تكون فيها الأمتعة أوالبضائع محل نقل بري أوبحري أونهري يقع خارج المطار. على انه إذا حدث مثل هذا النقل عند تنفيذ النقل الجوي يقصد الشحن أوالتسليم أوالنقل من طائرة إلى أخرى وجب افتراض أن الضرر نتج عن حادث وقع أثناء فترة النقل الجوي حتى يقوم الدليل على عكس ذلك".

وقضت محكمة التمييز الكويتية بأنه: "طبقاً لمعاهدة وارسو وتعديلاتها والتي أنظمت إليها الكويت بموجب القانون رقم ٣٠:١٩٧٥ والتي تحكم نصوصها واقعة الدعوى وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يقوم التزام الناقل الجوي على ضمان سلامة البضاعة في الفترة التي تكون في أثنائها في حراسته سواء في المطار أوفي داخل الطائرة أوفي أي مكان آخر للهبوط خارج المطار، أي في الفترة التي تمتد منذ استلام الناقل للبضاعة في مطار القيام إلى حين تسليمها إلى المرسل إليه في مطار الوصول، فإذا تحقق الضرر خلال هذه المدة عد الناقل مخلاً بالتزامه بضمان المحافظة على البضاعة وذلك بناء على خطأ مفترض في جانبه وإن كان يقبل إثبات العكس بإقامة الدليل على أنه وتابعه قد اتخذ كافة التدابير لتوقي الضرر وأنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها أوأن يكون الضرر قد نتج عن خطأ المرسل إليه باعتبار أن ذلك تحقق به استحالة توقي الضرر أوأن يكون قد نشأ بعد أن خرجت البضاعة عن حراسته".^(١)

(١) محكمة التمييز الكويتية، الطعن ٢٥:١٩٩٢ تجاري، جلسة ١٣:١٢:١٩٩٢، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة ١:١:١٩٩٢ حتى ٣١:١٢:١٩٩٦، القسم الثالث، المجلد الثالث، يوليو ١٩٩٩، ص ١٠٩٠.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

المطلب الثالث

مسئولية الناقل الجوي عن التأخير

أولاً: الالتزام بمواعيد النقل:

ما يميز النقل الجوي عن وسائل النقل الأخرى هو السرعة في بلوغ الوجهة، لذلك يعتبر عامل الوقت من أهم العوامل التي يعتمد عليها في أسواق الطيران. لأهميته عند المسافرين بشكل عام ولدى رجال الأعمال بشكل خاص.

ويعتبر التزام الناقل بإيصال الراكب أو البضاعة إلى الجهة التي يبتغيها في الوقت المحدد، التزام بنتيجة تقوم معه مسؤولية الناقل الجوي بمجرد عدم تحقيقها وذلك في حالة الاتفاق المسبق على ذلك. أما إذا تخلف مثل هذا الاتفاق فإن التزام الناقل يكون التزاماً ببذل عناية يلتزم من خلاله بإيصال الراكب أو البضاعة في الوقت المعقول.

والفرق بين الالتزامين، أن مسؤولية الناقل تتعقد في الأول بمجرد تأخره عن الوصول بالوقت المتفق عليه، ولا يكون بإمكانه دفع هذه المسؤولية إلا إذا أثبت أن التأخير يرجع لسبب أجنبي لا يد له في حدوثه. أما في الالتزام الثاني وهو الالتزام ببذل عناية، فإن الناقل يلتزم بالنقل في مدة معقولة، ويتعين على المضرور أن يثبت أن عدم تنفيذ الالتزام في المدة المعقولة يرجع إلى خطأ الناقل.^(١)

وقد نصت المادة ٢١٠ من قانون التجارة الكويتي على مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير بقولها: "يسأل الناقل الجوي عن الضرر الذي يترتب

(١) محمد فريد العرييني، مرجع سابق، ص ٢١٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

على التأخير في وصول الراكب أو الأمتعة أو البضائع". وأجازت المادة ٢١١ من نفس القانون إعفاء الناقل الجوي من المسؤولية إذا أثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادي الضرر وأنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها.

ثانياً: شروط مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير وفقاً لأحكام اتفاقية وارسو:

نصت المادة ١٩ من اتفاقية وارسو ١٩٢٩ على أن الناقل مسئولاً عن الضرر الذي ينشأ عن التأخير في نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع بطريق الجو.

ومؤدى ذلك أنه يلزم لقيام مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير توافر ثلاثة شروط:

١- أن يكون هناك تأخير:

التأخير هو مجاوزة الميعاد المحدد لتنفيذ عملية النقل إذا كان محددًا سلفاً أو المدة المعقولة التي يفترض تنفيذ عملية النقل خلالها إذا تخلف الاتفاق على ذلك.

وبالرغم من وضوح هذا المعنى، أشار التزام النقل في الميعاد صعوبات عند استعماله في مجال النقل الجوي الخاضع لاتفاقية وارسو. وذلك لسببين:

الأول: أن الاتفاقية لم تضع معياراً يتسنى من خلاله تحديد المقصود بالتأخير الذي يؤدي إلى مساءلة الناقل الجوي.

الثاني: معارضة أغلب الناقلين الجويين والاتحاد الدولي لمؤمني شركات الطيران لمبدأ المسؤولية عن التأخير. إذ يرون أن النص على مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

مسئولية الناقل الجوي عن التأخير سيؤدي إلى عرقلة الملاحة الجوية والتي ترتبط بظروف ليس بمقدور الناقل السيطرة عليها كالظروف الجوية التي قد لا تسمح له بالإقلاع في الميعاد المحدد أو تقلع الطائرة وتقل سرعتها عن السرعة العادية أو تقل حمولتها عن الحمولة العادية.

فظهرت الشروط التي تضعها شركات الطيران في العقود التي تصدرها، والتي تقضي بأنه ليس هناك اشتراط على إتمام النقل في مدة محددة وإن مواعيد الإقلاع والوصول المبينة في جداول مواعيد الناقلين الجويين وأي وثائق أخرى لا تعتبر جزء من العقد ولا تعدو أن تكون مجرد مؤشر تقريبي لمتوسط الوقت الذي تستغرقه عملية النقل.^(١)

وقد أدى وجود هذه الصعوبات إلى حدوث صراع بين المصالح المتعارضة للناقلين الجويين وعملائهم. ترتب عليه خلافا فقهيًا وقضائيًا يمكن حصره في اتجاهين:

الاتجاه الأول: التأخير يقدر بمعيار شخصي:

يرى أصحاب هذا الاتجاه الأخذ بما ورد في الشروط العامة للآياتاء، ومن ثم الاعتراف بصحة الشروط الواردة بعقد النقل والتي تقضي بعدم التزام الناقل الجوي بميعاد محدد للنقل ويأن مواعيد الإقلاع والوصول المعلنة في جداول مواعيد الناقلين لا تعتبر جزءا من عقد النقل وإنما هي عبارة عن مؤشر تقريبي لمتوسط الوقت الذي يستغرقه النقل، وبالتالي يعفي الناقل من المسؤولية عن الأضرار التي تحدث بسبب التأخير ما لم

(١) قيل أن تدخل اتفاقية وارسو حيز التنفيذ، أصدر الاتحاد الدولي للحركة الجوية IATA - والذي أنشأ من شركات الطيران الأوروبية في مدينة لاهاي عام ١٩١٩ - شروطه العامة للنقل الجوي ومن ضمنها الشروط الشرطان ٩ و ١٩ والذان ينصان على عدم مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير.

د. فاروق أحمد زاهر، مرجع سابق، ص ٣٦٠
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

يثبت المضرور ان هذه الأضرار راجعة إلى الخطأ الجسيم الواقع من الناقل أو تابعة أو كان التأخير غير عادي وهذا يخضع لتقدير قاضي النزاع. ويأخذ بهذا الاتجاه القضاء الفرنسي والهولندي.^(١)

الاتجاه الثاني: يأخذ بالمعيار الموضوعي في تقدير الوقت:

هذا الاتجاه هو الاتجاه الغالب في القضاء، ويرى أصحابه أن الناقل يسأل عن التأخير إذا تجاوزت مدة النقل بدرجة كبيرة الحد المعقول الذي كان محل اعتبار العميل عند اختياره للطائرة كوسيلة نقل.

وهكذا يكون الناقل مسئولاً فقط عن التأخير غير العادي وتكون شروط الأيأاتا في هذه الحالة باطلة، أما إذا كانت مدة التأخير يسيرة فإن شروط الأيأاتا تكون صحيحة ولا يتحمل الناقل مسئولية هذا التأخير.^(٢)

(١) د. فاروق أحمد زاهر، مرجع سابق، ص ٣٦٢-٣٦٣، ويشير إلى:

note E. Georgiades (Ste ،RFDA، ١٩٥٦ ،٢٣ fev. ١٩٥٦ ،Trib. Com. Seine Generale Air Fret C. TWA).
'Jurisprudence de Droit Uniforme ، ٨ mars ١٩٦٢ ،La Haya (C. Appel)
<<Quelques aspects de la ،p.٨٠ et sq. ; cite par sundberg ،١٩٦٤
P.١٣٩-١٦٣ ،RFDA، ١٩٦٦ ،responsabilite pour retard en droit aerien>>
(١٤١).

(٢) د. فاروق أحمد زاهر، مرجع سابق، ص ٣٦٤، ه ٣. ويشير إلى الأحكام الفرنسية والأمريكية التالية:

Precite. Trib. Gr. ،P.٢٠٤ ،١٩٤٩ ،RFDA ،١٧ jan. ١٩٤٩ ،Trib. Com. Seine (Souillac C. Air France) ; ،P.١٥ ،١٩٦٥ ،RGAE ،٢٦ juin. ١٩٦٥ ،Inst - Seine P.٦٠(Cie Generale de ،١٩٧٥ ،RFDA ،١٤ nov ١٩٧٤ ،Paris (C. Appel) P.٣٩٥ ،١٩٧٥ ،RFDA ،٣٠ mai ١٩٧٥ ،geophysique C. Iran Air); Paris Westmount Moving and Warehousing V. Continent al air Freight p. ١٧. ، Cite Par Colas op. cit ،٩ mai ١٩٧٩ ،(Montreal Provence Court مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وبذلك تكون أغلب أحكام القضاء قد استقرت على صحة الشروط القاضية بعدم التزام الناقل بميعاد محدد للنقل بشرط ألا يعفى من المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن التأخير غير العادي، لتعارض ذلك مع نص المادة ٢٣ من اتفاقية وارسو والتي تبطل كل شرط يعفي الناقل من المسؤولية أو تقرير حد أدنى من الحد المعين في الاتفاقية. وأن التأخير الذي يسأل عنه الناقل الجوي هو التأخير الذي يجاوز الميعاد المتفق عليه لتنفيذ عملية النقل أو المدة المعقولة التي يفترض تنفيذ عملية النقل خلالها إذا تخلف الاتفاق على ذلك.^(١)

٢- حدوث التأخير خلال فترة زمنية معينة:

حتى يسأل الناقل الجوي عن التأخير وفقا للمادة ١٩ من اتفاقية وارسو والمادة ١٩ من اتفاقية مونتريال ١٩٩٩ ، يجب أن يحدث هذا التأخير خلال فترة النقل الجوي.

فإذا حصل التأخير أثناء فترة النقل الجوي يسأل الناقل عنه، وإن حصل خارجها، يسأل طبقا لقواعد الإسناد في قانون المحكمة المختصة بفصل النزاع.^(٢)

وقد اختلف الفقهاء في تحديد المقصود بفترة النقل الجوي التي ينبغي حدوث التأخير خلالها، ومرد هذا الانقسام يرجع إلى نظريتين:

نظرية جوديس:

الذي يري أن التأخير يجب أن يقتصر على فترة النقل الجوي التي تقع ما بين إقلاع الطائرة من مطار القيام وتنتهي بهبوط الطائرة في مطار الوصول. وبناء على ذلك فإن أحكام المادة ١٩ من الاتفاقية لاتسري على

(١) محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ٢١٩.

(٢) عدلي أمير خالد، مرجع سابق، ص ٨٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

الفترة السابقة أو اللاحقة علي الهبوط كما هو الحال بالنسبة للمادة ١٧. في حالة نقل الركاب والمادة ١٨ في حالة نقل البضائع.

وهناك شبه أجماع من قبل الفقهاء علي استبعاد هذه النظرية لأنها تجعل المسؤولية عن التأخير من قبيل اللغو الذي يجب تنزيه المشرع عنه.^(١) فقتصر فترة النقل الجوي علي تلك التي تكون فيها الطائرة في الجو يجعل إثبات التأخير من قبل ركاب الطائرة عسيراً.

نظرية موريس ليمون:

وهي النظرية التي يأخذ بها غالبية الفقهاء، واعتراض فيها علي الرأي السابق علي أساس أنه رأي مضيق لمسئولية الناقل عن التأخير، فقرر أن مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير لا تقتصر علي فترة النقل الجوي فقط بل تمتد لتشمل الفترة السابقة واللاحقة عليها.

وهو بذلك يكون قد أسس النظرية علي دعامة رئيسية تعتمد علي نوع الضرر، فطالما أن الضرر الذي يترتب علي التأخير هو من نفس نوع الضرر التي نصت عليها المادة ١٨ من الاتفاقية كالهلاك والتلف، فإن المنطق يعطي لفترة النقل الخاصة بالتأخير نفس المعني الذي أعطي لفترة النقل الخاصة بالمحافظة علي البضائع.^(٢)

وقد وجهت أسهم الانتقاد أيضاً لهذه النظرية التي وإن كانت تتماشى مع المنطق عندما تكون أمام حالة تأخير في نقل البضائع والأمتعة، إلا أنها لا تتفق معه في حالة التأخير بنقل الركاب. فإذا كان من المتصور أن يترتب علي التأخير في نقل البضائع بعض الأضرار التي ذكرتها

(١) محمد فريد العريني، مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٢) أنظر في عرض هذه النظريات:

د. فاروق أحمد زاهر، مرجع سابق، ص ٣٦٨-٣٧٢. محمد فريد العريني، مرجع سابق،

ص ٢١٩-٢٢١. عدلي أمير خالد، مرجع سابق، ص ٨٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

المادة ١٨ من الاتفاقية فإن مثل هذا التصور يستحيل قيامه بالنسبة للتأخير في نقل الركاب.

المفهوم الصحيح لفترة النقل الجوي:

نتيجة للانتقادات التي وجهت للنظريتين، ذهب الفقه إلى القول بأن الناقل الجوي يسأل وفقا للاتفاقية التأخير في نقل البضائع متى وقع التأخير هذا التأخير خلال الفترة التي تكون فيها البضاعة تحت حراسة الناقل.

كما يسأل عن التأخير في نقل الركاب إذا حدث التأخير أثناء الفترة الزمنية التي يكون فيها الراكب تحت إمرة الناقل الجوي كما بينا سابقا.

٣- أن يترتب علي التأخير وقوع ضرر:

لا يكفي لتقرير مسؤولية الناقل الجوي عن التأخير أن يكون هناك تأخير أثناء عملية النقل علي الوجه المتقدم، بل يلزم فضلا عن ذلك أن يتوافر شرط ثالث أقرته المادة ١٩ من اتفاقية وارسو ١٩٢٩، ألا وهو أن يترتب علي ذلك ضرر يصيب بالراكب أو يلحق بالبضائع والأمتعة. اذ لا يمكن تقرير مسؤولية الناقل عن التأخير ما لم يكن هناك ضرر لحق بالمسافرين أو الشاحنين فإذا انتفى الضرر انتفت تبعاً له المسؤولية.

ولم تحدد اتفاقية وارسو المقصود بالضرر أو نوعه تاركة ذلك للقوانين الوطنية. ومع ذلك فالقاعدة تقول أن التعويض يكون على قدر الخسارة التي وقعت والكسب الذي فات، ويكون من شأنه جبر الضرر المادي والأدبي.^(١)

(١) راجع المواد ٢٣٠ و ٢٣١ من القانون المدني الكويتي. والمواد ٢٠٨ إلى ٢١٤ من قانون التجارة الكويتي. أيضا: أحكام محكمة التمييز الكويتية: الطعن ١٩٩٦: ٨١، جلسة مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الخاتمة:

حاولنا من خلال هذا البحث تسليط الضوء على أساس مسؤولية الناقل الجوي وتتبع فكرة الخطأ وتطويرها وتحديد الحالات التي يكون فيها الناقل الجوي مسؤولاً عن تعويض المضرور وشروط تطبيقها.

فبينما أن أثر اتفاقية وارسو في تحديدها لأساس مسؤولية الناقل الجوي بعد أن كان يخضع لنظامين قانونيين مختلفين، أحدهما يؤسس مسؤولية الناقل الجوي على فكرة المخاطر وتحمل تبعاتها، والآخر يؤسسها على فكرة الخطأ.

ثم تتبعنا التعديلات التي أدخلت على هذه الاتفاقية والتي كان من شأنها تغيير أساس مسؤولية الناقل الجوي، ابتداء من بروتوكول لاهاي ١٩٥٥ الذي لم يمس أساس مسؤولية الناقل الجوي بقيت كما هي في اتفاقية وارسو قائمة على الخطأ المفترض.

مروراً باتفاق مونتريال ١٩٦٦ الذي قلب طبيعة المسؤولية إلى مسؤولية موضوعية تقوم على فكرة الخطر وتحمل التبعة بالنسبة للرحلات التي تتصل بالولايات المتحدة الأمريكية. وبروتوكول جواتيمالا سيتي ١٩٧١ الذي جعل المسؤولية الموضوعية القائمة على الخطر تشمل الأضرار التي تصيب الركاب وأمتعتهم.

٢٩:٣:١٩٩٨ الطعن ٦٥:١٩٩٨، جلسة ٢٢:٦:١٩٩٨ الطعن
١٨:١٠:١٩٩٩، جلسة ٦٤٥:١٩٩٨، الطعن ٨١:٩٦، جلسة ٢٩:٣:١٩٩٨ الطعن ٢٢٢:٩٦،
جلسة ١٢:٥:١٩٩٧
مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز عن المدة ١:١:١٩٩٧ حتى
٣١:١٢:٢٠٠١، القسم الرابع، المجلد الثالث، مايو ٢٠٠٤، ص ٣٤٢-٣٤٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وانتهاء باتفاقية مونتريال سنة ١٩٩٩، التي أكدت على أن مسؤولية الناقل الجوي مسؤولية موضوعية تقوم علي فكرة المخاطر وتحمل التبعة، وجعلت دفع المسؤولية في أضيق حدوده بالنسبة إلى الأضرار التي لا تتجاوز قيمتها ١٠٠ ألف وحدة حسابية عن كل راكب. أما إذا تجاوزت قيمة الأضرار المقدار السابق، فإن مسؤولية الناقل تكون مفترضة بحيث لا يجوز دفعها إلا إذا أثبت الناقل الجوي الضرر لم يقع نتيجة إهمال أو خطأ أو امتناع منه أو من أحد تابعيه.

ثم عرجنا على حالات مسؤولية الناقل الجوي التي تقع نتيجة إخلاله بالتزامه بضمان سلامة الركاب والمحافظة على البضائع والتزامه بمواعيد النقل.

فبينما أن الناقل الجوي لا يعتبر مخرًا بالتزامه بسلامة الركاب إلا إذا أصاب الركاب ضررًا خلال عملية النقل الجوي والتي تبدأ من اللحظة التي يغادر فيها الركاب تحت إمرة الناقل الجوي أو أحد تابعيه القاعة المعدة للانتظار للتوجه إلى الطائرة، وتستمر هذه المسؤولية طوال المدة التي يتواجد فيها الركاب على متن الطائرة والمدة اللازمة لنقله من على متنها إلى قاعة الاستقبال في مطار الوصول.

كما بينا مسؤولية الناقل الجوي عن تلف البضائع تشمل جميع الأخطار التي يمكن أن يترتب عليها ضرر بالنسبة للبضاعة سواء كانت متصلة بعملية النقل مباشرة أو غير متصلة بها، لأن الناقل له السيطرة الفعلية على البضائع ومسئوليته عنها تكون مسؤولية شخصية على خلاف مسؤوليته عن سلامة الركاب فهي مسؤولية موضوعية.

وانتهينا بأن الناقل الجوي يسأل وفقا للاتفاقية عن التأخير في نقل البضائع متى وقع التأخير هذا التأخير خلال الفترة التي تكون فيها البضاعة تحت حراسة الناقل. في حين يسأل عن التأخير في نقل الركاب

إذا حدث التأخير أثناء الفترة الزمنية التي يكون فيها الراكب تحت إمرة الناقل الجوي. وإن القضاء قد استقر على صحة الشروط القاضية بعدم التزام الناقل بميعاد محدد للنقل بشرط أن لايجاوز التأخير الميعاد المتفق عليه لتنفيذ عملية النقل، أوالمدة المعقولة التي يفترض تنفيذ عملية النقل خلالها إذا تخلف الاتفاق على ذلك. وأن لايعفى من المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن التأخير غير العادي لتعارض ذلك مع نص المادة ٢٣ من اتفاقية وارسو والتي تبطل كل شرط يعفي الناقل من المسؤولية أوتقرير حد أدنى من الحد المعين فيها.

المراجع:

١. د. ثروت أنيس الأسيوطي، مسؤولية الناقل الجوي في القانون المقارن، رسالة دكتوراه، القاهرة، المطبعة العالمية، ١٩٦٠.
 ٢. رفعت فخري، الوجيز في القانون الجوي، ١٩٩٤.
 ٣. د. سميحة القليوبي، القانون الجوي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٩.
 ٤. د. عبدالفضيل محمد أحمد، القانون الخاص الجوي، دار الفكر والقانون، مصر، ٢٠٠٨.
 ٥. عدلي أمير خالد، أحكام دعوى مسؤولية الناقل الجوي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
 ٦. د. عيسى غسان ريضي، مسؤولية الناقل الجوي عن الضرر الواقع على الأشخاص وأمتعتهم، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨.
 ٧. د. محمد فريد العريني، القانون الجوي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ٢٠٠٢.
 ٨. د. محمد موسى محمد دياب، فكرة الخطأ في اتفاقية فارسوفيا ومسئولية الناقل الجوي في النقل الجوي الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥.
 ٩. د. محمود أحمد الكندري، النظام القانوني للنقل الجوي الدولي وفق اتفاقية مونتريال، ١٩٩٩، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٠.
- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

١٠. وائل أنور بندق، معاهدات النقل الجوي، مكتبة الوفاء القانونية، الاسكندرية، ٢٠١٠.

La notion de faute dans la convention de ،١١. **J. Sesseli** p.٣٣. ،varsovie (etude de droit aerien) ١٩٦١

١٢. **Jean Hemard**, Traite theorique et pratique de droit NO.٨٧٦. ،les transports ،"Le mandate commercial ،commercial et ٨٧٧.

،Paris ،Transports terrestres et aerien ،١٣. **Rene Rodiere** ١٩٦٩. ،Dalloz

(Us ،RFDA، ١٩٧٧ ،١٤. **Martinez Hernandez V. Air France** ١st Cir. ١٩٧٦). ،cout of Appeals

**التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية في ضوء
قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان**

**Constitutional Interpretation of Constitutional
Rights and Freedoms in light of International Law
of Human Rights**

د. / إسلام إبراهيم شيحا

مدرس بقسم القانون العام كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

بسم الله الرحمن الرحيم

- مقدمة عامة
- الفصل التمهيدي: ماهية التفسير الدستوري
- المبحث الأول: مفهوم التفسير الدستوري وأنواعه
 - المطلب الأول: مفهوم التفسير الدستوري
 - المطلب الثاني: أنواع التفسير الدستوري
- المبحث الثاني: أهمية التفسير الدستوري وخصوصيته
 - المطلب الأول: أهمية التفسير الدستوري
 - المطلب الثاني: خصوصية التفسير الدستوري
- الفصل الأول: آليات التفسير الدستوري
- المبحث الأول: آليات التفسير الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية
 - المطلب الأول: الآليات الداخلية في تفسير النصوص الدستورية
 - ❖ الفرع الأول: آلية التفسير اللفظي
 - ❖ الفرع الثاني: آلية التفسير التكاملي
 - المطلب الثاني: الآليات الخارجية في تفسير النصوص الدستورية
 - ❖ الفرع الأول: التفسير في ضوء الحكمة من النص
 - ❖ الفرع الثاني: التفسير في ضوء الأعمال التحضيرية
 - ❖ الفرع الثالث: التفسير في ضوء المصادر التاريخية
 - ❖ الفرع الرابع: التفسير في ضوء العوامل والظروف الاجتماعية (التفسير المعاصر)
- المبحث الثاني: نظريات التفسير الدستوري في قضاء المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية
 - مقدمة: أساس الاختصاص بتفسير الدستور

○ المطلب الأول: نظرية التزام النص The Textualism Theory of Interpretation

○ المطلب الثاني: نظرية المصادر الأصلية أو التاريخية The Originalism Theory of Interpretation

❖ الفرع الأول: نظرية القصد الأصلي The Original Intent

❖ الفرع الثاني: نظرية المعنى الأصلي The original Meaning

○ المطلب الثالث: نظرية الدستور الحي The Living Constitution Theory of Interpretation

- الفصل الثاني: دور القانون الدولي لحقوق الإنسان في مجال التفسير

الدستوري

- المبحث الأول: الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير

الدستوري ومدى مشروعيتها

○ المطلب الأول: أساس الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في

التفسير الدستوري

○ المطلب الثاني: الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في

التفسير الدستوري بين الإنكار والتأييد

❖ الفرع الأول: الاتجاه المنكر لمشروعية الاستعانة بقواعد القانون الدولي

لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري

❖ الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لمشروعية الاستعانة بقواعد القانون الدولي

لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري

• المبحث الثاني: موقف القانون والقضاء المقارن من الاستعانة بقواعد القانون الدولي

لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري

○ المطلب الأول: الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في

التفسير التشريعي والتفسير الدستوري

○ المطلب الثاني: آليات تفعيل الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق

الإنسان في مجال التفسير الدستوري

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

- المبحث الثالث: الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا بمصر والمحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية
- المطالب الأول: الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا بمصر.
- المطالب الثاني: الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري في قضاء المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية
- ❖ الفرع الأول: مكانة القواعد الدولية في النظام القانوني الأمريكي
- ❖ الفرع الثاني: موقف القضاء والفقهاء الأمريكيين من الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري
- ❖ الفرع الثالث: أهم التطبيقات القضائية الأمريكية للتفسير الدستوري في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان

- خاتمة

- نتائج البحث والتوصيات

مقدمة عامة

تعد القواعد الدستورية القواعد الأسمى التي تهيمن على التنظيم القانوني الداخلي، وذلك بوصفها تجسيدا للمبادئ والقيم العليا التي ارتضتها وأمنت بها الجماعة الوطنية، ولتلك القواعد الدستورية وظيفتان أساسيتان تكمن اولاهما في تحديد شكل الدولة ونظامها السياسي والسلطات العامة فيها وحدود اختصاصاتها، وثانيتهما في كفالة وضمانة مجموعة من الحقوق والحريات الأساسية في مواجهة السلطات العامة في الدولة.

وإذا كانت النصوص الدستورية - من هذا المنطلق - تمثل المرجع الأساسي لما يتمتع به المواطنين من حقوق وحريات أساسية، فقد أدى القضاء الدستوري من خلال التفسير الدستوري، دوراً حاسماً في تحديد مفهوم هذه الحقوق والحريات وتطوير نطاقها، ويرجع ذلك إلى عاملين رئيسيين، يكمن الأول منهما في أن النصوص التي تتناول الحقوق والحريات الأساسية قد وردت في عبارات واسعة وفضفاضة، بل وغامضة في كثير من الأحيان، على نحو أوجب على القضاء الدستوري في النظم القانونية المقارنة أن يعمل جاهداً؛ من أجل تأكيد مضمون الحقوق والحريات الدستورية وتحديد نطاقها وتطويرها معانيها. أما العامل الثاني، فيرجع إلى أن الإشكاليات التي قد تثيرها النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات دائماً ما تحتاج إلى حلول مبتكرة؛ لإعلاء مفهوم الحريات والحد من الانتهاكات التي قد تترتب على تصرفات السلطات الحاكمة.

وتثير مسألة تفسير الحقوق والحريات المشمولة بالحماية الدستورية العديد من التساؤلات حول آليات التفسير ووسائله التي يمكن للقاضي الدستوري الاستعانة بها في القيام بعملية التفسير، فعلى الرغم من وجود عدد من الآليات التقليدية التي دأب القضاء الدستوري في الأنظمة القانونية المقارنة على استخدامها؛ لتحديد مضمون النصوص الدستورية ونطاقها عموماً، فإن القضاء الدستوري في كثير من النظم القانونية المقارنة قد أثر اتباع منهج موسع لتفسير النصوص الخاصة بالحقوق والحريات الدستورية، فاتجه إلى الأخذ بمفاهيم حقوق الإنسان المستوحاة مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

من قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان؛ لتحديد مفهوم الحقوق والحريات المشمولة بالحماية الدستورية ونطاقها، وقد لاقت هذه الآلية في التفسير قبولاً واسعاً من جانب الكثير من الدول الديمقراطية، فراحت تقننها في دساتيرها وتلزم قضاءها باتباعها عند تحديده لمضمون الحقوق والحريات الدستورية ومداها.

من هنا جاء اختياري لهذا الموضوع محلاً للبحث، فأسميته (التفسير الدستوري لحقوق والحريات الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان) وتبدو أهمية هذا البحث بالنظر للدور الحاسم الذي أدته هذه الآلية في تطوير معنى الحقوق والحريات التي تتمتع بالحماية الدستورية ونطاقها. إذ شكلت هذه الآلية ضمانة دستورية لألا يتدنى مستوى الحماية الدستورية الذي توفره الدولة لحقوق مواطنيها وحرياتهم الدستورية، وتتقيد به عن مستويات الحماية المقبولة التي تتطلبها قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، وتستلزمها الدول الديمقراطية في مجتمعاتها.^١

وقد وجدنا أن دراسة هذا الموضوع على نحو شامل ومتعمق تقتضي أن نعرض لماهية التفسير الدستوري لمفهومه وأنواعه ثم لأهميته وخصوصيته في الفصل التمهيدي. فإذا ما انتهينا من ذلك، عرضنا في الفصل الأول لآليات التفسير التقليدية التي استعانت بها كل من المحكمة الدستورية العليا في مصر والمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية في مجال تفسير النصوص الدستورية.

ثم نعرض في الفصل الثاني لمدى مشروعية الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في مجال التفسير الدستوري وملائمتها وأهمية الدور الذي يمكن أن تؤديه هذه القواعد في توسيع مضمون تلك الحقوق والحريات وتطوير مفاهيمها، فنتناول في المبحث الأول أساس الاستعانة بهذه القواعد في التفسير الدستوري ثم الجدل الحاصل في الفقه والقضاء حول مشروعية الاستناد إلى هذه القواعد في

^١ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ م في القضية رقم (٢٢) لسنة (٨) قضائية "دستورية"، رقم

الجزء (٥)، ص ٨٩
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

شأن التفسير الدستوري، ثم نعرض في المبحث الثاني لموقف القانون والقضاء المقارن من الاستعانة بهذه القواعد في تفسير النصوص الدستورية. وأخيراً نتناول في المبحث الثالث موقف كل من المحكمة الدستورية العليا المصرية والمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية من الأخذ بهذه الآلية في تفسير النصوص الدستورية وأهم التطبيقات القضائية الصادرة بشأنها.

الفصل التمهيدي

ماهية التفسير الدستوري

سوف نعرض في هذا الفصل التمهيدي لمفهوم التفسير الدستوري وأنواعه وأهميته وخصوصيته، وذلك في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم التفسير الدستوري وأنواعه

المبحث الثاني: أهمية التفسير الدستوري وخصوصيته

المبحث الأول: مفهوم التفسير الدستوري وأنواعه

نعرض في هذا المبحث لمفهوم التفسير الدستوري وأنواعه من خلال المطلبين التاليين:

- المطلب الأول: مفهوم التفسير الدستوري
- المطلب الثاني: أنواع التفسير الدستوري

المطلب الأول

مفهوم التفسير الدستوري

ليس المقصود بالتفسير الدستوري التفسير بالمعنى الضيق *explanation*، أي مجرد شرح النصوص الدستورية، من خلال وتوضيح معنى الكلمات ومدلول الجمل والعبارات،¹ بل نعني بالتفسير في هذا المجال التفسير بالمعنى الواسع

¹ دكتور عصام سليمان، دراسات في القضاء الدستوري - التفسير الدستوري، الجمهورية اللبنانية المجلس الدستوري، الكتاب السنوي، المجلد ٤، ٢٠٠٩-٢٠١٠ ص ٣٦٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

Interpretation، أي توضيح مضمون النصوص وتعيين حدودها بغية تطبيقها على ما قد يثار من منازعات.^١

فالتفسير الدستوري تبعاً للمعنى الذي حددناه يهدف إلى تحقيق أمرين: الأول: إزالة ما قد يعترى النصوص الدستورية من غموض أو لبس أو تعارض فيما بينها، فإذا كان الأصل أن ترد النصوص القانونية واضحة في معناها ومرادها، فإنه قد يحدث أن يكتنف تلك النصوص نوع من الغموض والإبهام، فتكون قابلة لتأويلات شتى، أو قد تتعارض النصوص فيما بينها، ومن ثم تضحى عملية التفسير أمراً لازماً لرفع هذا الغموض وتجلية المعنى الذي قصده الشارع الدستوري أو لإزالة ما قد يكون هناك من تعارض بين النصوص،^٢ على ألا يفهم من ذلك أن التفسير الدستوري مقصور على النصوص التي يكتنف كل ألفاظها أو بعضها الغموض والالتباس أو على أحوال التعارض بين النصوص الدستورية، وإنما يمتد ليشمل جميع النصوص الدستورية حتى الواضح منها؛ توصلاً إلى تطبيقها، إذ هي لا تكون واضحة إلا بعد تفسيرها،^٣ فلا يمكن الوصول إلى حكم بشأن وضوح نص

انظر أيضاً دكتور عبد الرزاق السنهوري ودكتور أحمد أبو ستيت، أصول القانون، القاهرة، ١٩٥٠، ص ٢٣٥. التفسير هو "توضيح ما أبهم من اللفظ النص وتكميل ما اقتضب من نصوصه وتخريج ما نقص من أحكامه و التوفيق بين أجزائه المتناقضة".

^١ دكتور عصام سليمان: المرجع السابق، ص ٣٦٥.

انظر أيضاً دكتور توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨١، ص ٢٨٢.

^٢ دكتور محمد باهي أبو بونس، الاختصاص الأصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في النظام الدستوري الكويتي، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٨، ص ٩٠٥.

^٣ دكتور عصام سليمان: المرجع السابق، ص ٣٦٩.

راجع المعنى نفسه دكتور تركي سطات المطيري، قواعد التفسير ومدى التزام المحكمة الدستورية الكويتية بها في ممارسة اختصاصها بتفسير النصوص الدستورية، مجلة الحقوق، العدد ٤، ٢٠١٢، ص ٥٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

معين او عدم وضوحه إلا بعد إخضاعه للتفسير ثم الحكم على وضوحه بعدها^١. كما أن النصوص الدستورية، وإن جاءت واضحة، فغالباً ما تحتوي على مبادئ عامة لا تحمل أي تفاصيل بشأن كيفية تطبيقها أو التوفيق بينها^٢، أو تقرر مجموعة من الحقوق والحريات الدستورية دون بيان لمضمونها أو تعيين لحدودها، ومن ثم يضحى التفسير أمراً ضرورياً لوضع النصوص موضع التطبيق ونقلها من "نطاقها التجريدي إلى مجالها الواقعي"^٣.

اما الهدف الثاني من التفسير فهو الكشف عن الخلفيات والغايات الحقيقية الكامنة وراء النصوص الدستورية، بهدف سد أي نقض أو فراغ في القواعد الدستورية^٤، وذلك على أساس أن الوثيقة الدستورية يصعب بل يستحيل أن تضم

^١ دكتور تركي المطيري: المرجع السابق، ص ٥٠. يري دكتور المطيري (أن الحكم على مدى وضوح النص أمر نسبي يختلف من مفسر إلى اخر، كما أنه ليس من اللازم أن يكون المعنى الظاهر من ألفاظ النص هو المعنى الصحيح أو المراد منه).

انظر أيضاً دكتور محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية (النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهين الوضعي والإسلامي)، دار النهضة العربية، ١٩٧٩ ص ١٦-٢٣.

^٢ دكتور أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر، مجلة الدستورية، العدد الأول يناير ٢٠٠٣ ص ١١ وما بعدها.

دكتور عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة على الدستورية – منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١١، ص ٨٥.

- Gerald Neuman, *International Law As a Resource in Constitutional Interpretation*, ٣٠ Harvard Journal of Law and Public Policy, ١٨٢ (٢٠٠٦). Gerald admits that "constitutional doctrine does not operate by simply applying a clause of the Constitution to the facts of the case at hand. The text of the Constitution indicates broad principles and concepts but rarely gives express instructions, or even hints, of how they are to reconciled when they into conflict."

^٣ دكتور محمد باهي أبو يونس: المرجع السابق، ص ٩.

^٤ دكتور عصام سليمان: المرجع السابق، ص ٣٦٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بين جوانبها جميع المبادئ والقواعد التي يمكن أن تحكم التطورات الاجتماعية والاقتصادية والسياسية لأي مجتمع، وهنا تتجلى أهمية التفسير الدستوري، إذ إنه بالإضافة إلى القواعد الدستورية الصريحة التي يتضمنها الدستور، فإنه يحتوي على مجموعة من القواعد الضمنية يستخلصها القضاء الدستوري، من خلال استقرائه وتفسيره للقواعد الدستورية الصريحة،^١ على أن التفسير في هذا المقام لا يعني انشاء قاعدة دستورية جديدة، وإنما يعني استنباط حكم معين من مجموعة النصوص الدستورية الصريحة لمواجهة ما اعترى القواعد الدستورية من نقص.^٢

^١ دكتور أحمد فتحي سرور، منهج الإصلاح الدستوري، دار النهضة، (٢٠٠٦)، ص ٤٩.

^٢ دكتور محمد باهي أبو يونس: المرجع السابق، ص ٩.

المطلب الثاني

أنواع التفسير الدستوري

تتنوع التفسير الدستورية بحسب الجهة التي تتولى التفسير، ويمكننا التمييز في هذا المقام بين ثلاثة أنواع من التفسير الدستورية.^١

النوع الأول: التفسير التشريعي، ويقصد به التفسير الصادر من المشرع نفسه أو من يفوضه من السلطات أو الهيئات،^٢ ويتميز هذا النوع بأنه تفسير ملزم، أي يتعين على القاضي التقيد به عند تطبيقه للقاعدة المفسرة،^٣ كما أن هذا النوع من التفسير يعد جزءاً لا يتجزأ من التشريع محل التفسير، شريطة ألا يستحدث هذا التفسير أي قواعد جديدة بخلاف القواعد المراد تفسيرها.^٤

وفي إطار القانون الدستوري، نجد أن المشرع الدستوري قد يتدخل لتفسير بعض النصوص الدستورية أو قد يمنح إحدى الهيئات أو السلطات في الدولة سلطة تفسير النصوص الواردة في صلب الوثيقة الدستورية،^٥ ومن أمثلة التفسيرات التشريعية الملزمة التي قد يضفيها المشرع الدستوري نفسه على كل النصوص الواردة بصلب الوثيقة الدستورية أو بعضها ما تضمنته المذكرة التفسيرية لدستور دولة الكويت لعام ١٩٦٢ من أنه "في ضوء ما سبق من تصوير عام لنظام الحكم،

^١ دكتور محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة رقم ١، ٢٠٠٩، ص ٤٢-٤٦.

^٢ دكتور محمد حسام محمود لطفی، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة السادسة، القاهرة، (٢٠٠٨) ص ٣١٤.

يري دكتور لطفی أن هذا النوع من التفسير أقدم أنواع التفسير القانونية، وتجد أساسها في قاعدة رومانية قديمة قالت بحق واضعي القانون في تفسيره *ejus est interpretari cujus est condere legem*.

^٣ دكتور خالد وزاني، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وعلماء القانون، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ١٠٤.

^٤ دكتور محمد حسام محمود لطفی: المرجع السابق، ص ٣١٤.

^٥ عوض رجب خشمان الليمون، تفسير النصوص الدستورية: دراسة مقارنة، الأردن، الجامعة الأردنية، ١٩٩٥، ص ٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ووفقاً لهذه الإيضاحات المتفرقة في شأن بعض المواد على وجه الخصوص، يكون تفسير أحكام دستور دولة الكويت" وأيضاً ما تضمنته المذكرة التفسيرية لدستور دولة قطر من وجوب تفسير بعض النصوص الواردة في الدستور، وفقاً للأسس والأحكام التفسيرية التي اشتملت عليها المذكرة التفسيرية،^١ ومن أمثلة الهيئات أو السلطات التي أنيط بها سلطة إصدار تفسيرات ملزمة لنصوص الدستور مجلس صيانة الدستور بدولة إيران،^٢ المجلس الفيدرالي بأثيوبيا^٣ والمجلس العالي بالأردن^٤ والمحكمة الدستورية بالكويت.^٥ النوع الثاني: التفسير الفقهي، ويقصد به ما

^١ دستور دولة الكويت، ١٩٦٢.

^٢ دستور دولة قطر لعام ٢٠٠٤ و مذكرته التفسيرية الصادرة في يونيو ٢٠٠٥.

٢

Constitution of Iran. Article ٩٨ stipulates that "the authority of the interpretation of the Constitution is vested with the Guardian Council, which is to be done with the consent of three- fourths of its members."

Constitution of Ethiopia. Article ١٢ with relevance to powers and functions of the house of the federation stipulates that "the House has the power to interpret the constitution."

^٤ عوض رجب خشمان الليثون، ص ١٠.

دستور دولة الأردن، مادة ١٢٢، ١٩٥٢. (للمجلس العالي ... حق تفسير أحكام الدستور إذا طلب إليه ذلك بقرار صادر من مجلس الوزراء أو بقرار يتخذه أحد مجلسي الأمة بالأكثرية المطلقة، ويكون نافذ المفعول بعد نشره في الجريدة الرسمية.

^٥ دكتور محمد باهي أبو يونس: المرجع السابق، ص ٢٦.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية بالكويت قد أكدت أن اختصاصها التفسيري لا يستند إلى المادة الأولى من قانون إنشائها رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ فحسب، وإنما هو اختصاص دستوري تستمده المحكمة من نصوص الدستور نفسها يقولها: "لما كان تفسير النص الدستوري قد أسند للمحكمة الدستورية بمقتضى المادة الأولى من القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ بإنشائها، وقد صدر ذلك القانون بما تضمنه من أحكام، إعمالاً لنص المادة (١٧٣) من الدستور. والواضح مما سألته المذكرة التفسيرية عن تلك المادة، أنها أرادت أن تكون المحكمة الدستورية هي الجهة التي يوكل إليها أمر تفسير نصوص الوثيقة الدستورية، على نحو ملزم، يقضي على كل خلاف في الرأي حول تفسير قاعدة دستورية معينة، وإذ كان الأمر كذلك فيكون المشرع الدستوري هو الذي جعل المحكمة الدستورية المختصة وحدها بتفسير نصوص الدستور والقوانين الأساسية، ولم يكن ذلك من صنع قانون إنشاء المحكمة..". المحكمة الدستورية بالكويت، القرار التفسيري رقم (١) لسنة ١٩٨٥.

يصبغه الفقه الدستوري على النصوص الدستورية من تفسيرات، من خلال الدراسة والتأصيل لمختلف القواعد والنظريات الدستورية وأحكام القضاء، ويتميز التفسير الفقهي بالطابع النظري، إذ يفسر الفقه النصوص الدستورية تفسيراً مجرداً على عكس التفسير القضائي الذي يتسم بالطابع العملي والواقعي،^١ وتجدر الإشارة إلى أن هذا النوع من التفسير ليس تفسيراً رسمياً ولا يتمتع بأي قوة إلزامية،^٢ ويكفي لإبراز أهمية دور الفقه في تطوير مفهوم القواعد الدستورية ما أشار إليه البعض من أنه لا شيء يجعل من القضاة أكثر حرصاً على تحقيق العدالة إلا إدراكهم أن جميع أحكامهم وقراراتهم سوف تخضع لرقابة نظرائهم من الفقهاء ونقدهم الموضوعي.^٣

والنوع الثالث: التفسير القضائي، ويعنى تفسير القضاء المختص للنصوص الدستورية، بمناسبة ما يعرض عليه من منازعات دستورية تدخل في ولايته وترفع إليه وفقاً للأوضاع والإجراءات المنصوص عليها في الدستور أو القانون؛ بغية التثبت من مطابقة نص تشريعي أو لائحى لنصوص الدستور.^٤ والتفسير القضائي

^١ م. محمد حسناوي شويح، الطبعة القانونية للتفسير الصادر من المحكمة الاتحادية، مجلة الكوفة ١٤، (٢٠١٢) ص ٢٢٢.

^٢ المرجع السابق، ص ٢٢٢.

٣

William Howard Taft, Criticism of the Federal Judiciary, ٢٩ *Am. L. Rev.* ٦٤١, ٦٤٢ (١٨٩٥).

^٤ دكتور محمد فوزى نويجى: المرجع السابق، ص ٢٤.

راجع في المعنى نفسه المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ م في القضية رقم (٢٣) لسنة (١٥) قضائية "دستورية"، الجزء (٦)، ص ١٤٠.

انظر أيضاً المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٩ مايو ١٩٩٨ م في القضية رقم (٩٤) لسنة (١٨) قضائية "دستورية"، الجزء (٨)، ص ١٢٨٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

في مجال الرقابة على دستورية القوانين يدخل في صميم عمل القاضي، وهو أمر حتمي تقتضيه طبيعة وظيفته حتى يستطيع الفصل في التعارض المدعي به بين نص تشريعي أو لائحى من ناحية ونص دستوري من ناحية أخرى، فالرقابة على الدستورية تقتضي القيام بعملية تفسير مزدوج لكل من النص الدستوري والنص التشريعي أو اللائحي محل الطعن بغرض حسم الخلاف حول التشريع المطعون في دستوريته.^١ إذ يتعين على القاضي في مثل تلك المنازعات أن يحدد مدلول النصوص الدستورية أو مضمونها، ويعين نطاقها، توصلاً إلى الحكم في مدى اتفاق النصوص المطعون بعدم دستوريته مع النصوص الدستورية أو عدمه. وهذا النوع من التفسير لا يحتاج إلى نص دستوري أو تشريعي صريح يفوض المحكمة في ممارسة الاختصاص بالتفسير، بل إن عملية التفسير أمر تفرضه طبيعة المهام الملقاة على عاتق القضاء الدستوري، ويمتاز التفسير القضائي عن سالفه بالموضوعية وبعده عن أي أهواء أو تأثيرات حزبية وسياسية قد تطغى على عملية التفسير فتجهد بالنص عن معناه الحقيقي؛ بغرض تحقيق أهداف سياسية أو تغليباً لمصالح الفئة الحاكمة؛ نظراً لما يتمتع به القضاء من حييدة واستقلال،^٢ فضلاً عن ذلك يمتاز التفسير القضائي بفاعليته وواقعيته؛ نتيجة لما يتمتع به القاضي من خبرات قانونية وتجارب عملية تجعل من هذا التفسير الأجرى على مواكبة مقتضيات الواقع.^٣

المبحث الثاني

^١ دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٣٨ و ما بعدها.

^٢ دكتور محمد باهي أبو يونس: المرجع السابق، ص ١٥.

^٣ المرجع السابق، ص ١٣-١٤.

^٤ المرجع السابق، ص ١٢-١٣.

أهمية التفسير الدستوري وخصوصيته

سوف نعالج في هذا المبحث أهمية التفسير الدستوري وخصوصيته التي تميزه عن غيره من التفاسير القانونية، وذلك في المطلبين التاليين:

- المطلب الأول: أهمية التفسير الدستوري
- المطلب الثاني: خصوصية التفسير الدستوري

المطلب الأول

أهمية التفسير الدستوري

تحتل النصوص الدستورية مقام الصدارة بين قواعد القانون العام، إذ تمثل مجموعة القواعد والمبادئ الأسمى والأعلى التي تبتتها السلطة التأسيسية في أي نظام قانوني، ورأت فيها أساساً وحاكماً لسائر القواعد القانونية الأخرى، وتتميز تلك النصوص دوماً بطبيعة خاصة؛ نظراً لأهمية ما تتناوله بالتنظيم، فالدستور، كما عبرت عنه وبحق المحكمة الدستورية العليا في مصر "هو القانون الأساسي الأعلى الذي يرسى القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم، ويحدد السلطات العامة، ويرسم لها وظائفها، ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها، ويقرر الحريات والحقوق العامة، ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها. ومن ثم فقد تميز الدستور بطبيعة خاصة تضيء عليه السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات وموثلها وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها، وحق لقواعده أن تستوى على القمة من البناء القانوني للدولة، وتتبوا مقام الصدارة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الأمرة التي يتعين على الدولة التزامها في تشريعها وفي قضائها وقيما تمارسه من سلطات تنفيذية، دون أية تفرقة أو تمييز في مجال الالتزام بها بين السلطات العامة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية، وإذا كان خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سيادة الدستور أصلاً مقررًا وحكمًا لازماً لكل نظام ديموقراطي سليم، فإنه يتعين على كل سلطة عامة أياً كان شأنها وأياً كانت وظيفتها وطبيعة الاختصاصات المسندة إليها أن تنزل على قواعد الدستور

ومبادئه، وأن تلتزم حدوده وقيوده، فإن هي خالفته أو تجاوزتها شاب عملها عيب مخالفة الدستور، وخضعت - متى انصبت المخالفة على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التي عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا، بوصفها الهيئة القضائية العليا التي اختصها دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح؛ بغية الحفاظ على أحكام الدستور وصونها وحمايتها من الخروج عليها.^١

المطلب الثاني

خصوصية التفسير الدستوري

إذا كانت النصوص الدستورية وفقاً لما سلف نصوصاً قانونية تعتلي قمة مدارج التنظيم القانوني، فإن التفسير الدستوري لا يعدو أن يكون بطبيعة الحال نوعاً من التفسير القانوني، وإن كان التفسير الدستوري يختلف عن باقي أنواع التفاسير القانونية، كتفسير المعاهدات والقوانين واللوائح والقرارات الإدارية والعقود، سواء أكانت تخضع للقانون العام أم القانون الخاص من عدة نواحٍ.^٢

أولاً: أن النصوص الدستورية، بخلاف غيرها من النصوص القانونية الأخرى، عادة ما تكون وجيزة ومقتضبة، إذ تتضمن فقط المبادئ والأحكام العامة دون معالجة التفاصيل الدقيقة،^٣ كما أن الكثير من تلك الأحكام والمبادئ قد تكون

^١ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٥ مايو ٢٠٠١ م في القضية رقم (٢٥) لسنة (٢٢) قضائية "دستورية"، الجزء (٩)، ص ٩٠٧.

^٢ دكتور عصام سليمان: المرجع السابق، ص ٣٦٧.

Mher Arshakyan, *The Impact of Legal systems on Constitutional Interpretation : A Comparative Analysis : The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, ١٤ German L.L. ١٢٩٧، ١٣٢٤-١٣٢٥(٢٠١٣). Mher explained that « the Conceptual construction of statutes consists of (if-then) structure which connects factual situation to legal consequences, and not mere statements of goals. Conversely, the Constitution in its normative content, is fragmentary and piecemeal »

^٣ دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ١٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

غامضة أو مبهمة أو غير محددة تحديداً نهائياً، ولاسيما تلك الواردة في الإعلانات ومقدمات الدساتير وديباجاتها؛^١ ولذلك فلا مندوحة أمام القاضي للوصول إلى المعنى الحقيقي لمرمى هذه النصوص وإزالة ما قد يكتنفها من غموض وإبهام إلا بالتفسير، فبه وحده يستطيع القاضي الدستوري ضبط القواعد الدستورية وتطوير معانيها بما يتفق مع قصد الشارع الدستوري.^٢

ثانياً: أن النصوص الدستورية أكثر النصوص القانونية التي تتمتع بالطبيعة المجردة *the very abstract nature of the Constitutional provisions*^٣ فهي - خلافاً للتشريعات العادية - غالباً ما تفتقر إلى التحديد القاطع أو الحاسم، وتكون دائماً من العمومية والشمول مما يجعلها تحتاج بشدة إلى التفسير؛ للوقوف على فحواها ومضمونها؛ ذلك أن النصوص الدستورية ليست فقط مجرد مبادئ أو قيم عليا أو مثالية غير ملزمة، بل هي أوامر عليا يتعين على الجميع الانصياع لها واحترام ما تحويه من أحكام وموجبات.^٤

^١المزيد حول دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري انظر دكتور وليد الشناوي، دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد ٥٣، إبريل، ٢٠١٣.

^٢ دكتور عصام سليمان: المرجع السابق، ص ٣٦٨.

- Arshakyan, op. cit., at. ١٣٢٥.
- See also Andras Jakab, *Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective*, ١٤ German L.J. ١٢١٥، ١٢٢٤ (٢٠١٣). "Constitutions Norms are much more abstract than the rather concrete statutory norms."

^٤ دكتور وليد الشناوي: المرجع السابق، ص ٥٤٨

See also Jakab, op. cit, at ١٢٢٥.

^٥ دكتور عبد العزيز محمد سلمان: المرجع السابق، ص ١٠١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وقد عبر البعض عن ذلك بقوله "إن النصوص الدستورية لا تقوم عموماً على الربط بوضوح بين وقائع تنتج معايير محددة مفترضة، إنما تلجأ - على نطاق واسع - إلى ربط الوقائع بالمصلحة المشتركة أو العليا ومثال أعلى سياسي يعبر عن أيولوجية من صاغ الدستور، فبدلاً من التعبير بوضوح عن الخيارات التي جرى الأخذ بها واستبعاد ما رُفض، ويراد عدم العودة إليه في المستقبل، تجرى غالباً صياغة النصوص الدستورية بجمل ومفاهيم غير محددة بوضوح، بحيث لا يصبح من السهل دائماً تحديد الخيارات المأخوذ بها والخيارات المستبعدة، كما لا يصبح بالإمكان في بعض الأحيان تحديد المدى الذي تبلغه الخيارات التي يمكن عدّها ملائمة، كما أن العمومية في صياغة النص تحتمل عموماً عدة امكانيات في التطبيق على حالات محددة في الواقع"؛ ولذا فإن التفسير يعد أمراً ضرورياً وسابق على تطبيق النصوص الدستورية، إذ يتعين على القاضي تحديد معنى النص وحدوده؛ لحسم أي خلاف حول دستورية النص القانوني المطعون فيه.

ثالثاً: أن تفسير النصوص الدستورية وتطبيقها ليسا عملية آلية ينزل فيها القاضي الدستوري حكم الدستور على ما يعرض عليه من وقائع، وإنما يتعين عليه - في غالب الأحيان - أن يعمل على التوفيق بين اعتبارين أساسيين وهما إعلاء المبادئ الدستورية وصيانة الشرعية الدستورية من جانب والحفاظ على استقرار النظام القانوني والسياسي من جانب آخر،^٢ كما أن النصوص الدستورية غالباً ما تتضمن مبادئ Principles لا قواعد Rules. ويكمن الفارق الرئيسي بينهما في كون القواعد لا تحتمل سوى أمر من اثنين لا ثالث لهما، إما التطبيق أو عدم

^١ دكتور عصام سليمان: المرجع السابق، ص ٣٦٥.

^٢ دكتور عبد العزيز محمد سلمان: المرجع السابق، ص ٨٥.

Newman, op. cit. at ١٨٢. Newman admits that "constitutional doctrine does not operate by simply applying a clause of the Constitution to the facts of the case at hand. The text of the Constitution indicates broad principles and concepts but rarely gives express instructions, or even hints, of how they are to reconciled when they into conflict."

التطبيق، في حين تحتل المبادئ التطبيق بدرجات متفاوتة.^١ كذلك فإن القاضي الدستوري قد يجد نفسه مضطراً إلى تطبيق مبدئين أو أكثر في المنازعة نفسها، وهو الأمر الذي يحتم عليه أن يلجأ إلى التفسير؛ لمحاولة الجمع والتوفيق بين هذه المبادئ أو ترجيح أحدها على الآخر عند استحالة الجمع بينها.^٢

رابعاً: أن مجموعة الحقوق والحريات الأساسية التي تحظى بالحماية الدستورية لا تقتصر فقط على ما ورد في صلب الوثيقة الدستورية من نصوص خاصة بهذه الحقوق والحريات والتي يطلق عليها "Bloc de Constitutionalité"^٣ ، فالدستور مهما بلغ كماله عمل وضعي من صنع البشر، ويصعب أن يضم بين جوانبه كل الحقوق والحريات الأساسية التي يمكن أن تستجد، نتيجة التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية، فمن خلال التفسير الدستوري الموسع الذي اعتمده القضاء في تحديد مدلول الحقوق والحريات خرجت إلى النور العديد من الحقوق والحريات الأساسية التي اعتبرها القضاء؛ لازمة لإقامة أي نظام ديمقراطي.^٤

^١ المرجع السابق ص. ٢٦٨

Marie Claire Ponthoreau, Droit(S) Constitutionnel(S) Compare (S), Paris, Economica, Coll. "Corpus droit Public", ٢٠١٠, p. ٢٩٧.

Henry L. Chambers, Jr., *Biblical Interpretation, Constitutional Interpretation, and Ignoring Text*, ٦٩ Md. L. Rev. ٩٢, ٩٦ (٢٠٠٩).

^٢ دكتور تركي المطيري: المرجع السابق، ص ٥٠.

Arshakyan, op. cit. at. ١٣٢٤-٢٥.

^٣ دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٣٠.

^٤ المرجع السابق: ص ٥٨ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

خامساً: أن القاضي الدستوري - بخلاف غيره من قضاة القضاء العادي أو القضاء الإداري - يتمتع بقدر واسع من السلطة التقديرية وهو بصدد تفسير النصوص الدستورية وتطبيقها بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لتلك النصوص التي تميزها عن سائر النصوص القانونية الأخرى، فالدستور ليس وثيقة قانونية فحسب، بل هو أيضاً وثيقة سياسية واقتصادية واجتماعية، وتبعاً لذلك، فإن القاضي الدستوري لا يلتزم عند تفسير النصوص الدستورية بالمعايير والضوابط المعتادة في تفسير النصوص القانونية، وإنما يتعين عليه دوماً - بالنظر لاختلاف طبيعة المنازعات الدستورية - أن يبحث عن معايير وضوابط مختلفة؛ لتفسير النصوص الدستورية وتطوير مفاهيمها، على نحو يجعل من الوثيقة الدستورية مواكبة ومتلائمة مع التطورات العصرية في مختلف المناحي السياسية والاجتماعية والاقتصادية، والقول بغير ذلك سوف يصيب الدستور بالجمود و يؤدي إلى سقوطه.¹

الفصل الأول

آليات التفسير الدستوري

تمهيد

¹ دكتور محمد فوزى نويجى: المرجع السابق: ص ١٩.

تتنوع آليات التفسير الدستوري وتفاوت باختلاف الأنظمة القانونية على حسب درجة الثقافة القانونية في كل من هذه الأنظمة،^١ فالغالب في مجال التفسير الدستوري أنه ليس هناك نتيجة صحيحة وأخرى خاطئة، بل هناك نتيجة أفضل ونتيجة أسوأ “very often there is no single right solution, just better or worse solutions”. ولذا فإن الدساتير غالباً ما تترك للقضاة المختصين - وهم بصدد تحديد مضمون النصوص الدستورية والوقوف على محتواها ونطاقها - سلطة الاختيار من بين مختلف الآليات في التفسير الدستوري؛ توصلاً إلى أفضل النتائج.^٢ وسوف نعرض في هذا الفصل لآليات التفسير

^١ على الرغم من تعدد آليات التفسير الدستوري، إلا أنه لا يوجد اجماع بين القضاة والفقهاء الدستوري حول أولوية أو أفضلية أي من هذه الآليات على غيرها.

- Arshakyan, op. cit. at ١٢٠١.

See Generally

- R. Randall Kelso, *Styles of Constitutional Interpretation and the Four Main Approaches to Constitutional Interpretation In American Legal History*, ٢٩ Val. U. L. Rev. ١٢١ (١٩٩٤).
- Robert C. Post, *THEORIES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, IN CONSTITUTIONAL DOMAINS: DEMOCRACY, COMMUNITY, MANAGEMENT* (Cambridge, Ma: Harvard University Press, ١٩٩٥).

Jakab, op. cit. at ١٢٢٧.

لا تتضمن الدساتير عادة نصوصاً تلزم القضاة باتباع آلية أو وسيلة بعينها في تفسير النصوص الدستورية؛ بغية تحديد مضمونها وتعيين نطاقها، وإن كان البعض من الدساتير الحديثة نسبياً قد اشتمل على نصوص توجب على القضاة الدستوري المختص تفسير نصوص الدستور، لاسيما تلك المتعلقة بالحقوق والحريات العامة في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان ومبادئه، ولعل من أهم الدساتير التي اعتنقت هذا الاتجاه الدستور الإسباني والدستور البرتغالي. وفي الاتجاه نفسه، ذهب القانون الأساسي المجري الصادر في عام ٢٠١١ في المادة R إلى وجوب تفسير جميع المواد التي يشملها القانون الأساسي في ضوء الغرض منها وفي ضوء الديباجة وما استقرت عليه المحكمة الدستورية في سوابقها القضائية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الدستوري التي اعتمدها كل من المحكمة الدستورية العليا في مصر والمحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، في إطار مبحثين متتاليين، كما يلي:

- المبحث الأول: آليات التفسير الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية.
- المبحث الثاني: نظريات التفسير الدستوري في قضاء المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية.

المبحث الأول

آليات التفسير الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية

يقصد بآليات التفسير الدستوري الوسائل التي يستعين بها المفسر؛ لفهم معاني النصوص الدستورية واستيعابها، ويرد الفقه والقضاء الدستوري في مصر هذه الآليات إلى نوعين: الآليات الداخلية في تفسير النصوص الدستورية والآليات الخارجية في تفسير النصوص الدستورية.¹

ويقصد بالآليات الداخلية الوسائل اللصيقة بالنص الدستوري، وهي وسائل تعتمد في استخلاص معنى النصوص الدستورية على ما ورد بها من عبارات ومصطلحات، وتتمثل في التفسير اللفظي والتفسير المنطقي. أما التفسير اللفظي فيقتضي رجوع المفسر إلى النص نفسه واستخلاص معناه من خلال دلالة ألفاظ النصوص وعباراتها وتراكيبها اللغوية والاصطلاحية،² فإن لم يستطع المفسر - من

¹ دكتور رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري، تطور الأنظمة الدستورية المصرية وتحليل النظام الدستوري في ظل دستور ١٩٧١، ١٩٩٩، ص ٣٦٨ وما بعدها

² دكتور مجدي مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة، ٢٠٠٣، ص ٤٣.

خلال التفسير اللفظي - أن يتبين معنى النص أو المقصود من القاعدة الدستورية، فإنه يتعين عليه أن يلجأ إلى ما يسمى بالتفسير المنطقي الذي يقوم على استخلاص المعنى من روح النص وفحواه.¹ هذا المعنى يمكن استخلاصه من خلال طرق عدة أهمها محاولة التقريب بين النصوص الدستورية التي تنتظمها وحدة الموضوع، وهو ما يسمى بالتفسير التكاملي.²

ويعتمد النوع الثاني من الآليات على مجموعة من العناصر الخارجية عن التشريع نفسه؛ للكشف عن المضمون الحقيقي للنص الدستوري، عند عدم تمكن المفسر من الوقوف على مضمون النص ونطاقه، بالاعتماد على وسائل التفسير الداخلي.³ ومن قبيل هذه الوسائل الخارجية التي اعتمد بها القضاء الدستوري في الكشف عن مضمون القواعد الدستورية ومحتواها الاستعانة بالأعمال التحضيرية والاعتماد على الحكمة من النص واللجوء إلى المصادر التاريخية أو التفسير في ضوء العوامل والاعتبارات الاجتماعية وهو ما يطلق عليه البعض التفسير المعاصر للنصوص الدستورية.⁴

¹ دكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٣٦٨.

² المرجع السابق، ص ٣٦٩.

تجدر الإشارة إلى أن استخلاص معنى النصوص الدستورية من خلال ما يسمى بالتفسير المنطقي لا يقتصر فقط على محاولة التقريب أو التنسيق بين النصوص المتعلقة بموضوع واحد، وإنما يمكن استخلاص مضمون النصوص وتعيين نطاقها من خلال وسائل أخرى كالاستنتاج بطريق القياس والاستنتاج من باب أولى والاستنتاج عن طريق مفهوم المخالفة.

انظر أيضاً دكتور مجدى مدحت النهري: المرجع السابق، ص ٥١.

³ دكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٣٦٩ وما بعدها.

⁴ دكتور مجدى مدحت النهري: المرجع السابق، ص ٥٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وسوف نعرض لكل من الآليات الداخلية والآليات الخارجية في التفسير الدستوري، من خلال المطلبين التاليين:

- المطلب الأول: الآليات الداخلية في تفسير النصوص الدستورية
- المطلب الثاني: الآليات الخارجية في تفسير النصوص الدستورية

المطلب الأول

الآليات الداخلية في تفسير النصوص الدستورية

تعتمد الآليات الداخلية في التفسير الدستوري - كما أشرنا - على ألفاظ النصوص وعبارتها، سواء أكان ذلك بشكل مباشر عن طريق التفسير اللفظي القائم على أساس استخلاص المعنى من خلال دلالة ألفاظ النصوص وعبارتها وتراكيبها اللغوية والاصطلاحية أم بشكل غير مباشر من خلال التفسير التكاملي القائم على أساس استخلاص المعنى من روح النصوص وفحواها، عن طريق التقريب والتنسيق بين النصوص الدستورية التي تنتظمها وحدة الموضوع.

وسوف نعرض لكل من التفسير اللفظي والتفسير التكاملي تباعاً في الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: آلية التفسير اللفظي.
- الفرع الثاني: آلية التفسير التكاملي.

الفرع الأول

آلية التفسير اللفظي

إن أول الآليات أو الوسائل التي يحتكم إليها القضاء الدستوري في استخلاص معنى النصوص الدستورية هي دلالة الألفاظ والعبارات الواردة بالنص الدستوري

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المراد تفسيره، على أساس أن الألفاظ والعبارات التي صاغ بها المشرع النص متى كانت واضحة وجلية المعنى هي أكبر دليل للوقوف على المقاصد التي تغياها المشرع من وراء إقراره حكم معين، وهذا الاتجاه في التفسير يطلق عليه في الفقه الانجليزي *the Literal Rule*، وفي الفقه الأمريكي *The Plain Meaning Rule*. فالأصل في النصوص الدستورية، كما أكدت المحكمة الدستورية العليا "أن يكون لكل نص منها مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يعزلها عن بعضها البعض، وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم تفسير النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها".¹

وقد استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا على ضرورة التقيد بصيغة النص الدستوري عند التفسير؛ لاستخلاص المضمون الحقيقي للنصوص الدستورية والوقوف على فحواها ونطاقها بوصفها أدل الوسائل؛ للتعرف على إرادة المشرع الدستوري، ورفضت الخروج عن حدود هذه المعاني أو الاحتكام إلى أي آليات أو وسائل أخرى في التفسير؛ لما قد يترتب على ذلك من استحداث حكم مغاير لمراد الشارع.² وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على أهمية التعويل على صيغة النص التشريعي، بوصفه اصدق الدلائل في التعرف على إرادة المشرع ونيتة بقولها "انه في مجال استظهار المقاصد التي رمى المشرع إلى بلوغها من وراء إقراره حكماً معيناً فان العبارة التي صاغ بها المشرع النص التشريعي ... هي

Jakab, op. cit. at 1231.

¹ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ م في القضية رقم (٢٢) لسنة (٨) قضائية "دستورية"، رقم الجزء (٥)، ص ٨٩.

² دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٥٩.

التي يتعين التعميل عليها ابتداءً، ولا يجوز العدول إلى سواها إلا إذا كان التقييد بحرفيتها يناقض أهدافاً واضحة و مشروعاً يسعى إليها المشرع.^١ وفي تأكيد المعنى نفسه، ذهبت المحكمة عينها إلى أن "الأصل في النصوص التشريعية هو ألا تحمل على غير مقاصدها وألا تفسر عباراتها بما يخرجها عن معناها أو بما يؤول إلى الالتواء بها عن سياقها أو يعتبر تشويهاً لها سواء بفصلها عن موضوعها أو بمجاوزتها الأغراض عن سياقها أو يعتبر تشويهاً لها سواء بفصلها عن موضوعها أو بمجاوزتها الأغراض المقصودة منها تقديراً بأن المعاني التي تدل عليها هذه النصوص والتي ينبغي الوقوف عندها هي تلك التي تعتبر كاشفة عن حقيقة محتواها مفصحة عما قصده المشرع منها مبينة عن حقيقة وجهته وغايته من إيرادها ملقبة الضوء على ما عناه بها."^٢

- تقديم المعنى الاصطلاحي للألفاظ على معناها اللغوي

إن الألفاظ الواردة بالنص الدستوري قد يكون لها معنيان: المعنى اللغوي، ويعنى معنى الألفاظ الواردة في النص في اللغة، والمعنى الاصطلاحي، وهو المعنى الذي يمكن أن يكون قد قصده المشرع الدستوري من وراء لفظ معين،^٣

^١ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ١٥ إبريل سنة ١٩٩٥، في طلب التفسير رقم (١) لسنة (١٦) قضائية "تفسير"، ص ٧٦٣. و انظر أيضاً المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٢٠ يونيو سنة ١٩٩٤، في القضية رقم (٣٤) لسنة (١٣) قضائية "دستورية"، الجزء (٦) ص ٣٠٢.

^٢ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٣ يوليو ١٩٩٥ م في القضية رقم (١) لسنة (١٧) قضائية "دستورية"، الجزء (١)، ص ٨٠٣.

٣

Frederick Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, ٢٩ UCLA Law Review, ٧٩٧, ٨٠١, ١٩٨٢. Frederick acknowledges that « there seem to be readily apparent differences between constitutional language and other legal language ... To construe its language too literally, or too much like the language in a conventional statute would be both unrealistic and inconsistent with its deeper purposes. In some ways, the Constitution is a metaphor. »

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

والاصل في استخدام هذه الآلية، تقديم المعنى الاصطلاحي للفظ على المعنى اللغوي "إذ أن المفروض أن المشرع عندما يستعمل ألفاظاً معينة إنما يستعملها في معناها الاصطلاحي، وليس في معناها اللغوي، إلا إذا قام الدليل على غير ذلك."^١ وفي حال تعدد المعاني الاصطلاحية للألفاظ المستخدمة، فإنه يتعين على القاضي الدستوري أن يتحرى عن قرينة؛ للوقوف على المعنى الحقيقي الذي قصده المشرع الدستوري من النص.^٢

الفرع الثاني آلية التفسير التكاملي

يقوم التفسير التكاملي على فكرة مفادها أن النصوص الدستورية لا يمكن أن يتعارض بعضها مع بعض، وإنما ترتبط فيما بينها ويكمل بعضها بعضاً؛ ضماناً لتحقيق المقاصد التي ترتبط بها،^٣ فيتعين على المفسر النظر إلى النصوص الدستورية بوصفها وحدة واحدة متكاملة ومتراصة، ثم يقارن ويفسر النصوص الدستورية في ضوء ضم بعضها إلى بعض لضمان حماية القيم والمثل العليا التي أقرها الدستور ووصولاً إلى حقيقة معاني النصوص الغامضة ومراميتها.^٤

^١ دكتور رمزي طه الشاعر: المرجع السابق ص ٣٦٨ وما بعدها.

المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٨ يوليو ٢٠٠٠ م في القضية رقم (١١) لسنة (١٣) قضائية "دستورية"، الجزء (٩)، ص ٦٦٧.

^٢ دكتور رمزي طه الشاعر: المرجع السابق ص ٣٦٩.

^٣ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ م في القضية رقم (١١٦) لسنة (١٨) قضائية "دستورية"، الجزء (٨)، ص ٧٨٩.

^٤ دكتور محمد فوزي نويجي: المرجع السابق، ص ٥١ - ٥٤ و ص ٧٠.

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر ضرورة الأخذ بهذه الآلية في التفسير، إذا لم تسعف دلالات الألفاظ الواردة بالنص الدستوري في جلاء الغموض الذي يشوبه بقولها أن غموض النص "لا يجوز أن يحول بين هذه المحكمة وبين مباشرة ولايتها في مجال أعمال النصوص الدستورية، إذ هي التي تقوم من خلال تفسيرها على ربطها ببعض على ضوء المقاصد الحقيقية التي ابتغاها الدستور منها، وبما يرد عنها الغموض، بما مؤداه أن النصوص الدستورية جميعها غير مستعصية على التحديد من ناحية، وأنه يتعين من ناحية أخرى أن يكون لكل منها مجال يعمل فيه متكاملًا في ذلك مع غيره من النصوص".^١

وقد أكدت المحكمة في حكم آخر لها هذا المعنى بقولها إن "الأصل في النصوص الدستورية أنها تؤخذ باعتبارها متكاملة، وأن المعاني التي تتولد عنها يتعين أن تكون مترابطة فيما بينها بما يرد عنها التنافر أو التعارض. هذا بالإضافة إلى أن هذه النصوص إنما تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً متماسكاً بما مؤداه أن يكون لكل نص منها مضمون محدد مستقل به عن غيره من النصوص استقلاً لا يعزلها عن بعضها البعض، وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم تفسير النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها...^٢

^١ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ م في القضية رقم (٧) لسنة (٨) قضائية "دستورية"، الجزء (٢)، ص ٢٦٠.

^٢ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ م في القضية رقم (٢٢) لسنة (٨) قضائية "دستورية"، الجزء (٥)، ص ٨٩.

ومن التطبيقات الأخرى للتفسير التكاملي حكم المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٢ يناير ١٩٩٩ م في القضية رقم (١٥) لسنة (١٨) قضائية "دستورية"، الجزء (٩)، ص ١٣٣. إذ انتهت المحكمة الدستورية العليا في هذه الدعوى إلى عدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٥٤ لسنة ١٩٨١ بإضافة بند جديد إلى المادة (٣٤) من قانون حماية القيم من العيب الصادر بالقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ معللة ذلك بأن "نصوص الدستور لا تتعارض أو تتهادم أو تتنافر فيما بينها، ولكنها تتكامل في إطار الوحدة العضوية التي تنظمها من خلال التوفيق بين مجموع أحكامها وربطها بالقيم العليا التي تؤمن بها الجماعة في مراحل تطورها المختلفة. ويتعين دوماً أن يعتد بهذه النصوص بوصفها متآلفة فيما بينها لا تتماهى أو تتآكل، بل تتجانس معانيها وتتضافر توجهاتها، ولا محل بالتالي مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

والأخذ بالمفهوم التكاملي لتفسير النصوص الدستورية ذات الصلة بالحقوق والحريات الأساسية له تطبيقات عديدة في قضاء المحكمة الدستورية العليا المصرية، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما تضمنته من أنه "وفيما عدا هؤلاء من أقارب المستأجر نسباً حتى الدرجة الثالثة، يشترط لاستمرار عقد الإيجار، إقامتهم في المسكن مدة سنة على الأقل سابقة على وفاة المستأجر أو تركه للعين أو مدة شغله للمسكن أيهما أقل" لانتوائه على قيود غير مبررة على حق مالكي الأعيان المؤجرة في استغلالها واستعمالها وبفرغ الاجارة من حقيقتها".^١ وقد اعتمدت المحكمة في تحديدها لمضمون حق الملكية وتعيين نطاقه على فكرة التفسير التكاملي، فذهبت إلى تفسير حق الملكية في ضوء عدد من النصوص الدستورية الأخرى، كنص المادة ٤٠،٧،٣٢ وأكدت على أن النظام الاشتراكي الديمقراطي ومبدأي العدالة الاجتماعية والتضامن الاجتماعي التي تبناها

لقالة إلغاء بعضها البعض بقدر تصادمها، ذلك أن إنفاذ الوثيقة الدستورية وفرض أحكامها على المخاطبين بها، يفترض العمل بها في مجموعها، باعتبار أن لكل نص منها مضموناً ذاتياً لا ينزعل به عن غيره من النصوص أو ينافيها أو يسقطها، بل يقوم إلى جوارها متسانداً معها، مقيداً بالأغراض النهائية والمقاصد الكلية التي تجمعها. وإذا كان الدستور قد نص في المادة (٦٥) منه على خضوع الدولة للقانون، دالاً بذلك على أن الدولة القانونية هي التي تتقيد في كافة مظاهر نشاطها - وأياً كانت طبيعة سلطاتها - بقواعد قانونية تعلو عليها، وتكون بذاتها ضابطاً لأعمالها وتصرفاتها في أشكالها المختلفة، باعتبار أن ممارسة السلطة لم تعد امتيازاً شخصياً لأحد ولكنها تُبأثر نيابة عن الجماعة ولصالحها؛ ومن ثم فقد أضحي مبدأ خضوع الدولة للقانون مقترناً بمبدأ مشروعية السلطة هو الأساس الذي تقوم عليه الدولة القانونية. متى كان ذلك وكان الدستور يؤكد في المادة (٧٣) منه مسؤولية رئيس الجمهورية عن احترام الدستور وسيادة القانون ورعاية الحدود بين السلطات فإنه إذا ما قرر ملاءمة إصدار قرار بقانون لمواجهة أحد الأخطار التي أشارت إليها المادة (٧٤) من الدستور فإن هذه السلطة تكون مقيدة بالضوابط المقررة لممارسة هذا الاختصاص التشريعي الاستثنائي وأخصها تلك التي تضمنتها المادة (١٤٧) من الدستور، ذلك أن ما تقرره المادة (٧٤) من سلطات لرئيس الجمهورية لمواجهة الأخطار المشار إليها فيها، لا يعنى الترخيص في تجاوز الضوابط والخروج على القيود التي تضمنتها مبادئ الدستور الأخرى وفي مقدمتها ألا تمارس السلطة التنفيذية شيئاً من الوظيفة التشريعية إلا على سبيل الاستثناء وفي الحدود الضيقة التي أجاز فيها الدستور ذلك في المادة (١٤٧) منه".

^١ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٢ أغسطس ١٩٩٧ م في القضية رقم (١١٦) لسنة (١٨٨) قضائية "دستورية"، الجزء (٨)، ص ٧٨٩.

دستور ١٩٧١ في المواد السالف الإشارة إليها لا يمكن أن تتناقض حق الملكية أو تفرغه من مضمونه أو تنتقص من حرمة، وخصوصاً في نطاق العلاقات الإيجارية، فلك المصالح وإن كانت مصالح مشروعة من حيث الأصل، إلا أنه لا يجوز للمشرع وهو بصدد استعمال سلطته التقديرية في تنظيم الحقوق والحريات أن يتخذها سبباً في سلب حق الملكية أو تعطيل بعض جوانبها^١. وأكدت المحكمة ذلك بقولها أن "الملكية - كما يتفرع عنها من الحقوق - ينبغي أن تخلص لأصحابها، فلا يُنقَضُ المشرع على أحد عناصرها، ليقم بنيانها على غير القواعد التي تنهياً بها لوظيفتها الاجتماعية أسبابها. ولئن جاز القول بأن لكل حق وظيفة يعمل في إطارها ليتحدد مداه على ضوءها، إلا أن لكل حق كذلك دائرة لا يجوز اغتيالها حتى يظل الانتفاع به ممكناً، وكلما فرض المشرع على الحق قيوداً جائرة تتال من جدواه، فلا يكون بها إلا هشيماً، فإن التذرع بأن لهذه القيود دوافعها من وظيفته الاجتماعية، يكون لغواً. وحيث أن التكامل بين النصوص الدستورية، مؤداه امتناع تعارضها وتماحيها، وتجانسها لا تهاترها، ضماناً لتحقيق المقاصد التي ترتبط بها، فلا يكون أحدها ناسخاً لسواه"^٢.

^١ المحكمة الدستورية العليا، القضية السابقة.

^٢ المحكمة الدستورية العليا، القضية السابقة.

انظر أيضاً حكم المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٩ ديسمبر ٢٠٠١ م في القضية رقم (٥) لسنة (٢٢) قضائية "دستورية"، الجزء (١١)، ص ٤٨. وانظر أيضاً حكم المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٧ يوليو ٢٠٠٢ م في القضية رقم (٢٠٦) لسنة (١٩) قضائية "دستورية"، الجزء (١٠)، ص ٥٤٢ والتي أخذت فيها المحكمة بمفهوم التفسير التكاملي لنصوص الدستور حيث ذهبت إلى "أن مودى المواد (٤، ٢٣، ٢٥) من الدستور أن الأساس الاقتصادي للدولة هو النظام الاشتراكي القائم على الكفاية والعدل الذي يحول دون الاستغلال ويحمي الكسب المشروع، ويتم تنظيمه وفقاً لخطة تنمية شاملة تكفل زيادة الدخل القومي وعدالة التوزيع وصولاً إلى رفع مستوى معيشة المواطن الذي ينال نصيبه في الناتج القومي وفقاً لما يقدمه من جهد أو بحسب ملكيته غير المستغلة. إلا أن التزام المشرع بهذه المبادئ لا يعني تجاوزه الضوابط التي قررها الدستور في المادتين (٣٢، ٣٤) لصون حرمة المال الخاص وحمايته والحث على استثماره في شتى المجالات، بما يدفع حركة الاقتصاد القومي ويوفر أهم أدوات التنمية. ولم يعد مقبولاً النيل من عناصر المال الخاص أو الحد من نشاطه أو تعيق الحقوق التي تنفرع عنه في غير ضرورة تقتضيها وظيفته الاجتماعية".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

ومن التطبيقات الأخرى للتفسير التكاملي في مجال الحقوق والحريات الأساسية ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا بخصوص حق النقاضي، عندما حكمت بعدم دستورية نص المادة (١) من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٨٣. فيما تضمنه من إطلاق اختصاص لجنة ضباط القوات المسلحة المنعقدة بصفة هيئة قضائية دون غيرها بالنظر في المنازعات الإدارية الخاصة بالقرارات النهائية المصدق عليها من وزير الدفاع التي تصدرها مجالس المعاهد العسكرية المعدة لتخريج الضباط العاملين بالقوات المسلحة في شأن الطلاب المقيدين. إذ ذهبت المحكمة في تلك الدعوي إلى تفسير نص المادة ١٨٣ من الدستور المتعلقة بتنظيم القضاء العسكري في ضوء غيرها من المواد الأخرى المقررة لحق النقاضي واستقلال السلطة القضائية ومبدأ خضوع الدولة للقانون واستقلال مجلس الدولة بالفصل في المنازعات الإدارية بوصفه القاضي الطبيعي للفصل في تلك المنازعات، وانتهت تأسيساً على ذلك إلى أن سلطة المشرع بموجب نص المادة ١٨٣ من الدستور في تنظيم القضاء العسكري ليست بالسلطة المطلقة، بل هي مقيدة بعدم الخروج عن نصوص الدستور، لاسيما التي تضمنتها المواد (٤٠، ٦٨، ١٦٥، ١٧٢) "ويتعين على المشرع التأليف بينها في مجموعها، وبما يحول دون تناقضها فيما بينها أو تهادمها".

المطلب الثاني

الآليات الخارجية في تفسير النصوص الدستورية

يقصد بالآليات الخارجية في تفسير النصوص الدستورية الوسائل الخارجة عن النص الدستوري التي يمكن للمفسر الاستئناس بها عند قصور الوسائل الداخلية

^١ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٩ سبتمبر ٢٠٠٠ م في القضية رقم (٢٢٤) لسنة (١٩) قضائية "دستورية"، الجزء (٩)، ص ٧٠٩.

^٢ المحكمة الدستورية العليا، القضية السابقة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

في تحديد المعنى الحقيقي لنصوص الدستور أو التعرف على حقيقة ما قصده المشرع الدستوري من الألفاظ المستخدمة بسبب الغموض الذي قد يكتنف النص نفسه أو بعض مصطلحاته أو لتعدد المعاني التي قد يحملها النص الدستوري.

ومن أهم الآليات الخارجية التي اعتمدها المحكمة الدستورية العليا لإجلاء الغموض عن النصوص الدستورية واستنباط ما تنطوي عليه من أحكام الاستعانة بالحكمة من النص والأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية والعوامل والظروف الاجتماعية من خلال ما يسمى بالتفسير المعاصر للدستور، وسوف تعالج هذه الآليات تباعاً في الفروع الأربعة التالية:

- الفرع الأول: التفسير في ضوء الحكمة من النص.
- الفرع الثاني: التفسير في ضوء الأعمال التحضيرية.
- الفرع الثالث: التفسير في ضوء المصادر التاريخية.
- الفرع الرابع: التفسير في ضوء العوامل والظروف الاجتماعية (التفسير المعاصر للدستور).

الفرع الأول التفسير في ضوء الحكمة من النص

يقصد بالحكمة من النص الغرض أو الغاية التي استهدفها المشرع الدستوري من تقرير الحكم الذي ينطوي عليه النص. وتعتبر هذه الغاية عن المصالح والأهداف التي استهدف المشرع تحقيقها أو المفاصد التي استهدف دفعها،¹ فمن خلال التعرف على الحكمة من النص والغاية التي قصدها المشرع الدستوري من وضعه، يستطيع القاضي استجلاء مضمون النصوص الدستورية واستيعاب معانيها ومراميها، على الرغم مما قد يكتنف ألفاظها من غموض.

¹ دكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٣٧٣ .

انظر أيضاً دكتور علي خطار شنطاوي، تفسير المجلس العالي للنصوص الدستورية، مجلة دراسات / الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٧، ص. ١٦
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في عدد من أحكامها ضرورة الرجوع إلى الحكمة من النص ووضعها في الحسبان عند تفسير النصوص الدستورية بقولها إنه "لا يجوز تفسير النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها".¹

وتطبيقاً لذلك، أوضحت المحكمة وهي بصدد تفسير وتحديد المقصود بعبارة "القوانين المكتملة للدستور" أن غموض هذه العبارة سواء لعدم اقترانها بما يساعد على توضيح معناها في الدستور ذاته أو الأعمال التحضيرية أو لعدم وجود مقابل لها في الدساتير المصرية السابقة ينبغي ألا "يحول بين هذه المحكمة وبين مباشرة ولايتها في مجال إعمال النصوص الدستورية، إذ هي التي يقوم من خلال تفسيرها على ربطها ببعض على ضوء المقاصد الحقيقية التي ابتغاها الدستور منها، وبما يرد عنها الغموض، بما مؤداه أن النصوص الدستورية جميعها غير مستعصية على التحديد من ناحية، وأنه يتعين من ناحية أخرى أن يكون لكل منها مجال يعمل فيه، متكاملًا في ذلك مع غيره من النصوص".²

وقد اعتمدت المحكمة على تلك الآلية في التفسير الدستوري حديثاً في الطعن المقدم ضد الحكم الصادر من محكمة النقض (دائرة طعون رجال القضاء) بالزام السيد المستشار رئيس المحكمة الدستورية العليا بتقديم بيان رسمي عن جميع ما يتقاضاه والسادة المستشارين نوابه وأعضاء هيئة المفوضين بالمحكمة من راتب أساسي وما يرتبط به من بدلات وحوافز، وكافة المزايا العينية التي يحصل عليها أو قيمتها المالية، وانتهت المحكمة إلى أن الحكم المطعون فيه والصادر من محكمة النقض هو حكم صادر في غير ولايتها، ومن ثم يفتقد الحجية أمام

¹ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ م في القضية رقم (٢٢) لسنة (٨) قضائية "دستورية"، الجزء (٥)، ص ٨٩. انظر أيضاً المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٨ يوليو ٢٠٠٠ م في القضية رقم (١١) لسنة (١٣) قضائية "دستورية"، الجزء (٩)، ص ٦٦٧.

² المحكمة الدستورية العليا في جلسة ١٥ مايو ١٩٩٣ م في القضية رقم (٧) لسنة (٨) قضائية "دستورية"، الجزء (٥)، ص ٢٦٠.

المحكمة الدستورية العليا صاحبة الاختصاص الوحيد للفصل في هذا الشأن.^١ وقد بينت المحكمة جلياً في حكمها أن استقلال النصوص الدستورية المنظمة للمحكمة الدستورية العليا وانفصالها عن غيرها من النصوص المنظمة للجهات القضائية الأخرى يؤكد "مقصد المشرع الدستوري في تأكيد استقلال المحكمة الدستورية العليا عن السلطة القضائية بجهتيها، وكذلك الهيئتين القضائيتين اللتين وردتا بالفصل الخامس من الباب الخامس من الدستور، هذا الاستقلال الذي أفصحت عنه القوامة الذاتية للمحكمة الدستورية العليا والتي انبثقت عنها كافة الأحكام التي وردت بشأنها في الدستور، سواء ما تفردت به عن جهتي القضاء والهيئتين القضائيتين الآخرين، أو ما تماثلت فيه معها. وما أحيل فيه بشأنها إلى حكم ورد في الباب الخاص بالسلطة القضائية، ذلك أن القول بغير ما تقدم، لازمه تناقض أحكام الدستور مع منهجه في شأن استقلال السلطات المكونة لنظام الحكم عن بعضها، دون الإخلال بتكاملها وتوازنها، وهو ما تنتزه عنه نصوص الدستور بالضرورة."^٢

وفي مجال الحقوق والحريات، ذهبت المحكمة الدستورية العليا إلى عدم دستورية نص المادة ١٥ من قانون المحاماة التي تحظر على كل من ولى وزارة، أو عمل مستشاراً أو أستاذاً بالقانون لدي إحدى الجامعات المصرية ممارسة المحاماة إلا أمام محكمة النقض ومحاكم الاستئناف والجنايات والقضاء الإداري دون غيرها من المحاكم الجزئية والابتدائية؛ لما تنطوي عليه من إنكار ضمانات الدفاع و تقييدها بما يخرجها عن الأغراض المقصودة منها، علي نحو يناقض ما كفلته النصوص الدستورية (٦٧-٦٨-٦٩-٧١) المتعلقة بكفالة حق الدفاع وحق

^١ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٢٤ فبراير ٢٠١٥ م في القضية رقم (١) لسنة (٣٧) قضائية "طلبات أعضاء". والتي انتهت المحكمة فيها إلى عدم الاعتداد بحكم " دائرة طعون رجال القضاء " بمحكمة النقض في الطعن المقيد برقم ٣٨٣ لسنة ٨٤ قضائية الصادر بجلاسة ٢٣/١٢/٢٠١٤ .

^٢ المحكمة الدستورية العليا، القضية السابقة.

المتقاضين في اختيار من يولونهم تقتهم من المحامين.¹ وقررت المحكمة بناء على ما تقدم أن "الأصل في الحقوق التي كفلها الدستور أنها لا تتمايز فيما بينها، ولا ينظمها تدرج هرمي يجعل بعضها أقل شأناً من غيرها أو في مرتبة أدنى منها، بل تتكافأ في أن لكل منها مجالاً حيويّاً لا يجوز اقتحامه بالقيود التي تفرضها النصوص التشريعية، وكان هذا المجال يتحدد بالنسبة إلى الحقوق التي نص عليها الدستور في صلبه على ضوء طبيعة كل حق منها، وبمراعاة الأغراض النهائية التي قصد الدستور إلى تحقيقها من وراء إقراره، وفي إطار الرابطة الحتمية التي تقوم بين هذا الحق وغيره من الحقوق التي كفلها الدستور باعتباره مدخلاً إليها أو معزراً لها أو لازماً لصونها، وكان إنكار حق الشخص في أن يختار من المحامين من يقدر تميزه في الدفاع عن المصالح التي يتوخى تأمينها والدود عنها، لا يتمحض عن مصلحة مشروعة بل هو سعى إلى نقيضها، باعتبار أن فعالية ضمانة الدفاع ينافيها ما قرره النص المطعون فيه من حرمان فئة بذاتها من المحامين الأصل أن تتوافر لها الخبرة العريضة والإحاطة بفروع القانون المختلفة مع تعمقها."²

وقد اعتمدت المحكمة على الغاية من النص الدستوري في استخلاص عدد من الحقوق والمبادئ التي لم تتضمنها النصوص الدستورية، فذهبت إلى استخلاص الحق في رجعية القانون الأصلح للمتهم من مفهوم الحرية الشخصية ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات التي يكفلهما دستور ١٩٧١، على الرغم من عدم النص عليه صراحة في الدستور بقولها "ولئن كان الدستور لا يتضمن بين أحكامه مبدأ رجعية القوانين الأصلح للمتهم، إلا أن القاعدة التي يركز عليها هذا المبدأ تفرضها المادة (٤١) من الدستور التي تقرر أن الحرية الشخصية حق طبيعي

¹ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ١٦ مايو ١٩٩٢ م في القضية رقم (٦) لسنة (١٣) قضائية "دستورية"، الجزء (٥)، ص ٣٤٤.

² المحكمة الدستورية العليا، القضية السابقة.

وأنها مصنونة لا تمس؛ ذلك أن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة وما اتصل به من عدم جواز تقرير رجعية النصوص العقابية، غايته حماية الحرية الفردية وصونها من العدوان عليها في إطار من الموازنة بين موجباتها من ناحية، وما يعتبر لازماً لحماية مصلحة الجماعة والتحوط لنظامها العام من ناحية أخرى. وفي إطار هذه الموازنة وعلى ضوءها، تكون رجعية القوانين الأصلح للمتهم ضرورة حتمية يقتضيها صون الحرية الفردية بما يرد عنها كل قيد غداً تقريره مفتقراً إلى أية مصلحة اجتماعية، ويتحقق ذلك بوجه خاص حين ينتقل القانون الجديد بالفعل كلية من منطقة التجريم إلى دائرة الإباحة، وهي الأصل، مقررأ أن ما كان مؤثماً لم يعد كذلك، وأن الفلسفة التي كان القانون القديم ينطلق منها ويعاقب على كل فعل يناقضها قد أسقطتها فلسفة جديدة اعتنقتها الجماعة في واحد من أطوار تقدمها بما مؤدها انتفاء الضرورة الاجتماعية الكامنة وراء انفاذ أحكامه، وحمل المخاطبين بها على الرضوخ لها...".

الفرع الثاني

التفسير في ضوء الأعمال التحضيرية

ينصرف مفهوم الأعمال التحضيرية إلى مجموعة الأعمال التي صاحبت إعداد وصياغة وإصدار الوثيقة الدستورية، كالوثائق والمستندات والمناقشات ومحاضر اللجنة التأسيسية، فمن خلال هذه المصادر يمكن للمفسر التعرف على المعنى الذي قصدته واضعو الدستور، ومن ثم يقف على المعنى الحقيقي للنص،^١ على أن هذه الأعمال التحضيرية لا تعد ملزمة للقاضي الدستوري وهو بصدده

^١ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٧ نوفمبر ١٩٩٢ م في القضية رقم (١٢) لسنة (١٢) قضائية "دستورية"، ص ٦٨.

^٢ دكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق ص ٣٧٤.

انظر أيضاً، دكتور علي خنار شطاوي: المرجع السابق، ص ١٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

تفسير النصوص الدستورية لأن الإلزام مقصور فقط على ما ورد في الدستور من أحكام، وتلك الأعمال لا تعد جزء من الدستور ولا تأخذ حكمه.^١

وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا أهمية الرجوع إلى الأعمال التحضيرية في مجال التفسير التشريعي عموماً لإجلاء ما قد يكتنف النصوص القانونية من غموض بقولها "إن إعمال هذه المحكمة لسلطتها في مجال التفسير التشريعي يقتضيها ألا تعزل نفسها عن إرادة المشرع، بل عليها أن تستظهر هذه الإرادة مستعينة في ذلك- على ما جري قضاء هذه المحكمة - بالأعمال التحضيرية الممهدة لها، سواء أكانت هذه الأعمال قد سبقتها أم عاصرتها، على أساس أن ذلك كله مما يعينها على استخلاص مقاصد المشرع التي يفترض في النص محل التفسير أنه يعكسها معبراً بأمانة عنها..."^٢

^١ دكتور مجدي مدحت النهري: المرجع السابق، ص ١٠٥-١٠٦.

^٢ المحكمة الدستورية العليا في ٣٠ يناير سنة ١٩٩٣م في طلب التفسير رقم (١) لسنة (١٥) "تفسير تشريعي"، ص ٢٧٧.

انظر أيضاً حكم المحكمة الدستورية العليا في ٨ يوليو سنة ٢٠٠٠ م في القضية رقم (١١) لسنة (١٣) قضائية "دستورية"، الجزء (٩)، ص ٦٦٧. اعتمدت المحكمة الدستورية العليا على الأعمال التحضيرية؛ للوقوف على المقصود من عبارة "على أن يتم الاقتراع تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية" الواردة في نص المادة ٨٨ من دستور ١٩٧١، وتحديد ما إذا كان الإشراف القضائي يقتصر على اللجان الرئيسية أم يشمل اللجان الفرعية أيضاً. فذهبت إلى "أن البين من الاطلاع على محاضر أعمال اللجنة التحضيرية لمشروع الدستور، أن لجنة الإدارة المحلية والقوانين الأساسية ناقشت في اجتماعها المعقود في ١٩٧١/٦/٢٦ بعض المبادئ بشأن عملية الانتخاب، وأوضح رئيس اللجنة أنها تبدأ اجتماعها هذا " بنظر المبدأ الرابع الخاص بالتصويت والضمانات القانونية والفعلية التي تكفل عدم تزوير الانتخابات"، وأشار رئيس اللجنة إلى أن المطلوب الوصول إلى أفضل الضمانات التي تكفل عدم تزوير الانتخابات، بحيث تجى معبرة تماماً عن رغبات الجماهير، وبلور المقترحات التي نوقشت في مبادئ عرضها على أعضاء اللجنة لإبداء الرأي فيها، ومن بين المبادئ التي وافقت عليها اللجنة: "عدم إجراء الانتخابات في القطر كله دفعة واحدة، بل من المستحسن تقسيم القطر إلى مناطق تتم فيها الانتخابات في فترات متتالية لأحكام السيطرة عليها ومنع التدخل فيها، والارتفاع بمستوى رؤساء اللجان الفرعية واختيارهم من بين أعضاء الهيئات القضائية ما أمكن، وتحويل القضاء سلطة النظر في الطعون الانتخابية بسرعة وبلا رسوم وبدون محام". ثم جاء تقرير اللجنة التحضيرية لإعداد مشروع الدستور الدائم - والذي عرض على مجلس الشعب - عن المبادئ الأساسية لمشروع الدستور، متضمناً صياغة المبدأ الذي تقرر في هذا الشأن بالنص التالي: " ينظم القانون الانتخاب والاستفتاء بما يضمن أن يتم تحت إشراف جهة قضائية". وقد أفرغ هذا المبدأ في نص المادة ٨٨ المشار إليها. ومفاد هذا النص الدستوري، أمران: أولهما: أن المشرع الدستوري فوض المشرع العادي في تحديد الشروط مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الفرع الثالث التفسير في ضوء المصادر التاريخية

من قبيل الآليات الأخرى التي قد يستأنس بها القاضي؛ لاستجلاء المضمون الحقيقي لنصوص الدستور والتعرف على قصد الشارع المصادر التاريخية التي استقى منها المشرع الدستوري أحكام الدستور^١. من ذلك مثلاً أن يلجأ القاضي الدستوري إلى دساتير وطنية سابقة كانت قد تضمنت أحكاماً مماثلة أو أعمالها التحضيرية لاستيضاح إرادة الشارع الدستوري أو أن يلجأ إلى القانون المقارن باعتباره المصدر الذي اشتق منه النص الوطني؛ للوقوف على المعنى الحقيقي له^٢.

الواجب توافرها في عضو مجلس الشعب، كما فوضه أيضاً في بيان أحكام الانتخاب والاستفتاء وكل منهما يتضمن مراحل متعددة؛ وثانيهما: أنه يشترط بنص قاطع الدلالة لا يحتمل لبساً في تفسيره أن يتم الاقتراع - وهو مرحلة من مراحل الانتخاب والاستفتاء - تحت إشراف أعضاء من هيئة قضائية، فليس ثمة تفويض من الدستور للمشرع العادي في هذا الشأن، وإنما يتعين عليه أن يلتزم بهذا القيد الدستوري."

^١ دكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٣٧٥.

انظر في المعنى نفسه دكتور مجدي مدحت النهري، المرجع السابق، ص ١٠٥-١٠٦.

^٢ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٩ مايو ١٩٨١م في القضية رقم (١٥) لسنة (١) قضائية "دستورية"، الجزء (١)، ص ٢٨٨ وما بعدها.

راجع أيضاً المحكمة العليا في جلسة ٣ إبريل سنة ١٩٧٦م في القضية رقم (١١) لسنة (٥) قضائية "دستورية" الجريدة الرسمية ١٣ مايو سنة ١٩٧٦، العدد (٢٠). إذ ذهبت المحكمة العليا إلى عدم دستورية المادة (١١٩) من القانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٤ المعدل بالقانون رقم ٣١ لسنة ١٩٦٨ في شأن شروط الخدمة والترقية لضباط الشرف والمساعدين وضباط الصف والجنود في القوات المسلحة فيما نصت عليه من اعتبار أو أمر الاستغناء عن خدمة المتطوعين الصادرة استناداً إلى أحكامها نهائية لا تقبل الطعن أو المراجعة لمخالفتها نص المادة ٦٨ من الدستور والتي تكفل حق النقاضي وتحظر النص في القوانين على تحصيل أي عمل أو قرار إداري من رقابة القضاء. فذهبت المحكمة إلى أن نص المادة ٦٨ من الدستور "جاء كاشفاً للطبيعة الدستورية لحق النقاضي ومؤكداً لما أقرته الدساتير السابقة ضمناً من كفاية هذا الحق للأفراد حين خولتهم حقوقاً لا تقوم ولا توتّي ثمارها إلا بقيامه، باعتباره الوسيلة التي تكفل حماية تلك الحقوق والتمتع بها ورد العدوان عنها، وباعتباره حقاً من الحقوق العامة بالنظر إلى ما يترتب على حرمان طائفة معينة منه مع تحقق مناهة - وهو قيام المنازعة في حق من حقوق أفرادها - من إهدار لمبدأ المساواة بينهم وبين غيرهم من المواطنين الذين لم يحرّموا هذا الحق، وهو المبدأ الذي كفلته مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وأخذاً بهذه الآلية، اعتمدت المحكمة الدستورية العليا على الأعمال التحضيرية لدستور ١٩٢٣؛ لاستجلاء المضمون الحقيقي للنصوص المتعلقة بحرية العقيدة وتعيين نطاقها موضحة ذلك بقولها "ومن حيث إنه يبين من استقصاء النصوص الخاصة بحرية العقيدة في الدساتير المصرية المتعاقبة أنها بدأت في أصلها بالمادتين الثانية عشرة والثالثة عشرة من دستور سنة ١٩٢٣ وكانت أولاهما تنص على أن حرية العقيدة مطلقة، وكانت الثانية تنص على أن تحمي الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعادات المرعية في الديار المصرية على ألا يخل ذلك بالنظام العام ولا يناهز الآداب. وتفيد الأعمال التحضيرية لهذا الدستور أن النصين المذكورين كانا في الأصل نصاً واحداً اقترحت له لجنة وضع المبادئ العامة للدستور مستهدية بمشروع للدستور أعده وقتئذ لورد كيرزون وزير خارجية إنجلترا التي كانت تحتل مصر وكان يجري على النحو الآتي:- "حرية الاعتقاد الديني مطلقة، فلجميع سكان مصر الحق في أن يقوموا بحرية تامة علانية أو في غير علانية بشعائر أية ملة أو دين أو عقيدة ما دامت هذه الشعائر لا تتنافى النظام العام أو الآداب العامة"، وقد أثار هذا النص معارضة شديدة من جانب أعضاء لجنة الدستور لأنه من العموم والإطلاق بحيث يتناول شعائر الأديان كافة في حين أن الأديان التي تجب حماية شعائرها هي الأديان المعترف بها وهي الأديان السماوية الثلاثة الإسلام والمسيحية واليهودية واستقر الرأي على أن يكون النص مقصوراً على شعائر هذه الأديان فحسب فلا يسمح باستحداث أي دين وصيغ النص مجزأ في المادتين الثانية عشرة والثالثة عشرة اللتين تقدم ذكرهما وتضمنت الأولى النص على حرية العقيدة وتضمنت الثانية النص على حرية القيام

المادة (٣١) من دستور ١٩٥٦، والمادة (٧) من دستور ١٩٥٨، والمادة (٢٤) من دستور ١٩٦٤، والمادة (٤٠) من دستور ١٩٧١. وفي ذات الدعوى استندت المحكمة في تحديد مفهوم الرقابة على الدستورية ونطاقها - للرد على دفاع الحكومة القائم على أساس أن دستور ١٩٧١ لا يطبق بأثر رجعي على المنازعات المتعلقة بدستورية القوانين التي صدرت قبل العمل به - إلى ما هو مستقر عليه في الأنظمة القانونية ذات الدساتير الجامدة التي أخذت بنظام الرقابة على الدستورية بقولها "إن رقابة دستورية القوانين - منذ عرفت في الدول ذات الدساتير الجامدة - إنما تستهدف - أصلاً - صون الدستور القائم وحمايته من الخروج على أحكامه باعتبار أن نصوص هذا الدستور تمثل دائماً القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين مراعاتها وإهدار ما يخالفها من التشريعات بوصفها أسى القواعد الأمرة".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

بشعائر الأديان والعقائد... و... وظل هذان النصان قائمين حتى ألغى دستور سنة ١٩٢٣ وحل محله دستور سنة ١٩٥٦ وهو أول دستور للثورة فأدمج النصين المذكورين في نص واحد تضمنته المادة (٤٣) وكان يجرى على النحو الآتي: "حرية الاعتقاد مطلقة وتحمى الدولة حرية القيام بشعائر الأديان والعقائد طبقاً للعبادات المرعية على ألا يخل ذلك بالنظام العام أو ينافي الآداب" ثم تردد هذا النص في دستور سنة ١٩٥٨ (في المادة ٤٣) ثم دستور سنة ١٩٦٤ (في المادة ٣٤) واستقر أخيراً في المادة (٤٦) من الدستور القائم ونصها "تكفل الدولة حرية العقيدة وحرية ممارسة الشعائر الدينية".^١

الفرع الرابع التفسير في ضوء العوامل والظروف الاجتماعية (التفسير المعاصر للدستور).

يقصد بالتفسير المعاصر للدستور إصباح النصوص الدستورية بتفسيرات معاصرة على نحو يستجيب للتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية في المجتمع حتى تكون قادرة على استيعاب جميع الفروض العملية المستجدة والمتطورة، ويقوم هذا الاتجاه في التفسير على أساس أن الدستور عمل منفتح ووثيقة تقدمية أو كما عبر عن ذلك بعض الفقهاء "الدستور ليس يقالب جامد أصم يفتقد الصلاحية والقابلية المستمرة للتطبيق، وإنما على العكس تعبيراً عن الحقائق الخالدة والحية..."^٢ ويقتضي التفسير المعاصر للدستور أن يضع المفسر في

^١ المحكمة العليا في جلسة ١ مارس ١٩٧٥ م في القضية رقم (٧) لسنة (٢) قضائية "دستورية"، الجزء (١٥)، ص ٢٢٨.

^٢ دكتور مصطفى عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الديساتير المعاصرة، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة ١٩٩٠، ص ٤٠.

راجع المعنى نفسه دكتور رمزي طه الشاعر: المرجع السابق، ص ٣٧٦ و ما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

حسابه عدد من العوامل الاجتماعية السائدة في المجتمع "كالشعور الاخلاقي والتكوين السياسي والاقتصادي والوعي القانوني بصفة عامة" لما لها من دلالة على الاتجاهات والميول وتغير الأفكار.^١

وهذا الاتجاه في التفسير يماثله نظرية التفسير المسماة بنظرية الدستور الحي *The Living Constitution Theory of Interpretation* التي اعتمدها المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية^٢ وغيرها من المحاكم العليا في النظم الديمقراطية^٣ في تفسير النصوص الدستورية. وقد تعرض لموجة من الانتقادات من

^١ دكتور رمزي طه الشاعر: المرجع السابق، ص ٣٧٥، حيث يرى المؤلف ان المقصود بالعوامل الاجتماعية الواقع الاجتماعي الذي ينطبق فيه النص.

Antonin Scalia, *A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW* (Princeton, NJ: Princeton University Press, ٢٨ (١٩٩٧)).

ويؤكد وجود هذه الآلية في التفسير الدستوري في قضاء المحكمة العليا للولايات المتحدة الأمريكية ما ذهب إليه أحد قضاة المحكمة العليا بقوله أن قواعد القانون الدستوري مع طول فترة عمر الدستور قد يتغير مفهومها ومضمونها من زمن إلى آخر لتلبية الاحتياجات المتغيرة.

"The ascendant school of constitutional interpretation affirms the existence of what is called the living constitution – a body of law that ... grows and changes from age to age, in order to meet the needs of a changing society"

Beetz J., in *Attorney-General (Manitoba) v. Metropolitan Stores (MTS) Ltd.*, (1 ٩٨٧) ٣٨ D.L.R. (4th) ٣٢١ at ٣٢٠.

وعلى المنوال نفسه، ذهبت المحكمة العليا في كندا إلى أن مضمون الحقوق والحريات التي وردت في الميثاق الكندي للحقوق والحريات ليس جامداً وإنما هو قابل للتطوير في المستقبل.

the rights and freedoms set out in the Charter are not "frozen" in the content; they must "remain susceptible to evolve in the future"

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

جانِب بعض الفقه الذي رأى في هذه الآلية اعتداءً على السلطة التأسيسية وتخويلاً صريحاً للقاضي الدستوري بتعديل النصوص الدستورية، دون اتباع الشروط والإجراءات الدستورية المطلوبة لتعديل الدستور، كما رأى فيها اهداراً لمكانة النصوص الدستورية وقيمتها؛ بسبب إمكانية تأويلها وتطويعها؛ لتحقيق أغراض لم يستهدفها المشرع الدستوري.^١

والمواقع أن هذا الاتجاه في التفسير رغم معارضة البعض له يستمد وجاهته من الاعتبارات العملية التي تتمثل في ضرورة تطوير القواعد الدستورية وتطويعها لمواكبة التطورات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وتظهر أهمية هذه الآلية خاصة مع طول فترة عمر الدستور وشدة تعقيد الإجراءات والشروط المطلوبة لتعديله، فقد تصيح بعض النصوص عاجزة عن تلبية مقتضيات التغيير الاجتماعي؛ بسبب تغير المعتقدات والأفكار والظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فالنصوص الدستورية ليست جامدة أو "مغلقة" على حد تعبير البعض من الفقه، وإنما على العكس هي نصوص حية "منفتحة على الخلق المستمر للحقوق والحريات".^٢

وترمز فكرة الدستور الحي «The Idea of Living Constitution» إلى التطور والتغير الذي قد يلحق بقواعد القانون الدستوري من خلال التفسيرات المتنوعة التي يصيغها قضاة المحكمة الدستورية على النصوص الدستورية بقصد تطويع النصوص لتلبية احتياجات الأفراد ومواكبة التطورات السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

See Generally Richard Bronaugh, Peter Baron and Aileen Kavanagh, *The Idea of Living Constitution*, ١٦ Can. J. I. & Juris. ٥٥, ٥٦ (٢٠٠٣).

^١ دكتور مجدى مدحت النهري: المرجع السابق، ص ٥٩.

^٢ عبد الرحمن السحمودي، مكانة حقوق الإنسان في الدستور المغربي من خلال الفقه و القضاء الدستوريين، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد ٥٦، مايو - يونيو ٢٠٠٤، ص ٩٤. نقلاً عن أوليفيه دو هامل - ايف ميني، المعجم الدستوري، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسة و النشر و التوزيع، بيروت، ١٩٩٦، ص. ٥٩٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ومن ثم يضحى تدخل القاضي الدستوري لتطويع النصوص الدستورية - لاسيما تلك المتعلقة بالحقوق والحريات - وتأويلها على نحو يجعلها دائماً تضحج بالحياة والاجتهادات بما يتلاءم مع تطورات العصر أمراً لازماً لبقاء الدستور وجعل النصوص الدستورية مواكبة للتطورات الاجتماعية والسياسية وكذلك استقرار النظام القانوني والسياسي. وتأكيداً لذلك عبرت المحكمة الدستورية العليا عن أهمية هذا الاتجاه في التفسير الدستوري بقولها "أن النصوص الدستورية لا يجوز تفسيرها باعتبارها حلاً نهائياً ودائماً لأوضاع اقتصادية أو اجتماعية جاوز الزمن حقائقها، فلا يكون تبنيها والاصرار عليها ثم فرضها بآلية عمياء إلا حثاً في البحر، بل يتعين فهمها على ضوء قيم أعلى غايتها تحرير الوطن والمواطن سياسياً واقتصادياً واجتماعياً، وإن قهر النصوص الدستورية لإخضاعها لفلسفة بذاتها يعارض تطويعها لآفاق جديدة تزيد الجماعة بلوغها، فلا يكون الدستور كافلاً لها بل جائلاً دون ضماناتها".¹

وقد استقرت أحكام المحكمة الدستورية العليا في مصر على اعتناق هذا المنهج في التفسير بقولها أن نصوص الدستور لا ينبغي "أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ، أو باعتبارها قيماً مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي، وإنما يتعين دوماً أن تحمل مقاصدها بمراعاة أن الدستور وثيقة تقدمية لا ترتد مفاهيمها إلى حقبة ماضية وإنما تمثل القواعد التي يقوم عليها والتي صاغت الإرادة الشعبية، انطلاقة إلى تغيير لا يصد عن التطور أفاقه الرحبة".²

وقد أكدت المحكمة أيضاً أهمية الأخذ بهذه الآلية عند تفسير النصوص المتعلقة بالحقوق والحريات الدستورية للوقوف على حقيقة محتواها ومداهما بقولها

¹ المحكمة الدستورية العليا في جلسة الأول من فبراير سنة ١٩٩٧م في القضية رقم (٧) لسنة ١٦ قضائية "دستورية"، الجزء (٨)، ص ٣٤٤.

² المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٤ إبريل ١٩٩٢م في (٢٢) لسنة (٨) قضائية "دستورية"، الجزء (٥)، ص ٨٩.

"إن الرقابة على الشرعية الدستورية تفترض دستوراً مدوناً جامداً تنصدر أحكامه القواعد القانونية الأدنى مرتبة منها وتعلوها، ذلك أن الدستور يمثل أصلاً - وكلما كان مواكباً لتطور النظم الديمقراطية، هادفاً إلى حماية الحرية الفردية ودعم انطلاقها إلى آفاق مفتوحة تكون بذاتها عاصماً من جموح السلطة أو انحرافها - ضماناً رئيسية لإنفاذ الإرادة الشعبية في توجيهها نحو مثلها الأعلى وبوجه خاص في مجال إرسائها نظاماً للحكم لا يقوم على هيمنة السلطة وانفرادها، بل يعمل على توزيعها في إطار ديموقراطي بين الأفرع المختلفة التي تباشرها لضمان توازنها وتبادل الرقابة فيما بينها، وعلى أن يكون بعناصره مستجيباً للتطور، ملتزماً بإرادة الجماهير، مقررراً مسئولية القائمين بالعمل العام أمامها، ملبورا لطاقتها وملكانتها، مقيداً بما يحول دون اقتحام الحدود المنطقية لحقوقها الثابتة ولحرياتنا الأصيلة، رادعاً بالجزاء كل إخلال بها أو نكول عنها، وكان الدستور فوق هذا يولي الاعتبار الأول لمصالح الجماعة بما يصون مقوماتها، ويكفل إنماء قيمتها الاجتماعية والخلقية، بالغاً من خلال ضمانها ما يكون في تقديره محققاً للتكافل بين أفرادها، نابذاً انغلاقها، كافلاً الرعاية للحقائق العلمية، عاملاً علي الارتقاء بالفنون علي تباين ألوانها، مقيماً حرية الإبداع علي دعائمها، وكان الدستور بالحقوق التي يقررها، والقيود التي يفرضها - وأيا كان مداها أو نطاقها - لا يعمل في فراغ، ولا ينتظم مجرد قواعد أمره لا تبديل فيها إلا من خلال تعديلها وفقاً للأوضاع التي ينص عليها، اذ هو وثيقة تقدمية نابضة بالحياة، تعمل من أجل تطوير مظاهرها في بيئة بذاتها متخذة من الخضوع للقانون إطاراً لها..."

١ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٥ فبراير ١٩٩٤ م في القضية رقم (٢٣) لسنة (١٥) قضائية "دستورية"، ص ١٤٠.

انظر أيضاً في تأكيد المعنى ذاته: المحكمة الدستورية العليا في جلسة ١٨ مارس ١٩٩٥ م في القضية رقم (٢٣) لسنة (١٥) قضائية "دستورية"، الجزء (٦)، ص ٥٦٧. والتي أكدت فيها المحكمة "أن النصوص الدستورية لا يجوز فهمها على ضوء حقبة جاوزها الزمن، بل يتعين أن يكون نسيجها قابلاً للتطور، كافلاً ما يفترض فيه من اتساق مع حقائق العصر The Supposed Tune of Times".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وتطبيقاً لذلك المنهج في تفسير الحقوق والحريات، ذهبت المحكمة الدستورية العليا في تحديد مفهوم العدالة الاجتماعية إلى القول بأن العدالة الاجتماعية "وإن تعددت صورها، وكان مضمونها قد يتبدل بتغير الزمان والمكان، على ضوء القيم التي ارتضتها الجماعة لمفهوم الحق والعدل في بيئتها بذاتها، وخلال زمن معين، إلا أن تطبيقاتها في نطاق الضريبة تشي ببعض ملامحها الأصيلة، وبوجه خاص من خلال زاويتين، أولاهما: أن يكون ممكناً عقلاً ربط عبئها بالأغراض الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المقصودة منها. ثانيتهما: ألا يكون فرضها قد تم إخلالاً بحقوق ينبغي أن تخلص لأصحابها."^١

المبحث الثاني

نظريات التفسير الدستوري في قضاء المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية

يعد الدستور الأمريكي أقدم دساتير العالم، من حيث الصدور، إذ يرجع تاريخ ظهوره إلى عام ١٧٨٧^٢، ويعكس هذا الدستور المثل والمبادئ وأحلام الشعب

^١ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٥ ديسمبر ١٩٩٨ م في القضية رقم (٢٨) لسنة (١٥) قضائية "دستورية"، ص ٨٩.

See Constitutions of the Countries of the World (Albert P. Blaustein & Gisbert H. Flanz eds., ١٩٩٦) (comparing adoption dates of different nations' Theodore J. Lowi and Benjamin Ginsberg, AMERICAN -Constitutions); GOVERNMENT FREEDOM AND POWER, W.W. Norton & Company, ٢٤٢-٤٣, ٢٠٠٢.

يتكون الدستور من سبع مواد رئيسية، يعالج من خلالها العديد من الموضوعات المتعلقة بنظام الحكم، فتناولت المواد الثلاث الأولى تنظيم السلطات الثلاث في الدولة (التشريعية والتنفيذية والقضائية) واختصاصاتها وحدود سلطاتها والعلاقة فيما بينها، وتناولت المادة الرابعة العلاقة القائمة على أساس مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

الأمريكي في تكوين اتحاد قوي بعد سقوط مواد الكونفدرالية وإقامة العدالة وتحقيق الاستقرار وإقامة ضمانات؛ لكفالة الحقوق والحريات الفردية،^١ ورغم قلة عدد مواد

المساواة والتكافؤ بين الولايات وبين مواطنيها. في حين كرست المادة السادسة مبدأ سمو الدستور وقوانين الولايات المتحدة والمعاهدات التي تبرمها بوصفها القانون الأعلى للبلاد، وتناولت المادتان الخامسة والسابعة إجراءات تعديل الدستور والتصديق عليه.

وقد أُقرَّ عدد من التعديلات على هذا الدستور كانت في مقدمتها تلك التعديلات التي ضمنتها الوثيقة المعروفة بوثيقة الحقوق أو *The Bill of Rights* عام ١٧٩١، ومنذ ذلك التاريخ لم تقع الموافقة إلا على سبعة عشر تعديلاً، ليصل مجموع التعديلات إلى سبعة وعشرين تعديلاً، على أنه تجدر الإشارة إلى أن التعديل الثامن عشر القاضي بحظر إنتاج وبيع ونقل واستيراد المشروبات الكحولية قد نُقِضَ بموجب التعديل الواحد والعشرين.

^١ U.S. Constitution, Pream

“We the People of the United States, in Order to form a more perfect Union, establish Justice, insure domestic Tranquility, provide for the common defense, promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity, do ordain and establish this Constitution for the United States of America.”

وقد أكدت المحكمة العليا في قضيتين مهمتين أن الدستور هو تعبير عن إرادة الشعب، وليس اتفاقاً بين الولايات المختلفة المكونة للاتحاد، و في ذلك تأكيد واضح على تكريس النظام الدستوري الأمريكي لمبدأ السيادة الشعبية.

In *Chisholm v. Georgia*, the court held “here we see the people acting as sovereigns of the whole country, and, in the language of sovereignty, establishing a Constitution by which it was their will that State governments could be bound. *Chisholm v. Georgia* ٢ U.S. ٤١٩, ٤٧١ (١٧٩٣).

In *Martin v. Hunter’s lessee*, the Supreme Court explicitly held that “the Constitution of the United States was ordained and established not by the states in the sovereign capacities, but emphatically, as the preamble of the Constitution declares, by the people .*Martin v. Hunter’s Lessee*, ١٤ U.S. ٣٠٤, ٣٢٥ (١٨١٦) of the United States.”

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الدستور التي لا تتجاوز سبع مواد وسبعة وعشرين تعديلاً، فقد عالج الجوانب الأساسية للحياة الدستورية في الولايات المتحدة الأمريكية، وقبل أن نتناول نظريات التفسير الدستوري التي أقامها القضاء الأمريكي، بتعين علينا أن نعرض لأساس الاختصاص القضائي بتفسير الدستور في الولايات المتحدة الأمريكية.

- أساس الاختصاص القضائي بتفسير الدستور

تجدر الإشارة في معرض حديثنا عن التفسير الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية إلى أن دستورها لم يتضمن أي نص صريح يرحح أو يقرر مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين، كما لم يعهد صراحة للمحكمة العليا أو غيرها من المحاكم الأمريكية بأي اختصاص في تفسير نصوص الدستور.^١ وإنما تتمثل

^١ عنى الدستور الأمريكي بوضع الأسس والمبادئ الرئيسية التي تحكم النظام الدستوري الأمريكي، ومن أهم تلك المبادئ "مبدأ الفصل بين السلطات" الذي يهتم بتنظيم العلاقة المتبادلة بين السلطات الثلاث المكونة للحكومة على المستوى الفيدرالي (السلطة التنفيذية والسلطة التشريعية والسلطة القضائية) ومبدأ "تقسيم ومشاركة السطة" بين الحكومة الفيدرالية والحكومات الداخلية للولايات من خلال إقامة حكومة فيدرالية قوية، مع الاحتفاظ بقدر من الحكم الذاتي في إدارة شئونها المحلي لكل ولاية على حدة، كما عنى الدستور الأمريكي بتعديلاته اللاحقة بتنظيم موضوعات الحقوق والحريات الفردية.

^٢ Pamela S. Karlan, Pamela S. Karlan, Goodwin Liu & Christopher H. Schroeder, KEEPING FAITH WITH THE CONSTITUTION, ACS Books, ٢٨ (٢٠٠٩).

في حين تعهد المادة الثالثة من الدستور إلي المحاكم الفيدرالية بالسلطة القضائية، فإنها لم تخول هذه المحاكم سلطة إبطال أي من الأعمال الصادرة من السلطة التنفيذية أو التشريعية، كما أن نص المادة السادسة من الدستور Supremacy Clause التي عنيت بإقرار مبدأ سمو الدستور والقوانين الفيدرالية المطابقة له، والمعاهدات الدولية التي تبرمها الولايات المتحدة على سائر القواعد القانونية الأخرى لم ترخص للمحاكم بأي سلطة في مراجعة مدى دستورية أي من القواعد القانونية المكونة للنظام القانوني الأمريكي.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة العليا في تفسيرها لنص المادة السادسة من الدستور قد أكدت مبدأ سمو الدستور على غيره من القواعد القانونية الأخرى بما في ذلك القوانين الفيدرالية والمعاهدات الدولية، واستندت المحكمة في إقرارها لمبدأ سمو الدستور بما قصده واضعوا الدستور، فذهبت في قضية *Marbury v. Madison* إلى أن ترتيب الألفاظ والعبارات التي صيغت بها نص المادة السادسة تؤكد على أن الدستور هو أعلى وأسمى القواعد القانونية في النظام القانوني الأمريكي، وأن القوانين الفيدرالية تلي الدستور من حيث القوة الإلزامية شريطة ألا تكون متعارضة مع أي من أحكامه وهو ما يتضح من عبارة (Laws pursuant thereof) والتي تعني القوانين المطابقة لأحكام الدستور.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

الوثيقة الأساسية في حياة مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين واستئثار المحكمة العليا وما دونها من المحاكم الفيدرالية بسلطة تفسير النصوص الدستورية في إطار ما يعرض عليها من منازعات دستورية في قضية *Marbury v. Madison*،^١ فقد حرصت المحكمة العليا في هذه القضية على تأكيد أن الدستور تعبير عن الإرادة الشعبية، وهو القانون الأساسي الذي يحتل المرتبة الأولى بين القواعد القانونية الأخرى في البناء القانوني، ومن ثم تعلق قواعده على كل أعمال السلطات الحكومية الأخرى، بما فيها القرارات الصادرة من السلطة التنفيذية والتشريعات الصادرة من الكونجرس الأمريكي، وترتيباً على ذلك فإن أي قانون أو قرار يخالف الدستور يعد باطلاً، ويتعين على المحاكم الامتناع عن تطبيقها وتغليب تطبيق نصوص الدستور عليها،^٢ وبررت المحكمة حكمها بقولها إنه إذا كان من واجب المحاكم تطبيق القانون، فإنه يتعين عليها أن تتحقق أولاً من مطابقة القانون المراد تطبيقه للدستور والامتناع عن تطبيقه إذا ثبت لها مخالفته لأحكامه، دون أن يشكل ذلك اعتداءً على صلاحيات السلطة التشريعية، إذ أن دور هذه الأخيرة ينتهي بصدور القوانين، لئيبداً بعد ذلك دور السلطة القضائية -

(١٨٠٣). The Supreme Court went to say that ١٨٠ See *Marbury vs. Madison*, ٥ U.S. ١٣٧, "It is also not entirely unworthy of observation, that in declaring what shall be the supreme law of the land, the *constitution* itself is first mentioned; and not the laws of the United States generally, but those only which shall be made in *pursuance* of the constitution, have that rank. »

.(١٨٠٣)^١ See *Marbury vs. Madison*, ٥ U.S. ١٣٧

op. cit. at. ١٧٦. ^٢ *Marbury vs. Madison*, « An act of congress repugnant to the constitution cannot become a law. The courts of the U. States are bound to take notice of the constitution »

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بوصفها السلطة المختصة في تحديد القانون الواجب التطبيق - في التأكد من مطابقتها للدستور.^١

“that it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is.”^٢

واستطردت المحكمة في هذه القضية معلنة مبدأ آخر من أهم المبادئ التي ظلت ولا تزال حاکمة للنظام القانوني والقضائي في الولايات المتحدة الأمريكية، وهو أن المحكمة العليا وما دونها من المحاكم الفيدرالية هي وحدها صاحبة الاختصاص الاصيل في تفسير نصوص الدستور، من خلال فحصها لدستورية القوانين المطعون في دستورتها.^٣ وقد ظل هذا المبدأ راسخاً في قضاء المحكمة العليا وراحت تؤكد في العديد من الأحكام اللاحقة،^٤ فذهبت المحكمة في قضية

^١ See Gerard J. Clark, *An Introduction to Constitutional Interpretation*, ٢٤ Suffolk U. L. Rev. ٤٨٥, ٤٨٥-٨٦ (٢٠٠١).

^٢ ٧٧.١ Marbury vs. Madison, op. cit. at.

^٣ Marbury vs. Madison, op.cit. at. ١٧٧-٧٨. The Court held “that it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case conformably to the law, disregarding the constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of their conflict rules governs the case. This is of the very essence of judicial duty. If then the courts are to regard the constitution; and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature; the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.”

^٤ Martin v. Hunter’s Lessee, ١٤ U.S. ٣٠٤ (١٨١٦).

See also Fletcher v. Peck ١٠ U.S. ٨٧ (١٨١٠)

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

Martin v. Hunter's Lessee^١ إلى وجوب التزام جميع المحاكم الأمريكية بما تصدره من تفاسير لنصوص الدستور بمناسبة ما يعرض عليها من منازعات دستورية للقضاء على كل خلاف في الرأي حول تفسير قاعدة دستورية معينة يمكن نشوئه بين المحاكم المكونة للنظام القضائي في البلاد.^٢ وفي السياق نفسه،

Martin v. Hunter's Lessee, op. cit. at ٣٤٨.

See also Hunter v. Martin, devisees of Fairfax, ٤ Munf. ١, ٥٨-٥٩ (١٨١٢).

وتتلخص وقائع الدعوى في إصدار ولاية فرجينيا State of Virginia أثناء الثورة الأمريكية تشريعات تسمح بمصادرة الأراضي التابعة للموالين للملكة المتحدة (وكان يطلق عليهم The Loyalists) وإعلانهم عنها، وتطبيقاً لهذه القوانين أصدرت حكومة الولاية عدة قرارات بنزع ملكية هذه الأراضي وأقرت المحكمة العليا في الولاية بمطابقتها للدستور، ويعرض الأمر على المحكمة الأمريكية العليا أمرت بنقض الحكم وإعادة القضية مرة أخرى للمحكمة العليا في ولاية فرجينيا. فما كان من هذه الأخيرة إلا أن رفض أعضائها بالإجماع حكم المحكمة الأمريكية العليا مستندين في ذلك إلى أن التفسير المنطقي للمادة الثانية من الدستور فقرة ٢(٢) الذي يمنح المحكمة الأمريكية العليا سلطة قضائية استئنافية لمراجعة الأحكام الصادرة من المحاكم الأمريكية يقضى بقصر هذا الاختصاص على الأحكام الصادرة من محاكم القضاء الفيدرالي فقط دون أن يمتد إلى الأحكام الصادرة من المحاكم الداخلية للولايات. وقد نقض هذا الحكم أيضاً من جانب المحكمة العليا استناداً إلى عدد من الأسباب التي بينتها المحكمة في حكمها كان من أهمها أن سلطة المحاكم الفيدرالية ومحاكم الولايات في تفسير نصوص الدستور الاتحادي تقتضي بالضرورة إيجاد سلطة مركزية، لتوحيد التفسيرات، إذ إن القول بغير ذلك قد ينجم عنه أن يكون لكل من نصوص الدستور تفسيرات متباينة باختلاف الولايات والجهات القضائية وهو ما لا يمكن قبوله.

of equal , where the Court stated "Judges^٣ See Martin v. Hunter's Lessee, op. cit. at. ٣ learning and integrity, in different states, might differently interpret a statute, or treaty of the United States, or even the Constitution itself; if there were no revising authority to control these jarring and discordant judgments, and harmonize them into uniformity, مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أكدت ذات المحكمة في *Cooper v. Aaron* ^١ أن ما تقره من تفاسير دستورية لنصوص الدستور ووثيقة الحقوق *Bill of Rights* تعد جزء لا يتجزأ من قواعد القانون الدستوري الأمريكي وهي ملزمة لجميع السلطات الاتحادية، وكذلك الولايات الداخلة في الاتحاد وسلطاتها المختلفة، ولا يجوز الخروج عليها أو مخالفتها ^٢.

the laws, the treaties, and the constitution of the United States would be different in different states, and might, perhaps, never have precisely the same construction, obligation, or efficacy, in any two states. The Public mischiefs that would attend such a state of things would be truly deplorable; and it cannot be believed that they could have escaped the enlightened convention which formed the constitution. What, indeed, might then have been only prophecy, has now become fact; and the appellate jurisdiction must continue to be the only adequate remedy for such evils.”

٣٥٨ U.S. ١ (١٩٥٨). *Cooper vs. Aaron*

في أعقاب صدور حكم المحكمة الأمريكية العليا في قضية *Brown v. Board of Education* القاضي بوجوب امتناع الولايات عن تطبيق سياسة التفرقة العنصرية السائدة حينذاك بين ذوات البشرة البيضاء وذوات البشرة السوداء بخصوص القبول في الجامعات والمدارس، اتخذت إحدى المدارس في ولاية أركنساس خطوات جديدة لإلغاء سياسة الفصل العنصري. وقد لقي هذا الأمر معارضة شديدة من جانب حكومة هذه الولاية التي سارعت بتعديل نصوص دستورها وقوانينها الداخلية بما يضمن بقاء نظام الفصل العنصري قائماً ظناً منها بأن تفسير المحكمة العليا للتعديل الرابع عشر لا يعتبر حجة على حكومة الولاية ولا يلزمها بتغيير سياساتها الداخلية القائمة على أساس الفصل العنصري.

Cooper vs. Aaron, op. cit. at. ١٨. The court stressed that “the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition if the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this court and the country as a permanent and indispensable feature of our constitutional system. It follows our constitutional system. It follows that the interpretation of the fourteenth amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the Supreme law of the land, and Art. VI of the Constitution makes it of binding effect on the states ‘any Thing in the Constitution or laws of any state to the contrary notwithstanding.’”

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وإذا كانت المحكمة العليا قد أرست - بما لا يدع مجالاً للشك - من خلال أحكامها المتعاقبة سلطتها في الرقابة على دستورية القوانين، عن طريق الامتناع عن تطبيق القوانين والقرارات المخالفة للدستور، فضلاً عن حقها في تفسير نصوص الدستور، من خلال فحصها لدستورية القانون المعروض أمر دستوريته عليها، باعتبار أن تفسير النص الدستوري أحد أهم متطلبات فحص الدستورية؛ للوقوف على مدى مطابقة القانون المطعون بعدم دستوريته، فإن المحكمة العليا وغيرها من المحاكم المكونة للنظام القضائي الأمريكي قد اختلفت حول كيفية تفسير تلك النصوص الدستورية أو على ضرورة اتباع منهج بعينه في التفسير، خاصة أن الدستور لم يحدد أي معايير موضوعية يمكن للمحكمة الاستئناس بها وهي بصدد أعمالها لاختصاصها في التفسير.¹

J. Elliot ed., The Debates In the Several States Conventions on the Adoption of the Federal Constitution (Elliot Debates) ١٥٩ (١٨٣٠).

وتجدر الإشارة إلى أن مسألة تفسير الدستور كانت أحد الأمور الخلافية بين مؤيدي دستور ١٧٨٧ ومعارضيه. فهناك "أنصار الفيدرالية" Federalists وهم من أيدوا الدستور وفضلوا إقامة حكومة فيدرالية قوية، وهناك "مناهضو الفيدرالية" Anti-Federalists وهم من عارضوا الدستور وفضلوا إقامة حكومة ذات نظام فيدرالي أقل مركزية وترجع تسميتهم بهذا الاسم نتيجة إلى غيابهم عن مؤتمر فيلادلفيا الذي وصفوه بأنه "اجتماع سري مظلم". وقد كان من أهم الحجج التي تمسك بها مناهضو الفيدرالية في حملتهم لتشويه الدستور ومنع الولايات من التصديق عليه ادعائهم بأن العمومية الشديدة والغموض الذي يكتنف بعض مصطلحات وألفاظ الدستور من شأنه أن يمنح المحكمة العليا سلطات غير مقيدة في إصباح النصوص الدستورية بما تراه من تفسيرات قد تقضي إلى تغول الحكومة الفيدرالية على السلطات الممنوحة للولايات أو الإقرار بدستورية أي انتهاكات مستقبلية لحقوق المواطنين وحررياتهم، أما مؤيدو الفيدرالية، فقد اعترضوا على هذا الادعاء مؤكدين أن نصوص الدستور ليست بهذا القدر من الغموض، وأن عمومية الألفاظ المستخدمة أمر يتطلبه إعداد أي دستور توافقي، كما أن سلطة المحكمة العليا في تفسير الدستور ليست مطلقة وإنما هي مقيدة باتباع آليات التفسير الدستوري المعتمدة في القانون القضائي Common law والتي من أهمها الاعتماد في التفسير على دلالة الألفاظ الواردة بالنص أو القصد من وضعه.

See also Kenneth R. Thomas, Selected Theories of Constitutional Interpretation, Congressional Research Service, Congressional Research Service, Report for Congress at ٥-٦ (٢٠١١). Available at <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R41117.pdf>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

ويمكن رد هذا الخلاف إلى تباين الفلسفة القضائية بين المحاكم الأمريكية والقضاة أنفسهم^١. إذ يذهب الفريق الأول من القضاة ويطلق عليهم القضاة المحافظون Conservative Judges إلى ضرورة تقييد المحاكم وهي بصدد أعمالها لاختصاصها في تفسير نصوص الدستور بمناسبة ما يعرض عليها من منازعات دستورية بالبحث عن دلالة الألفاظ في النص المطلوب تفسيره أو تفسيره طبقاً للنوايا المعلنة لواضعيه في حالة غموض الألفاظ وعدم قطعيتها دلالتها، ولا يجوز لها الاستعانة بغير ذلك من الوسائل في الكشف عن المعنى المقصود من النص الدستوري^٢، أما الفريق الثاني من القضاة ويطلق عليهم القضاة الليبراليون أو الفاعلون Liberalist or Activist Judges، فيميل أكثر إلى الأخذ في الاعتبار عند تفسيره للنصوص الدستورية العوامل الاجتماعية وما قد تفرزه الأحكام الصادرة من المحاكم من آثار على المجتمع وقد نجم عن هذا الاتجاه في التفسير العديد من التفسيرات الدستورية الجديدة واستخلاص مفاهيم دستورية وقانونية جديدة مرغوب فيها اجتماعياً^٣.

See also J. Madison, Journal of The Federal Convention ٦١٧ (Proceedings of May ٣١), ١٧٨٧) (E.H. Scott ed. ١٨٩٣).

Theodore J. Lowi and Benjamin Ginsberg, AMERICAN GOVERNMENT – FREEDOM AND POWER, W.W. Norton & Company, ٢٤٢-٤٣, ٢٠٠٢.

Theodore J. Lowi and Benjamin Ginsberg, op. cit. at ٢٤٣.

Theodore J. Lowi and Benjamin Ginsberg, op. cit. at ٢٤٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

والحقيقة أن النظريات المختلفة التي أقامها القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية لتفسير نصوص الدستور كان لها أكبر الأثر في صمود الوثيقة الدستورية لما يزيد على قرنين، وكذلك تكوين وإثراء الفقه الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية، إذ يولى الفقه والقضاء الدستوري نظريات التفسير الدستوري أو Constitutional Theories of Interpretation أهمية خاصة، فهم يعنون تلك النظريات الوسائل الأساسية التي يمكن للقاضي من خلالها الوقوف على المعنى الحقيقي للنصوص الواردة في الوثيقة الدستورية، ومن ثم يستطيع استخلاص قواعد دستورية موضوعية يمكن تطبيقها على ما قد يثار من منازعات دستورية أمامه.^١

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس هناك عدد محدد من نظريات التفسير الدستوري، وإنما أسفرت أحكام القضاء الأمريكي في المنازعات الدستورية عن عدد هائل من النظريات التي قالت بها المحاكم الأمريكية أو اعتنقها القضاة فرادى،^٢ كما أن الفقه والقضاء، بالرغم من اتفاقهما على أهمية نظريات التفسير الدستوري التي تستهدف خلق معيار أو معايير موضوعية Objective Criteria وحيادية Neutral تحكم عملية التفسير، ومن ثم تحد أو تقيد من السلطة التقديرية للقاضي خشية أن تأول نصوص الدستور بحسب فتايات القضاة ووفقاً لأفكارهم ومعتقداتهم الشخصية،^٣

1. Kenneth R. Thomas, op. cit. at. ١.

2. Gerard J. Clark, op. cit. at. ٤٨٥-٤٨٦.

See also

- Jack Balkin and Stanford Levinson, *The Canons of Constitutional Law*, ١١١ Harv. L. Rev. ٩٦٤ (١٩٩٨).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

فإن مواقفهما قد تباينت حول كيفية تطبيق هذه النظريات وتحديد أفضلية بعضها على حساب البعض الآخر.

وبالمثل، اختلف الفقه والقضاء حول جدوى اعتماد القضاء على نظرية بعينها في التفسير دون غيرها،^١ فبينما مال البعض إلى ضرورة إقرار نظرية واحدة في التفسير الدستوري، ضماناً لتوحيد تفسيرات النصوص الدستورية ووحدة التطبيق القضائي،^٢ تري الغالبية أن تبنى نظرية واحدة في التفسير من شأنه أن يؤدي إلى

-
- Rebecca L. Brown, *Accountability, Liberty and the Constitution*, ٩٨ Colum. L. Rev. ٥٣١ (١٩٩٨).
 - Lawrence Lessig, *The Puzzling Persistence of Bellbottom Theory: What a Constitutional Theory Should Be*, ٨٥ Geo. L. Rev. ١٨٢٧ (١٩٩٧).
 - Akhil Reed Amar, "Intratextualism" ١١٢ Harv. L. Rev. ٧٤٧ (١٩٩٩).

٣

Tamas Gyorf, *In Search of a First-Personal Plural, Second-Best Theory of Constitutional Interpretation*, ١٤ German L.J. ١٠٧٧, ١٠٧٨-٧٩ (٢٠١٣).

١

Gerard J. Clark, op. cit. at. ٤٨٦.

والملاحظ، من استقراء أحكام المحكمة العليا الأمريكية الصادرة على مدار القرنين المنصرمين أنها لم تلزم نفسها فيما أصدرته من أحكام بنظرية أو بأخرى من نظريات التفسير الدستوري وإنما اعتمدت في انتقائها لهذه النظريات على عدد من العوامل أهمها طبيعة النص الدستوري وأهميته.

٢

Kenneth R. Thomas, op.cit. at. ١-٢.

تجدر الإشارة إلى أن المتتبع لأحكام القضاء الأمريكي يجد أن التفسيرات القضائية لنصوص الدستور قد اختلفت على مدار القرنين السابقين، وهو ما دفع العديد من الفقه إلى التشكيك في جدوى نظريات التفسير الدستوري بدعوى أن الأحكام الصادرة بالاستناد إلى أي من هذه النظريات أحكام سياسية من الدرجة الأولى.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

نتائج غير مرغوب فيها، فقد يفضي ذلك إلى عجز المحاكم عن تحديد معنى القاعدة الدستورية وبيان مداها، لضمان تطبيقها تطبيقاً صحيحاً، كما قد يسفر اعتماد منهج واحد في التفسير الدستوري عن استبعاد المحاكم لأي اعتبارات سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية كان على المحكمة أن تأخذها في الحسبان وهي يصدد تكوين قناعتها للحكم في الطعون المرفوعة أمامها.^١

وبعد هذا العرض الموجز لأساس الاختصاص القضائي بتفسير الدستور نعرض فيما يلي لأهم نظريات التفسيرات الدستورية التي اعتمدها وطورتها المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، من خلال أحكامها؛ للوقوف على المعنى الحقيقي لنصوص الدستور وبيان حدودها، وكما سيوضح لنا من خلال هذا المبحث فإن تلك النظريات التفسيرية قد اعتمدت على غالب الآليات والوسائل التي اعتنقتها المحكمة الدستورية العليا المصرية في تفسير الدساتير المصرية المتعاقبة. وسوف نعالج هذه النظريات التفسيرية في المطالب التالية:

- المطالب الأول: نظرية التزام النص The Textualism Theory of Interpretation
- المطالب الثاني: نظرية المصادر الأصلية أو التاريخية The Originalism Theory of Interpretation
- المطالب الثالث: نظرية الدستور الحي The Living Constitution Theory of Interpretation

المطلب الأول

Kenneth R. Thomas, op.cit. at. ١-٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

نظرية التزام النص The Textualism Theory of Interpretation

تجد نظرية التزام النص في مجال التفسير الدستوري Textualism Theory of Constitutional Interpretation أساسها في المذهب الشكلي للقانون theory Legal Formalism الذي يرى أنصاره أن القانون هو مجموعة المبادئ والقواعد المستقلة عن المؤسسات الاجتماعية أو السياسية وضعته،^١ ولا تختلف هذه النظرية في مضمونها عن مذهب الشرح على المتن أو Doctrine de L'exégèse الذي عرفه الفقه الفرنسي في أعقاب صدور مجموعة قوانين نابليون سنة ١٨٠٤ خلال القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين؛ لتفسير القوانين التشريعية.^٢

وتمثل هذه النظرية أولى النظريات التي اعتمدها القضاء الأمريكي؛ لبيان معني النص وتحديد مداه، وقد عرفت هذه النظرية وقت وضع الدستور الأمريكي ب Protestant Tradition of Biblical Interpretation.^٣ وتجدر الإشارة

defines Legal Formalism as "theory that law is a set of rules and principles independent of other political and social institutions" (Black's Law Dictionary, 7th ed. 1999) ٩١٣

انظر أيضاً دكتور محمد حسام محمود لطفى، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة السادسة، القاهرة، ٣٢٧، (٢٠٠٨). فأنصار المذهب الشكلي يذهبون إلى أن القانون يتمثل في مجموعة الأوامر التي تصدر من السلطة العليا في الدولة التي تملك الجبر والإكراه إلى الأفراد متضمناً إرادة السلطة التي لا تخضع لأي تبديل أو تحويل.

^٢ دكتور محمد حسام محمود لطفى: المرجع السابق، ص ٣٢٧.

انظر في المعنى نفسه دكتور خالد وزاني، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وعلماء القانون، دار الجامعة الجديدة، ١١٣، ٢٠٠٨.

^٣ مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

إلى أن الفقهاء والقضاة، سواء أكانوا من المنتمين إلى التيار المحافظ Conservative أم من المنتمين إلى التيار الليبرالي Liberal، قد اتفقا على ضرورة أن تكون دلالة ألفاظ النص الدستوري الأساس الأول الذي يتعين على القاضي الدستوري الاستناد إليه قبل الرجوع إلى أي مصادر خارجية؛ للوقوف على معنى النص واستخلاص الإرادة الحقيقية للمشرع الدستوري.

وتقوم هذه النظرية في الأساس على فكرة قوامها تقديس النصوص الدستورية والتفسير الضيق لها، مع التقييد بالألفاظ والمصطلحات الواردة به، على نحو لا يتعارض أو يناقض المعنى الظاهر للنص Plain meaning، والمقصود بهذا المعنى الظاهر للنص المعنى المفهوم للنص بين الناس المتحدثين باللغة نفسها والمدركين لطبيعة النص الذي يقرأونه (سواء أكان نص دستوري أو تشريعي أو حكم قضائي). وقد عبر عن ذلك أحد قضاة المحكمة العليا Oliver Wendell Holmes, Jr. بقوله

"We ask, not what this man meant, but what those words would mean in the mouth of a normal speaker of English, using them in the circumstances in which they were used ...

Kenneth R. Thomas, op. cit. at. ٤.

H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, 98 Harv. L. Rev. 885, 902 (1985)

Gerard J. Clark, op. cit. at. ٤٨٦-٤٨٧.

Powell, op. cit. at. 902.

Kenneth R. Thomas, op. cit. at ٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

We do not inquire what the legislature meant; we ask only what the statutes mean.”^١

وقد دافع عن هذا الاتجاه جانب من الفقه الدستوري الأمريكي مؤكداً على أن الألفاظ والعبارات الواردة بالنص الدستوري تشكل أهم القيود على سلطة القاضي الدستوري في التفسير، ولا بد أن تشكل هذه الألفاظ والعبارات نقطة الانطلاق ونقطة الانتهاء في الوقت نفسه، عند ممارسة القاضي لسلطته في التفسير الدستوري.^٢

وتأكيداً لضرورة تقييد المحاكم بهذا المنهج في التفسير، ذهبت المحكمة العليا في قضية *Bowers v. Hardwick* إلى القول بأن أحكام القضاء تفقد شرعيتها، عند عدم تأسيسها على منطوق النصوص الدستورية.^٣

Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Theory of Legal Interpretation*, ١٢ Harv. L. Rev. ٤١٧, ٤١٧-٤١٨, (١٨٩٩)

Akhil Reed Amar, *Textualism and the Bill of Rights*, ٦٦ Geo. Wash. L. Rev. ١١٤٣, ١١٤٣-٤٤ (١٩٩٨).

Gerard J. Clark, op. cit. at. ٤٨٦-٤٨٧.

Frederick Schauer, op. cit. at ٨١٠. Frederick went out to say that « the text is not only the starting point, but is also in some special way the finishing point as well.”

Bowers v. Hardwick, ٤٧٨ U.S. ١٨٦, ١٩٤ (١٩٨٦). The Court concluded that “Court ... comes nearest to illegitimacy when it deals with judge-made constitutional law having little or no cognizable roots in the language ... of the Constitution.”

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ويخلاف ما تكفله هذه النظرية من احترام النصوص الدستورية وتقديسها وتوحيد التفسير الدستورية لمختلف النصوص بين المحاكم في الولايات المتحدة الأمريكية، فإن أنصار هذه النظرية يرون فيها معياراً واضحاً ومنضبطاً يحكم عملية التفسير الدستوري وضمانة جوهرية ضد تحكم القضاة أو استبدادهم بأرائهم وإحلال إرادتهم محل إرادة المشرع الدستوري، من خلال عملية التفسير،^١ ولذا فقد

أيضاً من أهم القضايا التي اتبعت فيها المحكمة العليا هذا المنهج في التفسير قضية *McCullough v. Maryland* (١٨١٩) ٣١٦ U.S. ١٧، التي دعت فيها المحكمة أن تفصل فيما إذا كان الدستور الاتحادي للولايات المتحدة يخول الكونجرس الأمريكي سلطة إنشاء بنك من عدمه. وعلى الرغم من أن نصوص الدستور تمنح الكونجرس سلطة تنظيم التجارة مع الدول الأجنبية وبين الولايات المكونة للاتحاد وكذلك سلطة سك النقود دون أن يتضمن ذلك أية إشارة سلطة للكونجرس في إنشاء بنك، أقرت المحكمة بوجود سلطة دستورية للكونجرس استناداً إلى نص المادة ١ الفقرة (٨)(١٨) والمسماة *the necessary and proper clause* التي تخول الكونجرس سلطة إصدار القوانين التي يراها ضرورية ولازمة للنهوض بمهامه الدستورية.^٢ وقد استندت المحكمة في تفسيرها لهذه المادة إلى نظرية التزام النص، فبعد أن رفضت المحكمة دفع ولاية ميريلاند القائمة على أساس تفسير كلمة (ضروري) في *the necessary and proper clause* بأنها تعني قصر سلطة الكونجرس في إصدار القوانين على حالات الضرورة المطلقة أو التصوي فقط والتي تقتضيها ممارسته لاختصاصاته الدستورية، ذهبت إلى أن كلمة (ضروري) كما وردت في النص تعني كل ما تتطلبه أو تقتضيه الحاجة وأنها لا تشير إلى بديل واحد لا يمكن أن يتحقق الهدف بدونه وإنما تشير إلى عدة بدائل طالما كان الهدف منها جميعاً تحقيق الغاية التي يتوخاها الدستور،^٣ ولتعزير رأيها، بينت المحكمة أن معنى كلمة (ضروري) – إذا جاءت منفردة – كما أوردها النص محل النزاع يختلف عن كلمة "ضرورياً بصفة مطلقة" أو *Absolutely necessary* الواردة في الفقرة ١٠ من المادة ١ التي تحظر على الولايات المكونة للاتحاد دون موافقة الكونجرس فرض رسوماً أو عوائد على الواردات أو الصادرات غير ما يكون ضرورياً بصفة مطلقة؛ لتنفيذ قوانين التفتيش والجمارك الخاصة بها، إذ إن في هذه الحالة الأخيرة فقط يمكن أن يحمل النص علي أنه يشمل فقط حالات الضرورة القصوى.

دافع عن منطق هذه النظرية عدد كبير من القضاة، ومنهم القاضي Justice Antonin Scalia أحد أقدم قضاة المحكمة العليا، بقوله أنه يتعين على المحاكم الالتزام بما أورده واضعو الدستور من ألفاظ وعبارات؛ للكشف عن إرادة المشرع، وعليها ألا تتعامل مع الأعمال التحضيرية أو الرجوع إلى آراء واضعي الدستور أو تعديلاته المختلفة ونواياهم بوصفها دليلاً موثقاً به على القصد التشريعي Conclusive source حال وضوح النص،^١ وكانت حجته في ذلك أنه لا يمكن استخلاص نية أو قصد جماعي مؤكد لدي واضعي الدستور بشأن العديد من المسائل الخلافية التي تضمنتها النصوص، وعلى فرض توافر هذا القصد، فإنه من الصعب تحديد كون القصد الواجب أخذه في الحسبان هو قصد مقدمي المادة أو التعديل أو قصد مناقشيه أو قصد من أقروه أو قصد الولايات عند التصديق عليه.^٢

David A. Strauss, *Common Law, Common Ground and Jefferson's Principle*, ١١٢ Yale L. J. ١٧١٧, ١٧٣٢-٣٩ (٢٠٠٣).

Antonin Scalia, *op.cit.* at. ٦٢.

Aileen Kavanaugh, *Original intention, Enacted Text, and Constitutional Interpretation*, ٤٧ Am. J. Juris. ٢٥٥, ٢٥٩-٦٠ (٢٠٠٢).

Antonin Scalia, *The Rule of Law as a Law of Rules*, ٥٦ U. Chi. L. Rev. ١١٧٥, ١١٨٤ (١٩٨٩).

Ralph A. Rossum, *The Textualist jurisprudence of Justice Scalia*. Claremont McKenna College, Claremont, CA ٩١٧١١. Available at <http://www.cmck.edu/salvaterra/publications/the-textualist-jurisprudence-of-justice-scalia>

Justice black and the Bill of Rights CBS News Special ٩ Sw. L. Rev. ٩٣٧ (١٩٧٧).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

على أنه إذا كانت نظرية التزام النص في مجال تفسير النصوص الدستورية - على نحو ما سلف - هي أولى نظريات التفسير التي تغول عليها المحاكم في المنازعات الدستورية لبيان معنى النص الدستوري وتعيين حدوده، إلا أنها تعجز عن إسعاف القضاة في التعرف على المعنى الحقيقي الذي قصده المشرع الدستوري لكثير من النصوص التي يشملها الدستور الأمريكي، لاسيما تلك المتعلقة بكفالة الحقوق والحريات، أو تلك المتعلقة بالقيود والضوابط على أعمال السلطات العامة سواء أكان هذا على المستوى الفيدرالي أم المستوى الداخلي للولايات،¹ ذلك أن الكثير من النصوص الدستورية قد صيغت بشكل واسع وفضفاض، واتسمت بالعمومية والمثالية والطابع النظري المجرد على حد تعبير بعض الفقه *are too abstract*.² فبينما يوجد عدد من النصوص لا تحتمل أي لبس أو تأويل فيما يتعلق بمعناها أو دلالتها على قصد المشرع، كما هو الحال بالنسبة للنصوص المتعلقة بالشروط الواجب توافرها في شخص من يتولى رئاسة الدولة في المادة الثانية من الدستور،³ وكذلك الحال بالنسبة للنص الخاص بعدم ترشح رئيس الدولة

See generally John F. Manning, "Textualism as a Nondelegation Doctrine", 97 *Colum. L. Rev.* 673, (1997).

Gerard J. Clark, op. cit. at. ٤٨٦-٤٨٧.

See also Louis Michael Seidman, *Our Unsettled Ninth Amendment: An Essay on* & ١٤٦ *Unenumerated Rights and the Impossibility of Textualism*, 98 *Cal. L. Rev.* 2129, 2 (2010). 2152-53

See U.S. Const, art.II Sec.I states: "No Person except a natural born Citizen, or a Citizen of the United States, at the time of the Adoption of this Constitution, shall be eligible to the Office of President; neither shall any person be eligible to that Office who shall
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

لولاية تالثة الوارد في التعديل الثاني والعشرين،^١ فهناك العديد من النصوص الأخرى التي تحتمل - بسبب ما تحويه من ألفاظ يكتنفها الغموض أو ألفاظ شديدة العمومية Open ended language - اللبس أو التأويل لأكثر من معنى، ويصدق ذلك خاصة على الكثير من نصوص الدستور، لاسيما تلك التي تضمنتها التعديلات الدستورية منذ وضع ميثاق الحقوق ١٧٩١ The Bill of Rights. فالتعديل الرابع عشر مثلاً حظر على الولايات المكونة للاتحاد أن تحرم أي شخص من حقه في الحياة أو الحرية أو التملك "دون تطبيق القانون على الوجه الأكمل" أو "دون اتباع الإجراءات القانونية الأصولية" **Due Process Clause**، ومنعها أيضاً من حرمان أي شخص في نطاق سلطانها من المساواة في الحماية أمام القانون Equal Protection Clause.^٢ فمثل هذه

not have attained to the Age of thirty five Years, and been fourteen Years a Resident within the United States."

See U.S. Const. Amend. XXII (No person shall be elected to the office of the President more than twice, and no person who has held the office of President, or acted as President, for more than two years of a term to which some other person was elected President shall be elected to the office of the President more than once...")

^١ تعددت ترجمات المستخدمة لمصطلح Due Process الوارد في التعديل الرابع عشر، فتارة أشير إليه على أنه الوجه الأكمل كما ورد في كتاب جيروم أ. بارون وس. توماس دينيس، الوجيز في القانون الدستوري - المبادئ الأساسية للدستور الأمريكي، (ترجمة محمد مصطفى غنيم وهند البقلي)، الجمعية المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، ١٩٩٨، ص ٣٦. وترجم المصطلح نفسه في وثائق أخرى إلى "الإجراءات القانونية الأصولية" كما ورد في موقع جامعة مينيسوتا، مكتبة حقوق الإنسان على الرابط التالي

<http://www1.umn.edu/humanrts/arab/us-con.html>

See U.S. Const. Amend. XIV, Sec. ١ ("No State shall...deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.")

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المصطلحات أو المفاهيم، (كالوجه الأكمل) و(المساواة في الحماية أمام القانون) وغيرها يصعب الوقوف على المعنى الذي قصده الشارع منها أو حقيقة ما تفرضه من قيود وضوابط على أعمال الولايات وسلطاتها؛ لأن الألفاظ المستخدمة بصيغتها لا تدل على المعنى المقصود منها، وإنما تحتاج إلى قرينة خارجية؛ لتفسر معناها.^١

والاعتماد على هذه النظرية،- كما يؤكد Louis Seidman أستاذ القانون بكلية القانون بجامعة جورج واشنطن- يتناقض وفكرة أن الحقوق الواردة في ميثاق الحقوق Bill of Rights هي حقوق واردة على سبيل المثال وليس الحصر -Un enumerated Rights،^٢ ويؤكد الرأي السابق ما نص عليه التعديل التاسع من ميثاق الحقوق الملحق بالدستور من "أن تعداد حقوق معينة في الدستور لا يجوز أن يفسر على نحو ينكر أو ينتقص من الحقوق الأخرى التي يحتفظ بها الشعب".^٣

Akhil Reed Amar, op. cit. at. ١١٤٥.

يعترف Amar أستاذ القانون بكلية القانون بجامعة يال Yale University School of Law وهو من أشد المؤيدين لنظرية التزام النص في التفسير الدستوري بقصور هذه النظرية في تعيين المعنى المحدد أو المقصود من بعض المصطلحات أو العبارات الواردة في نصوص الدستور الأمريكي وأهمها التعديل الرابع عشر للدستور، غير أنه يرى أن السبيل الوحيد والمشروع لإزالة هذا الغموض هو الاستعانة بالمصادر التاريخية لكل من نصوص الدستور وتعديلاته المختلفة. ويورد Amar أمثلة لأهم هذه المصادر التاريخية وتشمل نصوص العهد الاعظم Magna Charta (١٢١٥) وعريضة الحقوق Petition of Rights (١٦٢٨) في المملكة المتحدة وكذلك دساتير الولايات السابقة على صدور الدستور الأمريكي.

See also Louis Michael Seidman, op. cit. at. ٢٠٢-٣١.

Akhil Reed Amar, op. cit at. ١١٤٥

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ومفاد ذلك أن التعديل التاسع لم يقصر ما يتمتع به الشعب الأمريكي من حقوق دستورية على ما ورد في صلب الدستور، وإنما أقر بوجود حقوق أخرى تشملها الشرعية الدستورية دون أن ترد صراحة في الوثيقة الدستورية، تلك الحقوق يتعين على القضاء استخلاصها وهو في مقام تفسير الدستور. وقد ألزم التعديل التاسع القضاء الأمريكي بضرورة اتباع منهج موسع في التفسير الدستوري عند تحديده لهذه الحقوق وعدم التعويل على ما يضعه المشرع من قواعد في صيغة النص الدستوري فحسب، بنصه على عدم جواز تفسير الحقوق الواردة في الدستور "على نحو ينكر أو يبتقص من الحقوق الأخرى التي لم تشملها الوثيقة الدستورية بالحماية"، ولاشك أن هذا المنهج في التفسير الدستوري لتحديد الحقوق الدستورية الذي أوجبه التعديل التاسع يتعارض مع نظرية التزام النص التي تأبى التسليم بدستورية أي حقوق لم تُرد في الدستور.¹

See U.S. Const. Amend. IX stating that "the enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people

يرجع انسب الرئيس في إضافة التعديل التاسع لميثاق الحقوق الملحق بالدستور إلى اعتراض مناهضي الفيدرالية على المواد الأصلية للدستور بعد الانتهاء من صياغتها في مؤتمر فيلادلفيا وإرسالها إلى الولايات المختلفة للتصديق عليها، وقد كانت حججهم الأساسية أن نصوص الدستور تفتقر إلى وجود أي ضمانات لكفالة الحقوق والحريات الفردية و تمنح الحكومة الفيدرالية اختصاصات وسلطات واسعة لا قيد عليها ولا رقيب.

المزيد من القراءات حول التعديل التاسع لدستور الولايات المتحدة الأمريكية انظر

Northeastern Robert Allen Rutland, THE BIRTH OF THE BILL OF RIGHTS ١٧٧٦-١٧٩١, University, ١٢٠-٢٥ (١٩٩١).

(٢٠١٠). According to and ٢١٥٣-٥٤ See also Louis Michael Seidman, op. cit. at. ٢١٤٦ Seidman "the Ninth Amendment presents a similar paradox on the substantive level. Textualists tell us that judges and others should stay within the four corners of the constitutional text when deciding or opining on a constitutional issue. But the text of the Ninth Amendment prohibits us from staying within the four corners of the text ... the -Ninth Amendment expressly discredits text. It tells us that the status of putative un enumerated rights should not be determined by reference to text whether the meaning of مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

that text is derived from structure, intertextually, ordinary usage, or original intent. The Ninth Amendment therefore forces textualism to swallow its own tail.”

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المطلب الثاني نظرية المصادر الأصلية أو التاريخية Originalism Theory of Interpretation

تعد هذه النظرية من أهم النظريات التي قال بها وأيدها الكثير من الفقه والقضاء في تفسير الدستور الأمريكي،^١ وتتطلب تلك النظرية ضرورة رجوع القاضي عند تفسير النصوص الدستورية - لاسيما الغامض منها - إلى المصادر أو الوثائق التاريخية التي عاصرت مرحلة صياغة الدستور الأمريكي والتصديق عليه من الولايات المختلفة؛ من أجل التعرف على الإرادة الحقيقية للمشرع الدستوري،^٢ وقد أكدت المحكمة العليا أهمية الأخذ بهذه الآلية في التفسير الدستوري في قضية *South Carolina v. United States* بقولها: إن الدستور وثيقة مكتوبة لا يتبدل معني نصوصها على مر السنين.^٣

David A. Strauss, op. cit. at. ١٧١٨ (٢٠٠٣).

The Michael C. Dorf, Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: Case of Original Meaning, ٨٥ GEO. L.J. ١٧٦٥, ١٧٦٦ (١٩٩٧).

- David A. Strauss, op. cit. at. ١٧١٨ ("[O]riginal understandings [must] play some role in constitutional interpretation-as essentially everyone agrees."
- Michael C. Dorf, op. cit. at. ١٧٦٦ "[V]irtually all practitioners of and commentators on constitutional law accept that original meaning has some relevance to constitutional interpretation."
- Richard H. Fallon, Jr., *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, ١٠٠ HARV. L. REV. ١١٨٩ (١٩٨٧) (identifying original meanings as one of several sources that judges should strive to reconcile).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ويرد البعض من الفقه أساس تفيد القضاء بهذه النظرية في التفسير الدستوري إلى ضرورة احترام الطريق الديمقراطي الذي صيغ الدستور من خلاله The authority of the Constitution's democratic-enactment. فأساس إلزامية النصوص التي تحويها الوثيقة الدستورية - كما يرى هذا الاتجاه - هو رضاء الأمة بأحكام الدستور التي أقرها نوابها نهائياً باسمها ولحسابها؛ لذلك فإنه يتعين على القاضي للوقوف على المعنى أو المضمون الحقيقي لأي نص دستوري الرجوع إلى ما قصده واضعو الدستور من الموافقة على كل نص بعينه؛ ذلك أن مضمون الموافقة يحدد مضمون القاعدة الدستورية.^٢

is a South Carolina v. United States, 199 U.S. 437, 448 (1905). "The Constitution meant when written instrument. As such its meaning does not alter. That which it adopted, it means now."

Richard A. Primus, *When Should Original Meaning Matter*, 107 Mich. L. Rev. 118, 188(2008).

Richard A. Primus, op. cit. at. 188.

حيث يذهب الكاتب ريتشارد بريموس إلى

The command theory maintains that the Constitution has authority because it was " democratically enacted by the American People. Therefore, it continues, the Constitution must mean what the people who adopted it understood themselves to be agreeing to: As with any set of rules that rests on consent, the content of the consent determines the content of the rules; the parties can alter the rules through consensual processes, which in the case of the Constitution means through democratically enacted amendments. But until the terms of the agreement are so revised, enforcing the Constitution means enforcing the bargain that was democratically struck in the past. To do anything else would disrespect democracy by denying the people at any point in time the ability to strike democratic bargains that could be reliably enforced in the future."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ويدافع أنصار هذه النظرية عن منطقتهم بقولهم: إنه ليس في هذه النظرية أي مصادرة من جانب الأجيال السابقة لحق الأجيال اللاحقة في تفسير الدستور، إذ تستطيع الأجيال اللاحقة دوماً أن تدخل ما تراه ملائماً ومناسباً من التعديلات على الدستور، عند عدم تناسب التفسيرات مع الفكر السائد أو الظروف الاجتماعية أو السياسية، شريطة اتباع الطريق الديمقراطي الذي أوجبه الدستور للتعديل.^١

وعلى الرغم من اتفاق أنصار تلك النظرية على ضرورة الرجوع إلى المصادر التاريخية للوقوف على معنى النص الدستوري وحدوده، فإن هؤلاء الأنصار قد اختلفوا حول ماهية المصادر التاريخية التي يتعين على القاضي الرجوع إليها وأخذها في الاعتبار في التفسير الدستوري،^٢ فبينما ذهب البعض إلى ضرورة اعتداد القاضي بنية واضعي الدستور وما قصده من كل مادة أو تعديل أضيف لاحقاً، وهو الاتجاه المسمى *Intentionalism or original intent*، ذهب البعض الآخر إلى ضرورة تقييد القاضي في تفسير النصوص أو المفاهيم الغامضة بالمعنى المتعارف عليه لهذه النصوص والمفاهيم بين الناس وقت التصديق على الدستور، وهو الاتجاه المعروف بـ *The Original Meaning*. وسوف نعرض لوجهتي النظر السابقتين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: نظرية القصد الأصلي *The Original Intent*

الفرع الثاني: نظرية المعنى الأصلي *The Original Meaning*

Richard A. Primus. op. cit. at. ١٨٨.

Gregory E. Maggs, Which Original Meaning Matters to Justice Thomas?, ٤ N.Y.U. J. L. & Liberty ٤٩٤، ٤٩٦ (٢٠٠٩).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الفرع الأول نظرية القصد الأصلي The Original Intent

يرى أنصار هذا الاتجاه أن تفسير النصوص الدستورية لا بد أن يستند إلى نية واضعي الدستور أو قصدهم، وهم الأعضاء الحاضرون في مؤتمر فيلادلفيا عام ١٧٨٧ الذين يطلق عليهم "The Founding Fathers or the Framers of the Constitution"، وهذه النية يمكن استخلاصها من الأعمال التحضيرية التي صاحبت صدور الدستور وتعديلاته اللاحقة والتي تتسع لتشمل جميع الأعمال والوثائق والمناقشات والدراسات التي سبقت أو صاحبت إعداد النص الدستوري وصياغته، كما تشمل تلك الأعمال المذكرات والمقالات والخطب التي كتبت أو القيت بواسطة من شاركوا في إعداد النصوص الدستورية وصياغتها.^١

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس هناك سجل حرفي للمناقشات التي دارت في الاتفاقية، وإنما من أهم الوثائق التي اعتد بها القضاء في التفسير لتحديد المعنى الذي قصده واضعو الدستور المذكرات التي كتبها تسعة من أعضاء اتفاقية

Gerard J. Clark, op. cit. at. ٤٩٠.

Gregory E. Maggs, op. cit. at. ٤٩٦-٩٧.

Gerard J. Clark, op. cit. at. ٤٨٨.

Kenneth R. Thomas, op. cit, at. ٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

فيلادلفيا، وأهمها مذكرات جيمس ماديسون مندوب فرجينيا،^١ وقد اعتقدت المحكمة العليا في الولايات المتحدة هذا المنطق في التفسير في قضية Rhode Island v. Massachusetts.^٧ بقولها: إنه يتعين تفسير الدستور في ضوء قصد واضعيه والمعنى الذي قصده ممثلو الولايات في مؤتمر فيلادلفيا.^٢

الفرع الثاني

نظرية المعنى الأصلي The Original Meaning

تجد هذه النظرية أساسها التاريخي في النظام القانوني والقضائي الأنجلوسكسوني Common Law Tradition،^٣ ويرفض أنصارها منطق نظرية القصد الأصلي في الاعتداد بنية واضعي الدستور في التفسير الدستوري، إذ يرون

^١ تلك المذكرات التي قام بكتابتها بعض من أعضاء اتفاقية فيلادلفيا نشرت في أربعة مجلدات بعنوان

Max Farrand's classic THE RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION OF ١٧٨٧ (Max Farrand ed., rev. ed. ١٩٣٧) (four volumes) contains all the notes and records of the Constitutional Convention known as of ١٩٢٧.

٢

Rhode Island v. Massachusetts, ٣٧ U.S. ٦٥٧, ٧٢١ (١٨٢٨). The Supreme Court announced that it would interpret the Constitution according to the "meaning and intention of the convention which framed and proposed [the Constitution] for adoption and ratification to the conventions of the people of and in the several states."

٣

Gerard J. Clark, op. cit. at. ٤٩٢-٩٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أنه يلزم لتحديد مضمون النصوص الدستورية التعويل على المعنى المعقول للنص the Reasonable Meaning الذي تفاهم عليه الناس وقت إقرار الدستور.^١

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن تفسير النصوص الدستورية الغامضة لإبد أن يستند إلى مجموعة من الوثائق التاريخية الكاشفة عن المعنى المتعارف عليه للنصوص بين الناس وقت إعداد الدستور وصياغته، ومن أهمها القواميس القانونية المعاصرة لهذه الفترة وكتابات الفقه الأنجلوسكسوني في النظام القانوني الإنجليزي، باعتبارها الأصل التاريخي الذي استقى منه واضعو الدستور المبادئ والأحكام الواردة فيه،^٢ فمن خلال تلك المصادر يمكن استخلاص المعنى الذي قصدوه واضعو الدستور وإزالة ما قد يكتنف النصوص الدستورية من غموض أو قصور أو تناقض.^٣

Gregory E. Maggs, op. cit. at. ٤٩٨.

Gregory E. Maggs, op. cit. at. ٤٩٨.

من أهم كتابات الفقه التي يرى أنصار هذا الاتجاه ضرورة الرجوع إليها؛ لبيان معنى النصوص الدستورية الغامضة:

BLACKSTONE'S COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND.

^٢ يعتقد هذه النظرية عدد من قضاة المحكمة العليا الأمريكية، وعلى رأسهم القاضي الأمريكي Justice Antonin Scalia. فيذهب Scalia في معرض تفسيره لهذه النظرية إلى أن نصوص الدستور لا يجوز تفسيرها وفقاً لما اتجهت إليه إرادة واضعيها ونيّتهم، وإنما لابد من تطبيقها كما فهمها وتعارف عليها من ارتضوا أحكامها، وهم من عاصروا مراحل إعداد وصياغة وإقرار الوثيقة الدستورية. وترتّبياً على ذلك يرى Scalia أن مفهوم العقوبات الوحشية أو غير المألوفة التي حظرها التعديل الثامن لا تشمل العقوبات التي يعدها الناس كذلك في عصرنا، وإنما هي مقصورة على العقوبات التي كان المعاصرون لهذا التعديل يعدونها عقوبات وحشية أو غير مألوفة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وقد تعرضت هاتان النظريتان لموجة من الانتقادات ساقها جانب من الفقه والقضاء يمكن إيجازها فيما يلي:^١

أولاً: أنه لا يمكن الجزم بأن هناك نية أو قصداً جماعياً واحداً لواضعي الدستور يمكن تحريه في تفسير غالب نصوصه،^٢ فمن ناحية، ليس هناك سجل رسمي للمناقشات التي دارت في مؤتمر فيلادلفيا الذي أسفرت أعماله عن دستور الولايات المتحدة الأمريكية، وإنما جل ما نعرفه عن هذه المناقشات مصدره المذكرات التي كتبها تسعة فقط من أصل خمسة وخمسين عضواً في المؤتمر.^٣

للمزيد حول هذا الاتجاه في التفسير الدستوري أنظر

- Antonin Scalia, op.cit. at. ٣٨.
- Pamela S. Karlan, op. cit. at. ٣٨ (٢٠٠٩).

- Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, ٦٠ B.U. L. REV. ٢٠٤, ٢٠٥ (١٩٨٠).
- Robert W. Gordon, *Foreword: The Arrival of Critical Historicism*, ٤٩ Stan. L. REV. ١٠٢٣, ١٠٢٧ (١٩٩٧).
- Michael J. Klarman, *Antifidelity*, ٧٠ S. Cal. L. REV. ٣٨١ (١٩٩٧).
- Christopher L. Eisgruber, *The Living Hand of the Past: History and Constitutional Justice*, ٦٥ FORDHAM L. REV. ١٦١١ (١٩٩٧).

Tamas Gyorf, op. cit at. ١٠٨٠.

Keith E. Whittington, *The New Originalism*, ٢ GEO.J.L. & PUB.POL'Y ٥٩٩, ٦١١(٢٠٠٤). "Originalists should explicitly admit: Interpretation requires judgment. It is not a mechanical process, and interpretive results cannot be rigidly determined."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ومن ناحية أخرى، فإن نصوص الدستور لم تكن دائماً محل إجماع بين واضعيه، بل إن هناك العديد من المواد الخلافية التي أقرت بعد مناقشات حادة وبناء على موافقة أغلبية بسيطة من الأعضاء.^١ وأخيراً، فإن الشواهد التاريخية والصياغة الفضفاضة للنصوص الدستورية تدل على أن واضعيه لم تتجه إرادتهم على الإطلاق إلى أن تكون نواياهم مرجعاً يمكن الاستئناس به في التفسير الدستوري.^٢

Theodore J. Lowi and Benjamin Ginsberg, op. cit. at. ٢٤٢-٤٣.

١. Tamas Gyorf, op. cit. at. ١٠٠.

See Gerard J. Clark, op. cit. at. ٤٨٨-٨٩.

H. Jefferson Powell, op. cit. at. ٩٠٣-٠٤ (١٩٨٥).

٥٠١ Gregory E. Maggs, op. cit. at.

٥ ANNALS OF CONG. ٧٧٦ (١٧٩٦) (remarks of James Madison on April ٦, ١٧٩٦), available at Library of Congress, Annals of Congress, <http://memory.loc.gov/ammem/amlaw/lwac.html>

يؤكد ذلك ما ورد في مذكرات جيمس ماديسون عن مؤتمر فيلادلفيا التي أكد فيها عدم جواز التعويل على نوايا واضعي الدستور أو قصدهم في مجال التفسير الدستوري.

men Madison stated that “Whatever veneration might be entertained for the body of could never be regarded as the who formed our Constitution, the sense of that body the Constitution.” oracular guide in expounding

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

ثانياً: أن اتجاه القضاء الأمريكي في بعض من أحكامه إلى الاعتماد على إرادة واضعي الدستور أو نواياهم؛ لتحديد مضمون الحقوق والحريات التي شملها الدستور بالحماية أدي إلى التضييق من نطاق هذه الحقوق والحريات وتقييدها على نحو لا ينسجم مع التطورات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي لحقت بعدد من المفاهيم الدستورية،^١ فقد حدا هذا الاتجاه الضيق في التفسير بالمحكمة العليا في قضية *Plessy v. Ferguson*^٢، إلى أن تخلص أن مبدأ المساواة بين

يرى بعض الفقه الأمريكي أن واضعي الدستور قصدوا من وراء استخدام المصطلحات أو العبارات الفضفاضة في كثير من النصوص الدستورية، كالمساواة في الحماية أمام القانون التي يتضمنها التعديل الرابع عشر أو العقوبات الوحشية أو غير المألوفة التي يحظرها التعديل الثامن أن تكون لكل أمة إمكانية تفسيرها بما يتواءم ويتلاءم مع معتقداتها وأفكارها.

Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* at iii (1978). « the Constitution is an intentionally incomplete, often deliberately indeterminate structure for the participatory evolution of political ideals and governmental practices. »

Frederick Schauer, *op. cit.* at. ٨٠٨.

Ruth Bader Ginsberg, "Looking Beyond Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication," Remarks for the American Constitution Society, ١٤ (Aug. ٢, ٢٠٠٣). Justice Ginsberg has criticized this approach as "frozen-in-time"

يؤكد القاضي جينزبرج أحد قضاة المحكمة العليا في هذا المقال أن هذه الألية في التفسير الدستوري من شأنها أن تضييق نصوص الدستور بالجمود، ويترتب على الأخذ بها عجز النصوص الدستورية عن مسايرة التطورات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية.

٢

Plessy v. Ferguson, 162 U.S. 522 (1896).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

العنصرين (من ذوي البشرة البيضاء والبشرة الملونة) الذي أقره التعديل الرابع عشر لا يتعارض مع سياسة التمييز العنصري، مقررته مبدأ المساواة مع التفرقة Separate but equal¹. وبررت المحكمة ما انتهت إليه في حكمها بأن طبيعة الأشياء تحول دون إلغاء التمييز المبني على اللون، وأن الفصل بين مقاعد كل من الركاب أصحاب البشرة البيضاء والملونين في وسائل النقل لا يعني تقليل قيمة أحد العنصرين بالنسبة للآخر²، وعلى النهج نفسه ذهبت المحكمة عينها في قضية *Olmstead v. United States*³ إلى أنه يتعين تفسير التعديل الرابع في ضوء

دعيت المحكمة العليا الأمريكية في هذه القضية إلى إصدار حكم حول مدى دستورية أحد القوانين الصادر من ولاية لويزيانا والقاضي بضرورة الفصل بين العنصرين (من ذوي البشرة البيضاء وذوي البشرة الملونة) في جميع وسائل النقل.

عدلت المحكمة العليا عن حكمها في قضية *Plessy v. Ferguson* عام ١٩٥٤ في قضية *Brown v. Board of Education* ٣٤٧ U.S. ٤٨٣ (١٩٥٤) مؤكدة أن التعديل الرابع عشر الخاص بالمساواة يتعين تفسيره في ضوء التطورات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية التي شهدتها المجتمع الأمريكي، وليس في ضوء الظروف السائدة وقت اعتماد التعديل، وانتهت المحكمة إلى أن إنكار تكافؤ الفرص بين العنصرين في تعليم متساو وتحت تأثير العنصر فقط سوف يؤدي إلى تعميق الشعور بالانحطاط لدى العنصر الأقل حظاً، وهو ما يشكل إخلالاً صارخاً بمبدأ المساواة بين المواطنين.

The object of "*Plessy v. Ferguson*, ١٦٣ U.S. ٥٣٧, ٥٤٤ (١٨٩٦). The Court explained that the amendment was undoubtedly to enforce the absolute equality of the two races before the law, but, in the nature of things, it could not have been intended to abolish distinctions based upon color, or to enforce social, as distinguished from political, equality, or a commingling of the two races upon terms unsatisfactory to either. Laws permitting, and even requiring, their separation, in places where they are liable to be brought into contact, do not necessarily imply the inferiority of either race to the other, and have been generally, if not universally, recognized as within the competency of the "state legislatures in the exercise of their police power.

Olmstead v. U.S. ٢٧٧ U.S. ٤٢٨ (١٩٢٨).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

ما قصده واضعو الدستور وما تعارف عليه الناس وفهموه وقت صدوره.^١ وانتهت المحكمة في قضائها إلى أن حق المواطنين في الحماية ضد أعمال التفتيش أو الحجز غير المبرر لأشخاصهم وممتلكاتهم^٢ لا يشمل الحماية ضد الأعمال التي تنطوي على تنصت أو تسجيل للمكالمات الهاتفية، وإنما تقتصر الحماية - كما قصدها واضعو التعديل وفهمها من عاصروا صدوره- على أعمال التفتيش والحجز التي تتضمن تعديلاً مادياً Physical Trespass من قبل السلطات على الأشياء التي تضمنها التعديل فقط، وهي الأشخاص والمنازل والأوراق والمقتنيات.^٣

op. cit. at. ٤٦٥. The Court emphasized that « The Fourth Amendment Olmstead v. U.S., is to be construed in the light of what was deemed an unreasonable search and seizure when it was adopted ... (and) to effect the purpose of the framers of the Constitution in the interest of liberty. But that cannot justify enlargement of the language employed beyond the possible practical meaning of houses, persons, papers, and effects, or so to apply the words search and seizure as to forbid hearing or sight.

U.S. Const. amend. IV

ينص التعديل الرابع لدستور الولايات المتحدة الأمريكية على أن "من حق المواطن أن يكون آمناً على شخصه ودياره وأوراقه ومقتنياته ضد أعمال التفتيش أو الحجز غير المبرر، فلا يجوز إصدار أوامر اعتقال لأي شخص ما لم يكن هناك سبب مرجح مدعم بيمين أو قسم، وبشرط أن يحدد المكان المراد تفتيشه والأشخاص أو الأشياء المطلوب ضبطها.

Olmstead v. U.S., op. cit. at. ٤٦٥-٤٦٦ (١٩٢٨). The court explained that « the language of the amendment cannot be extended and expanded to include telephone wires, reaching to the whole world from the defendant's house or office. The intervening wires are not مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

part of his house or office, any more than are the highways along which they are stretched. Consequently the Court concluded by saying "we think, therefore, that the wire tapping here disclosed did not amount to a search or seizure within the meaning of the Fourth Amendment.

وقد عدلت المحكمة العليا عن قضائها في قضية *Olmstead v. U.S.* عام ١٩٦٧ في قضية *Katz v. United States*, ٣٨٩ U.S. ٢٤١ (١٩٦٧) وفسرت الحماية ضد أعمال التنقيش والحجز تفسيراً موسعاً؛ لتشمل بالحماية حقوق الأفراد في أن يأمنوا على أسرارهم ضد أعمال التنصت والتجسس.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المطلب الثالث نظرية الدستور الحي The Living Constitution Theory of Interpretation

تتشابه نظرية الدستور الحي The Living Constitution مع منهج التفسير المعاصر لنصوص الدستور الذي طبقته المحكمة الدستورية العليا في مصر، فهذه النظرية لا تعتمد كسالفتيها على الألفاظ أو المصطلحات الواردة في النصوص الدستورية أو على المصادر التاريخية، سواء تمثلت في قصد أو نية واضعي الدستور أم تمثلت في المعنى المتعارف عليه للنص وقت صياغته والتصديق عليه، وإنما تعول على العوامل الاجتماعية والاقتصادية والسياسية المعاصرة عند تفسير النصوص الدستورية،^١

بمعنى آخر، يرى أنصار هذه النظرية أن نصوص الدستور لا يجوز إخضاعها لفلسفة بذاتها، وإنما يتعين تفسيرها في ضوء التطورات والمستجدات في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية؛ وذلك لأن التطورات في هذه

Richard Bronaugh, Peter Barton and Aileen Kavanagh, op. cit. at. ٥٥-٥٦ (٢٠٠٣).

See also William J. Brennan, Jr., *Construing the Constitution*, ١٩ U.C. DAVIS L. REV. ٢, ٧ (١٩٨٥) ("[T]he genius of the Constitution rests not in any static meaning it might have had in a world that is dead and gone, but in the adaptability of its great principles to cope with current problems and current needs.").

See also *Marsh v. Chambers*, ٤٦٣ U.S. ٧٨٣, ٨١٦ (١٩٨٣) (Brennan, J., dissenting) "the Constitution is not a static document whose meaning on every detail is fixed for all time by the life experience of the Framers."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المجالات قد تحمل تغييراً في الأفكار والاتجاهات والميول، وهو ما يوجب على المفسر ضرورة حمل النصوص على النحو الذي يتوافق مع الاحتياجات المعاصرة لكل جيل.^١ ولتدعيم هذا الاتجاه في التفسير يؤكد أنصار هذه النظرية أن واضعي الدستور الأمريكي قد قصدوا من الصياغة الفضاضة لكثير من النصوص الدستورية، كالمساواة في الحماية أمام القانون التي يتضمنها التعديل الرابع عشر أو العقوبات الوحشية أو غير المألوفة التي يحظرها التعديل الثامن أن تكون لكل أمة إمكانية تفسيرها بما يتواءم ويتلاءم مع معتقداتها وأفكارها.^٢

وقد تعرضت هذه النظرية في التفسير لعدد من الانتقادات ساقها بعض الفقه والقضاة ممن ينتمون إلى التيار المحافظ، تكمن أهمها فيما يلي:

David A. Strauss, *The Living Constitution*, Available at <http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall10/strauss> (Last checked in ٢/١٠/٢٠١٥).

انظر أيضاً دكتور رمزي الشاعر: المرجع السابق، ص ٣٧٦ .

William H. Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, ٥٤ TEX. L. REV. ٦٩٣ (١٩٧٦),
reprinted in ٢٩ HARV. J.L. & PUB. POL'Y ٤٠١, ٤٠٢-٠٣ (٢٠٠٦).

يري القاضي Rehnquist كاتب المقال والرئيس السادس عشر للمحكمة العليا أن نصوص الدستور الأمريكي قد صيغت بحكمة وحرافية شديدة، وقصد منها أن يكون للأجيال اللاحقة سلطة تفسيرها بما يتوافق مع التطورات المعاصرة.

David A. Strauss, *The Living Constitution*, op. Cit.

- Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* at iii (١٩٧٨).»
- Frederick Schauer, op. cit. at. ٨٠٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أولاً: أن اعتماد هذه النظرية في التفسير الدستوري من شأنه منح القضاة سلطة تقديرية واسعة في تفسير النصوص الدستورية، وفقاً لرؤاهم ومعتقداتهم الخاصة في النواحي أو القضايا الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، وذلك على العكس من النظريات السابقة التي تلزم المفسر بالالتقاء بمعايير موضوعية واضحة objective criteria في التفسير الدستوري سواء أتمثلت في المصطلحات والألفاظ والعبارات الواردة في النصوص الدستورية أم تمثلت في الرجوع إلى المصادر التاريخية للتعرف على غاية واضعي الدستور أو المعني المتعارف عليه لهذه النصوص وقت وضعها.^١

ثانياً: أن التوسع في الأخذ بهذا المنهج في التفسير الدستوري يؤدي إلى الإخلال بمبدأ الفصل بين السلطات Separation of Power الذي كرسه النظام الدستوري الأمريكي، فغياب أي ضوابط موضوعية تقيد من سلطة القاضي في تفسير النصوص الدستورية قد يدفع القضاة إلى اغتصاب السلطة التشريعية التي اختص بها الدستور الكونجرس الأمريكي وإحلال إرادتهم محل إرادة المشرع، من خلال ما يصدرونه من أحكام، بمناسبة رقابتهم على دستورية القوانين.^٢

Michael S. Moore, *Do We have an Unwritten Constitution*, ٦٣, S. Cal. L. Rev. ١٠٧, ١٠٨ (١٩٨٩).

William Michael Treanor, *Against Textualism*, ١٠٣ Nw. U.L. Rev. ٩٨٣, ٩٨٣-٨٤ (٢٠٠٩).

Pamela S. Karlan, op. cit. at. ٢٩.

See also Jack M. Balkin, *Framework Originalism and The Living Constitution*, ١٠٣ Nw. (٢٠٠٩). ٦٠٢L. Rev. ٥٤٩,

وقد فند أنصار نظرية الدستور الحي بما تقدم من حجج مدافعين عن نظرياتهم بقولهم إنه وإن كان صحيحاً أن هذه النظرية تمنح القاضي في مجال الرقابة على دستورية القوانين قدرًا من السلطة التقديرية في التفسير، فإن تلك السلطة أمر فرضته طبيعة هذه الرقابة؛ لما لنصوص الدستور من طبيعة خاصة، بسبب ما تحمله من عمومية شديدة في خطابها، قصد منها أن تستوعب جميع الفروض العملية المستجدة والمتطورة. كما أن هذه السلطة الممنوحة للقاضي في تفسير النصوص الدستورية وتأويلها ليست طليقة دون قيد أو ضابط، كما يدعي ذلك معارضو هذه النظرية، بل تخضع لقيود وضوابط أهمها أن يمارس القاضي هذه السلطة في إطار نصوص الدستور والتوجهات الموضوعية العامة التي تفرضها أحكامه في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية؛ فهذه النظرية ليست

Jack Wade Nowlin, *Supreme Arogation, the Constitution is too Important to leave to Judges*, May 17 (2010). Available at <https://www.nationalreview.com/nrd/articles/238007/supreme-arrogation>

The author explained that "Indeed, when the Court seizes policymaking authority from legislatures, in violation of the Constitution, it articulates its violation as a supremacist vindication of the Constitution -- as the judicial invalidation of allegedly unconstitutional legislative action."

See also Jefferson on the Judiciary, 1820 letter to Edward Livingston, In an 1820 letter to Edward Livingston, Thomas Jefferson expressed strong views in favor of judicial restraint: "One single object... [will merit] the endless gratitude of society: that of restraining the judges from usurping legislation. And with no body of men is this restraint more wanting than with the judges of what is commonly called our General Government..." available at http://ballotpedia.org/Judicial_restraint/cite_note

Richard Bronaugh, Peter Barton and Aileen Kavanagh, op. cit. at. 70. "The Primary constraint of this nature is the text of the constitution itself and the standards contained within it."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول 2016

دعوة إلى الخروج على صريح النصوص والمبادئ التي يتضمنها الدستور أو تحريفها، وإنما فقط تخول القضاة سلطة تفسير تلك النصوص والمبادئ وتطويرها بما يتلاءم مع التطورات العصرية حتى تكون صالحة للتطبيق أطول فترة ممكنة.^١

ورداً على الحجة الثانية التي يتمسك بها معارضو هذه النظرية، يؤكد أنصار نظرية الدستور الحي أن هذه النظرية لا يمكن أن تتطوي على أي إخلال بمبدأ الفصل بين السلطات أو اغتصاب للصلاحيات الدستورية المقررة للسلطة التشريعية لسببين رئيسيين، يكمن أولهما في أن سلطة القاضي في الرقابة على دستورية القوانين تخضع لمجموعة من القيود والضوابط استقرت عليها أحكام المحكمة العليا بما يكفل دائماً احترام مبدأ الفصل بين السلطات وأهمها أن الاختصاص بالرقابة على دستورية القوانين لا يباشره القاضي من تلقاء نفسه، وإنما بناء على طلب الخصوم.^٢ أما السبب الثاني، فيرجع إلى أن هذه الآلية في أنفسير الدستوري لا

.٧٠ Richard Bronaugh, Peter Barton and Aileen Kavanagh, op. cit. at.

Stephen R. Munzer and James W. Nickel, *Does the Constitution Mean What it Always Meant?*, ٧٧ Colum. L. Rev. ١٠٢٩, ١٠٤٤ (١٩٧٧).

See also Jack M. Balkin, op. cit. at. ٦٠٠-٠١ (٢٠٠٩). Balkin opined that "under this model of living constitutionalism, successive generations may not reject the how best to honor, implement, Constitution's text and principles, but they may decide "and doctrinal implementations. constructions and apply them through constitutional

Ashwander v. Tennessee Valley Authority, ٢٩٧ U.S. ٢٨٨, (١٩٣٦).

انظر أيضاً دكتور فؤاد العطار، كفالة حق التقاضي، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى، العدد الثاني، سنة ١٩٥٩، ص. ٦٣٨-٣٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

تتضمن منح القاضي أي سلطة أو صلاحية في بسط رقابته؛ لبحث أو تقدير مدى ضرورة التشريع أو مدي ملائمته أو ماهية البواعث التي دفعت بالمشرع إلى إصداره، فتلك الأمور يستقل المشرع بتقديرها - في حدود ما قرره الدستور - ويقتصر دور القاضي على الحكم بدستورية القوانين المطعون فيها أو عدم دستورتيتها دون أن يكون له في الحاليتين سلطة تصحيحها أو تعديلها على النحو الذي يضمن توافقها مع نصوص الدستور.^١

وقد أجمل دكتور فؤاد العطار القيود والضوابط التي حددتها المحكمة العليا في الرقابة على دستورية القوانين فيما يلي:

- ١- "لا يجوز للقضاء أن يبحث عيب القانون ومخالفته للدستور إلا عند تطبيق أحكامه على نزاع معين في صورة خصومة قضائية، ولا يجوز له أن يبدي رأيه على سبيل الإفتاء.
- ٢- لا يجوز للقضاء أن يتعرض لعيب مخالفة أحكام الدستور إلا إذا اقتضى الفصل في النزاع ذلك، أما إذا أمكن نظر النزاع على أساس آخر، كأن يجتمع عيب آخر مع عيب مخالفة أحكام الدستور، وجب على القضاء أن يقتصر في نظر النزاع على هذا العيب الآخر فيقضي بإلغاء القرار المطعون فيه بسببه لا بسبب عيب مخالفة أحكام الدستور، ومن ثم يكون هذا العيب الأخير ذا صفة احتياطية، لا يتعرض له القاضي إلا إذا انعدمت العيوب الأخرى.
- ٣- ولئن كان القضاء يختص برقابة دستورية القوانين، إلا انه لا يقضي ذلك من تلقاء نفسه، وإنما بناء على طلب الخصوم. وفي هذه الحالة يجب أن يكون ذلك في المجال وبالقدر الذي يسمح بالفصل في الخصومة المطروحة أمامه. ويتفرع عن ذلك أنه لا يجوز للقضاء أن ينظر في عيب مخالفة القانون لأحكام الدستور بطريق الدعوى الأصلية، وإنما بشكل دفع فرعي في نزاع مطروح.
- ٤- يجب أن يكون القرار الصادر تطبيقاً للقانون المعيب، قد أضر بحق الطاعن، وإلا فلا وجه للتعرض له.
- ٥- لا يجوز استبعاد القانون من نطاق التطبيق على النزاع، إلا إذا ثبت على وجه اليقين أنه مخالف للدستور. فإذا قام شك في دستوريته، كان على القضاء أن يطبق القانون، إذ إن الأصل أن يصدر القانون على مقتضى أحكام الدستور ما لم يثبت العكس.
- ٦- لا تقضي المحكمة بإلغاء القانون، وإنما تمتنع عن تطبيقه. ومن ثم يظل القانون قائماً فيصح لمحكمة أخرى تطبيقه إذا رأت أنه دستوري، ما لم يكن الحكم بعدم دستوريته صادراً من المحكمة العليا."

Richard Bronaugh, Peter Barton and Aileen Kavanagh, op. cit at. ٧٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وبالرغم من الاختلاف الفقهي والقضائي حول مدى ملائمة الأخذ بهذه النظرية في التفسير الدستوري، فإن أحكام المحكمة العليا قد استقرت منذ أمد بعيد على أهمية الأخذ بهذه الآلية في التفسير، لاسيما في مجال تحديد مضمون الحقوق والحريات التي شملها الدستور بالحماية ونطاقها، فنجد رئيس المحكمة العليا Justice John Marshall في قضية *McCulloch v. Maryland* يقرر في معرض حديثه عن الدستور الأمريكي أن واضعيه قد قصدوا أن تدوم نصوصه لفترات طويلة وهو ما يقتضي تفسيرها وتطويرها بما يتوافق ويتلاءم مع التطورات والأزمات الإنسانية المختلفة.

The constitution is "intended to endure for ages to come, and consequently to be adapted to the various crises of human affairs."

وتبنت المحكمة العليا أيضاً هذا الاتجاه في التفسير الدستوري؛ للعدول عن عدد من المفاهيم والمبادئ القانونية التي سبق أن استقرت عليها في سوابقها القضائية، ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا المجال ما انتهت إليه المحكمة العليا في *Brown v. Board of Education* من أن سياسة التفرقة العنصرية ومبدأ المساواة مع التفرقة السابق إقرارهما في قضية *Plessy v. Ferguson* يمثلان انتهاكاً صارخاً لمبدأ المساواة في الحماية أمام القانون الذي أقره التعديل الرابع عشر لدستور الولايات المتحدة الأمريكية.

McCulloch v. Maryland, 17 U.S. 316, 344 (1819).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وقد بينت المحكمة في حيثيات حكمها أنه لا يجوز تفسير مفهوم مبدأ المساواة في ضوء الأفكار والمفاهيم السائدة وقت إصدار التعديل، وإنما يتعين لتقدير اتفاق سياسة التمييز العنصري بين الجنسين الأبيض والأسود في مجال التعليم والالتحاق بالمدارس والجامعات الحكومية أو تعارضها مع مبدأ المساواة من عدمه النظر إليها في ضوء ما أسفرت عنه التطورات الحياتية المعاصرة في مجال التعليم، وفي ضوء أهمية التعليم لتقدم الأمم وازدهارها، خاصة أن كثيراً من الولايات أصدرت قوانين تحظر بموجبها سياسات التمييز العنصري في المدارس الحكومية التابعة لها،^١ وانتهت المحكمة إلى أن إنكار تكافؤ الفرص بين العنصرين في تعليم متساو وتحت تأثير العنصر فقط من شأنه أن يؤدي إلى تعميق الشعور بالانحطاط لدى العنصر الأقل حظاً ويؤثر بالسلب على دافعية الأطفال في التعلم، وهو ما يخل بمبدأ المساواة.^٢

وباتباع المنهج عينه في التفسير عدلت المحكمة العليا في قضية *Katz v. United States* عن قضائها في *Olmstead v. United States* حيث أكدت أن حق الأشخاص في الحماية ضد أعمال التفتيش أو الحجز غير المبرر لأشخاصهم أو ممتلكاتهم المنصوص عليه في التعديل الرابع لا يجوز تفسيره على

٢ (١٩٥٤). The court stated that “ in *Brown v. Board of Education*, ٣٤٧ U.S. ٤٨٣, approaching this problem, we cannot turn the clock back to ١٨٦٨ when the amendment was adopted, or even to ١٨٩٦ when *Plessy v. Ferguson* was written. We must consider public education in the light of its full development and its present place in American life through Nation. Only in this way can it be determined if segregation in public schools deprives these plaintiffs of the equal protection of the laws.”

See also Jack M. Balkin, op. cit. at. ٥٩٣-٩٤.

١٩٤ op. cit at. *Brown v. Board of Education*,

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

نحو يقصر الحماية على حالات التعدي المادي على الأشخاص أو الممتلكات -
فقه التعدي المادي أو Physical trespass Doctrine^١ - كما تصور ذلك
واضعو الدستور وإنما يتعين تفسيره في ضوء ما قد يفرزه التطور العلمي
والتكنولوجي من وسائل وأساليب حديثة للتجسس أو التنصت على أساس أن
الغرض الرئيسي من التعديل هو حماية حق الأشخاص في الخصوصية وليس
حماية الأماكن،^٢ وخلصت المحكمة استناداً إلى ذلك إلى أن أعمال التنصت
والتجسس على المحادثات التليفونية وتسجيلها يتناقض مع مضمون الحماية
الدستورية التي يقرها التعديل الرابع ويشكل انتهاكاً صارخاً لحرمة الحياة الخاصة
للمواطنين.^٣

^١ فقه التعدي المادي أو Physical Trespass Doctrine هو الفقه الذي سبق أن أقرته المحكمة العليا في قضية
Olmstead v. United States وهي بصدد تفسيرها للتعديل الرابع من دستور الولايات المتحدة الأمريكية، إذ
أوضحت المحكمة أن التعديل الرابع يحظر فقط أعمال التعدي المادي التي قد تنتهك حق المواطنين في
الخصوصية، وانتهت المحكمة في هذه القضية إلى الحكم بدستورية أعمال السلطات الفيدرالية في التنصت وتسجيل
المحادثات التليفونية الخاصة بالمواطنين على أساس أنها لا تنطوي على أي تعدي مادي على أشخاص المواطنين أو
ممتلكاتهم

^٢ Katz v. United States, ٣٨٩ U.S. ٣٤٧, ٣٥ (١٩٦٧).

^٣ Katz v. United States, op. cit. at. ٣٥٣-٥٤ (١٩٦٧).

الفصل الثاني

دور القانون الدولي لحقوق الإنسان في مجال التفسير الدستوري

بعد أن تناولنا في الفصل السابق مختلف الآليات والوسائل التي يمكن أن يستأنس بها القضاء الدستوري في تحديد مضمون النصوص الدستورية عموماً، فإننا نعرض من خلال هذا الفصل لواحدة من أهم الآليات التي استحدثتها النظم القانونية والقضائية المقارنة في تفسير النصوص الدستورية عموماً والنصوص المتعلقة بالحقوق والحريات الدستورية خاصة، وهي المتعلقة بتفسير الدستور في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان.

ولدراسة موضوع التفسير الدستوري في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان على نحو شامل ينبغي أن نعرض لمدي مشروعية الاستعانة بهذه القواعد في التفسير الدستوري، ثم نعرض لموقف القانون والقضاء المقارن من الالتجاء إلى قواعد القانون الدولي في تفسير الحقوق والحريات محل الحماية الدستورية، وأخيراً نعرض لأهم التطبيقات القضائية لهذا الاتجاه في التفسير في كل من قضاء المحكمة الدستورية بمصر والمحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية، ولذا فإننا نرى تقسيم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، على النحو التالي:

- المبحث الأول: الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري.
- المبحث الثاني: موقف القانون والقضاء المقارن من الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري.
- المبحث الثالث: الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا بمصر والمحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية.

المبحث الأول

الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري

تعد الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في مجال التفسير الدستوري من أكثر الآليات المثيرة للجدل بين الفقه والقضاء، وسوف نعرض فيما يلي لأساس رجوع القضاء إلى قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري، ثم للجدل الفقهي حول مشروعية هذا الرجوع، وتبعاً لذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى المطلبين التاليين:

- **المطلب الأول:** أساس الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري
- **المطلب الثاني:** الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان بين الإنكار والتأييد

المطلب الأول

أساس الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري

تمثل حقوق الإنسان في نظر الفقه قيمة إنسانية رفيعة بمقتضاها يتمتع كل كائن إنساني بحقوق طبيعية تتبع من إنسانيته، أي تنبثق من كرامته الإنسانية.^١ ومن ثم فإن أفكار حقوق الإنسان ماهي الا تعبير عن فلسفة القانون الطبيعي الذي يرى أنصاره أن الأفراد يتمتعون بحقوق أساسية بحكم طبيعتهم الإنسانية، فهذه الحقوق لا تحتاج لإقرارها إلى اعتراف من جانب المشرع؛ لأنها تنشأ للأفراد بمجرد ميلادهم، استناداً إلى طبيعتهم الإنسانية، باعتبارها السبيل الوحيد للأفراد حتى ينعموا بحياتهم داخل المجتمع.^٢

وإذا كان صحيحاً القول إن الأفراد في الدولة القانونية الحديثة يتمتعون بالحقوق والحريات بناء على إرادة المشرع الدستوري، فقد كانت أفكار حقوق الإنسان التي تستمد جذورها من أفكار القانون الطبيعي مبعثاً للمشرع الدستوري في العديد من دول العالم، فراح يستوحي منها الكثير من الحقوق ويضمنها في الدساتير وإعلانات الحقوق،^٣ ومن ثم تحولت حقوق الإنسان في الدولة القانونية

^١ دكتور احمد فتحى سرور : الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٣٨.

^٢ المرجع السابق، ص ٣٤.

Maurice Cranston, WHAT ARE HUMAN RIGHTS? ١ (Taplinger Pub. Co. ١٩٧٢) opining that "Human rights is a twentieth-century name for what has been traditionally known as natural rights or, in a more exhilarating phrase, the rights of man."

Cindy G. Buys, *Burying Our Constitution in The Sand ? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Interpretation*, ٢١

BYU J. Pub. L. ١, ٢٥-٢٩ (٢٠٠٧).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

إلى حقوق وحرريات ذات طابع قانوني وضعي تتمتع بالقيمة الدستورية، وتكفل الدولة احترامها وحمايتها من أي انتهاك، وعبر عن ذلك البعض بالقول "فكرة الحقوق والحرريات تنتقل فكرة حقوق الإنسان من المجال الأخلاقي إلى المجال القانوني، ضمانا لاحترامها وحمايتها في مواجهة السلطة، وتوفيقا بينها وبين مقتضيات التقدم العلمي."¹ وبمعنى آخر فإن فكرة الحقوق والحرريات قد تجاوزت المجال الأخلاقي إلى المجال القانوني، فاكتملت بذلك قيمة قانونية ووضعية تحفظ لها قدسيته واحترامها.

يناقش المقال الدور الذي لعبته قواعد القانون الطبيعي ومبادئه، ومن بعدها قواعد حقوق الإنسان في صياغة وثيقة الحقوق في الولايات المتحدة الأمريكية وأثر ذلك على أحكام المحكمة العليا التي استندت في كثير منها إلى تلك القواعد والمبادئ إما لتفسير ما تضمنته الوثيقة من حقوق وإما للكشف عن الحقوق والحرريات الأساسية التي لم تتضمنها الوثيقة واضفاء الطبيعة الدستورية عليها، ويؤكد كاتب المقال أن التعديل التاسع الذي يقضي بأن ما ورد في الدستور من حقوق لا يمكن تفسيرها على نحو يؤدي إلى إنكار تمتع المواطنين بغيرها من الحقوق التي لم ترد في الوثيقة يدل على حرص واضعي الدستور على تأكيد أن ما يتمتع به الأفراد من حقوق دستورية في الولايات المتحدة الأمريكية هو سابق على وجود الدستور وغير مفيد بما ورد فيه من حقوق، وإنما يتسع ليشمل كل الحقوق التي يقرر القضاء انها تتمتع بالحماية الدستورية.

ويستشهد كاتب المقال بأراء ومواقف العديد من قضاة المحكمة العليا، ومنها موقف القاضي Justice Joseph Story في قضية (1822) *United States v. Jeune Eugenie*، إذ استخلص القاضي Story من قواعد القانون الطبيعي ومبادئه وقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان ما يؤكد وجود اتجاه دولي لمنع تجارة العبيد وحظرها، على الرغم من إجازة بعض النظم الديمقراطية آنذاك تملك وشراء وبيع العبيد.

انظر أيضاً دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحرريات، ص 37-41 الذي عرض فيه لأهم الدساتير والإعلانات الدستورية المستوحاة من مبادئ القانون الطبيعي وحقوق الإنسان، ومنها: العهد الأعظم *Magna Carta* سنة 1215 في إنجلترا ووثيقة الحقوق *Bill of Rights* سنة 1791 بالولايات المتحدة الأمريكية وإعلان حقوق الإنسان والمواطن *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* سنة 1789 في فرنسا الذي أحالت إليه ديباجة دستور 1958 الفرنسي والميثاق الكندي للحقوق والحرريات *Canadian Charter for Rights and Freedoms* الصادر سنة 1982 والذي تضمنه الدستور الكندي بين ثناياه ودستور دولة بنين الصادر سنة 1990 والمتضمن نصوص الميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان وحقوق الشعوب *African Charter on Human and Peoples Rights* الصادر سنة 1981.

¹ دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحرريات، ص 35.

ومن هنا يتضح التلازم والارتباط الوثيق بين مفهوم الحقوق والحريات محل الحماية الدستورية من ناحية وبين حقوق الإنسان من ناحية أخرى، وهو ما حدا بالقضاء الدستوري في كثير من دول العالم إلى الاعتماد على القواعد الدولية لحقوق الإنسان بخصوص التفسير الدستوري للحقوق والحريات ذات الشرعية الدستورية، على أساس أن هذه الأخيرة تستمد جذورها من أفكار حقوق الإنسان ومفاهيمها.

وقد كان لقواعد القانون الدولي المتعلقة بحقوق الإنسان دور عظيم الأثر في تطوير معنى ونطاق الحقوق والحريات التي تحظى بالحماية الدستورية وتقييد سلطات الدولة ومنعها من التغول عليها، فاستطاع القضاء الدستوري من خلال الاستعانة بقواعد القانون الدولي في التفسير الأخذ بمفاهيم حقوق الإنسان في تحديده لمضمون الحقوق والحريات محل الحماية الدستورية واستخلاص عدد من الحقوق لم يدخلها المشرع الدستوري في إطار الحقوق والحريات التي تتمتع بالقيمة الدستورية، وذلك بوصفها أساسية و لازمة لمجتمع تسوده قيم الديمقراطية وسيادة القانون¹. وقد تجلت أهمية هذه الآلية في التفسير في الدول التي لا تعالج دستايرها الموضوعات المتعلقة بالحقوق والحريات الدستورية معالجة واضحة ومفصلة، وإنما تكفي بالإشارة في عدد محدود من النصوص لأهم الحقوق والحريات الأساسية التي اضفى عليها المشرع الدستوري الحماية الدستورية².

¹ دكتور أحمد فتحي سرور: المرجع السابق ص ٣٥-٣٦.

² تتفاوت الدساتير فيما تتضمنه من حقوق وحريات دستورية وأيضاً في مدى تفصيلها لهذه الحقوق والحريات، فبينما تذهب بعض الدساتير إلى تخصيص عدد محدود من المواد يتناول بعض الحقوق والحريات الأساسية، تذهب دساتير أخرى إلى تخصيص حيز واسع لتعداد الحقوق والحريات تعدداً أكثر إيضاحاً وتفصيلاً، فمن الدساتير التي نصت على عدد محدود من الحقوق والحريات في صلبها الدستور الأمريكي والدستور الفرنسي، ومن أمثلة الدساتير التي عنيت بتعزيز الحقوق والحريات عنابة أكثر تفصيلاً الدستور المغربي والدستور الإسباني.

راجع عبد الرحمن السحمودي، مكانة حقوق الإنسان في الدستور المغربي من خلال الفقه والقضاء الدستوريين، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، عدد ٥٦، مايو - يونيو ٢٠٠٤، ص ٩٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

على أنه يتعين التمييز بين القوة الإلزامية لقواعد القانون الدولي المتعلقة بحقوق الإنسان ونفاذها في النظام القانوني الداخلي وبين التفسير الدستوري في ضوء هذه القواعد، فقواعد القانون الدولي يتوقف نفاذها في القانون الداخلي على إرادة الدولة وليس على قوة القاعدة الدولية أياً كان مصدرها، كما تستمد قوتها الإلزامية من القانون الداخلي الذي يحدد مرتبتها بين القواعد القانونية.^١

وفي مقام تلك القوة الإلزامية لقواعد القانون الدولي تتباين مواقف الدول بحسب ما يضيفه النظام الدستوري على تلك القواعد من قوة إلزامية.^٢ فيذهب الاتجاه الأول من الدول رغم ندرة الأخذ بهذا التجاه إلى منح قواعد القانون الدولي قوة إلزامية أعلى من القواعد الدستورية الواردة في النظام القانوني وهو ما يطلق عليه *Supra-Constitutionalism*.^٣ ويمكن استخلاص هذا الاتجاه من بعض الدساتير الأوروبية كدستور هولندا الصادر في ١٧ فبراير ١٩٨٣ الذي تضمن الإشارة في أكثر من موضع إلى تأكيد مبدأ سمو القواعد الدولية الواردة في المعاهدات الدولية وقرارات المنظمات الدولية على جميع القواعد القانونية الداخلية.^٤

^١ دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٨٠.

^٢ وتجدر الإشارة في ذلك الصدد إلى أن معظم تلك الدساتير وإن حسمت الخلاف حول القوة الإلزامية لقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان الناشئة عن المعاهدات والاتفاقيات الدولية لم تتطرق البتة إلى تحديد القوة الإلزامية للقواعد الدولية غير المكتوبة، سواء أكانت قواعد عرفية أم مبادئ عامة للقانون.

Yuval Shany, *How Supreme is the Supreme Law of The Land? Comparative Analysis of the Influence of International Human Rights Treaties upon The Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts*,^{٣١} BROOK. J. INT'L L. ٣٤١, ٣٥٦ (٢٠٠٦).

The Constitution of Netherland of ١٧ February ١٩٨٣ stipulates in article ٩١(٣)- ٩٤.”

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وقد حذت دولة بلجيكا حذو هولاندا، فعلى الرغم من اتجاه جانب من الفقه في ظل غياب نص دستوري صريح إلى القول بان النظام الدستوري البلجيكي لم يقرر لقواعد القانون الدولي سوى مرتبة إلزامية أدنى من القواعد الدستورية وأعلى من القواعد القانونية الأخرى^١ مستشهدين في ذلك بحكم محكمة النقض في بلجيكا في قضية *Etat Belge v. Fromagerie Franco-Suisse Le Ski* التي انتهت فيه إلى ترجيح تطبيق القواعد الدولية على قواعد التشريعات الوطنية،^٢ إلا أن محكمة النقض البلجيكية عادت في ٢٠٠٤ بخصوص إحدى الدعاوى *Vlaamse Concentratie v. Centre* والمعروفة بـ *Pour L'egalite des Chances el La Lutte Contre le Racisme* فأكدت سمو القواعد القانونية الواردة في الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية على القواعد الدستورية ذات الصلة بالحقوق والحريات، بقولها

Anne Peters, *Supremacy Lost: International law Meets Domestic Constitutional law*,^٣ Citing the Cassation Court of Belgium 'When the conflict (٢٠٠٩). ICL-Journal ١٧٠, ١٧٧ law having direct effect is one between a rule of domestic law and a rule of international prevail; its pre- within the domestic legal order, the rule established by the treaty must "eminence follows from the very nature of international treaty law.

Cour de Cassation de Belgique (Première Chambre), P. ٢٦, ٢٧ Mai ١٩٧١ (Etat belge c/S.A. Fromagerie Franco- Suisse Le Ski. P. ٢٦

La Cour a affirmé que « les conflits entre la règle communautaire et les règles nationales doivent être résolus par l'application du principe de la primauté de la règle communautaire. » <http://aei.pitt.edu/٣٦٥٣١/١/A٢٧٠٠.pdf> (٢٧/١/٢٠١٤) last accessed.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

“la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prime la Constitution”^١

أما الاتجاه الثاني من الدول فيمنح قواعد القانون الدولي العام قوة إلزامية مساوية للقواعد الدستورية، وهو ما يطلق عليه Constitutionalisation of International Law^٢. ومن الدساتير التي اعتنقت هذا الاتجاه بنصوص صريحة دستور دولة الأرجنتين وإن كان قد قصر هذه القوة الإلزامية على القواعد الدولية المنصوص عليها في بعض المعاهدات والاتفاقات الدولية المتعلقة بحقوق

Cour de Cassation de Belgique (deuxieme Chambre), ٩ Novembre ٢٠٠٤, (Vlaamse Concentratie v. Centre Pour L'egalite des Chances et La Lutte Contre le Racisme.

http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-٢٠٠٤١١٠٩-١٣.

(٢٧/١٠/٢٠١٤) last accessed

وتتلخص وقائع هذه القضية في قيام أحد الأحزاب اليمينية المتطرفة **VLAAMSE CONCENTRATIE** بنشر عدد من الأفكار المتطرفة والعدوانية في دولة بلجيكا، منها انتهاج سياسات عدائية ضد المهاجرين المقيمين في دولة بلجيكا وتحريض مجموعات الفلندرز أو Flanders على الانفصال عن دولة بلجيكا (وهم مجموعة الأشخاص المتحدثين باللغة الألمانية و الموجودين بشمال بلجيكا)، وقد ترتب على تلك السياسات صدور قرار يمنع هذا الحزب من المشاركة في أي مستوى من مستويات الحكم، وعند عرض الأمر على القضاء، أكدت محكمة الاستئناف ومن بعدها محكمة النقض البلجيكية مشروعية القرار الصادر بحق الحزب استناداً إلى مخالفة الحزب وبعض مؤسساته قانون مناهضة التمييز العنصري.

٢

See Holly Jarmul, *The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts*, ٢٨ N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. ٣١١, ٣٣٤ (١٩٩٦). Discussing the status of the European HR Convention as Constitutional Law.

Janet K. Levit, *the Constitutionalization of Human Rights in Argentina, Problem or Promise?*, ٣٧ Colum. J. Transnat'l. L. ٢٨١ (١٩٩٩).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الإنسان.^١ وأما الاتجاه الثالث من الدول فيمنح قواعد القانون الدولي العام قوة إلزامية أعلى من القانون، ولكن أدنى من الدستور، وهو ما يطلق عليه Quasi-Constitutionalization.^٢ وقد أخذ بهذا الاتجاه عدد كبير من الدول العالم، نذكر من ذلك مثلاً الدستور الألماني الذي نص صراحة على أن تكون قواعد القانون الدولي العام جزءاً لصيقاً من النظام القانوني الألماني، وأن تكون لها قوة إلزامية أعلى من القوانين الفيدرالية،^٣ كما أخذ بالاتجاه ذاته كل من دساتير دولة فرنسا لعام ١٩٥٨^٤ واليونان لعام ١٩٧٥^١ والتشيك لعام ١٩٩٢^٢ وسلوفاكيا لعام

See Holly Jarmul, op. cit. at. ٣٣٤.

See Arg. Const. Art. ٧٥, cl. ٢٢ (١٨٥٣ as amended in ١٩٩٤).

ذهب الدستور الأرجنتيني بعد أن أضفى على المعاهدات والاتفاقيات الدولية قوة إلزامية أعلى من القوانين العادية وأدنى من الدستور إلى الاعتراف صراحة للعديد من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان بذات القيمة الإلزامية للنصوص الدستورية وعد أحكامها مكملة للدستور، ومن هذه الاتفاقيات: الاتفاقية الأمريكية للحقوق والواجبات والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية واتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها والاتفاقية الدولية لمنع كافة أشكال التمييز العنصري واتفاقية منع كافة أشكال التمييز ضد المرأة واتفاقية مناهضة انتحديب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة واتفاقية حقوق الطفل. وتجدد الإشارة إلى أن الدستور الأرجنتيني لم يقصر هذه المكانة السامية على تلك المعاهدات السابقة الإشارة إليها فحسب، وإنما أجاز أن تكون لمعاهدات حقوق الإنسان التي قد تنشأ مستقبلاً قوة النصوص الدستورية، شريطة حصولها على موافقة أغلبية ثلثي أصوات مجلسي البرلمان.

Yuval Shany, op. cit. at. ٣٥٧.

Grundgesetz (the German Constitution) art. ٢٥ (F.R.G.).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول (٢٠١٦).

١٩٩٢^٣. أما الاتجاه الرابع من الدول فيذهب إلى وضع المعاهدات الدولية في مصاف القواعد التشريعية، مثل الدستور المصري لعام ٢٠١٤ والذي نص في المادة ١٥١ "يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية، ويبرم المعاهدات، ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور...."^٤. وتبنى الاتجاه نفسه دساتير كل من عمان^١ وتركيا^٢ والكويت^٣ والبحرين^٤.

Constitution de la France art. ٥٥، ١٩٥٨ »

Greek Constitution art. ٢٨(١)

Czech Constitution art. ١٠

Slovakia Constitution art. ٧ § ٤

^٤الدستور المصري لعام ٢٠١٤ مادة ١٥١.

راجع حكم المحكمة العليا في جلسة ١ مارس ١٩٧٥ في القضية رقم (٧) لسنة (٢) قضائية "دستورية"، الجزء ١٥، ص ٢٢٨. إذ أكدت المحكمة العليا أن المعاهدات الدولية لا تتجاوز مرتبتها مرتبة القانون العادي بقولها "إن الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في ١٠ من ديسمبر سنة ١٩٤٨ ووقعته مصر لا يعدو أن يكون مجرد توصية غير ملزمة وليست له قيمة المعاهدات الدولية المصدق عليها، وحتى بالنسبة إلى هذه المعاهدات ليست لها قيمة الدساتير وقوتها ولا تتجاوز مرتبتها مرتبة القانون ذاته هذا فضلاً عن أن القرار بقانون المطعون فيه لا يناهض الإعلان العالمي لحقوق الإنسان فقد نصت المادة ٢٩ منه في فقرتها الثانية على أن الفرد يخضع في ممارسة حقوقه لتلك القيود التي يقرها القانون لضمان الاعتراف بحقوق الغير وحياته واحترامها ولتحقيق المقترضات العادلة للنظام العام والمصلحة العامة والأخلاق في مجتمع ديموقراطي، ومن ثم فإنه متى اقتضت موجبات النظام العام في البلاد الذي يستمد حدوده أساساً من الشريعة الإسلامية حظر المحافظ البهائية ووقف نشاطها فلا تثريب على هذا الحظر ولا تنافر بينه وبين الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، ومن ثم يكون هذا الوجه غير قائم على أساس سليم.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أما التفسير الدستوري المستند إلى قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان فهو يعني استعانة القاضي بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان باعتبارها مصدراً كاشفاً لتحديد مضمون الحقوق والحريات الدستورية ونطاقها، بمعنى آخر فإن مضمون الحقوق والحريات الدستورية ونطاقها يتحدد -وفقاً لهذه الآلية في التفسير- في ضوء مستويات الحماية المسلم بها لهذه الحقوق في النظام العالمي والنظم الديمقراطية،^٥ وبذلك فإن تلك الآلية في التفسير - على حد تعبير بعض الفقه - ما هي إلا "ضوء يبين النصوص الدستورية فيما يتعلق بالشرعية الدستورية، فيحدد نطاقها ومقصدها في الدولة القانونية"^٦ ولا تعني على الإطلاق إضفاء الطابع الدستوري أو قيمة إلزامية على أي من قواعد القانون الدولي بذاتها.

ومن ثم فإن ما يستخلصه القاضي الدستوري، في إطار تلك الآلية في التفسير، من حقوق أو تحديد لمضمونها يتمتع بقيمة دستورية لا على أساس تمتع

^١ دستور دولة عمان المادة ٧٦.

٢

Turkish Const. Art. ٩٠

^٣ دستور دولة الكويت، المادة ٧٠.

^٤ دستور دولة البحرين، المادة ٣٧ (١).

٥

Johanna Kalb, *Human Rights Treaties in State Courts: the International Prospects of State Constitutionalism After Medellin*, ١١٥ Penn St. L. Rev. ١٠٥١, ١٠٥٨-٥٩ (٢٠١١).
viewing that international law should be " a source for non-binding but persuasive authority in state Constitutional or statutory interpretation.

^٦ دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٨١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

القواعد الدولية التي عبرت عنها بقيمة دستورية ملزمة، بل على أساس أن الاعتراف بتلك الحقوق مفترض أولي لإقامة نظام ديمقراطي ومتطلب أساسي لإعمال مبدأ سيادة القانون، وهو ما يعني أن القيمة الدستورية لهذه الحقوق مصدرها الدستور نفسه، بوصفها مستخلصة بطريق غير مباشر من مبادئ النظام الديمقراطي وسيادة القانون التي تتضمنها الدساتير،^١ ومن ثم فإن اتباع القاضي لهذه الآلية في التفسير الدستوري لا يشكل انتهاكاً لنصوص الدستور التي تحدد القوة الإلزامية لقواعد القانون الدولي في المجال الداخلي أياً كانت القوة الممنوحة لهذه القواعد.

والحق أنه لا يمكن القول بأن هناك تحديداً معيناً لقواعد القانون الدولي التي يمكن أن تمثل سنداً للمحاكم الداخلية في مجال التفسير الدستوري، وإنما الملاحظ أن ما اعتمدت عليه الأحكام القضائية في النظم القانونية المقارنة بمناسبة تفسير النصوص الدستورية - على نحو ما سوف تعرض له لاحقاً - يشمل جميع القواعد الدولية المكتوبة وغير المكتوبة ذات الصلة بحقوق الإنسان، وسواء أكانت مصدرها الاتفاقات والمعاهدات والمواثيق والإعلانات الدولية،^٢ أم كان مصدرها العرف

^١ المرجع السابق، ص ٢٤.

^٢ المرجع السابق، ص ٦٩.

من أهم الاتفاقيات الدولية المتضمنة لقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان والتي تمثل الشرعية الدولية لهذه الحقوق كما وصفها دكتور أحمد فتحي سرور: ميثاق الأمم المتحدة (١٩٤٥) والإعلان العالمي لحقوق الإنسان (١٩٤٨) والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية (١٩٦٦) والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية (١٩٦٦).

وينادي جانب كبير من الفقه الأمريكي بضرورة الاستعانة بالمواثيق سالفة الذكر في مجال التفسير الدستوري للحقوق والحريات الدستورية. للمزيد انظر

- Tamela R. Hughlett, *International law: the Use of International Law as A Guide to Interpretation of the United States Constitution*, ٤٥ Okl. L. Rev. ١٦٩, ١٧٦ (١٩٩٢).
- See also, Tai-Heng, *The Universal Declaration of Human Rights at Sixty: is it Still Right for the United States?*, ٤١ Cornell Int'l L.J. ٢٥١, ٢٥٢-٥٣ (٢٠٠٨).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الدولي،^١ كذلك يدخل في إطار القواعد الدولية التي قد يستعين بها القاضي في التفسير الدستوري المبادئ العامة التي أقرتها الأمم المتحدة، وأحكام القضاء الدولي والمحاكم العليا في النظم القانونية المقارنة.^٢ فالقاضي الدستوري لا يتقيد وهو يصدد إعماله لهذه الآلية في التفسير بالقواعد الدولية التي اعترف المشرع الدستوري بنفاذها في التنظيم القانوني الداخلي وحدد قوتها الإلزامية بالنسبة لغيرها من القواعد القانونية الأخرى التي تشكل التنظيم القانوني للدولة، وإنما يكون له

^١ يمثل العرف أحد أهم مصادر قواعد القانون الدولي، إذ يعد ملزماً لجميع دول العالم متى استقر في ضمير الجماعة إن سلوكاً أو نهجاً معيناً أصبح ملزماً وذلك بخلاف المعاهدات الدولية التي لا تلزم سوى أطرافها.

١ Tamela R. Hughlett, op. cit. at. ٧٣.

ويذهب جانب من الفقه إلى القول بأن العرف الدولي قد يتولد من الاتفاقات الدولية إذا كان هناك قبول دولي لمحتواها، وذلك كما هو الحال بالنسبة للتوصيات والإعلانات الصادرة من الأمم المتحدة إذا حظيت بقبول مختلف الأمم في المجتمع الدولي، حتى إن كانت لا تتمتع بأي قيمة ملزمة من الأساس.

Michael Akehurst, A MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW, ٢٦-٢٧ (٥th ed. ١٩٨٤).

٤. Cindy G. Buys, op. cit. at.

انظر أيضاً الميثاق الأساسي لمحكمة العدل الدولية، مادة ٣٨ (١) التي نصت على أن تشمل قواعد القانون الدولي القواعد الآتية:

- (أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة.
- (ب) المعاهدات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال.
- (ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتمدنة.
- (د) أحكام المحاكم ومذاهب كبار المؤلفين في القانون العام في مختلف الأمم ويعتبر هذا أو ذلك مصدراً احتياطياً لقواعد القانون وذلك مع مراعاة أحكام المادة ٥٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

الاستناد إلى مختلف قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، أي كان مصدرها القاعدي، لما لهذه القواعد من دور مهم وفعال في احترام المبادئ لدستورية التي تحرص الدساتير على كفالتها وصونها، كالديموقراطية وسيادة القانون،^١ وهذا التحديد لماهية القواعد التي يمكن التعويل عليها في مجال التفسير الدستوري يتطابق مع مصادر القانون الدولي الواردة بالمادة ٣٨ (١) من الميثاق الأساسي لمحكمة العدل الدولية والتي تلتزم المحكمة بالاعتداد بها وتطبيقها على ما قد يثار امامها من منازعات دولية.^٢

المطلب الثاني

الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري بين الإنكار والتأييد

تعد آلية تفسير النصوص الدستورية في ضوء القواعد الدولية لحقوق الإنسان من أكثر الآليات المثيرة للجدل فقها وقضاء،^٣ إذ اختلف الفقه كدأبه في الرأي بشأن

^١ وقد ذهب البعض من الفقه إلى أن المصادر التي يمكن للقاضي الرجوع إليها للتثبت من وجود قاعدة أو مبدأ دولي في مجال إعمال هذه الآلية في التفسير الدستوري تشمل أحكام المحاكم وهيئات التحكيم الدولية وأحكام القضاء الوطني وكتابات الفقه وإعلانات أو تصريحات الدول عند عدم وجود أي معارضة من جانب دول أخرى.

Tamela R. Hughlett, op. cit. at. ١٨٦.

ويستند هذا الاتجاه إلى قضاء المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية في قضية *the Paquete Habana*, ١٧٥ U.S. ٦٧٧, ٧٠٠ (١٩٠٠) حين ذهبت إلى

The court must ascertain international law on a certain issue by consulting the work of jurists, professional writings, general practice of nations, or judicial decision.

^٢ الميثاق الأساسي لمحكمة العدل الدولية، مادة ٣٨ (١).

أية مسألة قانونية تحتل أكثر من رأي، فاتجه البعض إلى التكرار لمشروعية هذه الآلية ورفض اتباعها معززين رأيهم بعدد من الأسانيد والحجج القانونية.

ولما كنا نرى مع البعض الآخر من الفقه مشروعية الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في مجال التفسير الدستوري، فإن الانتصار لهذا الرأي يقتضى منا مناقشة الحجج والأسانيد التي تمسك بها أنصار الرأي المناهض ودحضها، وسوف نعرض لذلك في الفرعين التاليين:

- الفرع الأول: الاتجاه المنكر لمشروعية الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري
- الفرع الثاني: الاتجاه المؤيد لمشروعية الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري

الفرع الأول

الاتجاه المنكر لمشروعية الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري

يذهب هذا الاتجاه من الفقه والقضاء إلى عدم مشروعية التعويل على قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري، تأسيساً على أن عمل القاضي الدستوري هو عمل وصفي محض ينحصر في استخلاص مضمون النص الدستوري، من خلال تطبيق المناهج العلمية التقليدية في التفسير.^١ وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى عدد من الحجج تكمن فيما يلي:

Cindy G. Buys, op. cit. at. ٤-٥.

أولاً: أن تلك الآلية في التفسير الدستوري بما تنطوي عليه من إخضاع الدولة وهيئاتها الحاكمة لسلطان القانون الدولي تمثل انتهاكاً صارخاً لمبدأ سيادة الدولة Sovereignty of States في مفهومه التقليدي الذي يجعل من الدولة السلطة العليا التي لا تعلوها سلطة أخرى في الداخل أو الخارج، وهو ما يعني استئثار جهة الحكم في الدولة بكل اختصاصات السلطة ومظاهرها، دون الخضوع أو الاشتراك مع أي سلطة أخرى.^١

ويرتبط بهذه الحجة مأخذ آخر قال به بعض الفقهاء، وهو أن هذه الآلية في التفسير تمثل انتهاكاً لمبدأ سمو الدستور Supremacy of the Constitution الذي بات من المسلم به في جميع الدول القانونية والذي يعني في جوهره علو القواعد الدستورية على كل ما عداها من قواعد وأعمال قانونية أخرى.^٢ إذ إن ما تقتضيه هذه الآلية من تطويع النصوص الدستورية وتأويلها بما يتسق ويتلاءم مع أحكام القانون الدولي من شأنه أن يؤدي إلى الاعتراف لقواعد القانون الدولي بقيمة فوق الدستورية Supra-Constitutionalism وتغليب قواعده على حساب جميع قواعد القانون الداخلي.

Justice Antonin Scalia, Keynote Address to the American Society of International Law: Foreign Legal Authority in the Federal Courts (April ٢, ٢٠٠٤), in ٩٨ Am. Soc'y Int'l L. Proc. ٢٠٥ (٢٠٠٤).

Sean D. Murphy, the Law of the Lands: Why Courts look overseas, Boston Globe, June ٥, ٢٠٠٥ available at <http://www.highbeam.com/doc/1P٢-٧٨٢٧٥١٨.html>

^١ دكتور محمود سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، (٢٠٠٥)، ص ٤٦٢ وما بعدها. تستند المرتبة العليا للقواعد الدستورية أولاً إلى مضمونها، وهو ما يطلق عليه الفقه (السمو الموضوعي للدستور) وثانياً إلى الشكل والإجراءات التي تحيط بإنشاء ووضع وتعديل القواعد الدستورية وهو ما يطلق عليه الفقه (السمو الشكلي للدستور).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ثانياً: أن تلك الآلية في التفسير الدستوري تتعارض ومفهوم الديمقراطية Anti- Democratic أساس دولة القانون في العصر الحديث والذي يعني حق المواطنين في الاشتراك في إدارة شؤون الحكم والمجتمع، من خلال مشاركتهم في جميع القرارات التي تمس حياتهم،^١ فالدستور بوصفه تعبيراً عن المبادئ العليا التي وافقت عليها الجماعة في إطار عملية الحكم الذاتي الديمقراطي " The Process of democratic self-governance^٢، إنما يستمد شرعيته في المقام الأول من الإرادة الشعبية التي ارتضت أحكامه وقواعده،^٣ لذا، فإن القاضي عند تفسيره لأي

Ganesh Sitaraman, *Ganesh Sitaraman, The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, ٣٢ Harv. J. L. & Pub. Pol'y ٦٥٣, ٦٥٨-٥٩ (٢٠٠٩)

انظر أيضاً دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٣٠

Ganesh Sitaraman, op. cit. at. ٦٥٨-٥٩.

Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, ١٠٨ Yale L.J. ١٢٢٥, ١٢٢٨-٢٩ (١٩٩٩).

Jed Rubinfeld, *THE TOW WORLD ORDERS*, Wilson Q, Autumn ٢٠٠٣, ٢٢. Rubinfeld observed that "democratic national constitutionalism ... regards constitutional law as the embodiment of a particular nation's democratically self-given legal and political commitments. At any particular moment, these commitments operate as checks and constraints on national democratic will. But constitutional law is emphatically not antidemocratic. Rather it aims at democracy over time. Hence, it requires that a nation's constitutional law be made and interpreted by that nation's citizens, legislators, and judges."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

من النصوص الدستورية لا بد أن يستند إلى المبادئ والقيم العليا بمفهومها الوطني التي ارتضتها الجماعة بالطرق الديمقراطية والتي قد يختلف مضمونها ونطاقها من مجتمع لآخر.^١ أما التفسير الدستوري في ضوء القواعد الدولية فقد ينتج عنه إقحام قيم ومبادئ غريبة عن المجتمع، أو على الأقل لا تتوافق مع المبادئ والقيم الوطنية التي ارتضاها الأفراد بالطريق الديمقراطي.^٢

Jed Rubinfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, 79 N.Y.U. L. Rev. 1972, 1970 A Constitution is, first and foremost, supposed to be the foundational law" (2004).
"particular polity has given itself through a special Act of Popular law making

Johanna Kalb, op. cit. at. 1071. "State Constitution is fit place for the people of a state to record their moral values, their definition of justice, their hopes for a common good."

A. Mark Weisburd, *Using International Law to Interpret National Constitutions- Conceptual Problems: Reflections on Justice Kirby's Advocacy of International law in Domestic Constitutional Jurisprudence*, AM. U. Int'l L. Rev., Volume 21, Issue 3, 367, 2006.

يؤكد كاتب المقال أن المبادئ والقيم الأساسية قد تختلف من مجتمع لآخر، من حيث المضمون ونطاق التطبيق، ويدلل على رأيه بوجود اختلافات واسعة بين الولايات المتحدة الأمريكية وأوروبا حول مضمون حرية التعبير ونطاقها، إذ يتوسع قضاء المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، بالمخالفة لاتجاه المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، في تفسير مضمون حرية التعبير عن الرأي ليشمل بالحماية حرية اعتناق وإبداء الآراء التي قد تحض على الكراهية Hate Speech، على ألا يفهم من ذلك أن حرية التعبير في الولايات المتحدة هي حرية مطلقة دون قيد، فقد ذهبت المحكمة العليا إلى تقييد حرية التعبير بتجريمها لبعض أنواع السلوك، ومن قبيل الممارسات التي أكدت المحكمة أنها غير مشمولة بالحماية الدستورية لحرية التعبير نشر كتابات فاحشة وصور فاضحة للأطفال في أوضاع جنسية (1982) 458 U.S. 747 (1982) New York v. Ferber، وكذلك التخطيط والتآمر لقلب نظام الحكم (1951) 341 U.S. 494 (1951) Dennis v. U.S.

Yuval Shany, op. cit. at. 394.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول 2016

ثالثاً: أن هذه الآلية في التفسير تتعارض ومبدأ الفصل بين السلطات Separation of Powers الذي تكرسه الدساتير المقارنة،^١ ويدل هذا الفقه على صحة رأيه بقوله إنه لا يجوز للمحاكم وهي بصدد تفسيرها لنص دستوري وتحديد مضمونه توصلاً إلى إنزال حكمه على النزاع المعروض عليها الاستعانة مثلاً باتفاقية أو معاهدة دولية كانت السلطات المنتخبة في الدولة نفسها - سواء أكانت سلطة تنفيذية أم تشريعية أم كليهما - بحكم اختصاصها الدستوري قد رفضت التصديق عليها أو تحفظت على مجموعة من أحكامها،^٢ لأن سلوك المحكمة حينئذ يمثل انتهاكاً لمبدأ الفصل بين السلطات وتعدياً على الاختصاصات الدستورية للسلطات السياسية المنتخبة صاحبة الاختصاص الأصيل في تحديد التزامات الدولة على المستوى الدولي.^٣

رابعاً: يرى جانب من الفقه عدم جواز الاستناد إلى قواعد القانون الدولي، خاصة تلك المتعلقة بحقوق الإنسان في التفسير، تأسيساً على عدم اختصاص القضاء الوطني وعدم إلمامه بقواعد تفسير المعاهدات الدولية أو غيرها من قواعد القانون الدولي Lack of judicial familiarity with international Human

Rebecca Crootof, *Judicious Influence, Non-Self-Executing Treaties and The Charming* Betsy Canon, 120 Yale L.J. 1784, 1812 (2011). ١٣

٦٥. Ganesh Sitaraman, op. cit. at. ٦٥.

٦٥٩. Ganesh Sitaraman, op. cit. at. ٦٥٩.

٢. Mark Weisburd, op. cit. at. ٢٢٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦، ص ١٠٢

Rights law، إذ يفتقر القضاة إلى المعرفة والخبرة بأحكام القانون الدولي وآليات تطبيقه، وهو ما قد يترتب عليه التطبيق الخاطئ لقواعد القانون الدولي في النظام القانوني الداخلي،^١ من ناحية أخرى فإنه يتعين على القضاة عند تعلق الأمر بتفسير أو تفعيل أي من قواعد القانون الدولي في النظام القانوني الداخلي أن يقيم وزناً لرأي السلطة التنفيذية، بوصفها السلطة المختصة دستوريا بتمثيل الدولة على المستوى الدولي.^٢

خامساً: أن هذه النظرية توسع من مجال السلطة التقديرية للقضاة الدستوريين Judicial Activism وتتيح لهم اصباح النصوص الدستورية بتفسيرات حسبما يترأى لهم وفقاً لأهوائهم ومعتقداتهم الشخصية بما يفرغها من مضمونها الحقيقي الذي ابتغاه المشرع الدستوري دون اعتبار لأي ضابط أو معيار موضوعي objective criteria، وذلك عن طريق السماح لهم بالاختيار من قواعد القانون الدولي بشكل انتقائي وعشوائي، توصلاً إلى تدعيم ما انتهوا إليه في أحكامهم،^٣ و

^٢ Tai-Heng, op. cit. at. ٨٤.

See also Yuval Shany, op. cit. at. ٣٩٦.

Yuval Shany, op. cit. at. ٢٨٠.

not Sumitomo Shoji Am., Inc. v. Avagliano, ٤٥٧ U.S. ١٧٦, ١٨٤-٨٥ (١٩٨٢) ("Although conclusive, the meaning attributed to treaty provisions by the Government agencies charged with their negotiation and enforcement is entitled to great weight."); Kolovrat Oregon, ٣٦٦ U.S. ١٨٧, ١٩٤ (١٩٦١) (courts ascribe great weight to the meaning given v. treaties by departments of government charged with negotiation and enforcement). to

ينذر هذا التوسع في سلطة القاضي التفسيرية بنتائج خطيرة قد تصل إلى إحلال إرادة القاضي الدستوري محل إرادة السلطة التأسيسية واستحداث قواعد أو مبادئ دستورية لم يشملها الدستور.^١

الفرع الثاني

الاتجاه المؤيد لمشروعية الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري

الواقع أن الحجج التي يتمسك بها الرأي السابق في إنكار مشروعية الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري هي الحجج عينها التي لا يزال يتمسك بها بعض الفقه التقليدي في إنكار أي دور إنشائي للقاضي الدستوري، وهو ما يتجافى مع حكم الواقع وحقيقة الدور الذي يلعبه القضاء الدستوري في التوفيق والملاءمة بين النصوص الدستورية من جانب وما قد تقتضيه التطورات في المجالات الاجتماعية والسياسية والاقتصادية من جانب آخر، كما أن ما استقرت عليه نظم القانون المقارن، وأكدته المحاكم العليا في النظم الديمقراطية - على نحو ما سوف نعرض له- تؤكد مشروعية الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في مجال التفسير الدستوري وأهميتها.

وعلى هذا رأينا - من خلال الدراسة - ترجيح ما انتهى إليه بعض الفقه من مشروعية الاستعانة بقواعد القانون الدولي في مجال التفسير الدستوري، والانتصار لهذا الرأي السابق يقتضي منا مناقشة وتقويض ما استند إليه أنصار الرأي

Ganesh Sitaraman, op. cit. at. ٦٦١-٦٢.

٥-١٦.١٨١ See also Rebecca Crotoof, op. cit. at.

^١ نكتور محمد فوزى نويجى: المرجع السابق، ص ٢٧.

المناهض لآلية الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في مجال التفسير الدستوري من حجج وأسانيد.

فالادعاء بأن تلك الآلية في التفسير الدستوري تتطوي على انتهاك صارخ لمفهوم مبدأ السيادة ومبدأ سمو الدستور بما من شأنه إخضاع الدولة بجميع مؤسساتها لأحكام القانون الدولي وتغليب قواعد القانون الدولي على جميع قواعد القانون الداخلي بما فيها القواعد الدستورية هو ادعاء يجافي الحقيقة، ذلك أن مؤسسات الدولة وهيئاتها إنما تخضع وتستمد صلاحيتها من الدستور الوطني، فهو وحده المنشئ لهذه السلطات والمحدد لاختصاصاتها وصلاحياتها الدستورية.

كما أن الدستور يعد أسمى التشريعات في أي نظام قانوني، فلا يمكن أن يستمد صلاحيته من أي نظام قانوني آخر، وإنما هو الذي يحكم وضع سائر القواعد القانونية الأخرى في النظام القانوني الداخلي بما فيها قواعد القانون الدولي، فهذا النقد يخلط بين إمكانية الأخذ بمضمون هذه القواعد في الحساب عند تفسير النصوص الدستورية والقوة الإلزامية لقواعد القانون الدولي في النظام القانوني الداخلي. وهذه الآلية في التفسير - كما أوضحنا سلفاً - ليس من شأنها إضفاء قيمة فوق دستورية أو حتى دستورية علي قواعد القانون الدولي ومبادئه، وإنما تخول المحاكم إمكانية الاسترشاد بمثل هذه المبادئ والأحكام في تحديد مفهوم النصوص الدستورية ونطاقها، بوصفها دليلاً قوياً على وجود مبادئ ومثل عليا استقرت عليها الدول أعضاء المجتمع الدولي عند مواجهتها لذات الإشكاليات التي يتعرض لها القضاء الوطني.¹

ومن ناحية أخرى، فإن القانون الدولي نفسه لا يقيد الدول في أن تعترف بسيادته أو بسموه على جميع قواعد القانون الداخلي، كما لا يلزم الدول بأن ترفع

¹ دكتور أشرف عرفات أبو حجاز، مكانة القانون الدولي العام في إطار القواعد الداخلية الدستورية والتشريعية، المجلة المصرية للقانون الدولي- العدد ٦٠- لعام ٢٠١٤، ص ١٦٦-١٦٧.

قواعده إلى مصاف القواعد الدستورية،^١ وإنما يلزمها فقط بالعمل على توفيق قوانينها مع أحكامه وعدم التذرع بقوانينها الداخلية؛ للإفلات من التزاماتها الدولية،^٢ وإن كانت الدول تتمتع في هذا الصدد بمقتضى سيادتها بحرية واسعة في اختيار الوسائل اللازمة لإنفاذ قواعد القانون الدولي وأعمالها.^٣

Gerald Neuman, *International Law As a Resource in Constitutional Interpretation* at .١٨٤

^٢ دكتور أشرف عرفات أبو حجازة: المرجع السابق، ص ١٦٧. إذ يرى دكتور أشرف أن هناك عرفاً دولياً يقضى بالزام الدول بالوفاء بالتزاماتها التعهدية ويحظر عليها أن تتذرع بنصوص قانونها الداخلي؛ لتبرير عدم تنفيذها لالتزاماتها التعهدية، ويؤكد ذلك ما أقرته المادة ٢٧ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات ١٩٦٩ التي تنص على عدم جواز احتجاج الدول بنصوص قانونها الداخلي لتبرير عدم تنفيذها لالتزاماتها التعهدية.

"A party may not invoke the provisions of its internal law as justification for its failure to perform a treaty.."

وفي الاتجاه نفسه أوجبت المادة (١)٢ من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري لعام ١٩٦٥ "على كل دولة طرف في هذه الاتفاقية اتخاذ الإجراءات الفعالة لمراجعة السياسات الحكومية والوطنية والمحلية وتعديل أو إلغاء أو إبطال أي قوانين أو لوائح يكون من نتائجها خلق وإبقاء التمييز العنصري حيثما وجد".

كما نصت المادة ٢ من إعلان القضاء على التمييز ضد المرأة لعام ١٩٦٧ على "وجوب اتخاذ جميع التدابير المناسبة لإلغاء القوانين والأعراف والأنظمة والعادات والممارسات القائمة التي تنطوي على أي تمييز ضد المرأة ولتقرير الحماية القانونية الكافية لتأمين تساوى الرجل بالمرأة في الحقوق..."

^٣ وقد ذهبت العديد من الاتفاقيات والمعاهدات الدولية والإقليمية إلى إلزام الدول الأطراف بتفعيل أحكامها وإنفاذها في النظام القانوني الداخلي وإزالة أي عارض محتمل بين نصوص الاتفاقية وقواعد القانون الداخلي، على أن يكون للدول قدر من السلطة التقديرية في اتخاذ ما يلزم من إجراءات قانونية في تنفيذ هذا الالتزام، ومن الاتفاقيات التي تضمنت هذا الالتزام العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٧٨ والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان لعام ١٩٥٥.

E, ٩٥- International Covenant on Civil and Political Rights, Dec. ١٦, ١٩٦٦, S. Exec. Doc. ١٧١ U.N.T.S. ٩٩٩ (١٩٧٨), article ٢(٢).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وقد كانت آلية التفسير الدستوري في ضوء القواعد الدولية الثابتة التي استقر عليها المجتمع الدولي إحدى الآليات التي اعتمدها كثير من الدساتير وأحكام القضاء المقارن؛ لتطبيق قواعد القانون الدولي وتفعيلها على المستوى الداخلي، إذ أن هذه الآلية تكفل تطبيق قواعد القانون الدولي بطريق غير مباشر في النظام القانون الداخلي بما من شأنه إزالة أي تعرض محتمل لقواعد القانون الداخلي مع قواعد القانون الدولي، وهو ما عبر عنه البعض بقوله

The canon is designed to “avoid conflicts, not to give international law independent affirmative effect.”^٢

وأخيراً، لقد باتت هذه الآلية في التفسير الدستوري ذات أهمية بخصوص المواد الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات الدستورية؛ لمواجهة ظاهرة العولمة في مجال حقوق الإنسان، ذلك أن موضوعات الحقوق والحريات لم تعد من المسائل التي تتمتع فيها الدول بسلطة سيادية أو مطلقة في التنظيم، وإنما أدى تطور العلاقات الدولية ومبادئ القانون الدولي إلى خلق نظام قانوني عالمي لحقوق الإنسان يتعين على الدول فيه احترام مستويات الحماية الدولية للحقوق والحريات،

Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Nov. ٤, art.١ ١٩٥٠, ٢١٣ U.N.T.S. ٢٢٢.

Joan Hartman, *Enforcement of international Human Rights law of Human Rights: A “How to” Approach*, *Whittier L. Rev.* ٧١٣, ٧١٦ (١٩٨٥).

Curtis Bradley, *The Charming Betsy Canon and Separation of Powers: Rethinking the Interpretive Role of International law*, ٨٦ *Geo L.J.* ٤٧٩, ٥٣١-٥٣٢ (١٩٩٧).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وأن تحرص على ألا تخالف تشريعاتها الداخلية أحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان وقواعده.^١

أما بالنسبة للحجة الثانية المتعلقة بتعارض هذه الآلية في التفسير الدستوري مع مفهوم الديمقراطية، فهي ليست صحيحة على إطلاقها، فإذا كان صحيحاً أن الديمقراطية تقتضي ضمان حق الأفراد في الاشتراك في إدارة شؤون الحكم، فإنها تفترض أيضاً تمتع هؤلاء الأفراد بمجموعة من الحقوق والحريات لممارسة مختلف أنواع السلوك في مواجهة السلطات العامة، تلك الحقوق والحريات التي يتعين كفالتها للأفراد حتى يكتمل مفهوم الديمقراطية عادة ما تتضمنها الدساتير في نصوص شديدة العمومية والتجريد وتفتقر إلى تحديد قاطع لمضمونها أو نطاقها، مما يجعلها في حاجة ماسة للتفسير؛ من أجل تحديد مضمونها القاعدي.^٢

ونظراً للارتباط الوثيق بين مفهوم الحقوق والحريات الدستورية من ناحية وقواعد القانون الطبيعي وأفكار حقوق الإنسان من ناحية أخرى، فإن الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان وعبادته التي تستمد جذورها من أفكار

^١ دكتور صلاح الدين عامر، القواعد القانونية الدولية الأمرة *jus cogens* في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو ٢٠٠٣، ص ١٠. يؤكد الدكتور صلاح أن هناك من الفقه من يرى أن قواعد حقوق الإنسان قواعد أمرة تنصرف إلى المشرع الدستوري قبل أن تنصرف إلى المشرع العادي، إذ أن ازدياد عدد المعاهدات والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان وتهايف الدول على التوقيع والتصديق عليها قد أدى إلى خلق نظام قانوني عالمي لحقوق الإنسان يملك عن الآليات ما يستطيع بها أن يكفل احترام تطبيق تلك المعاهدات والاتفاقيات على المستويين الدولي والداخلي.

دكتور أشرف عرفات أبو حجازة: المرجع السابق، ص ٢١٢.

^٢ دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٢٦.

Duc V. Trang, *Beyond the Historical Justice Debate: the Incorporation of International Law and the Impact on Constitutional Structures and Rights in Hungary*, ٢٨ Vand. J. Transnat'l L. ١, ٣١ (١٩٩٥).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

القانون الطبيعي في مجال التفسير الدستوري تمثل أحد أبرز الآليات وأكثرها فعالية في ضبط وتحديد مضامين ومحتوى الحقوق والحريات وتطوير معانيها، على أساس أن تلك القواعد هي تعبير حي عن المبادئ والقيم بمفاهيمها المتطورة كما عرفتھا واستقرت عليها الدول أعضاء الجماعة الدولية.^١ وأخيراً فإن هذه الحجة وإن صدقت بالنسبة للاستعانة بقواعد القانون الدولي في التفسير، فهي تصدق أيضاً بالنسبة لغيرها من الوسائل أو الآليات التقليدية التي يعتمدها القضاء في تفسير النصوص الدستورية، فكثير من الآليات التي يستعين بها القاضي الدستوري؛ لإزالة ما قد يعترض النصوص الدستورية من غموض تفتقد الطابع الديمقراطي، كما هو الحال بالنسبة لكتابات الفقه والسوابق القضائية.^٢

أما بالنسبة للحجة الثالثة المستندة إلى مخالفة هذه الآلية في التفسير الدستوري لمبدأ الفصل بين السلطات، فهي حجة تعوزها الدقة، فهناك من يؤكد أن تفسير نصوص الدستور في ضوء قواعد القانون الدولي يكفل إعلاء مبدأ الفصل بين السلطات واحترامه خاصة عندما تكون السلطات السياسية في الدولة قد شاركت في خلق تلك القواعد إما بطريق مباشر، من خلال الانضمام والتصديق على الاتفاقات أو المواثيق الدولية أو بشكل غير مباشر عند عدم إبداء أي اعتراض على سلوك تواترت عليه أغلب الدول الأعضاء في المجتمع الدولي واعتبرته عرفاً دولياً.^٣ فعندما يكون هناك خيار بين مخالفة قواعد القانون الدولي

Tamela R. Hughlett, op. cit. at. ١٨١.

Cindy G. Buys, op. cit. at. ٤٥.

Sarah Cleveland, *Our International Constitution*, ٣١ Yale J. Int'l L. ١, ٥٥ (٢٠٠٦).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وبين إمكانية التوفيق بينها وبين قواعد القانون الداخلي، فإنه يتعين على المحاكم أن تميل إلى التوفيق بين كلا النوعين من القواعد؛ لما في ذلك من كفالة وإعلاء لمبدأ الفصل بين السلطات، إذ إن سلوك المحاكم في هذه الحالة هو بمثابة تأكيد على احترام السلطة القضائية لنصوص الدستور التي منحت السلطات السياسية في الدولة سلطة اتخاذ القرار فيما تنقيد به الدولة وما لا تنقيد به من قواعد القانون الدولي، وضمانة لتفسير القواعد الداخلية في ضوء ما تعهدت به الدولة من التزامات دولية، وهذا من شأنه التقليل من احتمالية إثارة مسؤولية السلطات السياسية للدولة على المستوى الدولي، نتيجة لانتهاكها ومخالفتها قواعد القانون الدولي.^١

أما بالنسبة للحجة الرابعة القائمة على عدم اختصاص القضاة بتفسير قواعد القانون الدولي وافتقارهم إلى الخبرة والمعرفة بأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان وآليات تطبيقه، فهي الأخرى تفتقر إلى الدقة من عدة نواح، فمن ناحية، لا يتعلق الأمر بتفسير القواعد الدولية بقدر ما ينطوي على تفسير القواعد الدستورية ذات الصلة بالحقوق والحريات في ضوء ما أرساه النظام العالمي ونظم القانون المقارنة لمعايير حقوق الإنسان والديمقراطية، بمعنى آخر فإن تلك الآلية تمكن القضاة من اتخاذ المستوي الذي يفرضه القانون الدولي وتلتزم به الدول الديمقراطية في احترام الحقوق والحريات معياراً أو ضابطاً في رقابتها الدستورية على القواعد القانونية.^٢

Cindy G. Buys, op. cit. at. ٤٩.

Rebecca Crootof, op. cit. at. ١٨١٢-١٣.

Curtis Bradley, op. cit. at. ٤٨٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ومن ناحية أخرى فالادعاء بعدم إمام القضاة أو عدم خبرتهم بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان وآليات تطبيقه لا يمكن أن يشكل في ذاته سبباً لاستبعاد تلك الآلية من مجال التفسير الدستوري، إذ من السهل التغلب على هذا النقد بإعداد برامج تدريبية وتعليمية وورش عمل لتعريف القضاة بأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان وآليات تطبيقه؛ من أجل تطوير مهاراتهم في هذا المجال،^١ فالاستعانة بقواعد القانون الدولي وما استقرت عليه النظم القانونية المقارنة من مبادئ في التفسير الدستوري له إيجابيات كثيرة، من أهمها مساعدة القضاء الدستوري في الكشف عن الحلول التي تبناها القضاء الدولي أو القضاء الداخلي في النظم القانونية المقارنة لمواجهة ذات الإشكاليات الدستورية المعروضة عليه وتحفيزه على التفكير في حلول مبتكرة توصلها لكفالة القيم والمبادئ المشتركة التي تحميها النظم القانونية العالمية والداخلية باستخدام المنهج المقارن، وهو ما أطلق عليه الفقه "Transnational Judicial Dialogue".^٢

Duc V. Træng, op. cit. at. ١٢.

انظر أيضاً دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٦٣.

Johanna Kalb, op. cit. at. ١٠٧٠-٧١.

Cindy G. Buys, op. cit. at. ٥٣-٥٤.

See also Melissa A. Waters, *Mediating Norms and Identity: the role of Transnational Judicial dialogue in Creating and Enforcing International Law*, ٩٣ Geo L.J. ٤٨٧، ٤٩٠ (٢٠٠٥).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

أما بالنسبة للحجة الخامسة التي مفادها أن هذه الآلية في التفسير الدستوري توسع من مجال السلطة التقديرية للقضاة وتسمح لهم بأصباح النصوص الدستورية بنفسيرات تتفق مع منطقتهم وأهوائهم دون اعتبار لأي ضابط موضوعي في التفسير، فهو قول مردود بأن الاستعانة بقواعد القانون الدولي ومبادئه تمثل أكثر الآليات موضوعية وتقييداً لسلطة القاضي التقديرية في مجال التفسير الدستوري.^١ فمن ناحية توجد أغلب قواعد القانون الدولي، لاسيما المتعلقة بحقوق الإنسان بشكل واضح وجلي في المواثيق والاتفاقات العالمية، وهو ما يسهل إمكانية الرجوع إليها وعدها ضابطاً موضوعياً في التفسير، فتلك المواثيق والاتفاقات الدولية لحقوق الإنسان لا تهدف إلى التأثير في تكوين قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان فقط، بل تهدف أيضاً إلى كفالة واحترام الحقوق والحريات على المستوى الداخلي.^٢ ومن ناحية أخرى فإن هذه القواعد والمبادئ ليست سوى تعبير عن إرادة المجتمع الدولي، إذ تستمد وجودها إما من السلوك المتواتر للدول أعضاء المجتمع الدولي أو من الاتفاقات والمواثيق الدولية،^٣ ومن ثم فإن ما يصبغه القاضي من تفسير

See also Gerald Neuman, *The Uses of International Law in Constitutional Interpretation*, 98 Am. J. Int'l L. 82, 87 (2004).

- Holly Arnould, *Laurence v. Texas, and Roper v. Simmons: Enriching Constitutional Interpretation with International Law*, 22 St. John's J. Legal Comment. 680, 707 (2008).
- See also Duc V. Trang, op. cit. at. 32-33.

Tai-Heng, op. cit. at. 272.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول 2016

على النصوص الدستورية في ضوء هذه الآلية ليس تعبيراً عن منطقته وأفكاره، بل هو تأويل للنصوص وتطويرها بما يجعلها متوافقة مع مبادئ وقيم حقوق الإنسان بمفاهيمها المتطورة، كما استقر عليها المجتمع الدولي.^١

المبحث الثاني

موقف القانون والقضاء المقارن من الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري

استعان القضاء في بداية الأمر بقواعد القانون الدولي في مجال تفسير التشريعات العادية واللوائح، وذلك في محاولة منه لتحقيق أكبر قدر من التوافق بين التشريعات الداخلية وقواعد القانون الدولي وتجنب التعارض المباشر بينهما، ثم امتد نطاق الاستعانة بهذه القواعد إلى مجال التفسير الدستوري؛ لتحديد مضمون ونطاق الحريات الدستورية، وقد لجأت الأنظمة القانونية المقارنة إلى الاعتماد على عدد من الآليات والوسائل؛ لتفعيل الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في مجال التفسير الدستوري. وسوف نتناول كل مسألة مما سبق في مطلب مستقل، كما يلي:

Tamara Hughlett, *International Law: The Use of International Law as a Guide to Interpretation of the United States Constitution*, ٤٥ Okla. L. Rev. ١٦٩, ١٨٢ (١٩٩٢).
Viewing that international law is a more effective interpretive tool than many other external source a judge may use because international law is "a product of years if distillation of principles formed through international consensus, that are evidenced by state practice and agreements that articulate the relevant principles."

- Tamara Hughlett, op. cit. at. ١٨٤.
- See also Duc V. Trang, op. cit. at. ٣٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

- **المطلب الأول:** الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير التشريعي والتفسير الدستوري
- **المطلب الثاني:** آليات تفعيل الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري

المطلب الأول

الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير التشريعي والتفسير الدستوري

إذا كانت الاستعانة بمبادئ القانون الدولي وقواعده في مجال تفسير النصوص الدستورية أمراً من الأمور الجديدة نسبياً على الأنظمة القانونية المقارنة، فإن الاستعانة بها في تفسير غيرها من القواعد القانونية ذات المرتبة الأدنى، كالنصوص التشريعية أو اللائحية عموماً ليست بالأمر الجديد، إذ عرفت الأنظمة القانونية المقارنة منذ زمن،¹ فقد ذهب عدد من الدساتير بنصوص صريحة إلى

-
- Anne Peters, op. cit. at. ١٧٧ (٢٠٠٩).
- See also Gerrit Betlem and Andre Nollkaemper, *Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts: A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation*, ١٤ EJIL ٥٦٩-٥٨٩ (٢٠٠٣).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وجوب تفسير النصوص التشريعية في ضوء قواعد القانون الدولي، ومن هذه الدساتير - على سبيل المثال لا الحصر - دستور دولة جنوب أفريقيا، حيث أوجب في المادة ٢٣٣ على المحاكم تفسير التشريعات المختلفة، على نحو يتسق مع قواعد القانون الدولي واستبعاد أي آليات أخرى في التفسير قد يترتب عليها مخالفة قواعد وأحكام القانون الدولي.^١

وفي السياق نفسه اعتمدت العديد من الأحكام القضائية على المستويين المحلي والدولي ذات الآلية في التفسير، فذهبت المحكمة العليا في الولايات المتحدة الأمريكية، منذ ما يزيد على قرنين، في قضية *Murray v. Schooner Charming Betsy* المعروفة باسم *Betsy Case* إلى التعويل على قواعد القانون الدولي في تفسير التشريعات الفيدرالية، عندما قررت أن القوانين الفيدرالية يتعين تفسيرها في ضوء الاتفاقيات الدولية السارية؛ لتفادي وجود أي خرق لقواعد القانون الدولي العام أو انتهاك للالتزامات الولايات المتحدة الأمريكية الدولية على المستوى الدولي،^٢ كما أكدت المحكمة العليا وجوب التزام الكونجرس وهو بصدد

Art. ٢٣٣ of The South Africa Constitution reads “when interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with the international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law.”

Murray v. Shooner Charming Betsy, ٦ US (٢ Cranch) ٦٤، ١١٨ (١٨٠٤).

The court emphasized that “it has also been observed that an act of congress ought never to be construed to violate law of nations if any other possible constructions remains, and consequently can never be construed to violate neutral rights or to affect neutral commerce, further than is warranted by the law of nations as understood in this country. These principles are believed to be correct, and they ought to be in view in construing the act now under consideration.”

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ممارسته لوظيفته التشريعية عدم إصدار أية تشريعات يكون من شأنها المساس أو الإخلال بالتزامات الولايات المتحدة على الصعيد الدولي.^١

وفي الاتجاه نفسه ذهبت محكمة العدل الأوروبية Court of Justice for Communities the European في عام ١٩٩٠ في القضية المعروفة بـ *Marleasing v. La Comercial Internacional de Alimentation* إلى القول بأن الدول الأوروبية ملزمة بأن تفسر تشريعاتها الداخلية في ضوء نصوص وأهداف الاتفاقية الأوروبية وملحقاتها والقرارات الصادرة من الأجهزة الرئيسية في

This presumption has been reaffirmed in the Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States which stipulates "where fairly possible, a United States statute is to be construed so as not to conflict with international law or with an international agreement of the United States."

Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the United States sec. ١١٤ (١٩٨٧).

See also Rebecca Crottof, op. cit. at. ١٧٨٨-٨٩.

Murray v. Shoener Charming Betsy, op. cit. at. ١١٨.

وقد اعتمدت المحكمة على تلك الآلية في تفسير النصوص التشريعية الغامضة في العديد من القضايا، للتوفيق بين الالتزامات الدولية للولايات المتحدة الأمريكية وما يصدره الكونجرس من تشريعات، تأسيساً على قرينة أقامتها المحكمة وهي بصدد تفسير القوانين الفيدرالية، وهي أن التشريعات الصادرة من الكونجرس لا يمكن أن يكون قد قصد منها مخالفة التعهدات الدولية التي ترتبط بها الولايات المتحدة الأمريكية، ومن ثم فإنه يتعين تفسير القوانين الفيدرالية في ضوء الالتزامات الدولية للولايات المتحدة الأمريكية، ومن أهم التطبيقات القضائية في هذا الشأن :

- *McCulloch v. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras* ٣٧٢ U.S. ١٠ (١٩٦٣).
- *Weinberger v. Rossi* ٤٥٦ U.S. ٢٥ (١٩٨٢).
- *Cook v. United States* ٢٨٨ U.S. ١٠٢ (١٩٣٣).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الاتحاد الأوروبي، يستوى في ذلك أن يكون التشريع قد صدر لاحقاً أو سابقاً للاتفاقات الدولية.^١

ولم تقتصر النظم القانونية على الاستعانة بقواعد القانون الدولي في تفسير القواعد التشريعية أو القواعد اللائحية فحسب، بل ظهر اتجاه حديث في الفقه والقضاء يناهض ضرورة تفسير النصوص الدستورية، خاصة تلك التي تتناول الحقوق والحريات الأساسية بالتنظيم، في ضوء ما رسخ من قواعد القانون الدولي ومبادئه في ضمير المجتمع الدولي، ويرجع البعض السبب في انتشار هذه الآلية في مجال التفسير الدستوري إلى عدة اعتبارات تكمن أهمها فيما يلي:^٢

- أولاً: أن قواعد القانون الدولي العام لم تعد مقصورة على حفظ الأمن وانسالم الدوليين أو تنظيم العلاقات القانونية بين الدول بعضها ببعض وعلاقتها مع غيرها من أشخاص القانون الدولي العام كالمنظمات الدولية، بل أدى تطور قواعد

Marleasing v. La Comercial Internacional de Alimentation, (١٩٩٠) ECR I-٤١٢٥, Paras. ٨-٩. The Court noted that it should be observed that, as the Court pointed out in its judgment in Case ١٤/٨٢ *Von Colson and Kamann v Land Nordrhein-Westfalen* [١٩٨٤] ECR ١٨٩١, paragraph ٢٦, the Member States' obligation arising from a directive to achieve the result envisaged by the directive and their duty under Article ٥ of the Treaty to take all appropriate measures, whether general or particular, to ensure the fulfillment of that obligation, is binding on all the authorities of Member States including, for matters within their jurisdiction, the courts. It follows that, in applying national law, whether the provisions in question were adopted before or after the directive, the national court called upon to interpret it is required to do so, as far as possible, in the light of the wording and the purpose of the directive in order to achieve the result pursued by the latter and thereby comply with the third paragraph of Article ١٨٩ of the Treaty.

Anne Peters, op. cit. at. ١٧٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

القانون الدولي في الوقت المعاصر نتيجة لتسارع الدول إلى إبرام الاتفاقات الدولية والانضمام إلى المنظمات الدولية وتطور قواعد العرف الدولي الناشئ عن سلوك الدول الأعضاء، أن أصبحت قواعده تنظم العديد من الموضوعات التي كانت محجوزة في الأصل ضمن إطار القانون الداخلي، بوصفها من المسائل التي تخضع لسيادة الدول، ولعل أبرز هذه الموضوعات تلك المتعلقة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية، جرائم الحرب والجرائم المرتكبة ضد الإنسانية وتنفيذ الأحكام القضائية والتحكيمية وحماية البيئة وتغير المناخ، إذ يظهر جلياً في هذه الموضوعات التداخل بين القانونين الذي أوجبه الضرورات الدولية والداخلية المختلفة.¹

- ثانياً: بلورة الحقوق والحريات الأساسية في إعلانات عالمية لحقوق الإنسان وغيرها من المواثيق والاتفاقات الدولية والإقليمية لحقوق الإنسان وظهور كيانات دولية وإقليمية عدس؛ لمراقبة الدول في تنفيذها للالتزامات الدولية الناشئة عن المعاهدات والتأكد من احترامها لحقوق الإنسان على المستوى الداخلي،² وكذلك إنشاء كيانات دولية ذات اختصاص واسع وعالمي؛ لمحاكمة من ثبت تورطهم أو مسؤوليتهم عن أي انتهاك لحقوق الإنسان، كالمحكمة الجنائية الدولية.³

- ثالثاً: إشراف المجتمع الدولي وبالأخص الدول العظمى على عمليات التحول الديمقراطي وصياغة الدساتير لبعض الدول في مراحلها الانتقالية، بعد

¹ راجع دكتور مخلد الطراونة، مكانة المعاهدات والاتفاقيات الدولية في النظامين الأردني والقطري، المجلة القانونية والقضائية، مركز الدراسات القانونية والقضائية، وزارة العدل القطرية عدد أول السنة الثامنة، يوليو ٢٠١٤، ص ١٤٩-١٥٠.

Anne Peters, op. cit. at. ١٧٣.

Anne Peters, op. cit. at. ١٧٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦، ص ١٠٦.

تخلصها من الأنظمة الاستبدادية، كما هو الحال في كامبوديا (١٩٩٣) والبوسنة والهرسك (١٩٩٥) وجنوب أفريقيا (١٩٩٦) وأفغانستان (٢٠٠٤) والعراق (٢٠٠٤). وقد تأثرت صياغة النصوص الدستورية في هذه الدول تأثراً بالغاً بقواعد القانون الدولي ومبادئه، لاسيما تلك المتعلقة بحقوق الإنسان.^١

المطلب الثاني

آليات تفعيل الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في مجال التفسير الدستوري

اتجهت العديد من النظم القانونية المقارنة في الآونة الأخيرة إلى مراجعة سياستها ومنهجيتها الدستورية؛ بغرض تفعيل الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان ومبادئه في مجال التفسير الدستوري للحقوق والحريات التي تتمتع بالحماية الدستورية، وقد تبدى هذا التفعيل في طرق ثلاث.

أولاً: النص في الدساتير على منح قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان قوة إلزامية مساوية للنصوص الدستورية

اتجه جانب من الدول إلى تضمين الدساتير الوطنية نصوصاً صريحة تقضي بوجود منح قواعد القانون الدولي الناجمة عن الاتفاقات الدولية قوة إلزامية مساوية للقواعد الدستورية، ومن ثم فإن جميع ما أورده تلك الاتفاقيات من قواعد ومبادئ باتت قواعد ذات قيمة دستورية، ويتعين على القاضي الوطني تفسيرها وتأييدها في

Anne Peters, op. cit. at. ١٧٣.

Lessons learned from the Jamal Benomar, Constitution-Making and Peace building: Constitution-Making Processes of Post-Conflict Countries, United Nation Development Program, (٢٠٠٣).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ضوء ما حددته هذه الاتفاقات الدولية من ضوابط وأحكام، باعتبارها المصدر الرئيسي الذي استقى المشرع الدستوري منه هذه القواعد.

ومن الدساتير التي اعتنقت ذلك الاتجاه بنصوص صريحة دستور دولة الأرجنتين، وإن كان قد قصر هذه القوة الإلزامية على القواعد الدولية المنصوص عليها في بعض المعاهدات والاتفاقات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان،^١ فبعد أن أضفى على المعاهدات والاتفاقيات الدولية قوة إلزامية أعلى من القوانين العادية وأدنى من الدستور،^٢ اعترف صراحة لعدد من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان بذات القيمة الإلزامية للنصوص الدستورية، وعد أحكامها مكملة للدستور، ومن هذه الاتفاقيات: الاتفاقية الأمريكية لحقوق والواجبات والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان والعهد الدولي لحقوق الاقتصادية والاجتماعية والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية وبرتوكولاتها اللاحقة واتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها والاتفاقية الدولية لمنع كافة أشكال التمييز العنصري واتفاقية منع كافة أشكال التمييز ضد المرأة واتفاقية مناهضة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة واتفاقية حقوق الطفل.

وتجدر الإشارة إلى أن الدستور الأرجنتيني لم يقصر هذه المكانة السامية على المعاهدات التي سبقت الإشارة إليها فحسب، وإنما أجاز أن تكون لمعاهدات حقوق

Holly Jarmul, op. cit. at. ٢٢٤. Discussing the status of the European HR Convention as Constitutional Law).

See Constitution of Argentina Art. ٧٥, cl. ٢٢ (١٨٥٣ as amended in ١٩٩٤).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الإنسان التي قد تنشأ مستقبلاً قوة النصوص الدستورية، شريطة حصولها على موافقة أغلبية ثلثي أصوات مجلسي البرلمان.^١

ثانياً: النص في الدساتير على وجوب تفسير النصوص الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان

ذهب جانب آخر من الدول إلى تضمين الدساتير الوطنية نصوصاً تقضي بوجوب تفسير النصوص الدستورية، لاسيما المتعلقة بحقوق الإنسان في ضوء المعايير الدولية لحقوق الإنسان التي أقرتها المواثيق الدولية والإعلانات العالمية ذات الصلة بهذه الحقوق.

ومن الدول التي اعتنقت ذلك الاتجاه دولة البرتغال، إذ تنص المادة ١٦ من الدستور البرتغالي على:

Arg. Const. Art. ٧٥, cl. ٢٢ (١٨٥٣ as amended in ١٩٩٤). It reads "The American Declaration of the Rights and Duties of Man; the Universal Declaration of Human Rights; the American Convention on Human Rights; the International Pact on Economic, Social and Cultural Rights; the International Pact on Civil and Political Rights and its empowering Protocol; the Convention on the Prevention and Punishment of Genocide; the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination; the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Woman; the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatments or Punishments; the Convention on the Rights of the Child; in the full force of their provisions, they have constitutional hierarchy, do no repeal any section of the First Part of this Constitution and are to be understood as complementing the rights and guarantees recognized herein. They shall only be denounced, in such event, by the National Executive Power after the approval of two-thirds of all the members of each House. In order to attain constitutional hierarchy, the other treaties and conventions on human rights shall require the vote of two-thirds of all the members of each House, after their approval by Congress.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

١- أن تعداد الحريات الأساسية الواردة في أحكام هذا الدستور هو تعداد على سبيل المثال لا يمنع من وجود حريات أخرى قد تقرها القوانين الداخلية أو القواعد الدولية.

٢- يتعين تفسير أحكام هذا الدستور والقوانين المتعلقة بالحقوق الأساسية وفقاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان.^١

ويذهب الدستور الإسباني في المادة ١٠/٢ إلى أن جميع النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية يجب تفسيرها وفقاً للإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمعاهدات والاتفاقيات الدولية الأخرى التي صدقت عليها إسبانيا.^٢ وفي الاتجاه نفسه ينص الدستور الروماني على:

١- يتعين تفسير النصوص الدستورية المتعلقة بحقوق المواطن وحرياته وتفعيلها في ضوء الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهدتين الدوليين

Constitution of Portugal, Art. ١٦ (١٩٧٦). Article ١٦ of the Portuguese Constitution with relevance to scope and interpretation of fundamental rights stipulates “١). The fundamental rights enshrined in this Constitution shall not exclude such other rights as ٢. The may be laid down by law and in the applicable rules of international law. provisions of this Constitution and of laws concerning fundamental rights shall be interpreted and construed in accordance with the Universal Declaration of Human Rights.”

Article ١٠ (٢) of the Spanish Constitution Constitution of Spain, Sec. ١٠(٢) (١٩٧٨), reads “ provisions relating to the fundamental rights and liberties recognized by the Constitution shall be construed in conformity with the Universal Declaration of Human Rights and international treaties and agreements thereon ratified by Spain.”

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

(العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية) والاتفاقيات الدولية التي تكون رومانيا طرفاً فيها.^١
وأخيراً يذهب دستور جنوب أفريقيا - وهو الأكثر شهرة في هذا الصدد - في أكثر من نص إلى وجوب تفسير نصوص الدستور ووثيقة الحقوق في ضوء قواعد القانون الدولي العام،^٢ وقد اشتهر القضاء بولعه الشديد بالاستئناس بقواعد القانون

Constitution of Romania, Art. ٢٠ (١٩٩١). Article ٢٠ of the Constitution of Romania constitutional provisions concerning the citizens' rights and -stipulates that the "١ liberties shall be interpreted and enforced in conformity with the Universal Declaration ٢- of Human Rights, with the Covenants and other treaties Romania is a party to. where any inconsistencies exist between the covenants and treaties on fundamental human rights Romania is a party to, and internal laws, the international regulations shall take precedence.

Constitution of South Africa (١٩٩٦). Art. ٣٩ of the South Africa Constitution with relevance to the interpretation of Bill of Rights reads "

- ١- When interpreting the Bill of Rights, a court, tribunal or forum-
- a- Must promote the values that underlie an opened and democratic society based on human dignity, equality and freedom ;
- b- Must consider international law; and
- c- May consider foreign law.
- ٢- When interpreting any legislation, and when developing the common law or customary law, every court, tribunal or forum must promote the spirit, purport and objects of the Bill of Rights.
- ٣- The Bill of Rights does not deny the existence of any other rights or freedoms that are recognized, or conferred by common law, customary law or legislation, to the extent that they are consistent with the Bill."

Art. ٢٣٣ of stipulates: "when interpreting any legislation, every court must prefer any reasonable interpretation of the legislation that is consistent with the international law over any alternative interpretation that is inconsistent with international law."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الدولي لحقوق الإنسان؛ لتفسير النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات الأساسية، خاصة تلك المتعلقة بالحقوق الإجرائية والموضوعية في مجال الجرائم الجنائية.^١

ومن قبيل القضايا المهمة التي اعتمدت فيها المحكمة الدستورية العليا على قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان اعتماداً واسعاً قضية S. v. Makwanyane^٢، حيث ذهبت المحكمة بإجماع قضاتها الأحد عشر- في ظل صمت النصوص الدستورية وإغفالها تنظيم مسألة عقوبة الإعدام- إلى عدم دستورية أحد نصوص قانون الإجراءات الجنائية رقم ٥١ لعام ١٩٧٧ الذي يسمح بتوقيع عقوبة الإعدام، واعتبار الأحكام القضائية الصادرة بتوقيع هذه العقوبة والتي لم تنفذ بعد كأن لم تكن.

وقد اعتمدت المحكمة بشكل أساسي للوصول إلى هذه النتيجة على تفسير النصوص الدستورية المتعلقة بحق الحياة والكرامة الإنسانية والمساواة في ضوء قواعد القانون الدولي التي عرفها رئيس المحكمة بأنها لا تقتصر فقط على القواعد الملزمة، وإنما تشمل أيضاً على القواعد غير الملزمة "Non-binding as well"

^١ لمزيد من القراءات حول النظام الدستوري في جنوب أفريقيا وآلية التفسير الدستوري المستندة إلى قواعد القانون الدولي، راجع المراجع الآتية:

- See Erika R. George, *International Law and African Judiciaries: the Example of South Africa*, ١٠٤ Am. Soc'y Int'L. Proc. ٣٢٩ (٢٠١٠).
- Anne Peters, op. cit. at. ١٧٦.
- Sujit Choudhri (ed), *THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS* (CUP Cambridge ٢٠٠٦).

South African Supreme Court, *S v Makwanyane and Another* (CCT ٣/٩٤) (١٩٩٥)
available at <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/١١١٩/٣.html> .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

"as binding" واستعرض الحكم في تحديده لمضمون الحماية ونطاقها في النصوص الخاصة بالحق في الحياة والكرامة الإنسانية والمساواة العديد من قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان كالاتفاقات الدولية والعرف الدولي وموقف الأنظمة القانونية المقارنة وعدداً من الأحكام القضائية في كل من الولايات المتحدة الأمريكية وألمانيا وكندا والهند، وكذلك تقارير الوكالات الدولية لحقوق الإنسان،^٢ وخلصت المحكمة بناء على ذلك إلى أن عقوبة الإعدام تتدرج ضمن العقوبات الوحشية أو المهينة التي حظر الدستور إقرارها، وتمثل انتهاكاً صارخاً لكل من حق الحياة والكرامة الإنسانية التي كفلهما الدستور بموجب المادتين ٩ - ١٠.

ثالثاً: اتجاه المحاكم العليا في بعض الأنظمة القانونية المقارنة إلى تفسير النصوص الدستورية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان

أخيراً فإن هناك من الدول من ذهبت محاكمها العليا أو محاكمها ذات الاختصاص الدستوري- في ظل غياب نصوص دستورية صريحة - إلى وجوب تفسير النصوص الدستورية، لاسيما تلك المتعلقة بحقوق الأفراد وحرّياتهم الأساسية في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان.

Erika R. George, op. cit. at. ٣٣١.

South African Supreme Court, *S v Makwanyane and Another* (CCT ٢/٩٤) Para. ٣٥-٤٢ (١٩٩٥).

٣

S v Makwanyane and Another (CCT ٢/٩٤) Para. ٩٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ومن قبيل المحاكم التي اعتقت هذا الاتجاه المحكمة العليا في دولة كندا، فعولت المحكمة العليا الكندية في قضية Suresh v. Canada على قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في تفسير نصوص الميثاق الكندي المتعلقة بالحقوق والحريات، وترجع وقائع هذه القضية إلى استصدار الحكومة الكندية أمراً يقضي بترحيل أحد الأشخاص المقيمين بدولة كندا، ويدعى Suresh، على خلفية توجيه عدداً من الاتهامات الجنائية له، كان من أهمها أن وجوده على الأراضي الكندية يشكل خطراً على الأمن القومي الكندي، واتهامات أخرى تتعلق بدعم وتمويل إحدى الجماعات الإرهابية في دولة سريلانكا.

وقد تمسك Suresh في هذه الدعوى بعدم دستورية الأمر الصادر من وزير الدولة للشئون المتعلقة بالجنسية والهجرة، لوجود دلائل جديّة على احتمالية تعرضه للتعذيب في دولته المراد ترحيله إليها، حال موافقة المحكمة على أمر الترحيل، وعلى الرغم من أن المحكمة العليا الكندية أوضحت جلياً أن قواعد القانون الدولي لا يمكن عدّها قواعد ذات قوة إلزامية أعلى من نصوص الدستور الكندي، فإنها أرست في هذه القضية مبدأ مهماً مفاده وجوب تفسير الميثاق الكندي للحقوق والحريات Charter for Rights and Freedoms The Canadian وفقاً للقواعد والمعايير الدولية المتعلقة بالقانون الدولي لحقوق الإنسان؛ لضمان تحقيق وتفعيل مبادئ العدالة الأساسية Fundamental principles of Justice الواردة بالميثاق الكندي للحقوق والحريات والتي تعدّ قيدياً أساسياً على أيّ مساس بحقوق الأفراد في الحياة والحرية والأمن.^٢

Supreme Court of Canada, Suresh v. Canada, (١٩٩٩) ٢ S.C.R.٨١٧.

The Canadian Charter for Rights and freedoms, art. ٧. It stipulates that "Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وخلصت المحكمة إلى أنه في شأن تحديد مضمون وتطابق مبادئ العدالة الأساسية كما وردت في الميثاق الكندي يتعين الاعتداد بما أسفر عنه التطور في مجال قواعد القانون الدولي، ولما كان التطور في مجال هذا القانون قد أفضى إلى عدم جواز ترحيل أي إنسان - أياً كان حجم التهديد الذي يمثله وجود هذا الشخص على اعتبارات الأمن القومي- إذا كان هناك ثمة دلائل أو شواهد على احتمالية تعرضه للتعذيب في الدولة المراد ترحيله إليها، فإنه يتعين إلغاء القرار الصادر بترحيل Suresh¹.

ولم تقف المحكمة العليا الكندية عند حد الاستعانة بقواعد القانون الدولي؛ لتحديد مضمون الحقوق والحريات الأساسية التي يكفلها الميثاق، بل أكدت في إحدى القضايا الأخرى المعروفة بـ *Slaight Communication Case* على أهمية الاستعانة بقواعد القانون الدولي ليس فقط لتحديد مضمون الحقوق والحريات الأساسية وإنما للتعرف على ما يعده المجتمع الدولي حالات ملحة وجوهرية قد تبرر فرض قيود على تمتع الأفراد بهذه الحقوق أو مباشرتهم لها.²

See also Supreme Court of Canada, *Suresh v. Canada*, (1999) 2 S.C.R. 817, para. 60. The Supreme Court of Canada emphasized that "In seeking the meaning of the Canadian Constitution, the courts may be informed by international law. Our concern is not with Canada's international obligations qua obligations; rather, our concern is with the principles of fundamental justices. We look to international law as evidence of these "principles and not as controlling itself.

Supreme Court of Canada, *Suresh v. Canada*, (1999) 2 S.C.R. 817, para. 70

Slaight Commc'ns Inc. v. Davidson, [1989] 1 S.C.R. 1038, 1056-57

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وفي الاتجاه نفسه ذهبت المحاكم الألمانية إلى ضرورة تفسير القانون

The Basic Law for the Federal Republic of Germany في ضوء الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والسوابق القضائية للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، حيث أقرت المحكمة الدستورية الألمانية باعتبار الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والسوابق القضائية للمحكمة الأوروبية من أهم المصادر التي يتعين على القاضي الرجوع إليها، بمناسبة تفسير نصوص القانون الأساسي الألماني وتأويلها؛ لتحديد مضمون ونطاق الحقوق والحريات الأساسية التي يكفلها، وذلك فيما عدا الحالات التي يؤدي فيها هذا المنطق في التفسير إلى الانتقاص من الحماية المقررة في القانون الألماني للحقوق والحريات.^١

كما ذهبت المحكمة الفيدرالية السويسرية في إحدى القضايا التي عرضت عليها إلى ضرورة قراءة وتفسير الحقوق الدستورية ومنها حق الفرد في الحرية في ضوء الأحكام التي تنص عليها المادة ٥ (٣) من الاتفاقية الأوروبية لحقوق

majority of Canada's Supreme Court embraced Judge In *Slaight Communications*, the "Canada's international human rights obligations should inform that: Dickson's opinion Charter but only the interpretation of the content of the rights guaranteed by the not substantial s. 1 objectives also the interpretation of what can constitute pressing and rights [T]he fact that a value has the which may justify restrictions upon those right, either in customary international law or under status of an international human which Canada is a State Party, should generally be indicative of a high a treaty to degree of importance attached to that objective..."

١١

Anne Peters, op. cit. at. ١٧٩.

انظر أيضاً هيلين تورار (ترجمة باسيل يوسف بلك ومراجعة دكتور أكرم الوتري)، تدويل الدساتير الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية (٢٠١٠)، ص ٣٠٦. تشير الكاتبة إلى حكم المحكمة الدستورية الألمانية في ٢٦ مارس ١٩٨٧ الذي انتهت فيه المحكمة إلى أن "مضمون ومستوى تطور الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان تؤخذ بعين الاعتبار عند تفسير القانون الأساسي".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الإنسان وما استقر عليه قضاء المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان من ضوابط لتنظيم حق الفرد في الحرية،^١ وانتهت المحكمة - تبعاً لذلك - إلى أن الاحتجاز السابق للمحاكمة يجب ألا تطول مدته بشكل مفرط أو مبالغاً فيه، وإنما ينبغي على المحاكم دراسة كل حالة على حدة والموازنة بين حق الفرد في الحرية وحق الدولة في رفع الدعوى الجنائية وإنفاذ العقوبات، فإن وجدت أن مدة الاحتجاز طويلة لمدى مبالغ فيه وغير مبرر، أمرت المحكمة السلطات المختصة بالإفراج عنه.^٢

كما تبنت المحكمة العليا الأسترالية الاتجاه نفسه في العديد من أحكامها، حيث أكدت أن قواعد القانون الدولي لاسيما تلك المتعلقة بحقوق الإنسان يمكن أن يكون لها تأثير واضح في تطوير قواعد القانون الدستوري،^٣ وفي تأكيد ذلك أشار Kirby J أحد قضاة المحكمة العليا الأسترالية إلى أن دستور أستراليا بوصفه القانون الأعلى في البلاد يتعين تفسيره وتأويله في ضوء قواعد القانون الدولي، لاسيما عندما يتعلق الأمر بمبدأ أو قاعدة ذات صلة بحقوق الإنسان مستقر عليها في المجتمع الدولي.

citing the Swiss (Jan. ١٦, ١٩٩٣) ٢٦ Case of W. v. Switzerland, App. No. ١٤٣٧٩/٨٨, Para. federal court decision as a part of the applicable law.

See also Anne Peters, op. cit. at. ١٧٩ (٢٠٠٩).

٢٦ Case of W. v. Switzerland, para.

Kristen Walker, *International Law as a Tool of Constitutional Interpretation*, ٢٨ Monash University Law Review ٨٥, ٨٥-٨٦ (٢٠٠٢).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

[I]international law is a legitimate and important influence
the common law and constitutional on the development of
declares the existence law, especially when international law
its To the full extent that ءof universal and fundamental rights.
text permits, Australia's Constitution, as the fundamental law
in this country, accommodates itself to of government
law expresses international law, including in so far as that
basic rights. The reason for this is that the Constitution not
speaks to the people of Australia who made it and only
It also speaks to the accept it for their governance.
international community as the basic law of the Australian
nation which is a member of that community.'

المبحث الثالث

الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير
الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا بمصر والمحكمة العليا
بالولايات المتحدة الأمريكية

نعرض في هذا المبحث لموقف المحكمة الدستورية العليا بمصر والمحكمة
العليا بالولايات المتحدة الأمريكية من الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق
الإنسان في التفسير الدستوري. وسوف نخصص لكل منهما مطلباً مستقلاً على
النحو التالي:

Newcrest Mining v The Commonwealth (1991) 190 CLR 513 at 704-708.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المطلب الأول: الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا بمصر.

المطلب الثاني: الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري في قضاء المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية.

المطلب الأول

الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري في قضاء المحكمة الدستورية العليا بمصر

عمدت المحكمة الدستورية العليا إلى تفسير النصوص الدستورية، لا سيما تلك التي تتناول الحقوق والحريات الأساسية في ضوء القواعد والمبادئ الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان.

وعلى الرغم من أن الدستور المصري الحالي لم يتضمن الإشارة إلى مكانة قواعد القانون الدولي في النظام القانوني الداخلي، وذلك باستثناء ما يتعلق منها بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، حيث أقر لها قوة القانون، شريطة أن يتم التصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً، وعلى الرغم من أنه أيضاً جاء خلواً من نص يلزم المحكمة الدستورية العليا بالاعتداد بقواعد القانون الدولي عند تفسير نصوص الدستور، فإن منهج المحكمة الدستورية العليا في الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري، خاصة عند تعلق الأمر بالحقوق والحريات الأساسية جاء متوافقاً مع أحكام الدستور المصري ومقتضياته، إذ حرص واضعو الدستور على تضمين ديباجته -التي تشكل مع نصوص الدستور نسيجاً مترابطاً وكلاً لا يتجزأ^١ بوصفها تعبيراً عن

^١ دستورية جمهورية مصر العربية الدائم لعام ٢٠١٤، مادة ٩٣

^٢ الدستور المصري الدائم لعام ٢٠١٤ مادة ٢٢٧.

المقاصد التي عناها المشرع من القواعد الدستورية التي احتوتها الوثيقة^١ - عبارات تؤكد الترابط بين مفهوم الحقوق والحريات الأساسية التي تتمتع بالحماية الدستورية وحقوق الإنسان.

ومن قبيل العبارات الدالة على هذا الترابط العبارات القائلة "نكتب دستوراً يفتح أمامنا طريق المستقبل ويتسق مع الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي شاركنا في صياغته ووافقنا عليه". كما عبرت الديباجة عن تطلعات الشعب المصري في الإسهام بإيجابية في "كتابة تاريخ جديد للإنسانية" وفي بناء "عالم إنسانياً جديداً" تسوده الحقيقة والعدل، وتضمن فيه الحريات وحقوق الإنسان. وأخيراً فإن تأكيد الدستور "حق كل مواطن في الحرية والكرامة الإنسانية والعدالة الاجتماعية" و "أن الحرية الشخصية هي حق طبيعي" يبرز الطابع الإنساني لحقوق الأفراد وحرياتهم ويؤكد أن تلك الحقوق والحريات مستوحاة من الطبيعة الإنسانية للفرد.^٢ وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا هذا الارتباط بقولها إن "من المحقق أن الحقوق الأساسية للإنسان لا تستمد من صفته كمواطن في بلد ما، بل مردها إلى الخصائص التي تميز الشخصية البشرية وتبرر بالتالي حمايتها وطنياً ودولياً".^٣

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن المحكمة لم تحصر أو تحدد في أحكامها ماهية القواعد الدولية التي يمكن الاستعانة بها في مجال تفسير الحقوق والحريات الدستورية وتأويلها، ولكن يتضح من استقراء هذه الأحكام أن المحكمة لم تقصرها على القواعد الدولية الملزمة الناشئة عن المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية

^١ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ١ فبراير ١٩٩٧ م في القضية رقم (٧) لسنة (١٦) قضائية "دستورية" الجزء (٨)، ص ٣٤٤. وقد أكدت المحكمة الدستورية العليا في هذه القضية أن مقدمة الدستور تشكل جزءاً لا يتجزأ من الدستور، من حيث التعبير عن مقاصد القواعد الدستورية التي احتوتها الوثيقة الدستورية.

^٢ دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٣٦.

^٣ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ م في القضية رقم (٤٠) لسنة (١٦) قضائية "دستورية" الجزء (٧)، ص ١٩٤.

التي صدقت عليها مصر أو انضمت إليها، وإنما استعانت في أحكامها بالإضافة إلى ذلك بمواثيق وإعلانات حقوق الإنسان، وكذلك الاتفاقات الدولية لحقوق الإنسان، وإن لم تكن مصر طرفاً فيها، كالإتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان وأحكام القضاء الدولي والمحاكم العليا في النظم القانونية الديمقراطية.^١

وتبعاً لذلك، استعانت المحكمة الدستورية العليا في التفسير الدستوري للحقوق والحريات التي تشملها الحماية الدستورية بالمبادئ والقواعد التي استقرت وترسخت في النظم القانونية الديمقراطية، فراحنت تستخلص من تلك المبادئ الحقوق والحريات التي تعد مفترضاً أولاً لقيام الدولة القانونية، وجعلت لما استخلصته قيمة دستورية، معللة ذلك بقولها "أنه في مجال حقوق المواطن وحرياته الأساسية، فإن مضمون القاعدة القانونية التي تسمو في الدولة القانونية عليها، وتتقيد هي بها، إنما يتحدد على ضوء مستوياتها التي التزمتها الدول الديمقراطية باطراد في مجتمعاتها، واستقر العمل بالتالي على انتهاجها في مظاهر سلوكها المختلفة. وفي هذا الإطار، والتزاماً بأبعاده، لا يجوز للدولة القانونية في تطبيقاتها المختلفة أن تنزل بالحماية التي توفرها لحقوق مواطنيها وحرياتهم عن الحدود الدنيا لمطالباتها المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية، ولا أن تفرض على تمتعهم بها أو مباشرتهم لها قيوداً تكون في جوهرها أو مداها مجافية لتلك التي درج العمل في النظم الديمقراطية على تطبيقها. بل أن خضوع الدولة للقانون محدد على ضوء مفهوم ديموقراطي مؤداه: ألا تخذ تشريعاتها بالحقوق التي يعتبر التسليم بها في الدول الديمقراطية مفترضاً أولاً لقيام الدولة القانونية، وضمانه أساسية لصون حقوق الإنسان وكرامته وشخصيته المتكاملة..."^٢ وتطبيقاً لذلك، توسعت المحكمة

^١ دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٦٢-٦٤ و ص ٨٠-٨٣.

^٢ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ م في القضية رقم (٢٢) لسنة (٨) قضائية "دستورية" الجزء (٥)، ص ٨٩.

الدستورية في تفسيرها لمفهوم الحرية الشخصية التي كفلها دستور ١٩٧١. في المادة ٤١. وعدها من الحقوق الطبيعية التي لا تمس، فاشتطت ألا تخالف التشريعات الحقوق التي تعد وثيقة الصلة بالحرية الشخصية والمسلم بها. في الأنظمة الديمقراطية، والتي من بينها "ألا تكون العقوبة الجنائية التي توقعها الدولة بتشريعاتها مهينة في ذاتها أو ممعنة في قسوتها أو منطوية على تقييد الحرية الشخصية بغير انتهاج الوسائل القانونية السليمة أو متضمنة معاقبة الشخص مرتين عن فعل واحد ... وسريان عقوبة تأديبية بأثر رجعي".^١

وقد اعتمدت المحكمة الدستورية أيضاً في تحديدها لمضمون الحقوق والحريات الدستورية على عدد من الأفكار المستمدة من المواثيق والاتفاقات الدولية، ويقطع النظر عن إلزاميتها من عدمه على المستوي الداخلي، من ذلك ما ذهبت إليه المحكمة في تحديد المعنى الحقيقي للعدالة بقولها: "إن المواثيق الدولية - وفي مقدمتها ميثاق الأمم المتحدة - تؤكد عزم الدول على إرساء مفهوم للعدالة لا ينفصل عن محتواها، ويكون كافلاً لملاحمها، لازماً لإنفاذ متطلباتها، ضماناً لحقوق مواطنيها وتأميناً لحررياتهم. كذلك فإن الأسس الموضوعية لقواعد إدارتها، ينفاهها كل تمييز ينال منها".^٢

كما استندت المحكمة في تفسيرها لمبدأ المساواة بين المواطنين في الحقوق والواجبات العامة بخصوص القضية رقم ٨ لسنة ١٦ قضائية إلى مجموعة القواعد الدولية التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة، من خلال الإعلان الصادر في ١٩٧٥/١٢/٩ عن الجمعية العامة للأمم المتحدة برقم (٣٤٤٧) في شأن حقوق المعوقين Declaration on the rights of disabled persons والقرار رقم ٤٨/٩٦ الصادر في ١٩٩٣/١٢/٢٠، للحكم بدستورية المواد ١٠ و١٥ و١٦ من

^١ المحكمة الدستورية العليا، القضية السابقة.

^٢ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ م في القضية رقم (٩) لسنة (١٦) قضائية "دستورية" الجزء (٧)، ص ١٠٦.

القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين والمتعلقة بتخصيص عدد من الوظائف لا يزيد على ٥% من عدد الوظائف داخل وحدات الجهاز الإداري للمعاقين^١. وقد بينت المحكمة في هذه القضية أهمية أخذ هذه القواعد الدولية في

^١ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٥ أغسطس ١٩٩٥ م في القضية رقم (٨) لسنة (١٦) قضائية "دستورية" الجزء (٧)، ص ١٣٩.

تلخص وقائع الدعوى في قيام المدعي بإقامة الدعوى الدستورية طالباً الحكم بعدم دستورية المواد رقم ٩ و ١٠ و ١٥ و ١٦ من القانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأهيل المعوقين، وقد نعى المدعي على المواد ١٠ و ١٥ و ١٦ المتعلقة بإلزام السلطة المختصة بالتحديد بتخصيص عدد من الوظائف لا يزيد عن ٥% من عدد الوظائف داخل كل وحدة من وحدات الجهاز الإداري للدولة أو الهيئات العامة أو القطاع العام لصالح المعاقين مخالفتها لمبدأ المساواة، واستند المدعي في دفاعه إلى أن تخصيص هذه الوظائف للمعاقين يعد تمييزاً منهيماً عنه بنص المادة ٤٠ من دستور ١٩٧١، ذلك أن المشرع أثار المعوقين بعدد من الوظائف، وحرّم غيرهم من التزاحم عليها، ودون أن يستند التمييز بين هاتين الفئتين إلى أسس موضوعية، ومنحهم على هذا أولوية في فرص العمل لا يجوز تقييدها إلا من خلال النصوص الدستورية نفسها.

غير أن المحكمة رفضت دفع المدعي بعدم دستورية المواد المطعون فيها لمخالفتها نص المادة ٤٠ من دستور ١٩٧١ بقولها "إن 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 عن 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 أنشأتها - تعني في المقام الأول، أن يتقدم أصحابها على غيرهم من العاملين، مستأثرين من دونهم بالوظائف الشاغرة، فلا يلج أبوايها أحد ليزاحمهم 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، مادام أن من يتقدمونهم قانوناً، ما برحوا غير مستوفين لاحتياجاتهم الوظيفية بكاملها. ولا كذلك تخصيص حصة للمعوقين مقدارها ٥% من مجموع عدد العاملين بالوحدة الإنتاجية 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.

وحيث أن تنظيم أوضاع المعاقين - وطنياً كان أم دولياً - توخي دوماً ضمان فرص يتخطون بها عوائقهم، ويتغلبون من خلالها على مصاعبهم، ليكون إسهامهم في الحياة العامة ممكناً وفعالاً ومنتجاً. ذلك أن نواحي القصور التي تعرض لهم، مردها إلى عاهاتهم، ومن شأنها أن تقيد من حركتهم، وأن تتأخر أو تأخر من ملكاتهم، فلا يكونون "واقعاً" متكافئين مع الأسوياء حتى بعد تأهيلهم مهنيّاً، لتبدو مشكلاتهم غائرة الأبعاد، لا تلامحها الطول المبصرة، بل تكون مجابهتها، نفاذاً إلى أعماقها، وتقريباً لتدابير تكفل استقلالهم بشئونهم، وانصرافاً إلى مناهج علمية وعملية تتصل حلقاتها، وتتصافر مكوناتها، متخذة وجهة بذاتها، هي ضمان أن يكون المعوقون أكثر فائدة، وأصلب عوداً، وأوثق اتصالاً بأممهم. وكان لازماً وقد تعذر على المعوقين "عملاً" أن تتكافأ فرص استخدامهم مع غيرهم، أن يكون هذا التكافؤ مكفولاً "قانوناً" على ضوء احتياجاتهم الفعلية، وبوجه خاص في مجال مزاولة أعمال بعينها، أو الاستقرار فيها، مع موازنة متطلباتها بعوارضهم التي أعجزتهم منذ ميلادهم، أو بما يكون قد طرأ من أسبابها بعدئذ، وآل إلى نقص قدراتهم عضوياً أو عقلياً أو حسيّاً، لتتضاءل فرص اعتمادهم على أنفسهم."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

الحسبان عند تفسير مبدأ المساواة والحقوق الدستورية للمعاقين، بالرغم من عدم إلزاميتها بقولها "إن القواعد التي تبنتها الجمعية العامة للأمم المتحدة ... وإن لم تكن لها قوة إلزامية تكفل التقيد بها، إلا أن النزول عليها لإزال التزمأ أدبياً وسياسياً، وهي فوق هذا، تعبر عن اتجاه عام فيما بين الدول التي ارتضتها، يتمثل في توافقها على تطبيقها، باعتبارها طريقاً قوياً لدعم جهودها في مجال الاستثمار الأعمق لطاقتها البشرية."¹

وقد كان لقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان ومبادئه دور جوهري في توسيع مفهوم ونطاق عدد من الحقوق والحريات الدستورية، فقد ذهبت المحكمة الدستورية العليا بخصوص الطعن بعدم دستورية البند (أ) من المادة الثالثة من القانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٩٢ في شأن التأمين الصحي على الطلاب والمتعلقة بإفراد كل طفل في رياض الأطفال الخاصة وكل طالب من طلاب المدارس الخاصة بمصروفات واشتراكات سنوية لتمويل هذا التأمين تزيد على تلك التي فرضتها على غيرهم من الطلبة إلى عدم دستورية هذا البند؛ لمخالفته المواد ٧ و١٨ و٤٠ من الدستور، باعتباره منطوياً على تمييز بين طلاب التعليم الخاص وطلاب التعليم المجاني على أساس من الثروة، وهو تمييز منهي عنه دستورياً في مجال مباشرة الحقوق الأساسية.

وقد وجدت المحكمة في هذه الدعوى فرصة سانحة لتحديد مضمون حق التعليم الذي تكفله المادة ١٨ من الدستور وتوسيع نطاقه، من خلال حظر جميع أشكال التمييز غير المشروع في نطاق التعليم بمختلف صوره ومراحله، مع تأكيد التزام الدولة الإيجابي بالإشراف على مختلف صوره وجميع عناصره وتوفير كافة السبل اللازمة لدعم دور التعليم والارتقاء به متأثرة في ذلك بعدد من المواثيق والاتفاقات الدولية التي كفلت حق التعليم، فأكدت المحكمة أن "التعليم حق، وأن العملية التعليمية تتكامل عناصرها، فلا يجوز تبييضها بفصل بعض أجزائها عن البعض، ذلك أن تصافر مكوناتها هو الضمان لفعاليتها، لتمتد الحماية التي كفلها

¹ المحكمة الدستورية العليا، القضية السابقة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الدستور للحق في التعليم، إلى كل العناصر التي يتألف منها، فلا يجوز تعطيل بعض جوانبها أو تقييدها بنصوص قانونية أو تدابير إدارية من شأنها الإخلال بركائز التعليم بما ينال من محتواه، وبوجه خاص يجب أن تتخذ السلطات العامة جميعها، التدابير التي يقتضيها إنهاء التمييز غير المشروع، سواء في مجال شروط القبول في المعاهد التعليمية، أو من خلال القواعد التي تفرق بين الطلبة في شأن مصروفاتهم، أو منحهم الدراسية، أو فرص متابعتهم لتعليمهم في الدول الأجنبية. وبوجه عام، لا يجوز للمعاهد التعليمية أن تميز بين طلبتها في شأن صور التعامل وأشكال العلائق التي ترتبط بها معهم، ما لم يكن التمييز بينهم، مستنداً إلى جدارتهم، أو متصلاً بأوضاع تلك المعاهد واحتياجاتها. ولا يسوغ كذلك أن تتخذ السلطات العامة، من أشكال المعونة التي تقدمها إلى المعاهد التعليمية، -وأياً كان مقدارها- موطناً لتقييد حقوق فئة بذاتها من طلبتها، أو تقديمها وتفضيلها على نظرائهم، وليس لها أن تعطل حق أولياء أمور الطلبة في إلحاق أبنائهم بمعاهد تعليمية غير التي أنشأتها، بشرط ألا يقل مستواها عن الحدود الدنيا التي تتطلبها الجهة ذات الاختصاص بتنظيم شئون التعليم. وفضلاً عما تقدم، لا يجوز، أن يكون انتفاع طلبة المعاهد التعليمية، بمرافقها أو خدماتها، مرتبطاً بقدراتهم المالية، ذلك أن التمييز بين المواطنين -"في مجال مباشرتهم للحقوق الأساسية عينها"- على ضوء ثروتهم، كان دائماً أمراً محظوراً منهياً عنه دستورياً. ولئن صح القول بأن الأصل في التعليم الخاص، هو جوازه في الحدود التي يبينها المشرع، وبما لا يناقض نصوص الدستور، وبشرط ألا يكون متوخياً استبعاد فئة بذاتها من المواطنين انحرافاً، وأن يكون ملتزماً -من حيث مستواه في كل مرحلة تعليمية- بالمقاييس التي تفرضها الجهة الإدارية ذات الاختصاص في شأن المرحلة المناظرة، فإن من الصحيح كذلك أن الحماية التي يكفلها الدستور للحق في التعليم - بكل العناصر التي يشتمل عليه- إنما تمتد إلى المعاهد التعليمية جميعها، بغض النظر عن ملكها أو يديرها.¹

¹ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٢ سبتمبر ١٩٩٥ م في القضية رقم (٤٠) لسنة (١٦) قضائية "دستورية" مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وقد استوحيت المحكمة في تفسيرها الموسع لمضمون حق التعليم وتحديد نطاقه العديد من الأفكار كان مصدرها عدداً من المواثيق والاتفاقات الدولية التي كفلت حق التعليم، ومن أهم تلك المواثيق التي استعانت بها المحكمة الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الذي يؤكد في نص المادة ٢٦ كفالة حق التعليم ومجانيته - على الأقل - في مرحلتيه الابتدائية والأساسية وحق الآباء في اختيار نوع بذاته من التعليم لأبنائهم، وكذلك المادة ١٣ من العهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية التي أكدت أهمية حق التعليم ودوره في التطوير الكامل للشخصية الإنسانية وتعزيز احترام حقوق الإنسان وحرياته والإسهام الفعال في بناء المجتمعات الحرة وتعميق الفهم والتسامح بين الأمم ودعم صداقتها، وأيضاً المادة الأولى من اتفاقية الامم المتحدة في شأن مناهضة التمييز في مجال التعليم التي أوجبت على الدول العمل على إرساء تكافؤ الفرص والمعاملة المتساوية في خصوص حق التعليم مع حظر جميع أشكال التمييز في نطاق التعليم المنطوية على أي تفرقة أو تقييد أو استبعاد أو تفضيل إذا كان مستنداً إلى لون الأشخاص أو جنسهم أو لغتهم أو عقائدهم أو آرائهم أو أصلهم الوطني أو الاجتماعي أو حالتهم الاقتصادية. فضلاً عما تقدم من وثائق استعانت المحكمة بالبروتوكول رقم ١ الملحق بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان الذي أوجب على الدول الأعضاء كفالة حق التعليم واحترام حقوق الآباء في أن يبتغوا لأبنائهم نوعاً من التعليم والتدريس المتفق مع عقائدهم الدينية ومفاهيمهم الفلسفية، كما استعانت بالميثاق الأفريقي لحقوق الإنسان والشعوب الذي أكد حق الأفراد في التعليم والمشاركة الحرة في الحياة الثقافية.

ولم تقتصر المحكمة الدستورية العليا على الأخذ بمفاهيم حقوق الإنسان في تحديدها لمضمون الحقوق والحريات الواردة في صلب الوثيقة الدستورية، وإنما

استوحت من تلك المفاهيم عددًا من الحقوق والحريات الأساسية - أغفل الدستور بيانها ولم يدخلها في إطار الحقوق التي نالت الحماية الدستورية - باعتبارها وثيقة الصلة بالحقوق محل الحماية الدستورية،^١ وأكدت المحكمة على أن الطبيعة الدستورية لتلك الحقوق المستخلصة لا تختلف عن الطبيعة الدستورية للحقوق والحريات التي يحميها الدستور مباشرةً وصراحةً، باعتبار أن الدستور لا يقيم فرقاً أو تدرجاً بين القواعد الدستورية أو الحقوق والحريات.^٢

ومن التطبيقات المهمة في هذا المجال، حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣٤ لسنة ١٥ قضائية، والذي ذهبت فيه المحكمة إلى إضفاء القيمة الدستورية على الحق في التنمية؛ لارتباطه الحتمي بالحق في الحياة وبوصفه جزءاً لا يتجزأ من حقوق الإنسان التي لا تقبل أي تعديل أو تحويل،^٣ متأثرة في ذلك بما نص عليه الإعلان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في شأن التنمية رقم ٤١/١٢٨ من اعتبار الحق في التنمية من الحقوق الإنسانية التي لا يجوز النزول

^١ دكتور أحمد فتحي سرور، الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٤٣.

لم تقف المحكمة الدستورية في استخلاصها للحقوق والحريات الدستورية من أفكار حقوق الإنسان علي ما يسمي بالجيل الأول لحقوق الإنسان، وهي تلك الحقوق المدنية والسياسية التي تخول أصحابها نهج سلوك معين وتمليها آدمية الإنسان وجوهه، أو الجيل الثاني للحقوق وهي الحقوق التي تمنح أصحابها الحق في الحصول على خدمة أساسية تلتزم الدولة بتقديمها كالحقوق الاجتماعية والاقتصادية والثقافية، وإنما راحت تستخلص من أفكار حقوق الإنسان حقوق أخرى ظهرت في أواخر القرن المنصرم سميت بالجيل الثالث للحقوق وتخول الأفراد انحق في مطالبه غيرهم من الأفراد باحترام قيم عالمية معينة في إطار من التضامن، تلك الحقوق التي اعترفت المحكمة بالبعض منها لم تتبلور في الصيغة الدولية أو الدستورية الملزمة في عديد من دول العالم وتشمل على سبيل المثال لا الحصر الحق في السلام والحق في التنمية والحق في البيئة والحق في الثقافة، وتجدر الإشارة إلى أن دستور مصر لعام ٢٠١٤ كان سابقاً في اعتناق عدد من حقوق الجيل الثالث وكفالاتها، كالحق في الثقافة (مادة ٤٨) والحق في التنمية (المادة ٢٧-٢٨) والحق في اللجوء السياسي لكل أجنبي اضطهد بسبب الدفاع عن مصالح الشعوب أو حقوق الإنسان أو السلام أو العدالة. (المادة ٩١).

^٢ دكتور أحمد فتحي سرور: الحماية الدستورية للحقوق والحريات، ص ٩٥.

^٣ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٢ مارس ١٩٩٦ م في القضية رقم (٣٤) لسنة (١٥) قضائية "دستورية"، الجزء (٧)، ص ٥٢٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

عنها وما نصت عليه المادة الأولى من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية من اعتبار الحق في التنمية وثيق الصلة بالحق في الحياة وما قرره المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان في فيينا خلال الفترة من ١٤ إلى ٢٥ يونيو ١٩٩٣ من ارتباط الحق في التنمية بالمفهوم الحقيقي للديموقراطية وكفالة حقوق الإنسان واحترامها، على أساس أن جميع هذه الحقوق تتبادل التأثير فيما بينها^١. وانتهت المحكمة في هذه القضية إلى دستورية نص المادتين (٢ و١٦) من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٨٢ في شأن حماية مجرى النيل والمجاري المائية من التلوث والمتعلقين بحظر إلقاء المخلفات الصلبة أو الغازية أو السائلة أو صرفها في مجارى المياه على كامل أطوالها أو غيرها من مسطحات المياه العذبة وغير العذبة في غير الأحوال المرخص بها ومعاقبة من يخالف ذلك بالحبس مدة لا تزيد على سنة وغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تزيد على ألفى جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين؛ لتوافقهما مع خصائص التنمية بكل معطياتها وأدواتها وعناصرها من

^١ المحكمة الدستورية العليا، القضية السابقة. وقد استوتحت المحكمة الدستورية العليا الحق في التنمية وأدخلته في نطاق الحقوق مثل الحماية الدستورية من عدد من المواثيق والاتفاقات الدولية بقولها: "وحيث أن الحق في التنمية - وعلى ما تنص عليه المادة الأولى من العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية- وثيق الصلة بالحق في الحياة، وكذلك بالحق في بناء قاعدة اقتصادية تتوافر أسبابها، وعلى الأخص من خلال اعتماد الدول - كل منها في نطاقها الإقليمي - على مواردها الطبيعية ليكون الانتفاع بها حقاً مقصوراً على أصحابها. وقد أكد الإعلان الصادر في ٤/١٢/١٩٨٦/ عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في شأن التنمية ٤١/١٢٨ أهمية بوصفها من الحقوق الإنسانية التي لا يجوز انزول عنها، وأن كل فرد ينبغي أن يكون مشاركاً إيجابياً فيها، باعتباره محوراً، وإليه يزيد عائداتها، وأن مسؤولية الدول في شأنها مسؤولية أولية تقتضيها أن تتعاون مع بعضها البعض من أجل ضمانها وإنهاء موقوفاتها، وأن تتخذ التدابير الوطنية والدولية التي تيسر الطريق إلى التنمية بما يكفل الأوضاع الأفضل للنهوض الكامل بمطالباتها، وعليها أن تعمل - في هذا الإطار - على أن تقيم نظاماً اقتصادياً دولياً جديداً يؤسس على تكافؤ الدول في سيادتها وتداخل علاقتها وتبادل مصالحها وتعاونها. وهذه التنمية هي التي قرر المؤتمر الدولي لحقوق الإنسان المنعقد في فيينا خلال الفترة من ١٤ إلى ٢٥ يونيو ١٩٩٣ ارتباطها بالديموقراطية، وبصون حقوق الإنسان واحترامها، وأنها جميعاً تتبادل التأثير فيما بينها، ذلك أن الديموقراطية أساسها الإرادة الحرة التي تعبر الأمم من خلالها عن خياراتها لنظمها السياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية، وإسهامها المتكامل في مظاهر حياتها على اختلافها. كذلك فإن استيفاء التنمية لمطالباتها - وباعتبارها جزءاً لا يتجزأ من حقوق الإنسان لا يقبل تحديلاً أو تحويلاً - ينبغي أن يكون إنصافاً لكل الأجيال، لتقابل احتياجاتها البيئية والتنموية، وعلى تقدير أن الحق في الحياة، وكذلك صحة كل إنسان، يتعرضان لأدفع المخاطر من جراء قيام البعض بالإغراق غير المشروع لمواد سمية أو لجواهر خطيرة، أو لفضلاتهم ونفاياتهم ومن ثم يدعو المؤتمر الدول جميعها لأن تتعاون فيما بينها من أجل مجابهة هذا الإغراق غير المشروع، وأن تقبل التقييد بكل معاهدة دولية معمول بها في هذا المجال، وتنفيذها تنفيذاً صارماً

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الموارد البشرية، كما استوحتها المحكمة من المواثيق والاتفاقات العالمية ذات الصلة بحقوق الإنسان.¹

المطلب الثاني

الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري في قضاء المحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية

إن الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان ومبادئه في التفسير الدستوري كانت ومازالت من أكثر الأمور المثيرة للجدل في الفقه والقضاء الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية.² وسوف نعرض في هذا المطلب لمكانة القواعد الدولية في النظام القانوني الأمريكي، ثم نبين موقف القضاء والفقه من الاستعانة بهذه القواعد في التفسير الدستوري، وأخيراً نعرض لأهم التطبيقات القضائية للتفسير الدستوري في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، وذلك في ثلاثة فروع متتالية، كما يلي:

- الفرع الأول: مكانة القواعد الدولية في النظام القانوني الأمريكي
- الفرع الثاني: موقف القضاء والفقه الأمريكي من الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري
- الفرع الثالث: أهم التطبيقات القضائية الأمريكية للتفسير الدستوري في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان

¹ المحكمة الدستورية العليا، القضية السابقة.

William H. Pryor JR., *Foreign and International Law Sources in Domestic Constitutional Interpretation*, 30 HARV. L. & POL'Y REV. 173, 173-76 (2006)

Sarah Cleveland, op. cit. at. ٢-٣ (2006).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول 2016

الفرع الأول مكانة القواعد الدولية في النظام القانوني الأمريكي

تنص المادة السادسة من الدستور الاتحادي للولايات المتحدة الأمريكية والمعروفة بـ "the Supremacy Clause" على مجموعة القواعد القانونية التي تشكل القانون الأعلى للبلاد The Supreme Law of the Land والتي تشمل الدستور الفيدرالي والقوانين الفيدرالية والمعاهدات الدولية التي تبرمها الحكومة الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية، شريطة اتباع الإجراءات الدستورية، كما يلزم نص المادة السادسة المحاكم الفيدرالية والمحاكم الداخلية في الولايات بأولوية تطبيق القواعد سالفه الذكر، عند تعارضها مع دساتير الولايات المكونة للاتحاد أو قوانينها الداخلية.^٢

وإذا كان في هذا النص الدستوري القاضي بعد المعاهدات الدولية جزءاً لا يتجزأ من القواعد القانونية العليا للدولة دليل قاطع على الاهتمام الخاص الذي يوليه النظام الدستوري والقانوني في الولايات المتحدة الأمريكية للقانون الدولي عامة والمعاهدات الدولية خاصة، فإنه ينبغي ألا يفهم منه أن المشرع الدستوري قد

This **Constitution**, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding".

See U.S. Const. art. VI, § ٢;

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ساوى في القوة الإلزامية بين القواعد الثلاث المكونة للقانون الأعلى في البلاد المتمثلة في الدستور والقوانين الفيدرالية والقواعد الدولية الناشئة عن الاتفاقات الدولية. صحيح أن الدستور قد أقر بسمو هذه القواعد العليا وأولويتها في التطبيق عند تعارضها مع دساتير الولايات وقوانينها الداخلية، إلا أنه قد سكت عن توضيح المرتبة الإلزامية للمعاهدات الدولية بالنسبة للدستور الاتحادي والقوانين الفيدرالية، وإزاء هذا الغموض، كان لا بد من تدخل المحكمة العليا، لتوضيح المرتبة الإلزامية للاتفاقات والمعاهدات الدولية التي تبرمها الولايات المتحدة الأمريكية بالنسبة لغيرها من القواعد الدستورية والفيدرالية، فأكدت المحكمة العليا في *Reid v. Covert* أن نصوص المعاهدات والاتفاقات الدولية التي تبرمها الولايات المتحدة الأمريكية لا يمكن عدها جزءاً من القواعد القانونية العليا في النظام القانوني الأمريكي حال تناقضها مع نصوص الدستور أو وثيقة الحقوق، وانتهت - تأسيساً على ذلك - إلى أن ما تقره نصوص المعاهدات الدولية أو الاتفاقات التنفيذية - التي تكون الولايات المتحدة الأمريكية طرفاً فيها - من سلطات أو صلاحيات للكونجرس

^١ تطبيقاً لنص التعديل السادس من وثيقة الحقوق الملحقه بدستور الولايات المتحدة الأمريكية، استقرت أحكام المحكمة العليا على أن تكون للمعاهدات الدولية التي تبرمها الولايات المتحدة الأمريكية قوة إلزامية أعلى من دساتير الولايات وقوانينها الداخلية. للمزيد راجع أحكام المحكمة العليا في القضايا التالية:

- *Ware v. Hylton*, ٣ U.S. ١٩٩, ٢٣٦ (١٧٩٦). The Court held that "people, in establishing the Constitution, had authority to make state Constitutions yield to treaties; treaty would not be supreme law of the land if state law could stand in the way."
- *Missouri v. Holland*, ٢٥٢ U.S. ٤١٦, ٤٣٤ (١٩٢٠). The court explained that "while the great body of private relations usually fall within the control of the state, a treaty may override the power of the state."
- *Asakura v. City of Seattle*, ٢٦٥ U.S. ٣٢٢, ٣٤٢ (١٩٢٤). The Court held that "self-executing treaties stands on same footing as Constitution and laws of the United States; treaty cannot be rendered nugatory by inconsistent domestic law."

^٢ دكتور اشرف عرفات أبو حجازة، المرجع السابق، ص ٢٢٩ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الأمريكي أو غيرها من السلطات الحكومية الأخرى لا يمكن الاعتراف بها إلا في حدود ما تسمح به القيود والضوابط الدستورية على سلطات الحكومة الفيدرالية.^١

أما بخصوص العلاقة بين القواعد الاتفاقية الدولية والقوانين الاتحادية، فقد استقرت أحكام المحكمة العليا - في ظل صمت النصوص الدستورية - على تساويهما من حيث القوة الإلزامية،^٢ فإذا حدث تعارض بين نصوص كل من الاتفاقية الدولية والقانون الاتحادي، فإنه يتعين على القاضي في هذه الحالة أن يطبق الأحدث منهما، إعمالاً للقاعدة القاضية بأن اللاحق ينسخ السابق Lex posterior derogate priori.^٣

Reid v. Covert, ٣٥٤ U.S. ١, ١٥-١٧ (١٩٥٧). The Supreme Court made clear that precedents have "regularly and uniformly recognized the supremacy of the Constitution over a treaty." It therefore concluded that "no agreement with a foreign nation can confer power on the Congress, or any other branch of Government, which is free from the restraints of the Constitution."

- Head money cases, Edye v. Robertson, ١١٢ US ٥٨٠, ٥٩٨-٥٩٩ (١٨٨٤).
- Whitney v. Robertson, ١٢٤ U.S. ١٩٠, ١٩٤ (١٨٨٧).

Head money cases, Edye v. Robertson, op. cit. at. ٥٩٨-٥٩٩. The Court explained that "A treaty, then, is a law of the land as an act of congress is, whenever its provisions prescribe a rule by which the rights of the private citizen or subject may be determined. And when such rights are of a nature to be enforced in a court of justice, that court of justice that court resorts to the treaty for a rule of decision for the case before it as it would to a statute. But even in this aspect of the case there is nothing in this law which makes it irrevocable or unchangeable. The constitution gives it no superiority over any act of congress in this respect, which may be repealed or modified by an act of congress in this respect, which may be repealed or modified by an act of a

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول، ٢٠١٦.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن القضاء الأمريكي لم يمنح هذه القاعدة قيمة مطلقة عند التطبيق،^١ إذ أوجبت أحكام المحكمة العليا على المحاكم، عند وجود تعارض بين الالتزامات الدولية للولايات المتحدة وما قد يصدره الكونجرس من قوانين اتحادية لاحقة أن تعمل على التوفيق بين قواعد القانون الفيدرالي والمعاهدات الدولية وإزالة ما قد يكون هناك من تعارض في الأحكام بينهما بواسطة التفسير، تأسيساً على قرينة استقر عليها قضاء المحكمة العليا، وهي أن التشريعات الصادرة من الكونجرس لا يمكن أن يكون قد قصد منها مخالفة التعهدات الدولية التي ترتبط بها الولايات المتحدة الأمريكية،^٢ وفي حالة استحالة

later date. Nor is there anything in its essential character, or in the branches of the government by which the treaty is made is made, which gives it this superior sanctity.

Whitney v. Robertson, op. cit. at. ١٩٤. The Court asserted that "By the Constitution, a treaty is placed on the same footing, and made of like obligation, with an act of legislation. Both are declare by that instrument to be the supreme law of the land, and no superior efficacy is given to either over the other. When the two relate to the same subject, the courts will always endeavor to construe them so as to give effect to both, if that can be done without violating the language of either; but, if the two are inconsistent, the one last in date will control the other: provided, always, the stipulation of the treaty on the subject is self-executing."

- See also Chae chan Ping v. U.S., ١٣٠ U.S. ٥٨١, ٥٩٩ (١٨٨٩).
- Restatement (Third) of Foreign Relations law, Sec. ١١٥ (٢).

^١ دكتور أشرف عرفات أبو حجاز، المرجع السابق، ص ٢٢٩ وما بعدها.

- Murray v. Shooner Charming Betsy, op. cit. at. ١١٨.
- Asakura v. City of Seattle, op. cit. at. ٣٤٢.
- McCulloch v. Sociedad Nacional de Marineros de Honduras ٢٧٢ U.S. ١٠ (١٩٦٣)
- Weinberger v. Rossi ٤٥٦ U.S. ٢٥ (١٩٨٢)
- Cook v. United States ٢٨٨ U.S. ١٠٢ (١٩٣٣).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التوفيق بينهما، يكون القاضي ملزماً بترجيح القاعدة التي صدرت لاحقاً على القاعدة السابقة، وإلا كان حكمه معيباً مستوجباً للإلغاء.

أما فيما يتعلق بوضع القواعد الدولية العرفية ومكانتها في النظام القانوني الأمريكي، فقد استقرت أحكام القضاء الأمريكي منذ ما يزيد على قرنين - في ظل صمت النصوص الدستورية - على أن أحكام القانون الدولي العرفي أو *The Law of Nations* تعد جزءاً لا يتجزأ من القانون الداخلي للولايات المتحدة الأمريكية، ويتعين على جميع المحاكم الالتزام بتطبيقها،^١ وإذا كان مفاد ما تقدم أن قواعد القانون الدولي العرفية تكون نافذة في النظام القانوني الداخلي دون الحاجة إلى تدخل تشريعي من الكونجرس لإعمال هذه القواعد وإدماجها في القانون الداخلي، فإنه ينبغي ألا يفهم من ذلك أن القواعد الدولية العرفية تتمتع بقيمة إلزامية مساوية للنصوص الدستورية أو حتى مساوية للقوانين الفيدرالية،^٢ إذ إن الراجح فقهاً وقضاءً وفقاً لما استقرت عليه أحكام المحكمة العليا أن قواعد القانون الدولي العرفي تتمتع بقيمة إلزامية أقل من تلك الممنوحة للقوانين الفيدرالية، وهو ما يعني أن المحاكم

The Nereide, 13 U.S. (9 Cranch) 388, 422 (1815). Chief Justice Marshall made clear that "the Court is bound by the law of nations, which is a part of the law of the land."

The Court reaffirmed the same principle in many other cases such as the *Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700 (1900) and more recently in *Sosa v. Alvarez-Machaine*, 542 U.S. 692, 729-30 (2004).

^١ انظر دكتور أشرف عرفات أبو حجاز، المرجع السابق، ص ٢٤٩ وما بعدها.

^٢ مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ملزمة بترجيح أحكام قانون الفيدرالي علي قواعد القانون الدولي العرفي عند وجود تعارض بينهما.^١

الفرع الثاني

موقف القضاء والفقهاء الأمريكي من الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في التفسير الدستوري

إذا كان ما تقدم يعكس وضع القواعد الاتفاقية الدولية ومكانتها في النظام القانوني الأمريكي، فإن رغبة القضاء الأمريكي في تحقيق أكبر قدر من التعايش بين النظام القانوني الوطني والنظام القانوني الدولي قد حدا بالمحكمة العليا وغيرها من المحاكم المكونة للنظام القضائي في الولايات المتحدة إلى الاستعانة بقواعد القانون الدولي كمصدر كاشف لتحديد مضمون الكثير من القواعد الدستورية ونطاقها،^٢ إذ رأى القضاء الأمريكي في تلك الوسيلة مجالاً خصباً لتفسير العديد

Swift v. Tyson, ٤١ U.S. (١٦ Pet.) ١ (١٨٤٢)

Ernest A. Young, *Sorting Out the Debate over Customary International Law*, ٤٢ VA. J. INT'L L. ٣٦٥, ٣٧٥ (٢٠٠٢)

Cindy G. Buys, *op. cit.* at. ١.

تجدر الإشارة إلى أن الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان قد لاقت معارضة شديدة من جانب عدد من قضاة المحكمة العليا الأمريكية الحاليين، مثل القاضي أنتونين سكاليا والقاضي كلارنس توماس (Justice Antonin Scalia and Justice Thomas)، إذ يرى هذان القاضيان أن الاستعانة بقواعد القانون الدولي في تفسير النصوص الدستورية تتطوي على مساس بالسيادة الأمريكية وتشكل انتهاكاً صارخاً لنظامها الدستوري والقانوني.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

من النصوص الدستورية، لاسيما تلك الواردة في وثيقة الحقوق أو The Bill of Rights

ويتضح من استقراء أحكام القضاء الأمريكي في هذا الخصوص أن التطبيقات القضائية المفسرة للدستور في ضوء هذه الآلية لم تعول على مصدر بعينه من مصادر القانون الدولي العام، وإنما اعتمدت على القواعد والمبادئ المستقر عليها في القانون الدولي، سواء أكان مصدرها المعاهدات والمواثيق الدولية أم العرف الدولي أم المبادئ العامة للقانون المعترف بها في الأمم المتحدة^٢.

ومما تجدر الإشارة إليه في مقام حديثنا عن القواعد الدولية التي استعان بها القضاء الأمريكي في التفسير الدستوري أنه بالرغم من ندرة الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان التي صدقت عليها الولايات المتحدة الأمريكية^٣، وبالرغم من

Tamela R. Hughlett, op. cit. at. ١٦٩ (١٩٩٢).

The Restatement (Third) of Foreign Relations Law of The United States, sec. ١٠٢. The Sec. ١٠٢ states Restatement provides:

- (١) A rule of International Law is one that has been accepted as such by the International Community of states
- a- In the form of customary international law;
 - b- By international agreement; or
 - c- By derivation from general principles common to major legal systems of the world

See also Statute of International Court of Justice Art. ٢٨(١), ٥٩ Stat. ١٠٥٥, ١٠٦٠ (١٩٤٥).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

التفرقة التي يقيما النظام القانوني الأمريكي في مجال المعاهدات التي صدقت عليها الولايات المتحدة بين المعاهدات القابلة للنفوذ من تلقاء نفسها - Self-executing Treaties وهي تلك التي تعد جزءاً من النظام القانوني الداخلي للولايات المتحدة وملزمة لجميع المحاكم بمجرد التصديق عليها - وبين المعاهدات غير القابلة للنفوذ من تلقاء نفسها Non-Self-executing Treaties - وهي التي لا تتمتع بأي قيمة إلزامية في النظام القانوني الداخلي دون صدور قانون من الكونجرس يضعها موضع التطبيق والتنفيذ - ، فإن الثابت من أحكام القضاء الأمريكي أن المحاكم لم تنقيد في إطار أعمالها لهذه الآلية في التفسير الدستوري بما يعد ملزماً من الاتفاقيات والمواثيق الدولية في النظام القانوني الداخلي وما لا

-
- Tamela R. Hughlett, op. cit. at. ١٧١-٧٢ (١٩٩٢).
 - Richard B. Lillich, *The Constitution and International Human Rights*, ٨٣ Am. J. Int'l L. ٨٥١, ٨٥٥ (١٩٨٩).

Tamela R. Hughlett, op. cit. at. ١٦٩.

Foster v. Neilsen, ٢٧ U.S. (٢ Pet.) ٢٥٣ (١٨٢٩).

ذهبت المحكمة العليا الأمريكية في قضية Foster إلى ضرورة التفرقة بين نوعين من المعاهدات الدولية التي تبرمها الولايات المتحدة الأمريكية، وهما: المعاهدات القابلة للنفوذ من تلقاء نفسها والمعاهدات غير القابلة للنفوذ من تلقاء نفسها، وأكدت نفاذ الأولى دون الثانية في النظام القانوني الداخلي وعدها جزءاً من دون الحاجة لأي تدخل تشريعي من قبل الكونجرس، أما المعاهدات الدولية غير القابلة للنفوذ بذاتها، فهي لا تكون نافذة في النظام القانوني الداخلي إلا من خلال تدخل المشرع وتحويل نصوصها إلى تشريع فيدرالي، وفي تلك الحالة الأخيرة يكون مصدر الالتزام بما ورد في المعاهدة من أحكام هو التشريع الوطني وليس المعاهدة الدولية.

انظر أيضاً دكتور أشرف عرفات أبو حجاز، المرجع السابق، ص ٢٤٦-٢٤٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

يعد كذلك،^١ إذ اعتمد القضاء في أحكامه على كثير من الاتفاقيات والمواثيق الدولية التي لم تصدق عليها الولايات المتحدة أو تلك التي صدقت عليها، واعتبرتها المحاكم أو مجلس الشيوخ الأمريكي The Senate غير قابلة للنفاذ من تلقاء نفسها في النظام القانوني الداخلي.^٢

وتجدر الإشارة في هذا المقام إلى أن أحكام القضاء المفسرة لأحكام الدستور في ضوء هذه الآلية لم تعول فقط على الاتفاقيات والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان، وإنما استندت أيضًا في التفسير الدستوري إلى قواعد القانون الدولي العرفي والمبادئ العامة التي أقرتها النظم القانونية المقارنة، وفي تأكيد أهمية الاستعانة بهذه المصادر وفعاليتها في إطار التفسير الدستوري، علقت القاضي بالمحكمة العليا Justice Sandra Day O'Connor - في خطابها أمام الجمعية الدولية للقانون الدولي، في عام ٢٠٠٢ - على اعتماد أحكام المحكمة العليا في الآونة الأخيرة على قواعد القانون الدولي والمبادئ التي أقرتها النظم القانونية المقارنة في تفسير النصوص الدستورية وتردد بعض قضاة المحكمة العليا

Robert J. Delahunty and John Yoo, *Against Foreign Law*, ٢٩ Harv. J.L. & Pub. Pol'y ٢٩١, ٢٩٢ (٢٠٠٥).

- Sarah Cleveland, op. cit. at. ٦٧.
- Roper v. Simmons, ٥٣٩ U.S. ٥٥٨ (٢٠٠٣).

فقد استعانت المحكمة العليا في تلك القضية باتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل؛ لتفسير التعديل الثامن الوارد بوثيقة الحقوق، علماً بأن الولايات المتحدة لم تصدق على هذه الاتفاقية.

للمزيد حول الاتفاقيات الدولية التي قامت الولايات المتحدة الأمريكية بالتصديق عليها انظر:

<https://www1.umn.edu/humanrts/rescard/ratification-USA.html>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

في الاعتراف بهذه الآلية بقولها: "إنه على الرغم من أن قواعد القانون الدولي وقواعد القانون المقارن لا تعد - في غالب الاحوال - قواعد ملزمة يتعين على المحكمة مراعاتها والتقييد بأحكامها، فإنه ليس هناك ما يمنع أن تستفيد المحكمة العليا وهي بصدد ممارستها لاختصاصها الدستوري بتفسير أو تأويل حكم معين من أحكام الدستور، من الحلول التي توصلت إليها المحاكم العليا في الدول الديمقراطية والقضاء الدولي عند مواجهة تحديات مماثلة."¹

وقد انضم للقاضية O'connor في دفاعها عن موقف المحكمة العليا من الاستعانة بأحكام القانون الدولي والقانون المقارن في التفسير الدستوري عدد من قضاة المحكمة العليا، مثل رئيس المحكمة ويليام رينكويست والقاضية روث جينزبرج والقاضي ستيفن براير Justice Stephen Breyer, Justice Ruth Bader Ginsburg and Chief Justice William Rehnquist².

Sarah Cleveland, op. cit. at. ٩.

William H. Rehnquist, *Constitutional Courts - Comparative Remarks*, (١٩٨٩), Reprinted in *GERMANY AND ITS BASIC LAW: PAST, PRESENT AND FUTURE - A GERMAN-AMERICAN SUMPOSIUM* ٤١١, ٤١٢ (Paul Kirchof & Donald P. Lommers eds., ١٩٩٣)

Jeffrey McDermott, *Citation to Foreign Precedents: Congress vs. The Courts*, ٥١-JUL. Fed. Law. ٢٠, ٢٢ (٢٠٠٤).

Justice O'Connor, who has always been in support of the concept of "Transjudicialism" stated that "although international law and the law of other nations are rarely binding, upon our decisions, conclusions reached by other countries and by the international community should at times constitute persuasive authority in American Courts."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وتتمثل المصادر التي يمكن للقاضي الأمريكي الرجوع إليها؛ للتثبت من وجود مبدأ أو قاعدة دولية في الأحكام الصادرة من المحاكم الدولية وهيئات التحكيم والأحكام القضائية الصادرة من المحاكم العليا في الأنظمة القانونية المقارنة والمؤلفات والمراجع الفقهية وأخيرًا الإعلانات الدولية المتضمنة اعتراف الدول بوجود مبدأ أو قاعدة دولية معينة عند عدم وجود معارضة جديّة أو صريحة من جانب باقي أعضاء المجتمع الدولي لأي من هذه الإعلانات.

- Jeffrey McDermott, op. cit. at. ٢٠.

Justice William Rehnquist emphasized that "when many new constitutional courts were created after the Second World War, the courts naturally looked to the decisions of the Supreme Court of the United States, among other sources, for developing their own law. But now that constitutional law is solidly grounded in so many countries, it is time that the United States begins looking to decisions of other constitutional courts to aid in their own deliberative process."

Also, Justice Stephen Breyer has expressed strong support to the court new technique of interpretation by holding that "this court has long considered as relevant and informative the way in which foreign courts have applied standards roughly comparable to our own constitutional standards in roughly comparable circumstances. In doing so, the Court has found particularly instructive opinions of former (British) Commonwealth nations insofar as those opinions reflect a legal tradition that also underlines our own.... Willingness to consider foreign judicial views in comparable cases is not surprising in a nation that from its birth has given a decent respect to the opinions of any kind."

- Robert J. Delahunty and John Yoo, *Against Foreign Law*, ٢٩ Harv. J.L. & Pub. Pol'y ٢٩١, ٢٩٣-٩٤ (٢٠٠٥).

The Restatement (Third) of Foreign Relations Law of The United States, sec. ١٠٣.

Sec. ١٠٣ identifies sources that could be used as proof of what is an international rule of law

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

وقد تعرض هذا المنهج في التفسير الدستوري لموجة من الانتقادات ساقها جانب من الفقه الأمريكي،^١ إذ حذر البعض من أن يؤدي التوسع في استخدام هذه الآلية في التفسير الدستوري إلى خلق قواعد فوق دستورية تكون لها قوة إلزامية أعلى من نصوص الدستور الوطني،^٢ كما خشي جانب آخر من الفقه من أن تفضي تلك الآلية في التفسير إلى تقييد الحقوق والحريات المشمولة بالحماية الدستورية على نحو لا تبرره أحكام الدستور ذاته،^٣ ولم يقتصر الأمر على انتقادات

-
- a- Judgments and opinions of international judicial and arbitral tribunals;
 - b- Judgments and opinions of national judicial tribunals;
 - c- The writings of scholars;
 - d- Pronouncements by states that undertake to state a rule of international law, when such pronouncements are not seriously challenged by other states.

Thomas Von Danwitz, *The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of ECJ*, ٣٧ Fordham Int'l L.J. ١٣١١, ١٣١٩ (٢٠١٤).

Jonathan L. Marshfield, *Foreign Precedent in State Constitutional Interpretation*, ٥٣ -١٧ (٢٠١٥)، ٤١٣، ٤١ Duq. L. Rev.

Jeffrey McDermott, op. cit. at. ٢٠.

The article reports a number of law school professor statements with relevance to the Supreme Court new interpretative technique. According to the article, Jeremy Rabkin, professor of government at Cornell University "testified that continued citation to foreign precedent could lead to "world government." He predicted that judges of different countries will begin to coordinate their decisions, which will lead to a situation similar to that in the European union, which has established a "new constitution on top of the national constitutions.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الفقه فحسب، وإنما اعترض على تلك الآلية في التفسير كل من السلطة التنفيذية وبعض أعضاء الكونجرس الأمريكي معتبرين أن تفسير نصوص الدستور الاتحادي في ضوء المبادئ والقواعد المستقرة في القانون الدولي والنظم القانونية المقارنة يشكل تهديدًا صريحًا للسيادة الأمريكية وانتهاكًا صارخًا لسلطات الرئيس والكونجرس الدستورية في تحديد ما تلتزم به الولايات المتحدة من قواعد دولية ومالا تلتزم به، إذ يمنح الدستور سلطة إبرام المعاهدات الدولية والتصديق عليها لرئيس الدولة بالاشتراك مع مجلس الشيوخ.^١ وتأكيدًا لموقفهم، لوح بعض أعضاء الكونجرس باستخدام سلطاتهم الدستورية في عزل القضاة ممن يعولون في تفسيرهم لأحكام الدستور على هذه الآلية باعتبار أن مثل هذا السلوك من القضاة يمثل خروجًا على قواعد السلوك القويم الواجب على القضاة مراعاتها والالتزام بها في سياق عملهم، وإلا كانوا عرضة للعزل من مناصبهم.^٢

Jeffrey McDermott, op. cit. at. ٢١. The article also reports the opinion of Michael Ramsey who works as professor of law at the University of Carolina. According to the article Ramsey "echoed similar concerns noting that European courts allow much greater restrictions on freedom of speech and more interference with religious practice than the First Amendment permits. Europe also lacks many of the property rights, criminal procedure protections, and Second Amendment rights that are recognized under U.S. law. He raised the concern that citation to foreign precedent could actually result in the constriction of Constitutional rights."

Jeffrey McDermott, op. cit. at. ٢٠-٢١.

- Robert J. Delahunty and John Yoo, *Against Foreign Law*, ٢٩ Harv. J.L. & Pub. Pol'y ٢٩١, ٢٩٩ (٢٠٠٥).
- "Appropriate Role of Foreign Judgments in the Interpretation of American Law, Hearing before the Subcommittee on the Constitution of the Committee on the Judiciary, on H.Res. ٥٦٨, ١٠٨th Cong., ٢nd Sess., Ser. No. ٦٧ (March ٢٥, ٢٠٠٤). See also مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

والواقع أن تلك الانتقادات التي ساقها الفقه والاعتراضات التي تدرج بها أعضاء الكونجرس يمكن الرد عليها ودحضها،¹ فتهديد الكونجرس للمحاكم

Hearing on H. Res. ٩٧ and the Appropriate Role of Foreign Judgments in the Interpretation of American Law, ١٠٩th Cong., ١st Sess., (July ١٩, ٢٠٠٥).

- Various House resolutions have been introduced objecting to the use of foreign legal sources in constitutional analysis. See, e.g., H. Res. ٩٧, ١٠٩th Cong., ١st Sess., (٢٠٠٥) (expressing the sense of the House that “judicial determinations regarding the meaning of the Constitution . . . should not be based on judgments, laws, or pronouncements of foreign institutions unless such foreign judgments . . . inform an understanding of the original meaning of the laws of the United States.”); Constitutional Preservation Resolution,” H. Res. ٤٤٦, ١٠٨th Cong., ١st Sess. (Nov. ١٨, ٢٠٠٣) (The Supreme Court “should base its decisions on the Constitution and the Laws of the United States, and not on the law of any foreign country or any international law or agreement not made under the authority of the United States”); H. Res. ٥٦٨, ١٠٨th Cong., ٢nd Sess. (Mar. ١٧, ٢٠٠٤). H. Res. ٤٤٦ had ٢٢ cosponsors, and H. Res. ٥٦٨ had ٥٩ co-sponsors, including Judiciary Committee Chair James Sensenbrenner and House Majority Leader Tom Delay.
- Jeffrey McDermott, op. cit. at. ٢١.

In an interview with the Republican Tom Feeney, he stated “to the extent they deliberately ignore Congress’ admonishment, they are no longer engaging in good behavior in the meaning of the Constitution, and they may subject themselves to the ultimate remedy, which would be impeachment.”

- Sarah Cleveland, op. cit. at. ٢-٦.

¹ يذهب كثير من الفقه الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية إلى تأييد موقف القضاء الأمريكي من الاستعانة بقواعد القانون الدولي والمبادئ المستقر عليها في نظم القانون المقارن في مجال التفسير الدستوري. للمزيد حول موقف الفقه الدستوري في الولايات المتحدة الأمريكية راجع:

- Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, ٨٢ VA. L. REV. ٧٧١ (١٩٩٧);
- David S. Law, *Generic Constitutional Law*, ٨٩ MINN. L. REV. ٦٥٢ (٢٠٠٥).
- Vicki C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on “Proportionality,” Rights and Federalism*, ١ U. PA. J.CONST. L. ٥٨٣ (١٩٩٩);
- Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, ١٠٨ YALE L.J. ١٢٢٥ (١٩٩٩).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

واعتراضه على آلية التفسير الدستوري في ضوء قواعد القانون الدولي ومبادئه هو ما يمثل انتهاكاً صارخاً لمبدأ الفصل بين السلطات، إذ أن وجود رقابة قضائية بواسطة قضاء مستقل على أعمال الحكومة الفيدرالية وتصرفاتها، سواء أكانت هذه التصرفات صادرة من السلطة التنفيذية أم التشريعية يعد من أهم دعائم مبدأ الفصل بين السلطات.^١ ومن ناحية أخرى، فإن القول بأن هذه الآلية في التفسير من شأنها خلق قواعد فوق دستورية هو قول يجافي الحقيقة، إذ أن المحاكم الأمريكية - على نحو ما سنوضح لاحقاً - لم تطبق قواعد القانون الدولي ومبادئه، بوصفها قواعد فوق دستورية أو باعتبارها مصدرًا مباشرًا للحريات الأساسية، وإنما استخدمت هذه المبادئ والقواعد كمصدر كاشف لتحديد مضمون ونطاق القواعد الدستورية.^٢ وتأييداً لموقف القضاء الأمريكي من الاستعانة بهذه الآلية، يؤكد جانب من الفقه أن قواعد القانون الدولي ومبادئه لا يمكن عدها غريبة عن الدستور الأمريكي، إذ تضمن هذا الدستور في نصوصه الكثير من المصطلحات والعبارات التي لا يمكن فهم مضامينها أو تحديد نطاقها إلا بالرجوع لمبادئ القانون الدولي وأحكامه^٣ التي

Harold H. Koh, *International Law as Part of Our Law*, 98 AM. J. INT'L L. ٤٦, ٤٣ (٢٠٠٤).

op. cit. at. ٢١. Jeffrey McDermott,

Sarah Cleveland, op. cit. at. ٤.

Michael P. Scocarras, *International Law and the Constitution*, 4 Fed. Cts. L. Rev. ١٨٥, ١٩١ (٢٠١١).

Sarah Cleveland, op. cit. at. ٨-١١.

Cindy G. Buys, op. cit. at. ٦-٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

منها، على سبيل المثال: سلطة الكونجرس الأمريكي في إعلان الحرب وسلطته في تحديد وتجريم السلوكيات التي يعدها المجتمع الدولي جرائم دولية^١ وسلطة رئيس الدولة في إبرام المعاهدات الدولية والانضمام إلى المنظمات الدولية^٢ وسلطات المحاكم الفيدرالية في نظر القضايا المتعلقة بالسفراء والقناصل والمنازعات التي تكون إحدى الدول الأجنبية أو رعاياها طرفاً فيها.^٣

Gerald Neuman, *The Uses of International law in Constitutional Interpretation*, ٨٢-٨٣.

See, e.g., U.S. Const. art. I, § ٨, cl. ١٠ (“The Congress shall have the Power To... ١٠- define and punish ... Offenses against the Law of nations. ١١- to declare War).

فسرت المحكمة العليا سلطات الكونجرس الدستورية بإعلان حالة الحرب وسلطته في تجريم السلوكيات التي يعدها المجتمع الدولي جرائم دولية في ضوء قواعد القانون الدولي ومبادئه وأقرت بناءً على ذلك بدستورية القوانين التي أصدرها الكونجرس بإقرار المحاكمات العسكرية (١٩٤٦) ١ (٣٢٧ U.S. Application of Yamashita ، وقوانين مكافحة القرصنة (١٨٢٠) ١٥٣ (٥ Wheat.) ١٨ U.S. (United States v. Smith والقوانين المتعلقة بحماية السفارات الأجنبية (١٩٨٨) ٣١٢ U.S. ٤٨٥

See, e.g., U.S. Const. art. II, § ٢, cl. ٢ (The President “shall have the Power... to make .Treaties”)

Sarah Cleveland, op. cit. at. ٨-١١.

فسرت المحكمة العليا اختصاصات الرئيس الدستورية بإبرام المعاهدات الدولية في ضوء قواعد القانون الدولي؛ بغية تحديد ماهية الموضوعات التي يملك رئيس الدولة إبرام المعاهدات بخصوصها في قضية Holmes v. Jennison ٣٩ U.S. ٥٤٠ (١٨٤٠)، كما اتبعت المنهج نفسه في التفسير الدستوري؛ لتحديد وضع قواعد القانوني الدولي الاتفاقية في النظام القانوني الداخلي ومكانتها في قضية (١٨٢٩) ٢٥٣ (٢٧ U.S. Foster v. Neilson .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

كما أن الادعاء بأن تلك الآلية تحمل تهديدًا بالانتقاص من مضمون الحماية الدستورية ونطاقها لما أوجده الدستور الأمريكي من حقوق وحرّيات أساسية هو قول مردود ولا يقوى على المناقشة، إذ إن الثابت من أحكام المحكمة العليا أنها قد دأبت على الاستعانة بقواعد القانون الدولي ومبادئه في التفسير الدستوري ليس بهدف النزول بالحماية الدستورية لهذه الحقوق والحرّيات عن الحدود التي قررها الدستور، واستقرت عليها السوابق القضائية، بل لتعزيز وتطوير مفهوم الحقوق والحرّيات المتمتعة بالحماية الدستورية في ضوء ما استقر عليه المجتمع الدولي والنظم الديمقراطية من مبادئ وقيم لحقوق الإنسان.^١

وأخيرًا يبرر جانب من الفقه موقف القضاء الأمريكي من الاستعانة بقواعد القانون الدولي ومبادئه في التفسير الدستوري على أساس سياسي، وهو ضرورة تحقيق أكبر قدر من التوافق والتعايش بين نصوص الدستور الأمريكي والمبادئ العامة لحقوق الإنسان على المستوى الدولي التي تقف الولايات المتحدة الأمريكية

See, e.g. U.S. Const. art. III, § ٢, cl. ١ (“The judicial Power shall extend to all ...Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls ... to Controversies ... between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects”).

U.S. Const. art. VI, § ١, cl. ٢ (“This **Constitution**, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land”).

. ١٩١ Michael P. Scocarras, op. cit. at.

op. cit. at. ٥٢-٥٣. Sarah Cleveland,

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وراء تطبيقها في جميع دول العالم، بوصفها الحامي الأول لمقاصد الامم المتحدة.^١ وبالإضافة إلى ذلك، فقد كان للولايات المتحدة الأمريكية دور ملحوظ ورئيسي في إعداد وصياغة أهم قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان المكتوبة، ومنها ميثاق الأمم المتحدة والإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي للحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.^٢ ولتلك الأسباب، فإن عدم اعتداد القضاء الأمريكي بمفاهيم حقوق الإنسان كما استقر عليها المجتمع الدولي عند تفسير قواعد القانون الوطني سوف يؤدي إلى الانفصام التام بين النظام القانوني الوطني والنظام القانوني الدولي، بما من شأنه حتمًا التأثير سلبيًا على مصداقية الولايات المتحدة الأمريكية على المستوى الدولي وتهديد التزاماتها الدولية،^٣ إذ كيف يكون لدولة بحجم الولايات المتحدة الأمريكية وتقلها على المستوي الدولي أن تلتزم غيرها من الدول الأعضاء في المجتمع الدولي باحترام وتفعيل مستويات الحماية الدولية لحقوق الإنسان داخلياً إذا كان قضائها لا يكثر بهذه المستويات ولا يعيرها اهتماماً في التطبيق على المستوى الوطني؟!^٤

^١ ميثاق الأمم المتحدة، المادة الأولى، الفقرة الثالثة، إذ تتمثل أهم مقاصد الأمم المتحدة فيما ورد في المادة ١٣ الفقرة ٣ التي تنص على ضرورة "العمل على تعزيز احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للناس جميعاً والتشجيع على ذلك اطلاقاً بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين ولا تفريق بين الرجال والنساء."

٢

John P. Humphrey, HUMAN RIGHTS AND THE UNITED NATIONS: A GREAT ADVENTURE
١٢-١٣, Transnational Publishers, ١٩٨٤.

Sarah Cleveland, op. cit. at. ٥٤.

٣

More Effective Judicial Implementation of Treaty-Based Rights, John Quigley, *Toward*
٢٩ Fordham Int'l L.J. ٥٥٢, ٥٨١ (٢٠٠٦).

٤

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الفرع الثالث أهم التطبيقات القضائية الأمريكية للتفسير الدستوري في ضوء قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان

تتنوع التطبيقات القضائية الأمريكية المفسرة للدستور في ضوء القواعد والمبادئ المستقر عليها في القانون الدولي والنظم القانونية المقارنة، فإلى جانب الأخذ بهذه الآلية في تفسير نصوص الدستور الاتحادي ووثيقة الحقوق، استعان بها الكثير من المحاكم الداخلية للولايات في تفسير الدساتير الداخلية للولايات،^١ ويرجع البعض من الفقه الأمريكي سبب لجوء المحاكم الداخلية في الولايات لهذه الآلية في التفسير الدستوري، لاسيما لتحديد مضمون الحقوق والحريات المشمولة بالحماية الدستورية ونطاقها إلى التماثل الشديد بين هذه الحقوق والحريات مع الحقوق والحريات التي تحظى بالحماية الدولية على المستوى الدولي والحماية الدستورية في كثير من النظم الديمقراطية.^٢

ومن أهم التطبيقات القضائية للاستعانة بالمعاهدات الدولية في مجال التفسير الدستوري على المستوى الداخلي للولايات ما قضت به المحكمة العليا في ولاية

١ Tamela R. Hughlett, op. cit. at. ٨٢.

Jonathan L. Marshfield, op. cit. at. ٤١٨.

Martha Davis, *the Spirit of Our Times: State Constitutions and International Human Rights*, ٣٠ N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change ٣٥٩, (٢٠٠٦) ٣٦٠. See also Johanna Kalb, op. cit. at. ١٠٥٥-٥٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أوريغون Supreme Court of Oregon في قضية Sterling v. Cupp^١، وترجع وقائع هذه الدعوى إلى قيام بعض المساجين المحتجزين بسجن الولاية من الذكور بتقديم طلب إلى المحكمة يطلبون فيه استصدار أمر قضائي بمنع مدير السجن من السماح للضباط من الإناث بتفتيشهم ذاتياً أو مراقبتهم أثناء فترات الاستحمام أو استعمال المراحيض في غير حالات الضرورة، واستند المدعون في دعواهم إلى مخالفة سلطات التفتيش والرقابة الممنوحة لضباط السجون لنص المادة ١ فقرة ١٥ من دستور ولاية أوريغون الذي يقضي بعدم جواز معاملة الأشخاص المقبوض عليهم أو المحتجزين بسجون الولاية على نحو غير لائق.^٢

وقد بينت المحكمة في حيثيات حكمها أن عبارة "المعاملة غير اللائقة" أو "Unnecessary Rigor" الواردة بالنص الدستوري لا تشمل حالات الاعتداء على المساجين أو تعريضهم للتعذيب فحسب، وإنما يتعين تفسير هذه العبارة تفسيراً موسعاً على نحو يضمن حق المساجين في أن يعاملوا معاملةً تليق بكرامتهم الإنسانية.^٣ واستندت المحكمة في تفسيرها الموسع لعبارة "المعاملة غير اللائقة" إلى

Sterling v. Cupp, ٢٩٠ Or. ٦١١ (١٩٨١).

Sterling v. Cupp, op. cit. at. ٦١٣.

provides that "no person arrested, or confined in jail shall OR. CONST. Art ١, Sec. ١ be treated with unnecessary rigor"

Sterling v. Cupp, op. cit. at. ٦٢٠. The Court emphasized that the term "Unnecessary Rigor is not to be equated only with beatings or other forms of brutality ... (rather it means) that prisoners shall not be abused"

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ما تضمنته الإعلانات والاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، كالإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية والاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان من مصطلحات وعبارات معاصرة قصد منها حماية المساجين والحفاظ على كرامتهم،^١ إذ حظرت هذه الإعلانات والمواثيق ليس فقط إخضاع المساجين للتعذيب، بل حظرت أيضاً تعريضهم لأي معاملات أو عقوبات قاسية أو وحشية أو حاطة من الكرامة.^٢ وانتهت المحكمة - ترتيباً على ذلك - إلى أن سلطات الرقابة والتفتيش الممنوحة للضابطات في سجون الولاية تتطوي على إهدار لكرامة المساجين، وهو ما يندرج في مفهوم المعاملة غير اللائقة التي حظرها دستور ولاية أوريغون.^٣

أما عن التطبيقات القضائية لهذه الآلية في التفسير الدستوري على المستوي الاتحادي، فقد أكدت المحكمة العليا منذ زمن بعيد في قضية *Hurtado v. California* أنه على الرغم من اعتزاز المحاكم الأمريكية بمبادئ ومؤسسات نظام القانون العام *Common Law System*، فإنه ليس في ذلك النظام ما يمنع المحاكم من الاعتداد والاستفادة من الأفكار والمبادئ الجديدة والمتطورة في النظم

1
Sterling v. Cupp, op. cit. at. ٦٢٢-٢٤.

2

3
Sterling v. Cupp, op. cit. at. ٦٢٢-٢٤. The Court explained why it has resorted to these international sources by saying that "Contemporary expressions of the same concern with minimizing needlessly harsh, degrading, or dehumanizing treatment of prisoners."

٣

Sterling v. Cupp, op. cit. at. ٦٣٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

القانونية المقارنة، خاصة وأن إحدى السمات الرئيسية لنظام القانون العام تتجلى في كون قواعده وأحكامه مستوحاه من مبادئ العدالة.^١

وتتمثل أهم التطبيقات القضائية لهذه الآلية في التفسير الدستوري في مجموعة الأحكام الصادرة عن المحكمة العليا في تفسير التعديل الثامن من وثيقة الحقوق القاضي بعدم "عدم جواز المطالبة بدفع كفالات مبالغ فيها أو فرض غرامات زائدة عن الحد المعقول أو توقيع عقوبات وحشية وغير مألوفة."^٢ إذ يعد التعديل الثامن من أكثر نصوص الدستور الأمريكي عمومية وإبهامًا، بسبب ما يتضمنه من عبارات ومصطلحات غامضة أو غير محددة. ولعل من أبرز الأمور الخلافية التي يثيرها التعديل الثامن تلك التي تتعلق بماهية العقوبات "الوحشية وغير

Hurtado v. California^{٣٠٢} U.S. ٣١٩، ٣٢٥-٢٦ & N.٣ (١٩٣٧). The Court emphasized that "while we take just pride in the principles of the institutions of the common law, we are not to forget that in lands where other systems of jurisprudence prevail, the ideas and process of civil justice are also not unknown ... there is nothing in Magna Charta, rightly construed as a broader charter of public right and law, which ought to exclude the best ideas of all systems and of every age; and as it was the characteristic principle of the common law to draw its inspiration from every fountain of justice, we are not to assume that the sources of its supply have been exhausted."

U.S. Const. am. ٨. It reads "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted."

ويجد التعديل الثامن جذوره في الإعلان الإنجليزي للحقوق الصادر عام ١٦٨٩ The English Declaration of Rights of ١٦٨٩ الذي كان يتضمن نص مماثل للتعديل الثامن مع بعض الاختلافات الطفيفة.

^٢ J. Elliot, The Debates in the Several State Conventions on the Adoption of the Constitution ١١١ (٢d ed. ١٨٣٦); ٣ id. at ٤٤٧-٥٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المألوفة" المحظور توقيعها، فمثل هذه المصطلحات - كما أكدت المحكمة العليا - لا تتمتع بمفهوم منضبط ولا يمكن حملها على معنى بعينه، وهو ما يجعل القاضي يجد صعوبة بالغة في الوقوف على معنى محدد لما يمكن أن يشكل عقوبة وحشية أو غير مألوفة.^١

وقد ذهبت المحكمة العليا في بداية الأمر إلى تفسير التعديل الثامن في ضوء المصادر التاريخية والممارسات المتعارف عليها وقت صدوره Originalism Theory of Interpretation لتقدير ما إذا كانت العقوبة المطعون بعدم دستوريته تعد من قبيل العقوبات الوحشية وغير مألوفة أم لا،^٢ وتطبيقاً لذلك فسرت المحاكم التعديل الثامن على نحو يحظر توقيع بعض العقوبات التي كانت تطبق في المملكة المتحدة قبل عدة قرون، كحرق المحكوم عليه بالإعدام حياً أو غليانه حياً أو ذبحه أو تقطيعه أو صلبه أو التمثيل بجثته.^٣ وفي المقابل أقرت المحكمة بدستورية تنفيذ عقوبة الإعدام رمياً بالرصاص، بعد دراسة تاريخ الإعدام في الأراضي الأمريكية والبحث في كل من الممارسات التقليدية والممارسات العسكرية وكتابات الفقه آنذاك حول عقوبة الإعدام.^٤

Trop v. Dulles, op. cit. at ١٠١. The Court made it clear that « the words of the Eight Amendment are not precise and their scope is not static. »

Wilkerson v. Utah, ٩٩ U.S. ١٣٠ (١٨٧٨) ; In re Kemmler, ١٣٦ U.S. ٤٣٦ (١٨٩٠).

Wilkerson v. Utah, op. cit. at. ١٣٥ (١٨٧٨) .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

على أن المحكمة العليا قد عدلت عن هذا المنهج في تفسير التعديل الثامن وبينت في أحكامها اللاحقة أن هذا التعديل من قبيل النصوص "الفضفاضة و الحيوية" *"Expansive and vital character"* التي لا يمكن تفسيرها في ضوء ما كان سائداً و متعارفاً عليه وقت صدور التعديل، وإنما يتعين تفسيرها في ضوء المعايير المتطورة للأداب العامة والكرامة الإنسانية في الأمم المتمدنية أو "الناضجة" على حد تعبيرها

"The amendment "must draw its meaning from the evolving standards of decency that mark the progress of a maturing society".

وتأسيساً على ذلك، ذهبت المحكمة العليا في *Trop v. Dulles* إلى عدم دستورية إسقاط الجنسية بوصفها عقوبة جنائية عن جرائم التهرب من أداء الخدمة العسكرية في زمن الحرب، وأوضحت المحكمة في هذه القضية أن الحظر الوارد بالتعديل الثامن بعدم جواز توقيع عقوبات وحشية أو غير مألوفة قد استهدف أساساً حماية الكرامة الإنسانية، وهو ما يقتضي من القاضي عند فحصه لدستورية أي من العقوبات المطعون بعدم دستورتها لمخالفتها نص التعديل الثامن أن ينظر إليها

Wilkerson v. Utah, op. cit. at. ١٣٥. See also *Pervear v. Commonwealth*, ٧٢ U.S. (١٨٦٧). ٤٧٥, ٤٧٩-٨٠ (Wall.)

Weems v. United States, ٢١٧ U.S. ٣٤٩, ٣ (١٩١٠). ٧٦-٧٧

Trop v. Dulles, op. cit. at. ١٠٠-١٠١.

في ضوء المفاهيم المثالية والمعايير المتطورة والحضارية للكرامة الإنسانية المستقر عليها في المجتمع الدولي والنظم القانونية المقارنة.^١

وتطبيق هذه المعايير على موضوع الدعوى لاحظت المحكمة عند فحص دستورية عقوبة نزع الجنسية أن التقارير الدولية الصادرة من الأمم المتحدة تؤكد أن الغالبية العظمى من دول العالم قد اتخذت موقفاً معارضاً لإسقاط الجنسية كوسيلة عقابية؛ نظراً لما قد يترتب على هذه العقوبة من آثار خطيرة على المركز القانوني للشخص المحكوم عليه، إذ يتحول حينئذ من مواطن له الحق في التمتع بجميع الحقوق الدستورية أسوأً بباقي المواطنين إلى شخص عديم الجنسية Statelessness يمكن نفيه إلى أي مكان، وهو الأمر الذي تستكره جميع النظم القانونية الديمقراطية المقارنة،^٢ وخلصت المحكمة بناء على ذلك إلى أن إسقاط الجنسية كعقوبة جنائية في جرائم التهرب من أداء الخدمة العسكرية يندرج في مفهوم العقوبات غير المألوفة، ومن ثم يعد غير دستوري.^٣

Trop v. Dulles, op. cit. at. ١٠٠-١٠١.

The Court noted that statelessness was “a Trop v. Dulles op. cit. at. ١٠٢ and that “condition deplored in the international community of democracies “civilized nations of the world are in virtual unanimity that statelessness is not to be imposed as a punishment for a crime.”

٤.١٠ Trop v. Dulles, op. cit. at.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول: ٢٠١٦

وباتباع المنهج نفسه في التفسير، ذهبت المحكمة العليا في قضية Atkins v. Virginia إلى عدم دستورية أحد القوانين الصادرة في ولاية فرجينيا بإجازة توقيع عقوبة الإعدام على الأشخاص المصابين بآفات عقلية أو المتخلفين عقلياً؛ لمخالفته نص التعديل الثامن من وثيقة الحقوق.^١ إذ اعتبرت المحكمة - تأسيساً على ما استقرت عليه سلفاً في سوابقها القضائية من ارتباط التعديل الثامن بالمعايير الحضارية للكرامة الإنسانية - أن خلو التشريعات الداخلية للغالبية العظمى من الولايات من النص على توقيع عقوبة الإعدام على المصابين بآفات عقلية ورفض غالبية الدول أعضاء المجتمع الدولي الأخذ بهذه العقوبة من الأساس^٢ يدلان بما لا يدع مجالاً للشك على المعايير الأخلاقية السائدة التي يتعين تفسير التعديل الثامن من الدستور في ضوءها.^٣ وانتهت المحكمة استناداً لذلك إلى أن توقيع عقوبات الإعدام على المصابين بتأخر عقلي يندرج في مفهوم العقوبات الوحشية أو غير المألوفة المحظور توقيعها بموجب التعديل الثامن.^٤

Atkins v. Virginia ٥٣٦ U.S. ٣٠٤ (٢٠٠٢).

^٢ وقد اعتمدت المحكمة في التعرف على موقف المجتمع الدولي من توقيع عقوبة الإعدام على المتأخرين عقلياً على مذكرة كان قد تقدم بها الاتحاد الأوروبي كصديق للمحكمة Brief for European Union as Amicus Curiae في قضية أخرى ٠٠٠-٨٧٢٧, No. ٢٠٠١, McCarver v. North Carolina, O.T.

Atkins v. Virginia, op. cit. at. ٣١٦.

Atkins v. Virginia, op. cit. at. ٣١١-١٦.

Atkins v. Virginia, op. cit. at. ٣١١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وقد بدأ اهتمام المحكمة العليا بقواعد القانون الدولي ومبادئه في تفسير التعديل الثامن واضحاً في قضية *Roper v. Simmons* والتي دعت فيها إلى إصدار حكم في مدى دستورية تشريع داخلي بولاية ميسوري كان يسمح بتوقيع عقوبة الإعدام على الأحداث في سن الخامسة عشرة حتى سن الثامنة عشرة، ولم تكن هذه القضية الأولى من نوعها، فقد سبق وأن انتهت الأغلبية البسيطة من قضاة المحكمة العليا في *Kentucky v. Stanford* إلى دستورية توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث ممن بلغوا سن الخامسة عشرة،^٢ إذ أكدت المحكمة في *Kentucky* أن توقيع مثل هذه العقوبة على الأحداث ممن هم في سن الخامسة عشرة لا يندرج ضمن العقوبات الوحشية أو غير المألوفة التي يحظرها التعديل الثامن من الدستور الاتحادي.^٣ واستندت المحكمة في تبرير حكمها آنذاك إلى أن سكوت الغالبية العظمى من التشريعات الداخلية للولايات عن حظر توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث في هذا السن يقطع بأن المعايير المتطورة للكرامة الإنسانية التي يتعين تقدير العقوبات الوحشية أو غير المألوفة في ضوءها لا تمنع من إقرار هذه العقوبة على الأحداث في هذا السن.^٤

^١ *Roper v. Simmons*, ٥٤ (٢٠٠٥) ٥٥١ U.S. ٣

^٢ *Stanford v. Kentucky*, ٤٩٢ (١٩٨٩) ٣٦١ U.S.

^٣ *Stanford v. Kentucky*, op. cit. at. ٢٨٠-٨١.

^٤ *Stanford v. Kentucky*, op. cit. at. ٣٧١.

أما في *Roper v. Simmons* فقد عدلت المحكمة العليا عما استقر عليه قضاؤها بخصوص توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث دون سن الثامنة عشرة، وأعلنت صراحة أن حكمها في *Kentucky* لم يعد يشكل سابقة قضائية واجب الاعتداد بها،^١ وفي تحديد مضمون المعايير المتطورة للكرامة الإنسانية التي يتعين تقدير دستورية توقيع عقوبة الإعدام على الحدث في ضوءها، أوضحت المحكمة في *Roper* أنه يتعين الأخذ بعين الاهتمام موقف القانون الدولي والنظم القانونية المقارنة من الأخذ بهذه العقوبة، وعدم الاستناد فقط إلى ما هو معمول به في القوانين الداخلية للولايات، وذلك على الرغم من تحول التشريعات الداخلية لغالبية الولايات إلى حظر توقيع عقوبة الإعدام على القصر دون سن الثامنة عشرة.^٢

ومما تجدر الإشارة إليه أن الولايات المتحدة الأمريكية منذ عام ١٦٤٢ وحتى حكم المحكمة العليا في قضية *Roper v. Simmons* كانت من الدول القليلة جدا التي تسمح تشريعاتها الجنائية بتوقيع عقوبة الإعدام على القصر أو الأحداث دون سن الثامنة عشر، مخالفة في ذلك عددا كبيرا من الاتفاقات الدولية، مثل العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي يحظر في المادة ٦(٥) توقيع عقوبة الإعدام على القصر الذين لم يبلغوا سن الثامنة عشرة والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان التي تنظر في المادة ٤(٥) توقيع عقوبة الإعدام على القاصر ومن تجاوز السبعين سنة والمرأة الحامل.

See Joan Hartman, "Unusual" Punishment: The Domestic Effects of International Norms Restricting the Application of the Death Penalty, ٥٢ U.CIN.L.REV. ٦٥٥, ٦٨٧ (١٩٨٣).

AMNESTY INTERNATIONAL, UNITED STATES OF AMERICA: THE DEATH PENALTY, ٧٦ (١٩٨٧).

Roper v. Simmons, op. cit. at. ٥٧٥.

The court asserted that "from the time of the court's *Roper v. Simmons*, op. cit. at. ٥ decision in (*Trop v. Dulles*), the court has referred to the laws of other countries and to international authorities as instructive for its interpretation of the Eight Amendment's prohibition of "cruel and unusual punishment."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وخلصت المحكمة من جماع ما تناولته من موثيق واتفاقات دولية على المستوى الدولي ومن القواعد والمبادئ المستقر عليها في النظم القانونية المقارنة في هذا الخصوص إلى أن هناك اتجاهًا عامًا في المجتمع الدولي نحو حظر توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث، ووجدت في هذا الإجماع خير دليل؛ لتأكيد وتعزيز مضمون ونطاق المعايير المتطورة للكرامة الإنسانية والتي يتعين تقدير مدى دستورية توقيع عقوبة الإعدام على الحدث دون سن الثامنة عشرة في ضوءها.

وما كان ملحوظاً في تقدير المحكمة العليا في Roper لموقف القانون الدولي بخصوص توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث دون سن الثامنة عشرة، أنها اعتمدت ليس فقط على الاتفاقيات الدولية الملزمة بالنسبة للولايات المتحدة الأمريكية، وإنما اعتمدت أيضاً على عدد من الموثيق والاتفاقيات الدولية التي لم تنضم إليها أو تصدق عليها الولايات المتحدة الأمريكية أساساً، مثل اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل^١ والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان^٢ والميثاق الأفريقي

Roper v. Simmons, op. cit. at. ٥٧٦.

وأوضحت المحكمة بجلاء في هذه القضية أن وجود قاعدة دولية أو حتى إجماع بين الدول الأعضاء في المجتمع الدولي بخصوص مسألة توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث دون سن الثامنة عشرة لا يمكن أن يشكل في حد ذاته قاعدة ملزمة على المستوى الداخلي يتعين على المحاكم الالتزام بها، وإنما قد تستأنس المحاكم بمثل هذا الإجماع؛ لتأكيد وتعزيز ما قد تخلص إليه في تحديد مضمون المعايير المتطورة للكرامة الإنسانية التي يتعين تقدير مدى دستورية أي عقوبة في ضوءها.

The court emphasized that "the overwhelming weight of international opinion against the juvenile death penalty is not controlling here, but provides respected and significant confirmation for the court's determination that the penalty is disproportionate punishment for offenders under ١٨." Roper v. Simmons, op. cit. at. ٥٤٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

لحقوق الطفل ورفاهيته.^٢ وبالمثل اعتمدت أيضًا المحكمة على العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الذي صدقت عليه الولايات المتحدة الأمريكية، على الرغم من تحفظ الحكومة الأمريكية على المادة السادسة فقرة خامسة الخاصة بحظر توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث دون سن الثامنة عشرة.^٣

واستندت المحكمة أيضًا في تحديدها لمضمون المعايير المتطورة للكرامة الإنسانية بما هو معمول به ومستقر عليه من قواعد في النظم القانونية المقارنة، وبالتحديد موقف المملكة المتحدة البريطانية من توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث دون سن الثامنة عشرة بالنظر إلى الروابط التاريخية بين البلدين، لاسيما وأن التعديل الثامن في الدستور الاتحادي يجد جذوره في أحد نصوص الإعلان

Roper v. Simmons, op. cit. at. ٥٧٧.

وقد تعمدت المحكمة العليا أن تبين صراحة في حيثيات حكمها أن الولايات المتحدة الأمريكية والصومال هما فقط الدولتان الوحيدتان من بين جميع دول العالم اللتان لم تصدقا على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل التي تحظر توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث دون سن الثامنة عشرة، واستخلصت المحكمة من تصديق جميع دول العالم على هذه الاتفاقية - باستثناء الولايات المتحدة الأمريكية والصومال - أن توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث دون سن الثامنة عشرة قد صار أمرًا ترفضه الغالبية العظمى من دول العالم وتعدده منافيا للكرامة الإنسانية. بمعنى آخر فإن المحكمة العليا اعتمدت على تصديق الغالبية العظمى من دول العالم على اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل؛ لتأكيد وتعزيز ما انتهت إليه في تفسير التعديل الثامن، بالرغم من عدم تصديق الولايات المتحدة الأمريكية على هذه الاتفاقية.

^١ تجدر الإشارة إلى أنه بالرغم من قيام الولايات المتحدة الأمريكية بالتوقيع على الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان، إلا أنها لم تصدق عليها حتى الآن.

Roper v. Simmons, op. cit. at. ٥٧٦-٧٧.

op. cit. at. ٥٧٦. Roper v. Simmons,

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الإنجليزي للحقوق ١٦٨٩، The English Declaration of Rights. وخلصت المحكمة بعد استعراض مواقف عدد من النظم القانونية المقارنة من هذه المسألة إلى أن الولايات المتحدة الأمريكية هي الدولة الوحيدة التي لا تزال مستمرة في توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث دون سن الثامنة عشرة، في حين تحظره جميع دول العالم.^٢ وبناء على ما تقدم انتهت المحكمة إلى عدم دستورية توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث دون سن الثامنة عشرة.

خاتمة

إن التفسير الدستوري هو أمر يستلزمه تطبيق النصوص الدستورية؛ حتى يستطيع القاضي الوقوف على مضمون النص وتعيين نطاقه، بهدف تطبيقه تطبيقاً

Roper v. Simmons, op. cit. at. ٥٧٧.

أوضحت المحكمة أنه من الأهمية عند تدبير دستورية توقيع عقوبة الإعدام على الأحداث دون سن الثامنة عشرة الأخذ في الحسبان تجربة المملكة المتحدة البريطانية التي ألغت توقيع هذه العقوبة على الأحداث قبل عقود من إلغائها كلياً في تشريعاتها الجنائية.

للمزيد حول الأساس التاريخي لنص التعديل الثامن لدستور الولايات المتحدة الأمريكية راجع:

- ٢ J. Elliot, op. cit. at. ٤٤٧-٥٢.
- ١ W. & M., ch. ٢, § ١٠, in ٣ Eng. Stat. at Large ٤٤١ (١٧٧٠).

Roper v. Simmons, op. cit. at. ٥٧٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

صحيحًا وإنزال حكمه على ما قد يثار من منازعات دستورية، وتظهر أهمية التفسير الدستوري خاصة في مجال النصوص الدستورية المتعلقة بالحقوق والحريات الدستورية بالنظر لما تتميز به من عمومية شديدة وغموض في كثير من الأحيان، وهو ما يجعلها في حاجة ماسة إلى التفسير؛ للوقوف على فحواها ومضمونها.

وقد لجأ القضاء الدستوري إلى عدد من الوسائل والآليات؛ لاستخلاص مضمون النصوص الدستورية وتعيين حدودها، وتتوعدت آليات التفسير الدستوري ما بين آليات داخلية تعتمد على ألفاظ النصوص وعبارتها اعتمادًا مباشرًا من خلال التفسير اللفظي أو غير مباشر من خلال التفسير التكاملي، وآليات خارجية تعتمد على وسائل خارجية عن الوثيقة الدستورية كالحكمة من النص والأعمال التحضيرية والمصادر التاريخية والعوامل والظروف الاجتماعية.

وبالرغم من تعدد آليات التفسير الدستوري وتنوعها، فقد ذهب القضاء الدستوري في عدد من الأنظمة القانونية المقارنة إلى استحداث آلية جديدة في التفسير الدستوري، وهي الاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في مجال تفسير الحقوق والحريات الدستورية، تأسيسًا على ارتباط مضمون هذه الحقوق والحريات بمفاهيم سيادة القانون والديمقراطية وحقوق الإنسان، وقد كان لهذه الآلية في التفسير الدستوري دور هام ونشط في تطوير معنى الحقوق والحريات التي تتمتع بالحماية الدستورية ونطاقها، فصارت النظم القانونية والقضائية المقارنة تنظر عليها بوصفها ضمانات دستورية، لآلا تنزل الدولة بمستوى الحماية الدستورية الذي توفره لحقوق مواطنيها وحرياتهم الدستورية عن الحدود الدنيا التي تقرها قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، وتتطلبها الدول الديمقراطية في مجتمعاتها.¹

نتائج البحث والتوصيات:

¹ المحكمة الدستورية العليا في جلسة ٤ يناير ١٩٩٢ م في القضية رقم (٢٢) لسنة (٨) قضائية "دستورية" الجزء (٥)، ص ٨٩.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

- يقصد بالتفسير الدستوري توضيح مضمون النصوص الدستورية وتعيين حدودها، بغية تطبيقها على ما قد يثار من منازعات دستورية.
- إن آليات التفسير الدستوري التي يمكن للقاضي الدستوري الاستعانة بها في تحديد مضمون النصوص الدستورية ونطاقها تتنوع وتتفاوت باختلاف الأنظمة القانونية، على حسب درجة الثقافة القانونية في كل من هذه الأنظمة.
- أنه في مجال المفاضلة بين الآليات التقليدية للتفسير الدستوري (في قضاء المحكمة الدستورية العليا) أو نظريات التفسير الدستوري (في قضاء المحكمة العليا) لا يمكن الجزم بأن هناك تفضيلاً أو أولوية لآلية على أخرى أو نظرية على أخرى، إذ ليست هناك إجابة واحدة قاطعة ومحددة سلفاً لما يمكن أن يثار من منازعات تتعلق بتفسير النصوص الدستورية وتأويلها، وتبعاً لذلك فإن للقاضي الدستوري سلطة الاختيار بين مختلف هذه الآليات أو النظريات؛ توصلاً إلى تحقيق أفضل النتائج، فينتقي منها ما يضمن به تحقيق الغايات التي توخاها الدستور وإعلاء المبادئ والقيم التي انتصر لها.
- اتجه القضاء الدستوري في كثير من النظم القانونية المقارنة مؤخرًا إلى الاعتماد على قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في تفسير الحقوق والحريات الدستورية، وتقتضي هذه الآلية في التفسير الدستوري أن يتحدد مضمون الحقوق والحريات الدستورية ونطاقها في ضوء مستويات الحماية المقبولة بوجه عام لهذه الحقوق والحريات في القانون الدولي والنظم الديمقراطية.
- إن الآلية المتقدمة في التفسير الدستوري صارت تمثل ضمانة دستورية مهمة لحماية الحقوق والحريات الدستورية في مواجهة ما قد تفرضه السلطات العامة في الدولة من قيود على حقوق الأفراد أو مباشرتهم لها، عند عدم اتفاق هذه القيود مع تلك التي درج العمل في القانون الدولي والنظم الديمقراطية على تطبيقها، إذ إن مضمون الحماية التي تتمتع بها الحقوق والحريات الدستورية وفقاً لهذه الآلية في التفسير الدستوري لا يمكن أن يقل عن الحدود الدنيا المسلم بها في القانون الدولي أو المقبولة بوجه عام في الدول الديمقراطية.

- تقتضي الآلية المتقدمة في التفسير الدستوري توعية المحامين والقضاة بأهمية الدور الذي يمكن أن تلعبه قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في تطوير وتعزيز مفهوم الحقوق والحريات الدستورية من خلال إعداد برامج تدريبية وتعليمية وورش عمل؛ للتعريف بأحكام القانون الدولي لحقوق الإنسان وآليات تطبيقه، ولتطوير مهاراتهم في هذا المجال.

- إن القاضي الدستوري لا يتقيد وهو بصدد إعماله لهذه الآلية في التفسير بالقواعد الدولية التي اعترف المشرع الدستوري بنفاذها في التنظيم القانوني الداخلي وحدد قوتها الإلزامية بالنسبة لغيرها من القواعد القانونية الأخرى في التنظيم القانوني للدولة، وإنما يكون له الاستناد إلى مختلف قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، أيا كان مصدرها القاعدي، ذلك أن ما يستخلصه القاضي في إطار تلك الآلية في التفسير من حقوق أو تحديد لمضمونها يتمتع بقيمة دستورية لا على أساس تمتع القواعد الدولية التي عبرت عنها بقيمة دستورية ملزمة، بل على أساس أن الاعتراف بتلك الحقوق مفترض أولي لإقامة نظام ديمقراطي ومتطلب أساسي لإعمال مبدأ سيادة القانون، ومن ثم فإن القيمة الدستورية لهذه الحقوق مصدرها الدستور ذاته، باعتبارها مستخلصة بطريق غير مباشر من مبادئ النظام الديمقراطي وسيادة القانون التي تشتمل عليها الدساتير.

- يتعين على القاضي الدستوري عدم الاعتداد بقواعد القانون الدولي في تحديد مفهوم الحقوق والحريات الدستورية ونطاقها إذا ما ترتب على الأخذ بها النزول بالحماية الدستورية لهذه الحقوق والحريات عن الحدود التي قررها الدستور الوطني أو اعترف بها القضاء الداخلي.

- تؤكد التطبيقات القضائية المتعددة والمتنوعة للاستعانة بقواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان في مجال التفسير الدستوري في قضاء كل من المحكمة الدستورية العليا بمصر والمحكمة العليا بالولايات المتحدة الأمريكية اعتماد كل من هاتين المحكمتين على هذه الآلية بشكل أساسي في مجال تفسير الحقوق والحريات الدستورية؛ لما لها من دور حاسم في تطوير هذه الحقوق والحريات وتحديثها من ناحية وتقييد سلطات الدولة من ناحية أخرى.

تم بحمد الله وتوفيقه

قائمة بأهم المراجع

- مراجع باللغة العربية

- ١- دكتور أحمد فتحي سرور
• الحماية الدستورية للحقوق والحريات، دار الشروق، القاهرة، ٢٠٠٠.
• منهج الإصلاح الدستوري، دار النهضة، (٢٠٠٦).
- ٢- دكتور أحمد كمال أبو المجد، دور المحكمة الدستورية العليا في النظامين السياسي والقانوني في مصر، مجلة الدستورية، العدد الأول يناير ٢٠٠٣.
- ٣- دكتور أشرف عرفات أبو حجاز، مكانة القانون الدولي العام في إطار القواعد الداخلية الدستورية والتشريعية، المجلة المصرية للقانون الدولي - العدد ٦٠ - لعام ٢٠١٤.
- ٤- دكتور تركي سطات المطيري، قواعد التفسير ومدى التزام المحكمة الدستورية الكويتية بها في ممارسة اختصاصها بتفسير النصوص الدستورية، مجلة الحقوق، العدد ٤، ٢٠١٢.
- ٥- دكتور توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

- ٦- دكتور خالد وزاني، مناهج تفسير النصوص بين علماء الشريعة وعلماء القانون، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨.
- ٧- دكتور رمزي الشاعر، النظام الدستوري المصري، تطور الأنظمة الدستورية المصرية وتحليل النظام الدستوري في ظل دستور ١٩٧١، ١٩٩٩.
- ٨- دكتور صلاح الدين عامر، القواعد القانونية الدولية الأمرة Jus cogens في قضاء المحكمة الدستورية العليا، مجلة الدستورية، العدد الثالث، السنة الأولى، يوليو ٢٠٠٣.
- ٩- دكتور عبد الرازق السنهوري ودكتور أحمد أبو ستيت، اصول القانون، القاهرة، ١٩٥٠.
- ١٠- عبد الرحمن السحمودي، مكانة حقوق الإنسان في الدستور المغربي من خلال الفقه والقضاء الدستوريين، المجلة المغربية للإدارة المحلية و التنمية، عدد ٥٦، مايو - يونيو ٢٠٠٤.
- ١١- دكتور عبد العزيز محمد سلمان، ضوابط وقيود الرقابة على الدستورية - منهج المحكمة الدستورية العليا في رقابتها لدستورية القوانين واللوائح، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى، ٢٠١١.
- ١٢- دكتور عصام سليمان، دراسات في القضاء الدستوري - التفسير الدستوري، الجمهورية اللبنانية المجلس الدستوري، الكتاب السنوي، المجلد ٤، ٢٠٠٩-٢٠١٠.
- ١٣- دكتور علي خطار شنتاوي، تفسير المجلس العالي للنصوص الدستورية، مجلة دراسات / الجامعة الأردنية، عمان، ١٩٩٧.
- ١٤- عوض رجب خشمان الليمون، تفسير النصوص الدستورية: دراسة مقارنة، الأردن، الجامعة الأردنية، ١٩٩٥.
- ١٥- دكتور فؤاد العطار، كفاءة حق التقاضي، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصادية، السنة الأولى، العدد الثاني، سنة ١٩٥٩.
- ١٦- دكتور مجدى مدحت النهري، تفسير النصوص الدستورية في القضاء الدستوري، دراسة مقارنة، مكتبة الجلاء الجديدة، ٢٠٠٣.
- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

- ١٧- دكتور محمد باهي أبو يونس، الاختصاص الأصلي للمحكمة الدستورية بتفسير النصوص الدستورية في النظام الدستوري الكويتي، دار الجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠٨.
- ١٨- دكتور محمد حسام محمود لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، الطبعة السادسة، القاهرة (٢٠٠٨).
- ١٩- م. محمد حسناوي شويح، الطبعة القانونية للتفسير الصادر من المحكمة الاتحادية، مجلة الكوفة ١٤، (٢٠١٢).
- ٢٠- دكتور محمد صبري السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية (النظرية العامة وتطبيقاتها في الفقهاء الوضعي والإسلامي)، دار النهضة العربية، ١٩٧٩.
- ٢١- دكتور محمد فوزي نويجي، التفسير المنشئ للقاضي الدستوري، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، الطبعة رقم ١، ٢٠٠٩.
- ٢٢- دكتور محمود سامي جمال الدين، النظم السياسية والقانون الدستوري، منشأة المعارف، (٢٠٠٥).
- ٢٣- دكتور مخاد الطراونة، مكانة المعاهدات و الاتفاقيات الدولية في النظامين الأردني و القطري، المجلة القانونية و القضائية، مركز الدراسات القانونية و القضائية، وزارة العدل القطرية، العدد الأول، السنة الثامنة، يوليو ٢٠١٤.
- ٢٤- دكتور مصطفى عفيفي، رقابة الدستورية في مصر والدول الأجنبية، دراسة تحليلية مقارنة لأنظمة الرقابة في الدساتير المعاصرة، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة ١٩٩٠.
- ٢٥- هيلين تورار (ترجمة باسيل يوسف بجك ومراجعة الدكتور أكرم الوترى)، تدويل الدساتير الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية (٢٠١٠).
- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

٢٦- دكتور وليد الشناوي، دور مقدمات الدساتير في التفسير الدستوري، دراسة مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، جامعة المنصورة، العدد ٥٣، إبريل، ٢٠١٣.

- مراجع باللغات الأجنبية قائمة بالمراجع باللغة الإنجليزية

١- A. Mark Weisburd, *Using International Law to Interpret National Constitutions—Conceptual Problems: Reflections on Justice Kirby's Advocacy of International law in Domestic Constitutional Jurisprudence*, AM. U. Int'l L. Rev., Volume ٢١, Issue ٣, ٣٦٧, ٢٠٠٦.

٢- Aileen Kavanaugh, *Original Intention, Enacted Text, and Constitutional Interpretation*, ٤٧ Am. J. Juris. ٢٥٥, ٢٥٩-٦٠ (٢٠٠٢).

٣- Andras Jakab, *Judicial Reasoning in Constitutional Courts: A European Perspective*, ١٤ German L.J. ١٢١٥, ١٢٢٤ (٢٠١٣).

٤- Anne Peters, *Supremacy Lost: International law Meets Domestic Constitutional law*, ٣ ICL-Journal ١٧٠, ١٧٧ (٢٠٠٩).

٥- Antonin Scalia, A MATTER OF INTERPRETATION: FEDERAL COURTS AND THE LAW (Princeton, NJ: Princeton University Press, ٣٨ (١٩٩٧).

٦- Antonin Scalia, The Rule of Law as a Law of Rules, ٥٦ U. Chi. L. Rev. ١١٧٥, ١١٨٤ (١٩٨٩).

٧- Justice Antonin Scalia, Keynote Address to the American Society of International Law: Foreign Legal Authority in the Federal Courts (April ٢, ٢٠٠٤), in ٩٨ Am. Soc'y Int'l L. Proc. ٣٠٥ (٢٠٠٤).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٨- Akhil Reed Amar, "Intratextualism" ١١٢ Harv. L. Rev. ٧٤٧ (١٩٩٩).

٩- Akhil Reed Amar, *Textualism and the Bill of Rights*, ٦٦ Geo. Wash. L. Rev. ١١٤٣, ١١٤٣-٤٤ (١٩٩٨).

١٠- Bruce Ackerman, *The Rise of World Constitutionalism*, ٨٣ VA. L. REV. ٧٧١ (١٩٩٧);

١١- Christopher L. Eisgruber, *The Living Hand of the Past: History and Constitutional Justice*, ٦٥ FORDHAM L. REV. ١٦١١ (١٩٩٧).

١٢- Cindy G. Buys, *Burying Our Constitution in The Sand? Evaluating the Ostrich Response to the Use of International and Foreign Law in U.S. Constitutional Interpretation*, ٢١ BYU J. Pub. L., ٢٥-٢٩ (٢٠٠٧).

١٣- Curtis Bradley, *The Charming Betsy Canon and Separation of Powers: Rethinking the Interpretive Role of International Law*, ٨٦ Geo L.J. ٤٧٩, ٥٣١-٥٣٢ (١٩٩٧).

١٤- David A. Strauss, *Common Law, Common Ground and Jefferson's Principle*, ١١٢ Yale L. J. ١٧١٧, ١٧٣٢-٣٩ (٢٠٠٣).

١٥- David A. Strauss, *The Living Constitution*, Available at <http://www.law.uchicago.edu/alumni/magazine/fall10/strauss> (Last checked in ٢/١٠/٢٠١٥).

١٦- David S. Law, *Generic Constitutional Law*, ٨٩ MINN. L. REV. ٦٥٢ (٢٠٠٥).

١٧- Duc V. Trang, *Beyond the Historical Justice Debate: the Incorporation of International Law and the Impact on Constitutional Structures and Rights in Hungary*, ٢٨ Vand. J. Transnat'l L. ١, ٣١ (١٩٩٥).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

١٨- Erika R. George, *International Law and African Judiciaries: the Example of South Africa*, ١٠٤ Am. Soc'y Int'l. Proc. ٣٢٩ (٢٠١٠).

١٩- Frederick Schauer, *An Essay on Constitutional Language*, ٢٩ UCLA Law Review, ٧٩٧, ٨٠٢, ١٩٨٢.

٢٠- Ernest A. Young, *Sorting Out the Debate over Customary International Law*, ٤٢ VA. J. INT'L L. ٣٦٥, ٣٧٥ (٢٠٠٢).

٢١- Ganesh Sitaraman, *The Use and Abuse of Foreign Law in Constitutional Interpretation*, ٣٢ Harv. J. L. & Pub. Pol'y ٦٥٣, ٦٥٨-٥٩ (٢٠٠٩)

٢٢- Gerard J. Clark, *An Introduction to Constitutional Interpretation*, ٣٤ Suffolk U. L. Rev. ٤٨٥, ٤٨٥-٨٦ (٢٠٠١).

٢٣- Gerald Neuman, *International Law As a Resource in Constitutional Interpretation*, ٣٠ Harvard Journal of Law and Public Policy, ١٨٢ (٢٠٠٦).

٢٤- Gerald Neuman, *The Uses of International law in Constitutional Interpretation*, ٩٨ Am. J. Int'l L. ٨٢, ٨٧ (٢٠٠٤).

٢٥- Gerrit Betlem and Andre Nollkaemper, *Giving Effect to Public International Law and European Community Law before Domestic Courts; A Comparative Analysis of the Practice of Consistent Interpretation*, ١٤ EJIL ٥٦٩-٥٨٩ (٢٠٠٣).

٢٦- Gregory E. Maggs, *Which Original Meaning Matters to Justice Thomas?*, ٤ N.Y.U. J. L. & Liberty ٤٩٤, ٤٩٦ (٢٠٠٩).

٢٧- Harold H. Koh, *International Law as Part of Our Law*, ٩٨ AM. J. INT'L L. ٤٣, ٤٦ (٢٠٠٤).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٢٨- H. Jefferson Powell, *The Original Understanding of Original Intent*, ٩٨ Harv. L. Rev. ٨٨٥, ٩٠٢ (١٩٨٥)

٢٩- Henry L. Chambers, Jr., *Biblical Interpretation, Constitutional Interpretation, and Ignoring Text*, ٦٩ Md. L. Rev. ٩٢, ٩٦ (٢٠٠٩).

٣٠- Holly Arnould, *Laurence v. Texas, and Roper v. Simmons: Enriching Constitutional Interpretation with International law*, ٢٢ St. John's J. Legal Comment. ٦٨٥, ٧٠٧ (٢٠٠٨).

٣١- Holly Jarmul, *The Effect of Decisions of Regional Human Rights Tribunals on National Courts*, ٢٨ N.Y.U J. Int'l L. & Pol. ٣١١, ٣٣٤ (١٩٩٦).

٣٢- Jamal Benomar, *Constitution-Making and Peace building: Lessons learned from the Constitution-Making Processes of Post-Conflict Countries*, United Nation Development Program, (٢٠٠٣).

٣٣- Joan Hartman, *Enforcement of international Human Rights law of Human Rights: A "How to" Approach*, ٧ Whittier L. Rev. ٧١٣, ٧١٦ (١٩٨٥).

٣٤- Joan Hartman, *"Unusual" Punishment: The Domestic Effects of International Norms Restricting the Application of the Death Penalty*, ٥٢ U.CIN.L.REV. ٦٥٥, ٦٨٧ (١٩٨٣).

٣٥- J. Elliot ed., *The Debates In the Several States Conventions on the Adoption of the Federal Constitution (Elliot Debates)* ١٥٩ (١٨٣٠).

٣٦- J. Madison, *Journal of The Federal Convention* ٦١٧(Proceedings of May ٣١, ١٧٨٧) (E.H. Scott ed. ١٨٩٣).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٣٧- Jack Balkin and Stanford Levinson, *The Canons of Constitutional Law*, ١١١ Harv. L. Rev. ٩٦٤ (١٩٩٨).

٣٨- Jack M. Balkin, *Framework Originalism and The Living Constitution*, ١٠٣ Nw. L. Rev. ٥٤٩, ٦٠٢ (٢٠٠٩).

٣٩- Jack Wade Nowlin, *Supreme Arogation, the Constitution is too Important to leave to Judges*, May ١٧ (٢٠١٠). Available at <https://www.nationalreview.com/nrd/articles/٣٣٨٥٠٦/supreme-arrogation>

٤٠- Janet K. Levit, *the Constitutionalization of Human Rights in Argentina, Problem or Promise?*, ٣٧ Colum. J. Transnat'l. L. ٢٨١ (١٩٩٩).

٤١- Jed Rubenfeld, THE TOW WORLD ORDERS, Wilson Q, Autumn ٢٠٠٣, ٢٢.

٤٢- Jed Rubenfeld, *Unilateralism and Constitutionalism*, ٧٩ N.Y.U. L. Rev. ١٩٧٢, ١٩٧٥ (٢٠٠٤).

٤٣- Jeffrey McDermott, *Citation to Foreign Precedents: Congress vs. The Courts*, ٥١-JUL. Fed. Law. ٢٠, ٢٢ (٢٠٠٤).

٤٤- Johanna Kalb, *Human Rights Treaties in State Courts: the International Prospects of State Constitutionalism After Medellin*, ١١٥ Penn St. L. Rev. ١٠٥١, ١٠٥٨-٥٩ (٢٠١١).

٤٥- Jonathan L. Marshfield, *Foreign Precedent in State Constitutional Interpretation*, ٥٣ Duq. L. Rev. ٤١٣, ٤١٤-١٧ (٢٠١٥).

٤٦- John F. Manning, *"Textualism as a Nondelegation Doctrine"*, ٩٧ Colum. L. Rev. ٦٧٣, (١٩٩٧).

٤٧- John P. Humphrey, HUMAN RIGHTS AND THE UNITED NATIONS: A GREAT ADVENTURE ١٢-١٣, Transnational Publishers, ١٩٨٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

- ٤٨- John Quigley, *Toward More Effective Judicial Implementation of Treaty-Based Rights*, ٢٩ Fordham Int'l L.J. ٥٥٢, ٥٨١ (٢٠٠٦).
- ٤٩- Keith E. Whittington, *The New Originalism*, ٢ GEO.J.L. & PUB.POL'Y ٥٩٩, ٦١١(٢٠٠٤).
- ٥٠- Kenneth R. Thomas, *Selected Theories of Constitutional Interpretation*, Congressional Research Service, Congressional Research Service, Report for Congress at. ٥-٦ (٢٠١١).
- ٥١- Kristen Walker, *International Law as a Tool of Constitutional Interpretation*, ٢٨ Monash University Law Review ٨٥, ٨٥-٨٦ (٢٠٠٢).
- ٥٢- Lawrence Lessig, *The Puzzling Persistence of Bellbottom Theory: What a Constitutional Theory Should Be*, ٨٥ Geo. L. Rev. ١٨٣٧ (١٩٩٧).
- ٥٣- Laurence H. Tribe, *American Constitutional Law* at iii (١٩٧٨).
- ٥٤- Louis Michael Seidman, *Our Unsettled Ninth Amendment: An Essay on Unenumerated Rights and the Impossibility of Textualism*, ٩٨ Cal. L. Rev. ٢١٢٩, ٢١٤٦& ٢١٥٢-٥٣ (٢٠١٠).
- ٥٥- Marie Claire Ponthoreau, *Droit(S) Constitutionnel(S) Compare (S)*, Paris, Economica, Coll. "Corpus droit Public", ٢٠١٠, p. ٢٩٧.
- ٥٦- Mark Tushnet, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, ١٠٨ Yale L.J. ١٢٢٥, ١٢٢٨-٢٩ (١٩٩٩).
- ٥٧- Maurice Cranston, *WHAT ARE HUMAN RIGHTS?* ١ (Taplinger Pub. Co. ١٩٧٣).

٥٨- Martha Davis, *the Spirit of Our Times: State Constitutions and International Human Rights*, ٣٠ N.Y.U. Rev. L. & Soc. Change ٣٥٩, ٣٦٠ (٢٠٠٦).

٥٩- Max Farrand's classic THE RECORDS OF THE FEDERAL CONVENTION OF ١٧٨٧ (Max Farrand ed., rev. ed. ١٩٣٧) (four volumes) contains all the notes and records of the Constitutional Convention known as of ١٩٣٧.

٦٠- Melissa A. Waters, *Mediating Norms and Identity: the role of Transnational Judicial dialogue in Creating and Enforcing International Law*, ٩٣ Geo L.J. ٤٨٧, ٤٩٠ (٢٠٠٥).

٦١- Mher Arshakyan, *The Impact of Legal systems on Constitutional Interpretation : A Comparative Analysis : The U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court*, ١٤ German L.L. ١٢٩٧, ١٣٢٤-١٣٢٥ (٢٠١٣).

٦٢- Michael Akehurst, A MODERN INTRODUCTION TO INTERNATIONAL LAW, ٢٦-٢٧ (٥th ed. ١٩٨٤).

٦٣- Michael C. Dorf, *Integrating Normative and Descriptive Constitutional Theory: The Case of Original Meaning*, ٨٥ GEO. L.J. ١٧٦٥, ١٧٦٦ (١٩٩٧).

٦٤- Michael J. Klarman, *Antifidelity*, ٧٠ S. Cal. L. REV. ٣٨١ (١٩٩٧).

٦٥- Michael P. Scocarras, *International Law and the Constitution*, ٤ Fed. Cts. L. Rev. ١٨٥, ١٩١ (٢٠١١).

٦٦- Michael S. Moore, *Do We have an Unwritten Constitution*, ٦٣, S. Cal. L. Rev. ١٠٧, ١٠٨ (١٩٨٩).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

- ٦٧- Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Theory of Legal Interpretation*, ١٢ Harv. L. Rev. ٤١٧, ٤١٧-٤١٨, (١٨٩٩)
- ٦٨- Pamela S. Karlan, Goodwin Liu & Christopher H. Schroeder, *KEEPING FAITH WITH THE CONSTITUTION*, ACS Books, ٢٨ (٢٠٠٩).
- ٦٩- Paul Brest, *The Misconceived Quest for the Original Understanding*, ٦٠ B.U. L. REV. ٢٠٤, ٢٠٥ (١٩٨٠).
- ٧٠- R. Randall Kelso, *Styles of Constitutional Interpretation and the Four Main Approaches to Constitutional Interpretation. In American Legal History*, ٢٩ Val. U. L. Rev. ١٢١ (١٩٩٤).
- ٧١- Ralph A. Rossum, *The Textualist jurisprudence of Justice Scalia*, Claremont McKenna College, Claremont, CA ٩١٧١١. Available at <http://www.cmc.edu/salvatori/publications/the-textualist-jurisprudence-of-justice-scalia>
- ٧٢- Rebecca L. Brown, *Accountability, Liberty and the Constitution*, ٩٨ Colum. L. Rev. ٥٣١ (١٩٩٨).
- ٧٣- Rebecca Crootof, *Judicious Influence, Non-Self-Executing Treaties and The Charming Betsy Canon*, ١٢٠ Yale L.J. ١٧٨٤, ١٨١٢-١٣ (٢٠١١).
- ٧٤- Richard Bronaugh, Peter Baron and Aileen Kavanagh, *The Idea of Living Constitution*, ١٦ Can. J. I. & Juris. ٥٥, ٥٦ (٢٠٠٣).
- ٧٥- Richard H. Fallon, Jr., *A Constructivist Coherence Theory of Constitutional Interpretation*, ١٠٠ HARV. L. REV. ١١٨٩ (١٩٨٧).
- ٧٦- Richard A. Primus, *When Should Original Meaning Matter*, ١٠٧ Mich. L. Rev. ١٦٨, ١٨٨ (٢٠٠٨).

- ٧٧- Richard B. Lillich, *The Consitution and International Human Rights*, ٨٣ Am. J. Int'l L. ٨٥١, ٨٥٥ (١٩٨٩).
- ٧٨- Robert Allen Rutland, *THE BIRTH OF THE BILL OF RIGHTS ١٧٧٦-١٧٩١*, Northeastern University, ١٢٠-٢٥ (١٩٩١).
- ٧٩- Robert C. Post, *THEORIES OF CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, IN CONSTITUTIONAL DOMAINS: DEMOCRACY, COMMUNITY, MANAGEMENT* (Cambridge, Ma: Harvard University Press, ١٩٩٥).
- ٨٠- Robert J. Delahunty and *John Yoo, Against Foreign Law*, ٢٩ Harv. J.L. & Pub. Pol'y ٢٩١, ٢٩٢ (٢٠٠٥).
- ٨١- Robert W. Gordon, *Foreword: The Arrival of Critical Historicism*, ٤٩ Stan. L. REV. ١٠٢٣, ١٠٢٧ (١٩٩٧).
- ٨٢- Ruth Bader Ginsberg, "*Looking Beyond Our Borders: The Value of a Comparative Perspective in Constitutional Adjudication*," Remarks for the American Constitution Society, ١٤ (Aug. ٢, ٢٠٠٣).
- ٨٣- Sarah Cleveland, *Our International Constitution*, ٣١ Yale J. Int'l L. ١, ٥٥ (٢٠٠٦).
- ٨٤- Sean D. Murphy, *the Law of the Lands: Why Courts look overseas*, Boston Globe, June ٥, ٢٠٠٥ available at <http://www.highbeam.com/doc/١P٢-٧٨٩٧٥٤٨.html>
- ٨٥- Stephen R. Munzer and James W. Nickel, *Does the Constitution Mean What it Always Meant?*, ٧٧ Colum. L. Rev. ١٠٢٩, ١٠٤٤ (١٩٧٧).
- ٨٦- Sujit Choudhri (ed), *THE MIGRATION OF CONSTITUTIONAL IDEAS* (CUP Cambridge ٢٠٠٦).

٨٧- Tai-Heng, *The Universal Declaration of Human Rights at Sixty: is it Still Right for the United States?*, ٤١ Cornell Int'l L.J. ٢٥١, ٢٥٢-٥٣ (٢٠٠٨).

٨٨- Tamara Hughlett, *International Law: The Use of International Law as a Guide to Interpretation of the United States Constitution*, ٤٥ Okla. L. Rev. ١٦٩, ١٨٢ (١٩٩٢).

٨٩- Tamas Gyorfii, *In Search of a First-Personal Plural, Second-Best Theory of Constitutional Interpretation*, ١٤ German L.J. ١٠٧٧, ١٠٧٨-٧٩ (٢٠١٣).

٩٠- Tamela R. Hughlett, *International law: the Use of International Law as A Guide to Interpretation of the United States Constitution*, ٤٥ Okl. L. Rev. ١٦٩, ١٧٦ (١٩٩٢).

٩١- Theodore J. Lowi and Benjamin Ginsberg, *AMERICAN GOVERNMENT FREEDOM AND POWER*, W.W. Norton & Company, ٢٤٢-٤٣, ٢٠٠٢.

٩٢- Thomas Von Danwitz, *The Rule of Law in the Recent Jurisprudence of ECJ*, ٣٧ Fordham Int'l L.J. ١٣١١, ١٣١٩ (٢٠١٤).

٩٣- Vicki C. Jackson, *Ambivalent Resistance and Comparative Constitutionalism: Opening up the Conversation on "Proportionality," Rights and Federalism*, ١ U. PA. J.CONST. L. ٥٨٣ (١٩٩٩).

٩٤- William H. Pryor JR., *Foreign and International Law Sources in Domestic Constitutional Interpretation*, ٣٠ HARV. L. & POL'Y REV. ١٧٣, ١٧٣-٧٦ (٢٠٠٦).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٩٥- William H. Rehnquist, *The Notion of a Living Constitution*, ٥٤ TEX. L. REV. ٦٩٣(١٩٧٦), *reprinted in* ٢٩ HARV. J.L. & PUB. POL'Y ٤٠١, ٤٠٢-٠٣ (٢٠٠٦).

٩٦- William H. Rehnquist, *Constitutional Courts - Comparative Remarks*, (١٩٨٩), *Reprinted in GERMANY AND ITS BASIC LAW: PAST, PRESENT AND FUTURE - A GERMAN-AMERICAN SUMPOSIUM* ٤١١, ٤١٢ (Paul Kirchof & Donald P. Lommers eds., ١٩٩٣)

٩٧- William Howard Taft, *Criticism of the Federal Judiciary*, ٢٩ *Am. L. Rev.* ٦٤١, ٦٤٢ (١٨٩٥).

٩٨- William J. Brennan, Jr., *Construing the Constitution*, ١٩ U.C. DAVIS L. REV. ٢, ٧ (١٩٨٥).

٩٩- William Michael Treanor, *Against Textualism*, ١٠٣ *Nw. U.L. Rev.* ٩٨٣, ٩٨٣-٨٤ (٢٠٠٩).

١٠٠- Yuval Shany, *How Supreme is the Supreme Law of The Land? Comparative Analysis of the Influence of International Human Rights Treaties upon The Interpretation of Constitutional Texts by Domestic Courts*, ٣١ *BROOK. J. INT'L L.* ٣٤١, ٣٥٦ (٢٠٠٦).

الأموال العامة:
جدلية العلاقة بين الحماية و التنمية
دراسة مقارنة.

د. مهند مختار نوح.
كلية القانون – جامعة قطر.

Introduction

أولاً - طرح المشكلة:

لقد سادت قاعدة عدم المساس بالمال العام، وعدت على الدوام إحدى أهم المبادئ المسلم بها، ليس في منظومة القانون العام فحسب، إنما في المنظومة القانونية كلها السائدة في العالم العربي، وفرنسة ومقتضى هذه القاعدة، أنه لا يجوز التصرف بالمال العام، وذلك لأنه من مقتضى التصرف به إنقاله بحق من الحقوق العينية، وهو ما يعني من حيث النتيجة تكريس المال العام لمصلحة الغير بشكل أو بآخر، وهو ما لا يجوز، لأن في ذلك إخراجاً لهذا المال عن دوره الوظيفي، وهو المتمثل في كونه مخصصاً لاستعمال العموم، أو مخصصاً لحسن سير المرافق العامة بانتظام واطراد.

وقد تبنت القوانين في العالم العربي هذا المبدأ نقلاً عن المشرع الفرنسي، الذي تبناه أولاً في القانون المدني، وذلك قبل أن يتبلور مفهوم ملكية الأشخاص العامة *Propriété des personnes publiques* في فرنسا، والذي كان من نتائجه صدور تقنين ملكية الأشخاص العامة سنة ٢٠٠٦، والذي تبني بدوره هذا المبدأ.

وقد كان لهذا المبدأ من الناحية التأصيلية شرعية تاريخية قوية في فرنسا، تعود إلى أيام الملكية حيث كان أول ظهور لهذا المبدأ في القرن الرابع عشر الميلادي تحديداً، وقد ظهر هذا المبدأ أولاً في سبيل حماية أموال التاج، ثم تطور بعد الثورة الفرنسية، ليكون دوره الوظيفي حماية أموال الأمة، ثم تطور وتوضحت غاياته مع بدايات القرن العشرين، بحيث أصبح هذا المبدأ يهدف حماية الأموال المخصصة لاستخدام العموم، ولسير المرافق العامة.

ونتيجة لذلك فقد كان مجلس الدولة الفرنسي الحارس الأمين على تطبيق مبدأ عدم المساس بالمال العام، حيث طبقه بجمود، وجعل التجاوز عليه محرماً من مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المحرمات، وإن هذا الجمود في تطبيق مبدأ عدم المساس أدى من حيث النتيجة إلى جملة من النتائج الهامة، تمثلت بشكل عام في توسيع الوجود الموضوعي و القانوني للمال العام عن طريق آليات محددة ابتكرها هذا المجلس ذاته، إلا أن النتيجة الكبرى التي نجمت عن ذلك تتمثل في تجرد المال العام عن القيمة الاقتصادية، و ليصل الحال نتيجة التطبيق الجامد للمبدأ إلى وجود ثروة هائلة في ذمة الأشخاص الاعتبارية العامة تتمثل في كتلة المال العام، إلا أن هذه الثروة بقيت حقة من الزمن بمعزل عن التنمية العامة، وبعيدة عن تنمية الذمة المالية للأشخاص العامة ذاتها.

إن هذا الوضع، هو الذي قاد الفقه الفرنسي إلى توجيه سهام النقد العنيف إلى مبدأ عدم المساس ذاته تارة، و إلى تطبيقه الجامد تارة أخرى، علماً أن تباشير ذلك كانت قد بدت منذ بدايات القرن العشرين، حيث وقف عدد من أعمدة الفقه الفرنسي آنذاك في مواجهة المبدأ ذاته أو تطبيقه الجامد، واقترحوا آليات للحد من جموده، أو حتى لإلغاء تطبيقه. وقد تطور ذلك لدى فقه العقد الأخير من القرن العشرين، حيث برزت الدعوات لادماج المال العام ضمن عجلة التنمية والاستثمار، وعدم بقائه قيمة اقتصادية معطلة، وهو ما سمي بالمضمون الاقتصادي للمصلحة العامة التي يمثلها المال العام.

إن هذه الدعوات الفقهية لإعطاء المال العام مضموناً اقتصادياً يجعله مشاركاً في عجلة الاستثمار والتنمية، هي التي دفعت المشرع الفرنسي إلى التدخل نحو التوفيق بين حماية المال العام عن طريق عدم المساس به من جهة، وإمكانية المساس به عن طريق إباحة نمط من التصرفات القانونية التي من شأنها إنشاء حقوق عينية على علاقة مع هذا المال من جهة أخرى، ومن ثم يكون المشرع الفرنسي قد وفق بين متطلبات حماية المال العام من جهة، و متطلبات وضعه موضع التنمية من جهة أخرى، وهو الأمر الذي أثار مدى دستورية هذا التدخل التشريعي، وفيما إذا كان مبدأ عدم المساس بالمال العام يمثل مبدأً دستورياً لا يجوز للمشرع أن يخالفه، وهذا الوضع دفع المجلس الدستوري الفرنسي إلى التدخل ليقرر

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

صراحة أن مبدأ عدم المساس لا يتمتع بالقيمة الدستورية ويجوز للمشرع أن يسن التشريعات التي من شأنها أن تغير من مضمونه، مع الحفاظ على المتطلبات الدستورية المتعلقة بحسن سير المرافق العامة (التي تخصص الأموال العامة لها) من جهة، والحفاظ على الوجود الدستوري للملكية العامة من جهة أخرى. وهو ما مثل تدخلاً تاريخياً، غير من المضمون القانوني والدستوري للأموال العامة بشكل هام.

وإضافة إلى ما تقدم، فإن دخول فرنسا ضمن إطار الوحدة الأوروبية جعل المنظومة القانونية الفرنسية خاضعة لمتطلبات المشرع الأوربي منذ عقود، ومتطلبات ما تقرره محكمة العدل الأوروبية من مبادئ قانونية، وقد كان توجه هاتين المؤسستين الأوربيتين على الدوام نحو تخفيف القيود على التصرف بالمال العام، ولاسيما أن الأنظمة القانونية الأوروبية المقارنة (انكلترة و ألمانيا)، لا تعرف مثل هذا الجمود المحيط بالأموال العامة كما هو الوضع في فرنسا.

إن هذه العوامل جميعها هي التي نقلت فلسفة المال العام في فرنسا من نطاق الآليات القانونية الجامدة التي تقضي بعدم المساس به، إلى آليات قانونية أكثر مرونة بكثير تبيح المساس به، وذلك توصلاً إلى تحقيق هدف جوهري هو إيجاد دور وظيفي جديد للمال العام، إضافة إلى دوره التقليدي، ألا وهو المتعلق باستثمار المال العام، ومساهمته في عجلة التنمية، وهو ما أصبح يعرف بالوظيفة الاقتصادية للمال العام.

ومن جهة أخرى، ولوضع هذا المال موضع المساس، فإن هناك تصرفات قانونية قننها المشرع الفرنسي، وجعلها التصرفات الحصرية للمساس بالمال العام، وهذه: التصرفات إما أن تكون انفرادية أو عقدية، وأطلق عليها المشرع الفرنسي تسمية (أسناد إشغال المال العام)، والتي لم تكن بدورها مفهوماً قانونياً جديداً في البنية القانونية في فرنسا والعالم العربي، إلا أن قابلية المال العام للمساس نتيجة التوجهات الحديثة، هو الذي جعل لها دوراً وظيفياً جديداً، وخصائص قانونية محددة.

ثانياً- أهداف البحث:

إن الأهداف التي يسعى البحث إلى تحقيقها تتمثل فيما يلي:

- ١- بيان ماهية عدم المساس بالمال العام، وتأصيله، في سبيل التوصل إلى ماهيته القانونية الواضحة.
- ٢- البحث في الآثار التي أدى إليها التطبيق الجامد لمبدأ عدم المساس من قبل القضاء الإداري الفرنسي خصوصاً.
- ٣- بيان العوامل التي أدت إلى النقلة التاريخية الكبرى في القانون العام، والمتمثلة في الانتقال من عدم المساس بالمال العام إلى إمكانية المساس به.
- ٤- بيان النظام القانوني للأسناد القانونية التي يمكن المساس بالمال العام من خلالها، سواء أكانت إنفرادية أم عقدية، وبيان نظامها القانوني وخصائصها.
- ٥- بيان موقف المشرع القطري والسوري من إمكان المساس بالمال العام، وبيان الآليات القانونية التي تبناها القانون في سبيل ذلك في كل من هاتين الدولتين.

ثالثاً- منهج البحث:

- ١- المنهج المقارن: سيتم طرح مقولات البحث، ضمن النظام القانوني السائد في ثلاث دول، هي فرنسا، و سورية وقطر.
- ٢- المنهج التأصيلي التاريخي: حيث سيتم تأصيل بعض مفاهيم البحث الأساسية من الناحية التاريخية ، في سبيل بيان ماهيتها أولاً، وفي سبيل التوصل إلى رصد تطورها القانوني ثانياً، وذلك في ضوء المستجدات التشريعية و القضائية.
- ٣- المنهج النقدي: لأننا سنقوم بإبراز الإيجابيات و السلبيات التي تتضمنها الأنظمة القانونية محل المقارنة، ووزنها بميزان المنطق القانوني، وإبراز آرائنا بشأنها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٤- منهج تحليلي - تركيبى حيث سنقوم بالغوص في جزئيات المشكلة محل البحث، ثم ترتيبها في نسق فكري قانوني واحد، في سبيل التوصل إلى النتائج و التوصيات التي يسعى هذا البحث إلى تقديمها.

رابعاً - خطة البحث:

سنقوم بتقسيم هذا البحث إلى مبحثين، نتناول في الأول منهما مبدأ عدم المساس (متطلبات الحماية)، وفي الثاني منهما التصرفات القانونية المنشئة للحقوق العينية (متطلبات المساس)، وذلك كمايلي:

المبحث الأول

مبدأ عدم المساس بالمال العام

(متطلبات الحماية)

لقد هيمن مبدأ عدم المساس على النظام القانوني للمال العام لزمان طويل، وقد مر هذا المبدأ حتى استقر بصيغته الحالية بتطور طويل في فرنسا ثم تسرب إلى التشريعات العربية ومنها التشريع السوري والقطري، وقد حال هذا المبدأ تاريخياً دون إيجاد قيمة اقتصادية لهذا المال، و لاسيما مع توسع آثاره التي قام عليها و حرسها القضاء الإداري الفرنسي (المطلب الأول)، ومن جهة أخرى فإن هذا الميراث التاريخي المتعلق بحرمة المال العام وعدم إمكانية المساس به ووضعه في إطار التنمية الاقتصادية كان موضع نقد عنيف من الفقه الفرنسي، ومثار تدخل المجلس مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الدستوري الفرنسي ليحدد دستورية المساس بالمال العام، والقيمة الدستورية لحمايته، كما كان مثار تدخل القضاء الأوربي الذي انتقد جمود قاعدة عدم المساس، وعدم توافقها في معطياتها الجامدة مع حرية التجارة والصناعة التي تعد الركن الركين الذي قامت عليه الوحدة الأوربية، وأمام كل هذه المعطيات اضطر المشرع الفرنسي لإباحة المساس بالمال العام عن طريق تصرفات قانونية معينة، كاسرا بذلك حظرا تاريخيا كان مفروضا في هذا الإطار (المطلب الثاني).

المطلب الأول

ماهية مبدأ عدم المساس بالمال العام

وندرس في هذا المطلب تأصيل مبدأ عدم المساس في الأنظمة القانونية الثلاثة محل المقارنة (الفرع الأول)، ثم نتنقل لدراسة الآثار الهامة الناجمة عن هذا المبدأ (الفرع الثاني):

الفرع الأول

تأصيل مبدأ عدم المساس

إن مبدأ عدم المساس *principe d'inaliénabilité* يعني حظر أي تصرف في ملكية المال العام بأي شكل كان¹، ومن ثم عدم إمكانية تأسيس أي حقوق عينية عليه لفائدة الغير، مشابهة لتلك التي توجد في القانون الخاص، مما ينتج عنه أن الانشاءات التي قد يقيهما الأفراد على أجزاء من المال العام تكون غير منتجة

¹ - Douence.M, L'inaliénabilité du domaine public, De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques AJDA ٢٠٠٦ p. ٢٣٨.

- Moysan.H, Le droit de propriété des personnes publiques, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠١, p1٠٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

لدائني هؤلاء تأمينات عينية ولاسيما تلك المتعلقة بالرهون^١، كما أنه لايجوز تجاهل هذا المبدأ عن طريق إدراج شروط عقدية تقضي بذلك^٢، وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي أن كل شرط من هذا القبيل يكون باطلاً، وإن مبدأ عدم المساس يعد من النظام العام، وهو الأمر الذي يملك القضاء الإداري إثارته من تلقاء ذاته، دون حاجة إلى دفع من الأطراف بذلك^٣، وبناء على ذلك، فإن مبدأ عدم المساس هو الذي ينتج نمطا خاصاً لملكية الأشخاص الاعتبارية العامة^٤، بحكم أنه المفهوم المركزي ضمن النظام القانوني للأموال العامة^٥.

لذلك فقد رأى بعض الفقه الفرنسي أن مبدأ عدم المساس غير قابل للانفصال عن ماهية المال العام، وهذا المبدأ في حد ذاته يشكل الشرط لوجود مثل هذا المال، وفي ذلك يقول الأستاذ Chapus : (يوجد مال عام حيث توجد أجزاء من المال العائد للإدارة متأثرة بعدم المساس)^٦.

وفي الحقيقة إن مبدأ عدم المساس كآلية قانونية متلازمة مع وجود المال العام ذاته، إنما يقوم على شرعية تاريخية قوية، تلك الشرعية التي تزامنت في الوجود مع

^١ - Juen, Ph, La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels, RDI ٢٠٠٠ p. ١٢١.

^٢ - De Montecler. M. Ch, Illicéité d'une clause contractuelle méconnaissant le principe d'inaliénabilité du domaine public, A.J.D.A, ٢٠١١, p. ٩٢٥.

^٣ - C.E, ٤-٥-٢٠١١, Communauté de communes du Queyras, A.J.D.A, ٢٠١١, p. ٩٢٦.

^٤ - Moysan. H, op.cit, P ١٠٢.

^٥ - Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine Juridique. A.C.T, n° ٥١-٥٢, ١٩ Décembre ٢٠١١, p. ٢٣٩٥

^٦ - 'il « existe un domaine public dans la mesure où existent des dépendances domaniales frappées d'inaliénabilité», v. René Chapus, Droit administratif général, ١٢e éd., Montchrestien, t. ٢, Paris, ١٩٩٨, n° ٥٠٢, p. ٤٠٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المال العام ذاته، فهذا المبدأ ولد مع أمر ١٥/٢/١٥٦٦، والمعروف بأمر Moulins والمتعلق بعدم جواز المساس بأملك الملك.

ولكن أمر Moulins لم يحمل في مضمونه إلا بلورة لأفكار سابقة عليه تاريخياً، حيث كان له وجود تاريخي قبل ذلك، وضمن تدابير مختلفة، في إطار ما أطلق عليه في تاريخ القانون العام (أمر الحقل الكبير L'ordonnance de long champ)، والصادر في ٢٩/٧/١٣١٨، كما طرح في عصر تشارلز الخامس سنة ١٣٨٤، وكذلك تضمنه أمر فرانسوا الأول الصادر في ٣٠/٦/١٥٣٩.

وقد كان مقتضى أمر Moulins عدم المساس في مواجهة السلطات الأجنبية كما داخل المملكة، أي في مواجهة الدول الأخرى، وبناء على ذلك، فإن هذه القاعدة المتعلقة بعدم المساس تحظر التجاوز على الإقليم الفرنسي لصالح أطراف أجنبية،

-
- Boulet – Sautel.M, De Chopin à Proudhon : Naissance de la notion moderne de domaine public, Droit, n°٢٢, ١٩٩٥, p٩١.
 - Morand-Deviller.J, Cours de droit administratif des biens, Montchrestien, Paris, ١٩٩٩, p١٢.
 - Bernard.S, La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠١, p٢٢٤.
 - Douence.M, op.cit, p. ٢٣٨.
 - Morand-Deviller.J, Op.cit, p١٣.
 - Bourrachot.F, La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens, R.F.D.A, ٢٠٠٣, P١١٠.
 - Lavialle. Ch. La constitution de droits réels sur le domaine public de l'Etat. R.F.D.A, ١٩٩٤, P١١٠٧.
 - Pauliat.H, Droit réel et propriété publique : Une conciliation délicate, D, ١٩٩٥, p.٩٧.

- Jeun,Ph, op.cit, P١٢٢.

- Bernard.S,op.cit. p٢٢٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ومن ثم يستحيل على ملك فرنسا أن يتنازل عن جزء من إقليم الدولة لصالح سيادات أخرى أجنبية، حتى بسبب الهزيمة العسكرية، وذات المبدأ يحظر توزيع أو تجزئة المال العام، وإن كان أمر *Moulins* ينص على بعض الاستثناءات^١.

وعلى هذا الأساس فقد كان ملوك فرنسا في ظل النظام القانوني القديم والسابق على الثورة يقسمون على إلزام أنفسهم بعدم التنازل عم أموال التاج^٢. وهو ما كان يعني من حيث النتيجة أن الملك لم يكن يتمتع إلا بحق استعمال *Droit d'usage* على أموال التاج^٣، وأن الأموال المنقولة وغير المنقولة التابعة للتاج تكون غير قابلة لأن تباع وأن تمنح أو أن تنقل برهون^٤.

وإن الغاية الحقيقية من مبدأ عدم المساس عندما تشكل ضمن هذه الظروف التاريخية إنما تتمثل كما يرى جانب من الفقه الفرنسي في حماية أموال الملك من

^١ - وهذه الاستثناءات تتعلق بالإقطاعات المقدمة للأبناء من غير الابن البكر من العائلة الملكية، والتنازل عن الدومينات الصغيرة، والتنازل لضرورات الحرب، راجع: Bernard.S, op.cit. p ٢٢٤.
- Morand-Deville.J, Op.cit, p ١٣.

^٢ - إن إدراج شرط عدم المساس بمال التاج كان يدرج ضمن قسم الترسيم عند تولي العرش، وإن أول من أدرج هذه الشرط ضمن القسم هو الملك تشارلز الخامس Charles V ، يراجع في ذلك: Leyte.G, *Domaine et dominalité publique dans Le France médiévale c* XLE –XVE siècles, Thèse, Paris.II, ١٩٩٣, p ٤٠٧.
- Morand-Deville.J, Op.cit, p ١٣.

^٣ - Bezzina.A, Ch, Marcel Waline et la théorie du domaine public : les prémonitions des notes d'arrêts ; RFDA ٢٠١٤ p. ١٥١

^٤ - Brouant.J.Ph, *Domaine public et libertés publiques instrument garantie ou atteinte?* Petites Affiches ; ١٥١٧١٩٩٤ ; n°٨٤, pp ٢١ et ٢٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الإسراف والتبذير، ومن شراهة جباة الضرائب^١، وتخصيبان أن هذه الأموال مصدرا لدخل الملك^٢، ويجب أن يعيش منها كما كل السادة، وأن لا يلجأ للضريبة في سبيل ذلك إلا في حالة الأوضاع غير العادية^٣.

وقد تكرر هذا المبدأ تاريخيا، في ظل النظام القانوني الفرنسي القديم، لدرجة أنه أصبح مرتبطا بتقديس الملك، وهو في حقيقته يضع قيودا على أهلية الملك في التصرف بأموال التاج^٤. ويلاحظ أن مبدأ عدم المساس بأموال التاج طبق على كل الأموال الداخلة في إطار أموال التاج، وبغض النظر عن التمييز المعروف اليوم بين المال العام والمال الخاص للإدارة^٥.

وبعد قيام الثورة الفرنسية، فإن مبدأ عدم المساس الموروث من الحقبة ما قبل الثورية، ظل موجودا، ولكن ضمن القوالب القانونية الثورية، فقد نصت المادة ٨ من مرسوم ١١/٢٢ و ٢/١ لسنة ١٧٩٠ على أن (الأملاك الوطنية يمكن أن تباع، وأن يتم التنازل عنها على أساس دائم و راسخ^٦..). إلا أن هذا النص نفسه جاء فيه: (إن الحقوق التي توجد على هذه الأملاك تظل غير قابلة للمساس إلا برضا الأمة و موافقتها^٧..).

^١ - Bourrachot.F, op.cit ; p ١١١٠.

^٢ - Jeun.Ph, op.cit, p١٢٧.

^٣ - Jeun.Ph,ibid, p١٢٢.

^٤ - Jeun.Ph,ibid, p١٢٢.

^٥ - Jeun.Ph,ibid, p١٢٢.

^٦ - Bourrachot.F, op.cit ; p ١١١٠.

^٧ - Les domaines nationaux peuvent être vendus et aliénés à titre perpétuel et incommutable..

^٧ - Les droits qui en dépendent sont inaliénables sans consentement et le concours de la notion..

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

وعلى هذا الأساس فإن الفقه الفرنسي يرى أن هذه الأحكام الواردة في الفترة الثورية كرست مبدأ عدم المساس، وإلا لما كانت هناك حاجة للجوء إلى إرادة الأمة ليتم المساس بها^١.

وواصلت قاعدة عدم المساس مسيرتها التاريخية، في القرن التاسع عشر، وضمن المادة ٧ من أمر مجلس الشيوخ المؤرخ في ١٢/١٢/١٨٥٢ المتعلق بمخصصات التاج، ثم قننت في المادة ٥٤١ من القانون المدني، و تمت استعادتها تشريعياً ضمن المنظومة التشريعية للقانون الإداري في المادة ٨١ من تقنين الدومين العام للدولة لسنة ١٩٥٧، ثم المادة ل. ٥٢ من تقنين الدومين العام للدولة الصادر سنة ١٩٦٢، و التي نصت بوضوح على أن: (الأموال العامة تكون غير قابلة

Jeun.Ph, op.cit,p - ١٢٢^١،

- Laviaille.Ch, op.cit, p ١١٠٨.

ولكن هناك بالمقابل بعض الفقه الذي يقول إن المادة ٨ من مرسوم ١١/٢٢ و ١ / ٢ / ١٧٩٠ ، كانت قد ألغت مبدأ عدم المساس، وأن المفهوم من المادة المذكورة أن المال العام أصبح قابلاً للمساس مع ترخيص المشرع، وهو ما يعطي الأمة حرية كبيرة في التصرف بأموالها، وبيعها، وتوزيعها، ويضرب هذا الجانب من الفقه مثلاً على ذلك، بأن لوزام أول تلسكوب فلكي في مدينة ليون والمنسوب في كلية J suite de Trinit  صار مالا وطنياً، وتم توزيعه على المواطنين المستحقين، مع اعترافهم بأن ذلك أدى إلى مشكلة تتعلق بوضع معيار لكيفية تحديد واختيار (المواطنين المستحقين)، راجع:

Bourrachot.F, op.cit ; p ١١١٠.

ولكن في تقديرنا أن هذه القاعدة قد كرست مبدأ عدم المساس، لأنه لو لم تقم المادة بهذا الدور التاريخي، والمتعلق بتكريس المبدأ، لما وصل المبدأ إلى القانون المدني الفرنسي، ومن ثم إلى التقنيات المتعلقة بالأموال العامة التي وضعت في القرنين العشرين والواحد والعشرين كما سيتبين لنا في هذا البحث.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

للمساس أو التملك بالتقادم..)، واستقر هذا المبدأ نهائيا بالنسبة للأموال العامة للجماعات المحلية في المادة ١٣١١-١ من التقنين العام للجماعات المحلية، والمادة ١٣١١ ١ أيضا من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة رقم ٢٠٠٦ - ٤٦٠ تاريخ ١.٢٠٠٦/٤/٢١

وإذا كان هذا هو الأصل التاريخي لمبدأ عدم المساس، إلا أن تحديد مفهوم المال العام، وتأطير مبدأ عدم المساس نظريا كان من قبل الفقيه Proudhon وهو أحد فقهاء القرن التاسع عشر، والذي استوحى أفكاره من القانون الروماني، ولاسيما من حيث التفرقة بين مايكون (ضمن مجال التجارة ومن ثم يكون محلا للملكية)، وذلك الذي لا يكون (ضمن مجال التجارة ومن ثم لا يعد محلا للملكية)، وبالنتيجة لهذه التفرقة فإن المال العام هو ذلك الذي لا يكون خاضعا لحق الملكية وغير متجاوب مع هذا الحق أساسا، إنما يخضع لنوع من حق (الحماية)، لذلك انتهى هذا الفقيه إلى القول: (مجال الملكية يكون منتميا لصاحبه مباشرة، في حين أن مجال المال العام لا يكون بالنسبة للحكومة إلا مجالا للحماية *Domaine de protection* ، وهذا الحق الذي تملكه الحكومة في الحماية إنما يكون في سبيل ضمان حق كل الأفراد في التمتع بهذا المال إذا كانوا بحاجة إليه.

وفي الحقيقة إن أفكار الفقيه Proudhon هي التي تفسر لنا سبب التسمية التاريخية لنوعي أموال الإدارة، إذ من المعروف أن أموال الإدارة تقسم إلى (مجال) خاص *Domaine privé* و(مجال) عام *Domaine public* ، ويوجد حق الملكية وفقا للفقيه Proudhon ضمن المجال الخاص، أما ضمن المجال العام فلا يوجد حق ملكية للحكومة، وإنما حق رقابة وحراسة في سبيل التوصل إلى

^١ - Jeun.Ph,ibid, p.p. ١٢٢ et ١٣٢.

^٢ - Hubrecht.H, Faut-il définir le domaine public et comment ? Méthode énumérative et méthode conceptuelle, AJDA ٢٠٠٥ p. ٥٩٨.

حمايتها^١. وفي سبيل تمييز المجال الخاص عن المجال العام، والأموال الخاصة عن الأموال العامة، فقد أورد الفقيه Proudhon مبدأ عدم المساس ومبدأ عدم قابلية المال العام للتقادم، والذي يخضع لهما المجال العام المتعلق بالأموال العامة و لا يخضع لهما المجال الخاص المتعلق بالأموال الخاصة^٢.

ولكن ما يلفت النظر حقا بالنسبة للبنية القانونية الفرنسية، أنه على الرغم من هذا التاريخ الطويل لمبدأ عدم المساس بالأموال العامة، فإنه لم يوجد تعريف تشريعي قط لهذا المبدأ^٣، كما يلاحظ أن المشرع الدستوري لم يقم بهذا الدور أيضا في الحالات التي عرضت عليه بهذا الشأن كما سوف نرى في هذا البحث^٤، وإذا كان أمر التعريف متروك لمجلس الدولة بحسبانه الحارس الحقيقي للأموال العامة^٥، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قد اكتفى بالإشارة إلى المبدأ، والنتائج المترتبة عليه، دون تعريفه في حد ذاته والتطرق إلى مضمونه^٦.

^١ - Bezzina.A.CH, op.cit, p١٥١.

^٢ - Lavalie.Ch, op.cit, p١١٠٧.

^٣ - حيث يلاحظ أن المشرع الفرنسي قد اكتفى بالإشارة في المادة ١٣١١ - ١ من تقنين مليكة الأشخاص العامة الصادر في ٢٠٠٦/٧/١، إلى أن المال العام غير قابل للمساس به ولا التملك بالتقادم، وكذلك الحال فقد وردت مادة تحت نفس الرقم في التقنين العام للجماعات المحلية وأوردت ذات الحكم بالنسبة للأموال العامة العائدة للجماعات الإقليمية. ومن ثم فإن المشرع قد أورد النتائج الناجمة عن مبدأ عدم المساس ولم يحدد ماهية عدم المساس.

^٤ - Jeun.P, op.cit , p١٢٥.

^٥ - Jeun.P, ibid, p١٢٥.

^٦ - حيث ردد مجلس الدولة على الدوام نتائج مبدأ عدم المساس مثل بطلان التنازلات على الأموال العامة، وعدم قابلية اكتسابها بالتقادم، وحظر تملك المال العام من قبل الغير، وتناقض النظام القانوني للأموال العامة مع مفهوم الملكية المشتركة، راجع على سبيل المثال:

foncière, A.J.D.A, préservatrice C.E , ١١-٢-١٩٩٤, Compagnie d'assurance
١٩٩٤, P٥٤٨. Note Jean Dufau.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أما من حيث المجال الشخصي لمبدأ عدم المساس، فإنه دون ريب يطبق في إطار علاقات الإدارة مع أشخاص القانون الخاص، إلا أن الفقه الفرنسي اختلف بشأن تطبيقه في إطار علاقات أشخاص القانون العام فيما بينها، إذا كانت هذه العلاقات القانونية تتعلق بالمال العام المملوك لأحد هذه الأشخاص، حيث ذهب جانب من الفقه للقول إلى أن مبدأ عدم المساس لا يطبق في إطار العلاقة بين الأشخاص الاعتبارية العامة، ويطبق فقط في إطار العلاقة بين الأشخاص العامة، وأشخاص القانون الخاص، وذلك على أساس أن منطوق العلاقات القانونية بين أشخاص القانون العام يكون مختلفاً عن منطوق العلاقات بين أشخاص القانون العام و أشخاص القانون الخاص^١. في حين ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى القول إن هذا المبدأ يطبق في إطار العلاقات بين أشخاص القانون العام كما هو الحال في إطار العلاقات القانونية بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص^٢، ويستندون بذلك على ما قرره مجلس الدولة الفرنسي بأن مبدأ عدم المساس يحول دون نزع ملكية الأموال العامة العقارية للمنفعة العامة^٣.

وبالنتيجة لهيمنة مبدأ عدم المساس بالمال العام ولاسيما في مواجهة الأفراد، فقد تساءل بعض الفقه الفرنسي عن مدى حصانة الملكية الخاصة من مساس الإدارة، وذلك من خلال فرضية شائعة وهي المتعلقة بقيام أحد الأشخاص العامة بالبناء في أرض الغير، في هذه الحالة لا يمكن لهذا الشخص العام أن يملك العقار الذي أقيم عليه البناء بأي شكل كان، على أساس الالتصاق، ويظل الفرد مالكا لعقاره، ونكون عندئذ أمام فرضية الاعتداء المادي^٤، ومن ثم فإنه كما لايجوز للأفراد المساس بالمال العام، فلايجوز للإدارة المساس بالملكية الخاصة.

^١ - Douence.M op.cit, , p. ٢٤٦.

^٢ - Douence.M ,ibid, p. ٢٤٦.

^٣ - C.E, Avis, ٢٦-٥-١٩٩٢, req, n°٣٥١٧٨٨,E.D.C.E, ١٩٩٢, P٤٣١.

^٤ - Zenati.F, Construction sur le terrain d'autrui, R.T.D.C, ١٩٩٤, p٨٨٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

إلا أنه بالمقابل فإن المساس بأموال الأفراد يكون ممكناً إذا تم تكييف البناء الذي أقامه الشخص العام على أساس أنه من قبيل الأشغال العامة *Les travaux publics*، حيث تتمتع الأعمال المقامة عندئذ بالحصانة المانعة من رد الاعتداء، وهذا المبدأ سائد في فرنسا من القرن التاسع عشر، وأقر من قبل جهتي القضاء العادي والإداري على حد سواء^١، ومن ثم لا يمكن لأي قاض عادي أو إداري أن يوجه أوامر للإدارة بهدم هذه الأعمال، لأن حماية المشروع العام المقام على أرض الغير تمنع هدمه، وتلزم الإدارة بالتعويض على أرضية نزع الملكية الخاصة للمنفعة العامة^٢.

وإذا كان هذا هو الحال بالنسبة لمبدأ عدم المساس في النظام القانوني الفرنسي، فما هو الوضع بالنسبة للنظام القانوني السائد في سورية وقطر؟ بالنسبة للقانون السوري، يلاحظ أن المادة ٩٠ من القانون المدني قد عرفت الأموال العامة كمايلي:

مع ملاحظة أن الاختصاص القاضي ينعقد في هذه الحالة للقضاء العادي، لدفع هذا المساس غير المحق لأموال الأفراد، وذلك على أساس المبدأ السائد في فرنسا، والمقتن في المادة ٦٦ من الدستور الفرنسي والذي يقضي بأن القاضي العادي هو الحصن المنيع لحماية الملكية الخاصة والحريات العامة، راجع باللغة العربية: د. مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد ٢٠ لسنة ٢٠٠٤، ص ٢٠٩. وباللغة الفرنسية راجع:

- Tsiklitis.S, La protection des libertés publiques par le juge judiciaire, L.G.D.J, Paris, ١٩٩١, p٥٧ et.s.

^١ - C.E, ٧-٧-١٨٥٣, II, p١١٣.

Waline. -٢-١٩٦٥, R.D.P, ١٩٦٥, p٩٨٤, Note. ١٧- Cass.Civ,

^٢ - Zenati.F, op.cit, p٨٨٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

(تعتبر أموالاً عامة العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص..)، وهذا يعني أن المشرع السوري قد عرف الأموال العامة إلا أنه لم يقر صراحة أن هذه الأموال هي (ملك) للأشخاص الاعتبارية العامة، وفي الحقيقة إن عدم الاعتراف بحق الملكية ابتداء بالنص يقود إلى نفي إمكانية تفريع هذا الحق بحكم اللزوم المنطقي، فلا يمكن الحديث عن حقوق عينية متفرعة عن حق الملكية ما لم يعترف بحق الملكية ذاته، ومن ثم يمكن التساؤل فيما إذا كان القانون المدني السوري قد حمى الأموال العامة في مواجهة الحقوق العينية المتفرعة عن حق الملكية حين لم يقر صراحة بأن هذه الأموال (مملوكة) للأشخاص العامة، إنما اكتفى بنسبة هذه الأموال لهذه الأشخاص.

أما الفقرة الثانية من المادة ٩٠ من القانون المدني قد تكفلت بإيجاد سبيل الحماية للأموال العامة، فنصت على أن هذه الأموال لا يجوز التصرف بها، ولا الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم، وهذا النص هو النص الوحيد الخاص بحماية المال العام في القانون السوري في مواجهة التصرفات القانونية، ومن ثم يستنتج من هذا النص أن المشرع السوري لم يأخذ بمبدأ عدم المساس في حد ذاته، إنما أورد الآثار المترتبة عليه وهي المتمثلة في عدم جواز التصرف وعدم القابلية للاكتساب بالتقادم، وعدم قابلية المال العام للحجز.

أما في القانون القطري فقد أسبغت الحماية على الأموال العامة، من خلال النص الدستوري أولاً، ومن خلال النصوص القانونية ثانياً، حيث نصت المادة ٥٥ من الدستور القطري على أن: " للأموال العامة حرمة، و حمايتها واجب على الجميع وفقاً للقانون"، وهو ما يعني أن المشرع الدستوري القطري قد أسبغ الحماية

^١ - راجع: د. عبد الله طلبة ود. محمد الحسين ود. مهدي نوح، المدخل إلى القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٥، ص ٢٥٠.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

على الأموال العامة، ولكن لم يحظر المساس بها بشكل مطلق^١، إنما ترك للمشرع العادي مجالاً لتقدير امكانية المساس، ولكن ضمن الإطار العام للحماية، في حين أسيغت حماية المال العام على مستوى النصوص القانونية ضمن نصين، النص الأول هو ما ورد في المادة الأولى من القانون ١٠ لسنة ١٩٨٧ بشأن أملاك الدولة العامة والخاصة، والتي نصت على مايلي:

(أملاك الدولة العامة هي العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار أميري أو قرار من مجلس الوزراء.

وهذه الأموال لايجوز التصرف فيها بأي نوع من أنواع التصرفات القانونية أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم أو كسب أي حق عيني عليها، كما لا يجوز حيازتها أو استغلالها بأي وجه إلا في الأحوال وبالشروط المقررة قانوناً.

ويقع باطلاً كل ما يتم بالمخالفة لذلك. وفي حالة حصول تعد على هذه الأموال يكون للجهة التي يقع في اختصاصها إدارتها أو الإشراف عليها إزالة التعدي إدارياً.)

ويلاحظ من هذا النص أولاً أن المشرع القطري قد عرف أملاك الدولة العامة بأنها التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة، ومن ثم يكون قد أدخل أملاك الأشخاص الاعتبارية اللامركزية في إطار أملاك الدولة، لأنه نسب كل أموال الأشخاص الاعتبارية (لأملاك الدولة العامة)، وهو ما نعتقده خلل في الصياغة انعكس على المضمون، حيث كانت الصياغة يجب أن تتحدث عن الأملاك العامة

^١ - لقد أسيغت بعض الدساتير حماية مطلقة للمال العام، ومن ثم فإنها كرست مبدأ عدم المساس بشكل مطلق، ومن هذه الدساتير الدستور المصري الجديد (دستور ٢٠١٤) حيث نصت المادة ٣٤ منه على: (للملكية العامة حرمة، لايجوز المساس بها، وحمايتها واجب وفقاً للقانون)، راجع في ذلك: أ.د. محمد عبد اللطيف، القانون الإداري للأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤، ص ١٠٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

دون نسبتها لشخص اعتباري عام معين ولو كان الدولة، ثم توضح أن هذه الأملاك العامة هي تلك العائدة للأشخاص الاعتبارية العامة، إلا إذا كان قصد المشرع إسباغ مزيد من الحماية على الأموال العامة عن طريق نسبتها في مجموعها للدولة وإن كانت مخصصة لصالح مرافق تديرها أشخاص عامة أخرى. إضافة إلى أن المشرع مثله مثل المشرع السوري قد تجنب الإقرار الصريح بأن الأموال العامة هي تلك التي تكون مملوكة للأشخاص الاعتبارية، واكتفى بنسبة هذه الأموال للأشخاص الاعتبارية، ومن ثم فإن ذلك يطرح في إطار التشدد في عدم تفريع حق الملكية كما تحدثنا بالنسبة للقانون المدني السوري، على الرغم من أن المادة ذاتها قد منعت كسب أي حق عيني على الأملاك العامة.

وإضافة إلى ذلك فإن هذه المادة لم تشر إلى مبدأ عدم المساس صراحة، إنما أشارت إلى آثاره، والمتمثلة في عدم التصرف به ولا الحجز عليه ولا اكتسابه بالتقادم ولا كسب الحقوق العينية عليه، ولا حيازته أو استغلاله (إلا على النحو المقرر قانوناً)، وهذه العبارة الأخيرة هي التي أدت إلى إخراج الأموال العامة من إطار عدم المساس المطلق في القانون القطري.

أما النص الثاني الذي عالج عدم المساس بالأموال العامة فهو نص المادة ٥٧ من القانون المدني والتي نصت على مايلي:

(١- تعتبر أموالاً عامة جميع العقارات أو المنقولات التي للدولة أو للأشخاص المعنوية العامة إذا كانت مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى القانون.

٢- وفي جميع الأحوال لا يجوز التصرف في هذه الأموال أو الحجز عليها، أو تملكها بالتقادم).

ومن الواضح أن كل الملاحظات الواردة على نص المادة ١ من القانون ١٠ لسنة ١٩٨٧ توجه إلى هذا النص، ولاسيما تلافي المشرع أن يذكر صراحة حق الملكية للأشخاص الاعتبارية العامة، وتجنبه الخلل في الصياغة الذي كانت تعاني

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

منه المادة الأولى، حيث لم يكن التعريف خاصا بالأموال العامة (للدولة)، إنما ذكر تعبير الأموال العامة ثم نسبت الأموال العامة للأشخاص الاعتبارية المختلفة. وإن كان المشرع لم يشر إلى عبارة هامة جدا وردت في المادة الأولى من القانون ١٠ / ١٩٨٧، وهي إمكانية التصرف بالمال العام أو إنشاء حقوق عينية عليه (في حدود القانون).

الفرع الثاني

آثار مبدأ عدم المساس

إذا كان مبدأ عدم المساس قد طبق في الحقبة السابقة على الثورة الفرنسية على أساس غايته المتمثلة في الحماية الكاملة للذمة المالية الملكية، بحسبان أن الأموال العائدة للنتاج تشكل دخل الملك، إلا أن مبدأ عدم المساس بالأموال العامة كما هو معروف في فرنسا اليوم كان له غاية أخرى، حيث تعلق دائما بحماية هذه الأموال و تأمينها، لمصلحة تصرف العموم و استخدامهم أو لصالح المرافق العامة التي تخصص هذه الأموال لها، وبذلك فإن التخصيص *L'affectation* هو الذي يشكل في وقتنا الحالي أساس قاعدة عدم المساس بالمال العام، وهو ما يفترض من حيث النتيجة أن يكون مجال تطبيق مبدأ عدم المساس أقل اتساعا، لأن هذا المبدأ لا يكون مخصصا لحماية كل المال العام بشكل مطلق، ولكن فقط هو يتدخل لحماية جزء من المال العام عندما يكون هذا الأخير محل خطر، أي من المفروض أن لا يتدخل تطبيق مبدأ عدم المساس إلا في حالة التهديد بتخصيص المال العام للاستخدام العام أو لمرفق عام محدد، وهو ما سوف ينتج عنه بالضرورة هامش

¹ - Douence.M op.cit, , p. ٢٣٨.

^٢ - وقد مثل جانب من الفقه الفرنسي ذلك بشكل (معادلة قانونية)، على الشكل التالي:

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ١٦ : ٢٠٠٢

للحركة الاقتصادية و القانونية أكثر اتساعا لهذا المال، ومن ثم فإنه إذا كانت هناك عملية قانونية واقعة على المال العام لا تمس هذا التخصيص، فمن المفترض أن لا تمس هذه العملية القانونية بالحماية الناجمة عن مبدأ عدم المساس، إلا أن الأمر لم يكن كذلك في فرنسا، حيث طبق مبدأ عدم المساس تطبيقا جامدا، وبشكل يتناقض مع التصرفات القانونية التي يمكن ان تنفذ على المال العام^١.

وقد عبر الفقيه الكبير Chapus عن ذلك بقوله (إن النظام الحمائي للمال العام يبرر بواسطة تخصيصه المرتبط منذ زمن طويل بالاستخدام المباشر من قبل العموم، والذي امتد فيما بعد إلى المرفق العام، لذلك يتمثل مضمون مبدأ عدم المساس بضمان هذا التخصيص)^٢.

وقبل ذلك، فقد عبر عن نفس الفكرة الأستاذ الكبير De Laubadère بقوله: (إن الأساس الرئيسي لمبدأ عدم المساس يكون في الواقع تخصيص المال العام ومستلزمات هذا التخصيص، فتخصيص المال لا يمكن أن يضمن حقا إلا إذا كان مملوكا للأشخاص العامة بشكل كامل، ومن ثم فإن الملكية الكاملة للأشخاص العامة على مالها لا تكون إلا بوجود مبدأ عدم المساس..^٣

مال عام = تخصيص للمنفعة العامة = عدم المساس.

نهاية التخصيص = نهاية ضرورة الحماية = نهاية تطبيق عدم المساس.

راجع:

- Douence.M, Ibid, p. ٢٣٩.

ed^١ - Gaudemet.Y, L'avenir des propriétés publiques, Dalloz, Paris, PUF, classeur, ١٩٩٩, P٥٦٧. du juris

- Jeun.PH, op.cit, p١٢٥.

^٢ - Chapus.R, op.cit, P٤٠٧.

^٣ - Laubadère.A -- Gaudemet.Y, Traité de droit administratif, L.G.D.J, Paris, T٢, ١٩٩٨, p١٢٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وكل ذلك فتح النقاش واسعا في أروقة الفقه الفرنسي حول الوظيفة الحقيقية لمبدأ عدم المساس في مواجهة التصرفات المختلفة التي يمكن أن يكون المال العام محلا لها، ليتم التوصل إلى الوظيفة المحددة التي يملكها المال العام، وهذه الوظيفة هي حماية تخصيص المال العام، وإن هذا المبدأ يظل مهيمنا على جهة الإدارة المالكة لهذا المال لأجل خدمة هذا التخصيص، ومن حيث النتيجة، فإن مبدأ عدم المساس يكون في جوهره وظيفيا Fonctionelle ولا يكون جوهره عقاريا Foncière إلا من حيث نتائجه فقط^١. وهو ما يثبت أن هناك بعضاً من الأموال الخاصة خاضعة لذات الحماية المقررة للمال العام في فرنسا، ولكن على الرغم من ذلك لا تحظر التصرفات القانونية على المال الخاص للإدارة^٢، ولا سيما من حيث إمكانية إنتقالها بالحقوق العينية، وهو ما يثبت بدوره أن مبدأ عدم المساس له دور وظيفي في حماية التخصيص وليس لحماية المال في حد ذاته، وذلك كما هو الحال بالنسبة للأدراج والغابات في فرنسا^٣.

لذلك، فإن جانبا من الفقه الفرنسي يرى أن تطبيق مبدأ عدم المساس قد أدى في النهاية إلى تقديس المال العام Sacraliser le domaine public ، حيث صنع هذا المبدأ من هذا المال فضاء يتعذر المساس به، على الرغم من أن هذا المبدأ لم يتقرر إلا لحماية تخصيص المال العام، وليس لحماية هذا المال في حد ذاته^٤.

^١ - Gaudemet .Y, Les droits réels sur le domaine public, AJDA ٢٠٠٦ p. ١٠٩٤

^٢ -Moysan.H, op.cit, P١٠٢.

^٣ - Delvolvé.P, Les dispositions relatives aux droits sur le domaine des personnes publiques : incohérence, R.D.I, ٢٠١٠, p٥٨٥.

^٤ - Laviaile.Ch, Op.cit, p١١٠٧.

- Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine Juridique,op.cit, p٢٣٩٥.

وبناء على ذلك فقد طبق مجلس الدولة الفرنسي مبدأ عدم المساس تطبيقاً جامداً، حيث يتبدى من أحكام المجلس أنه قد غلب مبدأ عدم المساس، وحظر إنشاء أي حقوق عينية على المال العام، كالارتفاقات و الايجارات الحكرية وغيرها^١. وقد تشدد مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق مبدأ عدم المساس لدرجة أن الفقه الفرنسي قد رأى أن مبدأ عدم المساس هو من صنع مجلس الدولة الفرنسي، وذلك على الرغم من أن أول تبن للمبدأ في المنظومة القانونية الفرنسية الحديثة كان في القانون المدني كما سبقت الإشارة^٢.

وفي الحقيقة إن هذا التشدد الذي سار عليه مجلس الدولة الفرنسي بشأن تطبيق مبدأ عدم المساس، كان له عدة نتائج هامة:

أولاً- حظر إنتقال المال العام بأي حق عيني:

إن الجمود في تطبيق مبدأ عدم المساس الذي سار عليه القضاء الإداري الفرنسي جعله يرفض مبدأ إنشاء حقوق عينية على الأملاك العقارية العامة^٣، مهما كانت الاحتياطات التي اتخذتها الإدارة لأجل حماية التخصيص المتعلق بالأملاك العقارية العامة^٤. ويرى بعض الفقه أن تشدد مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق هذا

^١ - Gaudemet.Y, L'avenir des propriétés publiques, op.cit, ٥٧١.

^٢ - Jeun.PH, op.cit, P١٢٤.

وهو ما أورده الفقه العربي أيضاً، راجع أ.د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب

الثالث، أموال الإدارة العامة و امتيازاتها، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩، ص ٢٨.

^٣ - Pauliat.H, op.cit, p. ٩٣.

- Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, op.cit , P

٢٣٩٥.

^٤ - Jeun.PH, op.cit, p١٢٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المبدأ هو الذي جعل مضمونه ذا طابع جامد، ومما أدى من حيث النتيجة إلى سلب أهلية الأشخاص الاعتبارية العامة في التصرف بهذه الأموال^١.

ومما يثبت موقف مجلس الدولة الفرنسي بهذا الخصوص ما توصل إليه في إطار قضية Eurolat التي أصدر فيها المجلس حكمه في ١٩٨٥/٥/٦، وتتلخص وقائع هذه الدعوى بأن النقابة المشكّلة بين عدد من البلديات للكانتون القديم ل Boissy Saint ، قررت إنشاء دار للمسنين، وهي لم تكن تملك الموارد اللازمة، فقامت بالتعاقد مع مؤسسة Eurolat لأجل تنفيذ هذا المشروع، وذلك عبر عقدين، الأول منهما أسند للمؤسسة المذكورة إنشاء وإدارة الدار المذكورة، والتي يجب أن تشيد على أرض عائدة للنقابة البلدية، وقد أعطيت الأرض على سبيل الإيجار للمؤسسة، وعلى أساس إيجار حكري وفقاً للمادة ل.٤٥١ من التقنين الريفي Code rural ، أما العقد الثاني، فقد تعلق بأساليب الإجارة الحكرية، ونص على تأسيس رهن لصالح إحدى المؤسسات المالية والمصرفية، هي الائتمان العقاري لفرنسا، وعلى أن يتم إنجاز الأعمال ضمن مدة أربع سنوات، إلا أن الجهة المتعاقدة لم تحترم التزاماتها، فقصدت النقابة باب القاضي الإداري لأجل فسخ العقد، فقصى المجلس من حيث النتيجة بأن هذين العقدين غير قابلين للتجزئة والانفصال، وبالمحصلة فإن عدداً محدداً من الشروط، وهي تلك المتعلقة بإنشاء حقوق عينية لمصلحة المؤسسة المتعاقدة، على الأرض العائدة للجماعة العامة، إنما تكون متناقضة مع مبادئ المال العام، ولاسيما مبدأ عدم المساس، مما يستلزم بطلان العقدين^٢.

^١ - Pauliat.H, op.cit , p.٩٩.

^٢ - Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine Juridique, p٢٣٩٥.

^٣ - C.E.Section, ٦-٥-١٩٨٥, Association Eurolat - Crédit foncier de France, A.J.D.A, ١٩٨٥, P٦٢٠, Note Fatome et Moreau, R.F.D.A, ١٩٨٦, P٢١, Concl.Genevois.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن مجلس الدولة أقام حكمه كله على أساس مبدأ عدم المساس، وذلك على الرغم من من إبرام هذين العقدين في ظل المادة ٤٥١ - ١ من التقنين الريفي والتي تنص على مايلي: (الإجارة الحكرية للأموال العقارية تعهد للمستأجر حقا عينيا قابلا للرهن..)، إلا أن المجلس وبحكم إقامة المنشأة محل العقدين على المال العام قد رأى أن إنشاء الحقوق العينية على هذا المال من شأنه أن يؤدي إلى بطلان هذين العقدين^١.

وفي كل الأحوال، فإن مجلس الدولة الفرنسي قد أصر على أن الحق العيني الناتج عن الإجارة الحكرية يكون مخالفاً لمبادئ الدومين العام، ويكمن هذا التناقض في الخصائص الذاتية للحق العيني، فهذه الإجارة تعطي حقا عينياً للمتعاقد مع الإدارة، وبمجرد تحقق ذلك، فإنه يؤدي إلى بطلان الإجازات الحكرية، و هذا الموقف يكون نابعا من عقيدة Dogmatique ترسخت لدى المجلس، وأعاد وكرر إثباتها في مناسبات كثيرة^٢.

وقد تأكد هذا لموقف لمجلس الدولة الفرنسي، في العديد من الأحكام الصادرة عنه، ولاسيما حكم Walter، و الذي بين فيه المجلس بوضوح سريان مبدأ عدم المساس والذي تؤدي مخالفته إلى (بطلان عقد التزام أنشأت بموجبه الإدارة المتعاقدة حقوقا عينية للغير، وذلك دون إيضاح لمسألة هامة جدا وهي المتعلقة بانسجام مثل هذه الحقوق بشكل احتمالي مع تخصيص المال مثار المشكلة^٣.

^١ - Jeun.Ph, op.cit , p128.

^٢ - C.E, Section social, Avis, ٢٢-٦-١٩٩٣, n°٣٥٣٢٠٥, EDCE ; ١٩٩٣, n°٤٥, p391.

وقد تم التعليق على هذا الرأي من قبل الأساتذة Rolin.F و Dal Ferra.TH و Gaudemet.Y و Stirn.B ، دالوز، ١٩٩٧، ص٥٦٨.

^٣ - لم يكتف القضاء الإداريون بترتيب البطلان، بل قطعوا كليا باستحالة وجود حقوق عينية يتقل بها المال العام، وقد عبرت محكمة استئناف ليون الإدارية على ذلك بقولها: (إن مبدأ عدم المساس بالمال العام من شأنه أن ينشئ استحالة أمام إنشاء حقوق عينية على هذا المال لفائدة مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وكذلك الحال بالنسبة للارتفاقات الممنوحة على المال العام، فقد تعامل القضاء الإداري الفرنسي معها كما كل الحقوق العينية، حيث قضى بحظرها لعدم توافقها مع مبدأ عدم المساس، وقد تواتر هذا الموقف لدرجة أن هذا الحظر أصبح تقليدياً^١.

وإذا كان يتضح مما سبق أن مجلس الدولة يطبق مبدأ عدم المساس في سبيل حظر أي حقوق عينية يمكن إنشاؤها على الأملاك العامة العقارية، وذلك دون الأخذ بعين الاعتبار للدور الوظيفي لمبدأ عدم المساس المتمثل بحماية تخصيص هذه الأملاك للاستعمال العام، وللمرافق العامة، فإن موقف القضاء العادي في فرنسا ممثلاً بموقف محكمة النقض يبدو أكثر مرونة، وذلك لأن محكمة النقض طبقت مبدأ عدم المساس من منظور دوره الوظيفي المتمثل في احترام تخصيص هذه الأملاك، و لم تتوقف محكمة النقض عند هذا الحد من المرونة، إذ أنها لم تقبل إثارة مبدأ عدم المساس من قبل الخصوم إلا عندما يكون ذلك ضرورياً للدفاع عن حقوقه^٢.

وقد حاول مجلس الدولة الفرنسي إيجاد بعض المرونة في تطبيق مبدأ عدم المساس في سبيل الانقاص من مجال تطبيقه، ولكن هذه المرونة لم تكن من خلال الحد من مبدأ عدم المساس في حد ذاته، إنما من خلال آلية أخرى، وهي الانقاص من مجال المال العام ذاته؟ ومن ثم فإن المجلس خطا خطوة نحو الورا، فهو مال إلى الانقاص من مجال المال العام، لكي يتجنب تطبيق مبدأ عدم المساس، ولم يحد من مضمونه، على الرغم من وجود مال عام تقع عليه تصرفات عقارية من النمط الذي سهر دائماً هذا المجلس على حظره^٣. حيث قرر المجلس: (من حيث المبدأ،

الأفراد)، راجع حكمها الصادر بتاريخ ١٩٩٩/٣/٢، في قضية M.Amadou et autres المجموعة، رقم ٩٦٨٠ - ٤٢.

^١ - C.E, ٤-٧-١٨٧٩, Ministère des finances C Revon, Rec.P.٥٧٣.

-C.E, ٢٧ - ١٢ - ١٩١١, Boucheron.Rec.P.١٢٥٣.

^٢ -Cass, ٣-٢-١٩٨٨, Consorts.Renault.C.EDF,A.J.D.A,P.٦٨٨,NoteDufau.

^٣ - Jeun.PH, op.cit, p.١٤١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

فإن الأموال المنتمية إلى مؤسسة عامة مهما كانت إدارية أم صناعية أم تجارية، إنما تشكل جزءاً من مالها العام، ويكون الأمر على خلاف ذلك، إذا أدى مثل هذا الانتماء إلى عرقلة تنفيذ القوانين القابلة للتطبيق على تلك المؤسسة أو على أموالها^١.

وفي الواقع أن فكرة المال العام من خلال هذا الحكم الشهير قد تم تفسيرها بمرونة من قبل المجلس في سبيل فتح المجال لتطبيق أحكام القانون على المؤسسة وأموالها، والمقصود في هذه الحالة المادة ٢٤ من قانون التأميم المؤرخ في ١٩٤٦/٤/٨، والتي ترخص لمؤسسة كهرباء فرنسا (أن تمتلك و أن تدير و أن تنتازل - ضمن الشروط المطبقة على أشخاص القانون الخاص - عن الأموال أيا كانت طبيعتها)، ومن ثم فإنه وفقاً لما توصل إليه المجلس أن صفة المال العام يجب أن لاتحول دون تطبيق هذه القواعد القانونية، لذلك فقد قرر المجلس في هذه القضية أنه: (لاتصنف ضمن الأموال العامة تلك الأموال التي كان مركزها بدا متناقضاً مع النظام الإداري للمؤسسة)، و(أن الرسالة ذات الطابع التجاري التي تجنح المؤسسة إلى تحقيقها تحول دون تصنيف أموالها ضمن نطاق المال العام، وهو مايعني تصنيفها ضمن المال الخاص)^٢.

^١ - C.E, ٢٣-١٠-١٩٩٨, Electricité de France, A.J.D.A, ١٩٩٨,

P١٠١٧.concl.Arrighi de Casanova.

^٢ - Lavalie.C.H, Le Domaine public une catégorie juridique menacée? A propos de L'arrêt de conseil d'Etat, Assemblée, ٢٣-١٠-١٩٩٨, Electricité de France, R.I.D.A, ١٩٩٩, pp ٥٨٣ et ٥٨٤.

علما أن هذا الحكم لم يكن الوحيد الذي سار في هذا المنحى، حيث قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه إذا امتلك الشخص الاعتباري العام مالاً مشتركاً، فإن ذلك النوع من التملك لا يحقق شرط الملكية العامة، مما يستوجب إخراج هذا المال المملوك ملكية مشتركة من دائرة الأموال العامة (ومن ثم تحاشي تطبيق مبدأ عدم المساس):

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ثانيا - التوسع في فكرة المال العام نتيجة التشدد في تطبيق مبدأ عدم المساس من قبل القضاء الإداري الفرنسي:

لقد توسعت فكرة المال العام نتيجة تشدد مجلس الدولة الفرنسي في تطبيق فكرة عدم المساس، لتشمل كل ما يمكن أن يدخل في إطار الأموال العامة بشكل مباشر أو غير مباشر، وذلك من خلال عدة أفكار هي الإعداد الخاص، والمال العام الافتراضي، والمال العام الكلي أو الشامل، والاتصاق، وسوف ندرس هذه الآليات التي وسع فيها المجلس من نطاق المال العام نتيجة التشدد في تطبيق مبدأ عدم المساس كمايلي:

١- **الإعداد الخاص L'aménagement spécial**: وهو يعني أن كل مال يمكن أن يستخدم لأجل غايات مرفق عام، بسبب خصائص ذاتية تتوافر فيه، فإنه يخضع لمبدأ عدم المساس، وهذا المال لاينتمي للمال العام من حيث المبدأ، ولكنه يتصل ولو بشكل غير مباشر به، ولازم لعمله، ومن ثم يصبح خاضعا للنظام القانوني للمال العام^١. وعلى هذا الأساس فقد اشترط مجلس الدولة الفرنسي من أجل تكيف مال ما على أنه من قبيل المال العام أن يكون مخدما للاستعمال المباشر للعموم أو لمرفق عام، أو أن يكون محلا للإعداد الخاص لمرفق عام^٢.

C.E, ١١-٢-١٩٩٤, Compagnie d'assurances , La préservatrice foncière, Rec.p ٦٥.

وقد حلل هذا الحكم ضمن هذا المعنى، راجع: بحث الأستاذ Gaudemet الموسوم بعنوان (مستقبل الملكية العامة)، مرجع سبق ذكره، ص ٥٧٣.

^١ - Van Long. Gondouin.G .Inserguet – Brisset.V, Dictionnaire de droit administratif, A.Colin, Paris, ٢٠٠٥, p ٢٧.

^٢ - من أحكام المجلس في هذا الاتجاه:

-C.E, Ass, ١٩-١٠-١٩٩٦, Société le Béton, R.p ٣٧٥, A.J.D.A, ١٩٥٦, p ٤٧٢, concl.M.Long.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وفي الحقيقة إن الأستاذ مارسيل فالين هو أول من قال بالعلاقة بين المال والمرفق على أساس مفهوم الاعداد الخاص، حيث رأى أن مجرد تخصيص المال لاستعمال العموم يعد كافياً في حد ذاته ليخضع المال للنظام القانوني للمال العام، إلا أن مجرد تخصيص المال لمرفق عام وحاجاته لا يكفي منفرداً للقول بعمومية هذا المال، بل لابد أن يكون المال المخصص لهذا المرفق لازماً لإدارته والقيام بالغايات المتوخاة منه¹. ولكن لا بد من ملاحظة أن الأستاذ فالين عندما اقترح التلازم بين مفهومي التخصيص للمرفق العام من جهة وأن يكون المال معداً خصيصاً للمرفق العام من جهة أخرى، إنما كان يقصد وضع حد لتضخم المال العام نتيجة إطلاق مفهوم تخصيص المال العام للمرفق العام منفرداً، حيث طرح معيار الإعداد الخاص ليكون المال المخصص للمرفق العام لازماً له وليسيره، أما إذا خصص ولم يكن لازماً لذلك، فلا يجوز أن يدخل في دائرة المال العام².

إلا أن القضاء الإداري الفرنسي قد طبق مفهوم المال المعد إعداداً خاصاً على خلاف ما قصد هذا الأستاذ الكبير، وبحيث أدى إلى نتائج عكس ما أراده، فقد ذهب القضاء إلى التعامل مع مفهوم المال المعد إعداداً خاصاً على أساس أنه كل مال يمكن أن يساهم في سير المرفق العام بسبب طبيعته مهما كانت هذه المساهمة يسيرة وبسيطة وغير ذات شأن، وهو ما أدى من حيث النتيجة إلى دخول كتل عقارية ضخمة جداً في دائرة المال العام، ولينتهي القضاء الإداري بذلك إلى اتساع كبير للحماية التي تقوم على أساس مبدأ عدم المساس³.

-C.E, Ass, ١١-٥-١٩٥٩, Dauphin, R.p^{37٥}, A.J.D.A, ١٩٥٩, p1١٣,
Chron.M.Combacau et J-M.Galabert.

¹ - Waline.M, Précis de droit administratif, TII, Le domaine public, Paris, Siery, ١٩٧٠, PP.١٢٧,١٧٥.

² - Bezzina.A.Ch, Marcel Waline et théorie du domaine public, op.cit, p١٥٦.

³ - Rozet.CH, L'aménagement indispensable, un critère discutable de réduction du domaine public, AJDA ٢٠٠٧ p. ٥٧١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٢- المال العام الافتراضي: وضمن هذه النظرية سار مجلس الدولة الفرنسي بعيداً في توسيع فكرة المال العام، مهتدياً بمبدأ عدم المساس، وذلك عن طريق تبنيه فكرة المال العام الافتراضي *Le domanialité public virtuelle* ، والتي تتصل بنظرية الإعداد الخاص للمال، والتي بمقتضاها لا يكون المال عاماً إلا إذا أعد إعداداً خاصاً لحسن سير مرفق عام فحسب، بل إذا كان من حيث المآل سوف يقوم بهذه المهمة بالنسبة لمرفق عام، أي أن المال في هذه الحالة ليس معداً إعداداً خاصاً بشكل يقيني بسبب طبيعته لحسن سير مرفق عام، إنما يتوقع أن يكون كذلك في المستقبل^١. لذلك فقد أدخل المجلس تحت هذه الذريعة في إطار الأموال العامة مالاً خاصاً للإدارة وأخضعه لمبدأ عدم المساس بسبب قرينه من منطقة ميناء التي تعد مالاً عاماً ، وهو ما يعني أنه بسبب هذا القرب، فمن المحتمل أن يصير هذا المال المنتمي إلى الأموال الخاصة للإدارة مالاً مخصصاً لحسن سير المرفق العام، ومن ثم ينطبق تكييف الأموال العامة عليه، ويسري عليه مبدأ عدم المساس^٢. كما أدخل مالاً خاصاً آخر مملوكاً للإدارة في إطار الأموال العامة، وذلك بسبب مساهمته المحتملة في حفظ وحماية أحد الشواطئ مستقبلًا، ومن ثم من المحتمل

-
- Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public, AJDA ٢٠٠٣ p. ١١٩٣.
 p١٥٦. - Bezzina.A.Ch, op.cit,
 p١٠٤٢. - Hubrecht.H, op.cit,

^١ - Rozet.CH.B, op.cit, p٥٧١.

- Gros.M, L'affectation, critère central de la dominalité publique, R.D.P, ١٩٩٢, p٤٨.

^٢ - Yolka.PH, Faut-il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle? La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° ٨, ٢٢ Février ٢٠١٠, ٢٠٧٣.
 C.E, ٨-٣-١٩٩٣, Villedieu.R.PY٥٩, R.D.I, ١٩٩٣, P ٣٤٩, obs.J.B.Auby, P١٢٤.^٣

^٣ - مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أن يصير هذا المال في المستقبل مخصصاً لسير المرفق العام، وهو ما يعد كافياً لادخاله في دائرة الأموال العامة، وإخضاعه لمبدأ عدم المساس^١.

ويمكن القول أن هناك اتصالاً واضحاً ما بين نظريتي الأعداد الخاص والمال العام الافتراضي، وأن الثانية متفرعة عن الأولى، فالمال العام الافتراضي ما هو إلا مال معد إعداداً خاصاً لسير مرفق عام، ولكن على وجه الاحتمال، وبحيث يتحقق ذلك في المستقبل^٢.

ولكن على الرغم من استقرار القضاء الإداري الفرنسي لزمن طويل على مفهومي الأعداد الخاص للمال، والمال العام الافتراضي المرتبط به، فإن هذين المفهومين زالا مع صدور تقنين ملكية الأشخاص العامة سنة ٢٠٠٦، حيث إن المشرع الفرنسي استبدل مفهوم الأعداد الضروري L'aménagement indispensable بمفهوم الأعداد الخاص L'aménagement spécial^٣، والأعداد الضروري يعني أن لا يدخل في إطار المال العام سوى تلك الأموال التي تكون ضرورية لسير المرفق عام الذي يسيره الشخص الاعتباري العام مالك المال، وهو ما يفترض وجود علاقات ضيقة بين المال والمرفق العام، فلا يعد كل مال مهما كان لزومه للمرفق العام مالاً عاماً، لأنه لا يعد ضرورياً لسيره، وعلى هذا

١ - C.E, sect. ٣٠- ٥- ١٩٧٥, Dame Gazzoli, M.France et M.Boyon. Chron. - Rozet.CH.B, op.cit, p٥٧١.

- Yolka.PH, Faut-il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle ? op.cit, ٢٠٧٣.

٢ - Yolka.PH, Faut-il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle ? op.cit, ٢٠٧٣.

٤ - تنص المادة ل. ٢١١١ - ١ من تقنين ملكية الأشخاص العامة على مايلي:

Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. ١ est constitué des مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الأساس فإن المشرع الفرنسي بانتقاله من مفهوم الإعداد الخاص في إطار تحديد ماهية المال العام إلى مفهوم الإعداد الضروري يكون قد ضيق من دائرة المال العام التي اتسعت في ظل مفهوم الإعداد الخاص للمال، وهو ما أدى من حيث النتيجة إلى التضييق من نطاق تطبيق مبدأ عدم المساس^١.

وبعد صدور هذا النص الجديد الذي صار يوطر نطاق تطبيق مبدأ عدم المساس بالإعداد الضروري للمال لصالح المرفق، طرحت مسألة هامة تتعلق بتطبيق النص الجديد من حيث الزمان، وهو الأمر الذي ترك نتائج هامة على مستوى دائرة تطبيق مبدأ عدم المساس، فإذا كان هناك مال ما وعد ما لا عاما نتيجة مفهوم الإعداد الخاص وذلك قبل سريان النص الجديد، فهل يبقى كذلك إذا كان لا يعد مالا عاما من منظور الإعداد الضروري الذي ضيق من دائرة المال العام،

biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public.

ومن الملاحظ أن جانبا من الفقه الفرنسي قد انتقد المبدأ الجديد الذي أتى به المشرع الفرنسي والمتعلق بالإعداد الضروري، على أساس أنه لا يقل غموضا وتعقيدا عن مفهوم الإعداد الخاص،

راجع:

- David.B.B, Droit administratif des biens, Paris, Aualino, Yed, p٥٣.
- Rozet.CH.B, op.cit, p٥٧٥

ويشير جانب آخر من الفقه إلى أن الأستاذ فالين عندما اقترح مفهوم الإعداد الخاص، كان يقصد به الإعداد الضروري على النحو الذي أتى به القانون الجديد، راجع:

- Bezzina.A.Ch, op.cit, p١٥٧.
- Defix.S, Le domaine public virtuel, sans déclassement formel, demeure éternel, A.J.C.T, ٢٠١٣ p. ٣٤٧

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وذلك بعد تطبيق النص الجديد^١، وهو ما يحتم من حيث النتيجة ضرورة اللجوء إلى إجراء نزع تخصيص هذا المال، نتيجة زوال صفة المال العام عنه؟

لقد أجاب الاجتهاد القضائي الفرنسي على هذا السؤال، وقضى باستقرار مركز المال المكيف على انه مال عام نتيجة تطبيق مبدأ الإعداد الخاص، وعدم إمكانية نزع هذه الصفة عنه، وذلك من باب عدم جواز تطبيق النصوص القانونية بأثر رجعي^٢.

^١ - Eveillard, G. L'application dans le temps des nouveaux critères de définition du domaine public, Dr. Adm. ٢٠١٠, etude ٢١.

^٢ - وقد فصلت محكمة التنازع في ذلك، واستندت في حكمها أولاً إلى معيار الإعداد الخاص بالنسبة لنزاع ثار سنة ٢٠٠٠، وكان موضوع النزاع مالا عاماً تم تكييفه كذلك بناء على معيار الإعداد الخاص، ومن ثم فصلت المحكمة في الدعوى سنة ٢٠٠٧ لم تطبق معيار الإعداد الضروري الذي من شأنه خروج المال محل النزاع من دائرة المال العام، إنما طبقت معيار الإعداد الخاص، ليستقر مركز هذا المال كمال عام، ومن ثم يظل خاضعاً لمبدأ عدم المساس، وتكون كل التصرفات المتعلقة به، ولاسيما تلك المنشئة لحقوق عينية باطلة، راجع حكم محكمة التنازع المؤرخ في ٢٢/١٠/٢٠٠٧ في قضية Mlle Doucedame – Dpt Bouches – du – Rhone ، والمنشور في A.J.D.A ، ٢٠٠٨، صفحة ١١٤٥.

كما طرحت المشكلة ذاتها في أروقة مجلس الدولة الفرنسي، والذي قرر مايلي: (إن دخول التقنين (الجديد) في إطار السريان لا يمكن أن يملك في حد ذاته من حيث الأثر إزالة تخصيص الأموال التي تنتمي قبلاً (أي قبل سريان القانون) للمال العام، والتي لم تعد مستفدة للشروط المحددة في المادة ١ من القانون الجديد لإسباغ صفة العمومية على مال معين.)، راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في ٣/١٠/٢٠١٢، في قضية Cne de port – vendres المنشور في A.J.D.A، ٢٠١٢، ص ١١٤٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وعلى أساس هذا الاجتهاد القضائي القائم ظاهراً على مبدأ عدم جواز تطبيق القوانين بأثر رجعي، فإنه تبقى الأموال المتمتعة بصفة العمومية في ظل المعيار القديم أموالاً عامة، ومن ثم فإنه لا يجوز المساس بها بأي شكل كان، ومن ثم فإن القضاء الإداري الفرنسي قد سار نحو التوسع في مبدأ عدم المساس إلى آخر الشوط، ولو كان المال الذي كان مالياً عاماً في الماضي لم يعد كذلك في الوقت الحالي نتيجة نص قانوني واضح، وهو دليل على النزعة الواضحة لدى هذا الاجتهاد نحو توسيع مبدأ عدم المساس في مواجهة التصرفات القانونية التي يمكن أن تتشبه حقوقاً عينية على المال العام.

٣- نظرية المال العام الشامل أو الكلي:

توسع القضاء الإداري الفرنسي في تطبيق مبدأ عدم المساس، عن طريق نظرية ابتكرها، وسميت بنظرية المال العام الكلي أو الشامل *La théorie de la dominalité publique globale*، والتي سار من خلالها على اعتبار الأبنية والأراضي والمشيدات المقامة ضمن كل مركب *Ensemble complexe* من قبيل الأموال العامة، وإن لم تكن مخصصة لاستعمال الجمهور ولا مخصصة أو معدة إعداداً خاصاً لحسن سير المرفق العام، وذلك طالما كان هذا الكل المركب مقاماً على الدومين العام، ودون التساؤل على الغاية المتعلقة بكل من مكونات هذا المركب، فعلى سبيل المثال، إذا كان هناك مطار ضمن مال عام عقاري، فإن كل أجزائه ومكوناته ستكون كذلك، وإن كان لا ينطبق عليها وصف المال العام، وفقاً للمعايير القانونية المعتمدة^١.

ولكن مع ذلك وفي سبيل موازنة هذا الحل المتطرف إلى حد كبير، فإن مجلس الدولة الفرنسي قرر في بعض الحالات الخاصة، أن طبيعة المال العام ضمن

^١ - C.E, ٢٥-٣-١٩٨٨ ; Consorts Démereau .R.P٧٧٨. J.C.P, ١٩٨٩, n°١١٣.

وراجع في الفقه:

-Rozet. Ch.B, opcit, op.cit, p٥٧٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المركبات العقارية يجب أن تقدر جزءاً فجزءاً، لأنه يوجد ضمن هذا التراكم العقاري، كتل عقارية خاضعة لأنظمة قانونية مختلفة، فمنها ما يطبق عليها القواعد المطبقة على المال العام (وفي مقدمتها عدم المساس) ومنها ما يطبق عليها القواعد المطبقة على المال الخاص للإدارة، ومنها ما يطبق عليه القواعد الخاصة بالملكية الفردية^١.

٤- الالتصاق:

لقد طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الالتصاق *Théorie de l'accessoire* ذات الأصول المدنية^٢، في سبيل التوصل إلى توسيع تطبيق مبدأ عدم المساس، من خلال التوسع في نطاق المال العام، وبُحِث تمييز نظرية الالتصاق الاعتراف بصفة المال العام من خلال الاندماج به، لكل الأموال التي لا تستند شروط اعتبارها مالا عاماً، إلا أنها تكون على اتصال مباشر *Contact direct* مع أموال تعد أموالاً عامة بحكم تخصيصها للاستعمال العام أو لمرفق عام^٣. وقد طبق مجلس الدولة الفرنسي نظرية الالتصاق بشروط، ويتحقق ذلك إذا

^١- راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر بتاريخ ١٩٩٠/١/٢٤، في قضية *Mme Boulier* و المنشور في *C.J.E.G* سنة ١٩٩٠، ص ٢٣٨، وقد قرر المجلس في هذا الحكم: (هناك قسم من المركب العقاري يكون مخصصاً لمرفق عام و معداً خصيصاً لذلك، وهو ينتمي لشخص عام، ومن ثم يطبق عليه النظام القانوني للمال العام، ولا يجوز المساس به، كما أن سكن السيدة *Boulier* حتى لو كان يوجد ضمن نفس المركب العقاري، إلا أن وضعه مختلف، فهو لم يخص لاستخدام العموم، ولم يعد بشكل خاص لمرفق عام، لأنه عبارة فقط عن سكن للسيدة المذكورة...).

^٢- المادة ٥٥٢ من القانون المدني الفرنسي.

^٣- *Gaudemet.Y, Droit administratif des biens, T٢, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠٢,*

p٧٨.

- *Van Long. Gondouin.G. Inserguet – Brisset.V, op.cit, p٥.*

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

كان المال محل الالتصاق على علاقة فيزيائية Lien physique دقيقة مع مال عام عقاري معين، لذلك تعد أموالاً عامة كل الأموال التي تقام فوق مال عام عقاري معين أو تحته مثل الأشجار^١، ومثل القنوات المقامة تحت طريق عام^٢، كما طبق المجلس هذه النظرية أيضاً إذا كان المال محل الالتصاق يرتبط بعلاقة (نفع وظيفي utilité fonctionnelle) مع مال عام معين، وبحيث يساهم هذا المال في الاستخدام الجيد لمال عام معين، وذلك على أساس أن العلاقة بين المالكين هي علاقة التصاق غير قابلة للانفصال Accessoire indispensable ، وذلك مثل الجدار الاستنادي الذي يساهم في تماسك عقار هو من المال العام^٣.

وقد انتقد جانب من فقه القانون الإداري تطبيق نظرية الالتصاق المدنية، وذلك نظراً لما يمكن أن تؤدي إليه في كثير من الحالات إلى إضفاء صفة المال العام على مشيدات تقع على أملاك فردية، مما يثير شبهة الغصب^٤، إلا أن المشرع الفرنسي وضمن تقنين ملكية الأشخاص الاعتبارية العامة قد تبنى نظرية الالتصاق كسبب لإضفاء صفة الأموال العامة على أموال معينة، ولكن بشكل مختلف عما استقر عليه قضاء الاجتهاد الإداري الفرنسي لسنوات طويلة، فقد نصت المادة ل. ٢١١١ - ٢ من التقنين المذكور على مايلي: (تكون أيضاً جزءاً من المال العام أموال الأشخاص العامة المذكورة في المادة ١ من القانون التي تساعد على استخدام

- Lavalie.C.H, Le Domaine public une catégorie juridique menciée? Op.cit, p٥٨٢.

^١ - C.E, ٢٠-٤-١٩٥٦, Ville de Nice,R.p١٦٢.

^٢ - C.E, ٢٨-٥-١٩٧١, Dame Gautheron.R.P٤٠٢.

^٣ - C.E, ٢٠-٤-١٩٥٦, Ville de Nice,précité.

^٤ -Gaudemet.Y, Superposition de la propriété privée et du domaine p٢٩٦. chron, ١٩٧٨,D, public,

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

مال منتم إلى مال عام وبحيث تشكل معه التصاقاً غير قابل للانفصال)^١، ومن ثم فإن هذه المادة تفترض وجود شرطين متكاملين لاندماج مال خاص عائد للإدارة في مال عام، وهما أن يرتبط المال محل الالتصاق (وهو مال خاص عائد للإدارة كما أشرنا) بمال آخر منتم للمال العام برابطة فيزيائية (مادية) تجعل المالكين غير قابلين للانفصال وبرابطة وظيفية، فلا بد إذا من وجود الرابطين معاً معاً للقول بحدوث الالتصاق^٢.

إن هذا التلازم مابين الرابطين الفيزيائية والوظيفية إنما يمثل اتجاهاً جديداً بالنسبة للالتصاق كسبب لتوسيع المال العام، ومن ثم تطبيق مبدأ عدم المساس، وهو يعاكس ما استقر عليه اجتهاد القضاء الإداري الفرنسي، والذي أجاز حدوث الالتصاق بمجرد وجود إحدى الرابطين الفيزيائية أو الوظيفية بين المال محل الالتصاق ومال عام معين^٣.

هذا التلازم مابين كلا شرطي الارتباط الوظيفي والفيزيائي يؤدي من حيث النتيجة إلى تقليص مجال المال العام لحساب المال الخاص للإدارة، لأنه يؤدي من

^١ - Art.L. ٢١١١-٢. Font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. ١ qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable.

^٢ - Rozet.CH.B, op.cit, p٥٧٧.
Labetoulle chron. P١٢٤. ^٣ - C.E, ١٧-١٢-١٩٧١, Vércel.R.p٧٨٣, A.J.D.A, ١٩٧٢, et Cobanes.

P.Sablière. - C.E, ٢٤-١-١٩٩٠, Boulier, CJEG, ١٩٩٠, P٢٣٨. Note.
- CE, ٢١-٤-١٩٩٧, Ministère du Budget.C.Sté Sagifa.Dr.adm. ١٩٩٧, n° ٣١٦.Note Ch.Lavialle
p٣٤٩, J.B, Auby.J.B, ١٩٩٣, R.P٧٥٩, R.D.I, ١٩٩٣, - C.E, ٨-٣-١٩٩٣, Ville Dieu, IV,p١١٩٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

حيث النتيجة إلى إيجاد صعوبة في اندماج مال خاص للإدارة في مال عام، إضافة إلى أن القانون الجديد أضاف شرطين واضحين ليتم الالتصاق، وهما الطبيعة غير القابلة للانفصال بين المالين Indissociable وشرط المساهمة في استخدام مال عام معين، أي لا يتم الالتصاق إلا إذا ساهم جزء من المال الخاص للإدارة في استخدام جزء آخر من المال العام، وإن إضافة هذين الشرطين أدت إلى صعوبة تحقق واقعة الالتصاق، ومن ثم التقليل من حالات اندماج مال خاص للإدارة بمال عام و الحد من توسع المال العام، ومن ثم الحد من مبدأ عدم المساس، وإن كان جانب من الفقه انتقد فكرة مساهمة مال خاص في استخدام مال عام لتحقيق الالتصاق، لأنها تؤدي إلى عكس ما أراد المشرع من تضيق حالات الالتصاق، وتقليص المال العام، وذلك نظراً لاتساع هذه الفكرة، ومن ثم إمكانية مرونة تطبيقها واقعياً¹.

ولعل أهم ما جاءت به المادة ل. ٢١١١-٢ من تقنين ملكية الأشخاص العامة هو أن المال محل الالتصاق يجب أن يكون من ضمن الأموال الخاصة للإدارة، و من ثم فإنه من الناحية العضوية لم يعد متصوراً أن يتم التصاق ما بين مال عام ومال آخر يعود للملكية الفردية، وهو ما حد من جانب آخر من شبهة الغصب التي انتقدها الفقه الفرنسي، والتي يمكن أن تحدث نتيجة عمليات التصاق من هذا النوع.

ثالثاً- الوقتية:

ولعل النتيجة الأهم التي ترتبت دائماً على مبدأ عدم المساس إنما تتمثل في الوقتية La précarité، وهو مفهوم يعني من حيث النتيجة عدم وجود مركز قانوني نهائي على المال العام، وفي طليعة هذه المراكز تلك المتعلقة بالحقوق العينية التي من المستحيل إثقال المال العام بها كما أشرنا سابقاً، وهو ما ترتب عليه جواز إنهاء الإشغالات الخاصة للمال العام في أي وقت، سواء أكان سنده ترخيصاً إنفرادياً أم عقداً، كما ترتب عليه إعطاء الإدارة السلطة التقديرية الكاملة في رفض تجديد مثل

¹ - Rozet.CH.B, p٥٧٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

هذا الإشغال الخاص^١. ولعل النتيجة الأهم لمبدأ الوقتية الناجم بدوره عن مبدأ عدم المساس، هو دخول أعمال إدارة المال العام في عداد الأعمال الإدارية التي تحتاج إلى ممارسة امتيازات السلطة العامة^٢.

وبالمحصلة، وأمام هذه النتائج التي ترتبت على مبدأ عدم المساس، والمتمثلة في عدم إمكانية إنشاء المراكز القانونية على المال العام، ووقتية كل المراكز على

^١ - Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠٤، ٤٤ed, P٥٧٣. Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, ٢٠١٠, p٥٦٩.

- Rézenthel.R, Vers meilleur protection contre la précarité de l'occupation du domaine public, A.J.D.A, ٢٠٠١, P١٠٢٥.et.s.

- Melleray.F, L'utilisation privative du domaine public, quelques difficultés illustrées par jurisprudence récent, A.J.D.A, ٢٠١٣, p٩٩٥.

- Fournier.A, Jacquot.H, Un nouveau statut pour les occupants du domaine public, AJDA ١٩٩٤ p. ٧٧٤.

وقد تأكد مبدأ الوقتية في الفقه العربي أيضاً، راجع:

- أ.د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة و امتيازاتها، المرجع السابق، ص ٦٢، وما بعدها.

- أ.د. إبراهيم عبد العزيز شيجا، الأموال العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٥٦٤، و ما بعدها.

وقد بين الأستاذ الدكتور سليمان الطماوي أن التراخيص التي تصدرها الإدارة باستعمال الأفراد للمال العام ليست إلا من قبيل القرارات الوقتية Les actes provisoires والتي لا ينتج عنها حق مكتسب، راجع: مؤلفه النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١، ص ٦٥٠.

^٢ - راجع تقرير المفوض Jaques –Henri في تقريره على حكم E.D.Q، والمنشور في

A.J.D.A ، ١٩٩٩، ص ٤٢٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

فرض إن اعترف بشيء منها، كل ذلك قد دفع الفقه الفرنسي إلى نعت مبدأ عدم المساس بأنه متناقض مع مقتضيات الأمن القانوني *Principe de sécurité juridique*^١. بحسبان أن الأمن القانوني يهدف إلى ضمان المراكز القانونية أو الثبات النسبي لهذه المراكز، عبر الزمان^٢. لذلك فإن مبدأ عدم المساس وتطبيقاته خلال تاريخه الطويل، والنتائج المترتبة عليه، أدت من جهة أولى إلى توسيع نطاق المال العام، ومن جهة أخرى، أدت إلى حساسية اتجاه المراكز القانونية التي يمكن أن تنشأ عليه، ولا سيما تلك المتعلقة بالحقوق العينية، وهو الأمر الذي جعل المال العام العقاري خصوصاً المتضخم قيمة اقتصادية و تنموية جامدة، لذلك بدأت المحاولات القانونية للخروج من هذه الأزمة.

^١ - Rézenthel.R, op.cit, p ١٠٢٥.

- Lavialle.CH, La constitution des droits réels, op.cit, p ١١٠٧.

^٢ - د. محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد ٣٦، أكتوبر ٢٠٠٤، ص ٨٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التطور نحو إمكانية المساس بالمال العام.

انطلاقاً من الأزمة التي أصبح يعيشها مبدأ عدم المساس في فرنسا، فقد توجهت الجهود القانونية نحو الخروج بالأموال العامة من إطار الحماية الجامدة إلى إطار الحماية المرنة التي تقوم على أساس إيجاد قيمة تنموية لهذه الأموال، وقد كان لهذا التطور أسبابه وإرهاصاته، والمتمثل في الانتقادات التي ساقها الفقه الفرنسي لمبدأ عدم المساس وتطبيقه الجامد (الفرع الأول)، والتدخل الهام الذي قام به المجلس الدستوري الفرنسي، والذي خفف إلى حد كبير من جمود مبدأ عدم المساس، وفتح الباب واسعاً أمام إمكانية المساس (الفرع الثاني)، أما السبب الثالث فتمثل في المناخ القضائي والتشريعي الأوربي الذي عزز التوجه نحو إمكانية المساس بالمال العام (الفرع الثالث)، وسوف نبحث كل ذلك فيما يلي:

الفرع الأول

أسباب التطور المتعلقة بالآراء الفقهية

إن الاتجاه الفقهي لتحرير المال العام، وتحريكه من جموده، توصلاً للبحث عن القيمة الاقتصادية له، لم تكن جديدة كلياً، حيث وجدت لدى جانب من فقه القانون الإداري التقليدي الفرنسي، فمنذ سنة ١٩١٤ يلاحظ أن الأستاذ Rigaud قد طرح بوضوح أن قاعدة عدم المساس التي يقوم عليها المنطق الحمائي للمال العام لا تتعارض مع إمكانية إنشاء حقوق عينية عليه، طالما كانت منسجمة مع تخصيص المال، ولا ترفع السلطة الإدارية في هذه الحالة يدها عن امتيازاتها، وهي لذلك تستطيع أن تضع نهاية للحق العيني طالماً اتضح أنه يتعارض مع تخصيص المال العام^١.

^١ - Rigaud L, La théorie des droits réels administratifs, Toulouse, Recueil Sirey, ١٩١٤, P٣١٠ et.S.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

كما أثار الأستاذ موريس هوريو بوضوح ما أطلق عليه تسمية الحقوق العينية الإدارية *Droit réels administratifs* ، حيث رأى أن النظام القانوني للأموال العامة يتناقض - بحق - مع إنشاء حقوق عينية مدنية على هذا المال، إلا أن القواعد التي تحكم الأموال العامة يمكن أن تتوافق بشكل جيد مع حقوق عينية إدارية، والتي تكمن خصوصيتها في عدم تعارضها مع حسن إدارة المال العام، وذلك كله استناداً إلى أن مبدأ عدم المساس لم تمله طبيعة الأشياء ذاتها، ولكنه عبارة عن مفهوم قانوني تأسس في سبيل ضرورة تخصيص أشياء معينة للمنفعة العامة¹.

ويعد العلامة Duguit أول من خاصم هذه الثنائية التي توجد بين المال العام و المال الخاص للإدارة، واقترح أن يعترف بطبيعة قانونية واحدة *Unique* وعامة *Commune* لمختلف الأموال العائدة للإدارة، وسواء أكانت مدرجة ضمن المال العام أم المال الخاص، فمن وجهة نظر الفقيه الكبير، أن الأموال العائدة للإدارة تعد كتلة واحدة دون تمييز بين مال عام ومال خاص، وإن خضوع أحد أجزاء هذا المال للقانون العام أم القانون الخاص يكون حسب التسلسل في القوة والمرتبة، وعلى هذا الأساس فإن Duguit دعا إلى وجود سلم تتدرج من خلاله الأموال العائدة للإدارة من حيث القوة، وأطلق عليه تسمية تدرج نظام المال العام *L'échelle de la dominalité publique* فنكون أكثر الأموال قوة تلك المخصصة للاستعمال المباشر للجمهور، لذلك فإنها تحتل الدرجة العليا، وهي تخضع لقواعد القانون العام، وفي مقدمتها (مبدأ عدم المساس)، أما تلك الأموال المستخدمة (كوسائل بسيطة) لأجل تسيير المرافق العامة، فتمثل إحدى الدرجات الأدنى، وهي لا تخضع لقواعد القانون العام، التي تقضي بحماية المال العام وعدم المساس به². وهذا يعني وفقاً للأستاذ Duguit أن الأموال التي تشكل وسائل جوهرية لإدارة المرافق العامة تخضع لقواعد القانون العام، وهو ما يذكرنا إلى حد كبير بفكرة الإعداد الخاص للمال

¹ - Hauriou.M, Précis de droit administratif, Siery, Paris, 1933, p795 et p862.

² - Duguit.L, Traité de droit constitutionnelle, Editions Cujas, Paris, 3^e ed, T3, p303 et.s.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول 2016

لمصلحة المرفق العام التي أتى بها الأستاذ فالين فيما بعد، والتي استعرضناها سابقاً، مع العلم أن الأستاذ Duguit ينكر فكرة الحق العيني على المال العام، ولكن ليس استناداً إلى مبدأ عدم المساس، إنما على أساس أن الحق العيني يفترض أن ينتقل مالاً مملوكاً للغير، في حين أن المال العام لا يعرف فكرة الملكية أصلاً، والمهم في فكر الأستاذ Duguit فكرتان اثنتان يستعيدهما الفقه كنموذج يحتذى لتطوير فكرة المال العام ونسبية حمايته في مواجهة التصرفات التي يمكن أن يكون محلاً لها، والحقوق العينية التي يمكن أن يتقل بها^١، هاتان الفكرتان هما وحدة المال المملوك للإدارة من جهة، وفكرة التدرج في النظام القانوني الذي تخضع له هذه الأموال من جهة أخرى، وبحيث لا يكون أي مال مخصص أياً كان جوهره وهدفه محلاً للحماية، ومستعصياً على التصرفات و إنشاء الحقوق العينية عليه^٢.

أما الأستاذ Pelloux فقد رأى أن لمبدأ عدم المساس وجوداً قانونياً هاماً في إطار حماية المال العام، إلا أن ذلك لا يتعارض مع إمكانية إنشاء حقوق عينية على هذا المال، طالما تم احترام تخصيص المال العام المنقل بالحق العيني للمنفعة العامة^٣.

وقد سار الأستاذ Auby.J.M في اتجاه مماثل لاتجاه الأستاذ Duguit حيث رأى أن الأموال المملوكة للإدارة تثير أنظمة قانونية متنوعة، تنتمي للقانون العام و الخاص، و أن تطبيق النظام القانوني المناسب على مال عام، يجب أن لا يكون حسب التقسيم الجامد لنوعي المال المملوك للأشخاص العامة (مال عام و مال

^١ - Duguit.L, op.cit, P٣٦٧.

^٢ - راجع مثلاً:

- Jeun.PH, op.cit, p١٤٦.

^٣ - Pelloux.R, Le problème du domaine public, évolution et solutions, D, ١٩٣١, p٢٩٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

خاص)، إنما حسب درجة خضوع كل مال على حدة لنظام القانون العام أو لنظام القانون الخاص^١.

ومن محاولات الفقه التقليدي أيضاً تلك المحاولة التي قام بها Capitant ، والذي رأى أن كل أموال الأشخاص العامة كان يجب أن تكون قابلة لأعمال التصرف، و لكن لا يستطيع الشخص العام المالك أن يتصرف بها إلا ضمن التوافق مع تخصيصها^٢.

وفي فترة لاحقة فقد طرح الأستاذ Dénoyer.J.F طرحاً متطوراً، حيث رأى أن ملكية الأشخاص العامة للمال العام يمكن أن تفرع إلى حقوق عينية، وهذه الحقوق العينية تكون من نموذج خاص الذي يسند ضمانات للشاغل الخاص من أجل استقرار مركزه، إلا أن هذه الضمانات يجب أن تكون متناسبة مع تخصيص المال العام^٣. ومن ثم لا يمكن الحديث عن حق عيني يتقل المال العام إلا بالنسبة للحقوق ذات المحتوى الفعال Positif التي تجيز قطف منافع محددة، وتفرد بشكل كاف لأشخاص محددين، كما لا يمكن الحديث عن حق عيني إلا إذا كان يوجد ثبات معين في مركز الشاغل الخاص للمال العام، والاستمرار في هذا الإشغال على نمط معين، مع توافق ذلك مع وقتية المركز الممنوح للغير بشكل أو بآخر إزاء الإدارة، لأنه يظل مقيداً بتخصيص المال العام للنفع العام أو لمرفق عام^٤.

أما بالنسبة للفقه الفرنسي المعاصر، لقد رأى البعض أن مبدأ عدم المساس بصورته الحالية ومجال تطبيقه الواسع غير متناسب مع المعطيات الاقتصادية و

^١ - Auby.J.M, Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration, E.D.C.E, ١٩٥٨, n°١٢. P ٣٥.

^٢ - Capitant.R, Note, Sous, C.E, ١٧-٢- ١٩٣٢, R.D, P, ١٩٣٣, ٣, P ٤٩.

^٣ - Dénoyer.J.F, L'exploitation du domaine public, L.G.D.J, Paris, ١٩٦٩, P١٠٤.

^٤ - Dénoyer.J.F, op.cit,p١٠٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

القانونية المعاصرة ، وذلك من منطلق أنه كلما امتد مجال تطبيق مبدأ عدم المساس كلما تراجعت القيمة الاقتصادية للأموال العامة، ولاسيما العقارية منها^١.

إن هذا الجمود في تطبيق مبدأ عدم المساس والذي أسبغ على المال العام حماية مطلقة قد أدى إلى جعل هذا المال قيمة اقتصادية غير منتجة *Improductif* ، وموجودة خارج الحياة التجارية، وهو ما يخالف عقيدة الدولة ذات الطابع الليبرالي، ومن ثم يغدو تكيف نظام المال العام مع الحياة الاقتصادية ضرورة ملحة^٢. وقد ظهر هذا الالحاق الاقتصادي خصوصاً من خلال الاتجاهات العالمية المتمثلة في إقامة الأنشطة الاقتصادية في مراكز النقل الكبرى (المرافئ - المطارات - الطرق - السكك الحديدية)، وهذه البنى تنتمي في فرنسا في معظمها للمال العام الذي يخضع بدوره لمبدأ عدم المساس^٣. وانطلاقاً من ذلك، فإن المال العام يجب أن ينظر إليه بحسبانه مالاً اقتصادياً، ومصدراً للثراء، و إن إدارة الشخص العام للمال العام يجب أن تكون مؤطرة بالأهداف الاقتصادية إلى جانباً لأهداف المتعلقة بتخصيص هذا المال وحمايته^٤. وهذه الرؤيا الفقهية تجد أساسها فيما اتجه إليه مجلس الدولة الفرنسي منذ زمن طويل، فبعد أن اعترف المجلس بأن حق الأشخاص العامة على مالها العام هو حق ملكية^٥، فقد أقر بمسألة هامة جداً وهي أن المال العام ليس فقط محلاً لسلطات الضبط الإداري، إنما هو محل أيضاً للاستثمار و التنمية^٦. وهو ما ينتج عنه أن الإدارة يجب أن تحقق على هذا المال

^١ - Jeun.PH, Ibid, p1٢٥.

^٢ - Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles, op.cit, p. ١١٩٢

^٣ - Laget-Annamayer.A, Occupation du domaine public et intérêt général, D'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action encadrée, AJDA ٢٠٠٣ p. ١٢٠١.

^٤ - Laget-Annamayer.A, Ibid, p1٢٠١.

^٥ - C.E, ١٦-٧-١٩١٩, Ville de Paris, R.PY٠٧, concl, Tessier.S, ١٩٠٩, TIII, P٩٧, Note.M.Hauriou.

^٦ - C.E, ٢٩-١-١٩٣٢, Société des autobus amibois, S, ١٩٣٢, P٣٦٥, Note.P.Laroque.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العام الاستثمار الأفضل، وضمن فلك المصلحة العامة^١. إلى أن صار مجلس الدولة الفرنسي أكثر وضوحاً في هذا الاتجاه حين قرر صراحة أن سلطات الإدارة على الأموال العامة هي: سلطات بوليس Pouvoir des polices و سلطات إدارة Pouvoir des gestion و سلطات استثمار^٢.

ولكن هذا الاعتراف بإمكانية الاستثمار على المال العام كما يلاحظ بعض الفقه الفرنسي لا يمكن أن يكون مشروعاً إلا إذا تم الحفاظ على المال العام، في حين أن السلطتين الأخريين لا يمكن أن حدوداً سوى احترام المصلحة العامة والتطابق مع تخصيص المال العام، وهو ما ينتج عنه إذا تضاربت سلطات الضبط و الإدارة مع سلطة الاستثمار فترجحان بشكل كامل عليها^٣.

وإضافة إلى ما تقدم فقد ذهب جانب آخر من الفقه الفرنسي إلى القول أن إدارة المال العام يجب أن تشمل بنظرة تحديثية، تقوم على العقلنة الاقتصادية La Rationalisation économique للمال العام بحسابه نمة مالية Patrimoine^٤.

وفي إطار العلاقة بين المال العام وقيمه الاقتصادية، فإنه - وكما لاحظ بعض الفقه الفرنسي بحق - تقتضي الحياة المعاصرة أحياناً أن لا يوجد المال العام ذاته في دنيا الوجود القانوني إلا إذا وضع موضع التنمية و الاستثمار في إطار العلاقة مع رأس المال الخاص، ويضربون المال العام الهوائي Domaine public aérien، ولاسيما أن مبدأ عدم المساس قد استبعد جزءاً كبيراً من الصيغ الحديثة

^١ - Concl.B.Chenot sur C.E.٥-٥-١٩٤٤، Compagnie maritime de l'Afrique orientale.D.١٩٤٤، p١٦٤.

^٢ - C.E، ٢٠-١٢-١٩٥٧، Société nationale d'éditions cinématographiques.S.١٩٥٨. P٣٧.Concl.Guldner

^٣ - Fournier.A, Jacquot.H, op.cit, p٧٦٠.

^٤ - Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles, op.cit, p١١٩٢.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

للتطوير الاقتصادي، وعلى أن يكون ذلك عن طريق التخفيف من حدة حماية المال العام، مع التوجه في نفس الوقت للمطالبة بأفضليات اقتصادية للاستثمار على هذا المال مثلاً على ذلك، و الذي لم يتم التعرف عليه، وتشميله بالحماية التي يخضع لها المال العام، إلا في مناسبة البحث في استثماره من قبل المستفيدين من ترخيص الترددات الراديوية في مجال الاتصالات *Fréquences radioélectriques* ، فلولاً هذه القيمة التقنية والاقتصادية التي قام بها هؤلاء المستفيدون لما ظهر المال العام الهوائي ذاته¹.

وهناك رأي متطرف جاء به البعض في فرنسا، وهو أنه لا يمكن الإقرار بالقيمة بالقيمة الاقتصادية والتنموية للمال العام إلا إذا تم إلغاء مفهوم المال العام في حد

¹-Jeun.PH, op.cit, P121.

²-Bourrachot.F, op.cit,p1114.

علماء أن المادة 10 من القانون رقم 89-25 المؤرخ في 17/1/1989، المتعلق بحرية الاتصال تنص على مايلي:

(استعمال المستفيدين من تراخيص الترددات الراديوية إنما يشكل طريقة لإشغال المال العام..).
أما قانون تحرير الاتصالات في فرنسا المؤرخ في 26/7/1996، أكد الاتجاه الذي يقول أن الترددات الراديوية تشكل جزءاً من المال العام، حيث نص في المادة 97-1 منه على أن الوكالة الوطنية للترددات *Agence nationale de fréquences* تملك مهمة (التخطيط والإدارة والرقابة على استخدام المال العام للترددات الراديوية والكثرونية، بما فيها تلك الاستخدامات الخاصة).
وقد سار قانون 9/7/2004 المتعلق بالاتصالات الالكترونية وخدمات الاتصال السعوي والمرئي، وكذلك قانون ملكية الأشخاص العامة (المادة 2124 -2 منه) في نفس الاتجاه، حيث أكد هذان القانونان على أن الطيف الترددي *Spectre hertzien* إنما يعد جزءاً من المال العام، ويستفيد كما كل أجزاء هذا المال من حماية خاصة، راجع:

-Rapone.D, La patrimonialité des actes administratifs en matière de communications électroniques, R.F.D.A, 2009, p39.

- Melleray.F,op.cit, p992.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول 2016

ذاته، عن طريق تخصيصه^١، وذلك تحاشياً للنظام القانوني للأموال العامة شديد اللوطة، ومن ثم التصرف بالأموال التي كانت تنتمي للمال العام بكل حرية، وبما يتوافق مع ضرورات الحياة الاقتصادية^٢، لذلك فقد تساءل بعض الفقه الفرنسي عن إمكانية وجود الدولة بلا مال عام في المستقبل^٣، إلا أن هذا الرأي لم يلق رواجاً في فرنسا، وذلك لأنه حل متطرف، حيث إن إدخال الأموال العامة في إطار التنمية الاقتصادية لا يستلزم إلغاء نظام شامل Intégrisme (وهو النظام القانوني للمال العام) وإحلال نظام شامل آخر محله (هو خصصة المال العام ذاته)، ولا سيما أن المال العام يقدم وسيلة جوهرية للتدخلية الاقتصادية Interventionnisme économique، ويجب لذلك الاحتفاظ بالوسائل القانونية المتعلقة بالمال العام^٤.

ومن الحلول المرنة جداً التي تم اقتراحها أيضاً في سبيل الحد من جمود المال العام اقتصادياً، والناجم أساساً عن مبدأ عدم المساس، كان ذلك المتعلق بالاحتفاظ بالمال العام والحد من عمليات إنهاء تخصيصه (للنفع العام أو لمرفق عام)، ومنع خصصته، ولكن شريطة أن لا يطبق مبدأ عدم المساس إلا على النواة الصلبة **noyau dur** للمال العام، وهو ما يقصد به أن لا يطبق مبدأ عدم المساس وأن

^١ - ومن قبيل ذلك ما اقترحه بعض الفقه من إمكانية بيع الأموال العامة في سبيل إقامة المشاريع، من قبل القطاع الخاص، ثم إمكانية إعادة تخصيص هذه الأموال للمنفعة العامة، وإدخالها ضمن المال العام مرة أخرى، راجع:

- Yolka.Ph, Un Etat sans domaine ? AJDA ٢٠٠٣ p. ١٠١٧, P١٠١٧.

^٢ - Querrien.M, La Nouvelle gestion du domaine public immobilier de l'Etat , R.F.A.P,n°٧٦.oct-déc-١٩٩٥, P٦٧٦.

^٣ - Yolka.Ph, Un Etat sans domaine ? op.cit, p١٠١٧.

^٤ - Jeun.PH, op.cit, p١٤٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

لا تشمل الحماية إلا الأملاك العامة الكبرى التقليدية، وترك باقي الأملاك العامة خارج نطاق الحماية^١.

ولعل أقوى الحجج التي ساقها الفقه الفرنسي فيما يتعلق بضرورة إيجاد قيمة اقتصادية للمال العام، وذلك من خلال إيجاد أنماط من التصرفات القانونية التي يمكن أن تنقله بحقوق عينية، كانت تلك التي برهنت على احتلال المصلحتين المالية والاقتصادية مكانا مرموقا ضمن النظام القانوني للمال العام، مما يمهد الطريق أمام إبرام مثل هذه التصرفات على المال العام، وينطلق هؤلاء الفقهاء من مقدمة هامة وهي تلك المتعلقة بإدخال مجلس الدولة الفرنسي مفهوم المصلحة العامة ضمن النظام القانوني للمال العام، وبحيث لا يكون المال العام فقط مجالاً لسلطة الضبط الإداري التي تفرضها الحمائية القائمة بدورها على مبدأ عدم المساس^٢.

حيث يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي وحتى بداية القرن العشرين كان يرتب الجزاء على الإدارة إذا سحبت تراخيص إشغال الطرقات *Peromission de voirie* ، لأجل سبب لا يتعلق باعتبارات الضبط الإداري على هذا المال، ومن ثم فإن سحب هذه التراخيص بسبب غايات تتعلق بمرودية المال العام، قد تأيد من قبل المجلس بالإلغاء بسبب تجاوز السلطة^٣. وهذا يعني أن هذا الموقف التقليدي لمجلس الدولة الفرنسي قد تمثل في عدم إمكانية أن يكون المال العام المخصص لاستعمال العموم محلاً لأي نمط من أنماط التنظيم *Réglementation* إلا ضمن الغايات الضيقة المتعلقة بالضبط الإداري وفي سبيل حماية هذا المال، بحكم عدم جواز المساس به^٤.

^١ - Jeun.PH, *ibid*, p ١٤٦.

^٢ - Laget-Annamayer.A, *op.cit*, p ١٢٠٣.

^٣ - C.E, ٢٠-١١-١٨٧٨, Dehaynin,S, ١٨٨٠, II, p ١٥٥.

^٤ - Laget-Annamayer.A, *op.cit*, p ١٢٠٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وقد طبق القضاء الإداري الفرنسي في مجال منح أو رفض ترخيص إشغال الطرقات نفس الاتجاه الذي اتبعه بالنسبة لسحب مثل هذه التراخيص^١، على الرغم من استقراره بعد ذلك على أن قرارات منح أو منع تراخيص إشغال الطرقات تتعلق بالسلطة التقديرية للإدارة بشكل كامل^٢. ولكن بعد ذلك تطور مجلس الدولة نحو الاعتراف بمشروعية البحث عن مردودية Rentabilité للاستخدام الخاص للمال العام^٣، وذلك من خلال مرحلتين:

حيث اعترف في المرحلة الأولى بمشروعية هدف الدفاع المالي But de défense financière ، والتي تعني حماية الماليات العامة، قبل أن يجيز بشكل واضح الهدف المتعلق بالغلة المالية الأفضل لإشغال المال العام إشغالاً خاصاً^٤.

وقد ظهر ذلك في قضاء مجلس الدولة الفرنسي مع بداية القرن العشرين، حيث كانت الكثير من البلديات الفرنسية قد منحت على سبيل الحصر تراخيص إشغال الطرقات لشركات الغاز لأجل القيام بأعمال الإضاءة العامة ، ولكن بعد ذلك اتجهت هذه البلديات ذاتها إلى منح شركات الكهرباء تراخيص إشغال طريق، لأجل إنارة الطرقات عن طريق التيار الكهربائي، ومن ثم فقد كانت البلديات مطالبة بدفع تعويضات كبيرة لشركات الغاز لأجل فقدان الاحتكار بإشغال الطرقات الذي منح لها، ومن ثم البلديات لم تكن تملك مفرأ من دفع هذه التعويضات الكبيرة، نتيجة سحب تراخيص إشغال الطرقات التي كانت ممنوحة لشركات الغاز، وذلك لأن عمليات السحب هذه لم تكن مشروعة في ضوء اجتهاد مجلس الدولة السائد حتى ذلك الوقت، لأنها اتخذت ليس بهدف الضبط But de police ولكن لاعتبارات مالية.

^١ - Bernard.S, op.cit, p٢١٩.

^٢ - C.E, ١٤-١١-١٨٧٨, Dehaynin,S, ١٨٨٠, II, P١٥٥.

^٣ - Pauliat.H, op.cit, p١٠٢.

-- Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles, op.cit, p١١٩٢.

^٤ - Bernard.S, op.cit, p٢٢٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وللخروج من هذا المأزق الذي وضعت البلديات فيه، والتي كانت أمام أمرين أحلاهما مر، فإما أن تدفع تعويضات كبيرة، و إما أن تحرم من التطور الحاصل بسبب الانارة الكهربائية، فإن مجلس الدولة الفرنسي أصدر حكماً نوعياً، حيث ميز بين ترخيص إشغال الطرق المعطى لفرد، وذلك المعطى لمؤسسة ضمن مصلحة مرفق عام، وضمن الحالة الثانية، فقد قدر المجلس أن سحب التراخيص يمكن أن يتم ضمن غاية حماية توازن ماليات البلديات^١. وبناء عليه، فإن المجلس في هذه القضية أجاز أن يسحب الترخيص لهدف مالي، وإن هذا الهدف يتجلى فقط في حماية الماليات العامة^٢.

أما في فترة ما بين الحربين، فقد تطور الأمر، حيث لم يعد التوازن الاقتصادي هو الغاية المالية المتوخاة فحسب عند منح أو منع أو سحب تراخيص الإشغال، إنما أصبحت الفائدة التي يمكن البحث عنها بشكل مشروع^٣، وتجسد هذا التطور للمرة الأولى حين قضى المجلس أن رفض المستفيد من ترخيص إشغال مال عام طلب زيادة الرسم الصادر عن الإدارة، كان من شأنه أن يبطل سحب ترخيص إشغال طريق^٤، أو فسخ العقد المرخص للإشغال الخاص انفرادياً^٥.

أما في المرحلة الثانية، فقد قبل مجلس الدولة مشروعية البحث عن مردودية المال العام كهدف لسحب أو عدم تجديد ترخيص الإشغال الخاص للمال العام، وذلك دون أن يقترن ذلك برفض صاحب الترخيص زيادة رسوم الإشغال.

ففي سنة ١٩٣٢ اعترف مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية سحب ترخيص إشغال طريق لمبررات تتعلق بالمصلحة المالية للإدارة، وذلك في حكم Rousselier ، و

^١ - C.E, ١٩٠٢، ٦-٦، Coret, S, ١٩٠٣، III، P٥٦، Note.Hauriou.et D.١٩٠٤، III، P١٧، Conc.Romieu.

^٢ - Bernard.S, op.cit, p٢٢١.

^٣ - Bernard.S. Ibid, p٢٢١

^٤ - C.E, ٢٤-١٩٥٩، Burfin, R.P٢٦٥.

^٥ - C.E, ١٥-١٢-١٩٢٣، Sieur Peysson et autres,R.P٨٢٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التي تتلخص وقائعه في أن الجهة المدعية كانت قد استثمرت (كشكاً) مشيداً بشكل قانوني على المال العام، إلا أن الإدارة اتجهت إلى سحب ترخيص الأشغال المذكور رغبة منها في تجميع عدد من الأراضي القريبة من كنيسة نوتردام لأجل استثمارها ككل واحد، وفي سبيل تحسين غلتها المالية، وقد رأى مفوض الحكومة في هذه الدعوى: "إن المصلحة المالية المجردة لا تكفي لتبرير سحب الترخيص".¹

وهذا العمل المتعلق بمرودية المال العام كان أثبت قضائياً كما رأينا، و إن تمت مخاصمته في الأروقة الفقهية والقضائية²، إلا أنه لم يعد محل شك بدءاً من سنوات الستينات من القرن العشرين، حيث نظر المجلس في دعوى متعلقة باستثمار المستودعات القديمة في محطة Saint- Lazare ، حيث قضى المجلس بجواز سحب ترخيص الإشغال محل النزاع، وأن الإدارة لم تتجاوز في سلطتها إذا كان هدفها - بحسبانها القوامة على مرفق الخطوط الحديدية- الاستثمار الأفضل للمال العام الحديدي³. وقد تكرر هذا الاتجاه بوضوح بعد ذلك بسنوات، وبطريقة واضحة

¹ - وقد صدر هذا الحكم في ١٩٣٢/٥/٦، المجموعة ص٤٦٧، ومثبور في سيري ١٩٣٢، ٣، ص٦٥، وفي دالوز، ١٩٣٤، ٣، ص١٨، مع تقرير المفوض Rousselier وملاحظات Duclos ، وكذلك في نفس الاتجاه حكمه الصادر بتاريخ ١٩٣٢/١/١٣، في قضية Mironnean المجموعة ص١١٧، سيري، ١٩٣٣، القسم الثالث، ص٤١، مع ملاحظات Laroque ، وتبدى ذلك بوضوح في حكم Société Autobus Antibois ، المجموعة، ص١١٧، سيري، ١٩٣٢، القسم الثالث، ص٦٥، ومع ملاحظات Laroque ، علماً أن هذا الحكم يعد من الأحكام الكبرى لمجلس الدولة الفرنسي، راجع:

- Long.M-Weil.P-Braiban.G -Delvolvé.P-Genvois.B, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, Dalloz, Paris, ١٩٩٩، ١٢ed, p٢٨٧.et.s.

² - Bernard.S, op.cit,p٢٢٢.

³ - C.E, ١٨-٣-١٩٦٣, Sieur Cellier, A.J.D.A, ١٩٦٣, p٤٨٤.

جدا، حيث أجاز مجلس الدولة مشروعية البحث عن المردودية من خلال الإشغال الخاص للمال العام، وذلك فيما يتعلق بإعطاء الحقوق الحصرية للإعلان على الطرقات العامة، ووضع حوامل الإعلانات على المال العام الطرقي^١. وبموازاة فكرة المصلحة العامة المالية التي بلورها مجلس الدولة الفرنسي على مدى ما يزيد أكثر من نصف قرن، فقد قبل مجلس الدولة الفرنسي أن تعطي الإدارة تسهيلات معينة لشاغلي المال العام، إذا قدرت أن هذه التسهيلات يمكن أن تشكل إنجازاً نافعاً لمرفق عام^٢.

وعلى كل حال، فإن المحصلة النهائية لهذا الاستقراء للاجتهاد القضائي الفرنسي أن هذه المصلحة ذات المضمون المالي، هي التي أدت إلى إدراج الاعتبارات المالية ضمن النظام القانوني للمال العام، وهو ما قاد بدوره إلى مشروعية البحث في مردودية المال العام، وبعد ذلك النواة الأولى للبحث في القيمة الاقتصادية لهذا المال^٣. واستنادا إلى هذا البناء القضائي المتين يرى جانب من الفقه الفرنسي أن هذه المصلحة المالية تكتسي ملامح عديدة: فهي تتنازم مع البحث عن الفائدة لمصلحة الأشخاص العامة المالكة لهذا المال في حد ذاتها، مثل الربح النقدي، والأفضليات المالية، أو أية غايات مريحة أخرى، وبشكل عام تتبلور هذه المصلحة المالية التي يمكن أن تتوخاها الأشخاص العامة في معرض ممارستها لملكية مالها العام - في إطار البحث عن كل المراكز التي ترسم المبدأ الاقتصادي للفائدة^٤. ولكن مفهوم المصلحة العامة كعنصر في النظام القانوني للمال العام لم يتوقف عند حد هذه المصالح المالية البسيطة، إنما تجاوز ذلك إلى مضمون جديد وهو المتعلق بالاهتمامات الخاصة ذات الطبيعة الاقتصادية لشاغلي المال العام،

^١ - C.E; ٢-٥-١٩٦٩, Société d'affichage Giraudy, A.J.D.A, ١٩٧٠, p11٠. Note. De Laubadère.

^٢ - C.E, ٢٠-١٢-١٩٥٧, Société nationale d'éditions cinématographique, P٧٣, Concl. Guldner R. P٧٠٢, S. ١٩٥٨, Bernard.S, op.cit, p٢٢٢.

^٤ - Laget-Annamayer.A, op.cit, p1٢٠٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

حيث حدثت تطورات أصبحت تثير حساسيات اقتصادية جديدة، وهي التي ساهمت في إكساب المصلحة العامة هذه المرة بعداً اقتصادياً^١.

وقد تصاعد نجم هذا المضمون الاقتصادي الجديد للمصلحة العامة بحسبانها عنصراً من عناصر النظام القانوني للمال العام مع وجود صعوبة في تحقيق مشاريع تهدف إلى تنمية الأموال العامة عن طريق الشخص العام الذي يملكه، لأن المباديء التي تحكم المال العام، وفي مقدمتها مبدأ عدم المساس كانت ذات وطأة شديدة على المستثمرين الشاغلين للمال العام، والتي غالباً ما تدمروا منها، فكيف يمكن الاستثمار على المال العام وتنميته؟ وكيف يتم هذا الاستثمار من جانب مستثمر خاص دون إمكانية اللجوء إلى القرض الذي يستلزم بدوره ضمانات مالية تتمثل في ضرورة إقبال المال العام بحق عيني تبعي؟ وهو ما يعد من أكبر المحظورات في إطار النظام القانوني للمال العام، وكيف يمكن إقناع الصناعيين بالاستثمار على أراض التي لا يرخص لهم بالتشييد عليها، وإقامة المنشآت الصناعية إلا على أساس المركز المؤقت والمهدد في كل وقت بالزوال^٢.

في الواقع إن هذا الوضع هو الذي قاد إلى إدراك عدم إمكانية إجراء تنمية للمال العام، دون إشراك المستثمرين الخاصين، وأخذ حاجاتهم بالحسبان، من منطلق أن الأمن الاقتصادي للمال العام يتطلب أمناً قانونياً لمستخدميه. وأن شاغل الأموال

^١ - Lavialle.CH, Le Domaine public une catégorie juridique menciée? Op.cit, p٥٧٨.

performance publique, A.J.D.A, - Caillose.J, Le droit administratif contre ١٩٩٩, p١٩٥.

^٢ - Laget-Annamayer.A, op.cit, p١٢٠٧.

- Gondouin.G, Contrôle de constitutionnalité de la loi du ٢٥ juillet ١٩٩٤ complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, AJDA ١٩٩٤ p.٧٨٦.

- Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine Juridique, op.cit. p٢٣٩٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العامّة العقارية خصوصاً ليس إلا شريكاً اقتصادياً يعتر كليا بنشاطه المهني، ويشترك في تنمية المال العام، وبذلك يساهم من حيث النتيجة في اغتناء الشخص العام ذاته¹.

وقد تكلفت هذه النظرة الفقهيّة المتعلّقة بالمضمون الاقتصادي للمصلحة العامّة، في إطار إدارة الأموال العامّة بما قرره مجلس الدولة الفرنسي في أحد أحكامه الهامة، والذي قرر بموجبه إدراج قانون المنافسة ضمن كتلة المشروعية القابلة للتطبيق على إدارة المال العام، فقد رأى المجلس أنه: "يحق للشخص العام الذي يملك المال العام أن يدير هذا المال سواء ضمن مصلحة المال وتخصيصه، أم ضمن المصلحة العامّة، كما يقع عليه من جهة أخرى، أن يأخذ بالحسبان القواعد المختلفة، وفي مقدمتها مبدأ حرية التجارة والصناعة وقانون المنافسة، وذلك عندما يكون المال العام محوراً لأنشطة إنتاج وتوزيع المنتجات أو أنشطة الخدمات، ومع وجوب مراعاة مصلحة المال وتخصيصه"².

وإزاء كل هذا النقاش المتعلق بإيجاد قيمة اقتصادية للمال العام، فإن جانباً من الفقه الفرنسي قد تساءل عن الطبيعة الدقيقة للمال العام، وهل هي تعد دعماً للذمة المالية العامّة، أم تعد حصراً دعماً للمرفق العام؟ أم أنها في النهاية وضمن المعطيات الاقتصادية الحديثة عبارة عن سوق *Marché*، ويجزم هذا الاتجاه الفقهي أن المال العام يتحول إلى سوق، لذلك لإبد من دعم الأنشطة الواقعة على هذا المال، وتطبيق وظيفة التنظيم *La fonction de régulation*، والتي توفق بين حاجات حماية المصلحة العامّة، وحماية المصالح الاقتصادية والخاصة، وكما هو الحال في قطاعات أخرى، وهو ما يتطلب بدوره وضع شرعية جديدة للمال العام³ *Nouvelle légalité au domaine public*.

1 - Codfrin.PH, Droit administratif des biens - A.Colin, Paris, 6ed, P125.

2 - C.E, 26-3-1999, Société EDA, Concl.Stahl.J.H, A.J.D.A, 1999, P432.

3 - Laget-Annamayer.A, op.cit, p1210.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول 2016.

وعلى هذا الأساس اعترف مجلس الدولة الفرنسي بالمضمون الاقتصادي للمصلحة العامة، في معرض إدارة المال العام، عن طريق الاعتراف بالأنشطة الاقتصادية على المال العام أولاً، وخضوع هذه الأنشطة للمنظومة القانونية الخاصة بها ثانياً.

هذه الحركة الفقهية الكبيرة هي التي قادت من حيث النتيجة إلى تدخل المشرع كما سوف نرى، ليصدر قوانين تتضمن تطوير الدور الوظيفي للمال العام، وتفعيله اقتصادياً، توصلاً إلى دور وظيفي جديد له، هو الدور التنموي، وذلك عن طريق إباحة التصرف به، و إنشاء حقوق عينية عليه، إلا أن ذلك لم يكن السبب الوحيد لصدور هذه القوانين، إنما هناك سبب آخر هام، هو تدخل المجلس الدستوري الفرنسي، والذي مهد مباشرة لصدور هذه القوانين.

الفرع الثاني

الأسباب المتعلقة بتدخل المجلس الدستوري الفرنسي

عرضت مسألة دستورية عدم المساس لأول مرة على المجلس الدستوري الفرنسي سنة ١٩٨٦، بشأن خصخصة مرفق الاتصالات، وقد أفاد المجلس آنذاك أنه لا يجوز المساس بالمال العام إلا بعد نزع التخصيص عنه، وأنه لا يجوز خصخصة أموال معينة إلا بعد نزع تخصيصها لاستعمال العموم أو للمرافق العامة^١.

إلا أنه ليس هذا هو الهام في موقف المجلس الدستوري الفرنسي، فذلك لا يعد إلا تكراراً لفكرة قانونية ما زالت تسود في أروقة القانون العام في فرنسا والعالم العربي، ولكن الهام في موقف المجلس الدستوري سالف الذكر أنه اعترف بحق

^١ - Pauliat.H, op.cit, p ١٠٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الملكية للأشخاص الاعتبارية العامة على أموالها العامة، وأن هذه الملكية يجب أن تكون محلاً للحماية الدستورية، على أساس أن ما ورد في إعلان حقوق الإنسان والمواطن بشأن حق الملكية وحمايته، لا يتعلق فقط بملكية الأفراد إنما بملكية الأشخاص العامة على أموالها العامة أيضاً. ومن ثم فإن ما يلفت النظر في هذا القرار هو التأطير الدستوري لحق ملكية الأشخاص العامة على مالها العام، لأن مجلس الدولة الفرنسي كان اعترف بحق الملكية للأشخاص العامة على مالها العام من زمن طويل، ولكن دون بيان أساس ذلك، حيث اعترف بهذا الحق بالنسبة لميناء Oran المقام على الأراضي المملوكة من قبل الدولة، حيث أكد بأن حق الإدارة على مالها ليس حق رقابة وحراسة فقط، إنما هو حق ملكية أيضاً^٢. كما تساءل المجلس عن ملكية إحدى البلديات على ممر عام^٣.

^١ -C.C,n°٨٦-٢١٧-DC.d.١١٨-٩-١٩٨٦, R.P١٤١., J.O, ١٩-٩-١٩٨٦, p١١٣٠٦.

Note Hauriou. ^٢ - C.E, ١٧-١-١٩٢٣, Piccioli, concl. Comeilles, ١٩٢٥, ٣, p١٧, Cncl.Rougevin ^٣ -C.E, ٨-٥-١٩٧٤, Giraud et Ttuchefaud, A.J.D.A, ١٩٧٤, p٣٧٩, - Bavlite.

يلاحظ أن هناك تطبيقات قديمة اعترف فيها كل من القضاء الإداري والعادي على حد سواء بحق ملكية الأشخاص العامة على مالها العام، ويستنتج ذلك من تطبيق الأحكام الخاصة بالملكية المنصوص عليها في القانون المدني على ملكية الأشخاص العامة، فمنذ نهاية القرن التاسع عشر اعترفت محكمة النقض الفرنسية أنه من حق الإدارة أن تمارس لمصلحة مالها العام دعوى المطالبة بالملكية واستعادتها L'action en revendication:

- Cass. ١١-٧-١٨٩٢, S, ١٨٩٣, P٣٩.

وكذلك دعاوى الحيازة Les actions possessoires :

- Cass. ٦-٧-١٨٩٦, D, ١٨٩٦, P٢٥٢.

وأن الإدارة تملك الاشتراك في الجدار لفائدة مال عام:

- Cass. ١٤ - ٢-١٩٠٠, D, ١٩٠٠, P٥٩٣, Note. Deloynes.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وبعد هذا الموقف الهام للمجلس الدستوري الفرنسي، ونتيجة ضغط بعض الفعاليات الاقتصادية والإدارية، ولا سيما الجهات الإدارية المالكة للأمالك العامة المتعلقة بالمرافئ *Zones portuaires* ، والذين كانوا طالبوا بإيجاد مرونة للتعامل مع هذا النوع من المال العام حتى يتمكنوا من منافسة المرافئ الأخرى في أوربة، وهو ما ليس متحققاً في ظل الحماية المطلقة التي يفرضها مبدأ عدم المساس لهذه الأموال¹.

لذلك، وبعد محاولات عديدة ، ونقاشات مستفيضة لدى الحكومة الفرنسية، تم إيداع مشروع قانون في مكتب الجمعية الوطنية، وذلك بتاريخ ١٣/٤/١٩٩٤، وقد تضمن هذا القانون إمكانية ترتيب حقوق عينية على المال العام العائد للدولة و لمؤسساتها العامة، وفقاً لعقود أو تراخيص، وقد تمثل ذلك في حقين اثنين: فمن جهة يمكن أن يكون لشاغل المال العام إشغالاً خاصاً حق عيني على هذا المال، وهذا الحق ليس بحق ملكية كامل، إنما يعطيه التزامات و امتيازات المالك لفترة محددة، ولا يكون ذلك على المال العام ذاته إنما على المشيدات التي يقيمها الشاغل، ومن جهة أخرى فإن هذا الحق العيني لم يعط إلا في سبيل إنشاء حق عيني تبعي هو حق الرهن، الذي يمكن أن ينشأ نتيجة للاعتراف بالحق العيني الأول للشاغل على

وهو الموقف الذي اتبعه مجلس الدولة فيما بعد، حيث قرر أن الإدارة يحق لها الحصول على الثمار الطبيعية للمال العام، وذلك فيما يتعلق بالأعشاب النابتة على حواف الطرقات:

- C.E , ٢٤-٢-١٩١١, Jacquemin,S,١٩١٢, P٧٣ , Note Hauriou.

وكذلك الحال بالنسبة لأحقية الإدارة المالكة للمال العام بملكية الكنوز المدفونة تحت هذا المال (فحم موجود تحت حفريات ميناء):

- C.E, ٧-١-١٩٢٣, Piccioli, Précité.

¹ - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٦٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المشيدات والمنشآت التي يقيمها على المال العام، وهو الأمر الذي واظب مجلس الدولة على إنكاره^١.

وبعد اعتماد المشروع من قبل غرفتي البرلمان، تم تحويله إلى المجلس الدستوري بناء على طلب النواب الاشتراكيين، وهو ماسمح للمجلس الدستوري في أن يتابع عمله في نطاق الإطار الدستوري لنظام الملكية العامة^٢.

ويرر هؤلاء النواب إحالتهم إلى المجلس بأن القانون محل الإحالة يقلب النظام القانوني للمال العام رأساً على عقب، ويحمل خصوصاً في أحكامه تجاوزاً على أحد أسس القانون العام الفرنسي، وهو المتعلق بعدم المساس بالمال العام، وقد جاء في إحالة النواب: (.. إن القضية الحالية تقدم للمجلس الدستوري مناسبة لا نظير لها للاعتراف لمبدأ عدم المساس بالقيمة الدستورية التي تنجم بشكل واضح من التقليد القانوني الفرنسي *La tradition juridique français*، ولاسيما التقليد الجمهوري *(La tradition républicaine)*^٣.

وفي الحقيقة، فإن ما أخذ على الإحالة المقدمة من هؤلاء النواب أنهم لم يقدموا أساساً نصياً *Fondement textuel* من الكتلة الدستورية الفرنسية لما تقدموا به من مطاعن دستورية في مواجهة القانون، كما أنه لم يكن واضحاً من الإحالة المقصود بالتقليد القانوني الفرنسي ولاسيما (الجمهوري)، وهل ينصب على ما

^١ - Fournier.A - Jacquot.H, Ibid, p٧٦٦.

-Jeun.Ph, op.cit, P١٣٢.

^٢ - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٦٦.

-Jeun.Ph, op.cit, P١٣٢.

^٣ - Gondouin.G, Contrôle de constitutionnalité de la loi du ٢٥ juillet ١٩٩٤, Op.cit, p٧٨٧.

-Pauliat.H, op.cit,p٩٥.

-Jeun.Ph, op.cit, P١٣٣.

- Zenati.F, Droit de superficie, RTD Civ. 1995 p. 656.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

يسمى في القانون العام الفرنسي بالمباديء المعترف بها بواسطة قوانين الجمهورية *Principes fondamentaux reconnus par les lois de la republique* ؟ فإذا كان هذا هو المقصود، فإن المجلس الدستوري، قد أشار من زمن طويل إلى أن مجرد مخالفة التشريع لتقليد جمهوري لا يكون أساساً للقول بمخالفته للدستور، ولو أدى هذا التقليد إلى ولادة مبدأ أساسي معترف به بواسطة قوانين الجمهورية^١.

ولكن هل يمكن القول أن ما قصده النواب بعبارتهم تلك هو وجود نوع من العرف الدستوري يقضي بعدم المساس بالمال العام؟ في الحقيقة لا يمكن القول بذلك، لأن السلطات الدستورية لم تتطرق لهذا المبدأ لا بشكل مباشر ولا غير مباشر منذ سنة ١٨٥٢، ومن ثم لا تتوافر عناصر الممارسة اللازمة لتكوين هذا العرف^٢.

ولا يمكن القول أن ما قصده النواب في نص إحالتهم إنما يتعلق بتكييف مبدأ عدم المساس على أنه من قبيل المباديء ذات القيمة الدستورية، وذلك لأن المبدأ ذا القيمة الدستورية لا يوجد إلا بناء على نص دستوري يتقاطع معه على مستوى المضمون، أي أن هذه المباديء لا بد أن يوجد لها أصل في نص دستوري، وهو ما ليس متوافراً في مبدأ عدم المساس^٣.

وإضافة إلى ما تقدم، فإنه لم يوجد في الفقه الفرنسي عبر تاريخه الطويل من قال بالمضمون الدستوري لقاعدة عدم المساس بالمال العام، بل على العكس، كانت الاشارات الفقهية تنصب دائماً على الطبيعة التشريعية لا الدستورية لهذا المبدأ،

^١ - Jeun.Ph, Ibid,, P1٣٣.

^٢ - C.C, Déc.n°٨٨ - ٢٤٤, D.C. Du ٢٠-٧-١٩٨٨, R. P1١٩.

وراجع في الفقه:

- Gondouin.G, op.cit, p٧٨٨.

^٣ - Gondouin.G, Ibid, p٧٨٨.

- Pauliat.H, op.cit, p٩٦.

^٤ - Gondouin.G, Ibid, p٧٨٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وذلك على الرغم من كونها كانت تملك قيمة دستورية في ظل النظام الدستوري الفرنسي القديم، في فترة ما قبل الثورة، ولاسيما عندما قننت في أمر Moulins الشهير سنة ١٥٦٦ ، ولكن لا يمكن القول بأن المبدأ في هذه الحالة يملك قيمة دستورية لأن أمر Moulins لا يعد عنصراً من عناصر الكتلة الدستورية في فرنسا^١.

وعلى كل حال، فإن المجلس الدستوري الفرنسي في معرض نظره بالإحالة^٢، قرر في الحيشية الرابعة عشرة من حكمه: "أن النواب الذين أرسلوا بالإحالة أثاروا أن مبدأ عدم المساس يعد ذا قيمة دستورية من وجهة نظرهم، وأن المادة ١ من القانون (المادة التي أقرت الحق العيني) تخالف ذلك، إلا أن هذه المادة لا تتضمن تنظيمياً للمساس بالأموال المنتمية للمال العام، مما يعني عدم صحة هذا الدفع..."^٣.

ومن الواضح أن المجلس الدستوري قد تجنب إبراز موقف صريح حول القيمة الدستورية لمبدأ عدم المساس، وهي مسألة هامة جداً، لأن ذلك أدى إلى إبقاء مبدأ عدم المساس دون قيمة محددة دستورية كانت أم تشريعية، مما خلف بعض الغموض حول موقفه^٤، إلا أنه يمكن الاستنتاج من هذه الحيشية أن إتقال المال العام

^١ - Gondouin.G, Ibid, p.p.٧٨٨,٧٩٧. Note. ١٧.

- Pauliat.H, op.cit,p٩٦.

^٢ -C.C, ٢١-٧-١٩٩٤, Dec.n°٩٤-٣٤٦.D.C, J.O,٢٣-٧-١٩٩٤.p١٠٦٣٥, A.J.D.A, ١٩٩٤, p٧٨٦.

^٣ - Considérant que les règles et garanties ainsi énoncées sont de nature à assurer le fonctionnement des services publics et la protection de la propriété publique en conformité avec les dispositions et principes à valeur constitutionnelle ci-dessus rappelés ; que si les députés auteurs de la saisine invoquent à l'encontre de l'article ١er de la loi le principe selon eux à valeur constitutionnelle de l'inaliénabilité du domaine public, il ressort des dispositions de cet article qu'aucune d'entre elles n'a pour objet de permettre ou d'organiser l'aliénation de biens appartenant au domaine public ; que par suite le grief invoqué manque en fait ;

^٤ - Pauliat.H, op.cit,p٩٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بحقوق عينية لا يكون معاكساً لمبدأ عدم المساس^١، كما يمكن الاستنتاج على الأقل أن مبدأ عدم المساس لا يملك قيمة فوق تشريعية^٢ Super legislative .

ويلاحظ في نفس القرار، أن كل الحثيات التي تسبق الحثية الرابعة عشرة تدعو لضرورة صيانة و حماية تخصيص المال العام، فعلى سبيل المثال تثبت الحثية الخامسة من القرار أن المادة ٣٤-١ من القانون محل الإحالة القابلة للتطبيق وفقاً للفقرة الأولى من المادة ٣٤-٥ من نفس القانون على اتفاقات ذات طبيعة مختلفة، هذه المادة يجب أن تفهم على أساس أنها تستبعد كل ترخيص للأنشطة التي لا تكون منسجمة مع تخصيص المال العام ذي العلاقة^٣.

ودون أدنى شك، فإن استعمال مثل هذا التحفظ للتفسير يثير بوضوح المكانة المتفوقة الممنوحة من قبل المجلس الدستوري لمبدأ التخصيص في مجال الحقوق العينية، وكذلك الحال في الحثية الثالثة من القرار والتي ذكر فيها المجلس أن أحكام المادة ١٧ من إعلان حقوق الإنسان والمواطنين، المتعلقة بحق الملكية، تحول دون أن يكون المال العام متقلاً بحقوق عينية دون مقابل مخصص يعكس القيمة

^١ - Gondouin.G, op.cit, p.p.٧٨٨.

^٢ - Zenati.F, Droit de superficie, op.cit, p٦٥٦.

^٣ - Considérant que le premier alinéa de l'article L. ٣٤-١ dispose que le titulaire d'une autorisation d'occupation temporaire du domaine public de l'État a, sauf prescription contraire de son titre, un droit réel sur les ouvrages, constructions et installations de nature immobilière qu'il réalise pour l'exercice d'une activité autorisée par ce titre ; que cette disposition applicable en vertu du premier alinéa de l'article L. ٣٤-٥ aux conventions de toute nature ayant pour effet d'autoriser l'occupation du domaine public doit être entendue comme **excluant toute autorisation d'activités qui ne seraient pas compatibles avec l'affectation du domaine public concerné ;**

^٤ - Pauliat.H, op.cit, p٩٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الحقيقية لهذه الذمة المالية العامة (أي المال العام)، بحسبانها وسائل للمرافق العامة التي خصصت هذه الأموال لها^١.

لذلك، فإن إنشاء الحقوق العينية على نحو ما جاء به القانون محل القرار لا يمكن أن يتم إلا إذا كان تخصيص المال مضموناً، أي أن الحقوق العينية يمكن أن تمنح لشاغلي المال العام إشغالاً خاصاً طالما كانت متوافقة مع تخصيصه^٢.

وفي الحقيقة فإن القاضي الدستوري الفرنسي، قد انتهج منهجاً معتاداً في قراراته، وهذا المنهج هو التوفيق بين عدة مبادئ، والمبادئ التي وفق بينها في هذه الحالة هي: (عدم المساس و ضرورات التطوير الاقتصادي للمال العام أي مراعاة المضمون الاقتصادي للمصلحة العامة، والذي أدى بدوره إلى إمكانية منح حقوق عينية لشاغلي المال العام إشغالاً خاصاً)، ومن ثم فإن قاعدة عدم المساس أصبحت متناسبة مع الغاية التي تسعى إليها، و المتمثلة في حماية التخصيص، وأن لا تكون عائقاً أمام غايات أخرى^٣. ولكن هذا الانسجام الجديد بين الحقوق العينية و

^١ - Considérant d'autre part que les dispositions de l'article ١٧ de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de ١٧٨٩ relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques ; qu'elles font obstacle à ce que le domaine public puisse être durablement grevé de droits réels sans contrepartie appropriée eu égard à la valeur réelle de ce patrimoine comme aux missions de service public auxquelles il est affecté ; qu'il revient au législateur d'y veiller, dès lors qu'il est compétent, en vertu de l'article ٣٤ de la Constitution, pour fixer les règles concernant les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ainsi que pour déterminer les principes fondamentaux du régime de la propriété et des droits réels.

^٢ - Jeun.PH, Ibid, P١٣٤.

^٣ - Jeun.PH, Ibid, P١٣٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

مبدأ عدم المساس تم تأطيره دستوريا عن طريق قواعد أخرى للقانون العام، وهو ما أدى من حيث النتيجة إلى إيجاد طبيعة خاصة للحقوق العينية الممنوحة بموجب القانون، وتتمثل هذه القواعد في حسن سير المرافق العامة من جهة، وفي حماية الملكية العامة من جهة أخرى، بحسبانها المبدئين الدستوريين اللذين يجب أن يتطابق القانون محل الرقابة معهما، حيث رأى المجلس الدستوري أن الحقوق العينية التي تحترم هذه المتطلبات الدستورية هي التي تكون منسجمة مع مبدأ عدم المساس، وهو ما يجعل الحقوق العينية المعترف بها للشاغل الخاص مختلفة عن الحقوق العينية المنصوص عليها في القانون المدني، وهي لذلك تمثل حقوقاً عينية إدارية، مما يذكرنا بالطرح الذي جاء به الأستاذ هوريو في بداية القرن العشرين.

فقد شدد المجلس على أنه يجب على المشرع في معرض تعديله للأحكام القانونية المتعلقة بالمال العام أن لا يهمل المستلزمات الدستورية **Exigences constitutionnelles** الناتجة من وجوب استمرارية و انتظام المرافق العامة التي تخصص لها هذه الأموال^١. و لا يكون ذلك إلا إذا كان تأسيس الحقوق العينية على الأموال العامة لا يحول دون ممارسة امتيازات السلطة العامة لأجل تأمين استمرارية سير المرافق العامة^٢، هو الأمر الذي دفع جانباً من الفقه الفرنسي للاستنتاج بأن وجود المال العام ذاته يعد من قبيل المستلزمات الدستورية، وكذلك وجود نظام قانوني متميز يحكم هذا المال^٣، ومن ثم توجد ضرورة دستورية تحتم

^١ مع ملاحظة أن المرة الأولى التي اعترف بها المجلس الدستوري الفرنسي بالقيمة الدستورية لمبدأ انتظام المرافق العامة و استمراريته كانت سنة ١٩٧٩، وذلك في قراره رقم ١٠٥ - ٧٩، تاريخ ١٩٧٩/٧/٢٥، راجع:

- Gonduin.G, op.cit,P٧٩٠.

^٢ - Jeun.P, Op.cit,P١٣٨.

^٣ - Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles, op.cit, p. ١١٩٣.

انتماء أموال معينة للمال العام، وهي الأموال اللازمة لسير المرافق العامة^١، كما أن النظام القانوني الخاص بالمال العام يكون الضامن لوجود واستمرار سير المرافق العامة التي تخصص هذه الأموال لها. إذ أنه دون ذلك لا يمكن للمرافق العامة أن تسير بانتظام واطراد^٢.

ولعل هذا الأساس الدستوري المتعلق بانتظام سير المرافق العامة هو الذي دفع المشرع الفرنسي في معرض سنه للقانون محل الرقابة إلى مراعاة جميع الأحكام المتعلقة بوقتية المركز القانوني لشاغلي المال العام، فالوقتية التي راعاها المشرع، وجدت ملاذاً لدى القضاء الدستوري لم تكن غاية في حد ذاتها، ولاتمك قيمة دستورية في حد ذاتها، إنما هي وسيلة لسير المرفق العام بانتظام، كما هو الحال مثلاً في الأحكام المتعلقة بالفسخ الانفرادي لاتفاق الإشغال المنشيء لحقوق عينية لأسباب المصلحة العامة^٣.

أما الأساس الدستوري الثاني الذي استند عليه المجلس في هذا القرار فهو حماية الملكية العامة **La protection due à la propriété publique**، حيث استند المجلس على المادة ١٧ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن سنة ١٧٨٩ والمتعلقة بحق الملكية والحماية التي تضى عليها، على أساس أن ذلك لا يكون خاصاً بالملكية الفردية فحسب، إنما ملكية الدولة والأشخاص العامة الأخرى، وإن هذه الحماية تفرض على المشرع - في حالة إجازة إنشاء الحقوق العينية لمصلحة شاغلي المال العام - اقتضاء مقابل مخصص يعكس القيمة الحقيقية

^١ - وبالمقابل فإنه إذا كان يستنتج من موقف المجلس الدستوري ضرورة وجود المال العام لأن ذلك يتلزم مع فكرة المرفق العام ذاتها ذات الأساس الدستوري، إلا أن ذلك لا يعني وجود إلزام دستوري بانتماء مال معين إلى المال العام، وهو ما يعطي السلطة التقديرية للمشرع في أن يخرج مالا معيناً من دائرة المال العام في أي وقت. راجع:

- Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles, Ibid, p. ١١٩٤.

^٢ - Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles, Ibid, p. ١١٩٤

^٣ - Gonduin.G, Ibid, p. ٧٩٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

لذلك، وكما يذهب جانب من الفقه الفرنسي أن هذا المقابل المشار إليه، ليس مقابلاً مالياً فقط لقاء منح هذه الحقوق العينية، إنما الاحتفاظ بوسائل السلطة العامة للإدارة مالكة المال العام في مواجهة من يمنح هذه الحقوق العينية، وذلك كله في سبيل تأمين حسن سير المرافق العامة^١.

وبالنتيجة لما تقدم فإن بعض الفقه الفرنسي، يرى أن أحد أهم ثمار هذا القرار الصادر عن المجلس الدستوري، أنه تم للمرة الأولى في تاريخ القانون العام الفرنسي إقرار إمكانية تفريع حق الملكية Démembrement de propriété الذي تتمتع به الأشخاص العامة على مالها العام، فقبل هذا القرار التاريخي كان مبدأ عدم المساس لا يحول فقط دون المساس بملكية المال، لكن أيضاً يمنع المساس بتفريع هذا الحق إلى حقوق عينية أخرى على غرار ما هو منصوص عليه في القانون المدني، حيث تتفرع كافة الحقوق العينية الأصلية عن حق الملكية، وعلى هذا الأساس، وبعد أن اعترف المجلس الدستوري الفرنسي بالأساس الدستوري لحق ملكية الأشخاص العامة على مالها العام سنة ١٩٨٦، فإنه أباح تفريع هذا الحق ضمن المستلزمات الدستورية التي أشار إليها (حماية الملكية العامة، وحسن سير المرافق العامة)، لينتج بذلك توافق ليس فقط بين مبدأ عدم المساس وملكية الأشخاص العامة للمال العام، بل توافق مبدأ عدم المساس، وتفريع حق الملكية، مما أثمر في النهاية حقوقاً عينية أصيلة ذات طابع إداري^٢. يقوم على التوفيق بين النظام القانوني لحماية المال العام والحق العيني الذي يفترض في مفهومه السائد في القانون المدني حصرية معينة Certain^٣ exclusivité، إلا أنه - وعلى الرغم من هذه الأصالة للحقوق العينية الإدارية - يمكن القول أن المجلس الدستوري من خلال هذا القرار استطاع أن يقرب بين نظام الملكية العامة من جهة ونظام الملكية الخاصة من جهة أخرى^٤، على أساس أن فكرة التفريع هذه ترتبط بالشخصية

^١ - Gonduin.G, Ibid, p٧٩٦.

^٢ - Jeun.PH, op.cit, p١٣٦.

^٣ - Pauliat.H, op.cit, p٩٤.

^٤ - Godfrin.PH, op.cit ; p١٦٦.

القانونية ولا ترتبط بفكرة السيادة^١. وإن كان المجلس الدستوري أقر الإنشاء (البسيط) للحقوق العينية في هذا القرار، وكأنه يقول أن الحقوق العينية درجات، والبسيط منها هو المتناسب مع سير المرافق العامة، وتخصيص المال للمنفعة العامة^٢. وهذا التفريع الذي جاء به قانون ١٩٩٤/٧/٢٥، وكان محلاً لإقرار المجلس الدستوري، أدى من حيث النتيجة إلى التغيير في النظام القانوني للملكية في المنظومة القانونية الفرنسية^٣.

وعلى أي حال، فإن الفقه الفرنسي يرى أن هذا القرار الصادر عن المجلس الدستوري جاء متناسباً مع الاهتمامات المعاصرة المنصبة على هدف إيجاد قيمة (اقتصادية) للمال العام، ومن ثم فإن هذا القرار يدرج بشكل كامل ضمن السياسة المدافعة عن المفهوم الاقتصادي للملكية *Conception économique de la propriété*، وذلك كله توصلًا إلى فكرة المال العام الاقتصادي *Le domaine public économique*.

وأخيراً يلاحظ من هذا التدخل الهام للمجلس الدستوري، ما أورده المجلس بشأن اختصاص المشرع في تحديد المبادئ الأساسية لنظام الملكية والحقوق العينية وفقاً للمادة ٣٤ من الدستور الفرنسي، وهو ما يفيد أن وجود مبدأ عدم المساس لم يكن العقبة الوحيدة أمام إنشاء حقوق عينية لمصلحة شاغلي المال العام، بل إن العقبة الأخرى تتمثل في عدم تدخل المشرع المختص دستورياً في سبيل تقرير ذلك^٤.

^١ - Pauliat.H, op.cit, p٩٤.

^٢ - Jeun.PH, op.cit, ١٣٦.

-Pauliat.H, op.cit, p٩٤.

^٣ - Pauliat.H, op.cit, p٩٤.

^٤ - Jeun.PH, Ibid, P١٣٥.

^٥ - Pauliat.H, op.cit, p٩٤.

^٦ - Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine Juridique, op.cit, p٢٣٩٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

وبالرجوع إلى المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي نجد أن هذه المادة تشير إلى

اختصاص المشرع في تحديد المبادئ الأساسية **Principes fondamentaux** لعدد من المسائل ومنها نظام الملكية والحقوق العينية، وذلك على خلاف ما تنص عليه الفقرة الأولى من هذه المادة التي تقضي باختصاص المشرع في تحديد القواعد المتعلقة بجملة من المسائل الأخرى، فهل يعني هذا أن هناك اختصاصاً للسلطة

٣٤-ART^١

La loi fixe les règles concernant :

- les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ; la liberté, le pluralisme et l'indépendance des médias ; les sujétions imposées par la Défense nationale aux citoyens en leur personne et en leurs biens ;
- la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités ;
- la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables ; la procédure pénale ; l'amnistie ; la création de nouveaux ordres de juridiction et le statut des magistrats ;
- l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ; le régime d'émission de la monnaie.

La loi fixe également les règles concernant :

- le régime électoral des assemblées parlementaires, des assemblées locales et des instances représentatives des Français établis hors de France ainsi que les conditions d'exercice des mandats électoraux et des fonctions électives des membres des assemblées délibérantes des collectivités territoriales ;
- la création de catégories d'établissements publics ;
- les garanties fondamentales accordées aux fonctionnaires civils et militaires de l'État ;
- les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé.

La loi détermine les principes fondamentaux :

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

التنفيذية لكي تتدخل ضمن تنظيم الحقوق العينية الممنوحة لشاغل المال العام، بعد أن تضع السلطة التشريعية المبادئ المتعلقة ذلك، دون أدنى شك، إن الإجابة في هذه الحالة تكون بالنفي، لأن المجلس الدستوري الفرنسي، ومنذ زمن بعيد أزال الحدود بين (تحديد المبادئ الأساسية)، أو (تحديد القواعد) الواردين في المادة ٣٤ من الدستور، وقرر أن المشرع يستطيع أن يذهب بعيداً في المجال التشريعي في معرض قيامه بالتشريع في المسائل التي يحدد (المبادئ الأساسية المتعلقة بها)، وهو ما يعني اقتصار التدخل التشريعي على السلطة التشريعية فحسب في إطار الاعتراف بالحقوق العينية على المال العام، و بحيث يكون اختصاص السلطة

-
- de l'organisation générale de la Défense nationale ;
 - de la libre administration des collectivités territoriales, de leurs compétences et de leurs ressources ;
 - de l'enseignement ;
 - de la préservation de l'environnement ;
 - **du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales :**

- du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

Les lois de finances déterminent les ressources et les charges de l'État dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Les lois de financement de la sécurité sociale déterminent les conditions générales de son équilibre financier et, compte tenu de leurs prévisions de recettes, fixent ses objectifs de dépenses, dans les conditions et sous les réserves prévues par une loi organique.

Des lois de programmation déterminent les objectifs de l'action de l'État.

Les orientations pluriannuelles des finances publiques sont définies par des lois de programmation. Elles s'inscrivent dans l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques.

Les dispositions du présent article pourront être précisées et complétées par une loi organique.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التشريعية ليس وضع (المبادئ الأساسية)، إنما أيضاً وضع القواعد المتعلقة بذلك^١. وذلك كله يجعلنا نتفهم موقف مجلس الدولة الفرنسي و الذي واظب من خلاله على رفض الحقوق العينية على المال العام لزمناً طويلاً، حيث إن ذلك كان يحتاج إلى تدخل تشريعي يتظم مثل هذه الحقوق العينية على المال العام، مع مراعاة المستلزمات الدستورية اللازمة لذلك، وهو ما حدث فعلاً من خلال التدخل التشريعي المنوه عنه للمشرع الفرنسي، والذي نظم الحقوق العينية على المال العام بما يراعي مبدأ عدم المساس بهذا المال، وتدخل المجلس الدستوري لتحديد المستلزمات الدستورية لهذا التنظيم للحقوق العينية^٢.

الفرع الثالث

الأسباب المتعلقة بالمناخ القانوني الأوربي

طرحت مشكلة امتيازات السلطة العامة التي يمارسها مالكو المال العام، أمام القضاء الأوربي بالنسبة لإشغال البنى الكبرى التي تشكل جزءاً من المال العام لغالبية الدول الأعضاء في الاتحاد ومن بينها فرنسا، ولاسيما بالنسبة لبنى النقل الكبرى مثل المطارات والموانئ البحرية، بحسبان أن هذه البنى تعد جزءاً جوهرياً من السوق الأوربية كما عبرت محكمة العدل الأوربية^٣.

لذلك يمكن القول، أن هناك سبباً ثالثاً أدى إلى العدول عن جمود مبدأ عدم المساس، الذي كان يحول دائماً دون إنشاء حقوق عينية للغير على المال العام، ألا وهو المناخ القانوني السائد في أوربة آنذاك، سواء على مستوى القوانين الأوربية،

^١ - C.C. ٢٧-١١-١٩٥٩, Déc.n°٥٩-١, R.P٦٧.J.O, ١٤-١-١٩٦٠, P٤٤٢.

^٢ -Jeun.PH, op.cit, P.P, ١٣٨, ١٣٩.

^٣ - C.J.C.E, ١٧-٥-٢٠٠١, TNT Traca SPA et poste Italiene SPA, Aff.C.٣٤٠-٩٩, R.PI-٤١٠٩.Pol.٤٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أم على مستوى الاجتهاد الأوربي، فقد تداول الفقه الفرنسي الحلول الموجودة في القوانين الداخلية الأوربية، وذلك من منطلق اقتراح استلهام الحلول منها للخروج من جمود مبدأ عدم المساس، الذي يحول دون إيجاد قيمة اقتصادية للمال العام، فالقانون الانكليزي يعترف بإمكانية شراء وتملك أموال عامة شريطة أن يكون الاستعمال العام مضموناً ومحترماً؛ وكذلك الحال في القانون الألماني، فإنه يمكن التصرف بالأموال العامة، طالما أن تخصيص هذا المال للاستعمال العام كان مضموناً^٢. أما على مستوى الاجتهاد الأوربي، فإن محكمة العدل الأوربية قررت صراحة أن النظام القانوني لإشغال المال العام يجب أن لا يخالف معاهدة الاتحاد الأوربي^٣.

كما قررت المحكمة أن حرية تداول الخدمات، بحسبان أنها مبدأ أساسي في معاهدة الاتحاد، لا يمكن أن تقيد إلا بقواعد مبررة بأسباب المنفعة العامة القهرية، وتطبق على كل مؤسسة أو عضو يمارسون نشاطاً على إقليم الدولة العضو، ولأجل أن تكون مثل هذه القواعد مبررة، فيجب أن تكون خاصة بالغايات التي سنت لأجلها، و أن لا يتم الإفراط في تطبيقه كما رأته المحكمة ذاتها أنه يجب على السلطة الإدارية المختصة في الدولة العضو أن تقيم الدليل على ضرورة مثل هذه القواعد التي تخالف مبدأ حرية تداول الخدمات (أي تخالف مبدأ الحرية الاقتصادية)، وأن هذه المبادئ المخالفة للحرية الاقتصادية لم تسن إلا في سبيل إشباع رسالة مرفق عام، وفي كل الحالات فإن الإجراءات المتخذة وفقاً لهذه القواعد يجب أن تكون متوافقة مع الهدف المتوخى^٤.

1 - Laubadère.A – Gaudement.Y, op.cit,P ١٢٦.

2 - Jacquot.H – Fournier.A, op.cit,P٧٦٣.

3 - Jeun.PH, op.cit,p١٣٤.

4 - C.J.C.E, ١٨-٦-١٩٨٥, Steinhauser.Aff.١٩٧١,٨٤,R.P.١٨١٩.

5 - C.J.C.E, ٢٥-٧-١٩٩١, Sager.aff.C.٧٦١٩٠.R.P١-٤٢٢١.

6 - C.J.C.E, ٣٠-١١-١٩٩٥, Gebhard.Aff.C-٥٥-٩٤, R.P١-٤١٦٥.

7 - C.J.C.E, ٢٨-٣-١٩٩٦, Guiot.Aff.C.٢٧٢,٩٤, R.P١-٩,١٩٠٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وفي ضوء هذا الاجتهاد الأوربي، فإن جانباً من الفقه الفرنسي رأى أن النظام القانوني الذي يحكم الأموال العامة إنما يتضمن قواعد تقيد الحرية الاقتصادية، وأن هذه القواعد لا تتوخى عند تطبيقها إشباع رسالة مرفق عام، كما أن الإدارة لا تقيم الدليل على ذلك عندما تمارس امتيازات السلطة العامة التي تتضمنها هذه القواعد في مواجهة الشاغلين للمال العام إشغالاً خاصاً، مما يؤدي إلى فقدان حقوقهم على الأعمال التي ينفذونها، على المال العام عند إشغالهم له، وذلك كله على أرضية وقتية الإشغال الناجمة بدورها عن قاعدة عدم المساس، وكل ذلك لا يمكن تبريره في مواجهة الاجتهاد الأوربي إلا بإقامة الدليل من قبل الإدارة على أن مثل هذه الإجراءات المتخذة في مواجهة الشاغل تكون ضرورية لتحقيق رسالة مرفق عام^١. وقد رأت محكمة الدرجة الأولى للاتحاد الأوربي، بخصوص إدارة المال العام الخاص بالمؤسسة العامة لمطارات باريس Aéroports de Paris أنه يجب احترام الأحكام الآمرة المنصوص عليها في المادة ٨٢ من اتفاقية الاتحاد، والتي تقضي بأن المؤسسات التي يقع على عاتقها إدارة مال عام هي كالمالكين من القطاع الخاص، ملزمة بالملاءمة، ومن ثم فإنه خارج الممارسة المبررة قانوناً لامتيازات السلطة العامة، فإن الإدارات المالكة للمال العام، لا يمكن أن تستفيد من أفضليات لا يملكها المالكون في القطاع الخاص^٢.

وكما يرى جانب من الفقه الفرنسي، فإن مثل هذه الاجتهادات تعني أن هناك تمييزاً Discrimination ينتج عن تطبيق قواعد مختلفة على مراكز متشابهة Comparables، والمراكز المتشابهة في هذه الحالة هي مركز المالك العام والمالك الخاص، ويوجد التمييز بسبب القواعد الاستثنائية التي يملكها المالك العام على المال العام، والتي تجد أساسها في مبدأ عدم المساس، في حين لا يملك المالك الخاص مثل هذه الامتيازات، لذلك فإن الاجتهاد الأوربي، قيد استعمال هذه

^١ - Rézenthel.R, Vers meilleur protection contre la précarité, op.cit,P١٠٣٤.

^٢ -C.J.C.E, ١٤-١٢-٢٠٠٤, Fazenda publica et Camara municipal.do porto , aff.C-٤٤٦-٩٨.R.P١١٤٣٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الامتيازات بالنسبة للمالك العام بمبررات تتعلق بحسن سير المرافق العامة وشرطية إقامة الدليل على ذلك¹.

وفي كل الحالات، وكما يرى Rézenthel بحق أنه وبناء على هذا الاجتهاد الواضح للقضاء الأوربي، فإن المال العام لم يعد في وقتنا الحالي سوراً لا يمكن عبوره لأجل حمايته، بل إن هذه الاجتهادات تفرض أن تكون مصالح شاغلي المال العام إشغالاً خاصاً محل حماية كبيرة، وهذا لا يكون إلا بترسيخ مركزهم القانوني، وهو الأمر الذي قاد المشرع الفرنسي إلى إيجاد منظومة من القوانين التي تعطي حقوقاً عينية لهؤلاء الشاغلين، وكل ذلك في سبيل الوصول إلى هذه الغاية².

المبحث الثاني

التصرفات القانونية المنشئة للحقوق العينية على المال العام

(متطلبات المساس بالمال العام)

أمام هذا الزخم الاجتهادي، وإزاء هذه الأفكار الفقهية متلازمة الأمواج، كان لا بد من تدخل المشرع في فرنسا، ليتجه نحو إمكانية الاعتراف بإنشاء حقوق عينية على المال العام، وذلك في سبيل تنمية الملكيات العامة من جهة³، وتنظيم الوظيفة

¹ - Rézenthel.R, Vers meilleur protection contre la précarité, op.cit,p1033.

² - Rézenthel.R, Vers meilleur protection contre la précarité, op.cit, p1033.

³ - وذلك عن طريق إعطاء الفعاليات الاقتصادية مزيداً من الحماية في مواجهة مبدأ الوقتية، واستقراراً كافياً لإمكانية تحقيق الاستثمار على المال العام. راجع:

Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine - Juridique, op.cit, p2390.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العقارية العامة Organisation de la fonction immobilière من جهة أخرى^١

وبذلك، سار المشرع الفرنسي في ثورة أو تطور قاعدي معمق، حيث صدر أولاً وفي وقت مبكر القانون رقم ٨٨ - ١٣ تاريخ ١٩٨٨/١/٥، والمعروف بقانون تحسين اللامركزية، والذي أجاز إنشاء إجارة حكورية على الأموال العامة العائدة للجماعات المحلية ومؤسساتها العامة، ثم استقر هذا الحكم في إطار المادة ١٣١١ - ٢ وما بعدها من التقنين العام للجماعات المحلية^٢.

كما تدخل المشرع الفرنسي تدخلاً حاسماً آخر، حين أصدر القانون رقم ٩٤ - ٦٣١ تاريخ ١٩٩٤/٧/٢٥، والذي أجاز إنشاء حقوق عينية من نمط معين على المال العام العقاري العائد للدولة ومؤسساتها العامة، والذي يعد مرحلة تطور هامة، في سبيل التوفيق بين وضع المال العام موضع التنمية من جهة، والحفاظ على حمايته القانونية من جهة أخرى^٣، ويعد صدور التقنين العام لملكية الأشخاص العامة^٤ CGPPP فقد استقرت هذه الأحكام في المادة ل.٢١٢٢ من هذا التقنين^٥.

وسوف ندرس في هذا المبحث التصرفات القانونية التي يمكن أن تنشأ الحقوق العينية عنها، وذلك على الشكل التالي:

^١ - Piaui.C, Valorisation des propriétés publiques, J.C.P, adm.n°٤٣-٢٣-١٠- ٢٠٠٦, p1٣٧٩.

^٢ - Dyens.S, Le BEA est-il devenu le droit commun de valorisation dominal ? A.J.C.T, ٢٠١٣, p٨٠.

^٣ - Pauliat.H, op.cit, p١٠١.

^٤ - Code général de propriété des personnes publiques

^٥ - Delvolvé.P, Les dispositions relatives aux droits réels sur le domaine des personnes publiques, op.cit, p٥٨٥.

المطلب الأول

ماهية التصرفات المنشئة للحقوق العينية على المال العام:

في سبيل تحديد ماهية التصرفات المنشئة للحقوق العينية على المال العام، لابد من البحث في مفهومها أولاً (الفرع الأول)، وفي خصائصها ثانياً (الفرع الثاني)، ومن ثم البحث في المشاكل التي تثيرها (الفرع الثالث)، و ذلك كمايلي:

الفرع الأول

مفهوم التصرفات المنشئة للحقوق العينية على المال العام:

التصرفات المنشئة للحقوق العينية هي تلك التصرفات القانونية التي تبرمها الإدارة في سبيل تحقيق أثرين قانونيين هامين هما إشغال المال العام *Occupation privative de domaine public* ، وإتقال هذا المال بحقوق عينية وفقاً لما يقرره القانون، وقد سميت هذه التصرفات تاريخياً التي تقوم الإدارة بموجبها بمنح الغير إشغالاً خاصاً للمال العام بالتزامات *Les concessions* إشغال المال العام¹.

وقد كانت هذه الإشغالات محل جدل في فرنسا قديماً، حيث عد جانب من فقه القرن التاسع عشر أن هذه الاستعمالات الخاصة للمال العام متعارضة مع تخصيص المال العام لاستعمال الجميع، إلى أن تدخل المشرع الفرنسي عن طريق قانوني ١٨٧٢/١٢/٢٠ و ١٨٨١/٧/٢٠ ، وأباح مثل هذه الإشغالات الخاصة

¹ - Long.M-Weil.P-Braiban.G –Delvolvé.P-Genvois.B, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, op.cit, p٧٦.

- Gunduin.G, op.cit, p٦٨٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

صراحة، ومن ثم فإن ذلك لم يعد مثار جدل منذ ذلك التاريخ، علماً أن هذه الإشغالات التي قررها المشرع الفرنسي لأول مرة بموجب هذه القوانين كانت من النوع البسيط غير المنشيء لحقوق عينية، والذي يمارس تحت مظلة الضبط الإداري الذي تمارسه الإدارة المعنية على مالها العام^١.

وقد جرى العمل القانوني بشكل تقليدي في فرنسا على إمكانية الإشغال الخاص للمال العقاري العام، إما على أساس ترخيص Autorisation يمنح من قبل الإدارة إنفرادياً، أو على أساس إبرام عقد مع الشاغل محله إشغال جزء من المال العام، وفي كلا الحالتين يلتزم الشاغل بدفع رسوم Les redevances مقابل هذا الإشغال، ولكن قبل سنة ١٩٨٨ كانت جميع عمليات الإشغال - سواء أستندت على عقد أم على ترخيص انفرادي- غير منشئة لحقوق عينية على المال العام لمصلحة الشاغل بأي شكل كان، ومن ثم فقد كفت هذه الحقوق التي يستمدها الشاغل من هذه التصرفات بأنها من قبيل الحقوق الشخصية Les droits personnels ، وفي كل الحالات فقد أطلق في فرنسا على هذه التصرفات التي تبيح الإشغال الخاص للمال العام تسمية واحدة هي: Titre وتعني: (سند)، وعلى ذلك، يطلق تعبير سند الإشغال في فرنسا للدلالة على التصرف المبيح للإشغال سواء أكان عقداً أو قراراً انفرادياً^٢. وحين صدر في فرنسا القانون رقم ٩٤ - ٦٣١ لسنة ١٩٩٤ فقد حافظ على هذا النهج، حيث أقر أن التصرفات المنتجة للحقوق العينية تسمى أسناداً للإشغال، وأن هذه الأسناد تنقسم إلى تراخيص إنفرادية وعقود إشغال (المادة ل. ٣٤-٥)، وهذا معناه أنه بدءاً من صدور هذا القانون أصبحت (أسناد الإشغال) سواء أكانت انفرادية أم عقدية هي المصدر الذي تنشأ عنه الحقوق العينية على المال العام والتي أقرها القانون ذاته، واستقر ذلك في المادة ٢١٢٢ - ١ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة النافذ حالياً والتي نصت على أنه: (لا أحد يستطيع أن

Ibid, p٦٨٦. ^١ Gunduin.G, ,

^٢ - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٧١.

- Laviaille.CH, La constitution des droits réels,op.cit,p١١٠٧.

يشغل المال العام إشغالاً خاصاً إلا بسند يخوله ذلك^١، وقد اتفق الفقه الفرنسي على أن هذا السند إما أن يكون عقدياً أو إنفرادياً، على الرغم من عدم إفصاح نصوص تقنين ملكية الأشخاص العامة عن ذلك^٢، وهو نفس الوضع الذي قرره المادة ل. ١٣٢٢ - ٥ من التقنين العام للجماعات الإقليمية، بالنسبة لأسناد إشغال المال العام العائدة لهذه الجماعات، وذلك كله مع وجوب ملاحظة أن هذه التفرقة ما بين سندي الإشغال هامة جداً، حيث إن النظام القانوني لكلا السندين مختلف، كما كان عليه الأمر في فرنسا على الدوام^٣.

ولابد أن نلاحظ من جهة أخرى، أن الإجارة الحكرية التي اعترف بها المشرع للجماعات المحلية ومؤسساتها العامة، بموجب القانون رقم ٨٨ - ١٣ تاريخ ١٩٨٨/١/٥، لا تنشأ - بحسبانها حقاً عينياً على المال العام - إلا بموجب عقد بين الإدارة والشاغل، ومن ثم فإن سند الإشغال الوحيد في هذه الحالة هو العقد^٤.

وفي مجمل الأحوال، يمكن التوصل إلى نتيجة هامة جداً، وهي أن المشرع الفرنسي قد جعل الترخيص *Autorisation* بإشغال المال العام في التقنين العام لملكية الأشخاص العامة، وفي التقنين العام للجماعات الإقليمية أثراً لسند الإشغال، سواء أكان هذا السند عقداً أم قراراً فردياً، لذلك فإن مصطلح الترخيص بالإشغال الخاص في هذه الحالة يمكن أن يطلق على سند الإشغال سواء أكان عقدياً أم إنفرادياً، مع العلم أنه يوجد مشروع قانون قيد الدراسة الآن في فرنسا، يوحد جميع

^١ - Article L ٢١٢٢-١ - Nul ne peut, sans disposer d'un titre l'y habilitant, occuper une dépendance du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. ١ ou l'utiliser dans des limites dépassant le droit d'usage qui appartient à tous.

^٢ - Delvolvé.P, Le bail réel immobilier administratif, RDI, ٢٠١٣, p. ٤٠٥.

^٣ - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٧١.

^٤ - Richer.L, Droit des contrats, ٢٠٠٤, op.cit, p٥٧٨

- Richer.L, Droit des contrats, ٢٠١٠, op.cit, p٥٧٤.

أسناد الإشغال المنشئة للحقوق العينية تحت صيغة واحدة هي الإيجار العيني العقاري Le bail réel immobilier administratif ، وهذا النمط من الإيجار سيصبح المصدر الوحيد لكل الحقوق العينية، ومن ثم فإن المصدر الحصري لمثل هذه الحقوق سيصبح في القانون الفرنسي هو العقد، وذلك فيما لو تم إقرار المشروع طبعاً. وهو ما يعني من حيث النتيجة زوال القرار الفردي كسند لإشغال المال العام، وكمصدر لإنشاء الحقوق العينية عليه، بعد أن ظل موجوداً في علاقات القانون العام المتعلقة بالمال العام في فرنسا فترة طويلة من الزمن^١.

أما في قطر، فيلاحظ أن المادة ٥ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٧ بشأن أملاك الدولة العامة والخاصة، تنص على أنه: (يجوز بمرسوم أن يمنح لشخص طبيعي أو اعتباري امتياز بالانتفاع أو باستغلال مال معين من أملاك الدولة العامة).^٢

ويصدر مرسوم منح الامتياز بناء على اقتراح الجهة المعنية حسب طبيعة استعمال العقار أو العقارات موضوع الامتياز، ويحدد في المرسوم العقارات محل الامتياز، ومدة الامتياز، وشروطه والتزامات صاحب الامتياز.

أما المادة ٦ مكرر^٣، فقد أجازت تأجير مال معين من أملاك الدولة العامة لشخص طبيعي أو معنوي بغرض الانتفاع به واستغلاله. وتخضع عقود الإيجار لتصديق الأمير إذا زادت القيمة الإيجارية على ٥٠٠٠٠٠٠ ريالاً، ولتصديق وزير المالية و التجارة فيما لا يجاوز هذه القيمة.

ومن استقراء هذين النصين يلاحظ، أن سند الإشغال المنشيء لحقوق عينية هو القرار الانفرادي، أولاً، لأنه و حسب المادة ٥ من القانون لا يمنح امتياز الانتفاع أو الاستغلال إلا بمرسوم، والمرسوم في هذه الحالة هو المرسوم الأميري، وهو من حيث الطبيعة القانونية يتمتع بطبيعة القرار الفردي، بحكم أنه يتعلق بحالة معينة

^١ - Delvolvé.P, Le bail réel immobilier administratif, op.cit, p٤٠٦.

^٢ - المضافة بموجب القانون ١٢ لسنة ١٩٩٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بالذات، وقد سمي مرسوماً بالنظر إلى سمو الجهة التي صدر عنها، ويمكن القول، أنه بالنظر لأهمية هذه التصرفات فقد جعل القانون الاختصاص بإصدار القرارات المتعلقة بها محصوراً بالأمير وحده.

ولكن يمكن القول أيضاً أن للعقد دوراً أيضاً بحسابه سناً لإشغال المال العام في القانون القطري، وهو ما يبدو واضحاً في المادة ٦ مكرر من القانون، فقد نصت هذه المادة على عقود الإجارة المنشئة لحق الانتفاع والاستغلال للمستأجر، و على أن لا تتحقق هذه الإجارة قانوناً إلا عن طريق الأسلوب العقدي، مع خضوع هذه العقود لتصديق وزير المالية والتجارة فيما دون خمسمائة ألف ريال، ومن الأمير إذا زادت القيمة الإيجارية السنوية على ذلك. لذلك يستنتج أن أسناد الإشغال وفقاً للقانون القطري هي القرار الانفرادي (مرسوم أميري) أو العقد (في حالة إبرام عقود الإجارة مع مراعاة مرجع التصديق لهذا العقد).

أما في سورية فقد نصت المادة ١ من القانون رقم ١٠٦ الصادر بتاريخ ١٩٥٨/٧/٣٠ على مايلي: (تعتبر عقود استثمار العقارات المملوكة للدولة و البلديات والمؤسسات العامة، والتي أنشئت لتقوم بخدمة لها صفة النفع العام، تراخيص صادرة من الجهات الإدارية، و لاتخضع لأحكام قوانين الإيجار النافذ في كل ما يخالف الأحكام الواردة فيها).

ومن الواضح أن هذا النص لاعلاقة له بأسناد إشغال منشئة لحقوق عينية، لأنه لا يتضح أن المشرع أراد ذلك أبداً، إنما السند الذي أشار إليه المشرع هو (سند استثمار)، يتعلق باستثمار العقارات المملوكة للأشخاص الاعتبارية العامة التي تقوم بخدمة لها صفة النفع العام، ودون ان يرتب هذا (الاستثمار) أي حقوق عينية، ومما يلفت الانتباه حقاً في هذا النص أن سند الإشغال الذي أشار إليه المشرع السوري هو تصرف قانوني (خليط)، فبعد أن أقر المشرع بالطبيعة العقدية لهذا السند، عاد وأضفى عليه طابع الترخيص، حيث عد كل عقود الاستثمار (تراخيص) صادرة عن الجهات الإدارية العامة، ولا نعتقد أن تعبير التراخيص في هذه الحالة يقصد منه أن يكون الترخيص أثراً للعقد، كما هو الحال في القانون الفرنسي، و مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الدليل على ذلك صياغة المادة ذاتها، التي صبت اهتمامها على الخروج من التكييف العقدي، إلى تكييف هذه التصرفات (كترخيص)، ولاسيما أن هذا التعبير قد اقترن مع تعبير آخر للتشديد على انفراديته، وهو أن هذا الترخيص (صادر عن الجهات الإدارية وحدها).

من خلال ما تقدم يمكن القول أن سند الإشغال في القانون السوري هو القرار الانفرادي فقط، بحسبان أن هذا التكييف كان التعبير الأخير عن إرادة المشرع في مقام تكييف التصرفات المؤدية إلى إشغال المال العام.

وبموازاة هذه الحالات العامة لأسناد الإشغال في قطر وسورية، فإننا نلاحظ وجود أنماط خاصة للإشغال الخاص للمال العام، فلا بد من التساؤل عن أسناد إشغالها، وهل هي عقدية أم انفرادية؟

ففي سوريا تقوم فلسفة القانون رقم ١٨ لسنة ٢٠١٠ المنظم لقطاع الاتصالات وسوقها، على اساس المال العام (الهوائي)، وهو ما عبرت عنه المادة ٢ حين عرفت الترخيص بأنه: (صك الترخيص الممنوح من الهيئة " أي الهيئة الناظمة لقطاع الاتصالات" أو أي اتفاق أو عقد تقوم الهيئة بتوقيعه مع شخص آخر، بغرض تمكينه من إنشاء أو تشغيل أو إدارة شبكة اتصالات عمومية.. أو أية خدمات أخرى تقرها الهيئة، أو استخدام ترددات ضمن الترددات الراديوية، لذلك يمكن القول أن سند إشغال المال العام الهوائي وفقا للقانون السوري هو القرار الفردي، وهو ما عبرت عنه المادة ٢ بتعبير (صك الترخيص الممنوح من الهيئة)، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن السند في هذه الحالة أيضاً هو العقد الذي تبرمه الهيئة الناظمة مع شخص آخر، مع تحفظنا على عبارة (توقعه الهيئة) الواردة في النص، لأن العبرة في إبرام العقد للتراضي وتبادل الايجاب والقبول وليس بالتوقيع.

أما قانون الاتصالات القطري، فقد نظم بدوره إشغال المال العام الهوائي حيث عرفت المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٣٤ لسنة ٢٠٠٦ الترخيص بأنه: (

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الترخيص الفردي أو الترخيص الفئوي وفقاً لأحكام الفصل الثالث من هذا القانون، أو الترخيص باستخدام الطيف الترددي وفقاً لأحكام الفصل الرابع من هذا القانون، وعرفت المادة ذاتها الترخيص الفردي بأنه: (الترخيص الذي يعطى لشخص بعينه وفقاً لأحكام الفصل الثالث من القانون) ، والترخيص الفئوي هو: (الترخيص الذي يمنح وفقاً لأحكام الفصل الثالث من القانون، لفئة محددة من مقدمي الخدمات، وينطبق على أي شخص يكون ضمن هذه الفئة، من دون أن يكون على ذلك الشخص أن يطلب هذا الترخيص)، أما المرخص له فقد عرفته هذه المادة بأنه: (الشخص الحائز على ترخيص وفقاً لأحكام هذا القانون).

من مجمل ما سبق، يمكن القول أن المشرع القطري قد أخذ في معرض الإشغال الخاص للمال العام الهوائي، بسند إشغال وحيد هو الترخيص، أي القرار الانفرادي، والذي يصدره المجلس الأعلى وفقاً لأحكام الفصلين الثاني والثالث من القانون ٣٤ لسنة ٢٠٠٦.

وهناك حالة خاصة لإشغال الأملاك العامة في قطر، وردت في القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٣، فبموجب المادة ٤ من هذا القانون أعطيت شركة سكك الحديد القطرية (الريل) الحق (بحفر الأنفاق اللازمة للمشروع تحت أملاك الدولة و الأملاك الخاصة)، ومن الواضح أن تعبير أملاك الدولة الوارد في هذه المادة، يشمل أملاك الدولة العامة والخاصة في آن معاً، حيث إن النص ورد مطلقاً، وطالما كان الأمر كذلك، وطالما كانت شركة الحديد القطرية من أشخاص القانون الخاص، فإنه لا بد من الاستنتاج أن هذا الحق المعطى للشركة بحفر الانفاق تحت أملاك الدولة

١- المتعلق باستثناء شركة سكك الحديد القطرية (الريل) من بعض الأحكام الخاصة بنزع الملكية، وتنظيم حقوقها على بعض الأملاك العامة و الخاصة.

٢- تنص المادة ١ من النظام الأساسي لشركة سكك الحديد القطرية (الريل) على مايلي: (تؤسس الشركة طبقاً لأحكام المادة (٦٨) من قانون الشركات التجارية الصادر بالقانون رقم ٥ لسنة ٢٠٠٢، شركة مساهمة قطرية مملوكة لشركة الديار القطرية للاستثمار العقاري).
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العامة، إنما هو إشغال خاص للمال العام، بحسبان أن ما تحت المال العام من طبقات هو مال عام أيضاً، وهذا الإشغال يتلزم مع حق عيني واضح لصالح الشركة، وحيث إن الأمر على هذا المنوال، فلا بد من التساؤل عن سند إشغال هذه الشركة للمال العام في حال تم حفر الأنفاق اللازمة لعملها تحت مال عام عقاري محدد، في الحقيقة إن السند في هذه الحالة لا العقد ولا القرار، إنما القانون ذاته .

الفرع الثاني

خصائص الأسناد المنشئة للحقوق العينية

في الواقع إن الأسناد المنشئة للحقوق العينية تتمتع بمجموعة من الخصائص، يمكن إجمالها فيما يلي:

أولاً- **الطبيعة المسبقة Caractère préalable** : وفقاً للمادة ل. ٢١٢٢ - ١ من تقنين ملكية الأشخاص العامة الفرنسي^١، فإنه: (لا يمكن لأي شخص كان أن يشغل جزءاً من المال العام المملوك للأشخاص الاعتبارية العامة، أو أن يستخدمه بما يتجاوز حق الاستخدام الذي يكون للعموم، بلا سند يعطيه الحق بذلك..)، وعلى هذا الأساس، فلا يجوز أن يتم الإشغال سواء أكان منشئاً لحق عيني أم غير منشئ^٢ لمتل هذا الحق إلا بسند (عقدياً كان أم ترخيصاً انفرادياً)، يجيز ذلك للشاغل و إلا كان الإشغال غير مشروع^٣.

ثانياً - **الوقتيّة La précarité**: إن الأسناد التي ترخص إشغال المال العام لا تكون إلا وقتية، و سواء أكانت منشئة أم غير منشئة للحقوق العينية، وذلك على أساس المادة ل. ٢١٢٢ - ٢ من تقنين ملكية الأشخاص العامة^٤، وتأكيداً على ذلك فإن المادة ل. ٢١٢٢ - ٣ من التقنين ذاته تنص بوضوح على أن (التراخيص تكون وقتية و قابلة للفسخ)^٥، وهذه القابلية للفسخ الناجمة عن مبدأ الوقتيّة إنما تعني نية سحب التراخيص في كل وقت، أو فسخ العقد انفرادياً للمصلحة العامة على هدى

^١ - أصل هذه المادة هو المادة ٢٨ من تقنين لمال العام للدولة الملغى.

^٢ - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٧٢.

^٣ - و أساس هذه المادة الفقرة الأولى من نص المادة ٢١ من تقنين المال العام للدولة الملغى.

^٤ - Art. L٢١٢٢-٣, L'autorisation mentionnée à l'article L. ٢١٢٢-١ présente un caractère précaire et révocable.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

القواعد العامة للعقود الإدارية، وقد حافظ المشرع الفرنسي على هذا المبدأ بأمانة، وعبر الأجيال التشريعية المختلفة، من خلال فلسفته القائمة على التوفيق بين مبدأ عدم المساس من جهة، وإيجاد قيمة اقتصادية للمال العام من جهة أخرى، وإن كان يعد في نظر الكثيرين منتقداً، ويتناقض مع مقتضيات الأمن القانوني لاستقرار مراكز المستثمرين على المال العام^١. ومن الثابت فقهاً واجتهاداً في فرنسا أنه يمكن فسخ سند الإشغال للمصلحة العامة من جانب الإدارة، و لو لم ينص سند الإشغال على ذلك^٢. و لا يقدح في ذلك إذا كان سند الإشغال لا يتضمن مدة محددة للإشغال، عندئذ لا يعد السند باطلاً، و يمكن للإدارة أن تفسخ سند الإشغال إنفرادياً، ولأسباب المصلحة العامة، شريطة أن تبرر ذلك^٣.

ولكن التساؤل الذي يمكن طرحه في مجال الحديث عن مبدأ الوقتية، هو ذلك المتعلق بإمكانية أن يشكل إنهاء سند الإشغال على النحو سالف الذكر اعتداء مادياً **Voie de fait**، لقد أجاب الفقه الفرنسي على ذلك بشكل جازم حيث رأى أن إنهاء الإشغال بسبب خصيصة الوقتية قبل حلول أجله لا يشكل اعتداء مادياً، وذلك لأن الاعتداء المادي لا يكون إلا على الملكية، و الشاغل بطبيعة الحال ليس مالكاً و لا حائزاً **Possesseur** إنما هو مجرد واضع يد **Detenteur**، إضافة إلى

^١ - Lavialle,Ch, Voie de fait et domaine public, RFDA ٢٠٠٠ p. ١٠٤٢.

^٢ - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p ٧٧٢.

- Rézenthel.R, op.cit, P١٠٥٣ et.s.

-Jeun.PH, op.cit,P١٣٢.

^٣ - Charmard-Heim.,C, Les conventions d'occupation du domaine public local, La Semaine juridique.A.C.T, ٢٠١٣, P٢١٨١.

^٤ - De Montecler.M.Ch, Une autorisation d'occupation est précaire même si elle ne le dit pas, A.J.D.A, ٢٠٠٩, p٢٣١.

^٥ - C.E, ٥-٢-٢٠٠٩, Société centrale d'agriculture , Concl. Escault.N, n°٣٠٥٠٢١, A.J.D.A, ٢٠٠٩, p٢٣٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ان مركز الشاغل لا يمكن أن يكون إلا في مركز مؤقت، بحكم أن تخصيص المال العام في حالة تغير دائمة^١، وفي الحقيقة إن شبهة الاعتداء المادي تثور في حالة الانهاء المبتسر لسند الإشغال لأن انهاء الاشغال يتبعه أحياناً طرد من الجزء المشغول من المال العام فيما إذا امتنع الشاغل عن إخلائه طوعاً، وفي هذه الحالة من الممكن أن يتزامن هذا الطرد مع اتلاف لبعض المنقولات التي يستخدمها الشاغل في معرض إشغاله للمال العام^٢، في هذه الحالة قررت محكمة التنازع الفرنسية أن الانهاء المبتسر للإشغال للمصلحة العامة ومايتبعه من طرد الشاغل، لايشكل اعتداء مادياً، وهو من المسائل التي يختص القضاء الإداري بالنظر في التعويض عليها، أما اتلاف المنقولات الذي وقع نتيجة الطرد فإنه يشكل اعتداء مادياً لأنه يتضمن اعتداء على حق ملكية للشاغل، وهو يدخل ضمن اختصاص القضاء العادي^٣.

وإذا كان الاعتداء المادي يمكن ان يتشكل أيضاً من خلال الاعتداء على حرية أساسية، فإن الحرية الأساسية التي يمكن الاعتداء عليها في حالة الانهاء المبتسر لسند الإشغال هي حرية التجارة والصناعة^٤، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي رأى أن الانهاء المبتسر لسند الإشغال لا يؤدي إلى الاعتداء على هذه الحرية، لأن هذه الحرية يجب أن لا تتعارض مع سلطات إدارة المال العام^٥.

ثالثاً- الطبيعة الشخصية Caractère personnel: إن سند إشغال المال العام و لاسيما إذا كان منشأً لحق عيني يتمتع بالطبيعة الشخصية، لذلك يجب على الإدارة مالكة المال العام أن تأخذ مبدأ الاعتبار الشخصي L'intuitus

^١ - Lavalie,Ch, Voie de fait et domaine public, op.cit, p ١٠٤٢.

^٢ - Lavalie,Ch, Voie de fait et domaine public, ibid, p ١٠٤٢.

^٣ -T. C., ٤ juill. ١٩٩١, Association MJC Boris Vian, Rec. p. ٤٦٧ ; AJDA ١٩٩١, ٧٣٨, chron. C. Maugué et B. Schwartz , JCP ١٩٩١.IV.٣٩١, obs. M.-C.

Rouault. Egalement.

^٤ - Lavalie,Ch, Voie de fait et domaine public, ibid, p ١٠٤٢.

^٥ - CE, ٢٨ oct. ١٩٦٠, Martial de Laboulaye, Rec. p. ٥٧٠

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

personae بالخسبان، و هو ما يعني أخذ الصفات و المؤهلات الشخصية للشاغل بعين الاعتبار، و لاسيما التقنية و المالية منها، وذلك لأن الشاغل يجب أن يمارس شخصياً الحقوق و الالتزامات الناجمة عن سند الإشغال الخاص به^١، وهذه الطبيعة الشخصية لسند الإشغال، هي التي دفعت مجلس الدولة الفرنسي تقليدياً إلى حظر التنازل عن السند أو تحويله للغير، لا صراحة^٢، ولا ضمناً في حالة الارث^٣.

إلا أن هذا الحظر المطلق للتنازل عن السند أو تحويله بدا غير منسجم مع الأسناد المنشئة للحق العيني، الذي نص عليه القانون (في المادة ل. ٢١٢٢ - ٦ من تقنين ملكية الأشخاص العامة)^٤، وغير محقق لمتطلبات الاستثمار^٥، لذلك فإن النصوص القانونية الحالية في فرنسا كانت مرنة حيث لم تلغ الطبيعة الشخصية لسند الإشغال، إلا أنها أباحت التنازل و التحويل لغايات التفعيل الاقتصادي^٦، وعلى هذا الأساس يجوز التنازل أو التحويل للأسناد المنشئة للحق العيني بين الأحياء أو بسبب الوفاة، أو بسبب اندماج الشركات (المستفيدة من الترخيص) بشركات أخرى، أو انفصالها، إلا أن المشرع الفرنسي قد وضع شرطين لذلك، وهما: أن توافق الإدارة على ذلك، وأن لا يكون من شأن التنازل المساس بتخصيص المال العام الذي ينصب عليه سند الإشغال محل التحويل أو التنازل، كما يجوز أن ينتقل السند بما

^١-Melleray.F, op.cit, p٩٩٩.

^٢- C.E, ٥-٧-١٩٣٣, Burgess Moore.R.p٧٤٢.

^٣- C.E, ٢١-١٢-١٩٧٧, Ministre des finances, R.D.P, ١٩٧٨.P١١٦٢.

^٤- C.E, ١٠-٥-١٩٨٩, Munoz,Dr.adm.n°٣٣٦.

مع ملاحظة أن حظر التنازل لم يكن مطلقاً، حيث إن مجلس الدولة الفرنسي كان قد أباح التنازل عن سند الإشغال في بعض الأحيان، و شريطة موافقة الإدارة، راجع:

- Memouoff.C, Domaine public et entreprise privé, La dominalité publique mise en péril par le marché, th, Perpigon, ١٩٩٦, P ٩١.

^٥- وقبلها المادة ٣٤ - ١ من تقنين المال العام للدولة الملغى.

^٦- Laget-Annamayer.A, op.cit, p١٢٠٨.

^٧-Richer.L, ٢٠٠٤, op.cit,p٥٨٧, ٢٠١٠, op.cit, P٥٨٣.

يتضمنه من حقوق عينية لورثة المستفيد المتوفى، وشريطة اتفاق الورثة على ذلك، وموافقة الإدارة^١. إلا أن أحكام التنازل و التحويل وردت تشريعياً بشكل يقتصر على أسناد الإشغال المنشئة لحقوق عينية فحسب، في حين تبقى الأسناد غير المنشئة لحقوق عينية غير قابلة للتنازل أو التحويل^٢. كما أن هذه الإباحة التشريعية للتنازل والتحويل لم تمنع جهات القضاء الإداري الفرنسي أن تؤكد أن الأصل في أسناد الإشغال هو الاعتبار الشخصي^٣.

وقد سار المشرع الفرنسي إلى آخر الشوط، حيث أجاز رهن الحق العيني الناتج عن سند الإشغال، وكذلك الأعمال و المشيدات والتجهيزات التي يحققها الشاغل على المال العام العقاري المشغول، ودون ريب فإن إباحة الرهن على هذا النحو، يمكن أن تقود إلى نوع من أنواع التنازل^٤.

رابعاً- الطبيعة المجردة: تتسم أسناد الإشغال بالطبيعة المجردة، أي أنها ذات طابع رضائي بحت، ومن ثم فلا تشترط أشكال معينة لإبرام وقيام مثل هذه التصرفات، وفي مقدمتها الكتابة^٥، وعلى هدى ذلك فقد اتجه القضاء الإداري

^١ - راجع المادة ٢١٢٢ - ١ من تقنين ملكية الأشخاص العامة الفرنسي، و راجع في الفقه:

-Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٧٩ .

-Jeun.Ph, p١٢٧.

-Richer.L , ٢٠٠٤, op.cit,p٥٨٧, ٢٠١٠, op.cit, P٥٨٣.

^٢ - Fatome.E, Commentaire, op.cit, p٩٢٣.et.s.

^٣ - C.A.A, Marseille, ١٥-٥-٢٠٠٣, Commune de Saint -Louent-du-Var, Chs et MP.٢٠٠٣,n^٥١٨١.

^٤ - راجع المادة ٢١٢٢ - ٨ من تقنين ملكية الأشخاص العامة الفرنسي. و راجع في الفقه:

- Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p٧٧٠ .

^٥ - Charmard-Heim,.C, op.cit, P٢١٧٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الفرنسي إلى أنه لا يوجد إزام قانوني بأن يكون سند الإشغال مكتوباً، وذلك لأن المشرع لم ينص على ذلك لا في قانون ملكية الأشخاص العامة، ولا في أي نص تشريعي آخر^١. ومن ثم يمكن أن يبرم سند الإشغال بشكل شفوي Verbal، وإن كانت عدم كتابة أسناد الإشغال من شأنها أن تثير صعوبة في إثبات وجود هذا السند ذاته، مما يعزز من عدم استقرار مركزه القانوني المحكوم بمبدأ الوقتية أساساً، و في نفس الوقت يخلق صعوبة أمام محاسب الإدارة في تحصيل مقابل الإشغال من صاحب السند (الشفوي)، وذلك انطلاقاً من ضرورة توافر المستندات القانونية اللازمة لهذا التحصيل، وهو ما لا يتوافر في حال كان الإشغال شفويًا^٢.

الفرع الثالث

الإشكاليات المتعلقة بأسناد إشغال المال العام

تثير أسناد إشغال المال العام عدداً من الإشكاليات، وأول هذه الإشكاليات تلك المتعلقة بالإشغال البسيط للمال العام، وفيما إذا يتطلب سنداً للإشغال، أم لا يتطلب ذلك، وثانيها هو المتعلق بإشغال المال العام المنقول، وثالثها المتعلق بقابلية أسناد الأشغال لإنشاء الحقوق العينية:

أولاً - الإشغال البسيط للمال العام:

لقد أثرت في فرنسا حديثاً مشكلة هامة و دقيقة، وهي المتعلقة بماهية الإشغال الخاص للمال العام، و هل يعد أي نمط من الإشغال الفردي إشغالاً خاصاً، ومن ثم يحتاج إلى سند إشغال؟

لقد أجاب الفقه الفرنسي بأنه يقع ضمن الاستخدام العام للمال العام كل استخدام يقوم به الأفراد بطريقة عامة دون امتلاك سند خاص Un titre spécial ،

^١ - C..A.A, Marseille, ١٨-١٢-٢٠١٢, n°١١MA٠٠٩٨١.

^٢ - Charmard-Heim,,C, op.cit, n°١٨١, P.٢١٧٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

في حين أن الاستخدانات الخاصة تمنح حصريا لشخص، وتشكل بالمعنى الدقيق للكلمة استخدامات فردية^١ Utilisations singulières .

وقد طرح الأستاذ Trotobas في رسالته القديمة سؤالاً يتعلق بالعلاقة بين الترخيص و الإشغال، وقد رأى أنه لا توجد علاقة بينهما، وإن الإشغال الخاص يمكن أن يتم بلا ترخيص، أي بلا سند، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي لم يأخذ بهذه الفكرة، حيث ربط في أحد أحكامه الشهيرة بين الاستخدام العام وعدم الترخيص، وعلى العكس، بين الاستخدام الخاص والترخيص (السند المسبق)^٢.

إلا انه بعد سنوات من هذا الموقف القضائي الواضح لمجلس الدولة الفرنسي، يلاحظ أن هناك آراء قضائية قد ترددت في أروقة المجلس، وطالبت بتحديد مفهوم الإشغال الخاص على أساس موضوعي وليس عضوي، فطالما كان الشخص أو المؤسسة يمارسون نشاطهم الاقتصادي على المال العام، فإن الإشغال يكون خاصاً^٣.

كما رأى البعض الآخر أنه لا ضرورة لاستلزام الترخيص المسبق للقول بالإشغال الخاص، حيث إنه لا يوجد فرق بين الإشغال الذي يقوم به البائع المتجول (الذي لا يعد إشغاله خاصاً لعدم تطلب الترخيص بالنسبة له) من جهة، والبائع الذي يعرض بضائعه على الرصيف والذي يتطلب إشغاله ترخيصاً، ومن ثم يعد إشغاله خاصاً؟

وعلى هذا الأساس، فإن محكمة نيم الإدارية قضت أن الأشخاص الذين لايمكن أن يمارسوا أنشطتهم المكسبة، وأن يحققوا العمليات المادية للبيع، إلا لأن

^١ - Trotobas.L, De l'utilisation du domaine public par les particulier, Essai de classification juridique, thèse, Paris, ١٩٢٤, P.٤٤٤ et ٧٢.

^٢ - C.E, ٢٢-٦-١٩٥١, Daudignac, R.P٣٦٢.D, ٥٩١, Concl.F.Gazier.

^٣ - Kahn.Concl.Sur. C.E, ١٥-١٠-١٩٦٥, Préfet de police - C- sieur Alcaraz, Dame Tamajevic et autres, A.J.D.A, ١٩٦٥, II, P٦٦٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

زبائنهم يقفون مؤقتاً على الطريق العام لأن متاجرهم تطل عليه، مثل هؤلاء يجب أن ينظر إليهم كمستخدمين خاصين للمال العام، ومن ثم فإنه يحق للإدارة أن تتقاضى منهم رسوماً لقاء هذا الإشغال الخاص للمال العام^١. وقد قضت محكمة نيم الإدارية بذلك، على الرغم من أن مجلس الدولة الفرنسي، كان قضى وفقاً لمنهج مختلف حيث رأى، أنه لا يعد إشغالاً خاصاً يوجب دفع رسوم إشغال للإدارة، ذلك الذي يقوم به الباعة المتجولون، الذين يجولون في الطرقات العامة، و لا يتوقفون عليها إلا لمدة زمنية قصيرة، و عندما يريدون إبرام بيع محدد^٢. إلا أن محكمة الاستئناف الإدارية لمرسيليا، قد سارت عكس اتجاه محكمة نيم الإدارية، إذ قدرت أن هذا الإشغال لا يعد خاصاً، و لا يتجاوز حق الاستعمال الذي ينتمي للجميع^٣. وكانت حجة هذه المحكمة أن هؤلاء التجار المالكين للمحلات التي يقف أمام واجهاتها الزبائن ليسوا بحاجة للحصول على ترخيص بإشغال المال العام، و إن كان زبائنهم يقفون على جزء من المال العام عندما يقفون أمام واجهات المحلات التجارية العائدة لهؤلاء، وذلك كله استناداً لما تنص عليه المادتان ل. ٢١٢٢ - ١ و ل. ٢١٢٥ - ١ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة، فقد عدت المحكمة المادة (ل. ٢١٢٥ - ١) والتي تشير إلى أن كل إشغال يوجب دفع رسم^٤، لا تطبق إلا على الفرضيات

Lagange, Société le Palais des pains, Société ABC, La ،^١ - T.A, ٣-٣-٢٠١١, M brioche et autres. M.M.Chiappinelli et autres, A.J.D.A, ٢٠١١, P١٠٢٢.concl/F/Heinry

^٢ - C.E, ١٥-٣-١٩٩٦, Syndicat des artisans, Fabricants de Pizza non sédentaires Provence - cote d'azur, R.p٧٨.

^٣-C.A.A, Marseille, ٢٦-٦-٢٠١٢, M.Chiappiemelli, M.La grongng .A.J.D.A, ٢٠١٢, P١٢٥٤.P.٢١٠٩.Note.S.Deliantcourt.R.F.D.A, ٢٠١٢, P٩٠٢, Concl.S. Delioncourt.

وهو نفس الموقف الذي أخذت به محكمة غرينوبل الإدارية:

-T.A, Grenoble, ١٥-١٢-٢٠٠٩, Société Lyonnais de banque, banque populaire des Alpes, société générale. A.J.D.A, ٢٠٠٩, P٦٨٢. Note.D.Vallez.

^٤ -Toute occupation ou utilisation du domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L. ١ donne lieu au paiement d'une

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المنصوص عليها في المادة (ل. ٢١٢٢ - ١) والتي تشير إلى استلزام السند، ومن ثم فإن المحكمة رأت أن رسم الإشغال لا يفرض إلا في حالة الإشغال، أو الاستخدام المتجاوز لحق الاستعمال الذي ينتمي للعامة Droit d'usage qui appartient à tous، وبذلك فإن محكمة الاستئناف الإدارية لمرسيليا قد وضعت معياراً هاماً للاستعمال الخاص، وهو التجاوز على حق الاستعمال المنتمي للعامة، وهو ما يؤدي من حيث النتيجة إلى عدم لزوم سند الإشغال أو دفع رسم في حال عدم التجاوز على حق الاستعمال الذي يتمتع به العموم، وهو ما يعني بدوره أن هذه المحكمة قد ربطت بين الإشغال الخاص وسند الإشغال، وأنه لا يوجد إشغال خاص مشروع بلا سند يبيح ذلك^١.

وقد أثنى جانب من الفقه الفرنسي على هذا الموقف القضائي الذي رفض الإشغال غير المباشر للمال العام، والذي يتشكل عن طريق زبائن المحلات التجارية، وعلى أساس أن التجار أصحاب هذه المحلات لا يستخدمون المال العام فيزيائياً، إنما توجد محلاتهم على حوافه فقط، وأن من يستخدم هذا المال هم الزبائن الذين يتوقفون فترة من الزمن أمام واجهات هذه المحلات، لذلك ليس من المتصور أن يتم إعطاء تراخيص للتجار لإشغال المال العام إشغالاً خاصاً، لأنهم ليسوا مستعملين له، وإذا كان هناك من يستخدم المال العام العقاري، فإنهم الزبائن أنفسهم، ولا يمكن تصور إعطائهم تراخيص إشغال، أو أن يدفعوا رسم إشغال، وذلك لأن إشغالهم لا يخرج على أن يكون استخداماً عاماً وفقاً للقانون^٢.

ثانياً - إشغال المال العام المنقول:

redevance sauf lorsque l'occupation ou l'utilisation concerne l'installation par l'Etat des équipements visant à améliorer la sécurité routière.

^١ - Melleray.F, op.cit, p ٩٩٤.

^٢ - Derboulle.Ph.L, Les redevance domaniales depuis l'adaptation du code général de la propriété des personnes publiques, une obscure clarté, R.F.D.A, ٢٠١٣, p ١١٤٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بعد الإشغال الخاص للمال العام المنقول من قبيل الأفكار التي لم تتضح بعد في الأروقة القانونية الفرنسية، وإن كانت تباشير ذلك باتت تلوح في الأفق، حيث قضى مجلس الفرنسي حديثاً بإمكانية الإشغال الخاص للمال العام المنقول، وذلك في قضية تتعلق برفض بلدية Tours طلب مصور فوتوغرافي بتصوير اللوحات الفنية المعروضة ضمن المتحف البلدي، وقد عدت محكمة استئناف نانت الإدارية قرار العمدة بالرفض غير مشروع لتجاهله مبدأ حرية التجارة والصناعة^١. إلا أن مجلس الدولة قضى بنقض هذا الحكم لأنه مشوب بعيب الخطأ في تطبيق القانون، على أساس أن قرار إعطاء أو عدم إعطاء الترخيص بالإشغال الخاص للمال العام (وهو في هذه الحالة مال عام منقول)، لا يكون قابلاً في حد ذاته لأن يؤدي إلى التجاوز على حرية التجارة والصناعة^٢. ويتضح من القرار الهام، أن المصور الفوتوغرافي لم يطلب من الإدارة إلا إشغالاً خاصاً للمال العام المنقول، وهو ما يعني من حيث النتيجة إقرار مجلس الدولة الفرنسي بإمكانية الإشغال الخاص للمال العام المنقول، وذلك إذا كان هذا المنقول سيستخدم استخداماً خاصاً من قبل شخص محدد لغايات تجارية أو غير تجارية^٣.

وقد أوضح المقرر العام N.Escout في معرض تقريره المقدم لمجلس الدولة في قضية Commune de Tours أن الإشغال الخاص للمال العام المنقول الخاضع لضرورة الحصول على سند الإشغال المسبق يتحقق عن طريق الاستئثار

^١ - C.A.A, ٤.٥-٢٠١٠, EURL.Photo Josse, A.J.D.A, ٢٠١٠, P1٤٧٥.Chron.S.Degommier.

^٢ - C.E, ٢٣.٥-٢٠١٢, Régie autonome des transports Parisiennes, A.J.D.A, ٢٠١٢, P1٠٣٧, p1١٢٩, Note.S.Braconnier, et ١١٤٦, etude. M.Lombard. et N.Foulquier. S.Niclinski et E.Glaser, R.D.C, ٢٠١٢, P٥٦٦, obs, Melleray.F, op.cit, p٩٩٦.

^٣ - مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بالمال العام المنقول لبرهة من الوقت دون العموم، مثل الحالة المتعلقة بإخراج اللوحات من المتحف البلدي في سبيل تصويرها ثم إعادتها^١.

ولكن هذه القضايا التي طرحت على القضاء الإداري الفرنسي بشأن المال العام المنقول، قد طرحت التساؤل حول المركز القانوني لصورة الشيء، وهل يعد استخدام صورة المال العام المنقول إشغالاً خاصاً يحتاج بدوره لسند إشغال؟ و لاسيما أن محكمة النقض الفرنسية كانت قد قضت بأن (مالك الشيء لا يتصرف بحق حصري على صورته)، ولا يمكن لصاحب الشيء أن يعارض في استخدام هذه الصورة إلا عندما يسبب له ذلك اضطراباً غير طبيعي^٢ Trouble anormal. ومع مراعاة أن لا تستخدم هذه الصور تجارياً^٣.

^١ - راجع حكم مجلس الدولة الفرنسي المؤرخ في ٢٩/١٠/٢٠١٢، في قضية Commune de Tours المنشور في A.J.D.A لسنة ٢٠١٣/ص ١١١

^٢ - Cass. Ass, Plén, ٧-٥-٢٠٠٤, n° ١٠-٤٥٠, D. ٢٠٠٤, ١٥٤٥, Note J.M, Bruguière, R.D.I, ٢٠٠٤, ٤٣٧, obs. E. Gavin-Million-Dosterlynck.

^٣ - علماً أن محكمة النقض الفرنسية كانت قد قررت في حكم هام لها قبل ذلك، أن المالك يملك فقط حق استثمار ماله تحت أي صيغة كانت، ومن ثم فإن استثمار المال تحت صيغة صور يحمل تجاوزاً على حق تمتع المالك Droit de jouissance ، وذلك على هدى المادة ٥٤٤ من القانون المدني:

Cass.civ, ١٠-٣-١٩٩٩, n° ٨٧, D, ١٩٩٩, ٣١٩, Concl. Saint-Rose J., J, Note.

Agostini .E.R.T.D.C, Com. ١٩٩٩, ٣٩٧, Obs. Françon.

وقد رأى جانب من فقه القانون الخاص في فرنسا أن هذا الاتجاه لمحكمة النقض، يحمل تغييراً هاماً، ويمثل فتحاً جديداً، على المستويين النظري والعملي، لأنه يوسع من حق الملكية، ليشمل الشيء وصورته، وهو ما كان غريباً في النظام القانوني الفرنسي حتى قررت محكمة النقض ذلك،

راجع:

- Revet.T, Image des biens, R.T.D.C, ٢٠٠١, P٦١٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أما بالنسبة لمجلس الدولة الفرنسي، فإنه لم ير في تصوير المال العام إشغالاً له، ولذلك فإنه يرخص بذلك، ومنذ زمن طويل^١. وضمن روح هذه الاجتهادات قررت محكمة أورليان الإدارية: (إن صورة الشيء لا تكون متطابقة مع الشيء في حد ذاته، ولامتصلة بحق ملكيته)، وأن: (صورة شيء ينتمي للمال العام لا تشكل مالاً عاماً، ومن ثم فإن استخدام الغير لهذه الصورة لا يمكن تحليله كإشغال مال عام، ولا كاستخدام خاص للمال العام..)^٢.

ثالثاً- قابلية إنشاء أسناد الإشغال للحقوق العينية:

لابد أن نفرق بين الأسناد المنشئة للحقوق العينية و الأسناد غير المنشئة للحقوق العينية، ومن ثم ليس كل سند للإشغال - عقداً كان أم ترخيصاً إنفرادياً- يمكن أن يكون منشئاً للحقوق العينية، وهو ما يستشف أساساً من المادة ٣٤-١ من تقنين المال العام للدولة في فرنسا (الملغى)، والتي كانت تنص على مايلي:

وفي الحقيقة إن هذا الموقف لمحكمة النقض الفرنسية، استند أساساً على أحقية مالك الشيء في معارضة من يعيد إنتاج الشيء المملوك عن طريق التصوير، راجع:

-Zenati.F, Notion de propriété, R.T.D.C, ١٩٩٩,P٨٥٩.

وإعادة التصوير تكون محظورة إذا تمت لغايات تجارية، راجع:

.٦٠P٨ -Zenati.F, Ibid, ١٩٩٩,

وفي كل الحالات، فإن جانباً من الفقه الفرنسي يرى أن الحق على صورة الشيء تكون نتيجة

للحصرية **Exclusivité** التي تشكل جوهر الملكية. راجع:

.٦٠P٨ -Zenati.F, Ibid, ١٩٩٩,

^١ - C.E, ١٨-١١-١٩٤٩, Carlier, J.C.P, ١٩٥٠, II, ٥٥٣٥, R.D.P., ١٩٥٠, ١٧٢. Note Waline.

^٢ -T.A, Orléans. ٦-٣٦-٢٠١٢, A.J.D.A, ٢٠١٢, P١٢٢٧, Concl.J.Francfort. ٢٢٢٢, Note.J.M.Bruguère D.٢٠١٢, مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

(إن المستفيد من ترخيص إشغال مؤقت للمال العام للدولة يملك حقاً عينياً على الأعمال و المشيدات و التجهيزات ذات الطبيعة العقارية التي يقوم بتحقيقها لأجل ممارسة النشاط المرخص له بمقتضى السند، و ذلك مع مراعاة الأحكام المخالفة لذلك في سند الإشغال..). وهذه المادة نقلت حرفياً إلى تقنين ملكية الأشخاص العامة لتستقر في المادة ل. ٢١٢٢ - ٦ منه.

وقد ثار نقاش على منابر الفقه الفرنسي منذ صدور المرسوم رقم ٦٣١ - ٢٤ تاريخ ٢٥ - ٥ - ١٩٩٤، الذي أدرج حكم المادة ٣٤ - ١ في صلب قانون المال العام للدولة الملغى، وقد انصب هذا النقاش على قدرة سند الإشغال (عقداً كان أم ترخيصاً إنفرادياً) في حد ذاته على إنشاء الحق العيني، وهل الأصل في أسناد الإشغال الصادرة عن الدولة و مؤسساتها العامة، هو إنشاء الحق العيني المنصوص عليه في القانون؟ أم أن الأصل أن يصدر السند خالياً من هذا الحق العيني، ومن ثم لا ينشئ السند مثل هذا الحق إلا إذا طلبه الشاغل صراحة، ووافقت عليه الإدارة صراحة؟

لقد ذهب الفقه الفرنسي في ذلك مذهبين، وذلك في ظل أحكام المادة ٣٤ - ١ المشار إليها، حيث رأى جانب من الفقه أن سند الإشغال ينشئ الحق تلقائياً، ودون توقف ذلك على طلب المرخص له (المرشح للإشغال)، إلا أنه إذا كان الأمر خلاف ذلك، فإن الأمر يستلزم قراراً معاكساً صريحاً من قبل الإدارة، من ثم شأنه أن يستبعد إنشاء الحق العيني من سند الإشغال، وعلى هذا الأساس فإن سند الإشغال يملك في حد ذاته طبيعة منشئة للحق العيني، وإن هذه الخصيصة لا تستبعد إلا بإدراج حكم مخالف في سند الإشغال، إلا أن هذه الطبيعة الإنشائية للسند لا تكون إلا إذا كان الطلب المقدم من الشاغل المرشح متضمناً إقامة إنشاءات وتجهيزات على المال العام المطلوب إشغاله. وقد ذهب جانب آخر من الفقه ممن ينتمي لنفس المذهب أن الشاغل يتمتع بالحق العيني الذي نص عليه القانون، طالما حصل على سند الإشغال، وحتى في حال عدم ورود أي حكم خاص بذلك في سند

-Fatome.E, Commentaire, op.cit, p٩١٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الإشغال، وهو ما يعني أن الإدارة إذا أرادت استبعاد الحق العيني أن تعبر عن ذلك صراحة في متن السند^١. وينتقد بعض الفقه المؤيد لهذا الاتجاه في التفسير ماذهب إليه المشرع الفرنسي في هذه المادة، لأنه كان يفترض أن يكون الأصل هو الإشغال البسيط L'occupation simple الذي لا يرتب سنده حقاً عينياً، ويكون السند المنشيء للحق العيني هو الذي يتطلب إقراراً صريحاً من قبل الإدارة^٢.

أما الجانب الآخر من الفقه، فيذهب إلى أن الأصل في قراءة المادة ٣٤ - ١ من قانون الأموال العامة للدولة (والتي تعد أصلاً للمادة ل. ٢١٢٢ - ١ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة)، إنما يتمثل في عدم إنشاء سند الإشغال للحق العيني المنصوص عليه إلا إذا أفصحت الإدارة على ذلك ضمن السند ذاته، وهو ما يعني أن صمت الإدارة، وعدم ذكرها لإنشاء الحق العيني في سند الإشغال، إنما يؤدي إلى عدم إمكانية أن ينشئ سند الإشغال أي حق عيني^٣.

وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لقابلية سند الإشغال لأن ينشئ من تلقاء ذاته الحق العيني الذي قننه المشرع الفرنسي، فإن هناك قيدين وضعهما القانون على إنشاء سند الإشغال لهذا الحق العيني:

١- يتمثل القيد الأول: في وجوب صدور قرار عن الدولة يجيز إنشاء الحق العيني عن طريق السند (إنفرادياً كان أم عقدياً)، وذلك إذا كانت المشيدات و التجهيزات و الأعمال التي سيقومها الشاغل المرشح، و التي ينصب عليها الحق

^١ - Jacquot. H – Fournier.A, op.cit,P ٧٧٠.

- Delvolvé.P, Les dispositions relatives aux droits réels, op.cit, p٥٨٩.

- Lavalie.Ch, La constitution des droits réels, op.cit,p١١١٥.

^٢ - Lavalie.Ch, Ibid, p١١١٥.

^٣ - Brisson. J.F, L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public, Les aspects domaniaux des contrats de partenariat, AJDA ٢٠٠٥ p. ٥٩٦.

العيني، ضرورة لسير مرفق عام^١. ودون أدنى شك، فإن هذا القيد الذي وضعه المشرع الفرنسي على السند المنشيء للحق العيني، إنما وضعه بالنسبة لأسناد الإشغال الصادرة عن المؤسسات العامة التابعة للدولة، وذلك في إطار الرابطة الوصائية التي تجمع بين الطرفين، وبحسبان أن أحكام السند المنشيء للحق العيني كما هو منصوص عليها في المادة ٢١٢٢ - ٦ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة إنما تقتصر أحكام تطبيقها على الدولة فقط والمؤسسات العامة التابعة لها. وإن كان الأستاذ Delvolvé يرى في ذلك قيداً ثقیلاً على حرية المؤسسات العامة التابعة للدولة في إنشاء الحق العيني المنصوص عليه في تقنين ملكية الأشخاص العامة^٢.

٢- أما القيد الثاني فقد وضعه المجلس الدستوري ذاته، عندما بسط رقابته على قانون ١٩٩٤/٧/٢٥، وفقاً لما مر معنا سابقاً، إذ أعلن المجلس توافق كل مواد القانون مع الدستور، باستثناء فقرة واحدة منه (هي الفقرة الثالثة من المادة ٣٤ - ١)، والتي كانت تجيز، وتحت شروط معينة تجديد سند الإشغال، المنشيء لحقوق عينية، بعد انتهاء المدة الأصلية، والتي تبلغ سبعين عاماً^٣. أي يمكن تجديد سند الإشغال المنشيء للحق العيني على المال العام إلى ما لانهاية، وقد أعلن المجلس الدستوري عدم دستورية هذه الفقرة، على أساس أن ذلك يؤدي إلى المساس بحماية الملكية العامة^٤، وقد رأينا أن حماية الملكية العامة، كانت إحدى المبادئ

^١ - المادة ٢١٢٢ - ١٠ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة، وقد كان أصل هذه المادة، ماورد في المادة ل. ٣٤ - ٤ من تقنين المال العام للدولة الملغى.

^٢ - Delvolvé.P, Les dispositions relatives aux droits réels, op.cit,p٥٨٧.

^٣ - تنص الفقرة الثالثة من المادة ل. ١٢٢٢ - ٦ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة على مايلي: (يحدد السند مدة الترخيص، حسب طبيعة النشاط الذي سيقوم به الشاغل، و حسب طبيعة الأعمال المرخصة، ومع الأخذ بالحسبان لأهمية هذه الأخيرة، ولا يمكن أن تزيد هذه المدة عن سبعين عاماً.)

^٤ - Fournier.A - Jacquot.H, op.cit, p ٧٧٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الدستورية التي استند عليها المجلس الدستوري في معرض رقابته على دستورية قانون ١٩٩٤/٧/٢٥. وهذا القيد على إمكانية إنشاء الحق العيني عن طريق سند الإشغال ينطبق أيضاً فقط على الأسناد المنشئة للحق العيني الصادرة عن الدولة والمؤسسات العامة التابعة لها حصراً^١. كما لا بد من ملاحظة أن هذا القيد الزمني الموضوع من قبل المجلس الدستوري، من شأنه أن يجعل الحق العيني الناشيء عن السند ذا طبيعة مؤقتة زمانياً.

المطلب الثاني

التصرفات القانونية المتداخلة مع أسناد الإشغال

يلاحظ أن هناك عقوداً تتعلق بالمال العام لا تملك من حيث الموضوع الترخيص بإشغال مال عام، فيمكن أن يتعلق المال العام بعقود قانون خاص، حيث لا يكفي أن يكون العقد متعلقاً بالمال العام لأجل أن يكيف على أنه من قبيل عقود القانون العام^٢، وذلك مثل العقود المتعلقة ببيع أموال عقارية خاصة للإدارة، تؤدي إلى الدخول إلى جزء أو أجزاء من المال العام، مما يختص به القضاء العادي، على الرغم من اتصال محل العقد بمل عام، وهناك أيضاً عقود بيع أموال تقع ضمن مجال الأموال العامة، وهذه العقود استقر اجتهاد محكمة النقض الفرنسية على عدها من قبيل عقود القانون الخاص، يختص القضاء العادي بإبطالها^٣.

ويرى الأستاذ Richer واستناداً إلى اتجاه غير قوي لدى القضاء الإداري الفرنسي، أن هناك فرقاً بين إشغال المال العام واستخدامه، ومن ثم فإن هناك من

- Richer.L, Droit des contrats, ٢٠٠٤, op.cit, p٥٨٦.

- Zenati.F, Droit de superficie, R.T.D.C, ١٩٩٥, p٥٦.

^١ - راجع المادة ٢١٢٢ - ٦ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة.

^٢ - Richer.L, Droit des contrats, ٢٠٠٤, op.cit, p٥٨٥.

- Richer.L, Droit des contrats, ٢٠١٠, OP.cit, p٥٥٤.

^٣ Cass.civ. ٢-٤-١٩٦٣, Montagne, A.J.D.A, ١٩٨٨, P٦٧٩. Not.Dufau.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العقود ما يبيح استخدام المال العام، استخداماً خاصاً دون إشغاله، ومن ثم لا تعد هذه العقود من قبيل عقود الإشغال^١.

ومن هذه العقود أيضاً، تلك العقود التي تبرم بين الأشخاص الاعتبارية العامة، لأجل تنظيم إدارة الأملاك العامة العائدة لهذه الأشخاص، وذلك وفقاً للمادة ل. ١٢٢٣ - ٢ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة، والتي تنص على إمكانية أن تعهد الدولة للجماعات المحلية أو للمؤسسات العامة، أو لشركات الانشاء العقاري S.A.F.E.R ، أو التنظيمات التي يكون هدفها النفع العام، يمكن أن تعهد إليها إدارة أموال عامة تملكها الدولة، وذلك بموجب عقود تبرم مع إدارة أملاك الدولة، ووفقاً لهذه العقود فإن المتعاقد يمارس اختصاصات الدولة، بحسبانها مالكة لهذا المال العام، ولاسيما من حيث إشغال هذا المال، وفي هذه الحالة فإن الترخيص بالإشغال ليس المحل الوحيد للعقد، ولكنه يكون من آثاره الضرورية، حتى تحقق هذه العقود هدفها^٢.

وفي الحقيقة فإن عقد تفويض المرفق العام يصب في هذا الاتجاه، حيث لا يعد في حد ذاته سند إشغال للمال العام، وإن كان الإشغال من آثاره الأساسية، لذلك فإنه لا بد من دراسة التمييز بين سند الإشغال من جهة وعقد التفويض من جهة أخرى، وكذلك لا بد من دراسة للأموال المتعلقة بعقد التفويض، وذلك كمايلي:

Richer.L, ٢٠٠٤, ^١ op.cit, Droit des contrats, p٥٥٩

Richer.L, ٢٠١٠, op.cit, p٥٥٤. Droit des contrats,

ويلاحظ أنه يستند في رأيه على حكم وحيد هو حكم محكمة استئناف بوردو الإدارية الصادر في

١٩٩٥/٢/٦، في قضية Nouvelle Air Mortinique.

Richer.L, ٢٠٠٤, ^٢ op.cit, Droit des contrats, p٥٥٩.

Richer.L, ٢٠١٠, op.cit, Droit des contrats, p٥٥٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الفرع الأول

التمييز بين سند الإشغال العقدي وعقد تفويض المرفق العام

في الحقيقة أن هناك تداخلاً واضحاً بين عقد الإشغال وعقد تفويض المرفق العام، وهذا التداخل يحدث عندما يكون المال العام محل الإشغال الخاص مكاناً لنشاط ذي علاقة مع منفعة عامة، ولاسيما عندما يكون هذا النشاط متمثلاً في إشغال أبنية عامة لأجل القيام بنشاط ثقافي (مسارح ، سينما، صالات، مراكز تدريب خيل، ملاعب..الخ)^١. ولا بد من فض هذا التداخل في سبيل معرفة الحدود الفاصلة بين هذين التصرفين، وهو الأمر الذي يجد أهميته دون شك، من خلال خضوع كل من هذين التصرفين إلى نظام قانوني مختلف كل الاختلاف إبراماً و تنفيذاً^٢.

لقد وضع القضاء الإداري الفرنسي معيارين لتمييز عقد إشغال المال العام عن عقد تفويض المرفق العام، المعيار الأول هو معيار موضوعي، ويتعلق بطبيعة النشاط، وفيما إذا كان يشكل مرفقاً عاماً من عدمه، والمعيار الثاني هو ذو طبيعة ذاتية ويتمثل في إرادة الإدارة في تسيير مرفق عام، وهو ما يتمثل من خلال اتصال النشاط مع شخص اعتباري عام، وهذا الاتصال بين الشخص الاعتباري العام ونشاط المصلحة العامة يقاس من جهة عن طريق المميزات الاستثنائية الممنوحة للمفوض إليه (أي امتيازات السلطة العامة التي تعطى للمفوض إليه مثل حق الشفعة)، والمساعدات المالية المقدمة للمتعاقد مثل تحمل بعض التكاليف بدلاً عنه، والاعفاء الكلي أو الجزئي من رسوم الإشغال، وضمانات القروض المقدمة من الإدارة للمفوض إليه، ومن جهة أخرى ما هو مفروض على المتعاقد من أعباء وشروط استثمار النشاط مثل مواعيد فتح الانشاءات المشيدة من قبل المتعاقد

^١ -Ho Si Fat, Comment distinguer de service public, et la convention d'occupation dominal ? A.J.D.A, ٢٠٠٤, p٢٢٧٤.

^٢ - Ho Si Fat, Ibid, p٢٢٧٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وإغلاقها، وتحديد واعتماد تعريفات الرسوم المفروضة على المنفعين، والشروط المتعلقة برقابة الشخص الاعتباري العام على الشروط المالية والاقتصادية للاستثمار^١.

وتطبيقاً لهذه المعايير، فقد رفض مجلس الدولة الفرنسي، تكيف أحد العقود التي أبرمتها مدينة باريس كعقد تفويض مرفق عام، والذي عهدت بموجبه المدينة استغلال مقهى ضمن غابة بولوني Boulogne لإحدى الشركات، إذ رأى المجلس أنه إذا كان نشاط المقهى المسمى L'orée du Bois يتعلق باستقبال السياح، في إطار الجذب السياحي، فإن وجود هذا الطرف وحده مع مراعاة أساليب استثمار المؤسسة و مصلحتها الخاصة، لا يكفي لأن يضيف على النشاط طبيعة المرفق العام ومن ثم فإنه لم يتحقق المعيار الموضوعي وهو المتعلق بوجود نشاط ذي نفع عام، يشكل مرفقاً عاماً^٢.

وفي نفس الإطار، فقد وصل مجلس الدولة الفرنسي إلى حل معاكس، حيث قضى أنه إذا كان محل العقد إشغال و استثمار بلاج على شاطيء، فإن هذا العقد ليس إلا تفويض مرفق عام، إذ رأى المجلس أنه إذا كان العقد يتضمن الترخيص بإشغال مال عام، إلا أن المتعاقد مكلف بالسهر على رقابة الجرثوميات في الماء، وبأمن المستحمين، كما أن المهام التي كلف بها المتعاقد والمتعلقة بحفظ وصيانة تجهيزات البلاج، وكذلك استثمار هذا البلاج، قد حددت بشكل دقيق، و قد تم مثل هذا التحديدي الدقيق في سبيل ممارسة الرقابة من قبل الإدارة المفوضة على تنفيذ المهام من قبل المفوض إليه، بموجب التفويض، ومن ثم فإن المجلس في هذه الحالة أعمل المعيارين معاً لاستنتاج وجود عقد التفويض، فهو أعمل المعيار الموضوعي المتعلق بطبيعة النشاط، كما أعمل المعيار الشخصي القائم على أساس علاقة

^١ - Ho Si Fat, Ibid, P٢٢٧٨.

Bergeal. ^٢ - C.E, ١٢-٣-١٩٩٩, Ville de Paris, C, Société L'orée du Bois, concl.

٧٧٨ , ٨٨٩, A.J.D.A, ١٩٩٩, p.٤٣٩, Note.M.Raunet et O.Rousset. R.P.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الإدارة مع النشاط، والذي تمثل من خلال فرض أعباء على المتعاقد، الغرض منها ممارسة الإدارة لرقابتها على حسن إدارة المرفق من قبل المتعاقد^١.

إلا أنه يلاحظ أن مجلس الدولة الفرنسي قد أخذ يتجه حديثاً إلى توسيع مجال عقد تفويض مرفق عام، على حساب سند إشغال المال العام، في مقام فض التنازع بينهما، وذلك عن طريق الأخذ بالمعيار المتعلق بالتحليل الموضوعي للنشاط الذي ينفذ من قبل المتعاقد، وليس عن طريق البحث عن العامل الذاتي المتجسد في إرادة الإدارة في إنشاء مرفق عام بالنسبة لنشاط محدد^٢.

ومن الأحكام الهامة جداً، التي سارت في هذا الاتجاه، والتي أعمل فيها مجلس الدولة الفرنسي معايير التمييز بين سند إشغال المال العام، وعقد تفويض مرفق عام، ذلك الحكم الصادر في قضية تتلخص وقائعها في أن مدينة باريس قد تعاقدت مع شركة المستودعات الباريسية، على أن تقوم هذه الأخيرة بإشغال جزء من المال العام، وعلى أن يعد هذا الجزء لاستقبال الجمهور، لتنفيذ فعاليات تتعلق بالعرض والمشاهدة والاجتماع، مع استبعاد الأعمال التجارية، وعلى أن تكون هذه الأنشطة مدفوعة المقابل من قبل المنفعين من هذه الفعاليات، وعلى أن تكون تعريفه الرسوم المدفوعة من قبل المنفعين محددة بموجب الاتفاق الجاري بين المدينة والشركة، في هذه الحالة لم يتردد مجلس الدولة الفرنسي في تكييف العقد على أنه من قبيل عقود تفويض مرفق عام، على الرغم من أنه يتضمن إشغالاً لجزء من المال العام، وذلك على أساس أن الشركة مفوضة من قبل مدينة باريس وتحت رقابتها بمهمة مرفق عام ثقافي، (وكان يمكن أن تستخدم لهذه الغاية امتيازات ضرورية لأجل إدارة هذا المرفق)^٣.

^١ - C.E, ٢١-٦-٢٠٠٠, SARL, Plage chez Joseph et fédération nationale des concl.C.Bergeal. plages et restaurants, R.p.٢٨٢.R.F.D.A, ٢٠٠٠, P٢٩٧, - Ho Si Fat, op.cit, P٢٢٧٤.

^٢ - C.E, ١١-١٢-٢٠٠٠, M.Agofroy et autres, R.P٦٠٧, A.J.D.A, ٢٠٠١, P١٩٣, Note.M.Renaut, et O.Rosset, R.F.D.A, ٢٠٠١, P١٢٧٧, concl.S.Austry. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وبناء على ما تقدم من اجتهاد لمجلس الدولة الفرنسي، يمكن القول أن المستثمر شاغل المال العام إذا كان يتمتع بالحرية الكاملة في نشاطه، ولا يملك أيًا من امتيازات السلطة العامة، مثل تلك التي يمكن أن تمنح لمفوضي المرافق العامة، وفي نفس الوقت لا تملك الإدارة مالكة المال العام حق الرقابة على الشاغل، فإنه دون شك لا يوجد في هذه الحالة عقد تفويض مرفق عام، إنما سند إشغال مال عام، والإدارة في هذه الحالة لا تحتفظ إلا بملكية العقار الذي يتم الإشغال عليه، دون أن تتدخل في تنظيم المشروع الذي يقام فوق عقار منتم إلى المال العام، مع جواز أن تعطي الإدارة رأيها في التعريف المطبقة من قبل الشاغل في مواجهة الجمهور، إلا أن تحديد التعريف في هذه الحالة لا يكون إلزامياً، كما هو الحال في عقود التفويض، حيث تضع الإدارة المفوضة الشروط التنظيمية بإرادتها المنفردة، إنما يكون عقدياً خاضعاً لإرادة طرفي العقد¹.

¹ - Ho Si Fat, op.cit, p228. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

الفرع الثاني

عقد التفويض بحسابه مصدرًا للحقوق العينية على المال العام

لقد جرى اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي تقليدياً على التمييز بين ثلاثة أنواع من أموال المرفق محل عقد تفويض مرفق عام:

أولاً- أموال الإعادة **Les biens de retour**: وهذه الأموال تكون ضرورية **Indispensables** للمرفق، والتي لا يمكن أن يتم تسييره بدونها، وهي تدخل من حيث الأصل في ملكية الإدارة المفوضة، على الرغم من أن المتعاقد المفوض هو الذي مولها، وقام بتشييدها، لذلك يملك عليها طوال مدة العقد حق حصري بالتمتع **Droit exclusif de jouissance**، وأن السلطة المفوضة لا تملك هذه الأموال إلا مع نهاية العقد و بلا مقابل^٢، وفي معظم الحالات، فإن أموال الإعادة تكون أموالاً

^١ - Clémence.M.C, La théorie des biens de retour : enjeux juridiques et fiscaux, A.J.C.T, ٢٠١٤, P٤٤٥.

^٢ -Clémence.M.C , Ibid, P٤٤٥.

^٣ - Mollin.G, Vers l'érosion de la théorie des biens de retours. A.J.D.A, ٢٠١١, p٣٦٣.

-Clémence. M.C, op.cit, P٤٤٦.

وأساس مبدأ المجانية، يجد أساسه في أحد أحكام مجلس الدولة الفرنسي القديمة جداً، وهو الحكم الصادر في قضية **Casino municipal de Haut**، والصادر بتاريخ ١٢/١١/١٨٩٧، راجع **Mollin.G**، مقاله سالف الذكر، ص٣٦٣. علماً أن المجانية لم تكن قاعدة عامة على الدوام، بل عرفت بعض الاستثناءات القضائية والتشريعية، مما أدى إلى تقليص الفرق بين أموال الإعادة وأموال الاستعادة في هذه الأحوال الاستثنائية، راجع أيضاً **Mollin.G**، مقاله سالف الذكر، ص٣٦٧، وأيضاً راجع **Clémence.M.C**، مقاله السابق، ص٤٤٦،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

عقارية، وتصبح جزءاً من المال العام، و لكن ليس هناك مانع قانوني في أن تكون مثل هذه الأموال أموالاً منقولة^١.

ثانياً- أموال الاستعادة Les biens de repris : وهذه الأموال تكون أموالاً نافعة Les biens utiles لمرفق عام، ولازمة لسيره، ولكن غير ضرورية^٢، ومن ثم، فإنه كما قرر مجلس الدولة الفرنسي، فإن معيار التمييز بين أموال الإعادة وأموال الاستعادة هو ضرورة هذه الأموال لحسن سير مرفق عام^٣، وهذه الأموال لا تنوّل إلى الإدارة المفوضة بقوة القانون، إنما لها الخيار في ذلك، وهي إن قررت إعادة هذا الصنف من الأموال إليها بناء على نص عقدي خاص بهذا الشأن، فإنها تكون ملزمة بتعويض المفوض إليه وفقاً لما هو متفق عليه، و دون أن يحق لهذا الأخير المعارضة في ذلك، وهذا يسمى حق الاستعادة Droit de reprise ، وهذا الحق يعهد للإدارة المفوضة حق المالك على هذه الأموال، وهو ما يعني في نفس الوقت أن مثل هذه الأموال النافعة للمرفق العام تكون على ملكية المفوض إليه أثناء مدة العقد^٤.

^١ - Boiteau.C, Les conventions de délégation de service public, Le P170, -Richer.L, 2004, op.cit, p560, et 2010, op.cit. Moniteur, Paris, 2007, p206.

-Fatome.E - Terneyre.PH, Commentaire de décret n°95-595 du 6-5-1995, relatif à la constitution de droit réels sur le domaine public, A.J.D.A, 1995, p913.

- Didriche.O, Le conseil d'Etat clarifie les règles applicables aux biens des DSP et des concessions des travaux, A.J.D.A, 2013, p9.

- Mollin.G, op.cit, P363.

^٢ - Didriche.O, op.cit, p9.

- Clémence.M.C, op.cit, p445.

^٣ - C.E, 5-2-2014, Commune de Saint-Dizier, A.J.C.T, 2014, p265.

^٤ - Boiteau.C, op.cit, p171,

-Richer.L, 2004, op.cit, p561, 2010, op.cit, p556.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول 2016

ثالثاً- الأموال الخاصة Les biens propres : وهذه الأموال، كما أموال الاستعادة، تتميز بطبيعتها النافعة للمرفق العام، وهي في حقيقتها الأموال التي يستخدمها المفوض إليه لأجل إنجاز و تسهيل مهمته، دون أن تكون مخصصة للمرفق العام، و دون أن تكون ضرورية لسيره بأي شكل كان، ولا تكون من مستلزماته في حالة انتهاء التفويض، وهي تدخل ضمن إطار الملكية الخاصة للمفوض إليه، ويحتفظ بها مع نهاية العقد¹.

وإذا كانت هذه النظرة التقليدية للأموال المتعلقة بالمرافق العامة المفوضة حتى وقت قريب، إلا أن هناك تغييرات تتعلق بالمركز القانوني لهذه الأموال، طرأت بموجب الاجتهاد القضائي الفرنسي، وتحت مظلة التقنين الجديد لملكية الأشخاص العامة.

ولمعرفة النظام القانوني الجديد الذي قننه الاجتهاد لأموال المرافق العامة المفوضة لابد من التمييز بين حالتين: الحالة الأولى: وتكون فيها الأموال اللازمة لإدارة المرفق مقدمة في مجملها من قبل الإدارة، و الحالة الثانية التي تكون فيها هذه الأموال مقدمة من المتعاقد كلاً أو جزءاً، في الحالة الأولى، لاتوجد إشكاليات تتعلق بملكية الأموال اللازمة لإدارة المرفق، إذ تكون كل الأموال المخصصة للمرفق العام، محل عقد التفويض، مملوكة للشخص العام المفوض، وتكون خاضعة للمفوض

-Fatome.E, Commentaire, op.cit, p٩١٣.

¹ - Boiteau.C, Les conventions de délégation de service public, op.cit, p١٧٢,

- Richer. L, ٢٠٠٤, op.cit, p٥٦١, et ٢٠١٠, op.cit, p٢٥٦.

- Fatome.E, Commentaire de décret n°٩٥-٥٩٥ du ٦-٥-١٩٩٥, relatif à la constitution de droit réels sur le domaine public, A.J.D.A, ١٩٩٥, p٩١٣.

- Didriche.O,op.cit, p٩.

- Clémence.M.C,Op.cit, P٤٤٦.

المتعاقد لأجل إدارتها أثناء مدة العقد، وهذه الأموال المملوكة للشخص العام، تنتمي للمال العام، طالما كانت ضرورية لسير المرفق العام محل التفويض، وذلك لأنها تعد مسبقاً لهذا الغرض، ومن ثم تستند مسبقاً شرط الإعداد الضروري لتنفيذ رسالة مرفق عام **La condition d'aménagement indispensable**، و ذلك وفقاً لما قرره مجلس الدولة الفرنسي في أحد أهم اجتهاداته الحديثة، وهي الحالة التي تتوافر في عقود الامتياز **L'affermage** خصوصاً^١.

^١ - C.E, Ass, ٢١-١٢-٢٠١٢, Commune de Douai, A.J.D.A, ٢٠١٣, ٧, et ٥٧, X.Domino et Bretonneau, D.٢٠١٣, ٢٥٢, Ob, D, Capitant, chron, R.F.D.A, ٢٠١٣, P١. وراجع في الفقه:

- Mollin.G, Vers l'érosion de la théorie des biens de retours. Op.cit, P٣٦٣.

^٢ - عقد امتياز مرفق عام **L'affermage**، هو أحد عقود تفويض المرافق العامة، وتكلف الإدارة بموجبه شخصاً آخر (عاماً أو خاصاً) باستغلال مرفق يسلم إليه بإنشاءاته المعدة مسبقاً من جانب الإدارة، مقابل مبلغ محدد من المال يدفعه للإدارة، فيكون المقابل الذي يحصل عليه هو الفرق بين ما يدفعه للإدارة، وما يحصل عليه من استغلال المرفق، ويلاحظ أن الفقه يميز من زمن طويل بين الامتياز و الالتزام على أساس الإنشاءات الأولية للمرفق محل العقد، ففي عقود الالتزام تكون الإنشاءات الأولية على عاتق الملتزم، أما في عقود الامتياز فإن صاحب الامتياز يتسلم المرفق لاستغلاله، وقد قامت الإدارة بإعداد إنشاءاته الأولية. راجع: باللغة العربية:

- د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، الطبعة الثانية، ص٢٠١.
- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ويكون المركز أكثر تعقيداً في الحالة الثانية، وهي تلك الحالة التي يكون فيها المال المخصص للمرفق مقدماً كلاً أو جزءاً من قبل المفوض إليه، وذلك كما هو الحال في عقود الالتزام، حيث تنور عندئذ الكثير من المشاكل القانونية، كتلك المتعلقة بملكية المال أثناء مدة العقد، و مدى انتمائه للمال العام، ونوع هذا المال مع انتهاء مدة العقد، وهل يمكن لأطراف العقد أن يتمتعوا بحرية تعاقدية في تحديد المركز القانوني للمال الذي يقدمه المتعاقد ويموله¹؟

في سبيل حل هذه المشاكل القانونية، فقد انطلق الاجتهاد القضائي الفرنسي من التمييز بين الأموال المحققة من قبل المفوض إليه و التي تكون ضرورية لسيره، و الأموال التي لاتكون ضرورية لذلك، والتي تكيف فقط على أنها نافعة Utiles لهذا السير، و هي لهذا السبب لا يوجد داع لأن تحاط بحماية خاصة². ففيما يتعلق بالأموال النافعة (وهي التي يطلق عليها أموال الاستعادة وفقاً للمعطيات الاجتهادية التقليدية)، فإن مجلس الدولة من خلال حكم بلدية Douai قد ميز بين عدة حالات:

- د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠١٢، ص ٢٤٧.

وباللغة الفرنسية، راجع:

- Bieusses.P, La spécificité de l'affermage, A.J.D.A, ١٩٩٦, P٦٠٨.
- Boiteau.C, op.cit, p٦٦.et.s.

¹ - Fatôme.E, Le statut des biens des délégations de service public, Après l'arrêt Commune de Douai, AJDA ٢٠١٣ p. ٧٢٤.

² - Fatôme.E, op.cit, p٧٢٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

١- هذه الأموال تكون ملكاً للمفوض إليه، وذلك إذا لم يتفق أطراف العقد على غير ذلك، ومن ثم يمكن لطرفي العقد، أن يتفقا على أن تكون هذه الأموال ملكاً للشخص العام المفوض، سواء أكان ذلك منذ إنشائها من جانب المفوض إليه، أم من تاريخ انتهاء العقد فقط.

٢- إذا لم يتفق طرفا العقد على دخول هذه الأموال في ملكية الشخص العام المفوض، فيمكن أن يتفقا على الاستعادة، و التي يجب أن تكون لقاء مقابل مالي، و إن كان يمكن أن ينص العقد على أن تكون مجاناً^١.

لذلك يمكن القول: إن مجلس الدولة الفرنسي سار بشأن أموال الاستعادة في نفس مسار اجتهاده التقليدي، مع ملاحظة أن هذا المركز المتعلق بأموال الاستعادة يتميز بإعطاء أطراف العقد حرية عقدية واسعة، في إطار تحديد مضمونه^٢.

وإذا كانت هذه القواعد تطبق بلا صعوبات، إذا كانت الأرض التي ستقام عليها إنشاءات المرفق ملكاً للمفوض إليه، فإن الأمر لا يكون كذلك، عندما تشيد هذه الإنشاءات (النافعة) وفقاً للعقد على جزء من المال العام العقاري، ففي هذه الحالة، من الضروري أن يحصل المفوض إليه على ترخيص بإشغال المال العام، لأجل أن يتملك المفوض تلك الإنشاءات التي يقيمها، والتي تكون نافعة للمرفق محل التفويض، وعلى أن يكون للترخيص أثر قانوني يتمثل بإمكانية إنشاء حق عيني على هذا المال، وهذا الترخيص يجب أن يكون صادراً عن الشخص العام المفوض، والذي يفترض أن يكون أيضاً مالكاً للمال الذي أقيمت عليه الإنشاءات^٣.

أما إذا تم تشييد الإنشاءات النافعة على المال العام العقاري، ولم يرد نص في العقد على استعادتها من قبل الشخص العام المفوض، فإن المفوض إليه يلتزم

^١ - C.E, ٢١-١٢-٢٠١٢, Commune de Douai, précité.

^٢ - Fatôme.E, Le statut des biens,, op.cit , p٢٢٦.

^٣ - C.E, ٢١-١٢-٢٠١٢, Commune de Douai, précité.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بهدمها وفقاً للمادة ل. ٢١٢٢ - ٩ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة، والتي تقضي بوجود هدم الانشاءات الواقعة على المال العام العقاري، مع انتهاء مدة ترخيص الإشغال المنشيء لحق عيني، مالم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك، إلا أنه لا يمكن تصور أن تترك لهذا المصير، إلا إذا لم تعد نافعة لسير المرفق، أو لم تعد نافعة لأي نشاط آخر، للشخص العام المفوض^١.

أما بالنسبة للأموال الضرورية لسير المرفق العام، وهي التي يطلق عليها تقليدياً تسمية أموال الإعادة Les biens de retour، فلا بد من التفرقة بالنسبة للمركز القانوني لهذه الأموال ما بين وضعها أثناء تنفيذ العقد، ووضعها بعد انتهاء العقد:

أولاً - المركز القانوني للأموال الضرورية للمرفق أثناء تنفيذ العقد:

وفقاً لحكم بلدية Douai، تعد كل هذه الأموال المنقولة والعقارية مملوكة للشخص العام المفوض، و منذ إنشائها من قبل المفوض إليه، وذلك كله في حال عدم ورود حكم مخالف في العقد^٢.

وعلى هذا الأساس، فإن الأموال المنقولة وغير المنقولة المادية وغير المادية، والتي تم تشييدها و تمويلها من قبل المفوض إليه، تنتمي بحكم القانون إلى الشخص العام المفوض، وليس إلى المفوض إليه، إلا أن هذا المبدأ يمكن مخالفته، وذلك استناداً إلى إرادة الطرفين المتعاقدين، وبحيث يكون المفوض إليه هو المالك للأموال الضرورية لسير المرفق العام، الذي عهدت إدارته إليه بمقتضى عقد التفويض^٣. إلا أن تملك المفوض إليه لهذا المال الضروري لسير المرفق العام، وفقاً

^١ - Fatôme.E, Le statut des biens, op.cit, p٢٢٦.

^٢ - C.E, ٢١-١٢-٢٠١٢, Commune de Douai, précité.

^٣ - C.E, Ass, Avis, ٣٠-٣-١٩٨٩, Gr.Avis, C.E, ٢٠٠٢, P٢١٢. Comm.D.Labetoulle.

- C.E, Avis, T.P, ١٩-٤-٢٠٠٥, A.J.D.A,

٢٠٠٦, P١٢٢١, étude.N.Symchozic.et.Proot.PH

مجلة الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

لما هو منصوص عليه عقدياً، لا يمكن أن يكون إلا في حال كان تشييد هذه الأموال على مال خاص مملوك للإدارة، أما إذا كانت الإنشاءات الضرورية لسير المرفق العام قد شيدت على أموال عقارية عامة، فإن الإنشاءات تدخل في ملكية الشخص العام منذ إنجازها، وليس فقط بناء على المبدأ القضائي المشار إليه سابقاً، إنما - وكما يرى جانب من الفقه الفرنسي بحق - بناء على التوحد والاندماج بين الإنشاءات الضرورية لسير المرفق و المنجزة من المفوض من جهة، والعقار المنتمي للمال العام، والذي أقيمت عليه هذه الإنشاءات من جهة أخرى، وكل ذلك على أرضية الالتصاق المنصوص عليه في المادة ٥٥١ من القانون المدني الفرنسي^١.

إلا أنه يمكن للمفوض إليه في هذه الحالة (التي تكون فيها الإنشاءات الضرورية مقامة على المال العام المملوك للجهة المفوضة) أن يملك الأموال الضرورية لسير المرفق (أي أموال الإعادة)، وذلك مع ضرورة توافر شرطين:

أ- يجب أن يقبل الشخص العام المفوض الترخيص بإشغال المال العام مع إنشاء حق عيني، وذلك وفقاً للمواد من ل. ٢٢٢١ - ٦ إلى ل. ٢١٢٢ - ١٤ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة، أو المواد من ل. ١٣١١ - ٢ إلى ١٣١١ - ٨ من التقنين العام للجماعات الإقليمية، وهذه هي الآلية التي يمكن للطرفين من خلالها استبعاد ملكية الشخص العام المفوض للأموال الضرورية التي يشيدها المفوض إليه على مال عام عقاري^٢.

^١-Fatome.E, apropos de l'incorporation domaine public, A.J.D.A, ٢٠٠٦, p٢٩٢.

-Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٢٢٨.

Didriche.O, ^٢ op.cit, p١١.

- Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٢٣٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد ١٠١ - ١٠١٦

ب- والشرط الثاني مكمل للأول، وهو يتمثل في أن هذه الحقوق العينية الناجمة عن الترخيص المعطى للمتعاقد، في سبيل إدخال هذه الأعمال المشيدة على المال العام في ملكيته، يجب أن لا تؤثر على حسن سير مرفق عام¹.

وبناء على ما تقدم، فإنه إذا كان للمفوض إليه امتيازات المالك على هذه الأموال الضرورية لسير المرفق محل التفويض (أموال الإعادة)، وذلك إذا توافق طرفا العقد على ذلك، وتوافر الشرطان المنوه عليهما أعلاه، فإن ذلك يعد خروجاً على النظرية التقليدية لأموال الإعادة كما وضعها مجلس الدولة الفرنسي منذ أواخر القرن التاسع عشر، وهو ما دفع بعض الفقه الفرنسي المعاصر إلى القول أنه قد ظهر نوع جديد من أموال المرافق العامة المفوضة، تستمد ماهيتها من أموال الإعادة (بحسبانها ضرورية لسير مرفق عام)، وهي في نفس الوقت تكون محل الملكية الخاصة للمفوض إليه، كما هو حال أموال الاستعادة². كما دفع جانباً آخر من الفقه المعاصر للقول بأن هذه الأموال (أموال الإعادة الضرورية) عندما تنقل بحقوق عينية لمصلحة المفوض فإنها تصبح من أموال الاستعادة³.

ولكن هل يطبق النظام القانوني للمال العام، إذا كانت الإنشاءات (الضرورية) لسير المرفق العام مشيدة على عقار ينتمي تملك العام؟ للإجابة على هذا السؤال، لا بد من القول إن النظام القانوني للمال العام لا يطبق فيما إذا كانت مثل هذه الإنشاءات داخلة في ملكية المتعاقد، ضمن الشرطين المنوه عنهما أعلاه، وذلك أنه من متطلبات تطبيق النظام القانوني للمال العام أن يدخل المال في ملكية شخص عام، إلا أنه وخارج هذه الحالة، إذا كانت الأموال المشيدة تدخل ضمن ملكية

¹ - Didriche.O, op.cit, P11.

- Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p230.

² - Mollin.G, op.cit, P366.

³ - Fatome.E - Terneyre.PH, Commentaire de décret n°90-090,

op.cit, p900

مجلة الحقوق لتبويب: ³ التأسيسية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول 2016

شخص عام، وفقا لما تقدم الحديث عنه، فإن مثل هذه الإنشاءات تكون خاضعة للنظام القانوني للمال العام^١.

ولابد من ملاحظة، أن الأصل أن لا يوجد فصل بين الشخص الاعتباري العام المالك للمال العام الذي تقام عليه المشيدات (الضرورية) للمرفق من جهة، والشخص الاعتباري العام المفوض من جهة أخرى، وفي هذه الحالة لا يوجد فصل بين الشخص العام المالك للأعمال المشيدة على المال العام، والشخص العام المسؤول عن المرفق الذي خصصت له هذه الأعمال، والذي يكون طرفاً في عقد التفويض، و من ثم يكون الشخص العام المالك لهذه المشيدات الضرورية لعمل المرفق هو ذاته المسؤول عن المرفق محل التفويض، إلا أنه قد يحدث انفصال بين الشخص العام المالك للمال العقاري الذي تبنى عليها المشيدات الضرورية للمرفق العام محل التفويض من جهة، والشخص العام المالك لهذه المشيدات الضرورية من جهة أخرى، والذي يكون في نفس الوقت طرفاً في عقد التفويض، أي أن ملكية العقار الذي تشيد عليه الأعمال الضرورية للمرفق تكون لشخص عام، وملكية هذه المشيدات بفعل عقد التفويض تكون لشخص عام آخر، في هذه الحالة لا بد أن يبرم هذان الشخصان العامان فيما بينهما اتفاق (تحويل إدارة مال عام Transfers de gestion المنصوص عليه في المادة ل. ٢١٢٣ - ٣ من التقنين العام لملكية الأشخاص العامة^٢، وبحيث إن الشخص العام المالك للعقار يحول إدارتها بحسابها

^١ - Didriche.O, op.cit, P١١.

- Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٧٣٠.

^٢ - Article L٢١٢٣-٣ :

..Les personnes publiques mentionnées à l'article L. ١ peuvent opérer, entre elles, un transfert de gestion des immeubles dépendant de leur domaine public pour permettre à la personne publique bénéficiaire de gérer ces immeubles en fonction de leur affectation.

La durée pendant laquelle la gestion de l'immeuble est transférée peut être déterminée dans l'acte...

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

جزءاً من ماله العام إلى الشخص العام المفوض^١، والمالك للمشيدات الضرورية لحسن سير المرفق العام محل التفويض^٢.

ثانياً - المركز القانوني لأموال الإعادة (الضرورية لسير المرفق المفوض) عند انقضاء عقد التفويض:

عند انقضاء عقد التفويض، تعاد الأموال الضرورية لسير المرفق العام إلى الجهة المفوضة، إلا أن هذه الإعادة تختلف من حالة عقديّة إلى أخرى، لذلك لا بد من التمييز بين ثلاث حالات:

أ- إذا كانت الأرض التي أقيمت عليها المشيدات الضرورية لسير المرفق ملكاً للشخص العام، وكذلك المشيدات ذاتها، فإن ما يعاد للشخص العام هو حق التمتع، حيث إن المفوض إليه يستفيد في هذه الحالة من حق شخصي، بالتمتع الحصري *Juissance éxclusif* بهذه الأموال، كما قررت محكمة النقض الفرنسية^٣.

^١ - وفي الحقيقة إن هذا التحويل يتم من قبل الأشخاص الخاصة المألّكة للمال العام محل التحويل، وبناء على تقديرها و إرادتها فقط، وهذا التحويل للإدارة، يتلزم غالباً مع تغيير تخصيص المال محل التحويل، وبِحَيْثُ أن يكون التحويل العضوي *Organique* من شخص عام إلى آخر، متلامزماً مع تغيير موضوعي *Matériel* للتخصيص حسب الحاجات التي تم لأجلها التحويل، وذلك بحسبان أن المالك العام هو (السيد) في معرض تخصيص عقاراته المنتمية للمال العام. راجع:

Bettio.N, La circulation des biens entre personnes publiques, L.G.D.J,
Paris, ٢٠١١, p٥٠.

^٢ - Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٧٣٠.

^٣ - Civ, ٢-٣-٢٠١٠, n°٠٨-٢١-٣١١.

وراجع في الفقه:

- Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٧٣٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ب- إذا كانت الأرض التي أقيمت عليها الإنشاءات الضرورية للمرفق محل التفويض، مملوكة خلال مدة العقد للمفوض إليه، فإن إعادة في هذه الحالة تعني إعادة الملكية كاملة، ويتضمن ذلك الأرض وحق التمتع بهذه الأموال.

ج- إذا كانت الأرض التي أقيمت عليها الإنشاءات الضرورية ملكاً للشخص العام، والإنشاءات الضرورية تكون ملكاً للمفوض لحصوله على ترخيص يخوله ذلك كما سبق الإيضاح، ففي هذه الحالة تعود ملكية الإنشاءات المشيدة على المال العام للجهة المفوضة على أساس الالتصاق^١. وفي كل هذه الحالات تؤول هذه الأموال كلها إلى الشخص العام مجاناً^٢.

أما بالنسبة للأموال التي لم تعد ضرورية للمرفق العام وذلك لأسباب تتعلق بعدم تناسبها مع حاجات المرفق، بعد انقضاء عقد التفويض، فإن مجلس الدولة الفرنسي، قضى بأن العقد يمكن أن ينص على عدم إعادة هذه الأموال إلى الإدارة المفوضة، وأن يحتفظ بها من قبل المتعاقد وفقاً للشروط المتفق عليها، في سبيل إعادة تجديدها وتأهيلها ووضعها في مكان آخر (وهو ما يتحقق في الأموال المنقولة)، أو قد يتم الاتفاق على هدمها وترحيلها من قبل المتعاقد، مع ضرورة أن يتضمن العقد الشروط المالية الخاصة بتلك الحالات، من حيث التكاليف وتوزيعها على كلا الطرفين^٣.

الخاتمة

Conclusion

-
- ^١ - Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٧٤٠.
^٢ -C.E, ٩-٢-٢٠١٤, Communes de Saint-Dizier, A.J.D.A, ٢٠١٤, p٢٦٥.
وراجع في الفقه:
- Didriche.O, op.cit, P١١.

- ^٣ - Fatome.E, Statut des biens, op.cit, p٧٤٠.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

نستطيع القول أننا قد وصلنا بعد إنهاء البحث بعون الله إلى جملة من النتائج والتوصيات نبينها فيما يلي:

أولاً- النتائج:

١- إن مبدأ عدم المساس يعني في معطياته التقليدية حظر أي تصرف في ملكية المال العام، بأي شكل كان، ومن ثم لا يجوز إنشاء حقوق عينية تفرعاً عن حق ملكية المال العام العائد للأشخاص الاعتبارية العامة.

٢- استند مبدأ عدم المساس بالمال العام إلى شرعية تاريخية، تعود إلى القرن الرابع عشر في فرنسا، وقد كان الدور الوظيفي للمبدأ عند نشأته، هو حماية أموال التاج، إلا أنه تطور بعد الثورة الفرنسية ليتغير دوره الوظيفي نحو حماية مال معين لأنه مخصص لاستخدام العموم، ولسير المرافق العامة، وهو ما يعني من حيث النتيجة أن مبدأ عدم المساس ليس له دوراً عقارياً، وعدم المساس بالمال العام غير عائد لطبيعته العقارية في حد ذاتها، إنما في سبيل حماية هذا المال لأداء دوره الوظيفي.

٣- بالنسبة للإطار الشخصي لمبدأ عدم المساس، يلاحظ أن هذا المبدأ يطبق في فرنسا في إطار علاقات الإدارة مع الأفراد، أو في إطار العلاقات البيئية للأشخاص العامة، كما قرر مجلس الدولة الفرنسي، ومن ثم فإن الأصل في هذه العلاقات هو الاحتجاج بمبدأ عدم المساس، ما لم يقرر القانون وضعاً قانونياً خاصاً خلاف ذلك.

٤- لا يطبق مبدأ عدم المساس في فرنسا بنفس الجمود اتجاه مساس الإدارة بمال الأفراد، حيث إنه إذا قامت الإدارة بالبناء في أرض الغير (الأفراد)، فإنه لا يمكن رد هذا الاعتداء تحت مفهوم الاعتداء المادي، وتكتسب هذه المشيدات حصانة قانونية، وذلك كله طالما كيفت على أنها من قبيل الأشغال العامة.

٥- تبني المشرعان السوري و القطري مبدأ عدم المساس بشكل غير واضح، وذلك من خلال النص على عدم جواز التصرف به بأي شكل من الأشكال.

٦- توجد لدى المشرعين السوري و القطري إشكالية بالنسبة للاعتراف بملكية الأشخاص العامة، فلا القانون المدني السوري، و لا القانون المدني القطري، و لا القانون رقم ٨٧/١٠ التاخذ في قطر قد اعترف بملكية الأشخاص العامة لأموالها العامة، بل يمكن القول أن كلا المشرعين قد تجنبنا الإشارة إلى ذلك، في حين أن الاعتراف بحق الملكية للأشخاص العامة على مالها، هو المقدمة المنطقية قانوناً لإمكانية القول بتفريع حقوق عينية عن هذا الحق.

٧- لقد ترتبت نتائج هامة نتيجة للتطبيق الجامد لمبدأ عدم المساس، وقد تجلى ذلك فيما يلي:

أ- عدم جواز إنشاء حقوق عينية يمكن ان تثقل الأموال العامة بأي شكل كان.

ب- التوسع في فكرة المال العام ذاتها من قبل مجلس الدولة الفرنسي عن طريق ممارسات قضائية تمثلت في الاعداد الخاص للمال من أجل سير مرفق عام، والمال العام الافتراضي ونظرية المال العام الشامل، و نظرية الالتصاق ذات الجذور المدنية.

ج- الوقتية: بحيث لا يوجد مركز قانوني نهائي على المال العام، وفي طليعة هذه المراكز تلك المتعلقة بالحقوق العينية.

٨- وإذا كان الأمر كذلك بالنسبة لاجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، إلا أن الأمر استقر لدى المشرع الفرنسي في تقنين ملكية الأشخاص العامة الصادر سنة ٢٠٠٦، على أساس التقليص من تطبيق نظرية الالتصاق، مما قلص من نطاق المال العام، ومن ثم من نطاق تطبيق مبدأ عدم المساس وكذلك قلص المشرع الفرنسي في نفس التقنين من نطاق نظرية الإعداد الخاص للمال لمصلحة مرفق معين، والتي وسعت من المال العام إلى حد كبير، وذلك بالنص على مفهوم جديد حل محل المفهوم

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المشار إليه، وهو مفهوم الإعداد الضروري للمال، وعلى هذا الأساس، لا يكون المال عاماً، إلا إذا كان ضرورياً لسير المرفق، ولا يكفي مجرد الاعداد الخاص، أما بالنسبة للوقتية كنتيجة لتطبيق مبدأ عدم المساس فقد تبناها المشرع الفرنسي صراحة في التقنين العام لملكية الأشخاص العامة. وقد أدت الوقتية بدورها إلى دخول أعمال إدارة المال العام في دائرة الأعمال الإدارية التي تحتاج إلى ممارسة امتيازات السلطة العامة.

٩- لقد حصل تطور تاريخي أثر على بنية القانون العام الفرنسي و مسلماته، حيث تم الانتقال من عدم المساس المطلق بالمال العام، إلى إمكانية المساس، وذلك كان نتيجة تضافر عدد من الأسباب، كان أبرزها الآراء الفقهية التي انتقدت جمود مبدأ عدم المساس، ومنذ أوائل القرن العشرين، حيث قال العلامة هوريو بوجود حقوق عينية إدارية يمكن أن تنتقل المال العام، وتكمن خصوصيتها في توافقها مع مبدأ عدم المساس، و تخصيص الأموال لاستخدام العموم أو للمرافق العامة، كما اقترح دوجي مبدأ تدرج حماية المال العام، و بحيث لا تكون حماية هذا المال على درجة واحدة، أما الفقه المعاصر فقد طرح آراء مختلفة منها ما هو معتدل، ومنها ما هو متطرف للتخلص من الوطأة الشديدة لمبدأ عدم المساس، ولعل أهم هذه الآراء هي التي تحدثت عن العقلنة الاقتصادية لإدارة الأموال العامة، أما أكثرها عمقاً، فتلك التي استمدت حجتها من تحليل المواقف القضائية لمجلس الدولة الفرنسي، وكيف أن مفهوم المصلحة العامة بحسبانه مفهوماً مركزياً في النظام القانوني للمال العام قد تطور حتى أصبح له مضمون اقتصادي، يجيز للإدارة البحث عن (المردودية الاقتصادية) في معرض إدارتها لأموالها العامة. أما السبب الأهم لهذه النقلة التاريخية فقد كان في تدخل المجلس الدستوري الفرنسي، وسماحه للمشرع بإمكانية إقرار حقوق عينية على الأموال العامة ضمن الحفاظ على المتطلبات الدستورية المتعلقة بحماية الوجود القانوني والدستوري للأموال العامة من جهة، وحماية مبدأ سير المرفق العام بانتظام واطراد من جهة أخرى، بحسبان أن هذا السير المنتظم لا يمكن تأمينه إلا بوجود المال العام، و لعل الحصاد الدستوري الثمين من هذا الموقف تمثل أولاً بإقرار المجلس الدستوري الفرنسي أن مبدأ عدم مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المساس ليس ذا قيمة دستورية، ويمكن للمشرع أن يخالفه ضمن المتطلبات التي أشار إليها المجلس، وأن حق ملكية الأشخاص العامة يمكن تفريعه إلى حقوق عينية، ولا يتطلب ذلك إلا تدخل المشرع على هدى المادة ٣٤ من الدستور الفرنسي.

١٠ - وبناء على ما تقدم من أسباب فقد تدخل المشرع الفرنسي، وأصدر القانون ٨٨ - ١٣ تاريخ ١٥/١/١٩٨٨، والذي أقر الإجارة الحكرية على المال العام، وقد استقرت الأحكام التي أتى بها هذا القانون في صلب المادة ل. ١٣١١ - ٢ من التقنين العام للجماعات المحلية. كما قام المشرع الفرنسي بإصدار القانون ٩٤ - ٦٣١ تاريخ ٢٥/٧/١٩٩٤، والتي أقرت نمطاً من الحقوق العينية يتعلق بالمال العام، وقد استقرت أحكام هذا القانون حرفياً في المواد ل. ٢١٢٢ - ٢ من تقنين ملكية الأشخاص العامة الحالي.

١١ - إن التصرفات القانونية التي يمكن أن تكون مصدراً للحق العيني حددها المشرع الفرنسي، وأطلق عليها تسمية أسناد الإشغال، وهذه الأخيرة على نوعين إما أن تكون عقدية، وإما أن تكون انفرادية، وإن الأثر القانوني المترتب على سند الإشغال هو الترخيص باشغال المال العام، وإمكانية ترتيب حق عيني على علاقة بهذا المال.

١٢ - إن أسناد الإشغال في قطر إما أن تكون مرسوماً فردياً في حالة امتياز الانتفاع على المال العام (المادة ٥ من القانون ١٠ لسنة ١٩٨٧، وإما أن يكون تعاقدياً (المادة ٦ مكرر من القانون ١٠ لسنة ١٩٨٧).

١٣ - لقد عد المشرع السوري عقود استثمار العقارات المملوكة للدولة والبلديات والمؤسسات العامة (تراخيص) صادرة عن الجهات الإدارية و دون أدنى شك فإن ذلك ينطوي على خلط واضح بين العقد والقرار الفردي، حيث لا يجوز أن يكون سند الإشغال عقداً و قراراً انفرادياً في نفس الوقت. لذلك فإن غموض هذا النص أدى من حيث النتيجة إلى صعوبة في تحديد ماهية سند الإشغال في القانون السوري.

١٤- إن وسيلة إشغال المال العام الهوائي في سورية هي العقد والقرار الإداري الانفرادي، في حين أنه في دولة قطر يتمثل في القرار الإداري الانفرادي فقط.

١٥- يتفرد المشرع القطري بحالة خاصة في سند إشغال المال العام، حيث يكون سند الإشغال نص القانون، وهذا ما نص عليه القانون ١ لسنة ٢٠١٣، والذي أعطى لشركة (الريل) الحق بحفر الأنفاق اللازمة للمشروع تحت أملاك الدولة و الأملاك الخاصة، وهو ما يعد إشغالاً خاصاً للمال العام لأن الشركة المذكورة من أشخاص القانون الخاص.

١٦- تتمتع أسناد الإشغال وفقاً لما هو مستقر عليه في النظام القانوني الفرنسي خصوصاً بجملة من الخصائص، وهي التي تعطي هذه الأسناد ذاتية قانونية متميزة عن غيرها من التصرفات القانونية.

١٧ - تثير أسناد إشغال المال العام عددا من الإشكاليات الهامة، وأول هذه الإشكاليات مدى الحاجة إلى استناد الإشغال على سند يبرره في حالة الإشغال البسيط، تلك المشكلة التي حلها القضاء الإداري الفرنسي على أساس أن الإشغال البسيط الذي لا يتجاوز حق الاستخدام الذي يتمتع به العموم لا يعد إشغالاً خاصاً، و لا يحتاج إلى سند إشغال، و ثاني هذه الإشكاليات تتعلق بإشغال المال العام المنقول، حيث أقر الاجتهاد القضائي الفرنسي إمكانية إشغال المال العام المنقول، عن طريق الاستئثار به لبعض الوقت دون عن العموم، وهو لذلك يحتاج إلى سند إشغال ليكون مشروعاً، وأقر هذا القضاء في الوقت نفسه أن استخدام صورة المال العام لاتعد استخداماً خاصاً للمال العام.

ثانياً - التوصيات:

١- نقترح أن يتبنى المشرع السوري قانوناً شاملاً يتضمن رؤياً واضحة بالنسبة للمضمون التنموي و الاستثماري للمال العام، و على أن يحدد النظام القانوني لأسناد الإشغال، بشكل يتم التمايز معه ما بين سند الإشغال العقدي، و

سند الإشغال الانفرادي، و التحديد الدقيق لمدى قابلية هذه الأسناد لإنشاء حقوق عينية على المال العام.

٢- نقتح أن يتم إلغاء القرار الانفرادي كسند لإشغال المال العام الهوائي في كل من قانوني الاتصالات القطري و السوري، و استبداله بالسند العقدي فقط، و هو ما يتجاوب مع الاتجاهات القانونية الحديثة في هذا المضمار، و لأن السند العقدي يؤمن استقراراً أكبر للعلاقة القانونية بين الشاغل لهذا المال و الإدارة. وهو ما يتجاوب بدوره مع ضرورات الاستثمار.

٣- نقتح أن يتبنى المشرع قانوناً شاملاً لملكية الأشخاص العامة في كل من سورية و قطر، يتم بموجبه إقرار حق الملكية للأشخاص العامة على مالها العام، و إمكانية تفريع هذا الحق، إلى حقوق عينية أخرى على علاقة بالمال العام محل الإشغال. وذلك كله في سبيل التوفيق بين متطلبات حماية المال العام و تنميته واستثماره، وعلى غرار تقنين ملكية الأشخاص العامة في فرنسا. ولاسيما أن مبدأ عدم المساس بالمال العام ليس مبدأً دستورياً، على غرار ما هو موجود في فرنسا، ومن ثم فإن ذلك يمكن المشرع أن يتدخل ويقرر القواعد القانونية التي من شأنها أن توفق بين متطلبات الحماية و ضرورات التنمية.

٤- اكتفى المشرعان السوري و القطري بتعريف المال العام بأنه المخصص للمنفعة العامة، إلا أن كلا المشرعين لم يبينا وجه التخصيص للمنفعة العامة، وهل هو ذلك المتعلق باستخدام العموم، أم أنه يتعلق بتخصيص المال لحسن سير المرافق العامة، وإن لتحديد ذلك أثره في إطار تحديد نطاق حماية المال العام موضوعياً، وهو ما فعله قبل ذلك المشرع و الاجتهاد القضائي الفرنسيان، لذلك نقتح أن يتبنى كل من المشرعين ما استقر عليه العمل في النظام القانوني الفرنسي بهذا الشأن.

٥- ولم يحدد كذلك المشرعان السوري و القطري فيما إذا كانت المنفعة العامة التي تخصص الأموال العامة لها، تتحقق في حال كانت الأموال معدة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

إعداداً خاصاً للمرفق أم أنها يجب أن تكون ضرورية و لازمة لعمل هذا المرفق، وقد رأينا أنه إذا كانت هذه الأموال ضرورية فقط و ليست محل إعداد خاص، فإن ذلك يضيق من مجال المال العام، ومن نطاق الحماية، و يوسع من إمكانية استثمار الإدارة لأموالها، وقد اتجه المشرع الفرنسي أخيراً إلى الأخذ بمفهوم الإعداد الضروري للمال لمصلحة مرفق معين في تقنين ملكية الأشخاص العامة الحالي، وهو ما نقترح الأخذ به في سورية وقطر.

٦- نقترح الأخذ بما سار عليه المشرع الفرنسي بشأن فكرة الالتصاق، في قطر وسورية، وبحديث تكون هذه الفكرة مقتصرة على الالتصاق ما بين مال عام للإدارة ومال خاص لها، وبعيداً عن إمكانية التصاق مال فردي بمال عام، وضمن الضوابط الموضوعية التي أتى بها المشرع الفرنسي، وبحديث يكون هناك ارتباط فيزيائي ووظيفي ما بين المالكين، وذلك كله في سبيل عدم إهدار فكرة الحماية في حال تطلبت المصلحة العامة ذلك.

٧- لا يوجد في كل من سورية وقطر تنظيم شامل لعقد تفويض المرافق العامة، حتى يمكن الحديث عن عقد التفويض كمصدر للحق العيني على المال العام، لذلك نقترح تنظيم عقود تفويض المرافق العامة ضمن تشريع واضح المعالم، ومكتمل الأركان، ولعل الأمر الجوهري الذي يجب أن يكون ضمن عناصر مثل هذا التشريع هو الاعتراف بعقد التفويض كسند لإشغال المال العام أولاً، وكمصدر للحق العيني لمصلحة المفوض إليه ثانياً، وذلك كله لأن عقد التفويض هو من العقود التي تلجأ إليها الإدارة في سبيل إدارة المرافق العامة، والتي في كثير من الحالات يقع على عاتق المفوض إليه إنجاز البنى التي يحتاجها هذا المرفق تمهيداً لأدائه لخدماته، وإن ذلك يحتاج إلى تمويل عن طريق المؤسسات المصرفية، والتي دائماً تشترط ضمانات عينية لإتمام عمليات التمويل، وهو ما يعني ضرورة إجازة رهن الحق العيني المعترف به للمفوض إليه، وهذا الأمر لا يكون إلا بالاعتراف بالحقوق العينية لمصلحة المفوض إليه أولاً.

مراجع البحث

Bibilographie

أولاً- باللغة العربية:

١. أ.د. إبراهيم عبد العزيز شيحا، الأموال العامة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦.
 ٢. أ.د. سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٩١.
 ٣. أ.د. سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، الكتاب الثالث، أموال الإدارة العامة و امتيازاتها، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٩.
 ٤. أ.د. عبد الله طلبة وأ.د. محمد الحسين ود. مهند نوح، المدخل إلى القانون الإداري، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠٠٥.
 ٥. أ.د. محمد عبد اللطيف، مبدأ الأمن القانوني، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد ٣٦، أكتوبر ٢٠٠٤، ص ٨٩.
 ٦. أ.د. محمد عبد اللطيف، القانون الإداري للأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٤.
 ٧. أ.د. محمد يوسف الحسين، د. مهند نوح، القانون الإداري، عمال الإدارة العامة وتصرفاتها القانونية، منشورات جامعة دمشق، دمشق، ٢٠١٢.
- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٨. د. مهند نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣، الطبعة الثانية.

٩. د. مهند نوح، القاضي الإداري والأمر القضائي، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، العدد ٢٠ لسنة ٢٠٠٤، ص ٢٠٩.

ثانياً - باللغة الفرنسية:

١. Auby.J.M, Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration, E.D.C.E, ١٩٥٨, n°١٢.P ٣٥.

٢. Bernard.S, La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif, L.G.D.J, Paris , ٢٠٠١, P٢٢٤.

٣. Bettio.N, La circulation des biens entre personnes publiques, L.G.D.J, Paris, ٢٠١١, p٥٠.

٤. Bezzina.A, Ch, Marcel Waline et la théorie du domaine public : les prémonitions des notes d'arrêts ; RFDA ٢٠١٤ p. ١٥١

٥. Bieusses.P, La spécificité de l'affermage, A.J.D.A, ١٩٩٦, P٦٠٨.

٦. Boiteau.C, Les conventions de délégation de service public, Le Moniteur, Paris, ٢٠٠٧.

٧. Boulet – Sautel.M, De Chopin à Proudhon : Naissance de la notion moderne de domaine public, Droit, n°٢٢, ١٩٩٥ , P٩١ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٨. Bourrachot.F, La liberté des personnes publiques de disposer de leurs biens , R.F.D.A, ٢٠٠٣ , P١١١٠.

٩. Braconnier. S, Les BEA et AOT constitutives de droits réels, La Semaine Juridique. A.C.T, n° ٥١-٥٢, ١٩ Décembre ٢٠١١, P.٢٣٩٥

١٠. Brisson. J.F, L'adaptation des contrats administratifs aux besoins d'investissement immobilier sur le domaine public, Les aspects domaniaux des contrats de partenariat, AJDA ٢٠٠٥ p. ٥٩٦.

١١. Brouant.J.Ph, Domaine public et libertés publiques instrument garantie ou atteinte? Petites Affiches ; ١٥١٧١١٩٩٤ ; n°٨٤, pp٢١ et ٢٢.

١٢. Caillose.J, Le droit administratif contre performance publique, A.J.D.A, ١٩٩٩, P١٩٥.

١٣. Charmard-Heim,.C, Les conventions d'occupation du domaine public local, La Semaine juridique.A.C.T, ٢٠١٣, P٢١٨١.

١٤. Clémence.M.C, La théorie des biens de retour : enjeux juridiques et fiscaux, A.J.C.T, ٢٠١٤, P٤٤٥.

١٥. Codfrin.PH, Droit administratif des biens , A.Colin, Paris, ٦ed, P١٢٥.

١٦. David.B.B, Droit administratif des biens, Paris, Aualino, Yed,p٥٣.
١٧. Defix.S, Le domaine public virtuel, sans déclassement formel, demeure éternel, A.J.C.T, ٢٠١٣ p. ٣٤٧.
١٨. De Montecler.M.Ch, Illicéité d'une clause contractuelle méconnaissant le principe d'inaliénabilité du domaine public, A.J.D.A, ٢٠١١, P٩٢٥.
١٩. De Montecler.M.Ch, Une autorisation d'occupation est précaire même si elle ne le dit pas, A.J.D.A, ٢٠٠٩, p٢٣١.
٢٠. Delvolvé.P, Les dispositions relatives aux droits sur le domaine des personnes publiques : incohérence, R.D.I, ٢٠١٠, P٥٨٥.
٢١. Delvolvé.P, Le bail réel immobilier administratif, RDI, ٢٠١٣, p. ٤٠٥.
٢٢. Dénoyer.J.F, L'exploitation du domaine public, L.G.D.J, Paris, ١٩٦٩, P١٠٤.
٢٣. Derboulle.Ph.L, Les redevance dominiales depuis l'adaptation du code général de la propriété des personnes publiques, une obscure clarté, R.F.D.A, ٢٠١٣, P١١٤٩.
٢٤. Didriche.O, Le conseil d'Etat clarifie les règles applicables aux biens des DSP et des concessions des travaux, A.J.D.A, ٢٠١٣, P٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٢٥. Douence.M, L'inaliénabilité du domaine public, De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques AJDA ٢٠٠٦ p. ٢٣٨.

٢٦. Duguit.L, Traité de droit constitutionnelle, Editions Cujas, Paris, ٢ ed, T٢,P٣٥٣ et.s.

٢٧. Dyens.S, Le BEA est-il devenu le droit commun de valorisation dominal ? A.J.C.T, ٢٠١٣,P٨٠.

٢٨. Eveillard,Gm L'application dans le temps des nouveaux critères de définition du domaine public, Dr.Adm.٢٠١٠, etude ٢١.

٢٩. Fatome.E – Terneyre.PH, Commentaire de décret n°٩٥-٥٩٥ du ٦-٥-١٩٩٥, relatif à la constitution de droit réels sur le domaine public, A.J.D.A, ١٩٩٥,p٩١٣.

٣٠. Fatome.E, a propos de l'incorporation domaine public, A.J.D.A, ٢٠٠٦, P٢٩٢.

٣١. Fatôme.E, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public, AJDA ٢٠٠٣ p. ١١٩٣.

٣٢. Fatome.E, Commentaire de décret n°٩٥-٥٩٥ du ٦-٥-١٩٩٥, relatif à la constitution de droit réels sur le domaine public, A.J.D.A, ١٩٩٥, p٩١٣.

٣٣. Fatôme.E, Le statut des biens des délégations de service public, Après l'arrêt Commune de Douai, AJDA ٢٠١٣ p. ٧٢٤.

~~٣٤. Fournier.A, Jacquot.H, Un nouveau statut pour les occupants du domaine public, AJDA ١٩٩٤ p. ٧٧٤.~~

٣٥. Gaudemet .Y, Les droits réels sur le domaine public, AJDA ٢٠٠٦ p. ١٠٩٤

٣٦. Gaudemet.Y, Droit administratif des biens, T٢, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠٢, p٧٨.

٣٧. Gaudemet.Y, L'avenir des propriétés publiques, Dalloz, Paris, PUF, ed du juris classeur, ١٩٩٩, P٥٦٧.

٣٨. Gaudemet.Y, Superposition de la propriété privée et du domaine public, ١٩٧٨, chron, p٢٩٦.

٣٩. Gondouin.G, Contrôle de constitutionnalité de la loi du ٢٥ juillet ١٩٩٤ complétant le code du domaine de l'Etat et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, AJDA ١٩٩٤ p.٧٨٦.

٤٠. Gros.M, L'affectation, critère central de la dominalité publique, R.D.P, ١٩٩٢, P٤٨.

٤١. Hauriou.M, Précis de droit administratif, Siery, Paris, ١٩٣٣, P٧٩٥ et P٨٦٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٤٢. Ho Si Fat, Comment distinguer de service public, et la convention d'occupation dominal ? A.J.D.A, ٢٠٠٤, P٢٢٢٧٤.

٤٣. Hubrecht.H, Faut-il définir le domaine public et comment ? Méthode énumérative et méthode conceptuelle, AJDA ٢٠٠٥ p. ٥٩٨.

٤٤. Juen,Ph, La compatibilité du principe d'inaliénabilité avec la constitution de droits réels, RDI ٢٠٠٠ p. ١٢١.

٤٥. Laget-Annamayer.A, Occupation du domaine public et intérêt général, D'un pouvoir de gestion étendu des autorités domaniales à une liberté d'action encadrée, AJDA ٢٠٠٣ p. ١٢٠١.

٤٦. Laubadère.A – Gaudemet.Y, Traité de droit administratif, L.G.D.J, Paris, T٢, ١٩٩٨, p١٢٦.

٤٧. -Lavialle. Ch . La constitution de droits réels sur le domaine public de l'Etat. R.F.D.A, ١٩٩٤, P١١٠٧.

٤٨. Lavialle.CH, Le Domaine public une catégorie juridique menacée? A propos de L'arrêt de conseil d'Etat, Assemblée, ٢٣-١٠-١٩٩٨, Electricité de France, R.I.D.A, ١٩٩٩, pp ٥٨٣ et ٥٨٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٤٩. Lavalie,Ch, Voie de fait et domaine public, RFDA
٢٠٠٠ p. ١٠٤٢.

٥٠. Leyte.G, Domaine et dominalité publique dans Le
France médiévale c XLE –XVE siècles, Thèse, ParisII, ١٩٩٣,
p٤٠٧.

٥١. Long.M–Weil.P–Braiban.G –Delvolvé.P–
Genvois.B, Les grands arrêts de la jurisprudence
administrative, Dalloz, Paris, ١٩٩٩, ١٢ed,

٥٢. Melleray.F, L'utilisation privative du domaine
public, quelques difficultés illustrées par jurisprudence récent,
A.J.D.A, ٢٠١٣, p٩٩٥.

٥٣. Memouoff.C, Domaine public et entreprise privé,
La dominalité publique mise en péril par le marché, th,
Perpigon, ١٩٩٦, P ٩١.

٥٤. Mollin.G, Vers l'érosion de la théorie des biens de
retours. A.J.D.A, ٢٠١١, P٣٦٣.

٥٥. Moysan.H, Le droit de propriété des personnes
publiques, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠١.

٥٦. Pauliat.H, Droit réel et propriété publique : Une
conciliation délicate, D, ١٩٩٥, p.٩٧.

٥٧. Pelloux.R, Le problème du domaine public,
évolution et solutions, D, ١٩٣١, p٢٩٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٥٨. Piaui.C, Valorisation des propriétés publiques, J.C.P, adm.n°٤٣-٢٣-١٠-٢٠٠٦, P١٣٧٩.
٥٩. Querrien.M, La Nouvelle gestion du domaine public immobilier de l'Etat , R.F.A.P,n°٧٦.oct-déc-١٩٩٥, P١٧٦.
٦٠. Rapone.D, La patrimonialité des actes administratifs en matière de communications électroniques, R.F.D.A, ٢٠٠٩, P٣٩.
٦١. René Chapus, Droit administratif général, ١٢e éd., Montchrestien, t. ٢, Paris, ١٩٩٨, n° ٥٠٢, p. ٤٠٧.
٦٢. Rézenthel.R, Vers meilleure protection contre la précarité de l'occupation du domaine public, A.J.D.A, ٢٠٠١, P١٠٢٥.et.s.
٦٣. Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, ٢٠٠٤, ٤ed, P٥٧٣. Richer.L, Droit des contrats administratifs, L.G.D.J, Paris, ٢٠١٠, p٥٦٩.
٦٤. Rigaud.L, La théorie des droits réels administratifs, Toulouse, Recueil Sirey, ١٩١٤, P٣١٠ et.S.
٦٥. Rozet.CH, L'aménagement indispensable, un critère discuté de réduction du domaine public, AJDA ٢٠٠٧ p. ٥٧١.

٦٦. Tsiklitiras.S, La protection des libertés publiques par le juge judiciaire, L.G.D.J, Paris, ١٩٩١.

٦٧. Trotobas.L, De l'utilisation du domaine public par les particulier, Essai de classification juridique, thèse, Paris, ١٩٢٤.

٦٨. Van Long. Gondouin.G .Inserguet – Brisset.V, Dictionnaire de droit administratif, A.Colin,Paris, ٢٠٠٥,p ٢٧.

٦٩. Yolka.Ph, Un Etat sans domaine ? AJDA ٢٠٠٣ p. ١٠١٧, P١٠١٧.

٧٠. Yolka.PH, Faut-il réellement abandonner la domanialité publique virtuelle ? La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° ٨, ٢٢ Février ٢٠١٠, ٢٠٧٣.

٧١. Zenati.F, Construction sur le terrain d'autrui, R.T.D.C, ١٩٩٤ , p٨٨٩.

التعديل الانفرادى لعلاقة العمل

دراسة لإنفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل بين
مقتضيات تنظيم العمل واحترام القوة الملزمة للعقد

بحث مقدم من

الدكتور/الصغير محمد محمد خضر مهدى .

مدرس القانون المدنى بكلية الحقوق .جامعة أسوان.

هاتف: ٠١٠١٠٤٠٣٩٥٣ - ٠١٢٢٦٨٩٦٦٨٢

بريد إلكترونى: mr.soghair@hotmail.com

مقدمة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ينظم قانون العمل -والى جانبه القانون المدنى وبعض القوانين الخاصة الاخرى- عقد العمل فى اطار قاعدة ان العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه او تعديلها الا باتفاق الطرفين او للأسباب التى يقررها القانون ،و يعبر عن ذلك فقها وقضاء بمبدأ القوة الملزمة للعقد ،و ذلك كله بهدف استقرار المعاملات ،اذ انه لو سمح لأى طرف فى العقد بنقضه او تعديلها ،لما كان هناك استقرار او طمأنينة فى العمل^١ . فالأرادة المشتركة هى التى أنشأت العقد ،وهى التى تستطيع وحدها انتهاء او تعديل العلاقات المتولدة عنه ، فلا يجوز بحسب الاصل لأحد العاقدين الأفراد بنقض العقد او تعديله دون رضا الطرف الأخر^٢ .

ويتحدد مضمون العقد بما يتفق عليه الطرفان ،فيكون للطرفين حرية تحديد المسائل التى يتكون منها مضمون العقد مادام تحديدها لا يخالف النظام العام ،و الاداب^٣ . وهنا يرمى وجوباً النظام العام الحامى للطرف الضعيف "العامل" بمفهومه فى القانون الاجتماعى .

وتطبيقاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فإن من حق العامل أداء العمل المتفق عليه لأن ذلك يمثل التزامه الرئيسى ،و أن صاحب العمل ملتزم بتقديم العمل المتفق عليه فى العقد إلى العامل و إتاحة فرصة تشغيله ،و لا يملك صاحب العمل إجبار العامل على أداء عمل غير العمل المتفق عليه ،و لا الخروج على القيود المشروطة فى الاتفاق إلا إذا رضى العامل بذلك ،إذ لا يمكن لرب العمل ان يستبد بتغيير شروط العقد إعتماً على مبدأ سلطان الارادة لأنه لو أعمل هذا المبدأ فى هذا المجال لترتب عليه نتائج خطيرة تكون لها إنعكاساتها السلبية على الاقتصاد و

محمد عبد الغفار البسيونى ، سلطة رب العمل فى الانفراد بتعديل عقد العمل ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ١٩٩٤ ، ص ٧ .^١

^٢ د. محمود جمال الدين دكى ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى ، الجزء الاول ، مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ، ١٩٧٥ ، ص ٣٠٩ .

^٣ د. عبد المنعم البدر اوى ، مصادر التزام ، الجزء الاول ، سنة ١٩٧٥ ، ص ٣٠٥ .

^٤ د. حسن كيرة ، اصول قانون العمل ، عام ١٩٦٩ ، ص ٣٢٢ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

على سير المرافق العامة و الخاصة .^١ و في هذا الاطار يكون المعنى العام لمفهوم مبدأ القوة الملزمة لكافة العقود ومنها بلاشك عقد العمل .

و من كل ما تقدم نتضح اهمية موضوع البحث من النواحي الاقتصادية و القانونية و الاجتماعية ، حيث ان عقد العمل يعد الاداة القانونية الهامة لتحقيق التنمية الاقتصادية من قبل العامل و رب العمل في مشروع الاخير . كما انه "اي عقد العمل" يمثل مناطاً لاعمال معظم احكام قانون العمل ، وبموجبة يتحقق لصاحب العمل هدفه من المشروع و يتحقق للعامل حقه في العمل و التعبير عنه اجتماعياً و بموجبه يتوافر الدخل او المورد المالى اللازم للعامل للعيش الاجتماعى بكرامة . وان فى انفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل ما يؤثر بالسلب على النواحي المذكورة مالم يتم فى اطار يتحقق بموجبة الاهداف الاقتصادية و القانونية و الاجتماعية للمجتمع و يتحقق لاطراف العقد "العامل و رب العمل" مصالحهم المشروعة ، خاصة و ان القطاع الخاص يلعب دوراً جوهرياً فى الحياة الاقتصادية و الاجتماعية فى مصر و فى تزايد مستمر يدعونا الى بحث مسألة التعديل الانفرادى لعقد العمل موضوع البحث .

و إن كان ما تقدم يبدو واضحاً فى اطار المعنى العام لمبدأ القوة الملزمة للعقد ، إلا أن الوضع لدى البعض من الفقه يتخذ وضعاً مختلفاً— اى خاصاً— بالنسبة لعقد العمل ، وذلك نظراً لان صاحب العمل يتمتع بسلطة الانفراد بتعديل بنود فى عقد العمل ، خاصة و ان عقد العمل يعد عقد زمنى ، و تبدو اهمية أمكانية التعديل بالنسبة لصاحب العمل من نواح متعددة فقد تقتضيه الضرورة منعاً لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عنه أو قد تقتضيه ضرورة حسن سير العمل أو الظروف الاقتصادية التى يمر بها المشروع كما قد يقتضى التعديل كفاءة العامل و إمكانياته الشخصية ، فكل هذه الإعتبارات — كما يبدو للبعض — تتعارض مع الجمود

^١ STabilite du rapport contractuel paris ١٩٦٠ par Jean Marc-
مشار اليه لدى . احمد خلف البيومى ، السلطة التنظيمية لرب العمل و أثرها على الاستقرار المهنى للعمالة . مجلة المحاماه ، العددان الاول و الثانى يناير و فبراير ، ١٩٨٧ ، السنة السابعة و الستون ، ص ٥٧ .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية و الاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التي تفرضه القواعد التقليدية المتمثلة في قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فعلاقة العمل لا بد ان تحوطها المرونة الكافية للوفاء بهذه الحاجات .^١

ولما كان رب العمل هو سيد عمله - او مشروعه - فله الحرية في تنظيم العمل على الوجه الذي يراه كفيلاً للنهوض بمؤسسته و تحقيق الاغراض التي هدف إليها دون أن يشاركه بحسب الأصل في ذلك أحد من العمال ، كما أن في التقيد بمبدأ القوة الملزمة للعقد - على إطلاقه - إعاقة لحياة المشروع ونموه و اضطراب نشاطه ، وخاصة ان عقود العمل في اغلبها عقود غير محددة المدة . وهذه الطائفة من العقود تقتضى وجود فترة زمنية لامكان تنفيذ الالتزامات المتقابلة ، وعقود المدة لا يمكن ان تستمر في الوجود ان لم تتكيف مع المستجدات المؤثرة على حياة العقد .^٢

ومن المعلوم ان عقد العمل عقد زمني ينظم - غالباً من شروط العمل - و بإيجاز موضوع العمل في اطار المشروع و هذا المشروع يتعرض لمؤثرات كثيرة . فكما يعرف فترات ازدهار و انتعاش قد يتعرض لفترات ركود و ازمات اقتصادية . فقلة الطلب على منتجات المشروع أو إدخال تكنولوجيا جديدة في العمل و التصنيع أو التوسع في المشروعات و غيرها من الامور تستدعي التغيير في طبيعة العمل المطلوب من العامل اداؤه^٣ ، ومن هنا تضح اهمية السلطة التنظيمية لرب العمل و التي تتعايش و لا تتعارض - في رأينا - مع مبدأ القوة الملزمة لعقد العمل .

^١ - احمد خلف البيومي ، السلطة التنظيمية لرب العمل و أثرها على الاستقرار المهني للعمال . مرجع سابق ، نفس الموضوع . د. انور احمد الفزيع ، سلطة رب العمل في تغيير طبيعة العمل المتفق عليه ، مجلة الحقوق ، الكويت ، السنة ١٢ ، العدد ٤٤ ، ديسمبر ١٩٨٨ .

^٢ JEAN SAVATIER, la modification unilaterial du contrat de travail . Dr.Soc. ١٩٨١ .no.٣ .Mars.p.٢١٩ .

^٣ -BRNARD TEYSSIE ,LA mdeification du contract de travail .instrument de gestion de La enterpris.Dr.Soc. ١٩٨٦ .no.١٢ .Dec.p.٨٥٢ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وبالرغم مما سبق الا ان البعض من الفقه يكاد يصور مسألة تعديل عقد العمل بالارادة المنفردة بالصراع المتبادل بين مبدا القوة الملزمة للعقد و سلطة رب العمل التنظيمية في ادارة مشروعه، حيث ان انفراد رب العمل بإجراء تعديل في عقد العمل قد يترتب عليه المساس بحقوق العمال ومكاسبهم، مما يعنى ان من مصلحة العمال التمسك بالقوة الملزمة للعقد، وعدم السماح لرب العمل بإجراء تعديل في عقد العمل لا يوافق عليه العامل¹.

وعلى ذلك نرى ان تعديل عقد العمل لا يثير مثل هذا الصراع بل يثير فكرة تطوير قاعدة القوة الملزمة للعقد لتتعايش مع فكرة السلطة التنظيمية لرب العمل للتوفيق بين المصالح المتعارضة و التي لا تشكل الا اعمال الاحكام قانون العمل او النصوص الخاصة المنظمة لعقد العمل حيث حق ارباب الاعمال في ادارة و تنظيم مشروعاتهم في اطار احترام القوة الملزمة للعقد .

و يمكن ان نقرر بان من دواعى دراسة موضوع البحث توضيح المعنى المقصود لانفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل، و بيان حقيقة الاحكام المنظمة للتعديل في اطار من التعايش بين القوة الملزمة للعقد و مقتضيات تنظيم المشروع، وذلك من خلال المنهج التطبيقي المقارن .

وبهذا نتناول الحديث عن إنفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل ، من خلال خطة بحث مقسمة الى اربعة مباحث ، مبحث تمهيدى نحدد فيه مفهوم علاقة العمل "محل التعديل" و نظامها القانونى ، و ثلاثة مباحث اخرى ، نتناول في الاول منهم

¹ - وهذا يكشف حقيقة عن تعارض مصالح العمال و رب العمل و ذلك يحتاج للتوفيق ، حيث يجد العمال في القوة الملزمة للعقد حفاظاً على حقوقهم و مكاسبهم بينما يرى ارباب الاعمال ضرورة تمكينهم من عمل تعديلات على عقود العمل كلما دعت الحاجة الى ذلك استناداً الى السلطة التنظيمية التي منحها لهم قانون العمل لتنظيم و ادارة مشروعاتهم . ومن هنا كان الرأى بوجود التوفيق بين مبدا القوة الملزمة للعقد ومبدأ سلطة رب العمل في التعديل اى في تنظيم مشآته . انظر . د. انور احمد الفزيع . سلطة رب العمل في تغيير طبيعة العمل المتفق عليه . مجلة الحقوق . كلية الحقوق ، جامعة الكويت . السنة ١٢ . العدد الرابع . ديسمبر ١٩٨٨ . ص ٨٦ . و محمد عبد الغفار البسيونى ، سلطة رب العمل في الانفراد بتعديل عقد العمل ، = رسالة دكتوراة سابقة ، ص ١٢ . GERORD COUTURIER . les techniques et droit du travail , dalloze , ١٩٧٥ . P٢٢٢

بيان ماهية التعديل ، و فى المبحث الثانى ندرس سلطة صاحب العمل فى التعديل ، و فى المبحث الثالث و الاخير نتناول دراسة اثار التعديل .

مبحث تمهيدى

مفهوم علاقة العمل ونظامها القانونى

تمهيد وتقسيم :

تتعدد و تتنوع علاقات العمل الانسانى المنظم داخل المجتمع ، حيث نجد ان هذا العمل ينقسم من حيث الشخص المستفيد من عمل العامل الى عمل عام و عمل خاص ، و من حيث استقلالية العامل فى اداء العمل ينقسم الى عمل مستقل ، و عمل مشترك و عمل تابع . و يترتب على ذلك ان يستقل كل نوع من هذه الانواع بتنظيم قانونى خاص به .

و لما كان قانون العمل يتناول بالتنظيم القانونى العمل الخاص التابع للمأجور ، فان العلاقة محل التعديل الانفرادى من قبل صاحب العمل هنا هى عقد العمل الفردى ، و من ثم فانه يلزم بيان مفهوم و احكام هذه العلاقة ، خاصة و ان قانون العمل يتناول بمناسبة تنظيمه للعمل الخاص التابع للمأجور تنظيم اتفاقات او علاقات العمل الجماعى و التى تخرج عن نطاق الدراسة فى هذا البحث و التى لا تنور بشأنها اشكالية التعديل الانفرادى لعقد العمل .

وعلى ذلك نتناول تحديد مفهوم و نظام علاقة العمل محل التعديل الانفرادى من قبل صاحب العمل فى المطلبين التالين :

المطلب الاول : مفهوم علاقة العمل .

المطلب الثانى : التنظيم القانونى لعقد العمل .

مطلب أول

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

مفهوم علاقة العمل

تقسيم :

نحدد مفهوم علاقة العمل محل التعديل الانفرادى لصاحب العمل من خلال التعريف بعقد العمل و بيان خصائصه ،و سرد مقوماته او عناصره التى تميزه عن غيره من العقود الاخرى المشابهة .وذلك كله فى الفروع التالية :

الفرع الاول :التعريف بعقد العمل .

الفرع الثانى : مقومات عقد العمل و ذاتيته .

الفرع الأول

التعريف بعقد العمل

نتناول التعريف بعقد العمل موضوع التعديل الانفرادى من خلال تعريفه و تحديد خصائصه .

أولاً: تعريف عقد العمل: عرف المشرع المصرى فى نص المادة رقم ٦٧٤ من القانون المدنى عقد العمل بأنه "عقد يتعهد فيه أحد المتعاقدين بأن يعمل فى خدمة المتعاقد الآخر و تحت إدارته وإشرافه مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر". وهذا التعريف يفيد بأن الأصل فى علاقة العمل إنها علاقة عقدية من حيث التكوين على الأقل بما يفيد بأن إرادة الطرفين العامل وصاحب العمل هي التي تؤدى إلى إنشاء هذه العلاقة^١.

^١ - حيث إن علاقة العمل قد تكون غير عقدية كما هو الحال فى شأن علاقة العمل الفعلية التي قد تكون متولدة عن عقد العمل الباطل، أو تكون ناتجة عن القيام بالعمل دون وجود علاقة عقدية، ويستحق فيهما العامل مقابل عادل لعمله. هذا وعن عقد العمل كمصطلح نلاحظ أنه حديث الاستعمال حيث إن استعماله لا يرجع لأكثر من أوائل القرن العشرين، وكان ينظر إلى عمل الإنسان على أنه سلعة وكان هذا العمل يخضع لقانون الإيجار. راجع، د. السيد عيد نائل، قانون العمل الجديد، وحماية العمال من مخاطر بيئته، رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣/٢٠٠٤. القاهرة، ص ٨٣-٨٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وفي قانون العمل الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ تناول المشرع تعريف عقد العمل في نص المادة رقم ٣١ على أنه العقد "الذي يتعهد بمقتضاه عامل بأن يعمل لدى صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه لقاء أجر أيًا كان نوعه".

وعلى ذلك إذا كان قانون العمل يفترض أساسًا وجود علاقة من علاقات العمل فمثل هذه العلاقة تنشأ عادة بناء على عقد. فالقاعدة أن العلاقة بين صاحب العمل وعامله ينظمها عقد يتم برضاها ويسمى عقد العمل الفردي تمييزًا له عن عقد العمل المشترك "الجماعي" الذي يربط نقابة عمال مع أحد أصحاب العمل بشأن الشروط الواجب احترامها في عقود العمل الفردية كتعيين الحد الأدنى للأجور^١.

ويمتاز تعريف المشرع في قانون العمل لعقد العمل بدقة عبارته وحسن صياغته واشتماله على العناصر الأساسية الثلاثة لعقد العمل، وهي العمل الخاص. والتبعية، والأجر^٢.

ثانيًا: خصائص عقد العمل: وفقًا للتعريف السابق لعقد العمل نجد ان هذا العقد يتميز بعدة خصائص نوجزها كما يلي:

١- عقد العمل عقد ملزم للجانبين^٣: يرتب عقد العمل منذ إبرامه التزامات مختلفة على عاتق كل من طرفيه، أهمها التزام العامل بالعمل والتزام صاحب العمل بدفع الأجر للعامل. ويترتب على ذلك إنه في حالة امتناع أحد

^١ - ومن الجدير بالذكر ان مثل هذه الشروط التي ينظمها عقد العمل الجماعي تضحى بنودًا اتفاقية في عقد العمل الفردي. ونظرًا لكثرة عقود العمل الفردية حيث يرتبط عادة صاحب العمل بعقد خاص بكل عامل من عماله بحيث يستقل كل عامل بعقده عن باقي زملائه في المحل فقد جرت العادة على أن ذكر عقد العمل بدون نعت يعتبر كافيًا للدلالة على أنه عقد العمل الفردي وليس المشترك أو الجماعي حتى أن القانون المدني ينظم عقد العمل الفردي دون ذكر هذا النعت أو الوصف. راجع، د. السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، وعقد العمل الفردي، ٢٠١٥، بدون ناشر، ص ٩٩.

^٢ - وإن كان هذا التعريف لا يختلف في غير ذلك عن التعريف الذي أورده القانون المدني، ولا عن التعريف الذي ورد في قوانين العمل القديمة أرقام ١٣٧ لسنة ١٩٨١، ٩١ لسنة ١٩٥٩، ١٣٧ لسنة ١٩٥٢.

^٣ - راجع د. السيد محمد عمران، شرح قانون العمل الجديد، مرجع سابق، ص ١٠٥. د. السيد عيد نايل، قانون العمل الجديد، مرجع سابق، ص ٨٤-٨٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الطرفين عن تنفيذ كل أو بعض التزاماته فيحق للطرف الآخر طلب الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ.

-٢-

عقد العمل عقد معاوضة^١: يعتبر عقد العمل من عقود المعاوضة وليس من عقود التبرع، يأخذ كل من طرفيه مقابلاً لما يعطي فالعامل يقدم العمل، ويأخذ أجراً في مقابل ذلك، وصاحب العمل يدفع الأجر وينتفع بالعمل عوضاً عنه.

-٣-

عقد العمل من عقود المدة في أغلب الأحوال^٢: يلتزم العامل في أغلب الأحوال بتقديم عمله لمدة من الزمان معينة أو غير معينة بحيث يكون الزمن في عقد العمل ضرورياً لقياس العمل كما يلتزم صاحب العمل بتقديم الأجر للعامل على أساس مدة عمله، ومن ثم يكون الزمن ضرورياً لتحديد مقدار الأجرة.

ولذلك يعد عقد العمل عقداً زمنياً بحسب الأصل، و فورياً في بعض الحالات التي يتفق فيها المتعاقدان على ضرورة تحقيق نتيجة معينة بصرف النظر عن الزمن الذي ينفق في الوصول إلى هذه النتيجة، مثال ذلك حالة حساب الأجر بالقطعة^٣.

-٤-

عقد العمل عقد رضائي^٤: ينعقد عقل العمل بمجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين ولا يشترط لتمامه شكل خاص، وقد نصت المادة ٦٧٧ من

^١ - ولذلك فإن أجر العامل يعتبر التزاماً جوهرياً في عقد العمل بحيث إذا كان الاتفاق على تشغيل العامل بدون أجر فلا يوجد في هذه الحالة عقد عمل وإنما يوجد في الواقع عقد تفضلي أو هبة إذا توافرت فيه شروط الهبة وثبت فيه التبرع أو يعتبر عقد وكالة بدون أجر، ومرجع كل ذلك ظروف الحال وغياب الأطراف. راجع د. السيد محمد عمران، المرجع السابق، ص ١٠٤.

^٢ - راجع، د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص ٨٥.

^٣ - حيث إن العقد الزمني هو ذلك العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه بحيث يكون الزمن هو المقياس الذي يقدر به الالتزامات المتقابلة فيه، أما العقد الفوري فهو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه. هذا مع أن بعض الفقه يرى أن المدة ركن أساسي في عقد العمل، وهو يعتبر عقداً مستمراً حتى لو كان الأجر يتحدد بالقطعة أو أن إنجاز القطعة ولو كانت واحدة يقتضي أن يبقى العامل في أداء عمله فترة من الزمن وإن قصرت.

راجع، د. عبد الفتاح عبد الباقي، أحكام قانون العمل الكويتي، ١٩٨٢، ص ١٧٤.

^٤ - وعلى ذلك يكفي تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين حتى ينعقد عقد العمل، أما عن الإثبات فإنه وفقاً لنص المادة رقم ٣٠ من قانون العمل يجب أن يكون عقد العمل ثابتاً بالكتابة، ولكن إذا لم يوجد عقد مكتوب، جاز للعامل وحده إثبات حقوقه بكافة طرق الإثبات، يلتزم صاحب العمل بالإثبات بالكتابة. راجع د. السيد محمد عمران، المرجع السابق، ص ٤١٠٤. د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص ٨٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

القانون المدني صراحة على أنه "لا يشترط في عقد العمل أى شكل خاص ما لم تنص القوانين واللوائح الإدارية على خلاف ذلك".

٥- عقد العمل عقد مسمى: يعتبر عقد العمل الفردي عقد من العقود المسماة لأن المشرع وضع له أحكام تستقل بتنظيمه وذلك بموجب أحكام قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ حيث تناولت المواد من رقم ٣١ حتى رقم ١٣٠ تنظيم موضوع هذا العقد واضعاً له اسم خاص به هو عقد العمل الفردي. وذلك إلى جانب القواعد الواردة في القانون المدني المنظمة لعقد العمل المدني.

٦- عقد العمل من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي من جهة العامل: تراعي شخصية العامل عند إبرام عقد العمل فيأخذ صاحب العمل مهارته وسلوكه بعين الاعتبار، ومن ثم يجب ان يؤدي العامل العمل بذات نفسه، فلا يجوز له تغييره دون موافقة صاحب العمل، أى أن يحل شخصاً آخر محله في العمل، كما أن عقد العمل ينقضي حتماً بوفاة العامل.

٧- عقد العمل عقد مساومة^١: الأصل أن عقد العمل يعتبر من عقود المساومة، وليس من عقود الإذعان، وإن كان في بعض الأحيان توجد مصانع تحتكر سوق العمل في مكان معين، وبذلك تتمكن من إملاء شروط عقد العمل، ولكن ذلك لا يكفي لوصف عقد العمل بأنه عقد من عقود الإذعان، حيث أن حرية صاحب العمل محدودة فلا يستطيع إملاء أية شروط بسبب تنظيم قانون العمل لتفصيلات كثيرة في عقود العمل وتقرير صفة النظام العام لهذا القانون.

الفرع الثاني

^١ - وفي الفقه الإسلامي لعقد إجارة الأشخاص طابع شخصي من جهة الأجير "العامل" وتطبيقاً لذلك تنص المادة ٦١٤ من مجلة الأحكام الشرعية على أنه "ليس للأجير الخاص أن ينيب عنه أحدًا فيما استؤجر له"، أما صاحب العمل فإن عقد العمل لا يعد عقدًا شخصيًا من جهته إلا إذا روعيت شخصيته في إبرام العقد، ومن ثم فالقاعدة أن عقد العمل لا ينقضي بوفاته إلا إذا كانت شخصيته قد روعيت في إبرام العقد. راجع: د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص ٨٦. ^٢ - ومع هذا فإن التنظيم الأمر لعقد العمل يمكن أن يصور الأمر لدى بعض الفقه أن عقد العمل ليس بعقد محض، أي ليس بطبيعة عقدية محضة، وإنما يتصور أنه مختلط "طبيعة عقدية وتنظيمية" يغلّب عليها الطابع النظامي، ويؤيد هذا التصور فكرة النظام العام الحامي، وإن كان كل ذلك غير كافي في رأينا للقول بالطبيعة المختلطة لعقد العمل "العقدية والنظامية". بل يظل عقد على الأقل من حيث النشأة والتعديل والإنهاء فيما عدا ما يتصل بالقواعد ذات الصبغة الأمرة وفق النظام العام الحامي للعامل كطرف ضعيف. راجع د. السيد محمد عمران، المرجع السابق، ص ١٠٦-١٠٧. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

مقومات عقد العمل وذاتيته

نتناول دراسة مقومات عقد العمل و تحديد ذاتية من خلال تحديد العناصر التي بموجبها يتحدد العمل موضوع علاقة العمل محل التعديل الانفرادى،و التي بموجبها ايضاً يتميز عقد العمل عن غيره .

أولاً: مقومات أو عناصر عقد العمل:

- ١- العمل : أن الأداء الرئيسي المقصود من عقد العمل هو قيام العامل بالعمل ويتميز العمل الذي يكون محلاً لعقد العمل بأنه عمل خاص وتابع أو خاضع يتم تحت إدارة وإشراف صاحب العمل، كما أنه يتميز بأنه عمل مأجور .
- ٢- الأجر : تبين لنا سابقاً أن عقد العمل من عقود المعاوضة، يقوم فيه العامل بالعمل لقاء أجر، ويدفع فيه صاحب العمل الأجر لقاء ما ينتفع به من عمل عوضاً عنه. والنص صريح في القانون المدني وفي قانون العمل على حصول العامل على أجر مقابل عمله. وعلى ذلك فإن العقد الذي يتبرع فيه شخص بعمله لآخر لا يكون عقد عمل، وإنما عقداً من عقود التبرعات او من عقود الخدمات المجانية.

هذا في حين أن عدم الاتفاق صراحة على أجر مقابل العمل لا يكفي بذاته لاعتبار العقد عقد تبرع إلا أن المادة رقم ٦٨١ من التقنين المدني قد وضعت قرينتين قابلتين لإثبات العكس على انتفاء نية التبرع رغم عدم الاتفاق على الأجر، إذ تنص على أنه "يفترض في أداء الخدمة أن تكون بأجر إذا كان قوام هذه الخدمة عملاً لم تجر العادة بالتبرع به، أو عملاً داخلاً في مهنة من أداه". ويعتبر الأجر عنصراً جوهرياً في عقد العمل أياً كانت صورته وكيفية تحديده أو حسابه وطريقة دفعه.

٣- **التبعية** ^١: يعد من أهم شروط سريان أحكام قانون العمل على علاقة العمل أن يكون العمل تابعاً بمعنى أن يقوم به الشخص "العامل" لحساب غيره "صاحب العمل" وتحت إشراف وسلطة هذا الأخير، وهذا يعني فكرة التبعية، والتبعية مع ذلك تعتبر عنصراً مميزاً لعقد العمل عن غيره من العقود الأخرى.

والمقصود بالتبعية هنا التبعية القانونية "التنظيمية أو الإدارية" التي تتمثل في خضوع العامل لإشراف صاحب العمل ورقابته وهو ما قرره المادة رقم ٦٧٤ من القانون المدني وقرره المادة رقم ٣١ من قانون العمل.

والتبعية هنا هي التبعية القانونية وفقاً للمفهوم الغالب للتبعية، ويكفي لتحقيق التبعية القانونية ظهورها ولو في صورتها التنظيمية أو الإدارية بان يخضع العامل لإشراف وتوجيه صاحب العمل ^٢.

ثانياً: تمييز عقد العمل عن غيره: تدق التفرقة أحياناً بين عقد العمل وبين غيره من العقود، ويجب على القاضي، في حالة النزاع أمامه أن يكيف العقد بحيث يبين

١- انظر تفاصيل أكثر عن التبعية وتطبيقاتها، د. همام محمد محمود زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠٠٧، ص ٣٩ وما بعدها.

٢- وقد تناول الفقه والقضاء بيان مفهوم التبعية ما بين تبعية اقتصادية، وتبعية قانونية، وتتصرف مفهوم التبعية الاقتصادية إلى حاجة العامل إلى أجره كمورد رزقه الوحيد، أي أن يعتمد العامل في معيشتة اعتماداً كلياً على الأجر الذي يتقاضاه من صاحب العمل.

وهذا المفهوم غير مقبول، والتبعية القانونية متوفرة متى كان العامل يقوم بالعمل تحت سلطة رب العمل التنظيمية "الإدارية" إن لم تكن الفنية" بأن يقوم العامل بالعمل تحت سلطة صاحب العمل وتعليماته سواء كان الأجر من صاحب العمل هو مورد رزقه الوحيد أو كانت له "أي العامل" موارد أخرى، وسواء أكان صاحب العمل يستأثر بكل مجهود العامل أو كان العامل يعمل لحساب عدد معين من أصحاب الأعمال والتبعية الفنية هذه تتطلب توافر المعرفة الفنية بأمور العمل لدى صاحب العمل حتى تظهر التبعية القانونية الفنية لعمل العامل.

وأياً كان الأمر فإن توافر التبعية القانونية في صورتها التنظيمية أو عدم توافرها تعد مسألة موضوعية يستخلصها قاضي الموضوع من الظروف والملابسات التي تحيط بالعمل دون أن يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض ما دام استخلاصه سائغاً. راجع د. همام محمد زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، المرجع السابق، نفس الموضوع. وانظر التطبيقات القضائية المختلفة في ذلك منها:

نقض مدني "٥٤٠"، لسنة ٣٥ ق، جلسة ١٩٧٢/٢/٢، السنة ٢٣، ص ١٢١، نقض مدني "٩٥" لسنة ٣٣ ق، جلسة ١٩٦٧/٣/٢٩، السنة ٦٨، ص ٦٨٨، نقض مدني "١٣٧"، لسنة ٣٩ ق، جلسة ١٩٦٣/٢/١٣، السنة ١٤، ص ٢٢٩، نقض مدني ٦٨٥ لسنة ٤١، ق ٢، جلسة ١٩٧٧/٤/٣٠، ونقض ٤١٨ لسنة ٣٦ ق في جلسة ١٩٧٥/٢/٢٢، السنة ٢٦، ص ٢٤٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

ما إذا كان العقد عقد عمل أم عقد آخر غيره، فإذا تبين له أنه عقد عمل طبق عليه أحكام قانون العمل^١.

١- **عقد العمل وعقد المقاولة:** عرفت المادة ٦٤٦ من القانون المدني عقد المقاولة بأنه "عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئاً أو أن يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد المتعاقد الآخر به". وعقد المقاولة هو أكثر العقود شبهاً بعقد العمل لوروده مثله على عمل يلتزم بأدائه شخص لحساب شخص آخر مقابل أجر^٢. وقد تعددت معايير التمييز بين عقد العمل وعقد المقاولة، ومع ذلك فإن المعيار الراجح هو معيار رابطة التبعية القانونية، حيث استقر الفقه والقضاء في الوقت الحاضر على أن ما يميز عقد العمل عن عقد المقاولة هو توافر رابطة التبعية في العلاقة الناشئة عن عقد العمل دون عقد المقاولة.

٢- **عقد العمل وعقد الوكالة:** عقد الوكالة هو عقد يلتزم بمقتضاه الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل، أو هو عقد بين شخصين من مقتضاه قيام أحدهما مقام الآخر فيما يملكه من تصرف معلوم^٣.

١- ولتكيف العقد على أنه عقد عمل أهمية بالغة ذلك أن عقد العمل له طبيعة خاصة يخضع لأحكام متميزة إلى حد كبير عن العقود الأخرى، ويتمتع العامل بمزايا قانونية كبيرة لا يتمتع بها أي طرف من أطراف العقود الأخرى. ومن جوانب هذه الأهمية أيضاً بيان مدى وجود مجال للسلطة التنظيمية لأحد أطراف العقد على الطرف الآخر من عدمه، وبيان أحكامها، والتي يعتقد أن عقد العمل يتميز بها عن غيره، ويظهر لها دور جوهري في مسألة تنظيم عقد العمل حيث عنصر التبعية. حيث أن العامل تابعاً لصاحب العمل، أما المقاول فلا يعتبر تابعاً لصاحب العمل، كما أن القانون يضع قواعد لحماية الأجر تنطبق على أجور العمال ولكنها لا تنطبق على أجور المقاولين. كذلك يخضع إنهاء عقد العمل لأحكام خاصة لا تسري على عقد المقاولة وأخيراً فإن شخصية العامل محل اعتبار دائماً عند إبرام عقد العمل، وكذلك الحال في عقد الوكالة وغيرها من العقود كعقد الشركة.

٢- وفي العلاقة الناشئة عن عقد المقاولة يستقل فيها المقاول عن صاحب العمل، فهو لا يخضع في تنفيذه للعمل المعهود به إليه لأى إشراف أو توجيه من صاحب العمل وهو الذي يختار وسائل تنفيذ العمل ووقته، ولا يلتزم بإطاعة أوامر وتعليمات صاحب العمل في هذا الشأن، بينما رابطة التبعية عنصر جوهري في عقد العمل. وإن المقاول يراعي توجيهات صاحب العمل.

وتمثلت المعايير الأخرى للتمييز بين عقد العمل وعقد المقاولة في معيار طبيعة التزام القائم بالعمل، ومعيار طريقة تحديد الأجر، ومعيار شخص صاحب العمل، وكلها معيار غير سديدة ومنتقدة، راجع د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص ٨٩ وما بعدها. د. السيد محمد عمران، المرجع السابق، ص ١١٤ وما بعدها، وراجع التطبيقات القضائية المختلفة بهذه المصادر.

٣- ويصعب التمييز بين العتدين لاتفاقهم في أمور عدة منها أن يقوم أحد الطرفين بعمل معين لمصلحة الطرف الآخر في العتدين، وكلهما يحصل على أجر نظير ذلك، ومع ذلك تعددت معايير التمييز بينهما ما بين معيار شكل الأجر، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وللتفرقة بين عقد العمل وعقد الوكالة أهمية بالغة نظرًا لاختلاف النظام القانوني لكل من العقدین، فالتنظيم القانوني لعقد العمل يستهدف حماية العامل أساسًا بينما لا يحظى الوكيل بمثل هذه الحماية.

والمعيار الراجع للتمييز بين عقد العمل وعقد الوكالة هو معيار رابطة التبعية القانونية، فرابطة التبعية عنصر جوهري في عقد العمل، وهي ليست كذلك في عقد الوكالة، ومن ثم يعد العقد عقد عمل متى كان القائم بالعمل خاضعًا لرقابة صاحب العمل وإشرافه بصرف النظر عما إذا كان العمل الذي يؤديه عمل مادي أو عمل قانوني، ويعد العقد عقد وكالة إذا كان محله القيام بعمل قانوني وكان المكلف يقوم بأدائه مستقلاً لا يخضع لرقابة وإشراف من يتم العمل لحسابه.

٣- عقد العمل وعقد الشركة: عقد الشركة هو عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بان يسهم كل منهم في مشروع يستهدف الربح بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة^١.

وللتمييز بين عقد العمل وعقد الشركة أهمية بالغة، فالأحكام التي يخضع لها كل منهما مختلفة اختلافاً كبيراً عن تلك التي يخضع لها الآخر، وخاصة إنه إذا كيف العقد على أنه عقد عمل، تمتع العامل بمزايا عديدة يخولها له قانون العمل، وخاصة حصوله على أجره حتى ولو خسرت المنشأة التي يعمل بها خلافاً للشريك في الشركة الذي يتعرض للربح والخسارة، فعقد الشركة يقوم على أساس نية المشاركة، ومع ذلك تدق التفرقة بين عقد العمل وعقد الشركة في حالتين^٢ :

ومعيار طبيعة العمل، ومعيار رابطة التبعية القانونية وهو المعيار الراجع. راجع د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص ٩٣ وما بعدها. د. السيد محمد عمران، المرجع السابق، ص ١١٨ وما بعدها. وراجع كذلك نص المادة رقم ٦٩٩ من القانون المدني المصري.

^١ - انظر نص المادة رقم ٥٠٥ من القانون المدني المصري.

^٢ - د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص ٩٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الحالة الأولى: حالة تقديم الشريك حصته في الشركة في صورة عمل يقوم به في خدمتها دون أن يسهم بأية حصة مالية في رأس المال وفي هذه الحالة يختلط التزام هذا الشريك بالعمل في بعض الفروض بالالتزام الناشئ على عقد العمل.

الحالة الثانية: قد يتحدد أجر العامل بنسبة معينة من أرباح المنشأة وهذا أمر من شأنه أن يقرب العامل من الشريك.

والرأي الراجح فقهاً وقضاءً أن التمييز بين عقد العمل وعقد الشركة يقوم على أساس توافر رابطة التبعية أو عدم توافرها. فإذا توافرت التبعية القانونية بين القائم بالعمل وصاحب العمل أو المنشأة كان العقد عقد عمل، ولا يغير من ذلك أن يتفق المتعاقدان على حصول العامل على أجره كنسبة من الربح، وهذا على خلاف عقد الشركة حيث لا توجد رابطة تبعية بين الشريك في الشركة وغيره من الشركاء، فالشريك لا يخضع لإشراف أو رقابة باقي الشركاء وذلك لأن الشركة تقوم على أساس نية المشاركة وهي تفترض المساواة¹.

وفي نهاية التمييز بين عقد العمل وغيره من العقود تؤكد على حقيقة مستقرة هي أن مناط تكليف عقد العمل وتمييزه عن غيره هو توافر عنصر التبعية من عدمه، والذي يتمثل في خضوع العامل لأوامر صاحب العمل وإشرافه ورقابته، ولا يشترط في هذه التبعية أن تكون تبعية اقتصادية أو فنية، وإنما يكفي أن تكون تبعية قانونية إدارية أو تنظيمية، وهي تعني إشراف صاحب العمل على الظروف الخارجية للعمل فيعين أوقاته ومكانه وقواعد الأجازات دون إشراف على العامل من الناحية الفنية.

¹ - المرجع السابق، ص ٩٧-٩٨. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وهنا يتأكد أن رابطة التبعية هي الأساس الأولى لسلطة صاحب العمل في تعديل عقد العمل، حيث عليها أيضاً تقوم السلطة التنظيمية لصاحب العمل في وضع اللائحة الداخلية للمنشأة وفي تأديب العاملين بالمنشأة^١.

٥

^١ - والتبعية الفنية والتنظيمية صورتان للتبعية القانونية فإذا توافرت إحدى الصورتين كان العقد عقد عمل، وتطبيقاً لذلك قضى بأنه لا يشترط لقيام علاقة عمل بين الطبيب والشركة التي تعاقدها أن تكون هناك تبعية فنية، بل يكفي التبعية التنظيمية، ولهذه التبعية مظاهر مختلفة، والعبرة بحقيقة العلاقة وهي مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، ورابطة التبعية بذلك تعد أساساً لقيام صاحب العمل بتعديل عقد العمل الواجب الالتزام به في التعديل كتعديل غير جوهري، واحترامه وفقاً لمقتضيات أخرى متى كان تعديل جوهري.

راجع، عمال كلي شمال القاهرة، جلسة ١٩٧٣/١١/١٩، مشار إليه لدى د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، هامش رقم (٤)، ص ٩٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المطلب الثانى

التنظيم القانونى لعقد العمل

تقسيم : تدور الاحكام المنظمة لعلاقات العمل الخاص التابع المأجور ما بين الاحكام الواردة فى قانون العمل بوصفة القانون الخاص صاحب الولاية الاولى "الخاصة" فى تنظيم مثل هذه العلاقات ،والاحكام الواردة فى القانون المدنى باعتبارها صاحبة الولاية العامة فى تنظيم مثل هذه العلاقات .هذا بالاضافة الى بعض القوانين الخاصة التى تنفرد بتنظيم بعض الصور من علاقات العمل الخاص التابع المأجور مثل القوانين المنظمة لعقد العمل البحرى و عقد العمل بالمدارس الخاصة وغيرها .

و لما كانت علاقات العمل الخاص التابع المأجور تتميز بأنها علاقات تحكمها قواعد قانونية مختلفة و متعددة يغلب عليها الطابع الحماى للعامل بوصفه الطرف الضعيف فانه يكون من الضرورى بيان تحديد حقيقة او طبيعة علاقة العمل ما بين العقد و النظام .

و نتناول تفاصيل كل ما تقدم فى الفروع الاتية :

الفرع الاول : احكام قانون العمل .

الفرع الثانى : احكام القانون المدنى و القوانين الاخرى .

الفرع الثالث: علاقة العمل بين العقد و النظام .

1

الفرع الأول

أحكام قانون العمل

تمثل الأحكام والقواعد الواردة في قانون العمل التنظيم القانوني الأصيل لعقد العمل الفردي، ولبيان حقيقة هذا التنظيم يجب أن نحدد المقصود بقانون العمل ونشرح أهميته، ونبين حقيقة العمل محل هذا التنظيم. ونتناول كل ذلك بالشرح فيما يلي:

أولاً: التعريف بقانون العمل: يقصد بقانون العمل مجموعة القواعد التي تحكم العلاقات الناشئة عن قيام شخص طبيعي بالعمل لحساب شخص من أشخاص القانون الخاص وتحت إدارته وإشرافه مقابل أجر^١. ووفقاً لهذا التعريف يجب أن تتوافر شروط معينة في العمل الذي يحكمه قانون العمل، وهي أن يكون هذا العمل خاصاً، ومأجوراً وتابِعاً، ونوجز الحديث عن هذه الشروط كما يلي:

الشرط الأول: أن تقوم علاقة العمل بين أطراف من أشخاص القانون الخاص^٢: يحكم قانون العمل أصلاً العلاقات والروابط المتعلقة بالعمل التابع للمأجور القائمة بين الأشخاص العاديين فقط. أي بين أشخاص القانون الخاص. ويخرج عن نطاقه روابط العمل التابع للمأجور المؤدى لحساب الدولة أو الأشخاص الاعتبارية العامة لتدخل في نطاق القانون الإداري وتحكمها قوانين الموظفين العاميين بالنظر إلى تعلق العمل على هذه الصورة بالسلطة الإدارية والمرافق العامة.

ويصدر قانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، نص في المادة الثالثة منه على أنه يعتبر هذا القانون، القانون العام الذي يحكم علاقات العمل وذلك مع مراعاة اتفاقيات العمل الجماعية، ونصت المادة الرابعة منه على استثناء العاملين بأجهزة الدولة بما في ذلك وحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة من تطبيق أحكامه

^١ - راجع د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص ١٠.

^٢ - المرجع السابق، ص ١٢ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ومن ثم أصبح هذا القانون ساريًا على الشركات القابضة والشركات التابعة في علاقتها بالعاملين لديها كما يسري هذا القانون على هيئات وشركات القطاع العام التي مازالت قائمة ولم تتحول إلى شركات قطاع أعمال عام.

الشرط الثاني: أن يؤدي العامل عمله مقابل أجر^١: يشترط أن يكون العمل الخاص مأجور، أيًا كان نوع الأجر نقدًا أو عينًا، وأيًا كان مقداره، وأيًا كانت طريقة تحديده. وعلى ذلك يخرج من نطاق قانون العمل ما يؤديه الشخص من عمل مجاني على سبيل التبرع، ولا يعد العمل مأجورًا إلا إذا كان مقابل أجر يرتبط به برابطة سببية بحيث يكون كل منهما سببًا للآخر.

الشرط الثالث: أن يكون العمل تابعًا^٢: العمل الذي يقوم به الإنسان له صور عديدة، وقانون العمل لا ينظم كل هذه الصور بل ينظم صورة منها فقط، وهي العمل التابع، فالإنسان قد يستقل في عمله فلا يخضع لسلطات أحد في أدائه لهذا العمل، سواء كان يؤدي هذا العمل لنفسه أو للغير، وهو ما يطلق عليه العمل المستقل، وهذا النوع من العمل يخرج من نطاق قانون العمل.

وقد يؤدي الشخص عمله تحت رقابة وإشراف شخص آخر بحيث يكون العامل في أدائه لعمله في مركز التابع. وهذا العمل التابع هو الذي يحكمه قانون العمل، فمن المسلم به أن قانون العمل لا يحكم سوى العلاقات الناشئة عن العمل الذي يقوم به شخص لحساب غيره تحت إشراف هذا الغير وسلطته.

والمقصود بالتبعية هنا هي التبعية القانونية، بمعنى أن يوجد العامل في مركز خضوع وتبعية بالنسبة لصاحب العمل الذي يملك أن يصدر إليه أوامر وتعليمات بشأن العمل وأن يشرف عليه ويراقبه في القيام به وأن يوقع عليه الجزاء إذا لم ينفذ أوامره أو إذا اهمل في تنفيذ العمل، ولا يلزم أن يكون العامل خاضعًا لصاحب العمل في كل تفاصيل العمل ودقائقه، وإنما يكفي أن يكون خاضعًا له بالنسبة إلى

^١ - المرجع السابق، ص ١٤.

^٢ - د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص ١٥ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الظروف الخارجية التي تتعلق بأدائه للعامل وبعبارة أخرى لا يشترط توافر التبعية القانونية الفنية بل تكفي التبعية القانونية الإدارية.

ويشترط قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، وجود رابطة التبعية بالمعنى السابق لسريان هذا القانون، فتنص المادة الأولى منه على أن "العامل هو كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته وإشرافه".

ونخلص في نهاية ما تقدم إلى أن العمل الخاص التابع للمأجور هو مناط ولاية قانون العمل. فيعتبر خاضعاً لهذا القانون متى توافرت فيه هذه الأوصاف أيًا كان اسم القائم بالعمل عاملاً أو موظفاً أو مستخدماً أو مديراً، أيًا كان نوع العمل الذي يقوم به عقلياً أو يدوياً، وأيًا كان نوع الأجر المعطى مقابل العمل أو مقداره، وسواء كان هذا العمل يؤدي عرضاً أو على سبيل الاحتراف.

وبذلك فإن العمل كموضوع للقانون وفقاً للأوصاف والشروط السابقة يتحقق بألية تتمثل في عقد العمل الفردي، وينظمه كأصل عام أحكام قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣.

ثانياً: أهمية قانون العمل: لقانون العمل أهمية بالغة متعددة الأوجه، فأهميته للمجتمع لا تقل عن أهميته للفرد، حيث تتجلى أهمية قانون العمل في كونه انعكاساً لأفكار الإنسان والمجتمع وترجمة للظروف السياسية والاجتماعية والاقتصادية.

وعن الأهمية الاجتماعية لقانون العمل^١ نجد أن قانون العمل ينظم في إطار من التوازن العلاقة بين العمال وأصحاب الأعمال، وهم مجموعة ضخمة من أفراد المجتمع، ويظهر ذلك جلياً فيما يتعلق بأعداد العمال الذين يعتمدون في معاشهم على ما يحصلون عليه من أجور، وهذا يجعل لقانون العمل أهمية كبيرة، حيث ينظم كيفية حصول العامل على ما يستحقه من صاحب العمل مقابل عمله، وذلك لما فيه من تأثير كبير على حياة العامل وأسرته. كما أن علاقة العمل يتفاوت مركز

^١ - انظر في تفاصيل هذه الأهمية د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص ١٧ - ١٨. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

طرفيهما فأحدهما متبوع مطاع وهو صاحب العمل، والثاني تابع خاضع وهو العامل ولذلك يكون فى إساءة استعمال هذه التبعية إخلال بحقوق العامل لذا فإن قانون العمل أقرها و نظمها و لكن بما يحفظ للعامل حقوقه ولا سيما حقوقه المرتبطة بحياته الاجتماعية. و بما يحقق لصاحب العمل الغاية المشروعة من مشروعه.

وعن أهمية قانون العمل من الناحية الاقتصادية نجد أن قانون العمل يعتبر من أهم وسائل التوجه الاقتصادي فيما يتعلق بتوزيع الدخل أو بتوجيه الإنتاج. كما قد يتخذ قانون العمل كوسيلة لتشجيع صناعة معينة على حساب صناعة أخرى غير مرغوب فيها وفقاً لحاجات الاقتصاد القومي¹.

الفرع الثانى

أحكام القانون المدنى والأحكام الأخرى

تخضع علاقة العمل الخاص التابع المأجور للقواعد الواردة فى القانون المدنى، كما انها قد تخضع أيضاً للقوانين الخاصة متى كانت غير خاضعة لأحكام قانون العمل او للقانون المدنى عندما يخلو قانون العمل او القانون الخاص من نص خاص يحكم العلاقة. و نتناول فيما يلى تفاصيل ذلك :

أولاً: أحكام القانون المدنى: نظم المشرع المصرى عقد العمل فى القانون المدنى الحالى بنصوص محصورة فى المواد من رقم ٦٧٤ و حتى رقم ٦٩٨ و. ذلك فى حالة عدم خضوع عقد العمل، "إى علاقة العمل الخاص التابع المأجور" لأحكام قانون العمل الحالى رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، و عند عدم خضوعه كذلك لأحكام القوانين الخاصة الأخرى .

^١ - كما يرجع هذا التأثير - لقانون العمل - فى الحياة الاجتماعية إلى تدخله فى بعض العناصر الأساسية للنشاط الاقتصادى وهى تشغيل الأيدى العاملة والقوة الشرائية للعمال والأعباء المالية للمشروعات. راجع د. السيد عيد نايل، المرجع السابق، ص ١٨ وما بعدها.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ولقد بينت المادة رقم ٦٧٥ من القانون المدني نطاق سريان احكام عقد العمل الواردة فى القانون المدني على عقد العمل بما لا يتعارض صراحة او ضمناً مع التشريعات الخاصة التى تتعلق بالعمل .وهذه النصوص تمثل احكام عامة تحكم عقد العمل "الوارد على العمل الخاص التابع المأجور " فى حالة عدم خضوعه لاحكام قانون العمل او عدم خضوعه لتشريع خاص اخر .

ثانياً: الأحكام الخاصة الاخرى: عرفنا فيما سبق أنه وفقاً لنص المادة رقم ٣ من قانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ يعد قانون العمل هو القانون العام الذى يحكم علاقات العمل، وأن نطاق قانون العمل يتحدد بالعمل التابع، الخاص المأجور، بحيث يشترط لانطباقه أن تكون علاقة العمل ناشئة عن عمل قائم به إنسان لحساب شخص آخر تحت إشرافه وإدارته في مقابل أجر .

وبالرغم مما تقدم إلا أنه توجد بعض علاقات العمل تتوافر فيها الشروط اللازمة لخضوعها لقانون العمل، ومع ذلك لا تخضع لأحكام قانون العمل، وذلك إما لأن المشرع استثنى صراحة من الخضوع لقانون العمل، وإما لأنه وضع لها تشريع خاص بها، بالإضافة إلى أعمال القواعد العامة في القانون المدني عليها. وعلى ذلك نتناول هذه الاحكام الخاصة بشيء من الإيجاز:

١- الأعمال المستبعدة من أحكام قانون العمل لتنظيمها بتشريع خاص: تنقسم القواعد المنظمة للعمل إلى قواعد عامة وقواعد أخرى خاصة. ولما كانت القواعد العامة لا تسرى إذا وجدت القواعد الخاصة، تطبيقاً لمبدأ أن الخاص يقيد العام فإن القواعد العامة المنظمة للعمل . أي أحكام قانون العمل الموحد . لا تسرى إلا فيما لم يرد بشأنه قواعد عمل خاصة، وهذا هو الشأن بالنسبة لكل من أحكام أو قواعد العمل في القطاع العام، والعمل البحري والعمل الصحفى، والعمل في المناجم والمحاجر، والعمل في المنظمات النقابية والعمالون في المدارس الخاصة^١.

^١ - حيث استبعد المشرع هذه الأعمال من الخضوع لقانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ بموجب تشريعات خاصة تنظم لكل نوع منها، فنجد مثلاً في شأن العمل في القطاع العام ووفقاً لنص المادة رقم ٤ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ مستبعدة من الخضوع لأحكامه وتخضع لأحكام العاملين المدنيين بالدولة. وكذلك الحال في شأن العاملين في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٢- الأعمال المستبعدة من سريان كل أو بعض أحكام قانون العمل :
يستبعد من الخضوع لقانون العمل إستبعاد كلى او إستبعاد جزئي . بعض علاقات العمل الخاص التابع المأجور، كما هو في علاقات عمل خدم المنازل ومن في حكمهم، وعلاقات عمل أفراد أسرة صاحب العمل الذي يعولهم فعلاً، و علاقات العمل هذه تخضع لأحكام عقد العمل الواردة في القانون المدني حيث استبعادها من الخضوع الكلي لأحكام قانون العمل.

كما يستبعد جزئياً من الخضوع لبعض أحكام قانون العمل بعض علاقات العمل مثل علاقات العمل التي يعتبر شاغلها وكلاء مفوضين، الأعمال العرضية، والأعمال التجهيزية والتكميلية، وأعمال المراسلة والنظافة، والعمل الزراعي.

و بالرغم مما تقدم فان علاقات العمل الخاص التابع المأجور هي موضوع علاقة العمل التي قد ينفرد صاحب العمل بتعديلها سواء كان عقد العمل الفردى هذا خاضع لاحكام عقد العمل الواردة فى القانون المدنى، أو كان خاضعاً لاحكام قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣. أو كان خاضعاً لاحكام القوانين الخاصة الاخرى كعقد العمل البحرى مثلاً .

الفرع الثالث

علاقة العمل بين العقد والنظام

تتسم الاحكام المنظمة لعلاقات العمل الخاص التابع المأجور ،فى معظمها بانها احكاماً امره مقررته لتحقيق التوازن فى العلاقة ما بين صاحب العمل و العامل ،و محققة لحماية العامل بإعتباره طرفاً ضعيفاً و ذلك من خلال فكرة النظام العام الحمايى .

قطاع الأعمال العام حيث تنظيما بقانون رقم ٢٠٣ لسنة ١٩٩١ وكذلك القانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ المنظم لعقد العمل البحرى وغيرها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ولما كان ما تقدم فإنه من الممكن ان يتصور البعض ان علاقة العمل تتسم بالطابع التنظيمى اكثر من اتسمها بالطابع العقدى ،وهذا يمكن استخدامه كمبرر لانفراد صاحب العمل بتعديل علاقة او عقد العمل فى اطار المعنى المقصود بالسلطة التنظيمية لصاحب العمل،و لكن الحقيقة التى نحاول ان نوضحها فيما يلى هى سيطرة الطبيعة العقدية لعلاقة العمل و تغلبها على النظام و لكن بما يحقق حماية افضل للعامل ، و ذلك فى اطار من التوازن بين القوة الملزمة لعقد العمل و السلطة التنظيمية لصاحب العمل . ونوضح فيما يلى تفاصيل ما تقدم:

أولاً: علاقة العمل والقوة الملزمة للعقد: من الخصائص الاساسية لعلاقة العمل الفردية "اى لعقد العمل الخاص التابع المأجور " انه عقد رضائى ،وعليه فان عقد العمل كأصل عام يخضع للمبادئ العامة المنظمة للعقود فى النظرية العامة للالتزامات و التى منها بلا شك مبدأ القوة الملزمة للعقد،اى تنفيذ العقد ،ونوضح فيما يلى حقيقة مبدأ القوة الملزمة فى عقد العمل الفردى:

١- **تحديد نطاق عقد العمل**^١: لا يقتصر عقد العمل على الإلتزامات التى أنشأها وكما إتضحت من تفسير إرادة المتعاقدين المشتركة ،ولكن نطاق العقد يتسع ليشمل أشياء أخرى . حيث انه يلزم لتحديد مدى القوة الملزمة لعقد العمل ، أن يقوم القاضى بتفسير العقد ، وذلك عن طريق إستخلاص ما إنصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين العامل و صاحب العمل. فإذا فرغ من تفسير العقد إنتقل إلى تحديد نطاق العقد.

ولا يقتصر القاضى فى تحديد نطاق العقد على ما ورد فيه وفقاً للإرادة المشتركة للمتعاقدين ، بل يجاوز ذلك إلى ما لم تتعلق به هذه الإرادة المشتركة ولكنه يعتبر من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام

^١ - راجع فى تفاصيل القوة الملزمة للعقد عامة، دنبيل ابراهيم سعد ،النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،٢٠١٥ ، ص ٢٦٣ و ما بعدها ،و ص ٢٨٢ و ما بعدها . د.محمد حسين منصور ،الوجيز فى مصادر الالتزام ،دون تاريخ نشر و دون ناشر ،ص ١٩٤ و ما بعدها .و ص ٢٠٢ و ما بعدها ،و ص ٢٠٥ و ما بعدها .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

، والعقد على هذا النحو يلزم المتعاقدان بتنفيذه ، ويكون التنفيذ بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. وذلك كله عملاً بالمادة رقم ١٤٨ فقرة ٢ من القانون المدنى المصرى . ويسترشد القاضى عند تحديد نطاق العقد بعدة عوامل أهمها ، طبيعة الالتزام ، والقوانين التكميلية و المفسرة ، والعرف و الشروط المألوفة و العدالة .

٢- إلزام المتعاقدين بتنفيذ العقد^١: إذا انعقد عقد العمل صحيحاً فإنه يلزم طرفيه "العامل و صاحب العمل" ويجب عليهم الوفاء بالالتزامات التى يرتبها العقد وفقاً لمضمونه . وهذا ما يسمى بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين وهو قاعدة عامة ترد عليه استثناءات:

أ- القاعدة العقد شريعة المتعاقدين: لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون . (م ١٤٧ مدنى مصرى) . وهذه القاعدة يتحقق مضمونها أيضاً فى شأن عقد العمل كما يتحقق فى غيره بمقتضيان هما:

- المقتضى الأول: عدم جواز نقص عقد العمل أو تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون ، ويترتب على هذا المقتضى عدة نتائج فى غاية الأهمية هى:

-أول هذه النتائج أنه متى إنعقد عقد العمل صحيحاً إلتماز كل من طرفيه بتنفيذه "صاحب العمل و العامل" ، فلا يستطيع أى منهم أن يتحلل منه بإرادته المنفردة إلا فى الحدود التى يسمح بها القانون . كما لا يعتد بتعديل فيه يستقل به أحد المتعاقدين بإرادته المنفردة^٢ لأن القول بغير ذلك يؤدى إلى عدم إستقرار المراكز القانونية^٣.

^١ - راجع فى تفاصيل ذلك د.نبيل ابراهيم سعد ، مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، نفس الموضوع ، د.محمد حسين منصور ، الوجيز فى مصادر الالتزام ، المرجع السابق ، نفس الموضوع .

^٢ - نقض ١٩٩٠/١٢/٧ الطعن ٢٣٢٤ لسنة ٥٩ ق .

^٣ - نقض ١٩٩٠/٤/٥ الطعن ٨٤٣ لسنة ٦٤ ق ، ١٩٩٠/١/٣١ الطعن ٨٤٣ لسنة ٥٤ ق .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

- النتيجة الثانية يكون تطبيق العقد أمام القاضى فى حكم تطبيق القانون . وذلك أن العقد يعتبر قانوناً للمتعاقدين فى حدود ما جاء به . وليس المقصود بهذا أن العقد يشبه القانون من جميع الوجود . بل يقصد فقط ، أن الإلتزام الذى ينشأ عنه له قوة الإلتزام الناشئ عن القانون أو بعبارة أخرى ما تعهد به المدين له قوة ما يفرضه القانون نفسه^١. و ذلك مع مراعاة النظام العام الحامى للعامل بصفته طرف ضعيف.

- النتيجة الثالثة أن القاضى لا يملك تعديل عقد العمل أو التغيير فيه ، كما هو ممتنع عليه بالنسبة للقانون . فلا يصح للقاضى أن يعدل عقداً صحيحاً بحجة أن التعديل تقتضيه العدالة . فالعدالة تكمل إرادة المتعاقدين كما تقدم . ولكنها لا تتسخها إلا بناء على أحكام القانون^٢.

هذا هو الأصل على أنه ليس هناك ما يمنع من أن يتفق المتعاقدان على نقض العقد أو تعديله "تعديل جوهرى أو تعديل غير جوهرى" ، فكما يملكان إنشاء العقد وتحديد نطاقه يمكنهما أيضاً الخروج عنه أو تعديله . فمن يملك الإنشاء يملك الإلغاء والتعديل^٣ . كما أن لهما أن يتفقا على إعطاء هذا الحق لأحدهما ، لأنه من يملك الكل يملك الجزء . وفى بعض الحالات يتكفل القانون بإعطاء أحد المتعاقدين الحق فى إنهاء العقد بإرادته المنفردة ، كما هو الحال فى الوكالة والوديعة والعقود الزمنية التى لم تحدد لها مدة كالشركة ، والإيجار وعقد العمل . كما يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة بترخيص من القضاء متى كان يستند فى ذلك إلى عذر مقبول .

- المقتضى الثانى : وجوب تنفيذ المتعاقدين للعقد طبقاً لما إشتمل عليه بطريقة تتفق مع يوجيه حسن النية:

^١ - أنظر فى أهمية تنفيذ الإلتزام وتطوره ، د.نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف ١٩٨٢ م ، فقرة ١ ، وما بعدها ص ٥ وما بعدها ، أنظر نقض ١٩٨٦/١١/٥ الطعن ١٤٠٢ لسنة ٥٢ ق .
^٢ - د.إسماعيل غانم ، قانون العمل ، سنة ١٩٦١ - ١٩٦٢ ، ص ٣١٢ .
^٣ - نقض ١٩٨٣/١/٤ ص ٣٤ ص ١١٣ .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وإذا كانت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، تفرض على المتعاقدين عدم المساس بالعقد سواء من حيث تعديله أو نقضه ، إلا بإتفاقهما أو فى الأحوال التى يقرها القانون ، فإنه من مقتضيات هذه القاعدة أيضاً وجوب تنفيذ المتعاقدين للعقد طبقاً لما إشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية (م ١/١٤٨ مدنى).

والمفروض أن حسن النية هو أساس التعامل ، ويقتضى حسن النية أن يقوم المتعاقد بتنفيذ العقد بالطريقة التى تقتضيها الأمانة والنزاهة فى التعامل . فالعامل يلتزم بأن يقوم بالعمل المطلوب منه بما يتفق و حسن النية ، و على رب العمل ان ينفذ التزاماته تجاه العامل بما يتفق و حسن النية ايضاً ، فالمتعاقد ناقل البضاعة مثلاً يجب أن ينقلها بأنسب الطرق إلى أصحابها ، والمؤمن على منزله من الحريق يجب أن يبذل كل جهد فى سبيل منع تفاقم الحريق عند وقوعه ، والمستأجر يلتزم بإخطار المؤجر بكل أمر يستوجب تدخله مثل حاجة العين إلى إصلاحات عاجلة ، والوكيل يجب عليه موافاة الموكل بكل المعلومات المتصلة بتنفيذ الوكالة .

و تعد مسألة بحث حسن النية فى تنفيذ العقد من مسائل الواقع التى لمحكمة الموضوع الحق المطلق فى تقديرها^٢ . ويلاحظ مما تقدم أن حسن النية فى تنفيذ العقد يقتضى التعاون بين المتعاقدين . ولذلك فإن تنفيذ العقد بسوء نية يرتب مسؤولية المتعاقد ، ويلزمه بالتعويض عن الضرر فى الحدود التى يرسمها القانون . وذلك كله ينطبق على عقد العمل و بما يتعايش و طبيعته القانونية .

^١ - انظر نقض ١٩٨٨/١٢/٢٠ الطعن ١٩٩٠ لسنة ٥٤ ق حيث قضت المحكمة بأن " العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ود فيه على وجه التخصيص ولأفراد وإنما يضاف إليه ما يعتبر من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام ، كما يجب تنفيذ هذا الإلتزام بما يوجبه حسن النية ومودى ذلك أن طبيعة الإلتزامات الناشئة عن عقد التأمين الإجبارى من المسؤولية تستلزم من المؤمن له أن يبذل ما فى وسعه (لرفع الضرر محل التأمين والتخفيف منه إذا وقع - وهو ما يقتضى الإلتزام بدفع دعوى المضرور بما يوجبه حسن النية من عناية ، وعدم التفریط أو الإهمال فى دفعها - إلا أن هذا الإلتزام لا يتسع للدفع بالتقادم ذلك أن الأصل فى هذا الدفع أنه مجرد رخصة شخصية " .

^٢ - نقض ١١/١٥/٦٦ ص ٩٧ ص ١٦٨٨ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ب- الاستثناءات على القاعدة العامة: هناك أحوال إستثنائية ينص فيها القانون على تحويل القاضى سلطة تعديل العقد ، وذلك إستجابة لإعتبارات العدالة . ومن هذا القبيل سلطة القاضى فى تخفيض الشرط الجزائى وهو التعويض الإتفاقى ، إذا كان مبالغاً فيه ولم يوضع إلا على سبيل التهديد لإكراه المدين على الوفاء (م ٢٢٤ مدنى مصرى) ، وسلطة القاضى فى منح المدين أجلاً للوفاء بالتزاماته (نظرة ميسرة) ، (م ٣٤٦ مدنى مصرى) ، و سلطة القاضى فى أن يعدل أجر الوكيل .

على أن أهم الحالات التى خول القانون فيها سلطة تعديل العقد إستثناء من قوته الملزمة ، حالتان ، الحالة الأولى خاصة بعقود الإذعان ، حيث يجوز للقاضى تعديل الشروط التعسفية التى قد يتضمنها العقد ، بل وأن يعفى الطرف المذعن منها . والحالة الثانية هى حالة الظروف الطارئة حيث يجوز للقاضى أن يعدل العقد فيرد الإلتزام إلى الحد المعقول^١ . ولما كان عقد العمل الفردى لا يتصف

^١ - و عن نظرية الظروف الطارئة نجد ان مفاد هذه النظرية انها تعطى للقاضى سلطة تعديل العقد إستثناء من قاعدة العقد شريعة المتعاقدين . و مقتضى هذه النظرية أنه إذا ما طرأ بعد إبرام العقد وقيل إتمام تنفيذه حوادث لم تكن متوقعة ترتب عليها إختلال التبادل بين الإلتزامات الطرفين إختلالاً فادحاً بحيث أصبح الإلتزام أحدهما مرهقاً يهدده بخسارة جسيمة ، فعندئذ يجوز للقاضى أن يتدخل فى العقد ، لا لإحلال المدين من الإلتزامه ، وإنما لتعديل الإلتزامات الطرفين على الوجه الذى يرد به الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول . مثل ذلك عقد توريد حدد فيه سعر السلعة التى تعهد المتعاقد بتوريدها على أساس الظروف الإقتصادية القائمة وقت إبرام العقد ، ثم يحدث حادث غير متوقع كحرب مثلاً ، يترتب عليها ارتفاع فاحش فى الأسعار ، بحيث يصبح تنفيذ المدين لعقد التوريد بالسعر المتفق عليه يهدده بخسارة فادحة ، تخرج عن الحد المألوف فى خسائر التجار .

و عن شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة :نجدها تتعلق بالعقد الذى تثار النظرية فى شأنه ، وبطبيعة الحادث الطارئ وبالأثر المترتب عليه .

ففيما يتعلق بالعقد : يشترط أن يكون العقد مترخياً فى تنفيذه بغير خطأ لمدين ، فطراً الحادث الذى ترتب عليه إختلال التوازن فى العقد فى الفترة ما بين إبرامه وإتمام تنفيذه . و تطبيق نظرية الظروف الطارئة يكون مجاله الطبيعى فى العقود الزمنية بطبيعتها مثل العقود المستمرة كعقود الإيجار ، أو تكون دورية التنفيذ كعقد التوريد . و لا سيما عقد العمل وتطبق النظرية أيضاً على كل عقد مترخى التنفيذ . سواء كان من العقود الفورية التى يستغرق تنفيذها مدة من الزمن كعقد المقاولة ، أو من العقود الفورية التى يكون التراخى فيها راجعاً إلى إتفاق الطرفين بأن أضافا تنفيذ الإلتزام إلى أجل واقف . كعقد بيع أجل فيه الوفاء بالثمن .

- و فيما يتعلق بطبيعة الحادث وأوصافه : يجب أن يكون الحادث إستثنائياً أى نادر الوقوع غير مألوف مثل الحرب أو الزلزال أو الفيضان ، أو إنتشار وباء أو قيام إضراب أو إستيلاء إدارى . كما يجب فى الحادث الإستثنائى أن يكون عاماً . والمقصود بوصف العمومية ألا يكون الحادث قاصراً على المدين أو خاصاً به فقط . وإنما يجب أن يكون مجرداً وشاملاً لطائفة من الناس . كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأراضى من بينها أرض المدين ، أو غارة غير منتظرة للجراد ، تأتى على محصول منطقة معينة تقع فيها أرض المدين .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بصفة الإذعان فإنه من المستبعد تعديله وفقاً لأحكام عقود الإذعان ، و ان كان في قانون العمل احكام حمانية للعامل باعتباره طرف ضعيف تبطل كل شرط ينزل عن الحد الأدنى من الحماية ، ولكن ذلك لا يجعل من عقد العمل عقد من عقود الإذعان . و مع ذلك نجد ان المشرع قد قرر بصوص خاصة السلطة لصاحب العمل في تعديل شروط و ظروف العمل بدلاً من القاضى و ذلك في حالات محددة قانوناً . كما هو في نص المادة رقم ٧٦ من قانون العمل الحالى حيث سلطة صاحب العمل في التعديل للضرورة .

و عن جزاء القوة الملزمة لعقد العمل، نجد إنه متى إنعقد العقد صحيحاً فإنه يجب تنفيذه في جميع ما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية . فإذا لم يقم المدين بتنفيذ العقد تقوم مسؤوليته العقدية ، وذلك لأن للعقد قوته الملزمة . فعدم التنفيذ يعتبر عملاً مخالفاً للقانون . ولهذا فإن للدائن أن يلجأ إلى جبر وقهر المدين على التنفيذ العيني ، فيحصل قهراً على عين ما ألزم به المدين . فإذا تعذر

و يجب أخيراً أن يكون الحادث الاستثنائي العام غير متوقع ، أى ليس في الوسع توقعه وقت إبرام العقد . والعبرة في التوقع بمعيار موضوعي ، هو معيار الشخص المعتاد .
ومن حيث أثر الحادث : يشترط أن يكون قد ترتب عليه أن أصبح تنفيذ الإلتزام مرهقاً للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة . فالحادث الطارئ لا يجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً ، بل مرهقاً فحسب . وهذا هو الفارق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة . فالقوة القاهرة تجعل تنفيذ الإلتزام مستحيلاً ، ولذلك يترتب عليها إنقضاء الإلتزام . أما الحادث الطارئ فهو يجعل تنفيذ الإلتزام مرهقاً ولذلك فلا ينقضى الإلتزام بل يرد إلى حد المعقول .
وفي شأن سلطة القاضى في تعديل العقد للحادث الطارئ نجد إنه متى توافرت الشروط السابقة فإنه يجوز للقاضى أن يوازن تبعاً للظروف بين مصلحة الطرفين وأن يرد الإلتزام المرهق إلى لحد المعقول . وبذلك يملك القاضى في هذا الصدد سلطة تجاوز حدود سلطاته العادية . فهو في الأصل لا يملك في العقد إلا أن يفسر عباراته الغامضة أو يحدد نطاقه في الحدود التي رسمها له القانون . ولكن لا يجوز له أصلاً أن يتناول بالتعديل ما إتفق عليه ، أما في حالة الحوادث الطارئة فإن القانون يكفل للقاضى سلطة رد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقول . وهي سلطة تقديرية واسعة ، يستطيع القاضى بموجبها اختيار الطريقة التي يزيل بها الإرهاق عند تنفيذ الإلتزام . انظر في تطبيقات ذلك - نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ ص ١٣ ص ١١٧٤ ، ١٩٦٣/١/٣ ص ٤ ص ٣٧ ، ١٩٦٥/٢/١٨ ص ١٦ ص ٩١ - نقض مدني ، ٢٠٠٠ ديسمبر ١٩٦٢ م مجموعة أحكام النقض ١٣ ق جزء ٣ رقم ١٨٦ ص ١١٧٤ ، ١٩٦٣/١/٣ السابق الإشارة إليه ، وأنظر في تطبيق هذه النظرية في مجال القانون الزراعي ، د. نبيل سعد ، القانون الزراعي ، الملكية الزراعية ، منشأة المعارف ، ١٩٨٦ م ص ٥٦ وما بعدها ، وأنظر نقض ١٩٦٣/١/٣ ص ١٤ ص ٣٧ . نقض مدني رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، و نقض ١٩٦٣/١/٣ ص ١٤ ص ٣٧ ، ١٩٦٥/٢/١٨ ص ١٦ ص ١٩١ . نقض ١٩٦٩/١١/١١ ص ٢٠ ، ص ١١٩٣ ، ١٩٧٦/٣/٤ ص ٢٧ ص ٥١٥ ، ١٩٧٧/٣/١ ص ٢٨ ص ٦٠٠ ، ١٩٧٨/١/١١ ص ٢٩ ص ١٥٢ ، ١٩٩٠/١١/٢٩ الطعن ١٢٩٧ لسنة ٥١ ق . وذلك فإن الخسة المألوفة في التعامل لا تكفي ، ونقض ١٩٦٤/٣/٢٧ ص ١٥ ص ٤٠٩ ، ١٩٦٤/٧/٢ ص ١٥ ص ٨٩٥ ، ١٩٧٥/٦/٩ ص ٢٦ ص ١١٦٣ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الحصول على التنفيذ العيني كان للدائن أن يلجأ إلى التنفيذ بمقابل ، بطريق التعويض.

و من خلال ما تقدم يتضح بداية ان علاقة العمل الخاص التابع المأجور تحققها علاقة عقدية هي "عقد العمل الفردي"بين صاحب العمل و العامل فى اطار الالتزام بمبدأ القوة الملزمة للعقد.

ثانياً: علاقة العمل والسلطة التنظيمية: يتحمل صاحب العمل الاثار السلبية لمشروعه وذلك لأنه مالكة ، وهذا ما يجعله على الاقل المنظم لمشروعه ، اى يكون له سلطة تنظيمية على العمل و العامل الذى يعمل لديه فى مشروعه . و من هنا تظهر اهمية صلة السلطة التنظيمية لصاحب العمل بعقد العمل . و نبحت تلك الصلة من خلال بيان مفهوم السلطة التنظيمية لصاحب العمل ، و نحدد اساسها بعد بيان دور القضاء فى تأصيلها، و فى ذلك بيان لإنتفاء لغلبة وصف النظام على علاقة العمل ، و نوضح كل ما تقدم فيما يلى :

أ- مفهوم السلطة التنظيمية لصاحب العمل: يرى البعض من الفقه المصرى^١ أنه يترتب على عقد العمل نشأة حق لصاحب العمل فى تنظيم العمل وإدارة نشاط العامل فى أثناء تنفيذ العمل ، فصاحب العمل هو سيد عمل الإجراء ، وهو الذى يرسم سياسة المنشأة ويضع نظام الإنتاج وله أن يغير الوسائل الفنية فى تسيير العمل ، فهو المسئول عن إدارة المنشأة ويتحمل نتيجة إدارته لها^٢. و ان كنا نرى ان هذه السلطة رتبها القانون و ليس العقد ، و دور عقد العمل بشأنها هو مجرد احد مجالات أعمالها . و لو على فرض ان الذى رتبها هو عقد العمل فإن فى ذلك تأكيد للطبيعة العقدية لعلاقة و انتفاء الطبيعة التنظيمية.

^١ - د. رمضان عبد الله صابر ، مظاهر السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل المنشأة ، دراسة فى ضوء القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ . دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٣ و ما بعدها .

^٢ - د. أحمد خلف البيومى ، السلطة التنظيمية لرب العمل وأثرها على الاستقرار المهني للعمالة ، مجلة المحاماة ، العددان السابع والثامن ، سبتمبر و اكتوبر ، السنة السابعة والستون ، ١٩٨٧ ، ص ٧٦ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وتعتبر القرارات المتعلقة بتدبير رؤوس الأموال ، وشراء المواد الأولية ، وإختيار الأسواق هي من القرارات التنظيمية التي تدخل في السلطة المطلقة لصاحب العمل ، وله الحق في إدارة منشأته بنجاح^١.

وصفوة القول أن لصاحب العمل سلطة إدارة منشأته ، ويباشر تلك الإدارة بأوامر يوجهها أو تعليمات يصدرها ، كتابة أو شفاهة ، عامة أو فردية ، وتخول له استخدام قوة العامل على الوجه الذي يراه محققا لمصالحه ، وتمتد سلطة الإدارة إلى كل ما يتصل بتنفيذ العمل ، بل يعتبر هذا مظهرها الجوهرى ، و يستخدم رئيس المشروع العملة ، ويعين لكل منهم العمل الذى يؤديه ، وكيفية أدائه له ، والمكان الذى يؤديه فيه ، ويغير المهمة التى عهد بها إلى كل منهم، كلما رأى ذلك ضرورياً ، ويفصل من يراه غير قادر ، أو أصبح غير قادر على أدائها منهم ، أو صار زائداً ، عن حاجة العمل لديه ، ويحدد مكان العمل ، وطبيعة مهمة كل عامل داخله ، والوسائل التى تكفل إنجازها ، ويصدر القرارات ، ويهيء الوسائل التى يقيم بها النظام فى المشروع ، والمحافظة على صحة العمال وسلامتهم ، وسيادة حسن الآداب بينهم، ومراعاة اللياقة مع العملاء وبالأولى التى يستطيع بها الوفاء بالالتزامات التى يفرضها قانون العمل أو استيفاء الحقوق التى يقرها له^٢.

ولقد أقر المشرع السلطة التنفيذية لصاحب العمل أو سلطة الإدارة حينما ألزم العامل بالانتمار بأوامره ، سواء فى قانون العمل "م ٥٦ فقرة ٢" أو القانون المدنى "م ٦٨٥ فقرة ب" ، حتى بات من المستقر عليه أن لصاحب العمل السلطة المطلقة فى إدارة منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك^٣ ، فإن هو نجح فى إدارة منشأته وتشغيلها على نحو يجعلها تحقق أرباحاً عاد ذلك عليه وعلى العمال الذين يعملون لديه بالخير

^١ - د. أحمد البرعى ، التحويلات الاقتصادية فى مصر وأثرها على علاقات العمل ، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة محكمة النقض والمجلس الأعلى بالمملكة المغربية ، القاهرة ، مارس ٢٠٠١ ، ص ١٤.

^٢ - د. محمود جمال الدين زكى ، عقد العمل فى القانون المصرى ، الطبعة الثانية ، مطابع الهيئة المصرية للكتاب سنة ١٩٨٢ ص ١٤٩ ، ١٥٠. د. رمضان عبد الله صابر ، مظاهر السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل المنشأة، المرجع السابق ، نفس الموضوع .

^٣ - د. حسام الاهوانى ، شرح قانون العمل ، ١٩٩١ بدون ناشر ص ٣٨٨ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

والمصلحة المشتركة ، وإن أدت إدارته للمنشأة إلى تحقيق خسارة كان فى ذلك أزمة له وللعمال الذين يعملون لديه فى آن واحد^١.

وتبدأ السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل منشأته بحقه فى اختيار نوعية النشاط الذى يمارسه ، وانفراده بذلك ، وتحمله لمسئوليته ، وتنظيم العمل داخل المنشأة ، وإصدار الأوامر اللازمة لانجازه على الوجه المطلوب وتنظيم إجازات العمال الاعتيادية بما لا يضر بمصلحة المنشأة واضطراب سير العمل بها ، وخفض نفقاته لمواجهة ظروف اقتصادية صعبة ، وإغلاق منشأته أو أحد فروعها إذا دعت الضرورة إلى ذلك ، وإنهاء عقود من ثبت عدم كفايتهم لإنجاز العمل أو لمواكبة التطور التقنى فيه وتوقيع الجزاء التأديبي على من يخالف الأوامر اللازمة لإنجاز العمل^٢.

ب- التحديد القضائي لمفهوم السلطة التنظيمية : ظل القضاء المصرى وعلى رأسه محكمة النقض متمسكاً بالمبادئ القانونية الصحيحة التى تقيم التوازن بين صاحب العمل والعمال على الأخص التوازن بين السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل منشأته و القوة الملزمة لعقد العمل، وذلك رغم أجواء الاقتصاد الموجه التى كانت سائدة فى البلاد ، وهو موقف يقتضى الإشادة به ، فاقدرت أحكام محكمة النقض المصرية على ترديد كثير من المبادئ وترسخ كلها مفهوم السلطة التنظيمية لصاحب العمل^٣.

ومن التطبيقات القضائية فى ذلك نجد ان لصاحب العمل قانونا السلطة فى تنظيم منشأته باعتبار أنه هو المالك لها والمسئول عن إدارتها ، ولا معقب على تقديره إذا رأى - لأزمة اقتصادية ظهر أثرها عليه أو كارثة مالية توشك أن تنزل به

^١- د. أحمد البرعى ، التحولات الاقتصادية فى مصر وأثرها على علاقات العمل ، المرجع السابق ص ١٤ .

^٢- د. رمضان عبد الله صابر ، مظاهر السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل المنشأة، المرجع السابق، ص ٣-٤ .

^٣- المرجع السابق، ص ٤ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

- تضيق دائرة نشاطه أو ضغط مصروفاته بما يجعل له الحرية فى اتخاذ مايراه من الوسائل الكفيلة بتوقى الخطر الذى يهدده والمحافظة على مصالحه المشروعة^١.

وكذلك ان تصنيف الوظائف من سلطة - رب العمل التنظيمية^٢ ومن سلطته التنظيمية تقدير كفاية العامل ووضعه فى المكان الذى يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج بحيث إذا استبان عدم كفايته اعتبر ذلك مأخذاً مشروحاً لتعديل شروط عقد العمل أو إنهائه وعلى من يدعى عدم صحة هذا المأخذ والتعسف فى إنهاء العقد إثباته عدم صلاحية العامل للنهوض بأعباء وظيفته كمفتش إدارى يعتبر مأخذاً مشروحاً لإنهاء علاقة العمل^٣.

و ايضا من المستقر عليه ان قيام رب العمل بإجراء تعديل فى الآت المصنع والأصناف المنتجة هو تنظيم للمنشأة يملكه بغير معقب ، ولا يعتبر تغييراً فى الظروف الاقتصادية والاجتماعية يخول العمال الحق فى المطالبة بزيادة فئات الأجور المتفق عليها^٤.

كما ان سلطة رب العمل فى تنظيم منشأته سلطة تقديرية لا يجوز لقاضى الدعوى أن يحل محله فيها وإنما تقتصر رقابته على التحقق من جدية المبررات التى دعت إليه^٥.

١- الطعن رقم ٨٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٢/١٧/١٩٥٩، س ١٠ ص ٧٩٨.

٢- الطعن رقم ٦٩ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٢/١٦/١٩٦٣ س ١٥ ص ١١٤٦.

٣- الطعن رقم ٢٢٣ لسنة ٣١ ق جلسة ٥/١٢/١٩٦٥، س ١٦ ص ٥٦٤.

٤- الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٣١ ق جلسة ٥/٢٦/١٩٦٥، س ١٦ ص ٦٢٤.

٥- الطعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٢ ق جلسة ٤/٦/١٩٦٦. و من حق صاحب العمل - وعلى ماجرى قضاء محكمة النقض - أن يميز الأجور بين عماله لاعتبارات يراها، وإذا كان ذلك، وكانت المكافأة جزء من الأجور وقد تمسكت الشركة فى دفاعها بأنها جرت فى صرفها لعمالها وموظفيها على أساس واحد هو الأجر الأصلى وحده دون إعانة الغلاء، وذلك فيما عدا بعض موظفيها تعاقبت معهم على أساس الأجر الشامل، ولم يرد الحكم المطعون فيه على هذا الدفاع بينما هو دفاع جوهرى من شأنه لو صح أن يتغير وجهه الرأى فى النزاع وجرى فى قضائه على "وجوب مساواة العمال بالموظفين فيقتضى الأمر أن يكون الجميع سواسية فى تقاضى المكافأة السنوية مضافاً إليها غلاء المعيشة ولا يتميز منهم فريق على من سواه" فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه وجاء مشوباً بالقصور. الطعن رقم ١٢٧ لسنة ٣٢ ق جلسة ٤/٦/١٩٦٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

و من التطبيقات أيضاً أن من سلطة رب العمل التنظيمية - وعلى ماجرى به قضاء محكمة النقض تقدير كفاية العامل ووضعه فى المكان الذى يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج وله أن يكلف العامل عملاً آخر غير المتفق عليه ، ولايختلف عنه اختلافاً جوهرياً ، وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك ، كما أنه إذا استبان لرب العمل عدم كفاية العامل اعتبر ذلك مأخذاً مشروعاً لتعديل عقد العمل أو إنهائه وعلى من يدعى عدم صحة هذا المأخذ والتعسف فى إنهاء العقد عبء إثباته ، ولا محل لما يتحدى به الطاعن (العامل) من التزام المطعون عليه (رب العمل) لأحكام المادة ٦٦ من قانون العمل "السابق" ذلك أن تقدير رب العمل لكفاية العامل لا شأن لها بقواعد التأديب وإجراءاته".^١

و من سلطة رب العمل - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه ولا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة من المركز الذى كان يشغله متى اقتضت مصلحة العمل ذلك ولم يكن الغرض منه الإساءة للعامل^٢. سلطة صاحب العمل فى تنظيم منشأته وفقاً لما يقتضيه صالح العمل وأنه ليس للعامل الحق فى البقاء فى وظيفة لا تتوافر فيه

١- الطعن رقم ٤١٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٩٧٠/٤/١٥ س ٢١ ص ٦٣٠ - الطعن رقم ٢٩ لسنة ٣٢ ق جلسة ١٩٦٦/٢/٢٣ س ١٧ ص ٤٠١ - الطعن رقم ٣٣٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/٥/١٢ س ١٦ ص ٥٦٤ - الطعن رقم ٣٩ ق جلسة ١٩٦٨/١٢/٤ س ١٩ ص ١٤٧٤.

٢- الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٤ ، الطعن رقم ٥٢٠ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨١/٦/٢٨ ، و أيضاً "صاحب العمل سلطة تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لضمان حسن سير العمل وتحقيق مصلحة الإنتاج ، فإن كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه على أن قيام البنك بتعيين آخرين - دون الطاعن - بالإدارة القانونية ممن تتوافر فيهم شروط التعيين بها لا يمكن أن يوصف بالتعسف وسوء استعمال السلطة طالما لم يتم الدليل على أنه قصد الكيد أو الانتقام من الطاعن .. ولئن كانت قاعدة المساواة بين عمال صاحب العمل هى قاعدة أساسية ولو لم يجر بها نص فى القانون تفرض قواعد العدالة إعمالها إذا ما جنح صاحب العمل إلى التفرقة بين عماله فى شأن أى حق من حقوقهم بغير مبرر لا أنه لا وجه للتحدى لهذه القاعدة أو لمبادئ العدالة لخروج عما لصاحب العمل من السلطة فى تنظيم منشأته مادام يقتدى صالح العمل ، وما لا يثبت أنه إساء استعمال هذه السلطة - وكان من غير الجائز أن يفرض العامل على صاحب العمل أن يضعه فى وظيفة معينة على الرغم منه ، لأن ذلك من شأنه أن يخل بما له من سلطة فى تنظيم منشأته باعتباره مسئولاً عن إدارته ، وهو مالا يأتى إذا أجبر على تشغيل عامل فى وظيفة يرى أنه غير كفاء لها". الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨٢/٢/٢٢ ، الطعن رقم ٢٥٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٧٣/١٢/٢٤ س ٢٤ ص ١١٣٠ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

شروط تشغيلها^١. سلطة صاحب العمل في تنظيم منشأته ، مؤداها ، عدم جواز إجباره على تشغيل عامل في وظيفة يرى أنه غير كفء لها ، شرطه أن تكون ممارسته لها مبررة من قصد الإساءة^٢.

حق صاحب العمل في تشغيل العامل وقتاً إضافياً في أيام العمل المعتادة يجاوز ساعات العمل المحددة قانوناً في أحوال محددة على سبيل الحصر مقابل أجر إضافي ، لا يجوز إجبار صاحب العمل على تشغيل العامل وقتاً إضافياً^٣.

ومن المقرر أن لصاحب العمل بما له من سلطة تنظيم المنشأة أن يقصر الترقية على منظمة عمل واحدة داخل الوحدة الاقتصادية وذلك فيما بين الأعمال التي تتماثل في طبيعتها وتحتاج إلى تأهيل معين وخبرة متميزة^٤.

١- الطعن رقم ٢٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٥/١١/١٦ ، الطعن رقم ١٩٢١ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٣/١٢/٣٠ . لصاحب العمل السلطة في اتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيم منشأته متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك حتى لو أدى هذا التنظيم إلى انتقال في عمولة لديه طالما أن هذا الإجراء غير مشوب بالتعسف وسوء القصد" . الطعن رقم ٢٣١ لسنة ٤٣ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٠ س ٢٨ ص ٤٨٦ .

٢- الطعن رقم ٧٣٩٥ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١٠/٣٠ ، الطعن رقم ٣٣٧٩ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١١ ، الطعن رقم ١٨٨ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١٨ ، الطعن رقم ٥٩٤ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٨/٤/٢ . سلطة رب العمل في تقدير كفاية العامل ووضعه في المكان الذي يصلح له لا يحده في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة . الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٦٨ ق جلسة ١٩٩٩/٤/٢٢ ، الطعن رقم ٤٨٠٤ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١١ ، الطعن رقم ٨٥٤ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/٢/١ ، الطعن رقم ٥٤٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٩٥/٤/٢٧ .

٣- الطعن رقم ٢٦٧١ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٨/٥/٢١ . رب العمل سلطته التقديرية في إعادة تنظيم منشأته وإنهاء عقود بعض عماله متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إليه ، عدم جواز حلول القاضى محلها فيها ، اقتصار رقيبته على التحقق من جدية المبررات التي دعت إليه . الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٨/٣/٢٩ . سلطة صاحب العمل في تقدير كفاية العامل ووضعه في المكان الذي يصلح له وأن يكفله بعمل آخر غير المتفق عليه أو ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة شرطه أن يكون لمصلحة العمل وبرئياً من التعسف وسوء القصد . الطعن رقم ٢٥١٦ لسنة ٦٦ ق جلسة ١٩٩٧/٦/٥ ، الطعن رقم ٧٧٨٦ لسنة ٦٥ ق جلسة ١٩٩٦/٥/٣٠ ، الطعن رقم ١ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٣ .

٤- الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٩٠/١٢/٢٩ ، الطعن رقم ١٩٥٧ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٦/١/١٩ .** المقرر في قضاء هذه المحكمة أن لصاحب العمل فسخ عقد العمل وفصل العامل لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة ٧٦ من قانون العمل الصادر بالقانون رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ ومنها إخلال العامل بالتزاماته الجوهرية المترتبة على عقد العمل ، ولما كان يبين من الأوراق أن الطاعن لم يحافظ على أموال وممتلكات المطعون ضدها ، إذ ضبط حال تفتيشه بعد انتهاء العمل مختلساً ..

"من أدوات العمل المعهودة إليه ، مما يعد إخلالاً بالتزام جوهرى يرد عليه حكم الفقرة السادسة من المادة ٧٦ المشار إليها فإن الحكم المطعون فيه وقد أقام قضاءه بعدم أحقية الطاعن في التعويض المطالب به على انتفاء تعسف المطعون مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ج- أساس السلطة التنظيمية لصاحب العمل: يملك صاحب العمل سلطة تنظيمية تتسع لكل ما يتعلق بتنفيذ العمل بدءاً من تعيين العمال وانتهاء بالاستغناء عن بعضهم أو كلهم وإغلاق المنشأة حسب الظروف الاقتصادية والتي تتعرض لها المنشأة و تغيير او تعديل ظروف و شروط العمل ، فما تبرير هذه السلطة؟؟^١

قيل في تبرير هذه السلطة أنها ترجع إلى حق ملكية المنشأة ونظرية العقد فصاحب العمل يملك المنشأة بما فيها من ادوات الإنتاج ، وكما تتوافر له سلطات غير محددة بمقتضى حق الملكية يتوافر له على العمال حق مستمر في إدارة نشاطهم استناداً إلى رابطة التبعية التي تجعل العامل تحت سلطان صاحب العمل ، ولا يحد من هذه السلطة سوى قيد التعسف الذي يرد على الحقوق بصفة عامة ، وتأسيساً على ذلك أصبحت عبارة صاحب العمل هو الحكم الوحيد "من العبارات التي تتردد كثيراً في الفقه فلصاحب العمل حرية مطلقة في توسيع دائرة نشاطه بزيادة الإنتاج في مشروعه أو بإكثار عدد الفروع أو على العكس تقليص حجم نشاطه بانتقاص إنتاجه أو إغلاق أحد فروعها أو بعضها ، وكذلك في تغيير وسائل الإنتاج .^٢ ويقر القضاء المصري كما سبق ذكره في احكام محكمة النقض سلطة صاحب العمل في تنظيم العمل داخل المشروع او المنشأة .

وإضافة إلى ذلك هناك من يركز على الطابع الشخصي لعلاقات العمل ، فهذه العلاقات تتركز على المشروع ، وهي عبارة عن مجتمع يرتبط أفرادها ارتباطاً لا يقبل الانقسام وتستند علاقات العمل كل قيمة لها من هذا الترابط ، والمشروع يقوم على التضامن بين المصالح ويعتبر مجتمعاً منظماً يتعاون أفرادها تحت سلطة صاحب العمل الذي يملك سلطات ، سلطة التشريع وسلطة الإدارة والأوامر وسلطة التأديب ، وتجد هذه السلطات أساسها في المسؤولية التي يتحملها صاحب العمل (صاحب

ضدها في فضله من العمل ، يكون قد التزم صحيح القانون ويضحي النعي عليه على غير أساس . الطعن رقم ٧٢٤ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٨٣/٦/٦ .

^١ - د. رمضان عبد الله صابر ، مظاهر السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل المنشأة، المرجع السابق ، ص ١١ و ما بعدها .

^٢ - راجع في استعراض هذا الرأي د. محمود جمال الدين زكي ، المرجع السابق ص ١٥١ د. أحمد خلف البيومي ، المرجع السابق ص ٨٧ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المجتمع) وهو المشروع ، فهو الذى يتحمل مسؤولية الإنتاج ومسئولية مخاطر الاستغلال وتحقيق مصلحة أعضاء المشروع^١ ، والمسئولية التى ينهض بها صاحب العمل لا تعتبر حقاً شخصياً له ، بل هى فى الحقيقة وظيفة ، تستهدف غاية معينة وتتنحصر مشروعيتها فى حدود تلك الغاية "تقررت سلطة الإدارة لصاحب العمل للوصول إلى حسن تنظيم العمل داخل المشروع والسير بنجاح إلى الغرض منه و لا يكون من ثم استعمالها مشروعاً إلا لتحقيقه ؟" ويقترب هذا التصوير من سلطة رئيس المشروع فى نطاق القانون الخاص من سلطة الرئيس فى نطاق القانون الإدارى ، فكما أن المصلحة العامة هى ضابط المشروع فى نطاق السلطة الإدارية التى تخضع فى تقديرها ، لرقابة القضاء الإدارى فكذلك مصلحة المشروع هى ضابط المشروع فى سلطة رئيسه ، الذى يخضع فى ممارستها لرقابة القضاء المدنى ، فسلطة الإدارة لرئيس المشروع إذا كانت تقديرية فهى ليست تحكمية^٢.

وقد رتب أنصار هذا الرأى عدة نتائج على تصورهم بناء السلطة التنظيمية لصاحب العمل على أساس المسؤوليات التى تقع على عاتقه فى النظام الاقتصادى هذه النتائج هى:

- ١- لا يجوز ممارسة هذه الصلاحيات إلا وفقاً لمصلحة المنشأة.
- ٢- يخضع صاحب العمل فى ممارسته لهذه السلطة للقواعد التى تقررها الأنظمة والقوانين خاصة القيود التى تحدها.
- ٣- حق العمال فى مشاركة رئيس المشروع فى إدارته.
- ٤- عدم جواز تسريح رئيس المشروع إلا إذا كان هناك مبرر حقيقى وجدى وبالتالي عدم جواز استعمال التسريح إلا إذا كانت مصلحة المشروع تقتضيه ، فضلاً عن إخضاع التسريح لأسباب اقتصادية لأنه سلطة عامة^٣.

^١ - و لكن كل ذلك لا يضى طابعاً تنظيمياً محضاً على علاقة العمل فى استعراض هذا الرأى المتعلق ببيان أساس السلطة التنظيمية لصاحب العمل ، د. حسام الأهوانى ، المرجع السابق ص ٣٨٦ .

^٢ - د. محمود جمال الدين زكى ، المرجع السابق ص ١٥٠ .

^٣ - د. أحمد خلف البيومى ، المرجع السابق ص ٩٠ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ومن خلال ما تقدم لا نتفق مع من يؤيد فكرة العقد كأساس للسلطة التنظيمية وما يترتب من علاقة تبعية بموجبها يخضع العامل لسلطات صاحب العمل في كل ما يتعلق بتنفيذ العمل ولا يحد من هذه السلطة سوى عدم التعسف في استعمال الحق^١. و إنما العقد "أى عقد العمل الفردى" هو المجال الحيوى لإعمال السلطة التنظيمية لصاحب العمل و من ثم فإن الأساس يكمن فى نص القانون و فى فكرة مالك المشروع. وبذلك فإن علاقة العمل الفردى "العمل الخاص التابع المأجور" هى عقد ينسم بطابع مرن يتعايش و فكرة النظام او بشكل مجالاً حيويماً لإعمال سلطة التنظيمية لصاحب العمل و التى من اهم مظاهرها امكانية تعديل صاحب العمل لشروط و ظروف علاقة العمل .

المبحث الأول

ماهية التعديل

تمهيد و تقسيم : نتناول بحث ماهية تعديل علاقة العمل من خلال ،التعريف بالتعديل و بيان حقيقته ومصادره و فى علاقة العمل و حالته بين التطور و الجمود .و ذلك فى المطلب الاول .و نتناول كذلك التمييز بين التعديل الجوهرى وغير الجوهرى" او صور التعديل" فى المطلب الثانى.

المطلب الأول

التعريف بالتعديل ومصادره

أولاً: تعريف تعديل العقد: يقصد بمصطلح التعديل فى اللغة التقويم، وقد جاء فى مختار الصحاح ".... تعديل الشئى تقويمه" يقال "عدله تعديلاً واعتدل" أى قومه

^١ - درمضان عبد الله صابر ،مظاهر السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل المنشأة،المرجع السابق ،ص ١٢ .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

فاستقام وكل متقف (معدل). ومن معانيه أيضًا "تعديل" الشهود بأن نقول إنهم عدول^١.

وفي القانون يقصد بمصطلح تعديل العقد عامة إجراء تغيير جزئي في العقد ينصب هذا التغيير على عنصر من عناصره أو بند من بنوده إما بالحذف أو بالإضافة أو غير ذلك، أو بمعنى آخر إعادة النظر في البنود التي تضمنها العقد والقيام بالانقاص منها أو الزيادة إليها. وينصب التعديل على كم الالتزام أو كيفية تنفيذه أو إلغاء بند من بنود العقد أو شرط من شروطه، كما قد ينصب على عنصر الزمن في العقد وهو الأجل -سواء كان وصف أو شرط في الالتزام - المتفق على تنفيذ الالتزام خلاله وذلك بتمده أو تقصيره أو وقف تنفيذه بصورة مؤقتة إلى غير ذلك من الصور التي قد يظهر فيها هذا التعديل. هذا على الرغم من أن القانون لم يحدد المقصود بتعديل العقد عامة و تعديل عقد العمل خاصة، و إنما الذي تناول تحديده ذلك هو الفقه و معه القضاء^٢.

١- راجع باب الناء، ص ٣٠ و ما بعدها مختار الصحاح، للشيخ الامام محمد بن ابي بكر الرازي، طبعة منقحة، كاملة التشكيل و مميزة للداخل، اخرج دائرة المعاجم في مكتبة لبنان، لبنان، ١٩٨٦، و راجع حرف "العين" ص ٤١٠-٤١٩. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، طبعة خاصة بوزارة التربية و التعليم، سنة ١٤١٥هـ، ١٩٩٤، جمهورية مصر العربية. و راجع لسان العرب، للامام العلامة ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقي، المجلد الحادي عشر، الطبعة السادسة، دار صادر بيروت، لبنان، سنة ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م، من ص ٤٣٠ حتى ص ٤٣٨.

٢- راجع، د. محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٣، ص ١٦. وقارب د. عبد العزيز المرسي حمود، تحديد نطاق سلطة رب العمل في الانفراد بتعديل عناصر عقد العمل غير محدد المدة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٠. بينما لم نجد في فرنسا تعريف دقيق خاص بتعديل عقد العمل و لكن اقره القضاء في احكامه

Cass.soc., ١٠ juillet ١٩٩٦, n°٩٣-٤١.١٣٧, Vanderdonck c/GAN: Bull.civ.V, n° ٢٧٨ et

Cass.soc., ١٠ juillet ١٩٩٦, n°٩٣-٤٠.٩٦٦, Le Berre c/Sté Socorem: Bull.civ.V, n°٢٧٨.

M.Morand "prpos sur la modification du contrat de travail ou des condition de travail"

GCP ١٩٩٧, éd. E.N ١٤.

٣- و يتضح ذلك بصورة أكثر في الفقه و القضاء الفرنسي: انظر

Chantal Mathieu, Justification de la prise d'acte de rupture : manquements antérieurs à la prise d'acte mais inconnus du salarié — Géniaut Benoît — Rev. trav. ٢٠١٣. ٧٦٣.

Isabel Odoul-Asorey, La reconnaissance ou la modification conventionnelle d'une unité économique et sociale — Odoul-Asorey Isabel — Rev. trav. ٢٠١٤. ٢٧٦. Soc. ١٤ nov.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

وفي ضوء ذلك التحديد فإن المقصود بتعديل عقد العمل خاصة ينصرف في الغالب الى انفراد صاحب العمل بإجراء تغيير جزئي في عقد العمل ينصب على عنصر من عناصره أو بند من بنوده إما بالحذف أو الإضافة أو غير ذلك. وعليه فإن مصطلح تعديل عقد العمل - وفقاً لرأى من يرى ان التعديل استثناء على مبدأ القوة الملزمة للعقد - لا يشمل التعديلات المنصوص عليها صراحة وقت إبرام العقد سواء جاء ذلك في عقد العمل الفردي أو الاتفاق الجماعي أو اللائحة الداخلية وذلك حسب المفهوم العام و لكنه ليس السائد او الغالب فى بيان معنى التعديل الانفرادى^١.

و عليه فإنه إذا نص فى عقد العمل الفردى أو الجماعى صراحة او فى اللائحة الداخلية على حق صاحب العمل في نقل العامل إلى فرع من فروع المشروع ووافق العامل على هذا النص، فإن القرارات التي يصدرها صاحب العمل بنقل العامل إلى أي من هذه الفروع لا تخرج عن كونها قرارات تتعلق بتنفيذ عقد العمل، وليست تعديلاً له^٢. ولصاحب العمل مطلق الحرية في اختيار وقت صدور هذه القرارات واختيار الأماكن التي يرى نقل العامل إليها^٣. و فى ضوء ذلك نجد فى الفقه

٢٠١٣، n° ١١-١٧، ٦٤٤، D. ٢٠١٣. ٢٧٠٣. Soc. ٢٦ sept. ٢٠١٢، n° ١١-١٤، ٥٨٣، Bull. civ. V، n° ٢٥١، D. ٢٠١٣. ١٠٢٦، obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT ٢٠١٣. ١١٦، obs. M. Véricel.

^١ - قارب فى فرنسا :

E. Chevrier, Modification du contrat de travail et RTT — E. Chevrier — ٥ mai ٢٠٠٦, Dalloz actualité ٥ mai ٢٠٠٦, Soc. ٥ avril ٢٠٠٦, FS-P+B, n° ٠٤-٤٥, ٥٣٧ (Décision en ligne). Modification des jours et horaires de travail à temps partiel — E. Chevrier — ٥ mai ٢٠٠٦. Dalloz actualité ٥ mai ٢٠٠٦. Soc. ٤ avril ٢٠٠٦, F-P, n° ٠٤-٤٢, ٦٧٢ (Décision en ligne). Modification du contrat de travail pour motif économique et obligation de reclassement — S. Maillard — ١٠ décembre ٢٠٠٩. Dalloz actualité ١٠ décembre ٢٠٠٩. Soc. ٢٥ nov. ٢٠٠٩, F-P+B, n° ٠٨-٤٢, ٧٥٥.

^١ Lyon N- Caen (G.) et Pélissier (J.), Droit du Travail, ١٩٨٨, p. ٣٠٦.

^٢ - راجع د. محمد عبد الغفار البسيوني، سلطة رب العمل في الانفراد بتعديل عقد العمل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٤، ص ٣٠-٣١. د. حسام الدين الأهواني "قانون العمل، ١٩٩١، ص ٤٠٦-٤٠٧، ص ٤٥٦. د. محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، الطبعة الرابعة، ١٩٨٣، ص ١٨٨. هذا ومن الجدير بالذكر أن الفقه الفرنسى في هذا الشأن يميز بين التعديل في شروط عقد العمل، والتعديل في ظروف تنفيذ العمل، وهذه الصورة لديهم تمثل تعديل في ظروف أداء تنفيذ العمل. انظر

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الفرنسي من يرمى انصراف مفهوم التعديل فقط الى ذلك الذي يتناول عقد العمل اى شروط عقد العمل و ليس تغيير شروط و ظروف العمل ذاته .¹

ومن التحديد السابق لمصطلح تعديل عقد العمل يتضح أن التعديل يعبر عن اهم مظهر من مظاهر سلطة لصاحب العمل في تنظيم العمل ، وهو تعديل عقد العمل حيث أن صاحب العمل هو مالك المشروع وله القدرة على الاستئثار والتسلط، بما يخوله من سلطة استعمال واستغلال هذا المشروع للحصول على منافعه .²

ويترتب على ذلك أن تمتد سلطة صاحب العمل إلى إصدار الأوامر التي تتعلق بتنفيذ العمل، وذلك في صورتين تتمثل إما في قرارات تنظيمية وهذه القرارات تتصف بالعمومية لأنها تخاطب مجموعة من العمال وليس عاملاً محدداً، وتكون ذات طابع فني أو اقتصادي مثل القرارات التي تتعلق بزيادة الإنتاج، أو إعادة ترتيب الوظائف أو تغيير طرق العمل، ووسائل الإنتاج أو افتتاح فروع جديدة للمشروع .³

وقد تتمثل القرارات في صورة قرارات فردية، وهي التي تتعلق بعامل معين، وليس مجموعة من العمال، وتتطلب كل هذه القرارات سواء انصفت بالعمومية أو

Laurence Fin-Langer, Fiches de droit der travail, Rappels de cours et exercices corrigés, ellipses, 3^e edition, ٢٠٠٩, p. ٧٩

¹ - و في ضوء دراسة تعديل عقد العمل يفرق البعض من الفقه الفرنسي بين تعديل عقد العمل و هو ذلك الذي يتناول شروط عقد العمل و بين تغيير شروط او ظروف العمل و هذا ليس بالتعديل المقصود في المتن . انظر في فرنسا :

Laurence fin-Langer ,fiches de droit du travail .Rappels de cours et exercices corrigés, 3^e edition .ellipses ,٢٠٠٩,p٧٩.ets . Cass.soc., ١٠ juillet ١٩٩٦,n^o٩٣-٤١,١٣٧. Vanderdonckt c/GAN; Bull.civ.V, n^o٢٧٨ et-Cass.soc., ١٠ juillet ١٩٩٦, n^o٩٣-٤٠,٩٦٦, Le Berre c/Sté Socorem; Bull.civ.V, n^o٢٧٨.

² - انظر في تفاصيل أكثر عن السلطة التنظيمية، د. أحمد خلف البيومي، السلطة التنظيمية لرب العمل، وأثرها على الاستقرار المهني للعامة، مجلة المحاماة، العددين الأول والثاني، يناير، وفبراير ١٩٨٧. السنة السابعة والستون، ص ٧٥ وما بعدها. وقارب د. رمضان عبد الله صابر، مظاهر السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل المنشأة، دراسة في ضوء القانون ١٢ لسنة ٢٠٠٣م، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٣ وما بعدها.

³ - راجع د. أحمد خلف البيومي، السلطة التنظيمية لرب العمل، المرجع السابق، ص ٧٦ وما بعدها، د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، لعام ١٩٩١، ص ٣٩٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

الفردية بإجراء تعديل في شروطه وظروف تنفيذ العمل. وصاحب العمل له مطلق الحرية في اختيار القرارات أو الأوامر الخاصة بتفاصيل مثل هذه القرارات^١.

ثانياً: مصادر التعديل^٢ "التعديل الاتفاقي وغير الاتفاقي":

أ- التعديل الاتفاقي: بداية يمكن أن نطلق على هذه الصورة من صور التعديل تسمية التعديل القائم على احترام فكرة القوة الملزمة للعقد ، أي التعديل الاتفاقي . حيث يقصد به كل تعديل يستند فيه صاحب العمل لموافقة العامل، حيث يخرج من فكرة التعديل وفق السلطة التنظيمية لصاحب العمل كل تعديل يكون فيه اقتراح بالتعديل من قبل صاحب العمل دون إجبار العامل عليه، ولو كان الاقتراح وارداً على عنصر جوهري من عناصر عقد العمل، وعلى ذلك فإن للعامل أن يرفض الاقتراح ويظل مركزه الوظيفي كما هو حيث لا يؤدي الاقتراح هذا إلى المساس بمركزه الوظيفي السابق عليه بل يظل على حاله بذات شروط وظروف أدائه^٣.

وعلى ذلك يخرج من التعديل القائم على فكرة السلطة التنظيمية لصاحب العمل التعديل الجوهري الاتفاقي حيث أعمال القواعد العامة في التعاقد، أن العقد

١- ويتم ذلك عن طريق المنشورات أو التعليمات الداخلية، مثل القرارات المتعلقة بتحديد ساعات العمل أو الأوامر الخاصة بتغيير وقت العمل باعتبار أن وقت العمل متعلق بتنفيذ العمل، أو غير ذلك من أمور الحياة المهنية اليومية والتي تتصف بطابع التغيير. راجع د. محمود جمال الدين ذكي، عقد العمل في القانون المصري، طبعة ١٩٨٢، ص ١٤٩ د. محمد عبد الغفار البيسوتي، الرسالة السابقة، ص ٣٠.

G.Couturier, "Pot Pourri autour des modification du contrat de travail" DS ١٩٩٨, p. ٨٧٨.

E. Dockès : La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail - Dr. ١

C.Radé, "l'accord et le régime du contrat de travail ; la porte. Social ١٩٩٧, n° ٢, p. ١٥٠ ouverte ... mais Aqueles?" DS mars ٢٠٠٨, p. ٢٩٥.

٢- وحيث يستخلص من ذلك أن صاحب العمل لا يصر على إنفاذ الاقتراح رغماً عن العامل في حالة رفضه له. وفي هذه الحالة لا يقبل من العامل الذي يترك العمل عقب هذا الاقتراح إدعائه بأنه كان مدفوعاً في تركه العمل بتصرفات رب العمل. وتطبيقاً لذلك أنه لا يأخذ حكم التعديل، إعلان الإدارة - أي إعلانها الاقتراح به للعامل حيث لم يوضع موضع التطبيق في الحال على العامل، حيث تعلق الأمر في واقعة الدعوى بتغيير مكان العمل، ومن ثم فإن الإنهاء المتعجل من العامل قبل إنفاذ هذا التعديل لا يكون منسوباً لصاحب العمل. راجع د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٨.

Cass. Soc. ١er déc ١٩٧٦. Soc. ١١. Juin ٤٥, Soc. ٢٥, Jann. ٧٦. In Lamy soc éd ١٩٨٤. No.

٣٣٨. P. ١٤٢. Cass Soc ٢٦ avril, ١٩٨٤. Bull. Civ., p. ١٢١. Cass. So. ٥ mars. ٩٧. R. J. S. ٩٧

No. ٣٧٦. Cass. Soc. ٤ Fév. ٧١ Bull. Civ. P. ٦٧

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين. وفقاً للمادة رقم ١٤٧ من القانون المدني المصري، وسواء كان هذا الاتفاق سابقاً على التعديل كأن يتضمن عقد العمل الفردي لشرط أو أكثر يجيز التعديل أو كان الاتفاق معاصر أو لاحق للتعديل في صورة صريحة أو ضمنية، وهو ما يعد تجديد للالتزام بتغيير الدين أي بتغيير محله^١.

وقد يكون قبول العامل لهذا التعديل الاتفاقي قبولاً ضمناً، حيث نجد أن القضاء الفرنسي قد مر بمراحل تطور عديدة في هذا الشأن، فكانت مقدمة ذلك التطور في بداية عام ١٩٨٧ حيث قضى بأن مجرد الاعتراض الشفوي على التعديل لا يمنع من استقراء الموافقة الضمنية عليه متى استمر العامل في أداء العمل ووفقاً للشروط المعدلة^٢، ولكن وجه النقد الشديد إلى هذا الموقف، ولذلك كان حكم النقض الصادر في ١٩٨٧/١٠/٨ بأن الرضاء الضمني لا يستفاد من مجرد الاستمرار في العمل لأن النزول عن الحق لا يفترض^٣، خاصة أن العامل رفض في حينه هذا التعديل.

وقد أكدت محكمة النقض على اتجاهها الأخير أيضاً في حكم لها في عام ١٩٩٠، بأن قررت بان اعتراض العامل على التعديل الجوهري مع استمراره في أداء العمل وفقاً للشروط الجديدة لا يستدل منه من ناحية على رضائه الضمني به، ويدل من ناحية أخرى على استمرار علاقة العمل متى لم يصدر من رب العمل إنهاء لها^٤.

^١ - حيث يعمل بهذا الشرط ما لم يستدل لدى المحكمة من مسلك صاحب العمل تنازله عن هذا التعديل، د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٨٦.

^٢ - Cass. Soc. ١٦ oct. ١٩٨٥. Juri.- Soc. ١٩٨٥. F. ٩٤.

^٣ - Cass. Soc. II Juin. ١٩٨٠. Lamy. Soc. Ed. ١٩٨٤.

^٤ - Bull. Civ. P. ٣٤٤. Cass. Soc. ١٧ déc. ١٩٨٧. Bull. Civ. P. ٤٧٣. Cass. Soc. Déc. ١٩٩٠.

Lamy. Soc. Éd. ١٩٩٢. No. ٢٧٩.

^٥ - Cass. Soc. ٢ Octobre. ١٩٩٠. Lamy. Soc. éd, ١٩٩٢. No. ٢٧٩. Cass. Soc. ١٤ Janv. ١٩٨٨.

Civ. P. ٢٥. J.Pélessier, "clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

ومن أحكام النقض الفرنسية الداعمة أيضًا لهذا الاتجاه ما قضت فيه بأن مجرد الاستمرار في العمل وفقًا للشروط المعدلة غير المعزز برفض أو اعتراض على التعديل، والذي لا يصاحبه إلا السكوت. أي سكوت العامل. يعتبر سكوًا مجردًا لا يستفاد منه الرضاء الضمني بالتعديل^١. لكن لا يوجد ما يمنع من أن يستفاد الرضاء الضمني من اجتماع مجموعة من العناصر تضاف إلى الاستمرار في العمل وفقًا للشروط المعدل بغير اعتراض، بمعنى أنه يعد سكوًا ملابسًا بظروف يستفاد منها قبول التعديل^٢.

هذا ويتطلب للاستدلال على رضاء العامل بالتعديل أن يتحرى القاضي الإرادة الجلية القاطعة المستفادة من أعمال وتصرفات إيجابية تخلو من اللبس حول دلالتها^٣، لأن التجديد لا يفترض بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف، ويقع عبء إثباته على عاتق من يدعيه ويتمسك به، ولا شك أنه مما يعين على الاستدلال على هذا الرضاء الضمني أن يسبق استمرار العامل وفقًا للشروط المعدل بغير اعتراض أو تحفظ، إعلان صاحب العمل له بالتعديل المزمع وكل نتائجه وآثاره بحيث يكون رضاء العامل به رضاء جليًا واعيًا متبصرًا بكل نتائجه^٤.

هذا ويجب أن يأخذ القاضي في الاعتبار ما قدر يقرره المشرع بنصوص خاصة في شأن ترجيح الرضاء الضمني للعامل بالتعديل دون الرفض أو السكوت،

travail "RJS 1/04, p3.

^١ Cass. Soc. 13 Oct. 1988, Soc. 9 mars. 89, Soc. 6 mars. 1990, Soc. 23, Oct. 1991, Soc. -
17, Nov. 1988, Bull. Civ. P. 391, Soc. 9 Juin. 1988, Cah. Soc. 1988, A.Z. Bernard
Boubli, mise, en oeuvre du la modification du contratde travail, Revue Droit. Social, No.
7, 1996, P. 43.

^٢ د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص 287-288.

^٣ Cass. Soc. 1er Juill. 1985, Jur. Social, 1985, F. 82, Cass. Soc. 24 Nov. 1988 Cah. Soc. -
89, A. 2, Cass. Soc. 10 Nov. 1988, Cah. Soc. 89, A. 3, Soc. 5 Oct. 1993, Cah. Soc. 93, A.
9, Soc. 4 Fév. 1988, J. C. P. 1988, éd. EII- 10228, P. 467, Sec. 9 Juin. 1988, Cah. Soc.
1988, Cah. Soc. 88, A. 2.

^٤ Cass. Soc. 7 Octobre. 1987, Lamy. Soc. 1992, No. 279, Soc. 7 Jann. 1988, -
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول 2016

ومثال لذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي في المواد ارقام ٦-١٢٢٢٢ L، و-١٢٣٣٣ L من تقنين العمل الفرنسي من أنه في حالة استناد التعديل الجوهري لأحد الشروط الاتفاقية الجوهريّة، لمصاعب اقتصادية أو لتطورات تقنية تم إدخالها بالمشروع، فإنه يتعين على صاحب العمل إعلام العامل بها بخطاب مسجل بعلم الوصول، وللعامل مهلة شهر من تاريخ استلامه لخطاب التعديل، وخمسة عشر يوم في حالة خضوع منشأة العمل للتصفية أو الحراسة، لإعلان رفضه، فإذا مرت المهلة الشهر أو الخمسة عشر يوم دون رفض من جانبه اعتبر ذلك بمثابة رضاء ضمني بالتعديل^١.

ب- التعديل غير الاتفاقي "أو التعديل النظامي": ونسمي هذا التعديل بالتعديل غير الاتفاقي حيث لا تلتقي فيه إرادة طرفي العقود الفردية أو الجماعية، على تعديل أحد عناصر العقد سواء الجوهريّة أو غير الجوهريّة، وإنما ينفرد فيه غالباً، وإن لم يكن دائماً صاحب العمل بتعديل عقد العمل، وذلك اعتماداً على نص في القانون الخاص أو تأسيساً على فكرة السلطة التنظيمية لصاحب العمل.

وعلى ذلك يخرج -لدى البعض من الفقه الفرنسي - من فكرة التعديل القائم على السلطة التنظيمية لصاحب العمل، التعديل الجوهري الذي يجريه صاحب العمل في مركز العامل المحدد بعقد العمل الجماعي استناداً لما طرأ على هذا العقد الجماعي نفسه من تعديل^٢.

^١ - انظر في تفاصيل التعديل لأسباب اقتصادية، واجتماعية في فرنسا.

Isabel Odul. Asorey, "La reconnaissance ou la modification conventionnel le d'une unite économique et social Rev. Trav. ٢٠١٤, P. ٢٧٦ et s

François Gaudu, "L'impact des difficultés Economiques de L'entrepris sur les" condition de Travail", Droit Social ١٩٩١. P. ٣٠ ets

^٢ - حيث أن هذا التعديل يقوم أيضاً على فكرة أن عقد العمل الجماعي أمر في أصله اتفاقاً فبالتالي فإن التعديل هذا يعد تعديلاً اتفاقياً وليس بنظامي أو تنظيمي أو غير إرادي، كما أن فيه ما يجعل العقد الفردي خاضعاً له في كل ما يستجد به من تغييرات ومن ثم فلا يثير إشكالية تعديل عقد العمل بمفهومها التنظيمي.

J. Pélissier et G. Auzero, E. Dockés, Droit du Travail, Paris, Dalloz. ٢٠١١, p. ٤٧٢. Cass. - Soc. ١٦ Nov. ١٩٩٣. Dr. de Travail. ١٩٩٤. No. I. p. ١٢

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

كما قضى بأنه لا يدخل في إطار تعديل الشروط العقدية الواردة في عقد العمل الفردي، ما جرى عليه صاحب العمل من إنكار للحقوق والمزايا المقررة للعمال بالعادات المهنية والتي لم تدرج كشرط اتفافي في عقد العمل^١.

وكذلك يخرج من مفهوم التعديل القائم على السلطة التنظيمية، ويعد تعديلاً مشروعاً كل تعديل يصدر عن صاحب العمل يستند فيه لشرط يجيزه عقد العمل الفردي أو الجماعي أو عادة مهنية، بشرط ألا يكون من شأن ما ورد في العقد الجماعي أو ما جرت به العادة المهنية المساس بالحقوق المكتسبة للعامل في العقد الفردي. ذلك أن الاتفاق الجماعي لا يسري إلا فيما يحقق مصلحة أو ميزة للعامل^٢. وفي ذلك تنص المادة رقم ١٥٤ فقرة ٢ من قانون العمل المصري الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ "وفي حالة تعارض حكم في عقد العمل الفردي مع حكم مقابل في الاتفاقية الجماعية، يسرى الحكم الذي يحقق فائدة أكثر للعامل دون غيره".

وإنما نسبة ذلك قضى بأنه لا يجوز أن يفرض على العامل قبول التعديل الذي وافقت عليه غالبية العمال^٣. كما قضى بأنه ليس للعامل أن يعترض على التعديل

^١ - وينتقد بعض الفقه - وبحق - هذا القضاء على أساس أن الالتزام بالعادات المهنية هو الرضاء بها، ومن ثم فهي تعتبر في حكم الشروط الاتفاقية ويعتبر إنكار صاحب العمل لها بمثابة إخلال بالقوة الملزمة للعقد. راجع د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٨٩.

Cass. Soc. ٣ déc. ١٩٩٦. D. ١٩٩٧. P. ١٠٢.

^٢ - وقد قضى بأنه يعد تعديلاً مشروعاً نقل مكان العمل استناداً للعادات المهنية التي جرت على إعطاء الحرية لرب العمل في إجراء التغييرات المكانية بما تقتضيه مصلحة العمل. كما لو تعلق الأمر بموسسة بنية أو بالمشروع العامل في مقاولات المباني. راجع د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٨٩.

Cass. Soc. ٢٢ Juill. ١٩٨٦. Dr. Soc. ١٩٨٦. P. ٨٦٥.

Cass. Soc. ٩ mai. J. C. P. ١٩٩١ éd. E II. P. ١٢٦.

Cass. Soc. ٢١ Juill. ١٩٨٦. Dr. Soc. ١٩٨٦. P. ٨٦٥.

Cass. Soc. ١٨ Fév. ١٩٧٠. Dr. Soc. ١٩٧٠. P. ٣٢٣.

Lamy. Soc. Éd. ١٩٩٢. No. ٢٧٧.

^٣ - د. حسام الدين الأهواني، شرح قانون العمل، طبعة ١٩٩١، مرجع سابق، ص ٤٤٦، د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٨٩.

Cass. Soc. ٩ mai. J. C. ١٩٩١. Éd E. II. P. ١٢٦.

Cass. Soc. ٢١. Juill. ١٩٨٦. Dr. Soc. ١٩٨٦. P. ٨٦٥.

Cass. Soc. ١٨ Fév. ١٩٧٠. Dr. Soc. ١٩٧٠. P. ٣٢٣. Lamy. Soc. Éd. ٢٧٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

بعد سبق موافقته عليه^١. ولما كان النزول عن الحق لا يفترض فإنه يقع على صاحب العمل عبء إثبات ادعائه برضاء العامل بالتعديل^٢.

ج- تعديل شروط العمل بين اعتبارات المرونة والجمود: يعد من المسائل

الدقيقة في البحث القانوني بيان طبيعة العلاقة بين مبدأ القوة الملزمة لعقد العمل، والسلطة التنظيمية لصاحب العمل في تنظيم شروط وظروف أداء العمل، حيث نجد بمناسبة ذلك من يرى من الفقه أن الأمر ينحصر في تحديد مدى المرونة المتاحة لصاحب العمل في أن يدخل بإرادته المنفردة تعديلاً على شروط وظروف أداء العمل، خروجاً على مقتضى القوة الملزمة للعقد، المادة رقم ١٤٧ من القانون المدني المصري، استجابة لمقتضيات الإدارة المعتادة للمشروع أو لمواجهة ما يطرأ من ظروف استثنائية^٣ أو ما يلزم لمواجهة المصاعب الاقتصادية أو مقتضيات إعادة تنظيم المشروع وتغيير هيكله لمسايرة التقدم التكنولوجي، مع تحديد ضوابط ممارسة هذه المكنة وضماناتها بما لا يهدر القوة الملزمة للعقد من جهة ولا يجهض الحقوق المكتسبة المادية والأدبية للعامل من جهة أخرى^٤.

الأمر الذي يجعل تحديد نطاق هذه السلطة محصلة للتوازن الذي يلقي قبولاً جماعياً في وقت معين بين مجموعة الاعتبارات الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والقانونية التي تضافي على أحكام قانون العمل طابعها الخاص المميز^٥.

ويقرر استاذنا الفقيه صاحب هذا الرأي أن نطاق هذه السلطة . أي سلطة التعديل . يأتي وضوابطها وضمانات ممارستها وسطاً بين المرونة الكاملة لشروط وظروف أداء العمل، بما يتيح لصاحب العمل الحرية الكاملة في تغيير ما يترأى له من شروط وظروف أداء العمل، كمسئول عن تنظيم المشروع وإدارته والإشراف على حسن سيره مما يضمن استمرار المشروع وازدهاره، بجميع التدابير سواء مالا يمثل

١- ١٤٤، P. ٨٤، Lamy. Soc. Éd. ١٩٧٩. Cass. Soc. ٢٨ Fév.

٢- Bull. Civ. ١٩٨٨. Cass. Soc. ١٤ Janv.

٣- راجع د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

٤- د. همام محمد زهران، المرجع السابق، نفس الموضوع.

٥- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

منها تعديلاً جوهرياً للعقد، سواء ما كان يمثل تعديلاً جوهرياً لما تضمنه العقد الفردي من جهة وبين مقتضيات الاحترام المطلق للقوة الملزمة للعقد بحيث أن ما تم تحديده بالاتفاق لا يجوز تعديله بالإرادة المنفردة لأى من طرفي العقد. من جهة لأن إطلاق سلطة صاحب العمل في تعديل شروط العقد دون تمييز بين ما يعتبر جوهرياً في اعتبار المتعاقدين وما لم يعتبر، ودون تمييز بين مقتضيات إدارة المشروع في ظل الظروف المعتادة وبين مقتضيات مواجهة الظروف الاستثنائية وحالة الضرورة، ودون أخذ في الاعتبار بأهمية عدم المساس بالحقوق والمزايا المكتسبة المادية والأدبية للعامل، يمثل سبيلاً للتدخل من الالتزامات التعاقدية^١.

هذا وإن كنا نرى أن طبيعة العلاقة . أي طبيعة العلاقة بين مبدأ القوة الملزمة لعقد العمل والسلطة التنظيمية لصاحب العمل . هذه ليست تعبيراً عن النضارح أو التضاد بأن يكون أحدهما استثناءً على الآخر أو قيدياً له، وإنما هي علاقة تكامل وتوافق على الأقل، حيث أن الغالب في الفقه والقضاء الفرنسي يذهب الى أن هناك فرق بين التعديل في شروط عقد العمل، والتعديل في شروط وظروف أداء العمل، حيث إن التعديل في شروط عقد العمل يعد بلا شك تعديلاً يستوجب أن يتم في إطار احترام مبدأ القوة الملزمة للعقد، ومن ثم لا يجوز لصاحب العمل أن ينفرد بتعديل شروط عقد العمل إلا في حالات محددة حصراً وفق نص المادة رقم ١٤٧ من القانون المدني المصري، والمادة ١١٣٤ مدني فرنسي، حيث أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو إنهائه أو تعديله إلا بإرادة الطرفين أو للأسباب التي قررها القانون.

^١ - حيث يرى أنه من جهة ثانية أن المرونة الكاملة لشروط العمل وفي مقدمتها الأجر تؤدي إلى تحميل العمال بالجانب الأكبر من تكلفة الكساد الاقتصادي. فضلاً عن أن المرونة الكاملة للأجر وإمكانية خفض أجورهم يستتبع خفض مستوى الطلب الكلي وهو ما يؤدي بدوره إلى دورة جديدة من نقص الإنتاج بحيث أن الحرية الاقتصادية لا تتعارض مع فرض ضوابط وقيود على سلطة صاحب العمل في الإدارة وفرض ضمانات تحمي العمال من إطلاق هذه الحرية، بحيث لا بد أن يراعى لدى تحديد نطاق المسموح بها، التمييز بحسب الظروف المعتادة والظروف الاستثنائية التي تواجه المشروع. راجع د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٩١.

^٢ - e ٢٤٤. Jean Pélissier, Alain Supiot, Antoin Jeammaud, Gilles Auzero, Droit du travail, ٧٩e édition, Dalloz, ٢٠٠٨, p ٤٧ ets. Laurence Fin-Langer, Fiches de droit du travail, op, cit, p ٧٩ ets.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وهنا يعد مبدأ القوة الملزمة للعقد هو السائد ولا استثناء عليه، حيث إن السلطة التنظيمية لصاحب العمل مجالها ليس شروط عقد العمل وإنما هو شروط وظروف أداء العمل. وبالتالي فالعلاقة هنا تبدو واضحة في التكامل والتعايش وليس التضاد ولا التصارع^١. حيث يعد الأصل العام والسائد في تنظيم علاقات العمل الخاص التابع للمأجور هو مبدأ القوة الملزمة للعقد.

ومع ذلك يمكن أن نجد من يرى . عملاً بالواقع . أن سلطة صاحب العمل في التعديل تعد استثناءً من مبدأ القوة الملزمة للعقد، وهذا قائم بالفعل، ومع ذلك فإن هذا الاستثناء ليس أساسه الوحيد فكرة السلطة التنظيمية لصاحب العمل وإنما هي أحد أسس هذا التعديل إذ أن هناك أسس أخرى منها نص القانون والقوة القاهرة أو الضرورة، حيث إن فكرة التعديل المتصورة لعلاقة العمل قد تتناول شروط العقد فهنا يعمل بالأصل العام "العقد شريعة المتعاقدين" ولا يتم التعديل إلا وفقاً له، وإلا كان متصوراً قيام التعديل على سبيل الاستثناء وفقاً لنص القانون أو اعتماداً على سلطة صاحب المشروع أو القوة القاهرة أو غيرها. وإن تناول التعديل شروط وظروف العمل وأدائه فهنا لا مجال للحديث عن مبدأ القوة الملزمة للعقد حيث إن ذلك الأمر يتصل بفكرة سلطة صاحب المشروع في إدارة أعماله وماله وتنظيمه له وذلك عملاً بفكرة السلطة التنظيمية لصاحب العمل وهذا يؤكد رأينا بفكرة التعايش بين الأمرين^٢.

^١ - Jean Pelissier, et Alain Supiot, et Antoine Jeammaud, et Gilles Auzero, Droit du -

Travail, ٢٤^e edition, ٢٠٠٨. Dalloz. P. ٧٤٧ et s. P. ٧٥٠ et s.

-Cass. Soc. ١٠ Juillet, ١٩٩٦, No. ٩٣- ٤١. ١٣٧, Vander Donckt c/GAN, Bull. Civ. No. ٢٧٨.

Cass. Soc., ١٩ mai ١٩٩٨, No. ٩٦- ٤١. ٥٧٣. P. Bull. Civ. V. No. ٢٦٥.

^٢ - ولعل ما يؤكد صحة رأينا وعدم اعتماد الرأي الذي عرضناه أن صاحب هذا الرأي اعتبر أن الإقرار لصاحب العمل بالمكثرة المطلقة في تعديل شروط وظروف أداء العمل - وهو يقصد ضمناً أيضاً شروط عقد العمل - بإرادته المنفردة يتم استجابة لدواعي مصلحة المشروع وانطلاقاً في تنظيم إدارة العمل البشري داخل المشروع من منظور اقتصادي بحث لا يلقى بالألّا اعتبارات الاجتماعية أو لا اعتبار القوة الملزمة للعقد. فضلاً عن أن الإقرار لصاحب العمل بمرور في إجراء التعديلات على مركز العامل من شأنها أن تقوى فرصة المشروع على المنافسة وترفع من فرص احتفاظ العمال بوظائفهم رغم ما طرأ عليها من تعديل. ورفض هذا الرأي يدعمه أيضاً أنه خلط بين فكرة تعديل شروط عقد العمل، وشروط وظروف أداء العمل، كما أنه خلط بين أساس التعديل لشروط العقد وأساس التعديل لشروط وظروف أداء العمل. ولذلك فهو لم يتفق مع الراجح في الفقه والقضاء الفرنسي حالياً من ضرورة مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

المطلب الثاني

صور التعديل

تمهيد و تقسيم : خلى التنظيم القانوني لعقد العمل من ثمة معيار قاطع للتمييز بين صورتى التعديل، التعديل الجوهرى والتعديل غير الجوهرى لعقد العمل ولذلك فإن قاضى الموضوع يستعين فى التمييز هذا بالعديد من المعايير التى يمكن أن نحصرها فى ثلاثة هي اتفاق الأطراف، و موضوع التعديل، و اثر التعديل و عن اتفاق المتعاقدان، أي اتفاق أطراف عقد العمل، حيث بيان مدى وجود الاتفاق الصريح أو الضمنى بين العامل وصاحب العمل يتحدد معيار بموجبه يستطيع القاضى ان يستعرض ما يعد جوهرياً أو غير جوهرى من عناصر عقد العمل ويسمى ذلك بالمعيار الاتفاقي.

ويمكن أن يستعين القاضى فى ذلك التمييز بموضوع التعديل فى حد ذاته وما إذا كان سوف يترتب عليه نقل العامل إلى مركز أقل من الناحية المادية أو الأدبية أو مركز مساو للمركز السابق وهذا ما يسمى بالمعيار الموضوعى، أو أن يرجع القاضى إلى أثر التعديل على حياة العامل وقت التعديل لبيان صورة التعديل وهذا ما يسمى بالمعيار الشخصى. وبذلك نوجز القول عن المعايير الثلاثة فيما يلى:

الفرع الأول

المعيار الاتفاقي

التمييز بين التعديل فى شروط عقد العمل، والتعديل فى شروط وظروف اداء العمل. راجع د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٩١.

- Laurence Fin-Lanyer, Fiches de Droit du travail, op. cit., p. ٧٩ et s.

١- و لعل القضاء الفرنسى سبق القضاء المصرى فى اقرار معايير التمييز بين التعديل الجوهرى و التعديل غير الجوهرى، و ذلك تحت مسمى التمييز بين تعديل عقد العمل و تعديل شروط و ظروف العمل، راجع فى ذلك التمييز و التطبيقات الواردة لديهم فى فرنسا:

Jean Pélissier, et autres, op cit, p٧٤٧ ets. p٧٥٠ ets. Laurence Fin-Langer, op, cit, p٧٩ ets. p.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المقصود بالمعيار الاتفاقي هو أن يكون هناك اتفاق بين العامل وصاحب العمل على تحديد طبيعة عناصر العقد من حيث كونها جوهرية أو غير جوهرية، وقد يكون هذا الاتفاق صريحاً بحيث لا يترك مجالاً لأي غموض عند البحث في طبيعة التعديل الذي يتناول هذه العناصر فيما إذا كان تعديلاً جوهرياً، أو غير جوهرية. وقد يكون هذا الاتفاق ضمنيًا مما يتطلب البحث في عدة عناصر للكشف عن النية المشتركة لطرفي العقد^١.

وبذلك فإن للاتفاق على تحديد عناصر العقد الجوهرية وعناصره غير الجوهرية صورتين هما الاتفاق الصريح والاتفاق الضمني، ونقوم بتوضيح ذلك فيما يلي:

الفصل الأول

الاتفاق الصريح.

قد يتفق العامل وصاحب العمل صراحة عند إبرام العقد على أن عنصرًا ما يعتبر جوهرياً أو على العكس أن عنصرًا ما ليس جوهرياً وحينئذ لا توجد مشكلة في معرفة ما إذا كان التعديل الذي ينصب على أن منهما جوهرياً أو غير جوهرية^٢.

وقد يلجأ الطرفان إلى طرق مختلفة لتحديد ما يعتبر جوهرياً من عناصر العقد، وما لا يعتبر كذلك. فقد يتضمن العقد تحديداً حصرياً للعناصر الجوهرية بحيث يكون غير جوهرية ما عداها من العناصر وقد يكون التحديد للعناصر الجوهرية غير حصري أي على سبيل المثال. وأخيراً قد يرد الاتفاق على ما يعد جوهرياً، وما لا

١- د. عبد العزيز المرسي حمود، تحديد نطاق سلطة رب العمل كالأفراد بتعديل عناصر عقد العمل غير محدد المدة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ١٣. ود. أنور أحمد الفزيع، سلطة رب العمل في تغيير طبيعة العمل المتفق عليه، كلية الحقوق، الكويت، السنة ٢٠١٢، العدد ٤، ديسمبر ١٩٨٨، ص ١٨ وما بعدها.

Bernard Teysié, La modification du contrat de travail instrument de gestion de - L'entreprise, Dr Soc. ١٩٨٠, No. ١٢, déc, p. ٨٥ et s. No. ١٤, p. ٨٥٥

٢- د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٣. د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها. Bernard Teysié, op. cit., No. ١٢ et ١٣, p. ٨٥٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

يعد جوهرياً من عناصر العقد في صورة شرط يعطي لصاحب العمل الحق في تعديل عناصر معينة من عقد العمل بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى العامل^١.

أولاً: التحديد الحصري وغير الحصري لعناصر عقد العمل الجوهرية وغير الجوهرية^٢: يقصد بالتحديد الحصري لعناصر العقد أن يقوم طرفاه بتصنيف عناصر العقد إلى عناصر جوهرية وعناصر غير جوهرية وذلك من خلال تحديد العناصر الجوهرية في العقد بحيث يكون غير جوهرية كل ما عداها من العناصر. ويترتب على ذلك أنه لا يحق لصاحب العمل الانفراد بتعديل أى من هذه العناصر الجوهرية، إلا باتفاق مع العامل على هذا التعديل أو طبقاً للمبادئ والقواعد التي تنظم حق صاحب العمل في الانفراد بتعديل هذه العناصر. ويترتب على هذا التحديد تسهيل مهمة القاضي الذي لم يعد له سلطة تقديرية أمام هذه النصوص العقدية الصريحة^٣.

أما التحديد غير الحصري لعناصر العقد الجوهرية فيقصد به التحديد الذي يتم من خلال إيراد أمثلة لهذا النوع من العناصر مما يترتب على هذا التحديد أن كل العناصر الواردة فيه تعد جوهرية. أما ما عداها من عناصر فيحتمل أن تكون جوهرية أو غير جوهرية بحسب الأحوال، مما يحتم على قاضي الموضوع أن يقدر

١- د. رمزي فريد مبروك "مدى سلطة صاحب العمل في الانفراد بتعديل عقد العمل ذي المدة غير المحددة، مجلة البحوث القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد ١٢، سنة ١٩٩٢، ص ٢٧٧ وما بعدها. وقارب د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها.

٢- د. حسام الأهواني، شرح قانون العمل، سنة ١٩٩١، مرجع سابق، ص ٤٤٩ وراجع كذلك د. محمد عبد الغفار البيسوني، رسالته السابقة، ص ١١٢ وما بعدها.

Teyssie (B.). La modification du contrat de Travail instrument de gestion de - l'entreprision, Dr. Soc. ١٩٨٦, No. ١٢, p. ٨٥٤.

Lurence Fin-Langer, fiches de droit der travail, op. cit., p. ٧٩ et s.

Jean pelissier, ets autres, op, cit, p. ٧٤٧ et s.

٣- د. محمد عبد الغفار البيسوني، رسالته السابقة، ص ١١٣. وقارب د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص

٢٧٨. د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ٩٠-٩١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

في كل حالة على حدى صفة هذه العناصر مستهدياً في ذلك بكافة الظروف والعوامل التي يمكن أن تسهم في إيضاح طبيعتها^١.

ويلاحظ أنه لما كان الأمر يتعلق بتحديد عقدي لطبيعة عناصر عقد العمل فإن العبرة في تحديد هذه الطبيعة بما تراضي عليه الطرفان لحظة إبرام العقد. فإذا تبين أن مكان العمل . على سبيل المثال . لم يكن معتبراً عنصراً جوهرياً في ذلك الوقت ظل محتفظاً بهذا الوصف حتى ولو أصبح جوهرياً للعامل فيما بعد .

فمن يقبل العمل في مكان بعيد عن سكنه يعتبر عنصر "مكان العمل" غير ذي أهمية بالنسبة له. فإذا ما استجد أمر بعد ذلك يستوجب العمل في مكان قريباً من سكنه كزواجه وإنجابيه عددًا من الأبناء أو مرض زوجته مرضاً مستعصياً لا يمكن أن يدعى أن عنصر المكان أصبح جوهرياً بالنسبة له^٢.

ومن البديهي أنه يجوز للطرفين وفقاً للمادة ١٤٧/١ من القانون المدني تعديل طبيعة عناصر العقد من حيث كونها جوهرية أو غير جوهرية ليصبح ما كان جوهرياً غير جوهرى وما كان غير جوهرى جوهرياً^٣.

ثانياً: وجود شرط صريح يسمح بتعديل أى من عناصر العقد: قد يأخذ الاتفاق بين طرفي العقد على تحديد عناصره الجوهرية وعناصره غير الجوهرية صورة شرط يسمح لرب العمل بتعديل عناصر معينة في العقد أثناء تنفيذه دون الرجوع إلى

١- د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٢٧٩. د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ٩٠-٩١. Bernard Teyssié, op. cit., No. ١٢ et ١٣, p. ٨٥٦.

٢- د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ٨٩ وقارب في ذلك د. همام محمد زهران، قانون العمل، مرجع سابق، ص ٢٢٩، ص ٣٠٥ وما بعدها. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٥. Cass. Soc. ٢٨ avr. ١٩٥٦, Bull. Cass. Soc. ٢٥, Janv. ١٩٦١, D. ١٩٦١, ٦٢١. Note M. Despas-Cass. Soc. ٢٩, Nov. ١٩٧٢, IV, No. ٣٧٧, P. ٢٧٦. Cass. Soc. ٣ oct. ١٩٦٣, D. ١٩٦٣, P. ٦٤٥. J. P. ١٤٠, ٢١ Janv. ١٩٤٤, S. ١٩٤٥, ١. ١٣٨, Gaz. Pal. ١٩٧٢.

٣- د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٥. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول، ٢٠١٦.

العامل، مما يترتب على ذلك اعتبار كل عنصر يجوز تعديله عنصراً غير جوهري بالنسبة للعامل^١.

وقد يرد هذا الشرط في عقد العمل الفردي ذاته أو لائحة النظام الداخلي للمشروع أو في عقد العمل الجماعي. وفي هذا الفرض الأخير لا تعتبر العناصر الجائز تعديلها غير جوهرياً بالنسبة للعامل فقط، وإنما غير جوهرياً بالنسبة لكل من ينتسب إلى المهنة أو المشروع بحسب ما إذا كان عقد العمل قد أبرم على مستوى المشروع أو المهنة^٢.

وهذا الشرط يسمى بشرط المرونة *clause de mobilite* والذي يرد بصفة أساسية على مكان العمل، وهو ما يعرف بشرط المرونة الجغرافية *une clause de mobilité géographique* إذ بموجبه يقبل العامل العمل في أي فرع من فروع المشروع، سواء أكانت في نفس المدينة أو في مدينة أخرى، فمقتضى هذا الشرط يستطيع رب العمل أن ينقل العامل من مكان عمل إلى آخر بإرادته المنفردة، حيث لا يعد النقل هنا من قبيل تعديل العقد وإنما يعتبر تنفيذه لشروط العقد. كما يمكن أن يتعلق هذا الشرط بمواعيد العمل^٣.

١- د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٦. د. محمد عبد الغفار البيسوني، رسالته السابقة، ص ١١٤. د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ٩١.

٢- د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، نفس الموضوع. د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٥٣. Duprilot (J.) droit du travail, ١٩٧٩, p. ٥٥, Lyon- Caen (G.) et Pelissier (J.) droit du Travail, ٤ éd., ١٩٨٨, p. ٣٠٦, No. ٢٧٠.

٣- د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، نفس الموضوع، د. حمد عبد الرحمن، المرجع السابق، نفس الموضوع، قارب د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٨٩.

- Lurance Fin-Langer, op. cit., p. ٧٩ et s

P. Lokiec, La modification du contrat de Travail, Les Lecons du droit anglais, RDT, ٢٠٠٦, p. ٧٦.

Jean Pélissier, et autres, op. cit., p. ٧٤٧

Ray (J.) et Mousseron (P.) Droit du Travail, droit vivant, ٢ éd., septembre, ١٩٩٢, p. ١١٩

Florence Canut, Justification de la prise d'acte de Morand, (M.), op. cit., ١٩٩٢, p. ١٢٨

rupture : manquements antérieurs à la prise d'acte mais inconnus du salarié — Géniaut

Benoît — Rev. trav. ٢٠١٣. ٧٦٣, p. ٧٧١ ets.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وقد يتعلّق شرط المرونة هذا بنوع العمل أو الاختصاص الأصلي للعامل، بما يجيز لرب العمل أن ينقل العامل إلى عمل آخر دون الرجوع إلى العامل باعتبار أن نوع العمل المسند إلى العامل قد صار . مع وجود شرط المرونة . . عنصرًا غير جوهرى. وقد ظهر هذا الاتجاه حديثًا نظرًا للتقدم العلمى والفنى في وسائل وطرق الانتاج وما يقتضيه ذلك من تطوير في اختصاصات العامل ونقله إلى وظائف أخرى تتلاءم مع كفايته المهنية^١.

وإذ يرد شرط في عقد العمل يجيز لرب العمل الانفراد بتعديل عنصر أو أكثر من عناصر العقد فإنه يتعين تفسير هذا الشرط تفسيرًا ضيقًا باعتباره استثناء على مبدأ "القوة الملزمة للعقد" ، كما يرى البعض من الفقه المصرى^٢.

ومن الجدير بالذكر ان عادات المهنة تقوم مقام اتفاق الطرفين، فإذا جرت العادة في مهنة معينة على جواز انفراد صاحب العمل بإجراء تعديلات في مسائل معينة كما هو الحال في المنشآت البنكية تعين اعتبار هذه المسائل غير جوهرية وبالتالي اعتبار كل تعديل لها تعديل غير جوهرى يلزم العامل^٣.

ومتى تعلق شرط المرونة بعنصر ما من عناصر العقد، اعتبر كل تعديل لهذا العنصر تعديلًا غير جوهرى، يجوز لرب العمل إجراؤه دون موافقة العامل^٤.

وعن قيود شرط المرونة نجد أنه إذا كان شرط المرونة جائز لتعديل عنصر أو أكثر من عناصر عقد العمل إلا أنه لا يجوز أن يرد هذا الشرط بصفة عامة بحيث يشمل كافة عناصر عقد العمل بمعنى أن يكون لصاحب العمل إجراء كل تعديل يراه

^١ - وهذا مقيد بأحكام تنظمها احكام خاصة. انظر:

Morand (M.) La modification du contrat de travail éd. liaisons, ١٩٩٢, p. ١٢٨

^٢ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٧.

^٣ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٧.

^٤ - Cass. Soc. ٢٨, avril, ١٩٥٦. Ga. ٢, pal. ١٩٥٦, ٢, p. ٢٧٨-

^٥ - Lyon Gaen (G.) péllissier, (J.), Droit du travail, ١٩٨٨, p. ٣٠٦.

^٦ - انظر في شأن قيود شرط المرونة، د. محمد جمال الدين زكى، عقد العمل، المرجع السابق، ص ٨٦٥. د. محمد

عبد الغفار البيسونى، رسالته السابقة، ص ١١٦-١١٧. د. رمزى فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٢٦٧.

Morand (M.), op. cit., p. ١٣١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

في عقد العمل. وذلك أن مثل هذا الشرط يسمح لصاحب العمل بأن يتخلص . متى شاء . من القيود القانونية الواردة على حقه في إنهاء العقد غير محدد المدة، بأن يقترح إدخال تعديلات معينة لا يمكن للعامل أن يوافق عليها ويحمله بالتالي المسؤولية عن إنهاء العقد، ولذلك يبطل شرط المرونة إذا كان شرطاً عاماً مطلقاً من كل قيد^١.

كما يبطل هذا الشرط متى كان يترتب على تنفيذه التأثير على ممارسة العمل النقابي للعامل أو تغيير اختصاص العامل على نحو يجعل مضمون الاختصاص الجديد يبعد بدرجة كبيرة عن الاختصاص الأصلي أو تخفيض الأجر الأساسي للعامل أو تعديل . بطريق غير مباشر . عنصر آخر من عناصر العقد مثل الأجر أو الكفاية^٢.

وتؤيد وبحق قول البعض من الفقهاء^٣، بأن تعديل عقد العمل تنفيذاً لشرط المرونة يعد تعديلاً غير جوهري بحسب الأصل، إلا أن ذلك التعديل قد يكون جوهرياً في بعض الأحيان، عندما يكون مضمون الاختصاص الجديد بعيداً بدرجة كبيرة عن الاختصاص الأصلي، أو عندما يتعلق بتخفيض الأجر، أو تنزيل الدرجة باعتبارهما من العناصر الجوهرية. وقد يصل الأمر إلى أن يكون تنفيذ التعديل بالنسبة لمكان العمل وزمان العمل تعديلاً جوهرياً عندما يكون لهذا التعديل آثاراً سلبية على حياة العامل الشخصية أو العائلية. ومتى بطل شرط المرونة اعتبر العنصر المتعلق به عنصراً جوهرياً لا يجوز لرب العمل تعديله إلا بموافقة العامل^٤.

^١ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٨. د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، نفس الموضوع.

^٢ - د. محمد عبد الغفار البيسوني، رسالته السابقة، ص ١١٦ - ١١٧. د. محمد جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٨٦٥.

.Morand (M.), op. cit., p. ١٣١ et s-

.Guille-mot, (A.), et Guevenoux (Y.), Rupture du contrat de Travail, ١٩٩١, p. ٢١-

^٣ - د. محمد عبد الغفار البيسوني، رسالته السابقة، ص ١١٧.

.Ray (J.) et mousseron (P.), op. cit., p. ١٢٦-

^٤ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ويعد معيار الاتفاق الصريح بين العامل وصاحب العمل على تحديد الطبيعة الجوهرية وغير الجوهرية لعناصر عقد العمل من أفضل المعايير، حيث لا يثار بشأنه مشاكل كثيرة نظراً لاعتماده على الاتفاق^١.

الغصن الثاني

الاتفاق الضمني

في شأن تحديد المقصود بالاتفاق الضمني إذا لم يكن هناك اتفاق صريح بين العامل وصاحب العمل لتحديد عناصر عقد العمل الجوهرية منها وغير الجوهرية، فإنه يجب البحث عن النية المشتركة للطرفين وقت إبرام العقد، وهذا هو المقصود من الاتفاق الضمني للطرفين، فقد لا يفصح الطرفان صراحة عن عناصر عقد العمل التي تتصف بالجوهرية أو غير الجوهرية، اكتفاء باتجاه نيتهما إلى هذا التحديد^٢.

وعند البحث في نية الطرفين فإنه يجب البحث عن كافة الظروف التي أحاطت بعملية التعاقد، وهذه الظروف تستعصي عن الحصر وإن كان من الممكن ذكر أهمها وبيان تأثيرها حيث يجب على القاضي أن يقدر في كل حالة على حدي إذا كان التعديل جوهرى لا يملكه صاحب العمل أو تعديل غير جوهرى لصاحب العمل القيام به وعليه نوضح هذه الظروف كما يلي:

١- طبيعة المشروع والعمل: إن اشتغال العامل في منشأة يعلم عند التعاقد أن طبيعة العمل الخاص بها يقتضي انتقالاً من مكان لآخر، يفيد غالباً أن مكان العمل

١- المرجع السابق، نفس الموضوع، وقارب د. محمد عبد الغفار البيسوني، رسائته السابقة، ص ١١٨.

٢- د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ١١٨. وقارب د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ٩٣ وما بعدها. وانظر في شأن التعرف على المقصود عامة بالنية المشتركة للمتعاقدين د. أحمد شوقي عبد الرحمن، قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها، سنة ١٩٧٧، خاصة فقرة رقم ٨٧.

Jean péliissier, et autres, Droit du Travail, op. cit., p. ٧٤٨ et s, p. ٧٥٠ et s-

Laurence Fin-Langer, Fiches de droit du Travail, op. cit., p. ٧٩ et s-

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

لا يعتبر عنصرًا جوهريًا بالنسبة له، ويجب عليه بالتالي أن يقبل الانتقال إلى مكان العمل الجديد. وهذا هو الحال بالنسبة لمنشآت المقاولات بصورها المختلفة ومنشآت الصيانة، وإطفاء حرائق آبار البترول أو غيرها من المنشآت التي تنفذ أعمالها في أماكن مختلفة تستدعي تنقل العمال بصفة مؤقتة^١. فقبول العامل للعمل بها يمكن أن يستخلص منه قضاة الموضوع "ثانوية عنصر المكان" أي عدم جوهريه مكان العمل بالنسبة له، إلا إذا كان الطرفان قد استبعدا لحظة إبرام العقد، أي تعديل في مكان العمل^٢.

٢- **تعدد فروع المنشأة:** إذا التحق العامل بالعمل في منشأة يعلم وقت التعاقد بأن لها فروع كثيرة مثل البنوك وشركات التأمين فهذا يفيد اتجاه نية المتعاقدين إلى اعتبار مكان العمل عنصرًا غير جوهري بالنسبة للعامل وخاصة إذا كانت هذه الفروع ليست بعيدة مكانياً بحيث لا يقتضي النقل لإحداها تغييراً في مسكن العامل أو لا يستلزم وقتاً أطول للوصول إلى الفرع الجديد^٣. أو لا يترتب عليه مشقة بسبب إلغاء ميزة النقل مثلاً، فيجوز لصاحب العمل في مثل هذه الحالات نقل العامل من فرع إلى آخر من فروع المنشأة^٤.

^١ - د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٠٥. د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٢٨١. طعن

٦٢٦٠ س ٦٣ ق جلسة ٢٠٠٠/١٢/١٠ - مجلة المحاماة، عدد ٢، سنة ٢٠٠٢، ص ٣١٣.

-Paris. ٢١ fév. ١٩٦٩, Gaz. Pal. ١٩٦١. ١. ٢٢ - Cass. Soc. ٢١ Janv. ١٩٤٤, s. ١٩٤٤, ١. P. ١٣٨.

.Cass. Soc. ١٤ fév. ١٩٨٠. J. C. p. ٨٠ éd., ١٨٨٤٦. P. ١٩ - Rouen, ١٥ Oct. ١٩٦٩. Ibid. p. ٨٠٠.

.Cass. Soc. ٤ Juill, ٨٥. J. C. P. ٨٦. É. E. I. .Cass. Soc. ٨ Juill. ٨٥. In Lamy. Soc. ٩٢, No. ٢٩٢

١٥٢٧٣. p. ١١٥.

^٢ - Cass. Soc. ٢٩ Avr., ١٩٦٩, Gaz. Pal., ١. P. ٧٩٩. Cass. Soc. ٣ mai. ١٩٨٤, B. S. ١٠/٨٤, inf.

P. ٨١٠. No. ٣. Brun (A.) et Galland (H.), Droit du Travail, ٢٤ édition, ١٩٧٨, p. ٧٦٠.

^٣ - د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٢٨٢. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٩ - ٢٠.

Cass. Soc. ١٤ fév. ١٩٨٠. J. C. p. ٨٠ éd., .Cass. Soc. ١٨ oct. ١٩٥٢. Dr. Soc. ١٩٥٣, p. ٣٥ -

١٨٨٤٦. P. ١٩

^٤ - Cass. Soc. ٢٦ Nov. ١٩٨٧. Dr. Soc. ١٩٨٨, No. ٢. Fév. ١٩٨٨, pp. ١٣٩- ١٤٠. Cass. Soc.,

١٢ déc. ١٩٨٣. In Lamy. Soc. ١٩٨٣, P. ٧٨٤.

^٥ - حكم الإسكندرية الابتدائية، الدائرة ١٤ عمال، في التنفيذ رقم ٤٤٨٩، س ٢٤، كلى جلسة ١٩٥٤/٤/٢٤،

الفكاهي، ج/٢، ص ٩٤-٩٥، رقم ٦٣، شنون عمال القاهرة، الدائرة الأولى، القضية رقم ٤٤٨٩، س ٧٥، جلسة

١٨ أكتوبر ١٩٥٥، الفكاهي، المرجع السابق، ص ١٠١، رقم ٧٠، ومشار إليهما لدى د. رمزي فريد مبروك،

المرجع السابق، هامش (٢)، ص ٢٨٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وعلى العكس من ذلك يكون مكان العمل عنصراً جوهرياً بالنسبة للعامل الذي يقبل العمل في منشأة في مدينة معينة وليس لها فروع أخرى داخل هذه المدينة أو خارجها أو إذا كان مكان العمل قريباً من سكن العامل وقت إبرام العقد وقد أخذ العامل ذلك في اعتباره مما يعد قرب مكان العمل هذا دافعاً للتعاقد وبالتالي يعد هذا المكان عنصراً جوهرياً في عقد العمل^١.

٣- الحالة الاجتماعية والعائلية للعامل: من الظروف التي تؤخذ في

الاعتبار للتعرف على النية المشتركة لكل من العامل وصاحب العمل حالة العامل الاجتماعية والعائلية وقت إبرام العقد، فإذا تبين أن صاحب العمل والعامل قد أخذوا في اعتبارهما. وقت إبرام العقد. ظروف العامل الاجتماعية والعائلية فذلك يفيد أن وقت العمل يعد عنصراً جوهرياً بالنسبة للعامل^٢.

والبحث في نية المتعاقدين المشتركة لحظة إبرام العقد يعد إعمالاً للقواعد العامة في تفسير العقد المنصوص عليها في المادة ١٥٠/٢ من القانون المدني المصري. غير أن التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين توصلاً إلى الاتفاق الضمني لهما على تحديد الصفة الجوهرية وغير الجوهرية لعناصر عقد العمل ليس بالأمر اليسير

Cass. Soc. ٢ Juin. ١٩٧٧. In Lamy. Soc. P. - .Cass. Soc. ١ avril. ١٩٨١, D. ١٩٨٢, p. ٣٩٠-١٥٠.

.Cass. Soc. ٢٦ fév. ١٩٦٤. Bull. Iv. No. ١٧٤, p. ١٤٠. Cass. Soc. ٢ fév. ١٩٧٧, inf. R. p. ١٢٣.

١- د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٢٠. د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٥٧. د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٥٤.

٢- د. حسام الدين كامل الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٥٤، ٤٦٤. د. رمزي فريد ميروك، المرجع السابق، ص ٢٨٨. نقض مدني مصري، طعن رقم ٤١٦ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٥ أبريل: ١٩٧٠ موسوعة سعيد أحمد شعله، ١٩٨٦، ص ٥٣، رقم ١٩. نقض مدني مصري، الطعن رقم ٢٣٦ لسنة ٣٧ ق جلسة ٥ مايو ١٩٧٣، موسوعة سعيد أحمد شعله ١٩٦٦، ص ٥٤، رقم ٢٢. نقض مدني مصري، الطعن رقم ١٧، ١٨٣ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٢ مارس ١٩٦٩، المرجع السابق، ص ٥٢، رقم ١٧، موسوعة الهوارى، ج ١، ص ١٦٣، نقض مدني مصري طعن رقم ٩٩ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٥ أبريل ١٩٨٠، مجموعة محمد أحمد عابدين، ص ٤٤.

Cass. Soc. ٦ fév., ١٩٨٠, Bull., V. .G. H. Camerlynck, Le contrat de Travail. No. ١٠١, et s .N. ١٠٨, Cass. Soc. ٢٩ Avr., ١٩٧٥. Gaz. Pul. ١٩٧٦, Somm, ٢٢

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

في جميع الأحوال. إذ قد تكون عبارات العقد غامضة مما يورث الشك حول حقيقة هذه النية. فلصالح من من المتعاقدين العامل أم صاحب العمل يفسر الشك حينئذاً.

وللإجابة على التساؤل السابق يتعين الرجوع إلى المادة رقم ١٥١ من القانون المدني التي تقضي بأنه "١- يفسر الشك في مصلحة المدين ٢- ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المدعى".

والنص المذكور وضع القاعدة العامة في تفسير العقد في حالة الشك في الفقرة الأولى، ومفادها وجوب تفسيره لمصلحة المدين باعتباره الطرف الضعيف في العقد^٢. ولكن الفقرة الثانية من النص تضع استثناءً على هذه القاعدة يتعلّق بعقود الإذعان مفاده وجوب تفسير الشك في هذه العقود لصالح الطرف المدعى مدينًا كان أو دائئاً^٣.

ومرجع هذا الاستثناء أن الطرف القوي في عقد الإذعان هو الذي يستقل بوضع وصياغة شروط العقد فيجب بالتالي أن يتحمل وزر تقصيره في صياغة الشروط صياغة واضحة لا يشوبها غموض أو إبهام، هذا من ناحية^٤. ومن ناحية أخرى فإن رضاء الطرف الضعيف في عقد الإذعان هو أقرب إلى معنى التسليم منه إلى معنى القبول الاختياري. ولذلك كان من العدالة أن يفسر الشك لمصلحته.

١- د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٢٠- ٢١. د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ٩٤.

٢- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، طبعة ١٩٨٢، فقرة ٣٩٨، د. مصطفى الجمال، شرح أحكام القانون المدني، مصادر الالتزام، سنة ١٩٩١، ص ٢١٣، د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٥، ص ٢٦٥ وما بعدها. ص ٢٦٧ وما بعدها.

٣- د. نبيل إبراهيم سعد، مصادر الالتزام، مرجع سابق، نفس الموضوع. وانظر في شأن عقود الإذعان تفصيلاً، د. عبد المنعم الصده، عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة فاروق الأولى، ١٩٤٦.

٤- Francois Collart Putilleul, Philippe Delebecque., Contrats Civils et commerceaux. ٢e éd., Dalloz, ١٩٩٣, p. ٣ et s.

ومؤدى ما تقدم أن الشك يفسر لصالح العامل في جميع الحالات أي سواء كان دائئاً أو مديئاً متى كان عقد من عقود الإذعان، فإذا لم يكن عقد من عقود الإذعان، فلا يفسر الشك لمصلحة العامل إلا إذا كان مديئاً بالالتزام وكان من شأن أعمال الشرط الغامض أن يتقل التزامه أو أن يحمله التزاماً جديداً^١.

وإن كان هناك فى الفقه من قال بأن الرأى السائد فى الفقه يذهب إلى تصنيف عقد العمل ضمن عقود الإذعان باعتبار أن العامل هو الطرف الضعيف فى العقد وما يستتبع ذلك من وجوب تفسير عبارات العقد الغامضة لصالح العامل دائئاً كان أو مديئاً، ولكنه قرر بأنه وإن سلم بذلك فإن حماية العامل من تفسير العبارات الغامضة لا تتحقق دائماً عن طريق قياس عقد العمل إلى عقود الإذعان وإنما ينبغى البحث عن وسيلة أخرى تحقق هذه الحماية^٢.

ويمكن إرجاع عدم إتصاف جميع عقود العمل بصفة عقد الإذعان إلى أن عقد الإذعان يتصف بخصائص عدة هى أن عقود الإذعان تتعلق بسلعة أو خدمة ضرورية، ويصدر الإيجاب بشأنها إلى الناس كافة وبشروط واحدة، ووجود صاحب العمل فى مركز قانونى يمكنه من فرض شروطه^٣.

والحقيقة أنه يصعب توافر جميع هذه الخصائص فى جميع عقود العمل. فإذا توافرت لها فلا شك أنها تتمتع بالاستثناء المقرر لعقود الإذعان فى الفقرة الثانية من المادة ١٥١ من القانون المدنى وتفسر بالتالى عبارات العقد الغامضة لصالح العامل أيًا كانت صفته بالنسبة للنص الغامض أي سواء كان دائئاً أو مديئاً^٤.

١- د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٢٢، د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ٩٤.

٢- د. جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٣٥٦ وما بعدها، د. رمزى فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٢٦٩ وما بعدها. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٢٢، وقارن د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ٩٤-٩٥.

٣- Brun (A.), et Galland (H.), op. cit., p. ٢٣٩.

٤- د. رمزى فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٢٧١، د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ٩٥. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٢٢-٢٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أما إذا افتقد العقد خصيصة أو أكثر من خصائص عقد الإذعان المتقدمة، فسيخضع العقد حينئذ للأصل العام المقرر في الفقرة الأولى من المادة ١٥١ من القانون المدني المصري، وهو أن الشك لا يفسر لصالح العامل إلا إذا كان العامل مدينًا بالالتزام الذي يتضمنه النص الغامض.

ومع ذلك يرى البعض أنه يمكن في هذه الحالة حماية العامل بتفسير الشك لصالحه من خلال الأخذ بتفسير لفظ المدين الوارد بالمادة ١٥١ مدني بالمعنى الخاص الذي يتبناه بعض الفقه المصري. فقد ذهب هذا البعض إلى حمل لفظ المدين في خصوص المادة ١/١٥١ مدني مصري ليس بمعناه العادي الذي ينصرف إلى من يتحمل بالالتزام. بل بمعنى خاص بحيث ينصرف هذا اللفظ إلى من يتحمل عبء الشرط الذي يكون محلاً للتفسير. والمدين بهذا المعنى الخاص قد يكون مدينًا بالمعنى العادي المألوف وقد يكون دائئًا.

فإذا كان الشرط محل التفسير يتضمن فرض التزام على عاتق أحد المتعاقدين أو يشدد من مسؤوليته عن عدم تنفيذه بما يزيد على ما تقضي به القواعد العامة فإن المدين في هذا الشرط يكون هو بعينه المدين بالالتزام ولا يكون هناك خلاف حول وجوب تفسير الشرط لمصلحته.

أما إذا كان الشرط المذكور يعفى أحد المتعاقدين من التزام يفرضه القانون أو يخفف من مسؤوليته عنه. فإن المتعاقد الآخر يكون هو المتحمل بهذا الشرط ويتعين أن يفسر لمصلحته على الرغم من أن المدين بالالتزام الذي ورد الشرط بصددته يكون هو المتعاقد المستفيد من الشرط المذكور^٢.

وبالنظر إلى المعنى الخاص للفظ المدين بشقيه فسوف نجد أنه يؤدي إلى وجوب تفسير الشك لمصلحة العامل. ذلك أن الشرط الاتفاقي الذي يخول صاحب

١- د. مصطفى الجمال، الإنهاء غير المشروع لعلاقات العمل، محاولة لتأصيل الجزاء، جامعة بيروت العربية، ١٩٧٠، ص ١١٢ وما بعدها. د. رمزي فريد ميروك، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

٢- د. مصطفى الجمال، المرجع السابق، ص ٢١٣ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العمل حق التعديل الانفرادي لعقد العمل إذا نظرنا إليه من جهة العامل، فسيظهر لنا أنه يتضمن فرض التزام عليه يتمثل في وجوب امتثاله للتعديل الذي يجريه صاحب العمل لعناصر العقد وهو عبء يزيد عما تقضي به القواعد العامة إذ يحق للعامل وفقاً لهذه القواعد الاقتصار على أداء العمل المتفق عليه في نفس ظروف الزمان والمكان المتفق عليها وينبغي بالتالي تفسيره لمصلحة العامل^١.

وإذا نظرنا إلى الشرط الاتفاقي من جهة صاحب العمل، فسيظهر لنا أنه يعفى صاحب العمل من التزام تفرضه عليه القواعد العامة وهو وجوب تمكين العامل من أداء العمل المتفق عليه في الظروف الزمانية والمكانية الواردة في العقد. ويكون العامل من ثم هو المحمل بهذا الشرط. وكذلك يجب أن يفسر الشرط لمصلحته على الرغم من أن صاحب العمل وهو المدين بالالتزام الذي ورد الشرط الاتفاقي بخصوصه يكون هو المستفيد من الشرط المذكور^٢.

الفرع الثاني

المعيار الموضوعي "مدى تأثير التعديل على مركز العامل"

مفاد المعيار الموضوعي أن التمييز بين التعديل الجوهرى والتعديل غير الجوهرى لعقد العمل، يتم من خلال النظر إلى العنصر محل أو موضوع التعديل، وبحث ما إذا كان سيترتب على تعديل ذلك العنصر نقل العامل الى مركز مساو لمركزه السابق أم لمركز أقل من الناحية المادية أو الأدبية. فإن كان الأول عد التعديل غير جوهرى، وإن كان الثاني فالتعديل يكون جوهرى^٣. وبمعنى آخر، أن

^١ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٢٤.

^٢ - المرجع السابق، نفس الموضوع، د. مصطفى الجمال، الإنهاء غير المشروع لعلاقات العمل، مرجع سابق، ص

١١٢.

^٣ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٢٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التعديل يكون جوهرياً متى كان من شأنه تكليف العامل بعمل جديد أدنى من سابقه من الناحية المهنية أو يترتب عليه الانتقال من حقوقه المادية^١.

وتطبيقاً لذلك يعتبر تعديلاً جوهرياً . من الناحية المهنية . كل تعديل يترتب عليه إسناد عمل جديد للعامل لا يتناسب مع مؤهلاته العلمية وخبرته التي حصلها في مجال تخصصه أو يقلل من الصلاحيات الأساسية للموظفة سواء من الناحية الفنية أو من الناحية الإدارية. ولا يقدح في جوهرية التعديل كون هذا التعديل لا يؤثر على التدرج الوظيفي للعامل داخل المشروع^٢.

كذلك يعد تعديلاً جوهرياً . من الناحية المادية . كل تعديل يكون محله أجر العامل سواء تم ذلك بطريق مباشر أو غير مباشر أو يكون محله طريقة حسابه إذا ترتب على هذا التعديل تخفيض أجر العامل أو حرمانه من ملحقات الأجر. أما إذا احتفظ العامل رغم التعديل بأجره وبمميزات وظيفته كان التعديل غير جوهري طالما اقتضته مصلحة العمل ودون الإساءة إلى العامل^٣.

ولقد تناولت المادة رقم ٢/٦٩٦ من القانون المدني المصري موضوع نقل العامل إلى عمل أقل من عمله السابق بقولها... ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة

^١ - قارب د. محمد عبد الغفار البيهوني، المرجع السابق، ص ١٢١. د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٢٩٠. د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٠٠ وما بعدها.

^٢ - د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٢٩٢-٢٩٣. د. همام محمد زهران، المرجع السابق، نفس الموضوع. وانظر من التطبيقات طعن ٩٤٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٠/٣/١. في الفيواري، ج ٤، ص ٨٤. حيث اعتبر تعديلاً جوهرياً نقل العامل من وظيفته كمراسل صحفي خارجي إلى إدارة الإعلانات رغم عدم تغير أجره، لما بين العاملين من اختلاف جوهري بالنظر لأن العمل في نطاق الإعلانات ليس عملاً صحفياً على ما ظهر من شهادة نقابة الصحفيين، ويقابل ذلك في فرنسا.

Lyon 8 oct. 1981, D. 83, P. 77. Cass. Soc. 12 mai 76 Bull. Civ. 76, P. 223.

ولا يعد تعديلاً جوهرياً، فقد الأمل في الترقى نتيجة شغل الوظيفة الشاغرة الأعلى في التدرج بموظف آخر. وانظر في تطبيقات فرنسية:

Cass. Soc. 27 oct. 75. Car. Prud'h. 76, P. 44. Cass. Soc. 19 Juin 80 Bull. Civ. P. 408

A.Mazeaud, "modification du contrat. Cass. Soc. 22 mars. 82 Bull. Civ. P. 141

changement des conditions de travail et vie Personnelle "DS 2004, p. 77.

^٣ - حيث يجب ألا تتخذ الإجراءات التنظيمية المؤدية للتعديلات غير الجوهرية - وسيلة للإضرار بالعامل. د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٢١ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله لغير ذنب جناه لا يعد عملاً تعسفياً بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل ولكن يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة للعامل".

و بمناسبة هذا النص فقد ثار الخلاف في الفقه حول طبيعة التعديل القائم على النقل إلى مركز الأقل ميزة أو ملاءمة وفقاً لنص المادة رقم ٦٩٦ من القانون المدنى وما إذا كان المقصود من ذلك هو التعديل الجوهري أو أن هذه المادة تعنى التعديل غير الجوهري^١. حيث ينحصر الخلاف في ثلاثة آراء، الأول منهم يذهب الى اعتبار نقل العامل الى مركز اقل ميزة او اقل ملائمة فى الاساس تعديل غير جوهري، وقد يكون جوهري^٢. و الرأى الثانى^٣ يذهب الى ان معرفة ما إذا كان التغيير جوهرياً أو غير جوهري يكون بالنظر إلى مدى الإختلاف بين العاملين من حيث النوع، حيث لا يكفي مجرد النقل لمركز اقل ميزة او ملائمة .

^١ - انظر تفاصيل هذا الخلاف د. محمد عبد الغفار البيسوى، رسالته السابقة، ص ١٢٢ و ما بعدها. و قارن د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٢٦ وما بعدها.

^٢ - اى يذهب هذا الرأى إلى أن نقل العامل لمركز أقل ميزة أو ملاءمة من العمل الذى كان يقوم به قد لا ينطوى على تغيير جوهري فى العمل المتفق عليه وفى هذه الحالة يكون جائزاً وفقاً لكل من القانون المدنى وقانون العمل وقد ينطوى النقل على تغيير جوهري وفى هذه الحالة لا يكون جائزاً وفقاً للقانونين المذكورين ومن ثم فالمادة ٢/٦٩٦ من القانون المدنى تردد نفس المبدأ الذى ورد بالمادة ٧٦ من قانون العمل. ويحتج هذا الرأى بالآتى:

أنه لو صرح تفسير المادة ٢/٦٩٦ مدنى بأنها تعنى أن النقل إلى عمل أقل ميزة أو ملاءمة يعد تعديلاً جوهرياً لكان حكم المادة ٧٦ من قانون العمل ناسخاً فى مجال إنطباقه لنص المادة ٢/٦٩٦ مدنى. و لا يوجد حكم من أحكام محكمة النقض يقرر أن النقل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة جائز ولو كان يتضمن تغييراً جوهرياً بين العاملين بل حرصت هذه الأحكام عندما أجازت النقل بالألا يترتب عليه تعديل جوهري. د. محمد شنب، شرح أحكام قانون العمل، سنة ١٩٩٤ ص ١٧٧ - و هامش ص ١٧٨ .

^٣ - اى يذهب إلى عدم الأخذ بمعيار المركز الأقل ميزة أو ملاءمة فى العمل الجديد للقول بأن التغيير جوهري . إذ يرى هذا الرأى تجنب إطلاق القول بأن التغيير يكون جوهرياً إذا كان العمل الجديد أقل ميزة أو ملاءمة فلا يوجد تلازم حتمي بين الأمرين . فقد يحدث تغيير جوهري فى العمل دون أن يكون العمل الجديد أقل ميزة وقد لا يحدث تغيير جوهري فى العمل رغم أن العمل الجديد أقل ميزة أو ملاءمة . د. حسن كيرة ، أصول قانون العمل سنة ١٩٧٩ ص ٢٩٧ هامش ٢ وقارن د. إسماعيل غانم ، قانون العمل، سنة ١٩٦١ - ١٩٦٢ ص ٢٤٥ . حيث يرى أن التغيير يكون جوهرياً إذا كان العمل الذى يريد صاحب العمل تكليف العامل به أقل من الناحية المادية أو من الناحية الأدبية اليحثة أو كان يقضى جهداً يزيد كثيراً عن الجهد اللازم فى العمل الأصلى .

بينما يذهب الرأي الثالث^١ الى أن التعديل يكون جوهريا في كل حالة يكون فيها العمل الجديد أقل ميزة من العمل السابق بما يعنى وجود تلازم حتمي بين جوهرية التعديل وبين كون العمل الجديد أقل من العمل السابق من الناحية المادية أو الأدبية . وأن هذا هو المقصود من المادة ٢/٦٩٦ مدني . فهذه المادة - في نظر هذا الرأي - تنظم حالة من حالات التغيير الجوهرى إذ النقل إلى عمل أقل ميزة أو ملاءمة لا يمكن أن يكون إلا تعديلا جوهريا ، لأن التعديل غير الجوهرى يكون بالنقل إلى عمل مساو من حيث المزايا والملاءمة . أما النقل إلى عمل أقل ملاءمة لا بد وأن يختلف عن العمل الأكثر ملاءمة.

وفى ضوء ما تقدم نؤيد مع البعض ما ذهب اليه الرأي الثالث و الذى يرى ان نقل العامل إلى عمل آخر أقل ميزة أو ملاءمة وفقا للمادة ٢/٦٩٦ مدني يقصد به التعديل الجوهرى لعقد العمل وليس التعديل غير الجوهرى له . وذلك بالاضافة إلى صحة وقوة الحجج التى ساقها للتدليل على صحة مذهبه . حيث اضاف بعض انصاره حجة أخرى مفادها أن المشرع يشترط في نقل العامل إلى عمل آخر أقل ميزة او ملاءمة وفقا للمادة ٢/٦٩٦ مدني أن تقتضيه مصلحة العمل بينما لا يشترط ذلك فى النقل وفقا للمادة ٧٦ عمل الأمر الذى يفيد أن التعديل الذى جاءت به المادة ٢/٦٩٦ مدني لا بد وأن يختلف عن التعديل الذى نصت عليه المادة ٧٦ عمل

^١ - ويستند هذا الاتجاه الى مجموعة حجج مفادها : أن نص المادة ٧٦ من قانون العمل التى تجيز تعديل العمل تعديلا غير جوهرى تشترط عدم مساس هذا التعديل بالحقوق المادية للعامل بينما التعديل إلى عمل أقل ميزة يمس بالضرورة هذه الحقوق . وأن البين من قضاء النقض أنه يأخذ بهذا الاتجاه عندما تناول نقل العامل بسبب عدم كفايته المهنية . إذ نقل العامل لهذا السبب يقتضى أن يكون إلى عمل يتلاءم مع كفايته وقدراته وهو بالطبع لا يكون مساويا للعمل الأول ، بل أن مصلحة العمل تقتضى أن يكون النقل إلى عمل يتفق مع قدراته وكفايته المتدنية وبالتالي فإن العمل الجديد يكون بالتأكيد أقل ملاءمة مما يعد ذلك تعديلا جوهريا .و ليس صحيحا ما يقال من أن تفسير المادة ٢/٦٩٦ مدني بما يجعلها تبيح التعديل الجوهرى للعمل يودى إلى التعارض مع حكم المادة ٧٦ عمل التى تحظر هذا النوع من التعديل مما يترتب عليه نسخ المادة الأولى بالمادة الثانية ، ذلك ان المادة ٧٦ عمل جاءت بحكم عام مقتضاه حظر التعديل الجوهرى وإباحة التعديل غير اجوهرى . أما المادة ٢/٦٩٦ مدني فقد جاءت بحكم خاص مقتضاه جواز التعديل الجوهرى للعمل فى حالة عدم كفاية العامل مهنيا . ونظرا لأن الحكم العام لا يلغى الحكم الخاص ولو كان لاحقا له إذ يظل الحكم العام مقيدا بالحكم الخاص ولو كان لاحقا عليه إذ يظل الحكم العام مقيدا بالحكم الخاص فإن حكم المادة ٢/٦٩٦ مدني الذى يبيح التعديل الجوهرى للعامل لعدم كفاية العامل يظل ساريا . د . حسام الأهواني، المرجع السابق الفقرات ٤٦٨ - ٤٧٣ وانظر تأييدا لهذا الرأي د. أحمد خلف البيومى ،السلطة التنظيمية لرب العمل وأثرها على الاستقرار المهني للعائلة ،مرجع سابق، ص ٨٤ - ٨٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦ .

. وحيث أن هذه الأخيرة تنص صراحة على التعديل غير الجوهرى فيكون ماجاءت به المادة ٢/٦٩٦ مدني هو التعديل الجوهرى' .

الفرع الثالث

المعيار الشخصي "مدى تأثير التعديل على حياة العامل"

إذا كان الأصل عدم الاعتداء بالظروف الشخصية للعامل وقت تعديل العقد اكتفاء بالبحث عن النية المشتركة للطرفين وقت إبرام العقد، تطبيقاً للقواعد العامة في تفسير العقد^٢. والمنصوص عليها في المادة ١٥٠ من القانون المدنى. فإن هناك

^١ - ومن أمثلة النقل لعدم الكفاية مثل نقل طبيب من وظيفة المشرف على القسم الطبى إلى وظيفة طبيب عادى نظرا لعدم كفايته فى وظيفة الإشراف على القسم الطبى . وبالطبع فإن هذا التعديل يعد تعديلا جوهريا . وهذا ما دفع به الطبيب بأن هذا النقل يعد تعديلا جوهريا غير جائز من وجهة نظره إستناداً للمادة ٥٧ من قانون العمل السابق (المقابلة للمادة ٥٤ من قانون العمل الحالى ١٣٧ لسنة ١٩٨١، والمادة ٧٦ نت قانون العمل الحالى) الذى كان يحكم الواقعة التى لا تجيز هذا النوع من التعديل إلا فى حالة الضرورة وأن يكون ذلك بصفة مؤقتة منعاً لوقوع حادث أو الإصلاح ما نشأ عنه فى حالة القوة القاهرة وأن يكون ذلك بصفة مؤقتة. غير أن محكمة النقض ردت على هذا الدفع بما يفيد أن من سلطة رب العمل نقل العامل إلى عمل يختلف عن عمله إختلاف جوهريا حسبما هو موضح بهذا الحكم . وكذلك حكم النقض المتعلق بنقل العامل من وظيفة رئيس قسم السحب والبرم بمصنع الغزل إلى وظيفة مساعد المندوب الفنى بالمخازن ، إذ يعد هذا النقل تعديلا جوهريا فى العمل . ذلك أن العمل بوظيفة مساعد المندوب لفتى بالمخازن أقل ملاءمة من العمل فى وظيفة رئيس قسم السحب والبرم . وأن محكمة النقض لم تقبل بعدم جواز هذا النقل بل بالعكس أجازته طالما إقتضه مصلحة العمل ولم يكن يقصد الإساءة للعامل . وإن كان هذا الحكم قد نقض لعدم تبيانه لمقتضيات نقل العامل وإن المقتضيات التى تجيز هذا النقل هى مصلحة العمل وإنعدام قصد الإساءة للعامل وذلك فى نطاق ما تقضى به المادة ٢/٦٩٦ مدني. إلا أنه يبقى لهذا الحكم أهميته لما يستنتج منه أن محكمة النقض قد أجازت النقل إلى عمل أقل ملاءمة وهو التعديل الجوهرى فى هذا الحكم بشرط توافر مصلحة العمل وإنعدام قصد الإساءة للعامل . د. محمد عبد الغفار البيسونى المرجع السابق فقرة ٩٤ وقارن د. رمزى فريد المرجع السابق ص ٣١٣ ، ص ٣٢٥ حيث يرى أن المادة ٢/٦٩٦ مدني تتناول صورتى التعديل : التعديل الجوهرى والتعديل غير الجوهرى لعقد العمل . نقض مدني ١٩٧٠/٤/١٥ الطعن رقم ٤١٦ لسنة ٣٤ ق مجموعة المكتب الفنى س ٢١ ج ٢ ص ٦٣٠ حيث جاء بهذا الطعن أن "من سلطة رب العمل التنظيمية وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض تقدير كفاية العامل ووضعه فى المكان الذى يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج وله أن يكلف العامل عملا آخر غير المتفق علي لا يختلف عنه إختلافا جوهريا وأن ينقله إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى يشغله متى إقتضت مصلحة العمل لك . كما أنه إذا إستبان لرب العمل عدم كفاية العامل إعتبر ذلك مأخذا مشروعا لتعديل عقد العمل أو إنهائه..." . نقض مدني ١٩٦٧/١/١٤ الطعن رقم ٢٤٦ ق المجموعة السابقة س ١٨ ج ١ ص ١٩٨ حيث جاء بهذا الحكم أنه "لا يجوز نقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذى كان يشغله إلا إذا إقتضت مصلحة العمل هذا النقل ولم يكن الغرض منه الإساءة إلى العامل وذلك فى نطاق ما تقضى به المادة ٢/٦٩٦ مدني". د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٢٩ وما بعدها.

^٢ - د. حسام الدين الأهوانى، المرجع السابق، ص ٤٥٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

اتجاهًا في الفقه يرى أنه يجب ان يؤخذ في الاعتبار الظروف الشخصية للعامل وقت التعديل، ومدى أهمية التغيير "أي التعديل" على حياة العامل الاقتصادية والاجتماعية حتى يمكن تقدير ما إذا كان التعديل جوهريًا أو غير جوهري^١.

فقد تكون هناك موافقة من الطرفين عند إبرام العقد على مرونة العامل. أي موافقة العامل على عدم الثبات في وضع معين، إلا أن ذلك لا يمنع من الاعتداء بأثر هذا التعديل على حياة العامل وقت التعديل^٢. ففي حالات كثيرة تعتمد فكرة الجوهريّة على الحالة الشخصية للعامل، فقد تكون جوهريّة أعمال معينين وغير جوهريّة لععمال آخرين، وذلك بحسب تأثير التعديل على حياة العامل، فإن هذا التعديل يعد جوهريًا ويحق للعامل رفضه ان كان له اثر حاد على حياة العامل. أما إذا لم يترتب على التعديل أثر على حياة العامل فإنه يكون غير جوهري وليس للعامل الحق في رفضه، وإلا تحمل الأثار التي قد ينجم عن رفضه له^٣.

فمثلاً إذا ما كان التعديل الحاد في مواعيد العمل يتعارض مع الالتزامات الأسرية للعامل وقت التعديل، فإن ذلك التعديل يعد جوهريًا^٤. وكذلك بالنسبة لزمّن العمل فإن استمرار العامل في أداء العمل في أوقات معينة مدة طويلة من الزمن يضيف على هذا العنصر صفة جوهريّة، مثل استمرار العامل في العمل في وريّة

^١ - د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ٩٢-٩٣. حيث هناك في الفقه المصري و الفرنسي من يرى ان الظروف الشخصية احياناً تبرر تعديل العامل لعقد العمل، في مصر د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٥٤ وما بعدها. و في فرنسا انظر :

Lyon-Caen Antoine. Question d'intérêt social, Rev. trav. ٢٠١٣. ٧٣٥, p. ٧٣٥. Géniaut Benoit, Justification de la prise d'acte de rupture : manquements antérieurs à la prise d'acte mais inconnus du salarié, Rev. trav. ٢٠١٣. ٧٦٣, p. ٦٧٧. Lurence Fin-Langer, fiches et s. ٨٣ de droit der travail, op. cit., p.

^٢ - د. محمد عبد الغفار البيسوني، رسالته السابقة، ص ١٣٨.

^٣ - د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، نفس الموضوع. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٣٥.

^٤ - Ry (J.) et Mousseron (P.), op. cit., p. ١٢٣.

Couturier (G.), op. cit., p. ٣٢٢.

وقارب في ذلك د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٠٩ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

نهائية بصفة دائمة ولمدة طويلة، ثم ينقل إلى العمل في ودية ليلية. فإن هذا النقل يعد تعديلاً جوهرياً لزمن العمل.

ويبدو أثر هذا النقل كبيراً بالنسبة للعاملة التي استمرت تعمل بالنهار بصفة دائمة ولمدة طويلة، ثم نقلت للعمل في ودية ليلية الأمر الذي يترتب عليه أن يتنافى في هذا التعديل مع التزاماتها الأسرية، مما يعد هذا التغيير تعديلاً جوهرياً في زمن العمل^١.

كما أنه عند تغيير مكان العمل يجب البحث فيما إذا كانت المسافة بين مكان العمل الجديد ومحل إقامة العامل أطول من المسافة بين هذا المحل ومكان العمل السابق. أما إذا كان الذهاب إلى المكان الجديد يتطلب وقتاً أطول، وتكلفة باهظة، فإذا ثبت كل ذلك فإن التعديل بلا شك يعد تعديلاً جوهرياً لمكان العمل، والعكس صحيح^٢.

هذا ويجب مراعاة الظروف الشخصية للعامل عند نقله إلى مدينة يصعب عليه الإقامة فيها لظروف خاصة به، أو بأحد أفراد أسرته^٣، أو إذا كان المكان الجديد لا يتناسب مع حالة العامل الصحية لتغيير المناخ، أو لانتشار ميكروبات من الممكن أن تزيد حالة العامل الصحية سوءاً. فإذا لم يراع رب العمل الحالة الشخصية للعامل، فإن هذا النقل يعد تعديلاً جوهرياً^٤.

^١ - Lyon- Caen (G.) et P Caen (G.) et Pélissier (J.), Les grands arrents de droit du Travail, ١٩٨٠, p. ٢٨٠.

^٢ - Cass. Soc. ٨ oct., ١٩٧٥. Gaz. Pal. ٢. Somm, ٢٧٨, Cass. Soc. ٢٢ mai, ١٩٧٥, Bull. IV. No. ٢٤٦.

^٣ - Lyon- Caen (G.), et Pélissier (J.), op. cit., p. ٢٧٠ et s.

^٤ - د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٨٥٨ وما بعدها.
Soc. ١٧ fev. ١٩٦١. Jcp. ١٩٦١. ١. ١٢٠٣٦-

^٥ - وإن كنا نؤيد وبحق من يرى إضافة كبر السن وسوء الحالة الصحية للعامل إلى ما تقدم من ظروف شخصية للعامل، مما يجعل من نقله إلى مكان آخر أو زمان آخر أكثر صعوبة ومشقة عليه، بما ينعكس بالتالي على مقدرته في أداء العمل، وقد يؤدي برب العمل إلى اتخاذ إجراء ضده قد يصل إلى إنهاء عقده، مما يجعل هذا النقل تعديلاً جوهرياً لمكان أو زمان العمل. د. محمد عبد الغفار البيسوني، رسالته السابقة، ص ١٤٠. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٣٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وعلى ذلك فإن تأييد هذا المعيار يضحى أمراً قائماً، حيث لا يجوز تجاهل أثر التعديل على حياة العامل الشخصية والأسرية، لأن استقرار العامل على العمل في مكان أو زمان معين يجعل من الصعب عليه تغييره حتى ولو لم يكن هذان العنصران شرطاً جوهرياً عند إبرام العقد. فقد يكون هناك اتفاق على مبدأ الحق في التعديل إلا أنه ليس هناك ما يمنع عند القيام به من الاعتداء بالوضع القائم وقت التعديل، وذلك لاتصال الصفة الجهرية بالواقع، وخاصة إذا كان تغيير مكان العمل يستلزم تغيير محل إقامة العامل وأسرته، أو إذا كان تغيير زمن العمل من النهار إلى الليل سيترتب عليه أثر سلبي على صحة العامل بعد أن تقدم به السن^١.

المبحث الثاني

سلطة صاحب العمل في التعديل

تقسيم : تقوم سلطة صاحب العمل في تعديل عقد العمل "تعديل جوهري أو غير جوهري" على اسس قانونية مختلفة، ومن ثم تخضع ممارسة صاحب العمل لسلطته في التعديل لاحكام متنوعة ومتعددة نوضحها في هذا المبحث. و على ذلك نقسم دراسة سلطة صاحب العمل في التعديل الى مطلبين ، المطلب الاول تتناول فيه دراسة سلطة صاحب العمل في التعديل غير الجوهري ، و في المطلب الثاني ندرس سلطة صاحب العمل في التعديل الجوهري .

^١ - ومما يؤكد صحة هذا المعيار أن بعض التشريعات العربية أخذت بالمعيار الشخصي لتمييز التعديل الجوهري لمكان العمل عن غيره، حيث أخذت في الاعتبار أثر هذا التغيير والأضرار التي تصيب العامل من تغيير مكان العمل. راجع النشرة التشريعية لمنظمة العمل العربية، العدد ٢٥ يوليو ١٩٨٥، حيث جاء بالمادة ٨٤ من نظام العمل والعمال في المملكة العربية السعودية ما يفيد أعمال المعيار الشخصي، راجع د. محمد عبد الغفار البيسوي، المرجع السابق، ص ١٤١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المطلب الأول

سلطة صاحب العمل في التعديل غير الجوهري

تمهيد و تقسيم : من المستقر والثابت أن صاحب العمل يملك الانفراد بإجراء تعديل غير جوهري في عقد العمل، حيث نصت المادة رقم ٧٦ من قانون العمل الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ على انه "لا يجوز لصاحب العمل أن يخرج على الشروط المتفق عليها في عقد العمل الفردي أو اتفاقية العمل الجماعية أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه، إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك منعاً لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عن، أو في حالة القوة القاهرة ، على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة، وله أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه إذا كان لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً، بشرط عدم المساس بحقوق العامل، ومع ذلك يجوز لصاحب العمل تدريب العامل وتأهيله للقيام بعمل مختلف يتماشى مع التطور التقني في المنشأة". وكذلك نصت المادة ٢٠١ من قانون العمل الحالي على جواز تعديل شروط العقد مؤقتاً في الحالات التي يجوز فيها الإنهاء لأسباب اقتصادية^١. ويستخلص من كل ذلك أن المشرع منح لصاحب العمل السلطة في تعديل عقد العمل بصورتيهما الجوهري وغير الجوهري، وحيث أن التعديل غير الجوهري في ظروف أداء العمل لا يتعارض ولا يخرج عن حدود الالتزام التعاقدية^٢، بينما التعديل الجوهري هو الذي يتجاوز حدود الالتزام العقدي ولذلك قيده المشرع بتنظيم اخر .

^١ - حيث كان نص المادة رقم ٥٤ من قانون العمل القديم رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ تقضي بأنه ".... على أن لرب العمل أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه إذا كان لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً بشرط عدم المساس بحقوقه المادية".

^٢ - د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٩٢ و ما بعدها، ص ٣١٦ و ما بعدها، ص ٣٣٠ و ما بعدها.
et s. Jean Pélissier, et autres ^{٨٥} Lurence Fin-Langer, fiches de droit der travail, op. cit., p. ٧٥٠, op.cit.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وإذا كان النص يجيز التعديل غير الجوهرى للعمل المتفق عليه فقط، إلا أن
الرأى مستقر على جواز التعديل غير الجوهرى أيضاً لكافة عناصر العقد الأخرى
كمكان العمل وزمانه عندما يكون كل منهما عنصراً غير جوهرى فى عقد العمل^١.

وفى ضوء ما تقدم نتناول فى الفروع التالية دراسة سلطة رب العمل فى إجراء
التعديل غير الجوهرى لعقد العمل من خلال بيان أساس هذه السلطة والأحكام
المنظمة لممارستها كضوابط لسلطة صاحب العمل فى التعديل.

الفرع الأول

أساس سلطة صاحب العمل فى إجراء التعديل غير الجوهرى

تتعدد أسس سلطة صاحب العمل فى التعديل غير الجوهرى لعقد العمل ما بين
فكرة السلطة التنظيمية، و اتفاق أطراف العقد، حيث إن اتفاق العامل وصاحب
العمل على إعطاء صاحب العمل سلطة التعديل فى عناصر معينة لعقد العمل،
يجعل تعديل هذه العناصر تعديل غير جوهرى^٢، و مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود،
الذى يقتضى من العامل أن يتعاون مع رب العمل فى تنفيذ عقد العمل، و افتراض
تحقيق مصلحة العمل فى ذلك التعديل. و نصوص القانون التى تجيز لصاحب
العمل تعديلاً غير جوهرى لعقد العمل. و نتناول شرح كل ذلك فى الفقرات التالية:

أولاً: السلطة التنظيمية أساس أول سلطة رب العمل فى التعديل غير
الجوهرى: "إحالة"^٣: يتمثل الأساس القانونى الأول لسلطة صاحب العمل فى التعديل
غير الجوهرى لعقد العمل فى السلطة التنظيمية التى منحها القانون لصاحب العمل

^١ - د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٣٧. قارب د. محمد عبد الغفار، رسالته السابقة، ص ١٤٣
وما بعدها. وقارب د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٩٥ وما بعدها.

^٢ - د. محمد عب الغفار البسيونى، رسالته السابقة، ص ١٤٣.

^٣ - تحيل فى شأن مفهوم و تأصيل السلطة التنظيمية لصاحب العمل سابقاً الى المبحث التمهيدى سابقاً ص ١٨ و ما
بعدها. و فى شأن تفاصيل أكثر راجع د. رمضان عبد الله صابر، مظاهر السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل المنشأة
، مرجع سابق، ص ٣ و ما بعدها، و ص ١١ و ما بعدها. و ص ٦٥ و ما بعدها. د. احمد خلف البيومى، السلطة
التنظيمية لرب العمل، مرجع سابق، ص ٦٧ و ما بعدها.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

حيث انه نظراً لأن رب العمل هو مالك المشروع الذى يجنى ثمار إزدهاره ويتجرع عثراته وكبواته فمن الطبيعي ان يعترف له القانون بسلطة إدارة وتنظيم مشروعه وتبعية العامل له تبعية تخضعه لإدارته وإشرافه^١. وقد نصت المادة ١/٥٦ من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ على هذا المعنى بقولها انه " يجب على العامل ان ينفذ أوامر و تعليمات صاحب العمل الخاصة بتنفيذ الواجبات التى تدخل فى نطاق العمل المنوط به . اذا لم يكن فى هذه الاوامر و التعليمات ما يخالف العقد أو القانون أو اللوائح أو الآداب العامة ،و لم يكن فى تنفيذها ما يعرض للخطر . .. " .

وتمتد سلطة رب العمل التنظيمية إلى كل ما يتصل بتنفيذ العمل فيعين رب العمل لكل عامل العمل الذى عليه أداءه وكيفية ادائه له والمكان الذى يؤديه فيه ويغير المهمة التى عهد بها إلى العامل كلما رأى تغييرها ضروريا ويفصل ما يراه غير قادر أو أصبح غير قادر على اداء مهمة داخله فيه ... إلخ . وبإختصار يعد رب العمل الحكم الوحيد فى ملاعمة تنظيم او إعادة تنظيم مشروعه وفى الإجراءات التى يتخذها او التغييرات التى يحدثها فى سبيله^٢.

غير انه يلاحظ ان ما يدخل فى نطاق سلطة رب العمل التنظيمية هو العناصر غير الجوهرية لعقد العمل . فهذه العناصر يستطيع رب العمل تعديلها دون موافقة العامل الذى قبل مقدما الخضوع لسلطة رب العمل التنظيمية وما يستتبع ذلك من قبوله قيام رب العمل بتحديد طرق تنفيذ العمل . ولذلك فإن التعديل غير الجوهري لعقد العمل يعتبر فى الواقع تنفيذا للعقد اكثر من إعتباره تعديلا له^٣.

ثانياً: الأسس الأخرى لسلطة التعديل غير الجوهري:

^١ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٣٨.

^٢ - د. محمود جمال الدين زكى "قانون العمل" سنة ١٩٨٣ . فقرة ٧٤ ص ١٣٩ . د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٣٩.

^٣ - د. حسام الأهوانى المرجع السابق فقرة ٤٦٣ . د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، نفس الموضوع .

Savatier (J) : op Cit . N^o٢٢١ – Rivero (J) et Savatier (J) : droit du travail ١٩٩١، ١٢ed. p^o٥٩

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أ: اتفاق الأطراف: أو اتفاق المتعاقدين: يكتسب صاحب العمل غالبًا الحق في تعديل عناصر معينة في عقد العمل أثناء تنفيذه من الاتفاق بينه وبين العامل، وقد يرد هذا الاتفاق في صورة شرط صريح في عقد العمل الفردي ذاته أو عقد العمل الجماعي أو اللائحة الداخلية للمشروع^١.

وقد يكون محلاً لمثل هذا الاتفاق مكان العمل أو زمانه أو اختصاص العامل والذي بموجبه يستطيع رب العمل تعديل أي من هذه العناصر دون الرجوع إلى العامل^٢. وقد يكون هذا الاتفاق مقيدًا بقيد ما مثل تعذر وجود عامل يقوم بالعمل الجديد أو الاحتفاظ ببعض المزايا التي كان يتقاضاها العامل في عمله السابق، أو أن يكون التعديل بصفة مؤقتة لحين تعيين عامل آخر في العمل الجديد أو للعمل في المكان المنقول إليه العامل أو أن يصطحب التعديل زيادة في الأجر بنسبة معينة أو غير ذلك من القيود التي لا تخالف النظام العام أو الآداب. وفي مثل هذه الحالة يتعين على صاحب العمل أن يلتزم بهذا القيد عند إجراء التعديل وإلا جاز نقضه من قبل العامل^٣.

وترتيبًا على ما تقدم يلاحظ أن وجود اتفاق بين العامل وصاحب العمل على حق الأخير في تعديل عنصر أو أكثر من عناصر العقد يجعل تعديل العنصر محل الاتفاق تعديلًا غير جوهري للعقد. وذلك لأن أثر تعديل هذا العنصر على العامل

^١ - راجع، د. حمدي عبد الرحمن، قانون العمل، طبعة سنة ١٩٧٥، ١٩٧٦، مرجع سابق، ص ١٥٣. وراجع كذلك Duprilat (J.), Droit du travail ١٩٧٩, p. ٥٥.

Lyon-Caen (G.) et péliessier (J.), op. cit., (١٩٨٨), p. ٣٠٦.

^٢ - مع ملاحظة أنه يشترط بالنسبة لتعديل الاختصاص ألا يبعد مضمون الاختصاص الجديد عن الاختصاص الأصلي للعامل. راجع د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٤٠. د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ١٥٣.

^٣ - CamerLynck (G. H.), Le Contrat de Travail, ٢ éd, mise à jour ١٩٨٨, pp. ١٥٩- ١٦٠.

ets. ٧٥٢. Jean Péliessier, et autres, op. cit. p

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

يكون بحسب الأصل قليل الأهمية، فقد وافق العامل مقدماً على هذا التعديل مما يجعل هذا الأخير . عند حدوثه . تنفيذاً للعقد أكثر منه تعديلاً له^١.

وتفصيلاً لذلك يعد تعديل مكان العمل أو زمان العمل أو اختصاص العامل تعديل غير جوهرى لعقد العمل إذا كان العامل قد وافق مسبقاً على أحقية رب العمل في تعديل أي من العناصر السابقة.

ولكن يجب ان نلاحظ أن هناك عناصر في عقد العمل لا تكون إلا جوهرية حتى ولو وجد اتفاق يخول صاحب العمل الحق في تعديلها، كعنصر الأجر الأساسي وعنصر الدرجة الوظيفية. فأى تعديل يمسهما بالتخفيض يعد تعديلاً جوهرياً في جميع الأحوال حتى لو فرضنا . جدلاً . سبق موافقة العامل على ذلك^٢.

هذا ولما كان في الشرط الاتفاقي الذي يجيز لصاحب العمل تعديل عنصر أو أكثر من عناصر عقد العمل تنبيهه استثناءً على مبدأ "القوة الملزمة للعقد" فإنه يجب تفسير ذلك الشرط تفسيراً ضيقاً، وذلك استناداً أيضاً لفكرة النظام العام الحمائي حيث حماية العامل باعتباره طرفاً ضعيفاً في علامات العمل.

وقد قضى تطبيقاً لذلك بأن النص في اللائحة الداخلية للمشروع على جواز نقل العامل لا يخول صاحب العمل سوى نقله مؤقتاً طالما لم ينص فيها على أن التعديل يكون نهائياً^٣.

^١ - راجع، د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٤٠ - ٤١. د. محمد عبد الغفار البيسوي، رسالته السابقة، ص ١١٥، ص ١٥٤، د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ٩١. د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ١٥٦.

^٢ - حيث من المتصور ان يرد مثل هذا الاتفاق مطلقاً من أي قيد. أي عدم تعلق حق صاحب العمل في إجراء التعديل بتحقيق أمر آخر، فيكون له إجراء التعديل عندما يرى فيه تحقيق مصلحة للعمل، ولكن فيما عدا ما يتعلق بعنصر الأجر كما أوضحت والدرجة الوظيفية.

٢٦- Ray (J.) et mousseron, (P.), op. cit., p. ١٢٣, p.

٣٣٣- Couturier (G.) Droit du Travail, Les relations individuelles de Travail, ١٩٩٢, p.

٢٠٢- Cass. Soc. ٢٨ jun ١٩٧٣, J. c. p. ١٩٧٥٨, ٣, ٢, somm. P.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وقضى أيضاً بأن النص في عقد العمل على أن لصاحب العمل الحق في تحديد الحدود الجغرافية لمنطقة نشاط الممثل التجاري لا يجيز له أن يقطع منها . دون مقابل . جزءاً يعادل في المساحة الثلث، وفي القيمة النصف^١.

وإذا كان الغالب أن يكون الاتفاق المجيز للتعديل صريحاً، إلا أنه قد يكون ضمناً وذلك بأن تتجه نية المتعاقدين المشتركة . وقت إبرام العقد . إلى حق صاحب العمل في إجراء تعديل عنصر أو أكثر من عناصر العقد. وقد يرجع ذلك إلى طبيعة المشروع حيث يكون هناك بعض الأعمال لا يعد مكان العمل فيها عنصراً جوهرياً . مثل المصرف متعدد الفروع، يعتبر مكان العمل فيها عنصراً غير جوهرى^٢.

ب: مبدأ حسن النية:

إن مبدأ حسن النية من القواعد الأساسية في نظرية العقد، حيث قضت المادة رقم ١/١٤٨ من القانون المدني المصرى على أنه "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية". فالعقود جميعها في القانون

^١ - Cass. Soc. ١٧ Nov. ١٩٦٥. Gaz. Pal., p. ٨٥٢. No. ٢٥٤٨. Contrat de Travail.
^٢ - هذا ويجب ملاحظة أن الاتفاق الذي يجيز لصاحب العمل في صيغة عامة إجراء كل تغيير يراه في عقد العمل يقع باطلاً حيث بموجبه يستطيع صاحب العمل أن يستغل هذا الاتفاق للتخلص من القيود القانونية على إنهاء العقد، عندما يرغب في إنهاء عقد أحد العمال، وذلك بأن يقترح تعديلاً للعقد لا يمكن للعامل أن يقبله، مما يترتب عليه ان يقوم بإنهاء عقد هذا العامل. وإلقاء تبعه الإنهاء عليه. حيث أن موافقة العامل على حق صاحب العمل في إجراء تعديل في عناصر عقد العمل تجعل لهذا الأخير الحق في الاحتجاج بهذه الموافقة في مواجهة العامل طوال مدة تنفيذ العقد، حتى ولو ظل هذا الاتفاق دون استخدام لمدة طويلة منذ الموافقة عليه، فليس للعامل أن يعترض على قيام رب العمل بتنفيذ هذا الاتفاق، إذ يجب عليه أن ينفذ التزامه وأن رفضه لهذا الالتزام يعد خطأ جسيماً منه، من شأنه أن يعطى مبرراً لرب العمل في إنهاء عقد العمل وإسناد سبب الإنهاء إلى العامل باعتباره هو المتسبب في انحلال الرابطة العقدية. د. محمود جمال الدين زكى، عقد العمل، المرجع السابق، ص ٨٦٥. د. محمد عبد الغفار اليسوينى، المرجع السابق، ص ١٥٥ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

قوامها التنفيذ بحسن نية فهذا المبدأ يهيمن على العقد في إنشائه وفي تفسيره وفي تنفيذه^١.

ويعتبر عقد العمل من العقود التي يتجلى فيها مبدأ حسن النية في التنفيذ، إذ أنه يتضمن الالتزام بالولاء والإخلاص، وكذلك الالتزام بالتعاون^٢. فالالتزام بالولاء والإخلاص يقتضي أن يتمتع العامل عن كل ما من شأنه أن يعرقل تنفيذ العقد أو يسبب ضرراً للمشروع^٣، بل يجب عليه أن يساعد رب العمل على تنفيذ عقد العمل، وهذا هو الالتزام بالتعاون بين الطرفين، و يتطلب ذلك من العامل أن يتعاون مع صاحب العمل في تنفيذ العقد، وأن يسهل كل منهما تنفيذ أداء الطرف الآخر^٤.

فالتعديل غير الجوهري يفترض فيه تحقق مصلحة المشروع، وأن صاحب العمل هو الحكم الوحيد على توافر هذه المصلحة من التعديل، مما يقتضي من العامل أن يقوم بتنفيذ هذا التعديل تحقيقاً لهذه المصلحة^٥.

وإذا كان تنفيذ الأداء المحدد عند إبرام العقد يعد الموضوع الأساسي لالتزام كل عامل، وأن رب العمل هو الحكم الوحيد على موقف العمال فيما يتعلق بتنفيذ الأعمال المسندة إليهم، إلا أنه عندما يطلب من العامل تنفيذ بعض الأعمال البسيطة فإنه ينتظر تعاون من العامل في القيام بتنفيذها^٦.

^١ - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، العقد، الطبعة الثالثة، عام ١٩٨١، ص ١١. مصادر الالتزام، العقد، مرجع سابق، ص ٨٤٨. د. عبد المنعم البدر، مصادر التزام، الجزء الأول، سنة ١٩٧٥، ص ٣٩٦.

^٢ - انظر في واجب الإخلاص والتعاون في تنفيذ العقود، رسالة.

Picod (Y.), Le devoir de Loyauté dans L'exécution du contrat, Thèse pour le doctorat d'Etat en droit, DIJON, ١٩٨٧.

^٣ - Picod (Y.), Le devoir de Loyauté dans l'exécution du contrat, Thèse, p. ١٤٢.

^٤ - Picod (Y.) L'obligation de Coupération dans l'exécution du contrat, J. C. p. ١٩٨٨. N. ٦. ٣٣١٨. No. ١٠، ١٢.

^٥ - راجع د. محمد عبد الغفار البيونى، المرجع السابق، ص ١٥٨. وقارب د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ١١١ وما بعدها.

^٦ - Picod (Y.) Le devoir de Loyauté, op. cit., p. ١٤٠.

وراجع د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ١١٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

فامتناع العامل عن تنفيذ التعديل غير الجوهرى من شأنه أنه يمنع تحقيق مصلحة المشروع التي كان يبتغيها صاحب العمل من التعديل، فضلاً عن إلحاق الضرر بالمشروع، مما يشكل خطأ جسيماً من العامل لإخلاله بالتزاماته العقدية^١.

كما أن مبدأ حسن النية وما يقتضيه من الالتزام بالتعاون والولاء في تنفيذ الالتزامات العقدية، يوجب استبعاد كل الخلافات بين العامل وصاحب العمل، حتى يمكن للعامل أن يتمتع بثقة صاحب العمل، والتي تعد ركيزة أساسية في علاقة كل منهما بالآخر، وإن فقد هذه الثقة في العامل من شأنه أن يكون مبرراً لإنهاء عقد العمل^٢. وإن امتناع العامل عن تنفيذ التعديل غير الجوهرى من شأنه أن يثير خلافات بين العامل وصاحب العمل، لعدم وجود مبرر أو مصلحة للعامل في الامتناع عن تنفيذ التعديل. فضلاً عما يترتب على ذلك من ضرر للمشروع، وذلك من شأنه أن يفقد صاحب العمل ثقته في العامل، لارتكابه هذا الخطأ الجسيم في الامتناع عن تنفيذ التعديل^٣.

وعلى ذلك فإن مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود يتطلب من العامل الولاء والإخلاص والتعاون في تنفيذ عقد العمل، ومن ثم يعد أساساً لسلطة صاحب العمل في إجراء التعديل غير الجوهرى، وهو التزام عقدي، ويكون إخلال العامل به مصدراً للمسئولية العقدية^٤.

^١ - Morand (M.) A. Propos de La modification du contrat de Travail. Dr. Soc. ١٩٩٣. N. ٢. P. ١٤٩.

وراجع د. محمد عبد الغفار البيسونى، المرجع السابق، ص ١٥٨. د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، نفس الموضوع.

^٢ - Picod (Y.), L'obligation de Coupération, o p. cit., No. ٣٠.

وقارب د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ١١-١٢.

^٣ - راجع د. أحمد أنور الفزيع، المرجع السابق، ص ١٢. د. محمد عبد الغفار البيسونى، المرجع السابق، ص ١٥٩.

د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٤٣.

^٤ - د. عبد المنعم البدرأوى، المرجع السابق، ص ٣٩٧. وقارب د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٣٤ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ج: نصوص القانون: تجد سلطة صاحب العمل في التعديل غير الجوهري لعقد العمل أساساً لها ايضاً في نصوص قانون العمل، حيث نصت المادة رقم ٧٦ من قانون العمل الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، على أنه "لا يجوز لصاحب العمل أن يخرج على الشروط المتفق عليها في عقد العمل الفردي أو اتفاقية العمل الجماعية، أو أن يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك منعاً لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عنه أو في حالة القوة القاهرة، على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة، وله أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه إذا كان لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً بشرط عدم المساس بحقوق العامل.

ومع ذلك يجوز لصاحب العمل تدريب العامل وتأهيله للقيام بعمل مختلف يتماشى مع التطور التقني في المنشأة".^١

وهذا النص ان كان قد قرر أصلاً عامّاً وفقاً للظاهر بعدم جواز انفراد صاحب العمل بإجراء أى تعديل جوهري أو غير جوهري احتراماً للأصل العام للقوة الملزمة للعقد، إلا أنه في ذات الوقت أجاز لصاحب العمل الحق في إجراء تعديل غير جوهري حيث يجوز له وفقاً لهذا النص أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه إذا كان لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً وبشرط عدم المساس بحقوق العامل.

وعلى ذلك فإن هذا النص يشكل أساساً قانونياً لسلطة أو لحق صاحب العمل في التعديل غير الجوهري لعقد العمل، ولعل من النصوص القانونية الداعمة لهذا الأساس ايضاً ما ورد في نص المادة رقم ٥٦ من قانون العمل الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والتي تنظم واجبات العامل، حيث من ضمن هذه الواجبات نجد التزام العامل بأن ينفذ أوامر وتعليمات صاحب العمل الخاصة بتنفيذ الواجبات التي تدخل في نطاق العمل المنوط به، وأن يحترم رؤسائه وزملاءه في العمل، و ان يتعاون معهم بما يحقق مصلحة المنشأة التي يعمل بها، فهذه الواجبات توضح أيضاً السلطة

^١ - حيث كان المشرع قد قرر ذات المضمون في نص المادة رقم ٥٤ من قانون العمل المصري السابق رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١، وكذلك مضمون نص المادة ٥٧ من قانون العمل السابق على الأخير، على أن لرب العمل أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه إذا كان لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التنظيمية لصاحب العمل ومن ثم تأسيس سلطته في التعديل غير الجوهري لعقد العمل^١.

وإن كان ظاهر نص المادة ٦٧ سالف الذكر يفيد بأنه يجيز لصاحب العمل أن يكلف العامل بنوع آخر من العمل الغير مختلف جوهرياً عن الأول بإعتباره عنصراً وحيداً فقط محلاً للتعديل، إلا أنه في حقيقة قصد المشرع يكون المبدأ العام هو جواز انفراد صاحب العمل بالتعديل غير الجوهري لكافة عناصر عقد العمل الأخرى وليس عنصر نوع العمل وحده، فيدخل في إطار ذلك تعديل مكان وزمان العمل وغيرها^٢.

ومن الجدير بالذكر ان الرأي الراجح في الفقه يذهب إلى أن لصاحب العمل أيضاً سلطة التعديل غير الجوهري لعناصر عقد العمل الخاضع للقانون المدني وليس فقط الخاضع لأحكام قانون العمل وذلك استناداً للنص سالف الذكر بإعتباره النص المنظم لمسألة التعديل عامة. واستناداً إلى ما لصاحب العمل من سلطة الإدارة والإشراف على عمل العامل^٣.

الفرع الثاني

أحكام ممارسة الحق في التعديل غير الجوهري

تمهيد: إذا كان لصاحب العمل الحق في الانفراد بالتعديل غير الجوهري لعقد العمل، إلا أن هذه السلطة أو هذا الحق له أحكام تنظم ممارسته وتوضح مقتضياته وهو ما يتم في إطار احترام روح القوة الملزمة للعقد سواء أكان عقد العمل محدد المدة أو غير محدد المدة، وهذا ما يتحقق به التنظيم الأمثل لإدارة و مصلحة

^١ - في حين أنه لم يجيز لصاحب العمل إجراء التعديل الجوهري لعقد العمل إلا إذا كانت هناك حالة ضرورة وقوة قاهرة أو حاجة التماسي مع التطور التقني في المنشأة ويجيز التعديل غير الجوهري لكافة عناصر عقد العمل وليس عنصر نوع العمل فقط. انظر نص المادة ٥٦ قانون عمل ١٢ لسنة ٢٠٠٣.

^٢ - قارب د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٥٢، وقارب د. محمد عبد الغفار البيونى، المرجع السابق، ص ١٥٩ وغيرها.

^٣ - د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٢٢ وما بعدها. د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٧٨، د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ١٤٢، د. عبد الناصر العطار، شرح أحكام قانون العمل، ١٩٨٩، فقرة ٢٠٧. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

مشروع. وذلك كله جعل البعض من الفقه يقول بان احترام التعديلات غير الجوهرية التي يعمد إلى إجرائها صاحب العمل أصبح واجب ضمن واجبات العامل على ما ورد في المادة ٥٦ الفقرات "أ،ب،ج" من قانون العمل الحالي^١، وذلك متى تحققت ضوابط التعديل غير الجوهرية.

وفي إطار بيان الأحكام المنظمة لممارسة صاحب العمل لسلطة التعديل غير الجوهرية لعقد العمل، يلاحظ على القضاء الفرنسي تطوره في هذا الشأن، خاصة وأن القانون الفرنسي يخلو من نص مماثل لنص المادة ٧٦ من قانون العمل المصري الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣. حيث بين القضاء الفرنسي في اولى مراحل تطوره في هذا الشأن ضوابط التعديلات غير الجوهرية، وهي ما يصح إجراؤه بالإرادة المنفردة لصاحب العمل مباشرة لسلطته التنظيمية بغير أن ينعي عليه بمخالفة القوة الملزمة للعقد. غير أن بعض أحكامه جرت على حصر نطاق السلطة التنظيمية في إجراء التعديلات غير الجوهرية في نطاق العناصر غير الجوهرية للعقد^٢.

حيث أن كل ما يعد عنصرًا جوهريًا لعقد العمل سواء وفقًا للمعيار الشخصي أو وفقًا للمعيار الموضوعي لا يصح أن يكون محلًا للتعديل "غير الجوهري" بالإرادة المنفردة من جانب صاحب العمل، أو من جانب العامل^٣. ولكن حدث تطور بعد

١- حيث دعم ذلك بعض التطبيقات القضائية منها الطعن رقم ٣٢ ق لسنة ٥١ جلسة ١٩٨٦/٥/١٢ مجموعة الهواري، ج ٧، ص ٧٨، حيث ورد في الطعن أن "لصاحب العمل السلطة المطلقة في إدارة منشأته وتصنيف الوظائف على الوجه الذي يراه كفيلاً بتحقيق مصلحته"، وكذلك الطعن رقم ٧٩٢ لسنة ٤٦ ق في ١٩٧٨/٦/١٧ في الهواري، ج ٣، ص ١٠٩، أن "الرب العمل سلطة تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها، متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك. وكذلك الطعن رقم ٨٠ لسنة ٤٤ ق جلسة ١٩٨٠/٥/٩، مجموعة الهواري، ج ٤، ص ٨٠ والطعن رقم ٥٧٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٧/١/٢١، مجموعة الهواري ج ٥، ص ٨٣. راجع د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٩٤-٢٩٥.

٢- حيث اعتبرت عناصر غير جوهرية مما يصح تعديلها بالإرادة المنفردة لصاحب العمل مكان العمل، نوع العمل طالما لم يثبت اتجاه الإرادة المشتركة لطرفي عقد العمل إلى اعتبارها عناصر جوهرية للتعاقد وقت التعاقد وليس وقت التعديل.

.Cass. Soc. ١١ déc. ١٩٨٠. Lamy. Soc. ١٩٩٢. No. ٢٨٠. P. ١٢٨

.Cass. Soc. ١٠ Juill. ١٩٨٦. Dr. Social ١٩٨٦. P. ٨٦٤

.Cass. Soc. ٢٣ Jonv., ١٩٨٥. D. ٨٥. I. R. ٤٥٤

٣- وكان القضاء الفرنسي في بداية تصديده لبيان ضوابط التعديل الانفرادي يعتبر الكشف عما يعتبر عنصرًا جوهريًا في تقدير المتعاقدين من عدمه مسألة واقع يستقل بتقديرها قاضي الموضوع.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

ذلك في موقف القضا الفرنسي حيث وجهه النقد الى القضاء الفرنسي من قبل بعض الفقه بأنه ميز في شروط العقد بين ما يعد جوهرياً منها وما يعد ثانوي أو غير جوهرى وهي كلها شروط تحكمها فكرة أو مبدأ القوة الملزمة للعقد^١. ولذلك ميز القضاء الفرنسي بين ما يعد داخل في إطار المضمون الاتفاقي لعقد العمل وبالتالي يحكمه قاعدة القوة الملزمة للعقد بحيث لا يجوز في كل ما يتصل به من عناصر أن يجرى عليه أي تغيير أو تعديل إلا باتفاق الطرفين وبين ما يمثل استدراراً على هذه القاعدة مبرراً بالسلطة التنظيمية لرب العمل ويكون لازماً لحسن إدارة المشروع ويكون له في إطارها ان يجرى ما يراه . بالإرادة المتفردة . من تغييرات لشروط وظروف العقد، وهي تمثل أوامر واجبة الطاعة من جانب العامل بالنظر لارتباطه برباط التبعية لصاحب العامل^٢.

وقضت محكمة النقض الفرنسية على أن التمييز بين ما يعد تعديل جوهرى وتعديل غير جوهرى مسألة قانون يخضع القاضي بشأنها لرقابة محكمة النقض^٣.

وفي ضوء ما تقدم من موقف للقضاء الفرنسي وتفسير نص المادة رقم ٧٦ من قانون العمل المصري الحالي وعلى ما جرى عليه قضاء محكمة النقض المصرية في ظل قوانين العمل القديمة والحالي، يتضح أن ممارسة صاحب العمل لسلطته في

Cass. Soc. ٢١ Janv. ١٩٨٧. Lamy. Soc. ٩٢. No. ٢٧٨. P. ١٣٦. Cass. Soc. ١٢ Juil ١٩٨٩ -
Cass. Soc. ٢١ mars. ١٩٩٠. Lamy, Soc. ١٩٩٢. N. ٢٨٤ Cass. Soc. Mars. ١٩٨٥. Bull. P. ١٤٧
Dr. travail. ١٩٩٠, No. ٥. P. ١٩. Cass. Soc. Jull. ١٩٨٦. Dr. Soc. ١٩٨٦. P. ٨٦٤
١- حيث التمييز بين التعديل في العقد و التعديل او التغيير في شروط وظروف العمل، انظر في فرنسا :
et s. Jean Pélissier, et autres ٧٩ Lurence Fin-Langer, fiches de droit der travail, op. cit., p
op, cit. p٧٥٠ ets.

J. Pelissier Alain Sufiot, Amloine Jeammaud, Droit du Travail Frécis. , Dalloz éd ٢٠٠٤.
P. ٤٧٧.

٢- د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٩٧-٢٩٨.

٣- Cass. Soc. ٢١ mars. ١٩٩٠. Dr. du Trav. ١٩٩٠. No. ٥. P. ٩-

J. Pélissier. Cass. Soc. ١٠ Juill. ٤٦ R.J.S. ٩٦. No. ٩٠٠-

Cass. Civ. ١٩ Nov. ١٩٨٧, Bull. Civ. No. ٦١١ et ٦٦٢.-^٢

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التعديل غير الجوهرى لشروط وظروف أداء العمل تحكمها ثلاثة ضوابط مجتمعة هي:

- ألا يمس التعديل بحقوق العامل.
- أن تكون مصلحة العمل هي الدافع للتعديل.
- ألا يكون التعديل جوهرياً أو ألا يؤدي التغيير أو التعديل غير الجوهرى إلى تعديل أو تغيير جوهري في عقد العمل.

أولاً: ألا يمس التعديل حقوق العامل: يتقيد صاحب العمل في ممارسته لسلطة التعديل غير الجوهرى لعقد العمل بعدم الإضرار بالعامل، حيث يجب ألا يترتب على التعديل أية أضرار مادية أو أدبية أو جسمانية للعامل، حيث لا يجوز أن تتخذ الإجراءات التنظيمية بما قد تستدعيه من تعديلات غير جوهرية في شروط وظروف أداء العمل وسيلة للإضرار بالعامل أو مهرياً لصاحب العمل من الالتزام بما تقرر للعامل من حقوق مكتسبة، ولقد بين المشرع المصرى ذلك في قانون العمل الحالى حيث نص على هذا القيد في المادة رقم ٧٦، وكان قضاء النقض المصرى من قبله قد استقر هذا القيد، وقضى بأنه يجب ألا يمس التعديل أجور العمال ومراكزهم الأدبية، حيث اعتبر القضاء أن المباشرة المشروعة للسلطة التنظيمية في إدارة المشروع، هي تلك التي تتم في إطار الالتزام بإحترام الحقوق المكتسبة للعامل التي تمثل التزاماً على صاحب العمل^١.

^١ - حيث أن ما يحدث للعامل جراء التعديل يمس بموجبه المركز الأدبي للعامل بأن ينتقص منه أو يؤدي إلى المهانة أو الإساءة إليه غالباً ما يكون ذلك دليلاً على أن التغيير المزمع، إنما هو تغيير جوهري للمركز الوظيفي. وتطبيقاً لذلك كان موقف محكمة النقض المصرية حيث الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٢٩ جلسة ١٩٦٧/٣/١٥ مجموعة المكتب الفني السنة ١٨، المجموعة ٢، صفحة ٦٦٦، وقصت بأن "وبما أن لرب العمل سلطة تنظيم منشأته واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها فإنه يسعه ويكون له تعديل الأوضاع المادية لمختلف الخدمات التي تؤديها وإعادة توزيعها على عماله ومستخدميه وتحديد اختصاص كل منهم بما يتفق مع صلاحيته وكفايته ومؤهلاته، طالما أنه لا يمس أجورهم ومراكزهم الأدبية. وكان نص المادة رقم ٥٤ من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ ينص على هذا القيد أيضاً، حيث أجازت التعديل غير الجوهري، حيث يجوز لصاحب العمل أن يكلف العامل بعمل غير المتفق عليه إذا كان هذا العمل لا يختلف عن عمله الأصلي اختلافاً جوهرياً، بشرط عدم المساس بحقوقه المادية". قارب في ذلك، د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٢١-٣٢٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وعن الضرر المادي أي المساس بالحقوق المادية للعامل نجد أن الفقه والقضاء متفق على أن تغيير نوع العمل تغييراً غير جوهرياً لا يجوز أن يتخذ ذريعة للانقاص من حقوق العامل في الأجر وملحقاته الدائمة التي تعتبر جزء لا يتجزأ منه، أي يجب ألا يترتب على التعديل غير الجوهري لعقد العمل تخفيض لأجر العامل، وهو الأجر الأساسي الثابت وملحقات الأجر الدائمة والثابتة^١.

ومع ذلك فنجد أن هناك خلاف في الفقه حول مدى اتصاف ملحقات الأجر غير الدائمة . التي ليس لها صفة الاستمرار والثبات . بوصف الحقوق المكتسبة للعامل، ومدى التزام صاحب العمل بعدم المساس بها أثناء ممارسته لسلطة التعديل غير الجوهري، مثال ذلك العمولة وحوافز البدلات التي تصرف لقاء طاقة يبذلها العامل أو مخاطر يتعرض لها في أداء عمله^٢.

فيذهب جانب أول من الفقه إلى أنه لا يجوز أن يمس التعديل غير الجوهري بعناصر الأجر غير الثابتة حيث لا يجوز نقل العامل من عمل مقرر له عمولة إلى عمل ليس له عمولة أو من عمل يتقاضى فيه بدل طبيعة عمل إلى عمل آخر لا يستوجب هذا البدل.

بينما يذهب جانب ثاني إلى القول بأن اشتراط عدم المساس بالحقوق المادية للعامل كقيد على ما يجريه صاحب العمل من التعديل غير الجوهري يقتصر على عناصر الأجر الثابتة، بحيث لا يشكل قيداً على التعديل ما يرد على عناصر الأجر غير الثابتة أي يخرج من هذا القيد الملحقات غير الدائمة للأجر ويدعم هذا الاتجاه رأيه بأن رأيه هو ما استقر عليه قضاء النقض المصري في ظل العمل بقانون العمل الموحد رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ . وقانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١، وهو ما استقر

^١ - حيث قضت محكمة النقض المصرية بأنه "يقصد بالأجر العادي ما يتقاضاه العامل من أجر عن ساعات العمل الأصلية بما فيها علاوة غلاء المعيشة". نقض مدني ٤١٩ لسنة ٤٩ ق في ١٢/٢٣/١٩٦٤، الهوارى، ج ١، ص ١٧٥. وراجع كذلك د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٢٢.

Cass. Soc. 1er déc. ١٩٨٢. Juri-Social ١٩٨٣. F. ١٧-

Cass. Soc. ١٩ Juin ١٩٨٥, J. C. P. ١٩٨٦, éd. E. P. ١١٦-

^٢ - راجع في شأن هذا الخلاف د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٢٢ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

عليه أيضاً قضاء النقض الفرنسي بما يجعله ينطبق أيضاً في ظل قانون العمل المصري الحالي للتمائل في الحكم^١.

ونؤيد وبحق جانب من الفقه يرى أن ملحقات الأجر غير الدائمة، لا تمثل قيدياً على سلطة صاحب العمل في التعديل غير الجوهرية، ولكن إذا كانت هي الدافع إلى التعاقد فإنها تعد من العناصر الجوهرية في عقد العمل وما يصيبها بذلك من تعديل فهو تعديل جوهري يخضع أيضاً لضوابط ممارسة صاحب العمل لسلطته في التعديل الجوهري لعقد العمل^٢.

كما يجب ألا يترتب على هذا التعديل ضرر أدبي للعامل أيضاً، إذ أن النقل إلى مركز أقل من الناحية الأدبية يعد تعديلاً جوهرياً لعقد العمل^٣. و يعد ضرراً للعامل أيضاً تلك الأضرار الجسمانية أو الجهد والمشقة الزائد، في العمل الجديد عنها في عمله السابق^٤.

^١ - حيث يرى أن قضاء النقض استقر على هذا الأمر في أحكام نقض عديدة منها النقض رقم ٨٩٣ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٨١/١٢/١٢. الهوارى، ج ٥، ص ٦٠، وكذلك النقض رقم ٢٠١ لسنة ٤٩ ق في ١٩٧٧/٢/٢٠ في الهوارى، ج ٢، ص ٨٣، حيث سلمت بأن لصاحب العمل بموجب سلطته التنظيمية أن يعزز الفرع بموظف آخر مع الطاعن ولو كان من شأن ذلك انتقاص نصيبه في العمولة. وكذلك في شأن حافز الإنتاج. نقض ٦٥٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٧/٢/٢٢، الهوارى، ج ٧، ص ٧٢، ونقض رقم ١٣١٥ لسنة ٥٠ ق جلسة ١٩٨٦/٦/٢٣ الهوارى، ج ٧، ص ٧٤ وغيرها. راجع، همام محمد زهران، المرجع السابق، نفس الموضوع. Cass. Soc. ١٨ Juill ١٩٦٤، Bull. Civ. IV. P. ٥٢٣.

^٢ - ومن المستقر في قضاء النقض أن ما صرف للعامل خطأ ليس من شأنه أن يكسب العامل حقوقاً مكتسبة بحيث يكون لصاحب العمل من ناحية أن يسترد ما آداه له، ومن ناحية أخرى فإنها لا تشكل حقوق مكتسبة يتقيد صاحب العمل بعدم المساس بها فيما يجريه من تغييرات غير جوهرية، كما أن الاحتفاظ لبعض العمال بحقوق بالمخالفة للقانون لا يبرر التمسك بها على أسس من ناحية مبدأ المساواة. نقض رقم ٨٩٣ لسنة ٤٦ ق، جلسة ١٩٨١/١٢/١٢، الهوارى ج، ص ٦٠. "و الطعن رقم ٧٧٠ س ٤٥ ق في ١٩٨١/١١/٢٢. الهوارى، ج ٥، ص ٥٩. د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٢٣.

^٣ - Cass. Soc. ٦ Janv. ١٩٨٢. In Lamy Soc. ١٩٩٢. No. ٢٧٤-

^٤ - حيث أن التغيير غير الجوهري هو الذي يكون إلى مركز مساوٍ من حيث المزايا والملاءمة، أما إذا كان النقل إلى مركز أقل من الناحية المادية أو الأدبية، فإن ذلك يرتب ضرراً للعامل، مما يعد ذلك التعديل جوهرياً. ويجب أن يؤخذ في الاعتبار عند تقدير مدى الملاءمة للأوضاع المستقبلية للعامل في كل من عمله السابقة وعمله الجديد. راجع د. إسماعيل غانم، قانون العمل، المرجع السابق، ص ٢٤٦. د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٥١، د. حسام الدين الهوارى، المرجع السابق، ص ٤٥٩.

^٤ - د. محمد عبد الغفار البيسوتي، المرجع السابق، ص ١٧٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

ثانياً :- أن تكون مصلحة العمل هي الدافع إلى التعديل: إذا كانت سلطة صاحب العمل في إجراء التعديل غير الجوهرية لشروط وظروف أداء العمل تعد في الأساس من مقتضيات حسن إدارة العمل في المشروع وتنظيمه، فإن مشروعيتها بصرف النظر عن صورتها . كالتغيير في نوع أو زمان أو مكان العمل، أو دواعيها . مثل تعزيز أحد فروع المشروع بموظف أو أكثر نقلاً عن فرع آخر استجابة لزيادة العبء في هذا الفرع أو نقل موظف قديم إلى فرع حديث لنقل خبرته للموظفين الجدد أو تغيير مواعيد العمل استجابة لظروف الطلب على الخدمة أو السلعة التي يقدمها المشروع وغيرها . تكون رهناً بأن تتم مباشرتها وفقاً لما تقتضيه مصلحة العمل من مبرأة من التعسف وسوء القصد. وهو ما يمكن تأسيسه على القاعدة العامة في عدم جواز التعسف في استعمال الحقوق¹.

وعلى ذلك فإنه يلزم للقول بمشروعية ممارسة صاحب العمل لسلطته في التعديل غير الجوهرية أن تكون مصلحة العمل هي الدافع إلى هذا التعديل. و مع ذلك يقع عبء إثبات تعسف صاحب العمل و من ثم انتفاء مصلحة العمل كدافع للتعديل . أي سوء نية صاحب العمل . وقصده الإضرار بالعامل من خلال التعديل غير الجوهرية على عاتق العامل².

¹ - حيث ما ورد في نص المادة رقم ٥ من القانون المدني من حالات يكون استعمال الحق فيها غير مشروع، المادة ٤ حيث التعسف في استعمال الحق. د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٢٠.

² - حيث قضت محكمة النقض بأنه "لا يجوز النعي عليه من العامل، ولو أدى التعديل إلى نقص العمولة، ما دام هذا الإجراء غير مشوب بالتعسف وسوء القصد". طعن رقم ٥٩ لسنة ٤٧ ق في ١٤/٣/١٩٨٢، الهوارى، ج ٥، ص ٥٥، وكذلك عدم جواز النعي على الحكم حيث قضت "..... واقتضت ذلك مصلحة العمل". طعن ٣٢ لسنة ٥١ ق في ١٢/٥/١٩٨٦، الهوارى، ج ٧، ص ٧٨، طعن ١٣٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٢/٢٢/١٩٨٦، الهوارى، ج ٧، ص ٧٨. ويكون التعديل غير مشروع حتى ولو كان مؤسس على شرط اتفاهي يعترف لصاحب العمل بحرية إجراء النقل المكناني، متى لم تكن دوافعه من مباشرته مصلحة العمل. راجع في ذلك نقض فرنسي.

- in ١٩٨٥، ٢٦ Juin ١٩٩٢. Cass. Soc. ٢٧٣. No. ١٩٩٢. In Lamy Social ٢٨ avril ١٩٨٨. Cass. Soc. ٢٨٨. No. ١٩٩٢. Lamy.

نقض مصري رقم ٣٣٢٩٥ لسنة ٦٠ ق في ١٠/٢/١٩٩٣ مجلة نأى القضاء، السنة ٢٧، ص ٧٨٩ حيث قضت بأن "نقل العامل شرط أن يكون لمصلحة العمل مبرراً من التعسف وسوء القصد". ونقض فرنسي

- ٨٦٥. P. ١٩٨٦. Dr. Soc. ١٩٨٦. ٢١ Juill. Cass. Soc.

- ١٢٦. éd. R. II ١٩٩١. J. C. p. ٩ mai, ١٩٩١. Cass. Soc.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ثالثاً :- ألا يكون التعديل جوهرياً: إذا كان المشرع المصري قد ذكر في نص المادة رقم ٧٦ من قانون العمل التعديل في نوع العمل كشرط من شروط عقد العمل، إلا أن ما أورده المشرع يعد مثال وليس حصر لمحل التعديل غير الجوهرى حيث يعمم الحكم على جميع شروط وظروف العمل ولا يقتصر على نوع العمل فقط.

ولذلك فإن صاحب العمل حينما يمارس سلطته في الافراد بتعديل عقد العمل تعديلاً غير جوهرى مقيداً بالألا يؤدي تعديله هذا إلى تعديل جوهرى للعقد، ويتولى القاضى تحديد طبيعة التعديل، وعلى ذلك نتناول تطبيقات قضائية لما يعد تعديل غير جوهرى وما يعد تعديل جوهرى لعقد العمل.

في شأن تطبيقات التعديل غير الجوهرى لنوع العمل يلاحظ أن تقدير طبيعة التعديل هذه تقتضى من القاضى أن يقارن نوع العمل الجديد بالعمل السابق على التعديل وفقاً لما تم تحديده في الاتفاق، وعند عدم وجود اتفاق محدد لنوع العمل تكون المرجعية في المقارنة بنوع العمل الذي أسند للعامل القيام به وقت إبرام عقد العمل بغير اعتراض منه، قبل التعديل، حيث لا يمكن قبول القول بأن عدم التحديد الاتفاقي لنوع العمل يفيد القبول الضمنى لكل صور التعديل ولو كان جوهرياً. ذلك أن سلطة صاحب العمل في تعديله تتقيد بما ورد في نص المادة ٧٦ من قانون العمل من ضرورة أن يكون التعديل غير جوهرياً^٢.

^١ - هذا وقد كان القضاء الفرنسى يتولى بمقتضى سلطته الموضوعية والتقديرية تحديد طبيعة التعديل بين ما إذا كان جوهرى أو غير جوهرى، ولكن حديثاً أصبح يخضع لرقابة محكمة النقض في هذا الشأن حيث اعتبار تحديد هذه الطبيعة مسألة قانونية. د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٩٩. وراجع Cass. Soc. ٦ Juin. ١٩٩٠ in Lamy Soc. éd. ١٩٩٢. No. ٢٨٠. P. ١٣٨-١٣٩. Cass. Soc. ١٩ Nov. ١٩٨٧. Bull. Civ. No. ٦٦١ et ٦٦٢-٦٦٣. Cass. Soc. ٣ mars. ١٩٩٨. R. J. S. ١٩٩٨. No. ٤١٧-

^٢ - حيث قضت المحكمة النقض في الطعن رقم ٢٦٤ لسنة ٣٣ قضائية بجلسة ١٩٦٧/٧/٢٤ الهوارى، ج ١، ص ١٩٧ "رغم أنه كمهندس قبل العمل في خدمة الشركة لمدة سبع سنوات في الوظيفة التي تسندها إليه هذه الشركة ولم يحدد في الاتفاق نوع هذه الوظيفة. فإن رفضه للأمر الصادر بنقله من وظيفته التي عين فيها كرئيس لقسم السحب والبرم لمصنع الغزل إلى وظيفة مساعد المندوب الفنى بالمخازن، يكون مقبولاً. ذلك أن نوع العمل بموجب العقد المشار إليه يعتبر غير محدد اتفاقاً ويتعين لتحديده وفقاً لما تقتضى به م ٢/٦٨٢ مدنى، أن يرجع إلى عمل المثل ثم إلى عرف الجهة فإن لم يوجد تولى القاضى هذا التحديد وفقاً لمقتضيات العدالة. فضلاً عن أن الشركة لم تبين مقتضيات مصلحة العمل في إجراء النقل. د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٩٩. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ويستخلص بعض الفقه من أحكام القضاء المختلفة في هذا الشأن معيار تطبيقي للتمييز بين التعديل الجوهري وغير الجوهري لنوع العمل مفاده أنه كلما روعي الربط الوثيق لدى توصيف الوظيفة بين صلاحياتها . المحددة بدقة . وبين المؤهل والتخصص المهني الدقيق والإمكانات الفنية والمهنية وخبرة القائم على أدائها، كلما كان نطاق التغيير غير الجوهري المتاح ضيقاً، وكان التغيير والتعديل فيها . عادة . بمثابة تعديل جوهري غير مشروع^١.

وبالعكس كلما كان الارتباط ضعيفاً بين وصف الوظيفة وصلاحياتها من جهة وتخصص القائم على أدائها من جهة أخرى وكلما صيغت صلاحيتها الوظيفية ومسئولياتها بطريقة مرنة كلما كان نطاق التعديل غير الجوهري أكثر رحابة^٢.

وقد قضى استناداً إلى ما بين الوظائف من تغاير واختلاف في طبيعة الصلاحيات والمسئوليات وفي ذات الوقت لاختلاف المؤهلات والتخصص المتطلب في كل منهما، إلى أنه يعد تعديلاً جوهرياً، رغم احتفاظه بذات وظيفته، تكليف عمال الماكينات وهم من الفنيين بالقيام بتنظيف مكان العمل، ادعاء بأن ذلك يدخل ضمن اختصاصهم في الحفاظ على الماكينات وصيانتها للفارق بين الاعتناء بالماكينات وصيانتها وبين غسيل الأرضية التي تقوم عليها^٣.

١- د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٠٠.
٢- حيث لا يجوز الحسم بطبيعة التعديل غير الجوهري من مجرد تساوي الوظائف في المزايا أو حتى رجحان الثانية على الأولى متى كان بينهما اختلاف في مضمون الصلاحيات الأساسية. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر في ١٩٨٠/٣/١. حيث اعتبرت تعديلاً جوهرياً نقل العامل من وظيفته صحفى خارجى إلى إدارة الإعلانات رغم عدم تغيير أجره، لما بين العاملين من اختلاف جوهري بالنظر لأن العمل في نطاق الإعلانات ليس عملاً صحفياً على ما ظهر من شهادة نقابة الصحفيين. طعن رقم ٩٤٥ السنة ٤٤ ق، جلسة ١٩٨٠/٣/١. الهوارى، ج ٥، ص ٨٤. ويقابل ذلك في فرنسا.

Lyon ٨ oct. ١٩٨١ D. ١٩٨٣. P. ٧٧. Soc. ١٢ mai ١٩٧٦ Bull. Civ. ٧٦. P. ٢٢٣.
٣- قضى في فرنسا بأنه يعد تعديلاً جوهرياً تكليف عاملة اختزال إضافة إلى عملها بنظافة المكتب في فترة عدم فراغ عاملة النظافة، بالنظر لأن أعمال النظافة مما يخرج كلية عن اختصاصات وصلاحيات الوظيفة الأساسية ويدخل ضمن اختصاصات وظيفية ذات مركز أدنى في السلم الوظيفي. راجع في مصر حكم محكمة القاهرة، في ١٩٥٦/٣/١٧، مشار إليه لدى د. همام محمد زهران، هامش ١ ص ٣٠١. وفى فرنسا Soc. ١٥ déc. ١٩٨٢، in Juri-social ١٩٨٣. F. ١٤ مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وفي المقابل اعتبر تعديلاً غير جوهرياً ما فرضته متطلبات نمو المشروع واتساع نشاطه من إعادة تنظيم الهيكل الهرمي للوظائف، بحيث ترتب على إنشاء وظائف جديد زيادة في درجات السلم الوظيفي، أن العامل أصبح مرئوساً من صاحب الوظيفة الجديدة، التي سبقت في الترتيب وظيفته وصلاحياتها ومسئولياته وأجره، بما لا يجوز معه أن يعتبر التعديل الجديد تعديلاً جوهرياً متضمناً تنزيراً لوظيفة العامل^١.

وبالمثل قضى بأنه لا يعتبر تعديلاً جوهرياً، فقد الأمل في الترقى نتيجة شغل الوظيفة الشاغرة الأعلى في التدرج بموظف آخر^٢.

وفي شأن تطبيقات طبيعة تعديل مكان العمل، فيجب بداية أن نتحرى عما إذا كانت الإرادة قد اتجهت لحرية صاحب العمل في تغيير مكان العمل " شرط المرونة الجغرافية" أو كان هناك رضاء معاصر صريح أو ضمنى بتغيير هذا المكان، حيث يجب أن يقتصر التغيير فيه على النقل المكاني، فلا يتضمن تنزير العامل إلى مركز أقل من المركز الذي كان يشغله، ومن تطبيقات ذلك نقل الطبيب الأول في رأس غارب إلى طبيب عادي. بمستشفى السويس^٣.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها بأن مكان العمل يعد من العناصر الجوهرية التي يمتنع على صاحب العمل تعديلها^٤.

١- ٤٤. Cah. Prud'h, ١٩٧٦, ١٩٧٥. Cass. Soc. ٢٢ oct. ١٩٧٥. "lamodification du contrat de travail et le changement des condition de travail" RJS ١٢/٩٦. p. ٧٩١.

٢- وقد قضى بأن نقل العامل إلى وظيفة أخرى ماثلة لوظيفته السابقة في وصفها مع احتفاظه بذات مرتبته في السلم الوظيفي وأجره، بدافع مقتضيات إعادة تنظيم وتوزيع العمالة بين مختلف الوظائف والمنشآت مما يدخل في إطار سلطة صاحب العمل التنظيمية بما لا يمثل تعديلاً جوهرياً. د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٠٣.

٣- ١٤١- Brull. Civ. P. ١٩٨٢. Cass. Soc. ٢٢ mars. ١٩٨٦, Dr. Soc. ١٩٨٦, Cass. Soc. ٧ Juill. ١٩٨٦. ٨٦٣

٤- نقض مندى رقم ٤١٦ لسنة ٣١ قضائية، في ١٣/٤/١٩٧٥، مجموعة المكتب الفني، س ٢١، ج ٢، ص ٦٣٠.

P.Buziz et I.Goulet. "À Propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité" DS, ١/٢٠٠٥, P. ٦٣٤.

٤- هذا على الرغم من أن مكان العمل يعد في كثير من علاقات العمل - حسب الأصل - عنصر غير جوهري مثل علاقات العمل لدى شركات المقاولات والبنوك متعددة الفروع وغيرها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وقد قضى بأن التغيير بالنسبة لمكان العمل يكون جوهرياً إذا كان من شأنه زيادة أعباء العامل التي أخذتها نيتهما المشتركة في الاعتبار لدى تحديد مكان العمل عند إبرام العقد^١.

وبالنسبة لزمن العمل فيجب أن نلاحظ بداية أن على القاضي أن يبحث فيما إذا كان العامل ارتضى صراحة أو ضمناً بشرط مسبق أو معاصر للتعديل، يقرر الحرية لصاحب العمل في إجراء التغيير الذي تقتضيه مصلحة العمل في زمن العمل^٢، حيث أن ذلك يعد تغيير غير جوهري وفقاً لاتفاق المتعاقدين. وليس عملاً بمبدأ السلطة التنظيمية فقط.

هذا على الرغم من أن وقت العمل يعد من حيث الأصل من العناصر غير الجوهرية في العقد، ما لم ينص صراحة أو يستفاد ضمناً على ما يفيد بغير ذلك. فإذا كان قد أخذ في الاعتبار الظروف الاجتماعية أو العائلية للعامل عند تحديد وقت العمل، فإن ذلك يجعل من وقت العمل عنصراً جوهرياً ودافعاً إلى التعاقد، وخاصة إذا نص في العقد على عدم أحقية صاحب العمل في الانفراد بتعديل وقت العمل^٣.

والمألوف في الواقع العلمي أن صاحب العمل غالباً يؤكد على سلطته التنظيمية في إجراء ما يراه مناسب من زمن العمل لتحقيق مصلحة المشروع، وذلك مثلاً من خلال النص في اللائحة الداخلية للمشروع على أن لصاحب العمل أن يحدد أيام

١- Cass. Soc. ٢٩ avril. ١٩٦٩. Cass. Soc. ٢٥ mars. ١٩٨٢. In Lamy. Soc. ٨٤. No. ٣٥٠, p. ١٤٩.

٢- ويستعان في تقدير ما اعتبر من الأعباء المعتادة التي قبل العامل تحملها بالمسافة بين المكانين، و زمن الانتقال وسهولة المواصلات المتاحة والوقت والجهد المبذولين والنفقة الزائدة.

Cass. Soc. ٢٢ mai ١٩٧٩. In Lamy. Soc. éd, ١٩٨٤. P. ١٥١, C. Paris. ٢١ mai. ١٩٨٦, in - Lyon ٨ oct. ٨١. D. ٨٢. P. ٧٧. Lamy ١٩٦٨. In Lamy Soc. ١٨٤, p. ٥١.

٣- B.Bossu, "la reduction du - Cass. Soc. ١٢ Juill. ١٩٨٩. In Lamy Soc. ١٩٩٢. No. ٢٨٤ - ١٣٥٥, n ٢/٥/٢٠٠٥, JCP soc. ٢/٥/٢٠٠٥, n ١٣٥٥.

٣- د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ١٩٤١، ص ٤٥٣ - ٤٥٤. د. محمد عبد الغفار البيونى، المرجع السابق، ص ١٧٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العمل في الأسبوع وساعاته بما يتفق وطبيعة عمل المشروع والأهداف المنوط به تحقيقها، وهذا يمثل تعديلاً غير جوهري لزمان العمل.

والتغيير أو التعديل في زمن العمل قد يكون من خلال إعادة تنظيم مواعيد العمل بغير تغيير مدتها الإجمالية زيادة أو نقصاناً، وهذا يعتبر من مقتضيات السلطة التنظيمية لصاحب العمل، يباشرها طبقاً لحاجة العمل وظروف الإنتاج ويلتزم العامل بأداء عمله وفقاً له متى كان هذا التنظيم لا يتعارض مع القانون^١. وليس في ذلك إلا تعديل غير جوهري لعقد العمل^٢.

والتغيير في زمن العمل قد يتمثل في زيادة ساعات العمل أو بتخفيض ساعات العمل، حيث في شأن زيادة ساعات العمل باعتباره تغيير غير جوهري نجد ما قضت به محكمة النقض المصرية من أنه "إذا كان العمل قد جرى في المنشأة على تشغيل ساعات أقل من المحدد في القانون، ورأي صاحب المنشأة أن يزيد ساعات العمل اليومي إلى الحد الأقصى المعروف في القانون، ولم يمنعه من ذلك نص في عقد العمل، فلا يجوز إلزامه بالعودة إلى النظام السابق، وليس للعمال في هذه الحالة الحق في المطالبة بأجور إضافية عن الفرق بين عدد الساعات التي كان يجري عليها نظام العمل في المنشأة وتلك التي حددها القانون، إلا إذا كان قد نص على ذلك في عقد العمل أو كان العرف في المنشأة قد استقر على منحهم هذه الأجور

^١ - حيث تطبيقاً لمبدأ السلطة التنظيمية فلصاحب العمل أن يغير مواعيد بداية العمل أو نهاية العمل تقديمًا أو تأخيرًا بحسب مقتضيات مصلحة العمل. ومثل المحلات التجارية التي تكثر مواعيد عملها لتلحق بعمالها ممن يتوجهون في مواعيد مبكرة لمدارسهم أو مصانعهم أو بالعكس تلك التي تؤخر مواعيد بداية عملها وتؤخر في المقابل مواعيد نهايتها في المصايف التي يغلب على المترددين عليها الإمعان في السهر. وفي ذات السياق لصاحب العمل أن يعدل مواعيد العمل من صباحية إلى مسائية أو العكس بحسب مقتضيات مصلحة العمل. راجع د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٠٩. طعن رقم ٩٩ لسنة ٤٩ ق في ١٥/٤/١٩٨٠، الهوارى، ج ٤، ص ٨٩. حيث لصاحب العمل أن ينظم وقت اليومى. مع أن من واجبات العامل واجب المحافظة على مواعيد العمل. نص المادة رقم ٥٦ فقرة ج من قانون العمل.

^٢ - حيث يكون لصاحب العمل بموجب سلطته التنظيمية تعديل أو تغيير لفترات الراحة التي يجب أن تتخلل ساعات العمل بما لا يتعارض مع القانون، له تعديل العمل الأسبوعي مع ضرورة منح العامل راحة أسبوعية لا تقل عن ٢٤ ساعة كاملة بعد ٦ أيام عمل متصلة على الأكثر وذلك كله وفقاً لمقتضيات مصلحة العمل، وكذلك في شأن ساعات العمل الإضافية. راجع الطعن رقم ٩٩ لسنة ٤٩ ق، جلسة ١٥/٤/١٩٨٠، الهوارى، ج ٤، ص ٩١. طعن ٥٧٢ من ٥١، جلسة ٢١/١/١٩٨٧، الهوارى، ج ٧، ص ٩٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الإضافية كمنحة مستوفية شروط العمومية و الاستمرار وثبات القيمة، بحيث صارت عرفاً مستقرّاً وأصبح العمال يعتبرونها جزءاً من الأجر لا تبرعاً. ولما كان الحكم المطعون فيه لم يثبت استيفاء هذه المبالغ للشروط المذكورة، فإنها تظل في حيز التبرع ولا تنقل إلى نطاق الالتزام^١.

هذا في حين قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه يعد تعديلاً جوهرياً وليس غير جوهري تعديل صاحب العمل لساعات العمل إذا كان من شأن زيادة ساعات العمل أن ينزع عن العامل بعض المزايا المقررة له، كما هو الحال في تكليف العامل المتمتع فيما سبق بأجره يومان مدفوعان الأجر كل أسبوع، بالحضور للعامل أحد هذين اليومين مرة كل أسبوعين^٢.

وعن التغيير بتخفيض ساعات العمل نجد أن أوضح صور تخفيض ساعات العمل تلك التي يلجأ إليها صاحب العمل كتغيير غير جوهري مباشرة لسلطته التنظيمية، سلطته في تخفيض أو إلغاء ساعات العمل الإضافية بالنسبة لكل أو بعض العمال استجابة لانخفاض الطلب على ما يقدمه المشروع من منتجات أو خدمات أو بالنظر لاستغناؤه عن الساعات الإضافية نتيجة إدخال نظام الميكنة والأخذ بتكنولوجيا متقدمة^٣.

١- راجع الطعنان ١٧٢، ١٨٣ لسنة ٤ ق جلسة ٦٩/٣/١٢ في الهوارى، ج ١، ص ١٧٣. كما أن قضاء النقض اعتبر أيضاً تغييراً غير جوهري في ساعات العمل بالزيادة وإعادة تنظيم صاحب العمل لساعات العمل بتكليف العمال المسيحين ببدء العمل في الثامنة صباحاً بدلاً من العاشرة صباحاً في يوم الأحد متى كانت مصلحة العمل تقتضى ذلك ولم يوجد نص مانع، حيث كان قد سمح لهم بذلك قبل التعديل. راجع في ذلك طعن رقم ٢٣٦ لسنة ٣٧ ق، جلسة ١٩٧٣/٥/٥، الهوارى ج ١، ص ١٧٦.

٢- علماً بأن سلطة صاحب العمل التنظيمية تنقيد بوجوب احترام الحد الأقصى المقرر قانوناً لساعات العمل بنص أمر يتصل بالنظام العام الاجتماعي الذي لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه أو تعديله بإرادته المنفردة على عكس ما يتصل بالنظام العام الجماعي.

Cass. Soc. ١٩٨٨، p. ١٤٢، ٢ Juill. ٨٧، Dr. Soc.

٣- خاصة وأن الاتجاه إلى نظام الساعات الإضافية وفقاً للمادة ٨٥ من قانون العمل متروك للتقدير المبدئي لصاحب العمل الذي يسعى للحصول على موافقة الجهة الإدارية على متطلبات العمل الاستثنائية الداعية لتكليف العامل بساعات إضافية، بحيث يتفق ومصلحة العمل، ولذلك فله أيضاً تقدير توقف الحاجة إليها متى كانت ممارسته مجردة عن قصد الإساءة للعامل. وفي هذا الإطار قضت محكمة النقض المصرية بأن نعي العمال على القرار المطعون فيه بتقرير يوم الجمعة كراحة أسبوعية لجميع العمال، بعد أن درجوا لعدة سنوات على العمل طوال أيام الشهر بغير انقطاع بما مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وعلى ذلك فإذا كان تخفيض ساعات العمل يدخل في إطار السلطة التنظيمية لصاحب العمل كما تبين لنا سابقاً إلا أنه كتعديل غير جوهري يجب ألا يخرج عن إطار هذه السلطة، بحيث لا يجوز أن يترتب عليه تخفيض لأجر العامل، وذلك لأن أجر العامل من العناصر الجوهرية في عقد العمل^١.

المطلب الثاني

سلطة صاحب العمل في التعديل الجوهري

تمهيد و تقسيم: إذا كان لصاحب العمل أن ينفرد بالقيام بتعديلات جوهرية في عقد العمل، بما له من سلطة في القيام بها عندما يتوافر لها ما يبررها في حالاتها المختلفة، فإن الأمر الذي لا خلاف عليه أن هذه التعديلات لها مساس بحقوق العامل متى كانت مؤقتة. ونظراً لضرورة القيام بهذه التعديلات استجابة لمصلحة العمل الملحة، فإنه من الضروري أن تمارس هذه السلطة في ظل ضوابط معينة، تختلف عن الضوابط المتعلقة بالتعديل غير الجوهري^٢. وفي ضوء ذلك نتناول في الفروع التالية بحث مسألتين الأولى تتعلق بحالات التعديل الجوهري والثانية تتعلق بضوابط ممارسة سلطة التعديل الجوهري.

الفرع الأول

حالات التعديل الجوهري

يكسبهم حقاً في ذلك. خاصة أن تقرير راحة أسبوعية مقتضاه نقص أيام العمل بالنسبة لهم، مما يؤدي إلى انخفاض أجورهم وقلقلة حياتهم التي رتبوا على أساس اشتغالهم في كل أيام الأسبوع على اعتبار أنه لما كان تحديد يوم الغلق الأسبوعي من سلطات صاحب العمل الذي يملك تنظيم وإدارة مشروعة على الوجه الكفيل بتحقيق مصلحة منشأته، يكون قرار هيئة التحكم الذي تبنى وجهة نظر العمال متعبئاً للنقض". راجع د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣١٤، وانظر الطعن رقم ٥٧٧ س ٢٥ ق جلسة ١٩٦٠/١٢٢/٨، لهواري، ج ١، ص ١٧٨.

^١ - قارب د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ١٧٥، ١٧٦.

فإذا كان هناك شرط يعطي صاحب العمل الحق في تعديل مكان أو زمان العمل أو اختصاص العامل، فإنه يجب ألا يترتب على تنفيذ هذا الشرط بالنسبة لمكان و زمان العمل آثار سينية على حياة العامل، أو حياة أسرته، وألا يترتب على تنفيذ هذا الشرط بالنسبة لاختصاص العامل أن يسند إليه اختصاص جديد يبتعد كثيراً عن اختصاصه الأصلي.

^٢ - راجع د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ١٧٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

يمكن تقسيم حالات أو مبررات التعديل الجوهري لعقد العمل إلى ثلاثة حالات هي حالة تغيير الظروف الاقتصادية للمشروع، الحالة الثانية هي حالة الضرورة و القوة القاهرة التي يتعرض لها المشروع، والحالة الثالثة وهي حالة الأسباب الخاصة بالعامل. و نتناول كل ذلك في الغصن الاتية :

الغصن الاول

التعديل الجوهري لأسباب اقتصادية "التعديل الاقتصادي"

يقصد بالتعديل الاقتصادي او التعديل الجوهري لأسباب اقتصادية ذلك التعديل الذي يرجع إلى سبب أو عدة أسباب ليست لها صلة بشخص العامل ولكنها ترجع إلى أسباب خاصة بظروف المشروع، سواء وجدت هذه الأسباب في ظروف عادية للمشروع أو في ظل ظروف غير عادية^١. وقد اعتد المشرع المصري بالاسباب الاقتصادية خاصة في الظروف غير العادية للمنشأة كحالة من حالات التعديل غير الجوهري لشروط عقد العمل في المادة ٢٠١ من قانون العمل. وعليه نوضح فيما يلي صور التعديل الاقتصادي "الجوهري" في ظرفي المشروع العادية و غير العادية

أولاً: التعديل في الظروف العادية للمشروع: يعتبر مبرراً اقتصادياً للتعديل الجوهري لعقد العمل، رغبة صاحب العمل في إعادة تنظيم المشروع بما يحقق مصلحته وحسن سيره أو تغيير نظم العمل و وسائل الإنتاج فيه، بما يؤدي إلى

^١ - ومن الأمثلة لظروف المشروع، إعادة تنظيم المشروع بما يحقق مصلحة المشروع وحسن سيره أو تغيير نظم العمل ووسائل الإنتاج فيه بما يؤدي إلى تحديث وتطوير المشروع، وما يقتضي ذلك من إلغاء أو تغيير وظيفة العامل أو إجراء تعديل في عناصر أخرى من عناصر عقد العمل.

راجع د. محمد عبد الغفار البيهوتي، المرجع السابق، ص ٩٢، ١٩٥. Morand (M.), op. cit., p. ٩٢. و انظر في اثر التغيير الاقتصادي على عقد العمل و قانون العمل د.صلاح محمد احمد، القوة القاهرة و آثارها في قانون العمل، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة اسيوط، ١٩٩٥. د.حسن عبد الرحمن قدوس، إنهاء علاقات العمل لاسباب اقتصادية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، مصر، دون تاريخ نشر. وفي فرنسا انظر :

Isabel Odoul-Asorey, La reconnaissance ou la modification conventionnelle d'une unité économique et sociale, Rev. trav. ٢٠١٤. ٢٧٦.p٢٧٦ ets. François Gaudu, L'impact des difficultés économiques de l'entreprise sur les « conditions de travail », Droit social ١٩٩١ p. ٣٠ ets.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

تحديث وتطوير المشروع وما يقتضيه ذلك من إلغاء أو تغيير وظيفة العامل أو إجراء تعديل في عناصر أخرى من عناصر عقد العمل^١.

١- إعادة تنظيم المشروع أو العمل : استقر الفقه والقضاء على أن لصاحب العمل سلطة تنظيم وإعادة تنظيم العمل داخل مشروعته بما يحقق مصلحة العمل. فيكون له في سبيل تحقيق هذه المصلحة أن ينقل العامل من مهنة إلى أخرى أو من إدارة إلى أخرى أو من فرع إلى آخر ولو كان العمل الأخير والمركز الأخير أقل ماديًا أو أدنى معنويًا من العمل الذي كان يؤديه أو المركز الذي كان يشغله^٢.

وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على ذلك حيث قضت المحكمة بأن من سلطة صاحب العمل تنظيم منشأته، واتخاذ ما يراه من الوسائل لإعادة تنظيمها، متى رأى من ظروف العمل ما يدعو إلى ذلك. كما جاء بهذا القضاء أيضًا، إن لرب العمل أن ينقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذي كان يشغله، متى اقتضت مصلحة العمل ذلك^٣.

ومن الجدير بالذكر أنه يعتبر من قبيل إعادة تنظيم المشروع تغيير البنية التحتية للمشروع نتيجة لاندماجه في مشروع آخر، أو نقل نشاط المشروع إلى مكان آخر، أو التخصص في إنتاج معين. وقد يرى صاحب العمل إجراء بعض التعديلات على شروط العمل، لتتواءم مع التنظيم الجديد للعمل^٤.

ويترتب على ما تقدم أنه متى كان للتعديل الذي يجريه صاحب العمل في هذا الحال له ما يبرره من مصلحة اقتصادية للمشروع تتمثل في إعادة تنظيمه، وبما

١- د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٥١. وقارب د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، نفس الموضوع.

Morand (M.), op. cit., p. ٩٢.

٢- د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٥٧٥.

٣- طعن رقم ٥٧٧ لسنة ٤١ ق جلسة ١٩٧٧/١٢/١٠ لسنة ٤١ ق، الهوارى، ج ٣، ص ١٠٨، ق ٨٤، الصفحة رقم ٧٩٢ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٨٧٨/٦/١٧، الهوارى، ج ٣، ق ٨٥، ص ١٠٩.

٤- Camerlynck (G. H.), le contrat de travail. ٢ed. dalloz, ١٩٨٢, p. ١٦٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

يحقق المصلحة العامة للمشروع من هذا الإجراء في النهاية، فإنه لا يحق للعامل أن يرفض هذا التعديل^١، ذلك أن سلطة صاحب العمل غير قاصرة على موضوع العقد، بما يسمح له كرئيس للمشروع أن ينظم أقسامه، وأن يتخذ كل القرارات التي تحقق مصالحه، وأن يرفض العامل لذلك من شأنه أن يؤدي بصاحب العمل إلى القيام بإنهاء العقد^٢.

٢- تغيير نظم العمل ووسائل الإنتاج: قد يقوم صاحب العمل بتغيير نظم العمل ووسائل الإنتاج بما يؤدي إلى تحديث وتطوير المشروع والإنتاج، وذلك بإتباع وسائل جديدة في الإنتاج، بما يواكب التطورات العلمية والفنية المتعلقة بنشاط المشروع^٣.

وقد يتطلب ذلك توسيع دائرة نشاط المشروع، أو فتح فروع أخرى له في أماكن مختلفة، ذلك أن التطورات المختلفة في وسائل الإنتاج من شأنها أن تفرض على رب العمل مسايرتها، حتى لا يظل مشروعه متخلفاً عن غيره، بما يؤثر في النهاية على الإنتاج، والمنافسة في الأسواق^٤.

وعلى ذلك فإنه نتيجة لاستحداث كل هذه الوسائل والنظم المختلفة، يتطلب الأمر تعديلات معينة في شروط العمل، وخاصة إسناد أعمال أخرى إلى العمال بعد إلغاء وظائفهم أو نقلهم إلى أماكن أخرى. وحيث أن العامل الذي يظل يعمل على آلات فنية بسيطة، لا يعقل أن يسند إليه العمل على آلة مستحدثة و أكثر تطوراً. ما

١- Isabel Odoul-Asorey, La reconnaissance ou la modification conventionnelle d'une unité économique et sociale , op,cit .p٢٧٦ ets . François Gaudu, L'impact des difficultés économiques de l'entreprise sur les « conditions de travail », op,cit .p. ٣٠ ets .

Camerlynck (G. H.) Encyclopedie Dalloz, op. cit., p. ٥٨. No.

٢ Isabel Odoul-Asorey, op,cit .p٢٧٦ ets . François Gaudu, op.cit , p. ٣٠ ets. Oillier (N. D.), le droit du travail ,collection U,Librairie Armand colin,Paris,١٩٧٢. p. ١١٩.

٣ Alexandre Fabre, Catala (N.) l'enterprise,Tome ٤, Dalloz, ١٩٨٠, p. ٣١٩. No. ٢٨٨.

٤ L'extension de l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique , Rev. trav. ٢٠١٣. ٧٥٢,٧٥٢ets.

٥- د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ١٩٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

لم يكن مؤهلاً للعمل عليه. إذ يتطلب ذلك خبرات علمية أو عملية على درجة معينة، لا تتوافر في هذا العامل. على فرض عدم تأهيله. مما يتطلب نقله إلى عمل آخر يتواءم مع كفايته أو إنهاء عقده، أو ان يترتب على توسيع نشاط المشروع، وفتح فروع له، نقل العامل إلى هذه الأماكن الجديدة^١.

وتعد هذه التطورات التي تحدث بالمشروع أسباب اقتصادية تجيز لصاحب العمل إجراء تعديل في عقد العمل كتغيير بعض الوظائف أو إلغائها، مثل إلغاء وظائف الحراس الليليين، واستبدالها بنظام للرقابة الآلية، فإذا لم يوافق العمال على الأعمال المسندة إليهم في المشروع والتي تتفق مع كفايتهم، فإنه يحق لصاحب العمل إنهاء عقودهم^٢. وكذلك نقل العامل إلى مكان آخر نتيجة إدماج المشروع في مشروع آخر، أو فتح فروع جديدة له، أو تغيير في مواعيد العمل، أو تخفيض مدته^٣.

وعلى ذلك إذا لم يوافق العامل على التعديل الجوهري لأسباب اقتصادية في الظروف العادية وفقاً لما تقدم، فإن لصاحب العمل أن ينهي عقد العمل بعد ذلك إنهاءً اقتصادياً، ذلك أن لصاحب العمل بسبب مثل هذه التطورات الاقتصادية التي تحدث بالمشروع إجراء إنهاء لعقد العمل، حيث لم تعد كفاية العامل المهنية تؤهله للعمل في ظل التطورات التي أدخلت على نظم العمل ووسائل الإنتاج، أو بسبب

^١ - المرجع السابق، ص ١٩٨.

^٢ - Cass. Crim., ١٤ mai, ١٩٨٥, ١٩ semaine Juridique, ٢٥ sep. ١٩٨٥, No. ٣٩ somm, de

Jurispudence, p. ٢٧٠.

^٣ - هذا في حين قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم قديم لها على أحقية صاحب العمل في إنهاء عقود العمال الذين كانوا يشغلون الوظائف الملغاة إنهاء اقتصادياً دون إلزام عليه بإسناد وظائف أخرى إليهم تتلاءم مع كفايتهم المهنية. إلا أن هذه المحكمة قد ذهبت أخيراً إلى إلزام صاحب العمل بإعادة تأهيل العامل في أي من الوظائف الجديدة بعد إلغاء الوظيفة التي كان يشغلها. فإذا خالف صاحب العمل ذلك وقام بإنهاء عقد العمل عقب إلغاء وظيفته. فإن الإنهاء يعتبر غير مشروع لعدم وجود ما يبرره. انظر في شأن هذه الأحكام و التعليل عليها

Cass. Crim. ١٤ mai ١٩٨٥, J.C., p. ١٩٨٥, No. ٣٩ somm. P. ٢٧٠. Cass. Soc. ٢٥ Février -

١٩٩٢, D. S. ١٩٩٢. N. ٣٢. P. ٣٩٠. Note. Defossez (M.). L'employeur tomu d' exécuter de

bonne loi le Contrat de Travail à Le devoir d'assurer l'adaptation de Salariés l'évolution
Morand (M.), op. cit., p. ٩٦. de leurs emplois

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

نقل المكان الأصلي للعمل^١، وبالتالي فيجوز لصاحب العمل إجراء أو تعديل في العقد بدلاً من إنهائه.

ثانياً: التعديل في الظروف غير العادية للمشروع: يكون لصاحب العمل السلطة في التعديل الجوهري لشروط عقد العمل في الظروف الاقتصادية غير العادية للمشروع كالإزمات المالية و الكساد الاقتصادي و غيرها ،حيث يملك صاحب العمل في مثل هذه الظروف سلطة واسعة وهي سلطة إنهاء عقد العمل دون مسؤولية عليه ،فمن يملك الاكثر ،اي من يملك إنهاء عقد العمل ،يملك الاقل ،اي يملك تعديل عقد العمل^٢.

و يتمثل الاساس التشريعي لسلطة صاحب العمل في التعديل الجوهري لعقد العمل لاسباب اقتصاية في نص المادة رقم ٢٠١ فقرة ١ من قانون العمل الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ حيث نصت على انه "مع عدم الاخلال بحكم المادة رقم ١٩٨ من هذا القانون ،و في الحالات التي يحق فيها لصاحب العمل إنهاء العقد لاسباب إقتصادية يجوز له بدلاً من استخدام هذا الحق أن يعدل من شروط العقد بصفة مؤقتة ،و له على الاخص ان يكلف العامل بعمل غير متفق عليه و لو كان يختلف عن عمله الاصلى ،كما أن له أن ينقص أجر العامل بما لا يقل عن الحد الأدنى للاجور" . وهذا التعديل محصور في حالات الانهاء لأسباب الاقتصادية و مقيد بقيد التأقيت ،وعدم النزول عن الحد الأدنى للاجور.

^١ حيث إن هناك إجراءات مرسومة أيضاً لإنهاء الاقتصادي، وكذلك للتعديل الجوهري في مثل هذه الظروف، انظر في الإنهاء الاقتصادي في مصر د. حسن عبد الرحمن قدوس، إنهاء علاقات العمل لأسباب اقتصادية، مكتبة الجلاء بالمنصورة، دون تاريخ نشر، ص ٣٨ وما بعدها. وفي فرنسا راجع في الإنهاء الاقتصادي:

Morand (M.), op. cit., p. ٩٨. Fabre Alexandre, L'extension de l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique p ٧٥٢ ets.

^٢ - انظر في تفاصيل أكثر : د. حسن عبد الرحمن قدوس، إنهاء علاقات العمل لأسباب اقتصادية، مرجع سابق، ص ٣٨ وما بعدها.

Fabre Alexandre, L'extension de l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique ,op,cit,p٧٥٢ ets. François Gaudu, L'impact des difficultés économiques de l'entreprise sur les « conditions de travail,op,cit,p ٣٠ .ets. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

فقد يحدث للمشروع أزمات مالية أو اقتصادية صعبة تجبر صاحب العمل على إتخاذ إجراءات ضرورية لمواجهة هذه الظروف، وقد يضطر إلى تضيق دائرة نشاطه، أو إلى ضغط مصروفاته، فيكون له الحرية المطلقة في اختيار الوسائل التي تحقق ذلك، حتى ولو كانت الضائقة التي حلت به ترجع إلى سوء إدارته أو إهماله^١.

وقد تتضمن هذه الوسائل انفراده بتعديل عقد العمل، فقد يتعرض المشروع لحالة من الكساد الاقتصادي، مما يضطر صاحب العمل إلى اتخاذ ما يراه ضرورياً للحفاظ على مشروع، كأن يقوم بإلغاء وظيفة رئيس العمال، وأن يقترح عليه . بما في ذلك من إنهاء العقد . أن يحتفظ به كرئيس وريدة أو يعرض على العامل ان يحتفظ به مع تخفيض أجره أو تخفيض وظيفته إلى العمل نصف الوقت مع الأجر المقابل. فإذا لم يوافق العامل على تخفيض أجره في إطار من إعادة تنظيم المشروع والذي فرضته الحالة المالية الصعبة التي يمر بها، فإن قيام صاحب العمل بإنهاء عقده لا يعد عملاً تعسفياً بل له ما يبرره^٢.

وعلى ذلك فإن الصعوبات الاقتصادية التي يتعرض لها المشروع، تحل صاحب العمل من التزاماته، مثل أزمة سنة ١٩٣٠ التي أدت بمحكمة النقض الفرنسية إلى أن أجازت في حالات معينة الأخذ في الاعتبار حالة القوة القاهرة الاقتصادية، حيث كانت قد قضت في ١٧ يونيو سنة ١٩٣٧ فيما يتعلق بإنهاء عقد أحد العمال أن هذا الإنهاء لم يكن تعسفياً، وذلك لأن المشروع الذي يعمل به كان قد أضطر لظروف معينة أن يعقد صفقة بثمن منخفض، وقد اقترح على عمال المشروع أن يعملوا بنصف الأجر المحدد في الاتفاقية الجماعية، إلا أن أحد العمال رفض ذلك

١ - د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ١٩٩.

PanayotoPaulos (M.), le control judiciaire du - Camerly Nck (G. H.), op. cit., p. ١٨٤.
licenciement dont le droit des pays membres de la communauté économique européenne
et celui de la grèce. Librairie general de dr. et de juris ١٩٦٩, p. ٢٧٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

مما اضطر صاحب العمل إلى إنهاء عقده^١. وقد عبر المشرع المصري عن ذلك في نصوص قانون العمل الحالي المواد من رقم ١٩٨ الى ٢٠١.

وعلى ذلك فإن الصعوبات الاقتصادية تجعل لصاحب العمل الحق في أن يعدل شروط عقد العمل، وفي حالة عدم موافقة العامل على التعديل فلن يكون أمام صاحب العمل إلا أحد الحلين: إما العدول عن نيته في إجراء التعديل، أو إنهاء العقد، ذلك أن الصعوبات التي يمر بها المشروع من شأنها أن تعطى مبرراً حقيقياً وهاماً للإلغاء، وأن هذا الحق في الانهاء قد قدم الوسيلة التي تجيز لصاحب العمل أن يفرض التعديل الجوهري لشروط العقد^٢.

وعن تطبيقات القضاء المصري في هذا الشأن نجد حكم محكمة النقض بأن "صاحب العمل قانوناً السلطة في تنظيم المنشأة باعتباره أنه هو المالك لها، والمسئول عن إدارتها ولا معقب على تقديره. إذا رأى لأزمة اقتصادية ظهر أثرها عليه، أو كارثة مالية توشك أن تنزل به تضيق دائرة نشاطه، أو ضغط مصروفاته مما يجعل له الحرية تبعاً لذلك في اتخاذ ما يراه من الوسائل الكفيلة بتوقي الخطر الذي يهدده والمحافظة على مصالحه المشروعة^٣."

وكان هذا الحكم بمناسبة ظروف اقتصادية صعبة تعرضت لها شركة للسينما، والتي هددتها بكارثة مالية، على أثر انتشار التليفزيون، بحيث لم تعد إيراداتها كافية لتغطية خسائرها. ولتفادي هذه الظروف قامت الشركة باتخاذ عدة إجراءات، منها تخفيض أجور العاملين، وإنهاء خدمة بعضهم، وإضافة أعمالهم إلى الموجودين منهم

^١مشار إليه لدى

-Gaudu (F.) L'impact de difficultés économiques de l'entreprise sur les condition de Travail Dr. Soc. ١٩٩١, NI. p. ٣٢.

^٢د.محمد عبد الغفار البسيوني، رسالته السابقة، ص ٢٠١

- Gaudu (F.) L'impact de difficultés économiques de l'entreprise sur les condition de Travail. op.cit. p. ٣٤.

^٣- وهذا الحكم مفاده تأكيد سلطة صاحب العمل في التعديل الجوهري لشروط وظروف عقد العمل في مثل هذه الظروف.

نقض مدني رقم ٨٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٢/١٧/١٩٥٩، مجموعة المكتب الفني، س ١٠، ج ١، ص ٧٩٨. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

مما ترتب عليه زيادة حجم العمل المسند إليهم. وتعد هذه الإجراءات التي اتخذتها الشركة تعديلاً جوهرياً لعقد العمل، مبرراً بالظروف المالية والاقتصادية الصعبة التي تمر بها الشركة^١.

ومن تطبيقات التعديل الجوهري لمثل هذه الظروف في قضاء النقض الفرنسي نذكر تأييد المحكمة الإجراء الذي اتخذه صاحب العمل بتعديل أجور العمال، وذلك بالعدول عن العرف الذي كان بموجبه يحصل العمال على ١٣ شهراً مكافأة، والتي أصبحت حقاً مكتسباً لهم بمقتضى العرف الساري في المشروع، إلا أن الظروف المالية الصعبة التي يمر بها المشروع دفعت صاحب العمل الى إجراء تعديل جوهري في أجر العمال، وذلك بإلغاء هذه المكافأة، ولقد ترتب على رفض بعض العمال لهذا التعديل إنهاء عقود عملهم، واعتبر ذلك إنهاءً اقتصادياً بسبب الصعوبات المالية التي يمر بها المشروع^٢.

وعلى ذلك فإن الصعوبات الاقتصادية التي يمر بها المشروع تعطي صاحب العمل وفقاً لنص المادة ٢٠١ من قانون العمل حرية اختيار الوسيلة التي يراها لمواجهة هذه الظروف سواء بإجراء تعديلات في عقود العمل بصفة مؤقتة و بما لا يقل عن الحد الأدنى للاجور أو إجراء إنهاء لها. وهذا الإنهاء يعد إنهاءً اقتصادياً، ذلك أنه يرجع إلى ظروف اقتصادية صعبة يمر بها المشروع، وليس للعامل دخل فيها، فإذا قام صاحب العمل بإجراء تعديلات في عقود العمل بدلاً من إنهائها فإنها تعد تعديلات جوهرياً اقتصادية لاستنادها على حق الإنهاء الاقتصادي المقرر لصاحب العمل^٣.

^١ - د. محمد عبد الغفار البيسوي، المرجع السابق، ص ٢٠١.

^٢ - ولقد رفض طلب العمال في الحصول على تعويض عن إنهاء عقودهم على أساس أن إنهاء هذه العقود كان له ما يبرره من رفض العمال للتعديل المشروع.

- Cass. Soc. ٩ Octobre. ١٩٩١. Gaz. Pal. ١٩٩٢. (Isem) Sommaires, annotés, p. ١٤٣ et D. S. -

..... (1992. No. ١٠. ٥. Mar. ١٩٩٢. Juris p.p. ١٥٧. Note Decoopmon (N

^٣ - د. محمد عبد الغفار البيسوي، المرجع السابق، ص ٢٠٢. وقارب د. عبد العزيز المرسي جمود، المرجع السابق،

ص ٥٥. وراجع في شأن الإنهاء الاقتصادي لعقد العمل، د. حسن عبد الرحمن قدوس، إنهاء علاقات العمل لأسباب

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العصن الثاني

التعديل الجوهري للظروف الطارئة والقوة القاهرة

تفترض هذه الحالة أن ظروفًا صعبة أو قاهرة طرأت على المشروع جعلته في حالة ضرورة أو قوة القاهرة فيكون لرب العمل اتخاذ الإجراءات والوسائل التي تكفل مواجهة هذه الظروف واحتواء آثارها والتي قد يكون منها تعديل عنصر أو أكثر من عناصر العقد الجوهري دونما حاجة لرضاء العامل^١.

حيث نص المشرع في المادة رقم ١/٧٦ من قانون العمل على أنه "لا يجوز لصاحب العمل أن يخرج على الشروط المتفق عليها في عقد العمل الفردي أو اتفاقية العمل الجماعية أو يكلف العامل بعمل غير متفق عليه إلا إذا دعت الضرورة إلى ذلك منعًا لوقوع حادث أو لإصلاح ما نشأ عنه أو في حالة القوة القاهرة على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة"^٢.

اقتصادية، مرجع سابق بنفس الموضوع ، وكذلك د. همام محمد زهران، الرقابة على إنهاء العقد لأسباب اقتصادية، الإسكندرية، ١٩٨٦.

^١ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٥٦.

François Gaudu, L'impact des difficultés économiques de l'entreprise sur les « conditions de travail ».op.cit.N٤.p٣٢ ets.

^٢ - ومن الجدير بالذكر أن نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني ليس من الملائم إعمالها على إطلاقها في عقود العمل، كما هو الحال بالنسبة للعقود المدنية، وذلك للطبيعة المختلفة لعقود العمل عن العقود المدنية. فإذا كانت العقود المدنية محكومة بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو للأسباب التي يقرها القانون، فإن مفاد ما نص عليه القانون المدني من وجود نظرية الظروف الطارئة، والتي من شأنها أن تصلح الخلل، الذي يحدث في مركز الطرفين بإعادة التوازن عن طريق رد الالتزام إلى الحد المعقول، تعد الوسيلة الوحيدة لإعادة التوازن في العقود المدنية. أما في عقود العمل فإنه لا يمكن الانتظار حتى يحدث عدم التوازن في الرابطة العقدية، بين العامل وصاحب العمل، ثم تطبيق نظرية الظروف الطارئة لإعادة هذا التوازن إلى العلاقة العقدية، ذلك لأن طبيعة المشروع وتطوره وتحقيق مصلحته تأتي ذلك، فقود العمل لا بد وأن تتكيف مع ظروف المشروع. وهذا التكيف يقتضى إجراء تعديلات في هذه العقود بصفة مستمرة، سواء كانت مبررات التعديل ترجع إلى ظروف المشروع أو ظروف العامل. وبذلك تكون مبررات التعديل في عقود العمل أوسع منها في العقود المدنية، التي لا يمكن تعديلها إلا في الظروف الطارئة التي نص عليها القانون. أما إذا تعرض المشروع لظروف استثنائية تقتضى تعديل في عقد العمل، فإنه يمكن معالجة هذا التعديل تحت حالة الضرورة، بدلاً من نظرية الظروف الطارئة. وقد أخذ المشرع المصري في قانون العمل الحالي والسابق بهذا الاتجاه، في نص المادة رقم ٧٦ من القانون الحالي والمادة رقم ٥٤ من قانون العمل السابق عليه. د. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، الجزء الأول، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ولقد سوى بذلك المشرع بين حالة الضرورة والقوة القاهرة من حيث توقيت التعديل، و بما يمكن القول باعتبار القوة القاهرة ضمن حالة الضرورة. والضرورة يمكن أن تشمل حالة القوة القاهرة بشروطها المعروفة وهي وجود ظروف استثنائية عامة لا يمكن توقعها ولا دفعها التي تشكل صعوبة في تنفيذ الالتزامات الخاصة برب العمل، وهذه الظروف قد تكون كارثة طبيعية أو حالة حرب، أو فيضان أو زلزال أو تدخل من الحكومة بإصدار أوامر وتعليمات معينة^١.

ويتسع مفهوم الضرورة حتى ولو كانت الظروف التي يتعرض لها المشروع لا تشكل حادثاً عاماً، مثل الحريق الذي شب بالمشروع، أو أن هذه الظروف كان يمكن توقعها أو يمكن دفعها، لأن مفهوم الضرورة يشمل كل ذلك، إذ العبرة بالموازنة بين المضار التي تصيب المشروع من جراء هذه الظروف التي يمر بها، والضرر الذي يصيب العامل من تعديل عقد العمل. فإذا تبين من هذه الموازنة أن تعديل العقد يمثل ضرراً أخف للعامل من الأضرار التي قد يتعرض لها المشروع إن لم يتم هذا التعديل، فإنه يحق لصاحب العمل إجراء التعديل المطلوب^٢.

وحالة الضرورة تتطلب من العامل أن يتنازل عن بعض حقوقه بصفة مؤقتة لمواجهة هذه الظروف. ففي حالة وجود حريق أو حالة حرب أو زلزال، يحق لصاحب العمل أن يكلف العمال بمقاومة النار حماية للمشروع، ونقل المواد الخام والإنتاج إلى أماكن بعيدة عن الحريق، أو يكلفهم برفع الأنقاض في حالة تهدم

مصادر الالتزام، ١٩٧٦، ص ٣١٩. وانظر في شأن بيان أثر القوة القاهرة في قانون العمل، على عقد العمل خاصة، د. صلاح محمد أحمد، القوة القاهرة وآثارها في قانون العمل، رسالة سابقة، ص ١١ وما بعدها، ص ٤٠٩ وما بعدها.

١- انظر في مفهوم القوة القاهرة، د. صلاح محمد أحمد، رسالته السابقة، ص ١١ وما بعدها، ص ١٥ وما بعدها. و ص ٤٠٩ وما بعدها. د. محمد عبد الغفار البسيوني، رسالته السابقة، ص ٢١٢.

- ٢٣٢- ٢٣١- ٢١٩- No. ١٧- ١٦، Camerlynck (G. H.) Encyclopédie Dalloz.

٢- د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٤٨. ويرى البعض أن إضافة كلمة قوة القاهرة في النص تزايد من المشرع لا داعي له حيث يكفي الاقتصار على ذكر حالة الضرورة. د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٠٣- ٣٠٤، د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٥٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المشروع، نتيجة الزلزال أو غارت الحرب، أو غير ذلك من الأعمال التي تقتضيها حالة الضرورة للمحافظة على المشروع^١.

ولا تقتصر مواجهة حالة الضرورة على تغيير عمل العامل، إذ قد تتطلب تغيير أى عنصر آخر من عناصر عقد العمل، يرى صاحب العمل تعديله لمواجهة هذه الظروف^٢.

وبناء على ذلك يجوز لصاحب العمل إجراء تعديل جوهري في عقد العمل وفق ما تقتضيه حالة الضرورة أو القوة القاهرة. فقد تقتضي هذه الحالة أوتلك نقل العامل من المركز الرئيسي إلى أحد الفروع أو من فرع إلى آخر أو تغيير ميعاد العمل أو تخفيض ساعاته، بل قد تقتضي حالة الضرورة أو القوة القاهرة تخفيض الأجر الأساسي للعامل. وطالما كان ذلك كله بصفة مؤقتة^٣.

فمتى اقتضت مواجهة حالة الضرورة أو القوة القاهرة تعديل عنصر ما من عناصر عقد العمل، جاز لصاحب العمل تعديل هذا العنصر ولو كان جوهرياً

^١ - د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ٢١٣. د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص

٣٨.

^٢ - حيث نرى أن الراجح في الفقه والقضاء هو أن المادة رقم ٧٦ من قانون العمل، تجيز لصاحب العمل الخروج عن القيود أو البنود المشروطة في العقد في حالة الضرورة، أو القوة القاهرة، البنود المشروطة هنا تعنى كافة عناصر عقد العمل مما يعنى أن المادة ٧٦ من قانون العمل تتسع لكافة هذه العناصر وذلك قياساً على موقف الفقه في شأن تفسيره لنص المادة ٥٤ من قانون العمل السابق والذي لا يختلف في مضمونه وتفسيره عن المنصوص عليه في المادة رقم ٧٦ من قانون العمل الحالي. انظر د. محمود جمال الدين ذكي، المرجع السابق، ص ٤٩٠، د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٠١، د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ١١٩. في حين نجد من الفقه من كان يرى قصر الأمر على نوع العمل فقط، انظر د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٥، د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٤٩، د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ١٧٥. ولدى هؤلاء من "أحكام النقض ما يؤكد رأيهم، طعن رقم ٩٤٥ لسنة ٤٤ ق بجلسة ١٩٨٠/٣/١، مجموعة المكتب الفني س ٣١.

^٣ - د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٠٣، د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٣٤، ٣٣٥ وما بعدها.

Despax (M.) et Pélissier (J.) op. cit. p. ٢٦٢. Note N. °. Camerlynck (G. H.), - Encyclopédie Dalloz, p. ١٧. N. ٢٢٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ووجب على العامل الامتثال لهذا التعديل وإلا كان مسئولاً عن عدم التنفيذ^١. على أن يراعى التعديل الجوهرى في عقد العمل لمواجهة حالة الضرورة، أو القوة القاهرة. أن يكون مؤقتاً. وقد فرضت هذا القيد المادة رقم ٧٦ من قانون العمل بقولها أن التعديل ينبغي "أن يكون بصفة مؤقتة". وهذا أمر منطقي حيث أن الضرورة تقدر بقدرها وهي حالة مؤقتة فإن التكليف الملزم يكون هو الآخر تكليفاً مؤقتاً^٢.

وعلى ذلك إذا انتهت حالة الضرورة أو القوة القاهرة أو زالت آثارها، وجب على صاحب العمل أن يعيد العامل إلى وظيفته السابقة ليؤدي العمل المتفق عليه أو يؤديه في نفس ظروف أدائه السابقة على التعديل.

ومن الطبيعي أن يقع على عاتق صاحب العمل عبء إثبات قيام حالة الضرورة أو القوة القاهرة التي دفعته إلى إجراء تعديل جوهرى في عناصر عقد العمل وذلك إعمالاً للقواعد العامة في الإثبات، إذ الأصل وجوب تنفيذ العقد كما اتفق عليه وفق قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وعلى من يريد عكس ذلك أن يقيم الدليل على مقتضى التعديل^٣.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل لصاحب العمل سلطة الانفراد بإجراء تعديل جوهرى لعقد العمل المدنى، أي الخاضع للقانون المدنى، لمواجهة حالة الضرورة أو القوة القاهرة، كما هو الحال فى عقد العمل الفردى عملاً بالمادة ٧٦ من قانون العمل؟

١ - ومع ذلك ينبغي ألا يؤدي تكليف العامل بعمل جديد لمواجهة حالة الضرورة أو القوة القاهرة إلى تعريضه للخطر. فمن غير المعقول أن يأمر صاحب العمل باقتحام النيران لإنقاذ أدوات أو معدات المصنع أو حتى لإنقاذ حياة شخص آخر حاصرته النيران، د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٥٩.

١. ١٩٨٧، Cat. Prud'h ١٩٨٦، Cass. Prud'h Bourges ٥ août.

حيث اعتبر رفض العامل القيام بأعمال وظيفته أدنى من وظيفته لمواجهة ظروف استثنائية مؤقتة غير مبرر.

٢ - د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٢٨، وما بعدها، ص ٣٣٤ - ٣٣٥.

٣ - د. حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٩٦، حكم محكمة عمال القاهرة في ١٠/٢/١٩٥٥، حيث إذا لم يقدم رب العمل الدليل على قيام الضرورة أو القوة القاهرة التي اقتضت تشغيل العامل في عمل مختلف اختلافاً جوهرياً عن عمله الأول ينفي سلطته في التعديل. د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٠٤.

- ١٩٩٢، Lamy. Soc. ١٥٤. Bull. civ. P. ١٩٨٧، Cass. Soc. ٣٠ avril. ١٩٨٣، Cass. Soc. ١٧ oct.

N. ٢٧٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

اختلف الفقه في شأن الإجابة على هذا السؤال وعلى ذلك نجد رأي أول يذهب إلى عدم انطباق هذه السلطة على عقود العمل في القانون المدني. ولكن الرأي الغالب هو الذي يذهب إلى أن سلطة صاحب العمل في تعديل عقد العمل لا تقتصر على العقود الخاضعة لقانون العمل فقط، بل تمتد لتطبق على العقود الخاضعة للقانون المدني وذلك استناداً إلى مبدأ حسن النية الذي ينطبق على كافة العقود وأيضاً حق الإدارة والإشراف وهو حق ثابت لكل صاحب عمل بغض النظر عن النظام القانوني الذي يخضع له عقد العمل^١.

ويستند بعض أنصار الرأي الغالب في إتياعه لهذا الرأي إلى عدد من الأسباب الجديرة بالتأييد وهي^٢:

١- أن القول بعدم جواز الاعتراف لصاحب العمل بسلطة التعديل الجوهري لعقود العمل الخاضعة للقانون المدني لعدم وجود نص في القانون الأخير على غرار نص المادة ٧٦ من قانون العمل يمنح صاحب العمل هذه السلطة، لهو قول مغلوط. ذلك أن المادة ٢/٦٩٦ من القانون المدني والتي تنص على حق صاحب العمل في نقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة إذا اقتضت ذلك مصلحة العمل تعني التعديل الجوهري وأن هذه المادة تنظم حالة من حالات هذا النوع من التعديل وهي حالة التعديل بسبب عدم كفاية العامل. إذ أن عدم كفاية العامل للعمل المسند إليه تقتضي نقله إلى عمل آخر يتفق مع كفايته المتدنية. ومن الطبيعي أن يختلف العمل الأقل ملاءمة عن العمل الأكثر ملاءمة اختلافاً جوهرياً لأن التعديل غير الجوهري هو الذي يكون لمركز مساو من حيث المزايا والملاءمة.

١- حيث نجد اتجاه فقهي يذهب إلى أنه لا تثبت هذه المكنة لصاحب العمل في إطار عقود العمل الخاضعة للقانون المدني، لخلوه من نص مقابل لمادة لنص المادة رقم ٧٦ عمل حالي "قديماً ٥٤". من أنصار الرأي الراض، د. حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٩٦، والرأي الغالب والذي نرجحه د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٥. د. جلال العدوي، أصول قانون العمل، طبعة ١٩٨٢، الإسكندرية، ص ٧٥.

٢- د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٦١ وما بعدها. د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٥٩. د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٤٩٢. د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٢٤٦. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٠٧، ص ٣٢٤. د. محمد عبد الغفار البيهوني، المرجع السابق، ص ٩٨ وما بعدها. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وبهذا يكون لصاحب العمل الخاضع للقانون المدني حق التعديل الجوهري لعقد العمل ويكون له من ثم إجراء هذا النوع من التعديل في حدود ما تقضي به المادة ٧٦ من قانون العمل، أي أن لصاحب العمل الخاضع للقانون المدني سلطة التعديل الجوهري لعقد العمل المدني . أي العقد الخاضع لأحكام القانون المدني . في حالة الضرورة أو القوة القاهرة .

٢- أنه إذا كان قانون العمل وهو الذي يوصف بكونه قانونًا حمائيًا حيث أنه جاء ليشمل العامل بحمايته يخول لصاحب العمل حق الانفراد بإجراء التعديل الجوهري لعقد العمل في حالة الضرورة أو القوة القاهرة فإنه يجب الاعتراف بهذا الحق لصاحب العمل الخاضع للقانون المدني من باب أولى.

٣- أن عدم الاعتراف لصاحب العمل الخاضع للقانون المدني بسلطة التعديل الجوهري لعقد العمل في حدود ما تقضي به المادة ٧٦ عمل إلا في حالة الضرورة أو القوة القاهرة، من شأنه أن يؤدي إلى نتيجة غير مرضية للعامل في حالة إصرار صاحب العمل على هذا التعديل. إذ لن يكون أمامه إلا إنهاء العقد عملاً بالمادة ٢/٦٩٤ مدني مع ما يستتبعه ذلك عن آثار تفوق في خطورتها آثار التعديل من حيث انقطاع مصدر رزق العامل الذي قد يكون هو المصدر الوحيد لدخل العامل وأسرته.

وعلى ذلك ينتهي الفقه الغالب إلى أن لصاحب العمل الخاضع للقانون المدني . في سبيل تنظيم علاقته بالعامل . حق أو سلطة الانفراد بإجراء التعديل الجوهري لعقد العمل في حالة الضرورة أو القوة القاهرة عملاً بالمادة رقم ٧٦ من قانون العمل الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ .

الفصل الثالث

التعديل الجوهرى لأسباب خاصة بالعمل

تمهيد و تقسيم: قد تكون أسباب تعديل عقد العمل راجعة إلى ظروف العامل وأن هذه الظروف تقتضى إجراء ذلك التعديل، فليس هناك التزام على صاحب العمل بالإبقاء على شروط عقد العمل، إذا كانت هناك أسباب يرى فيها صاحب العمل مبرراً لإجراء تعديل في عقد العمل، وقد ترجع هذه الأسباب إما إلى عدم كفاية العامل للعمل المسند إليه وفق المادة ٦٩٦ / ٢ مدنى، أو خطأ صدر من العامل أو ظروف صحية يمر بها. وقد ترجع أسباب التعديل إلى أجازة تحصل عليها العاملة كإجازة مرضية أو إجازة سنوية. نتناول في الأوراق الأربعة التالية شرح هذه الأسباب بالتفصيل:

الورقة الأولى

التعديل الجوهرى لعدم كفاية العامل

يقصد بعدم كفاية العامل مهنيًا، عدم قدرة العامل على القيام بأعباء الوظيفة المسندة إليه على الوجه المطلوب، بسبب عدم إلمامه أو عدم خبرته بنظام العمل في تلك الوظيفة. وقد يظهر قصور العامل ابتداء أي بعد انتهاء فترة الاختبار وقد يظهر بعد إعادة تنظيم العمل وإسناد وظيفة أخرى إلى العامل. ومتى ثبت عدم كفاية العامل للعمل المسند إليه، جاز لرب العمل تعديل العقد بأن يسند إلى العامل عملاً آخر تتفق أعباؤه مع كفايته الأقل.

وعدم كفاية العامل لا يمكن أن نعتبرها من قبيل القوة القاهرة أو حالة الضرورة لا في تكييفها ولا في آثارها، كما أن التعديل الجوهرى الذى يستلزمه مواجهة عدم

١- د. محمد عبد الغفار البيسونى، الرسالة السابقة، ص ٢١٧. د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص

٦٣.

١- د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٦٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

كفاية العامل هو غالبًا تعديل دائم وليس مؤقت كما هو التعديل الذي يتطلب لمواجهة الظروف الطارئة والقوة القاهرة.

وعلى ذلك فإن قانون العمل لم ينص صراحة على حكم يواجهه أو ينظم حالة التعديل الجوهري لعدم كفاية العامل، وهذا الفراغ التشريعي يجب أن يسد بحكم ونص المادة رقم ٦٩٦ من القانون المدني باعتباره الشريعة العامة لعلاقات العمل الخاصة فيما لا نص فيه. حيث نص المشرع في المادة ٢/٦٩٦ من القانون المدني على الآتي: "ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناه لا يعد عملاً تعسفيًا بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل، ولكنه يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل."

وهذا النص لا يواجه التغييرات غير الجوهريّة التي يباشرها صاحب العمل بناء على سلطته التنظيمية، وإنما يواجه التعديل الجوهري لعدم كفاية العامل حيث نقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة^١.

هذا وقد استقر قضاء محكمة النقض المصرية على الاعتراف لصاحب العمل بسلطة التعديل الجوهري لعقد العمل بوضع العامل في المكان الذي يتلاءم مع كفايته وقدرته. ومن أمثلة هذا القضاء ما قرره بأن "من سلطة صاحب العمل التنظيمية تقدير كفاية العامل ووضعه في المكان الذي يصلح له بما يحقق مصلحة

١ - وهذا نجد أن هناك أحكام لمحكمة النقض المصرية كانت تستند إلى نص المادة رقم ٥٧ من قانون العمل القديم "الموحد" المقابل للمادة ٧٦ من قانون العمل الحالي. للتعديل الجوهري وذلك بجانب استنادها لنص المادى ٦٩٦ من القانون المدني. طعن رقم ٧٧٠ لسنة ٤٦ ق، جلسة ١٩٧٨/٦/١٧، الهوارى، ج ٣، ص ٦٥، طعن رقم ٢٠١ لسنة ٤١ ق، جلسة ١٩٧٧/٢/٢٠، الهوارى، ج ٢، ص ٨٣. وكذلك الطعن رقم ٣٣٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/٥/١٢، الهوارى، ج ١، ص ٢٨٦، حيث قضت بأنه "إذا كان من الثابت أن الشركة المطعون عليها أنهت عقد العمل بينها وبين الطاعن لما تبين لها من عدم صلاحيته للنهوض بأعباء وظيفته كمفتش إداري وهو "مأخذ مشروع لإنهاء علاقة العمل القائمة بينهما، ولم يقدم الطاعن ما ينفيه".

Camerlynck (G. H.), op. cit., p. ١٨٣-

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الإنتاج، بحيث إذا استبان عدم كفايته اعتبر ذلك مأخذاً مشروعاً لتعديل شروط عقد العمل أو إنهائه^١.

وإذا كان لا يوجد ما يلزم صاحب العمل، حال عدم كفاية العامل، بنقله لمركز آخر يناسبه على غرار ما تقرره المادة ١٢٤ من قانون العمل الحالي، في حالة إذا ألم به عجز جزئي، فإن له على ما جرى به قضاء محكمة النقض أن ينهي عقد العمل إنهاءً مشروعاً استناداً لعدم كفايته الذي يستقل بتقديرها . استناداً إلى وقائع محددة محققة . متى ثبت عدم تعمد نية الإضرار بالعامل^٢. أي أن من الطبيعي أن تعديل عقد العمل بسبب عدم كفاية العامل لا يكون إلا جوهرياً. وذلك أن تعديل العقد لهذا السبب، يقتضى النزول بمركز العامل ووضعه في مركز أدنى يتماشى مع كفاءته المتدنية. إذ ليس من المنطق أن النقل لعدم الكفاية يكون لمركز مساو للمركز السابق وإلا فإين هو هذا التعديل^٣.

وعلى ذلك يرى البعض من الفقه وبحق أن ما تنص عليه المادة رقم ٢/٦٩٦ من القانون المدني يمثل تنظيمًا لإحدى حالات التعديل الجوهري لعقد العمل وهي حالة عدم كفاية العامل. وحيث يكون ذلك النقل لغير ما ذنب جناه العامل أي دون أن يرتكب العامل خطأ ما، والمستقر عليه أن عدم الكفاية المهنية ليست ذنباً تأديبياً، وتقدير كفاية العامل ووضعه في المكان الذي يصلح له بما يحقق مصلحة الإنتاج مما يدخل في إطار سلطة صاحب العمل التنظيمية^٤.

^١ - طعن رقم ٣٣٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/٥/١٢، الهوارى، ج ١، ص ٢٨٦، الطعن رقم ٤١٦ لسنة ٣٤ ق، جلسة ١٩٧٠/٤/١٥، مجموعة المكتب الفني، س ٢١، ج ٢، ص ٦٣٠، الطعن رقم ٢١٣ لسنة ٥٥ ق، جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢، الهوارى، ج ٧، ص ٧٩.

^٢ - وصاحب العمل غير مطالب عند نقل العامل لعدم كفايته - كتعديل جوهري - أن ينقله لمركز مساو أو مماثل في المزايا أو الملاءمة لأن مبرر النقل من المركز الأصلي هو عدم كفايته وعدم صلاحيته له. راجع، د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٤٠ - ٣٤١. والطعن رقم ٣٣٣ لسنة ٣١ ق في جلسة ١٩٦٥/٥/١٢ سابق الإشارة إليه.

^٣ - عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٦٤ - ٦٥.

^٤ - أي يصح الاستناد إلى نص المادة ٦٩٦ لتأسيس سلطة صاحب العمل لإجراء التعديل الجوهري لعقد العمل لعدم كفاية العامل في أداء الصلاحيات الأساسية لوظيفته بما هو منتظر من كفاية ومهارة أو ما هو مطلوب منه من مجاراة للتقدم التقني في إطار ذات الصلاحيات الأساسية لوظيفته، بنقله من مركزه الذي ثبت عدم كفايته له، إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة. راجع، د. حسام الأهنوني، ص ٤٥٨ وما بعدها. الطعن رقم ٣٣٣ لسنة ٣١ ق جلسة ١٩٦٥/٥/١٢ مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وعدم كفاية العامل هنا تتسع لتشمل فرضين^١ هما:

الفرض الأول: انخفاض كفاية العامل في أداء صلاحيات عمله في ظل ثبات مقتضيات تنفيذ العمل، بما ينزل عن مستوى كفاءة الرجل العادي أو المستوى التعاقدى أيهما أكبر المادة ٥٦/ أ قانون العمل.

الفرض الثاني: قعود كفاية العامل عن ملاحقة التقنية التي يحدثها صاحب العمل في المشروع ليحقق لمشروعه الفرصة التنافسية على المستوى الكمي أو الكيفي^٢.

هذا ولا مجال للانتقاص من سلطة صاحب العمل في التعديل لعدم كفاية العامل متى كانت ممارسته لها مجردة عن قصد الإساءة إلى عماله، ويقع على العامل عبء إثبات قصد الإساءة والتعسف في مباشرة صاحب العمل لسلطته التنظيمية بإثبات أن تصرفه قائم على الهوى أو بدافع لا ينشد فيه سوى الإساءة أو الإضرار بالعامل وأن كفايته مشهودة غير مذكورة، وفي ذلك قضى بأنه " ... لا يحده في ذلك إلا عيب إساءة استعمال السلطة إذا قام الدليل عليه متكبًا المصلحة العامة التي يجب ان يتفياها في اختباره إلى باعث آخر لا يمت له بصلة. وتقدير قيام التعسف في نقل العامل مما يستقل به قاضى الموضوع^٢.

سابق الإشارة إليه. والطعن رقم ٤٣ لسنة ٦١ قضاء، جلسة ١٩٩٤/٤/١٢، مجلة نادى القضاء، س ٢٧، ص ٧٨٢. والطعن رقم ٤٨٠ لسنة ٦١ ق جلسة ١٩٩٧/١٢/١١، س ٤٨، ٢٤، ص ١٤٢٧. وقرن في فرنسا. Cass. Soc. ١٦ Juin. ١٩٨٨ in Lamy. Soc. ٩٢. No. ٢٧٨.

^١ - د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٤١ وما بعدها.
^٢ - ولما كان العامل يلتزم وفقاً للمادة ٥٦/ك من قانون العمل الحالي بأن يعمل باستمرار على تنمية مهارته وخبراته مهنيًا وثقافيًا وفقاً للنظم والإجراءات التي يضعها صاحب العمل، فإن تقاعسه عن ذلك بامتناعه عن حضور الدورات التدريبية التي ينظمها صاحب العمل لتنمية وتطوير مهاراته وخبراته مهنيًا وثقافيًا وتأهيله لمسيرة التطور التقني في إطار الصلاحيات الأساسية لوظيفته أو عدم قدرته على مجاراة التقدم الفني الحاصل بالمشروع من خلال فشله في اجتياز هذه الدورات بنجاح، يبرر الاستناد إليه لنقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة على الرغم مما يمثله هذا النقل من تغيير جوهري.

^٢ - هذا بالإضافة إلى أن المشرع في نطاق قانون العمل سمح بموجب نص المادة رقم ٢/٧٦ لصاحب العمل بإجراء تعديل جوهري دائم لنوعية عمل العامل بعد تأهيله مهنيًا - من خلال ما ينظمه من دورات لهذا الغرض م ٥٦/ك عمل - مجاراة للتطور التقني بالمنشأة. وعلى ذلك فإن من واجب العامل في أداء عمله بالكفاية اللازمة يتسع من جهة ليشمل مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الورقة الثانية

التعديل الجوهري التأديبي^١ أو "التعديل الجوهري لخطأ العامل التأديبي"

يقصد بالخطأ التأديبي كل مخالفة للأوامر والتعليمات والقواعد العامة المتعلقة بتنظيم العمل في المشروع والتي يستقل بتقديرها وتحديدتها صاحب العمل سواء من الناحية الاقتصادية أو الفنية مما يؤدي إلى الإخلال بالنظام في المشروع أو بحسن سير العمل فيه^٢.

فعندما يرتكب العامل خطأً تأديبياً فإن هذا الخطأ يعد مبرراً لصاحب العمل لممارسة سلطته التأديبية على العامل وتوقيع جزاءات متنوعة عليه، كما يكون له بموجب هذه السلطة أيضاً تعديل عقد العمل، ذلك أن خطورة سلوك العامل تقتضي إعادة النظر في شروط العقد وتعديله^٣.

أدائه العمل بعناية الرجل العادي أو العناية التعاقدية أيهما أعلى، م ٥٦/أعمل، ومن جهة أخرى أن يتابع ويجتاز الدورات التدريبية التي ينظمها صاحب العمل لرفع وتنمية وتطوير مهاراته وخبراته المهنية في نطاق وظيفته وعمله الأصلي، و من جهة أخيرة أن يتابع ويجتاز الدورات التأهيلية التي ينظمها صاحب العمل لمباشرة العمل المستجد الذي يستلزمه التطوير التقني بالمنشأة. راجع د. همام محمد زهران، المرجع السابق، نفس الموضوع. وانظر الطعون أرقام ٨، ١٠، ١١، لسنة ٤١ ق في ١٩٧٦/٦/٢٧ والطعن رقم ٧٤٠ س ٤١ ق في ١٩٧٦/١٢/٢٦. الهوارى، ج ٢، ص ٨٥، ٨٦، الطعن ٤٨٠٤ لسنة ٦١ ق في ١٩٧/١٢/١١، مجلسه نادى القضاة، س ٣١، ص ٧٢٠. الطعن ٣٩٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٠. الهوارى، ج ٦، ص ٥٦، وقارن Cass. Soc. ١٢ Juin. ١٩٩٠ in Lamy. Soc. ١٩٩٢. No. Cass. Soc. ٦ mars. Bull. Civ. P. ٦٦- ٣١١. P. ٢٧٨.

^١ - Antoine Mazeaud, La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire, Droit social ١٩٩١ p. ١٦.ets.

^٢ - ويعد من صور الخطأ تأديبي أيضاً إهمال العامل في أداء العمل إهمالاً جسيماً، والاتهامات الجسيمة ضد رئيسه في العمل التي ليس لها أسوأ من مبرر. راجع، د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٤٨٠. د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٠٧.

Antoine Mazeaud, La modification substantielle du .Camerlynck (G. H.), op .cit., p. ٤١١- contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire, op.cit, p. ١٧.ets. M.C .Amauger-Lattes,"modification du contrat et Droit disciplinaire"DS. ١٩٩٨. p١٢٠.

^٣ - انظر في الفصل التأديبي د. على عوض حسن، الفصل التأديبي في قانون العمل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام ١٩٧٤، خاصة ص ٩٧- ١٠٠. د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ١١٩. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ومن الجزاءات التي يملك صاحب العمل توقيعها على العامل في حالة ارتكابه مخالفة تأديبية نجد جزاءات يستوجب تطبيقها تغيير طبيعة أو نوع أو مكان أو أوصاف العمل المتفق عليه قبل نقل العامل من مهنة إلى أخرى أو من مكان إلى آخر وكذلك تأخير مركز العامل على السلم المهني، مع ما يستتبع ذلك من تقليل امتيازاته وصلاحياته، ولا شك أن مثل هذه الجزاءات تتضمن تعديلاً لعنصر أو أكثر من العناصر الجوهرية في عقد العمل^١.

هذا ويجب أن نلاحظ أن قانون العمل الفرنسي الصادر في ٤ أغسطس عام ١٩٨٢ كان قد نص على أنه "يشكل جزاء كل إجراء يأخذه صاحب العمل، ماعدا التوبيهات الشفوية، على أثر من التصرفات السيئة للعامل، والتي يعتبر مخطئاً بسببها، ويكون من طبيعة ذات تأثير مباشر، أو غير ذلك على وجود العامل في المشروع، وعلى وظيفته أو مدة عمله أو أجره" وهذا التعريف أكثر اتساعاً إذ يشمل النقل، وتثبيت الأجر أو وقف الترقية، وتزليل الدرجة، و هو ما يقابل ذات المنصوص عليه في تقنين العمل الفرنسي الحالي بالمادة رقم ١-١٣٣-٢.

ويتضح من الصياغة السابقة أيضاً أن الجزاءات التأديبية في القانون الفرنسي واردة على سبيل المثال وليس الحصر، الأمر الذي يسمح بدخول صورة كثيرة لهذا الجزاء في القانون الفرنسي وتشكل في نفس الوقت تعديلاً جوهرياً لعقد العمل^٢.

Antoine Mazeaud, La modification substantielle du contrat. Morand (M.), op. cit., p. ٨٥-
de travail résultant d'une sanction disciplinaire, op. cit., p. ١٧.

١- د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٦٧.

Soc. ٢١ février ١٩٩٠, Saint-Michel c/ SARL SEVIP, rapporté en annexe, également
Revue jurisp. soc. F. Lefebvre ١٩٩٠, n° ٤, p. ٢٢٨, n° ٢٩٧; CSBP n° ١٩, A ٢١ p. ٩١).

Briyitte Hess-Fallon, et - - Javillier, (J.) Manuel Driot du Travail ٢ér, ١٩٨٨, p. ١٩٥

Anne-marie simon, Droit du Travail et Legislation sociale, ١éd, sirey, ١٩٩٠, p. ٤٥.

٢- د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ٢٢٢. حيث تنص المادة رقم ١-١٣٣١-١ عمل فرنسي على

Constitue une sanction toute mesure, autre que les observations verbales, prise par "
l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif,
que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié

" dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وتطبيقاً لهذا الاستخلاص اعترفت محكمة النقض الفرنسية بجواز الجزاء التأديبي الذي يشكل في نفس الوقت تعديلاً جوهرياً . تعديل تأديبي . لعقد العمل، وذلك بمناسبة مجازاة عامل بإنزال درجته بسبب عصيانه و إنهاء عقده على أثر من رفضه التوجه إلى عمله الجديد. حيث قررت المحكمة أن رفض العامل تنفيذ هذا التعديل يعد خطأ جسيماً منه يجعله مسئولاً عن إنهاء العقد الذي تم بمبادرة من صاحب العمل وما يترتب على ذلك من حرمان العامل من التعويض عن هذا الإنهاء إذ اعتبر رفضه الخضوع إلى الجزاء التأديبي مرتكباً لخطأ جسيم ومتسبباً في إنهاء العقد^١.

أما في مصر، نجد أن قانون العمل المصري قد نص على الجزاءات التأديبية على سبيل الحصر، وليس ضمنها ما يمكن اعتباره تعديلاً لعقد العمل.

وعلى ذلك فإن الجزاءات الحرفية كنقل العامل أو تنزيل درجته أو تخفيض أجره، ليس لها وجود في قانون العمل المصري وهو ما يؤدي إلى غياب التعديل التأديبي الجوهري لعقد العمل في القانون المصري^٢.

^١- Cass. Soc. 9 octobre, 1991, Gaz. Pal. 1992, (1 sem) semmaire annotes, p. 142. هذا في حين أن الموقف القديم لمحكمة النقض الفرنسية كان رافضاً لذلك، حيث رفضت التعديل التأديبي باعتباره تعديلاً جوهرياً.

-Cass. Soc. 21 Février 1990. Dr. Soc. op. cit., p. 20, Gaz. Pal. 1990. (2 sem). Somm. P. 143.

-Mazeaud (A.), La modification substantielle du contrat de Travail résulution d'une sanction discipline. Dr. Soc. 1991. N. 1, p. 17. Soc. 2 mars 1988, Bull. V n° 104, J. Savatier, Le pouvoir disciplinaire de l'employeur, chronique de jurisprudence, Dr. soc. 1989, p. 507, V. Soc. 10 nov. 1988, Bull. V n° 594, p. 282, Revue jurisp. soc. F. Lefebvre 1/89, n° 59).

^٢- هذا في حين نجد من يرى من الفقه المصري أن هناك ضمن الجزاءات المحصورة في القانون المصري، من الجزاءات ما يمكن اعتباره تعديلاً لعقد العمل، مثل النص على حرمان العامل من العلاوة السنوية أو جزء منها، والحرمان من العلاوة الدورية، حيث يرى أنه يعد تعديلاً لعقد العمل إذا تم حرمان العامل من هذه العلاوة أو جزء منها، وذلك بتخلف أجر العامل عن أجر زملائه بمقدار هذا التعديل. د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص 223. وقارن د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 69.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول 2016

وقد أكدت محكمة النقض المصرية في حكم حديثاً نسبياً على عدم إمكان تعديل عقد العمل من خلال تأديب العامل، حيث كان مجلس التأديب قد عاقب أحد العاملين بخفض درجته الوظيفية وتخفيض أجره لاعتدائه على رئيسه وعندما طعن العامل في حكم قاضي الموضوع الذي أيد هذا القرار قامت المحكمة بنقض هذا الحكم على أساس عدم أحقية صاحب العمل في توقيع هذه العقوبة التأديبية غير المنصوص عليها، حيث وردت العقوبات التأديبية على سبيل الحصر، ولم يكن ضمنها هذه العقوبة^١.

ولذلك فإن الخطأ التأديبي الذي يؤدي بصاحب العمل إلى أن يقوم بتوقيع جزاءات تتضمن تعديلاً لعنصر أو أكثر من العناصر الجوهرية لعقد العمل، يجد أساساً له في قانون العمل الفرنسي، أي أن الخطأ التأديبي للعامل يكون مبرراً لصاحب العمل لإجراء تعديل جوهري في عقد العمل، متى كان القانون يجيز توقيع عقوبة على هذا الخطأ تتضمن تعديلاً لعنصر أو أكثر من العناصر الجوهرية للعقد، وهو ما يتصور في قانون العمل الفرنسي ولا يتصور في قانون العمل المصري^٢.

الورقة الثالثة

التعديل الجوهري الصحي "التعديل الجوهري لحالة العامل الصحية"

قد يصاب العامل بمرض أو يقع له حادث يجعله غير قادر . بصفة دائمة أو مؤقتة . على القيام بالعمل المسند إليه، الأمر الذي يبرر لرب العمل إنهاء عقد العمل أو تعديله، إلا أن سلطة صاحب العمل في هذا التعديل تختلف بحسب ما إذا كانت الحالة الصحية للعامل ترجع إلى عجز إصابة أو مرض عادي طالته مدته^٣.

١ - طعن رقم ٦٨ لسنة ٥٢ ق، جلسة ١٩٨٧/٦/١، الهوارى، ج ٧، ص ١١٩، ص ٨٦.

٢ - د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ١١٩. د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٦٩. Antoine Mazeaud, La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire, op.cit, p. ١٧.ets.

٣ - د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٧٠. قارب د. محمد عبد الغفار البيسوي، المرجع السابق، ص ١٢٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أولاً: التعديل الجوهري بسبب العجز: قد يصاب العامل بعجز كلي مستديم يحول بصفة مستديمة بينه وبين مزاولته عمله الأصلي، أو أية مهنة أو نشاط يتكسب منه ، وقد يصاب بعجز جزئي مستديم ، و هو كل عجز غير كامل من شأنه أن يحول بصفة مستديمة بين العامل و مزاولته عمله الاصيلي ، وفي الصورة الاخيرة من المتصور امكانية التعديل الجوهري لعقد العمل تعديلاً صحياً بسبب الحالة الصحية للعامل.

وقد حدد المشرع صراحة المقصود بالعجز الكلي المستديم في مفهوم قانون التأمين الاجتماعي في المادة رقم ٣ فقرة ١٥ من القانون رقم ١٣٥ لسنة ٢٠١٠ بأنه كل عجز يحول بصفة دائمة بين المؤمن عليه و مزاولته عمله الاصيلي ، أو أية مهنة أو نشاط يتكسب منه . وفي المادة رقم ٣ فقرة ١٦ من ذات القانون عرف العجز الجزئي المستديم بأنه كل عجز غير كامل من شأنه أن يحول بصفة دائمة بين المؤمن عليه و عمله الاصيلي.

مع ان قانون التأمين الاجتماعي القديم في المادة الخامسة منه و المعدلة بالقانون رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠ قد عرف العجز المستديم بمعنى يتطابق في رأينا مع التعريف الوارد في القانون الحالي ، حيث وفقاً للمادة ٥ فقرة ح يقصد بالعجز المستديم كل عجز يؤدي بصفة عامة الى فقدان المؤمن عليه لقدرته على العمل كلياً أو جزئياً في مهنته الاصيلية ، أو قدرته على الكسب بوجه عام . و لقد حددت ايضاً المادة ٥ فقرة د المقصود بالعجز عن الكسب بأنه كل شخص مصاب بعجز يحول كلية بينه وبين العمل أو ينقص من قدرته على العمل بواقع ٥٠% على الأقل وبشرط أن يكون هذا العجز ناشئاً بالميلاد أو نتيجة حادث أو مرض يصاب به

Soc. ١٢ févr. ٢٠٠٢, no ٩٩-٤١,٦٩٨ , Bull. civ. V, no ٦٦. Soc. ٢٣ sept. ٢٠٠٩, no ٠٨-٤٢,٦٢٩ , Dalloz actualité, ٢ oct. ٢٠٠٩, obs. Maillar

الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الشخص. ويكون العجز جزئياً إذا لم يكن يحول إلا جزئياً عن ممارسة العامل لمهنته الأصلية، أو الإصابة التي تفقده القدرة على العمل بما يقل عن ٥٠.٠٪^١.

وقد نصت المادة رقم ١٢٤ من قانون العمل الحالي على أنه "ينتهي عقد العمل بعجز العامل عن تأدية عمله عجزاً كلياً أيًا كان سبب هذا العجز. وإن كان صاحب العمل مقيد في ذلك بالأ ينهاى عقد عمل العامل فى حالة العجز الجزئى إذا كان ليه عمل يتناسب و حالة العجز الجئى للعامل.

وعلى ذلك فلصاحب العمل الحق فى انهاء عقد العمل فى حالة اصابة العامل بعجز كلى مستديم ،و لكن إذا كان عجز العامل عجزاً جزئياً مستديماً فلا تنتهى علاقة العمل بهذا العجز إلا إذا ثبت عدم وجود عمل آخر لدى صاحب العمل يستطيع العامل أن يقوم به على وجه مرض، ويثبت وجود أو عدم وجود العمل الآخر وفقاً لأحكام التأمين الاجتماعى.

وإذا ثبت وجود هذا العمل الآخر كان على صاحب العمل بناء على طلب العامل أن ينقله إلى ذلك العمل مع عدم الإخلال بأحكام قانون التأمين الاجتماعى^٢.

وعلى ذلك يكون لصاحب العمل الحق فى إنهاء عقد عمل العامل الذى ثبت عجزه عجزاً كلياً مستديماً عن أدائه لعمله الأصلي، إلا أن صاحب العمل قد يرى صلاحية هذا العامل لأداء عمل آخر غير عمله الأصلي الذى ثبت عجزه فيه عجزاً كلياً، فيكون له الحق فى إجراء ذلك التعديل بدلاً من إنهائه للعقد، ويعد ذلك تعديلاً جوهرياً فى عقد العمل، لاختلاف العمل الجديد عن العمل الأصلي، ذلك أن العمل

^١ - راجع فى ذلك د. حسام الدين الأهوانى، أصول التأمين الاجتماعى، ١٩٩٣، ١٩٩٤، ص ١٠٧. بقرن د. محمد

حسين منصور، قانون التأمين الاجتماعى، بدون ناشر وتاريخ نشر، ص ٧٩.

^٢ - وقد قنن المشرع الفرنسى بدوره هذا الامر "العجز و المرض" فى قانون العمل و قام بتعديل اخير فى ٢٤ نوفمبر ٢٠٠٩ بموجب القانون رقم ١٤٣٧/٢٠٠٩. و منظماً بصورة اكثر التزام صاحب العمل بتعديل عقد العمل لعدم اللياقة الصحية ،و خاصة فى المواد التالية و الاحكام القضائية لها:

Soc. ٧ juill. ٢٠٠٤, no ٠٢-٤٣, ١٤١, Bull. civ. . du code du travail -L. ١٢٢٦-٢ L ١٢٢٦-١٠-

V, no ١٩٧. - Soc. ٧ juill. ٢٠٠٤, no ٠٢-٤٧, ٤٥٨, Bull. civ. V, no ١٩٦. - Soc. ١٩ oct. ٢٠٠٥,

no ٠٢-٤٦, ١٧٣. - Soc. ٩ juill. ٢٠٠٨, no ٠٧-٤١, ٣١٨, Bull. civ. V, no ١٥١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الجديد يكون على قدر كفاية العامل الصحية التي تقل كثيراً عن كفايته في عمله الأصلي. فإذا رفض العامل ذلك التعديل، فإن لصاحب العمل إنهاء العقد، ويكون هذا الإنهاء مشروعاً^١.

وعن العجز الجزئي نجد ان المشرع قد قيد سلطة صاحب العمل في إنهاء العقد وفقاً لنص المادة رقم ١٢٤ من قانون العمل لا يجوز لصاحب العمل في هذه الحالة أن ينهي عقد العمل، أي في حالة العجز الجزئي المستديم لا يجوز لصاحب العمل أن ينهي عقد العمل، إلا إذا ثبت عدم وجود عمل آخر للعامل لدى صاحب العمل.

والعجز الجزئي المستديم يتحقق في حالة من اثنين، الأولى إذا كان ما أصاب العامل قد جعله غير قادر على أداء عمله الأصلي على النحو الواجب عليه، فهو لا يزال قادراً على أداء عمله ولكن ليس على النحو المطلوب منه. والحالة الثانية إذا كان ما أصاب العامل قد أفقده القدرة على أداء عمله الأصلي مع بقائه قادراً على أداء أعمال أخرى^٢.

وعلى ذلك لا يؤدي العجز الجزئي المستديم إلى انتهاء عقد العمل . على خلاف العجز الكلي المستديم الذي يؤدي إلى انتهاء عقد العمل . إلا إذا ثبت عدم وجود عمل آخر للعامل بذات المنشأة أو المشروع الذي يعمل به العامل يستطيع العامل أن يقوم به على وجه مرضي وكان هذا العمل شاغراً^٣.

^١ - حيث يكون من شأن إصابة العامل بعجز كلي مستديم انتهاء عقد العمل بقوة القانون أي انتساخه. ولذلك لا يرى البعض إمكانية قيام سلطة صاحب العمل في التعديل الجوهري لعقد العمل في حالة العجز الكلي المستديم حيث أن العامل لا يصلح لأداء أي عمل آخر، وإن كنا نرى أن صاحب هذا الرأي الرافض للتعديل الجوهري هنا يفترض ذلك الفرض الذي لم يذهب إليه المشرع وإنما العجز الكلي المستديم هنا عن العمل الأصلي المتفق عليه وليس عن غيره من الأعمال الأخرى ولذلك فإن إمكانية التعديل الجوهري تبقى لصاحب العمل في هذه الحالة متوافرة. راجع، د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ١٢٩. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٧١، وهامش رقم (١). في ذات الموضوع، وكذلك د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٥٦١.

^٢ - حيث لا يجبر صاحب العمل على خلق عمل أو وظيفة للعامل إذا كانت ظروف العمل لا تحتاج إلى ذلك، راجع، د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٥١٥.

^٣ - مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ويتم إثبات ذلك بقرار من لجنة معينة مشكلة لهذا الغرض، فإذا قررت هذه اللجنة وجود عمل آخر يناسب حالة العامل، فلا يجوز إنهاء العقد، ويلتزم صاحب العمل بإجراء تعديل لعقد عمل العامل بنقله إلى العمل الذى يلائم حالته الصحية. ومثال ذلك أن يكون العمل الأصلي للعامل هو قيادة السيارات ثم يصاب بضعف في إبصاره فيكون ذلك عجزاً عن قيادة السيارات ولكنه ليس عجزاً عن أداء أعمال أخرى فنية أو غير فنية تتلاءم مع حالته الصحية^١.

وإذا كانت الوظائف الملائمة لحالة العامل مشغولة بغيره من العمال، فلا يتوافر شروط وجود عمل آخر، ويقع على عاتق صاحب العمل في هذه الحالة عبء إثبات عدم وجود عمل آخر للعامل^٢. وفي هذه الحالة فلا إلزام على صاحب العمل بتعديل عقد العمل، لعدم وجود عمل شاغر وملائم للعامل، ولا إلزام عليه في الإبقاء على العامل، مما يعطى صاحب العمل الحق في فسخ العقد قبل نهاية مدته، إذا كان محدد المدة، ودون إخطار أو مهلة إذا كان غير محدد المدة^٣، وذلك إعمالاً لنص المادة رقم ١٢٤ من قانون العمل الحالي. ولاستحالة تنفيذ العمل المسند إلى العامل بسبب حالته الصحية.

وفي القانون الفرنسي يختص طبيب العمل بتقدير الحالة الصحية للعامل، فإذا قدر عجز العامل جزئياً عن ممارسة وظيفته الأصلية وجب على صاحب العمل إعادة تأهيل العامل في وظيفة تتلاءم مع حالته الصحية. وقد يقدر الطبيب إمكانية عودة العامل إلى وظيفته الأصلية مع تخفيف شروط أدائها كتعديل أو تخفيض مواعيد العمل بالنسبة لها أو تعديل مضمون الوظيفة نفسها، كما له أن يقترح نقل

^١ - حيث تضمنت المادة رقم ٣/١٨ من قانون التأمين الاجتماعي رقم ٩٣ لسنة ١٩٨٠ تفصيلات و احكام مهمة هذه اللجنة وألية الإثبات. وراجع د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، نفس الموضوع، د. حسام الدين الأهواني، أصول قانون التأمين الاجتماعي، مرجع سابق، ص ١٠٧.

^٢ - د. حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٥٨٨.

^٣ - د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، نفس الموضوع.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العامل إلى وظيفة أخرى أقل مشقة بالنظر إلى اختصاص العامل وقد تؤدي هذه الاقتراحات إلى تخفيض الأجر مما يعد ذلك تعديلاً جوهرياً لعقد العمل^١.

أما إذا لم توجد لدى صاحب العمل وظائف شاغرة تلائم حالة العامل الصحية، فلا إلزام على صاحب العمل بإعادة تأهيل العامل ولا إلزام عليه أيضاً بإنشاء وظائف جديدة تلائم حالة العامل الصحية^٢.

ثانياً: التعديل الجوهري للعقد بسبب المرض الطويل: قد يرى صاحب العمل إجراء تعديل في عقد العمل بسبب مرض يصاب به العامل، عندما يكون له السلطة في إنهاء العقد بسبب هذا المرض.

و لقد نصت المادة رقم ١٢٧ من قانون العمل المصري الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ على أنه "يحظر على صاحب العمل إنهاء عقد العمل لمرض العامل إلا إذا استنفد العامل أجازته المرضية وفقاً لما يحدده قانون التأمين الاجتماعي، بالإضافة إلى متجمد أجازته السنوية المستحقة له.

وعلى صاحب العمل أن يخطر العامل برغبته في إنهاء العقد قبل مضي خمسة عشر يوماً من تاريخ استنفاد العامل لأجازته. فإذا شفي العامل قبل تمام الإخطار

^١ - وفي حالة توافر أكثر من وظيفة شاغرة لدى صاحب العمل تلائم حالة العامل الصحية، فإن صاحب العمل يستقل بتحديد نوعية العمل الجديد وشروطه دون أن يتعسف في ذلك. فإذا تبين أن العمل الجديد الذي حدده صاحب العمل لا يتفق وحالة العامل الصحية وأن كفاية العامل لن تمكنه من أدائه لهذا العمل، جاز للعامل رفض العمل المقترح، فإذا قام صاحب العمل بإنهاء العقد وقتها اعتبر هذا الإنهاء إنهاءً تعسفياً من جانب صاحب العمل.

Soc. ٢٣ sept. ٢٠٠٩, no ٠٨-٤٢, ٦٢٩, Dalloz actualité, Morand (M.), op. cit., p. ١٠٦ et s-
٢ oct. ٢٠٠٩, obs. Maillard. Soc. ١٠ nov. ٢٠٠٩, no ٠٨-٤٢, ٦٧٤, Dalloz actualité, ٤ déc.

٢٠٠٩, obs. Maillard ; RJS ١/١٠, no ٣٠.

^٢ - هذا وإذا رفض العامل الوظيفة الجديدة، التي تتفق وحالته الصحية، سواء قبل أن ينفذ التعديل أو بعد تنفيذه له، فإن لصاحب العمل الحق في إنهاء عقده، ويعد العامل متسبباً في ذلك الإنهاء، ولا ينسب الإنهاء إلى صاحب العمل الذي لم يستطع الاحتفاظ في خدمته بعامل لا يسمح له عجزه الجسماني بأداء العمل المتفق عليه. راجع د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٨٥٢ هامش (٣٠).

Soc. ٢٤ avr. Cass. Soc. ٢١ Novem. ١٩٨٤. J. C. P. op. cit., ١٩٨٥. Somm. N. ٥, p. ٣٩-
٢٠٠١, no ٩٧-٤٤, ١٠٤, Bull. civ. V, no ١٢٧. Soc. ١٣ janv. ١٩٩٨, no ٩٥-٤٥, ٤٣٩, Bull.
civ. V, no ٩. - Soc. ١٣ mars ٢٠٠١, no ٩٨-٤٣, ٤٠٣, Bull. civ. V, no ٨٨
Morand (M.), op. cit., p. ١١٢-

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

امتتع على صاحب العمل إنهاء العقد لمرض العامل". وعلى ذلك إذا استنفد العامل مدد الأجازة المرضية والسببية المستحقة له فإنه يجوز لصاحب العمل إنهاء عقد العامل.

وتحدد أجازات العامل المرضية في ضوء أحكام قانون التأمين الاجتماعي وهي وفقاً لنظام الأجازات المرضية العام الذي ينطبق على جميع العمال الخاضعين لقانون العمل بصفة عامة ١٨٠ يوماً في السنة، ووفق النظام الخاص ببعض عمال الصناعة تكون ١٢ شهر كل ثلاث سنوات فإن زادت مدة الأجازة المرضية من المدد المذكورة إلى جانب مدد الأجازة السنوية يكون لصاحب العمل بعد استنفاد العامل لها إنهاء عقد العمل معه^١.

وإذا كان لصاحب العمل سلطة إنهاء عقد العمل بسبب مرض العامل الذي زاد عن الحدود السابقة، فإنه قد يرغب . أي صاحب العمل . في إجراء تعديل في هذا العقد بدلاً من إنهائه، فيكون له سلطة إجراء ذلك التعديل دون إلزام عليه في ذلك. حيث قد يرى صاحب العمل من ظروف العامل الاجتماعية أو أقدميته أو خبرته في العمل أو غير ذلك من الاعتبارات ما يجعله يقبل تعديل عقد العمل بدلاً من إنهائه، فينتقل العامل إلى عمل آخر يتناسب مع حالته الصحية وهو ما يتضمن تعديلاً جوهرياً لعقد العمل. غير أنه قد يلجأ صاحب العمل إلى إجراء التعديل أثناء مدة المرض . أي أثناء الاستفادة من الأجازة المرضية أو استيفاء الأجازة السنوية . وقبل اكتمال المدة التي تعطي صاحب العمل الحق في الإنهاء، فهنا يرى البعض أنه ليس لصاحب العمل سلطة إجراء ذلك التعديل ويكون الخيار للعامل في قبول أو رفض التعديل الجوهري في حالة استنفاد العامل للمدد المذكورة ولو تم بعد استنفاده لها واستعمال صاحب العمل للتعديل بدلاً من الإنهاء^٢. وان كنا نختلف هذا الرأي

^١ - حيث يكون من شأن المرض الطويل هذا التأثير بالسلب على سير العمل في المنشأة بما يشيع الاضطراب الجسيم في تنفيذ العقد أو في سير العمل في المنشأة. مما يدعو صاحب العمل إلى إحلال عامل آخر محل العامل المريض قبل شفائه. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٧٥. وقارب د. إسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٣٩٧. وراجع د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٢٤٤، هامش (٢).

^٢ - د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ٢٣٥ - ٢٣٦. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٧٦. وفي فرنسا يلاحظ أن طبيب العمل هو الذي يقترح تعديل عقد العمل بسبب مرض العامل، وعلى كل من مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

في انه يجوز لصاحب العمل القيام بالتعديل الجوهري لعقد العمل خلال فترة الاستفادة من الاجازة المرضية أو السنوية طالما كان في ذلك مصلحة للعامل "المريض" و خاصة في حالة عدم شفاء العامل رغم استفادته مدة الاجازة .

الورقة الرابعة

التعديل الجوهري الاجتماعي أو التعديل الجوهري لأجازة رعاية الطفولة

قد تكون الأجازة التي تحصل عليها العاملة سبباً في تعديل عقد العمل تعديلاً جوهرياً، وهو ما يحدث في حالة حصول العاملة على أجازة لرعاية طفلها، حيث نصت المادة رقم ٩٤ من قانون العمل الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ على أنه "مع مراعاة حكم الفقرة الثانية من المادة (٧٢) من قانون الطفل الصادر بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦، يكون للعاملة في المنشأة التي تستخدم خمسين عاملاً فأكثر الحق في الحصول على أجازة بدون أجر لمدة لا تتجاوز سنتين وذلك لرعاية طفلها، ولا تستحق هذه الأجازة لأكثر من مرتين طوال مدة خدمتها". فإذا حصلت العاملة على هذه الأجازة، فإنه من الممكن لصاحب العمل أن يشغل وظيفتها بعامل آخر أثناء

صاحب العمل والعامل الامتثال إلى مقترحات الطبيب في هذا الخصوص. وإلا اعتبر أيًا منهما مسئولاً عن الأثار الناجمة عن رفض التعديل المقترح. وفي غياب اقتراحات طبيب العمل فليس هناك التزام على صاحب العمل بإجراء تعديل في العقد ونقل العامل غير اللائق طبيئاً إلى وظيفة أخرى تلائم حالته الصحية وذلك يعنى أن العامل لا يستطيع أن يفرض على صاحب العمل تعديلاً جوهرياً في العقد كما هو الحال في العجز الجزئي المستديم لا بد أن يكون ذلك بناء على اقتراح من طبيب العمل، وأن يكون في المشروع وظيفه ملاءمة لكفاية العامل الصحية وشاغرة. انظر في فرنسا

. Despax (M.), et Pélissier (J.), op. cit., p. ٢٥٩. Morand (M.), op. cit., ١٩٩٢, p. ١١٢- ١١٣-
. Soc. ٧ juill. ٢٠٠٤, no .Cass. Soc. ٢٧ Sep. ١٩٨٩. Gaz. Pal. ١٩٨٩. (٢ sem). Somm. p. ٤٥٧
. ٠٢-٤٣, ١٤١ , Bull. civ. V, no ١٩٧. - Soc. ٧ juill. ٢٠٠٤, no ٠٢-٤٧, ٤٥٨ , Bull. civ. V, no
١٩٦. - Soc. ١٩ oct. ٢٠٠٥, no ٠٢-٤٦, ١٧٣ . - Soc. ٩ juill. ٢٠٠٨, no ٠٧-٤١, ٣١٨ , Bull. civ.
V, no ١٥١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

مدة الأجازة. وبعد انتهاء مدة الأجازة وعودة العاملة إلى عملها فالأمر لا يخرج عن أحد احتمالين^١:

الأول: أن تعود العاملة إلى وظيفتها الأصلية أو إلى وظيفة مماثلة لها. و يعد ذلك تعديلاً غير جوهري في اختصاص العاملة. وهذا النوع من التعديل يملكه صاحب العمل بشرط عدم المساس بالحقوق المادية للعاملة. ومن ثم فلا يجوز للعاملة رفض هذا التعديل وإلا كانت مسئولة عن إنهاء صاحب العمل للعقد استناداً إلى هذا الرفض.

الثاني: أن تعود العاملة إلى وظيفة أخرى مختلفة تماماً عن وظيفتها الأصلية أو تعود لوظيفتها الأصلية ولكن مع تغيير مكان أو زمان ممارستها بما يؤثر على الحياة العائلية للعاملة ومثل هذا التعديل يعد تعديلاً جوهرياً لعقد العمل لا يملك صاحب العمل فرضه على العاملة.

وفي فرنسا^٢ فللعاملة الحق في تعديل عقدها بطلب العمل نصف الوقت لرعاية طفلها، و يجبر رب العمل على إجراء هذا التعديل متى طلبته العاملة. على أنه يشترط لإجابة العاملة إلى طلبها هذا عدة شروط منها، ألا يؤدي تعديل العقد على هذا النحو إلى الإضرار بالإنتاج أو حسن إدارة المشروع وأن تكون مدة خدمة العاملة سنة على الأقل وألا يتعدى عمر الطفل موضوع الرعاية ثلاث سنوات وألا تمنح العاملة هذا الحق أكثر من ثلاث مرات طوال مدة خدمتها.

^١ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٧٧ وقارب د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ٨١ و ص ٢٤١ وما بعدها.

^٢ - Morand (M.), op. cit., p. ١١٨ et s.

وقارب د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ٢٤٢ وما بعدها. هذا في حين يلاحظ ان تقيين العملى الفرنسى الحالى يتيح للعامل اجازة بدون اجر لامور عديدة لمناسبات عائلية ، لرعاية قريب ، و اخرى للتضامن العائلى وذلك وفقاً لشروط محددة ، و فى كل ذلك امكانية ايجاد مجال لسلطة صاحب العمل فى تعديل عقد العمل ، انظر نصوص تقيين العمل الفرنسى المواد من رقم ٢-٢٣١٤٢ L حتى رقم ٢٣١-٢٣١٤٢ L

Lyon-Caen Antoine, Question d'intérêt social, Rev. trav. ٢٠١٢, ٧٣٥, p. ٧٣٥ ets.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ولهذا فإن صاحب العمل في فرنسا لا يجبر على تلبية طلب العاملة بتشغيلها نصف الوقت لرعاية طفلها إلا إذا توافرت جميع الشروط السابقة. ويتم تشغيل العاملة نصف الوقت إما بأن تعمل نصف الوقت في وظيفتها الأصلية إذا كانت طبيعة هذه الوظيفة تسمح بذلك وإما أن تستند وظيفة أخرى إلى العاملة تلأم طبيعتها العمل نصف الوقت فيها.

ومتى انتهت مدة العمل نصف الوقت وجب على صاحب العمل أن يعيد العاملة إلى وظيفتها الأصلية أو وظيفة مماثلة لها من جميع الوجوه. أما إذا أسند صاحب العمل إلى العاملة وظيفة مختلفة عن وظيفتها الأصلية سواء من حيث نوعها أو من حيث ظروف أدائها، جاز للعاملة رفض هذا التعديل بحسبانه تعديلاً جوهرياً لعقد العمل لا يملكه صاحب العمل إلا بموافقة العامل.

ومن الواضح أن تشغيل العاملة نصف الوقت لرعاية طفلها يعد تعديلاً جوهرياً في مدة العمل له ما برره في القانون الفرنسي وإن كان التعديل في هذه الحالة تفرضه العاملة على صاحب العمل خلافاً للحالات السابقة حيث كان صاحب العمل هو الذي يفرض هذا النوع من التعديل على العامل¹.

الفرع الثاني

أحكام وقيود ممارسة الحق في التعديل الجوهري

تقسيم: لما كان التعديل الجوهري لعقد العمل ينطوي على مساس بحقوق العامل وكان لصاحب العمل سلطة إجراء هذا التعديل متى اقتضته مصلحة العمل ممثلة في وجود مبرر من المبررات أو حالة من الحالات السابق عرضها. فمن الواجب أن يحاط استعمال هذه السلطة بضوابط معينة. أحكام وقيود معينة. تضمن تحقيق مصلحة العمل المنشودة. وتحمي العامل من تعسف صاحب العمل. وهذه

¹ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٧٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الأحكام بعضها يمثل ضوابط أو أحكام موضوعية، والأخرى يشكل ضوابط وأحكام شكلية، بينما القيود وإن كانت خاصة فإنها تختلف باختلاف طبيعة التعديل إلا أنه إلى جانبها توجد أيضاً قيود عامة يجب أن يتقيد بها صاحب العمل عند إجراء التعديل خاصة التعديل الجوهري. وعلى ذلك نتناول دراسة أحكام التعديل الجوهري في الغصن الأول، وقيود التعديل الخاصة في الغصن الثاني.

الغصن الأول

أحكام التعديل

تقسيم: نتناول دراسة الاحكام الموضوعية المنظمة لإنفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل تعديلاً جوهرياً في الورقة الأولى ، و في الورقة الثانية ندرس القيود الخاصة بهذا النوع من التعديل الى جانب عرض القيود العامة للتعديل ايأ كانت طبيعته.

الورقة الأولى

الأحكام أو الضوابط الموضوعية

تتمثل الأحكام الموضوعية المنظمة لسلطة صاحب العمل في التعديل الجوهري لعقد العمل في ثلاثة أحكام هي: تأقيت التعديل المستند إلى حالة الضرورة أو القوة القاهرة، و الاسباب الاقتصادية. و أن يكون مبرر التعديل حقيقياً لا صورياً. و أن تكون غاية التعديل تحقيق مصلحة العمل. و نتناول بإيجاز شرح هذه الأحكام كما يلي:

أولاً: تأقيت التعديل المستند إلى حالة الضرورة أو القوة القاهرة و لاسباب اقتصادية: أوضحنا فيما سبق أن حالة الضرورة أو القوة القاهرة التي يمر بها المشروع تعد مبرراً أو حالة من الحالات التي يكون لصاحب العمل فيها الانفراد بإجراء تعديل جوهري في نوع العمل المسند إلى العامل أو في ظروف أداء العمل

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

زماناً أو مكاناً وفق ما تقتضيه حالة الضرورة أو القوة القاهرة. ولكن لما كانت حالة الضرورة أو القوة القاهرة مؤقتة بطبيعتها، فيتعين ان يكون التعديل المستند إليها مؤقتاً هو الآخر، فلا يدوم إلا بالقدر اللازم لمواجهتها ويزول بزوالها، أي أن التعديل الجوهري لعقد العمل يرتبط بحالة الضرورة وجوداً وعدمًا بحيث يتعين إعادة العامل إلى وضعه السابق على التعديل بمجرد انتهاء حالة الضرورة أو القوة القاهرة أو زوال آثارها.

ولقد ورد هذا القيد في عبارة نص المادة رقم ٧٦ من قانون العمل الحالي، حيث أجازت هذه المادة لصاحب العمل تعديل عقد العمل تعديلاً جوهرياً إذا دعت الضرورة أو القوة القاهرة إلى هذا التعديل ثم قيدته بعبارة "على أن يكون ذلك بصفة مؤقتة". ومن ثم يمتنع على صاحب العمل أن يضيفي على هذه التعديلات في مثل هذه الحالات صفة الدوام والاستقرار. وكذلك الحال في التعديل الجوهري لاسباب اقتصادية، حيث قيدت المادة رقم ٢٠١ فقرة ١ من قانون العمل سلطة صاحب العمل في التعديل الجوهري لشروط العقد هنا بأن يكون بصفة مؤقتة^٢.

هذا وقد تثار التساؤل عما إذا كان يجوز لصاحب العمل المساس بحقوق العامل المادية خلال فترة الضرورة أو القوة القاهرة أم لا يجوز. ولعل مرد هذا التساؤل أن المادة رقم ٧٦ من قانون العمل لم تفيد حق صاحب العمل في تعديل عناصر عقد

^١ - د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٤٤. د. حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٢٩٦، د. حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٤٤٨.

ومن تطبيقات قضاء النقض المصري، نقض مدنى الطعن رقم ٩٤٥ لسنة ٤٤ ق جلسة ١/٣/١٩٨٠، الهوارى، ج ٤، ص ٨٤، حيث يمتنع على صاحب العمل التعديل الدائم لحالة الضرورة وإنما يكون مؤقتاً، وتبين ذلك أيضاً ألفاظ عبارة نص المادة رقم ٧٦ من قانون العمل بعبارة بصورة مؤقتة.

Soc. ٢١ mai ١٩٨٠ Bull. Civ. P. ٣٤١. Cass. Soc. ٨ Nov. ١٩٨٢. Cass. Soc. ٢٥ Juin ١٩٨٧, in - et ٨٣ Lurence Fin-Langer, fiches de droit der travail, op. cit., p.Lamy Soc. ١٩٩٢. No. ٢٧٨ ets.p٧٧١ ets.٧٥٩s.Jean Pélissier,et autres ,op,cit. p

^٢ - François Gaudu, L'impact des difficultés économiques de l'entreprise sur les « conditions de travail »,op.cit ,N٤ est. N ٥ ets. N ٦ ets.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العمل الجوهري في هذه الحالة أو تلك بعدم المساس بالحقوق المكتسبة للعامل، ذلك أن هذا القيد قد ورد في صور التعديل غير الجوهري لعقد العمل^١.

وفي إطار الإجابة على هذا التساؤل نجد أن بعضًا من الفقه ذهب إلى أن ما يناسب روح التشريع في حماية العامل وعدم الخروج على مبدأ "القوة الملزمة للعقد" يجب أن يفسر نص المادة رقم ٧٦ من قانون العمل تفسيراً موسعاً يسمح بإلزام صاحب العمل بعدم المساس بحقوق العامل المادية في حالة التغيير الجوهري في الفترة التي يستخدم هذا التعديل لمواجهة حالة الضرورة أو القوة القاهرة، وذلك من باب أولى حيث أن العلة في الحفاظ على حقوق العامل المادية متوافرة بدرجة أوضح لأنه يطلب من العامل تغيير عمله تغييراً جوهرياً لمصلحة العامل ومصالحه الإنتاج ولمعاونة صاحب العمل في مواجهة هذه الضرورة^٢.

يؤيد البعض أيضاً الرأي السابق مع اعتباره أصلاً يرد عليه استثناء بحيث يمكن القول بأنه لا يجوز لصاحب العمل المساس بحقوق العامل المادية في حالة الضرورة أو القوة القاهرة، اللهم إذا تطلبت مواجهة هذه الحالة أو تلك نفقات مالية باهظة تقتضي تعاون وتكاتف العامل مع صاحب العمل. فمثلاً لا يجوز لصاحب العمل الانتقاص من حقوق العامل المادية في حالة تعرض المشروع لحريق أو زلزال بسيط لا يؤثر تأثيراً بالغاً على حالة المشروع المالية، في حين يجوز له متى كان

١ - قارب د. عبد العزيز المرسى خمود، المرجع السابق، ص ٨٠.

٢ - و يلاحظ ان تفسير الفقه لهذا الموقف يتم بالقياس في إطار تفسيرهم لنص المادة رقم ٥٤ من قانون العمل المصري القديم رقم ١٣٨ لسنة ١٩٨١ والمقابلة لنص المادة رقم ٧٦ من قانون العمل الحالي، هذا في حين نجد أن من الفقه من يرى وجوب التمييز بين ما إذا كان التعديل الجوهري دائم بمناسبة إسناد عمل مختلف للعامل تماشياً مع التطور التقني بالمنشأة وهنا لا يجوز المساس بالحقوق المادية للعامل. وبين التعديل الجوهري المؤقت لمواجهة ظرف استثنائي (حالة ضرورة أو قوة القاهرة) وهنا لا يتقيد بعدم المساس بحقوق العامل المادية. انظر في ذلك التفسير د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٢٥ وما بعدها. د. محمد عبد الغفار البيهوني، المرجع السابق، ص ١٧٧ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الحريق أو الزلزال قد أتى على كامل الإنتاج أو المخزون مما كان له أثر بالغ على حالة المشروع المالية أو الاقتصادية^١.

ومع ذلك فهناك رأي يذهب إلى أنه لا موجب لتقييد حق صاحب العمل في التعديل الجوهري لعقد العمل لمواجهة حالة الضرورة أو القوة القاهرة بعدم المساس بالحقوق المادية للعامل، وذلك أثناء تفسيره لنص المادة ٥٤ من قانون العمل القديم والتي تقابل المادة ٧٦ من قانون العمل الحالي ، وذلك على أساس هذه المادة لا تفرض هذا القيد على صاحب العمل في حالة التعديل الجوهري لعقد العمل لحالة الضرورة والقوة القاهرة^٢.

ونرى تأيد الرأي الأول حيث ان الاصل هو عدم المساس بالحقوق المادية المكتسبة للعامل اثناء التعديل الجوهري بصفة مؤقتة ،ولا يكون هناك مجال للاستثناء إلا بنص أو لضرورة يقدرها القاضي ،حيث يؤكد صحة مضمون الرأي الأول ما ورد في نص المادة رقم ٢٠١ فقرة ١ من قانون العمل المصري الحالي. من وجوب تقييد سلطة صاحب العمل في التعديل الجوهري "بخفض الاجر " لأسباب اقتصادية بما لا يقل عن الحد الأدنى للاجور ،و ذلك يفيد بان الاصل هو عدم المساس باجر العامل.

ثانياً: أن يكون مبرر التعديل حقيقياً لا صورياً: عرفنا سابقاً أن مبررات التعديل الجوهري منها ما يتعلق بحالة الضرورة، أو القوة القاهرة التي يتعرض لها المشروع،

^١ - وإن كنا نرى أن هذا القول إن كنا مقبولاً عملياً إلا أنه نظيراً يصطدم وقواعد تفسير القاعدة القانونية حيث حمل النص أكثر مما يحتمل ولأنه إذا كان المشرع يرغب في إعمال هذا القيد لكان إضافة إلى جانب التأقيت كقيداً آخر على سلطة صاحب العمل في التعديل الجوهري لحالة الضرورة والقوة القاهرة. راجع، د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٨١. د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ١٧٨. عكس ذلك د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٢١-٣٢٢.

^٢ - ونؤيد ويحق هذا الرأي، حيث أن حالة الضرورة والقوة القاهرة تعد مغفية صاحب العمل من هذا القيد على فرض قيامه ولأن المشرع لم يفرضه على صاحب العمل ، من التطبيقات القضائية الفرنسية على ذلك: -Cass. Soc. ٢ mars. ١٩٧٢, Bull. Civ. No. ١٧٧. P. ١٦٦. Cass. Soc. ٩ Avril ١٩٦٢. Rev. prat, Dr. Soc. ١٩٦٢. P. ٣١٢.

وراجع صاحب هذا الرأي د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٢١-٣٢٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ومنها ما يتعلق بظروف المشروع الاقتصادية مثل الأزمات الاقتصادية أو الظروف المالية الصعبة أو رغبة صاحب العمل في إعادة تنظيم مشروعه أو تغيير طرق الإنتاج ومنها ما يتعلق بظروف العامل المهنية أو الصحية.

وأياً ما كان مبرر التعديل الجوهري، فينبغي أن يكون هذا المبرر حقيقياً لا وهمياً ويقع على صاحب العمل إثبات توافر المبرر الذي حملته على هذا التعديل^١.

فبالنسبة لحالة الضرورة فقد قضى في شأنها بأنه "إذا لم يقدم صاحب العمل الدليل على قيام حالة الضرورة أو القوة القاهرة التي اقتضت تشغيل العامل في عمل يختلف اختلافاً جوهرياً عن عملهم الأول . وكان العامل قد امتنع عن العمل الذي كلف به مما اضطر صاحب العمل إلى فصله فإن هذا الفصل قد وقع بلا مبرر"^٢.

هذا ومن سلطة القاضى الموضوعية تحرى حقيقة المبرر المستند إليه لإجراء التغيير الجوهري للتحقق مما إذا كان المبرر المدعى به، ان هو إلا مبرراً زائفاً قصد به إخفاء المبرر الحقيقي المستتر^٣.

وبالنسبة للظروف الاقتصادية والمالية للمشروع لا ينبغي أن يتخذ منها صاحب العمل حجة فارغة لتعديل عقد العمل لإجبار العامل على ترك العمل فقد تكون هناك أسباب أخرى لا تتعلق بمصلحة المشروع، كأن يكون العامل لم يعد يروق له أو

١- حيث يرى البعض أن ممارسة صاحب العمل لسلطته في التعديل الجوهري نظراً لأنها تشكل خروجاً على القوة الملزمة للعقد فإنها مرهونة بإثبات صاحب العمل لحالة الضرورة التي استند إليها فيما اتخذه من إجراءات وفي غيرها أيضاً من الحالات. د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٢٨. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٨٢.

٢- شنون عمال القاهرة، في ١٠/٢/١٩٥٥، مشار إليه لدى د. حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٢٩٦، هامش (٢)، د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٢٢٨، هامش رقم (٢).

٣- Cass. Soc. ١٧ oct. ١٩٨٣. Bull. Civ. ١٩٨٤. Pl. III.

- ٢٧٨. No. ١٩٩٢. Lamy. Soc. ١٥٤. ١٩٨٧. ٣٠ avril. Cass. Soc.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

لكبر سنه أو لضخامة أجره أو لغير سبب معلوم الأمر الذي يعد معه التعديل تعسفياً^١.

وعن وجود المبررات الخاصة بالعامل فإنه يتعين ان تكون هذه المبررات حقيقية أيضاً. فإذا كان لصاحب العمل السلطة المطلقة في تقدير كفاية العامل مهنيًا وفي تحديد الوسائل التي يقدر بها كفايته، فإنه يتعين ان يكون ادعاء صاحب العمل بعدم كفاية العامل جدياً^٢، إذ ليس لصاحب العمل أن يتخذ من سلطته في تقدير كفاية العامل وسيلة للإضرار بالعامل عندما ينقله إلى عمل آخر يختلف اختلافاً جوهرياً عن عمله الأول بحجة عدم كفايته، بينما لم يكن لكفايته علاقة بهذا النقل مما يعد ذلك تعسفاً في استعمال سلطته^٣.

كذلك بالنسبة لحالة العامل الصحية عندما تكون هذه الحالة مبرراً للتعديل الجوهري إذ يتعين تقدير هذه الحالة عن طريق الجهة الطبية المختصة. فليس لصاحب العمل أن يقدر عدم صلاحية العامل من الناحية الصحية لأنه غير مختص بتقدير هذه الحالة^٤.

ويلاحظ أنه لا يكفي أن يكون مبرر التعديل الجوهري لعقد العمل حقيقياً لا وهمياً على النحو السابق، بل يتعين أيضاً أن يكون على درجة تحتم إجراء هذا التعديل وعلى ذلك لا يجوز لصاحب العمل إجراء تعديل جوهري في عقد العمل إذا كان المبرر قليل الأهمية بحيث لا يتناسب مع الأضرار التي تعود على العامل نتيجة التعديل^٥.

^١ - د. محمود جمال الدين زكي، قانون العمل، مرجع سابق، ص ٥٧٤ - ٥٧٥، د. فتحي عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، الجزء الأول، ١٩٨٥، ص ٣٧٥، وقارب د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٧٥، ص ٣٤٢.
^٢ - د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٥٨٤، في التعديل لعدم الكفاية انظر، د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٣٩ وما بعدها.
^٣ - د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٤٢ - ٣٤٣. د. محمد عبد الغفار البيونى، المرجع السابق، ص ١٨٠.

^٤ - - ٢٥٩، p. ١٩٧٤، Despax (M.) et Pélissier (J.) La gestion du Personnel, éd. Cujas.
^٥ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٨٣. قارب د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٥٧٦. قارب د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٥٧٦.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ثالثاً: أن تكون الغاية من التعديل تحقيق مصلحة العمل: تنقيد سلطة صاحب العمل في التعديل الجوهرى لعقد العمل. بالإضافة إلى وجود المبرر الذي يقتضى هذا التعديل. بتوخي مصلحة العمل، بمعنى أن تكون الغاية من كل تعديل جوهرى هى تحقيق مصلحة العمل، فإذا انتفت هذه المصلحة بأن كان قصد صاحب العمل من إجراء التعديل الإضرار بالعامل أو الإساءة إليه فإن هذا التعديل يعد تعسفياً، كأن يلجأ صاحب العمل إلى التخلص من العامل تحت ستار إعادة تنظيم مشروعه ونقله إلى وظيفة أدنى مادياً أو معنوياً أو الاثنين معاً ليجبره على ترك العمل لديه^١.

ولقد نصت على هذا القيد صراحة المادة ٢/٦٩٦ من القانون المدنى التي تنظم إحدى حالات التعديل الجوهري. وهى حالة عدم كفاية العامل مهنيًا. بقولها "ونقل العامل إلى مركز أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذي كان يشغله لغير ما ذنب جناه لا يعد عملاً تعسفياً بطريق غير مباشر إذا ما اقتضته مصلحة العمل ولكن يعد كذلك إذا كان الغرض منه إساءة العامل".

ويقع على العامل عبء إثبات قصد الإساءة والتعسف في مباشرة صاحب العمل لسلطته في التعديل بأن يثبت أن تصرفه قائم على الهوى أو بدافع لا ينشد فيه سوى الإساءة أو الإضرار بالعامل وأن كفايته مشهودة غير منكرة، ولقد قضت محكمة النقض أن "... بل إن مصلحة المشروع تبرر تعديل بنود العقد ولو بنقل العامل إلى عمل آخر أقل ميزة أو ملاءمة من العمل المنفق عليه..."^٢. وقضت كذلك أن "من سلطة صاحب العمل. وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة. أن يكف العامل عملاً آخر غير المنفق عليه لا يختلف عنه اختلافاً جوهرياً وأن ينقله

^١ - حيث أنه إذا كان لصاحب العمل أن يجرى التغييرات التي يراها ضرورية في إدارته فإن ذلك مقيد بأن يكون الدافع إليها مصلحة العمل لا أن يكون القصد منها الأضرار بالعامل. د. محمود جمال الدين زكى، المرجع السابق، ص ٥٧٦-٥٧٧. وقارب د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٨٤.

^٢ - د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٤٢. والطعن رقم ٣٩٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٠ الهوارى، ج ٦، ص ٥٦ ومقارن في فرنسا

٦٦- Bull. Civ. P. ١٩٨٦. ٦ mars. Cass. Soc.

^٣ - الطعن رقم ٢٨٨ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٨/٥/١٧، مجموعة المكتب الفنى، ص ٣١، ح ٣، رقم ٨٧، ص ١١٠. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

إلى مركز آخر أقل ميزة أو ملاءمة من المركز الذي يشغله متى اقتضت ذلك مصلحة العمل.^١

الورقة الثانية

الأحكام الشكلية

بالإضافة إلى الأحكام الموضوعية المنظمة لسلطة صاحب العمل في التعديل الجوهري لعقد العمل فإن هذه السلطة منظمة أيضاً بأحكام شكلية يختلف مضمونها بحسب ما إذا كان العامل عضواً في منظمة نقابية أو لم يكن كذلك. ونوضح تفاصيل ما تقدم فيما يلي:

أولاً: حالة ما إذا كان العامل غير عضو في منظمة نقابية: في القانون الفرنسي يتلخص القيد الشكلي في هذه الحالة بضرورة قيام صاحب العمل بإخطار العامل بنيته في التعديل وكذلك ترك فترة زمنية معقولة للعامل يتدبر فيها أمره قبل اتخاذ قرار بقبول الاقتراح بالتعديل أو رفضه.^٢

وعن الاخطار في القانون المصري، خاصة عندما يكون العامل عضو في منظمة نقابية، نرى أن المشرع المصري في المادة رقم ٢٠١ من قانون العمل وبمناسبة تقريره سلطة صاحب العمل في تعديل عقد العمل تعديلاً جوهرياً لأسباب اقتصادية فرض على صاحب العمل التزاماً بإخطار العمال و المنظمة النقابية التابع لها عماله بقراره بتعديل شروط عقد العمل بدلاً من من الإغلاق الكلي أو الجزئي

^١ - نقض الطعن رقم ٨٢١ لسنة ٤٤ ق، جلسة ١٩٧٩/٥/١٥، الهوارى، ج ٤، رقم ٧٣، ص ٨٢-٨٣.
^٢ - حيث نص المشرع الفرنسي في نص المادة رقم ١٢٢٢-٦ L من تقنين العمل على وجوب قيام رب العمل بإخطار العامل برغبته في تعديل عقد العمل لسبب من الاسباب الاقتصادية و ذلك بخطاب مسجل بعلم الوصول، و للعامل مهلة شهر للرد بالقبول أو الرفض، و تكون المدة ١٥ يوم إذا كان المشروع قيد التصفية أو تحت الحراسة، و بفوات المدة يكون سكوت العامل و عدم الرد خلالها قبول للتعديل. راجع د. حمدي عبد الرحمن، المرجع السابق، ص ١٥٥، ص ٨٥. د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ١٢٠. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، Camerlynck (G. H.), op. cit., p. ١٨٠.-
Camerlynck (G. H.), op. cit., p. ١٦٠.-
Bernard Teyssie, op. cit., p. ٨٥٩.-
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

للمنشأة، أو بتقليص حجمها أو نشاطها، وذلك لان المشرع قيد اعمال نص المادة ٢٠١ بعدم الاخلال بحكم المادة رقم ١٩٨ من ذات القانون والتي توجب الاخطار في حالات الاغلاق او تقليص حجم او نشاط المنشأة لاسباب اقتصادية .

ولكن في مصر ما هو شكل الإخطار ومدته ومنذ متى يبدأ حساب هذه المدة؟

١- شكل الإخطار بالتعديل: لم يتطلب القانون شكلاً معيناً في إخطار العامل بالنية في تعديل عقد العمل تعديلاً جوهرياً. ولكن لما كان حق صاحب العمل في التعديل الجوهري لعقد العمل غير محدد المدة يستند أساساً إلى حقه في إنهاء هذا العقد بذات الإرادة، فمن المنطقي ألا يكون الإخطار بالتعديل الجوهري فيه تشدد عن الإخطار بالإلغاء. لذلك يرى البعض . بحق . ان شكل الإخطار بالتعديل يخضع للقواعد العامة شأنه شأن الإخطار بالإلغاء، فهو تصرف قانوني بالإرادة المنفردة يمكن أن يكون كتابياً أو شفويًا صريحًا واطحًا في الدلالة على الرغبة في التعديل^١.

على أنه إذا نص في عقد العمل الفردي أو في اللائحة الداخلية للمشروع على شكل معين للإخطار بالتعديل كأن يكون إخطار العامل كتابية وجب استيفاء هذا الشكل في كل إخطار للعامل بالتعديل^٢.

٢- مدة الإخطار بالتعديل: نظرًا لخطورة الآثار التي تترتب على موقف العامل من الاقتراح بالتعديل الجوهري لعقد العمل، فإنه يتعين على صاحب العمل

١- د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ١٨٣.

٢- وهناك اتفاقيات جماعية معينة اشترطت أن كل تعديل فردي لعقد العمل يجب إخطار العامل به كتابة، كما أن الإعلان بالرغبة في التعديل كما يكون لعامل معين يمكن أيضًا أن يوجه إلى كل المستخدمين.

Savatiere .J. "La réduction du Salarie inexécution ou modification unilaterale du Contrat de Travail".Dr. Soc. ١٩٨٦, No. ١٢, op. cit., p. ٨٦٨.Camerlynck (G. H.), op. cit., ١٩٦٨, p.

. Camerlynck (G. .. Camerlynck (G. H.), Encyclopedia Deloz, op. cit., p. ٤, No. ٣٩.١٨١ .(H.), op. cit., ١٩٨٨, p. ١٦٠. Note N. ٣٨

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أن يترك للعامل . بعد إخطاره بهذا الاقتراح . مدة زمنية معقولة للتفكير في هذا الأمر قبل الرد بالقبول أو الرفض^١.

ويوجب المنطق ألا تحدد هذه المدة بطريقة جامدة تسرى في جميع حالات التعديل، بل يتعين مرونتها بحيث تقصر أو تطول بحسب مبرر التعديل. فالمدة اللازمة للتفكير في التعديل الجوهرى المستند إلى ظروف طارئة أو صعوبات اقتصادية يمر بها المشروع. تكون أقل من المدة اللازمة للتعديل الجوهرى المستند إلى رغبة صاحب العمل في إعادة تنظيم مشروعه أو تغيير طرق الإنتاج أو استحداث وسائل جديدة في العمل^٢.

ومن ناحية أخرى، يتعين أن تكون مدة الإخطار بالتعديل الجوهرى أقل من مدة الإخطار بالإلغاء، أو على الأكثر مساوية لها، ذلك أن الغرض من مدة الأخطار من الإلغاء هو منح فرصة للعامل للبحث عن عمل جديد وتهيئة العامل لمواجهة أثر إنهاء العقد. كما أن أثر الإخطار بالإلغاء أخطر من أثر الإخطار بالتعديل لما يترتب على الأول من إنهاء الرابطة العقدية وما يستتبع ذلك من فقد العامل لمصدر رزقه، بينما لا يكون للإخطار بالتعديل مثل هذا الأثر لاستمرار علاقة العمل عند قبول العامل للتعديل وإن كان سيترتب على هذا التعديل إنقاص لبعض حقوق العامل فإن ذلك لا يعادل انقطاع رزقه^٣.

٣- بداية مهلة الإخطار بالتعديل الجوهرى: يلزم أولاً معرفة تاريخ بداية مهلة الإخطار بالتعديل الجوهرى حتى يمكن معرفة نهاية هذه المهلة، وذلك للأثار التى تترتب على هذا الإخطار حيث إذا ما نص عقد العمل على تنظيم لبداية مهلة

^١ - فى القانون الفرنسى كما اوضحنا سابقاً شهر ، او ١٥ يوماً بحسب الحال فى التعديل لاسباب اقتصادية ، المادة رقم ١٢٢٢-٦ من تقنين العمل الفرنسى، د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٨٦.

François Gaudu, op, cit, N٨ ets.

^٢ - هذا وإذا وجد نص فى عقد العمل الفردى، أو فى الملائحة الداخلية للمشروع على تحديد مدة معينة للإخطار بالتعديل بالتعديل وجب احترام هذا النص. راجع د. محمد عبد الغفار البسيونى، المرجع السابق، ص ١٨.

^٣ - ولذلك فإن المدة اللازمة للتفكير فى أثر تعديل العقد يجب أن تكون أقل من المدة اللازمة لمواجهة آثار إنهاء العقد، لاختلاف أثر كل منهما عن الآخر. د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٨٧، د. محمد عبد الغفار البسيونى، المرجع السابق، ص ١٨٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الإخطار بالتعديل هنا، فيجب أن يلتزم بها صاحب العمل، ولكن إذا خلى العقد من مثل ذلك فإن الآراء اختلفت في ذلك^١.

فذهب رأي أول في الفقه إلى القول بأن بداية مهلة الإخطار بالتعديل تكون من تاريخ إعلان الرغبة في التعديل، وذلك في حالة ما إذا اعتبر الإعلان بالرغبة في التعديل إعلانًا بالإنتهاء، معلقًا على شرط رفض العامل للتعديل^٢.

وذهب رأي آخر إلى أن بداية مهلة الإخطار بالتعديل لا تسرى من تاريخ إعلان العامل بالرغبة في التعديل، ولكن تسرى من تاريخ رفض العامل لهذا التعديل، لأن إنتهاء العقد . حينئذ . يصبح واردًا من جانب صاحب العمل وخاصة إذا كان حسن سير العمل بالمنشأة يستوجب التعديل^٣.

ويكشف البعض عن أن تاريخ بداية مهلة الإخطار بالتعديل، ليس هو تاريخ إعلان العامل باقتراح التعديل ولا تاريخ رفض العامل لهذا الاقتراح، بل هو التاريخ الذي يصل فيه هذا الإخطار إلى علم العامل تطبيقًا للقواعد العامة في الاعتداء بالتعبير عن الإرادة^٤.

ذلك أن الإخطار بالتعديل وإن كان تعبير عن إرادة منفردة، إلا أنه تعبير واجب التسليم فلا ينتج أثره إلا إذا وجه إلى شخص معين وعلم به هذا الشخص ويقوم

١- د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ١٢٨، هامش رقم ١٤٦. د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ١٨٦.

٢- د. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل، المرجع السابق، ص ٨٦٢. (J. C.) Javillier, Driot du Travail, L. G. D. J., ١٩٧٨, p. ٢٥٩.

٣- د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ١٢٨-١٢٩.

٤- Camerlynck (G. H.), op. cit., p. ١٩٨, p. ٤٢١-٤٢٢.

٤- د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ٨٨٠. د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ١٨٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وصول الإخطار قرينة على العلم به ما لم يقد الدليل على عكس ذلك. وذلك عملاً بالمادة رقم ٩١ من القانون المدنى المصرى^١.

ويقرر البعض أنه لى يعتبر الإخطار إخطاراً بالإنتهاء فى نفس الوقت فى حالة رفض العامل للتعدىل، يتعين النص على ذلك صراحة فى الإخطار حتى يمكن التعرف على اتجاه نية صاحب العمل على إحداث هذا الأثر فى حالة رفض العامل^٢.

ثانياً: حالة ما إذا كان العامل عضواً فى منظمة نقابية: إذا كان العامل عضواً فى منظمة نقابية، فإن معظم التشريعات تفرض قيوداً على سلطة صاحب العمل فى تعدىل عقد هذا العامل حتى يتمكن من القيام بممارسة العمل النقابى فى استقلال تام^٣. ويدعم ذلك ما نص عليه المشرع المصرى من وجوب قيام صاحب العمل بإخطار العمال و المنظمة النقابية برغبته فى تعدىل جوهرى لشروط عقد العمل بدلاً من اغلاق المنشأة أو تقليص حجمها أو نشاطها لاسباب اقتصادية عملاً بالمادة ١٩٨ و المادة ٢٠١ من قانون العمل الحالى رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ .

فمثلاً يحرم المشرع السوفيتى فى قوانين العمل المتلاحقة منذ سنة ١٩٩٢ حتى سنة ١٩٧٠ نقل العامل المنتخب فى إحدى اللجان النقابية كما يتطلب موافقة الجهة النقابية العليا فى حالة ما إذا كان المعرض للجزاء هو رئيس اللجنة النقابية^٤.

^١ - د. محمد عبد الغفار البسيونى، المرجع السابق، نفس الموضوع. وقارن د. رمزى فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٦١. حيث يرى أن تاريخ بداية مهلة الإخطار بالتعدىل هو التاريخ الذى يعلن فيه رب العمل صراحة بوضوح عن رغبته فى إنتهاء العقد لرفض العامل تنفيذ التعدىل.

^٢ - د. محمد عبد الغفار البسيونى، المرجع السابق، ص ١٨٨. كما أن بعض الفقه يرى أنه إذا كان الإخطار بالإنتهاء معلن على شرط رفض العامل بالتعدىل فإن تحقق الشرط لا يكون له أثر رجعى بمعنى أن مهلة الإخطار على الإنتهاء لا تحسب إلا من وقت تحقق الشرط لا من وقت وصول الإخطار إلى علم العامل. راجع فى ذلك د. فتحى عبد الرحيم، مبادئ من قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، ج ١، سنة ١٩٨٠/١٩٨١، ص ٢٤٤.

^٣ - د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٨٦.

^٤ - د. محمد أحمد إسماعيل، مبدأ الحرية النقابية لمنظمات العمال، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٢، ص ٣٥٨، هامش (٣). د. أحمد حسن البرعى، الوجيز فى القانون الاجتماعى، ١٩٩١-١٩٩٢، ص ٧١. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

والمشرع الفرنسي يتطلب أيضاً موافقة الجهة الإدارية المختصة والمتمثلة في مراقب العمل على نقل العامل النقابي حتى يمكن التأكد من أن النقل لم يكن متعلقاً بأسباب من وظائف العامل النيابة أو انتماؤه النقابية أو أن هذا التعديل الذي يزعم صاحب العمل إجراؤه سيؤثر على القدرة على ممارسة العمل النقابي فإذا تبين أن التعديل سيؤدى إلى إرباك في ممارسة هذا العمل مما يؤثر بالسلب على عملية التمثيل فإنه لا يجب إجراء مثل هذا التعديل حتى ولو كان تعديلاً غير جوهرى أو تنفيذاً لشرط المرونة إذا تبين أن تنفيذ هذا الشرط سيمنع العامل من ممارسة عمله النقابي أو يؤثر فيه^١.

فإذا قام صاحب العمل بإجراء تعديل جوهرى أو غير جوهرى في عقد عمل العامل النقابي ورفض العامل هذا التعديل وأراد صاحب العمل إنهاء العقد رداً على رفض العامل للتعديل، وجب على صاحب العمل قبل القيام بالإنتهاء الحصول على تصريح من الجهة الإدارية المختصة، فإذا رفضت هذه الجهة إنهاء العقد وجب على صاحب العمل الالتزام بهذا القرار والعدول عن فكرة التعديل^٢.

ولعل التشريعين المصرى والجزائرى من التشريعات العربية التي قدمت حماية فعالة للعمال النقابيين في هذا الصدد. إذ تنص المادة رقم ٤٨ من قانون النقابات العمالية المصرى رقم ٣٥ لسنة ١٩٧٦. المعدل بالقانون رقم ١ لسنة ١٩٨١. على أنه لا يجوز نقل العمال أعضاء مجالس إدارات المنظمات النقابية من المنشأة التي يعملون بها سواء تم هذا النقل داخل المدينة التي يوجد بها مقر عملهم أو خارجها وذلك خلال مدة الدورة النقابية إلا بعد موافقة العامل كتابة على نديه أو نقله^٣.

^١ - Morand (M.), op. cit., ١٩٩٢, p. ٣٩. A propos de la modification du contrat de Travail, Dr. Soc. ١٩٩٣, N. ٢, p. ١٤٩.

-Guillemot (A.) et Guevenoux (Y.), op. cit., p. ٢١.

^٢ - Cass. Soc. ٢٦ Juin, ١٩٩١, J. C., p. ١٩٩, No. ٤٠. Somm. p. ٣٤٢.

-Cass. Soc. ٢ octobre, ١٩٨٩, Gaz. Pal. ١٩٨٩, ٢ sem. Somm. p. ٤٥٨.

وقارب د. محمد عبد الغفار البسيونى، المرجع السابق، ص ١٩٠.

^٣ - د. محمد أحمد إسماعيل، رسالته السابقة، ص ٣٦١ - ١٦٢. د. محمد عبد الغفار البسيونى، المرجع السابق، ص ٩١ - ٩٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ويسرى هذا القيد أيضاً بالنسبة لهؤلاء العمال خلال فترة ترشيحهم لعضوية المنظمة النقابية. ونص هذا القانون على بطلان أى قرار يصدر بالمخالفة لهذه المادة وذلك حتى يتوافر لهؤلاء العمال الاطمئنان في ممارسة عملهم النقابي بعيداً عن ضغوط أرباب الاعمال عن طريق التدخل بتعديل عقود عملهم لإثنائهم عن مطالبة أرباب الأعمال بحقوق العمال^١.

كذلك يقرر التشريع الجزائري بطلان كل القرارات التأديبية المتعلقة بنقل العامل إذا كان باعثها النشاط النقابي. كما نص على عدم مشروعية القرارات التي تتخذ ضد العامل فيما يتعلق بإدارة العمل أو توزيعه أو ترقية هذا العامل إذا كان اتخاذ مثل هذه القرارات قد أخذ في الاعتبار ممارسة العامل للنشاط النقابي. ويقرر أخيراً حماية خاصة للقيادات النقابية العليا حيث لا يجوز خفض درجتهم الوظيفية أو نقل أيى منهم إلى مركز أقل أو خفض مرتبه أو ملحقاته^٢.

الفصل الثانى

القيود العامة على سلطة صاحب العمل في التعديل

أوضحنا فيما سبق القيود الخاصة بسلطة صاحب العمل في تعديل عقد العمل وتبين اختلافها باختلاف طبيعة التعديل . حسب كونه تعديل جوهري أو غير جوهري . ومع ذلك فإنه إلى جانب القيود الخاصة هذه توجد قيود عامة تحكم سلطة صاحب العمل في تعديل عقد العمل بصرف النظر عن طبيعة التعديل، ولذلك فضلنا دراستها بعد بيان القيود الخاصة، وتتمثل القيود العامة في وجوب احترام النظام العام وعدم الخروج عنه، وعدم التعسف في إجراء التعديل، وعدم تعريض العامل أو غيره للخطر، وعلى ذلك تتناول دراسة هذه العقود فيما يلى:

^١ - د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٩١. د. محمد عبد الغفار البسيونى، المرجع السابق، ص

١٩٢.

^٢ - د. محمد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، نفس الموضوع. د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٩١. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أولاً: عدم الخروج على النظام العام: من المعلوم أن للنظام العام معنيين، الأول يعنى النظام العام المتعلق بالمصلحة العامة وهو ذلك الذي يضم مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المصالح التي تهتم المجتمع مباشرة أكثر مما تهتم الأفراد سواء كانت المصالح سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية أو خلقية^١.

ويلتزم صاحب العمل بمراعاة تلك القواعد التي يتكون منها هذا النظام وعدم مخالفتها سواء عند إبرام عقد العمل أو أثناء تنفيذه. كذلك عند التعديل الجوهري وغير الجوهري للعقد^٢.

ويقصد بالنظام العام في المعنى الثاني . أي النظام العام الحمائي . مجموعة القواعد والمبادئ الأساسية التي تستهدف حماية العمال داخل المجتمع الحرفي والمهني التي لا يجوز لأصحاب الأعمال نقضها أو تعديلها باتفاقات فردية أو جماعية داخل المجتمع الحرفي والمهني^٣.

وإذا كانت قواعد النظام العام الحمائي قد وضعت لحماية العامل فإنها تعتبر الحد الأدنى لما يجب ان يتمتع به، ولذلك فلا يجوز الاتفاق مع العامل على مخالفة

١- د. سليمان مرقس، المدخل للعلوم القانونية، ١٩٨٧، ص ١٣٨.

٢- وعليه لا يجوز لصاحب العمل أن يجري تعديلاً في عقد العمل - جوهري أو غير جوهري. إذا كان يشكل خروجاً على النظام العام في المجتمع. فمثلاً لا يجوز لصاحب العمل أن يكلف أحد العاملين بمراقبة وتفقيش العاملات عند الخروج من العمل لأن هذا العمل لا يجب إسناده إلا إلى إحدى العاملات إذ الأنتى لا يفترضها إلا أنتى مثلها أو تكليفه بالتجسس أو التلصص على الحياة الخاصة لزملائه من العمال عن طريق تسجيل محادثاتهم أو نقلها أو الإطلاع على الرسائل البريدية الخاصة بهم. كذلك لا يجوز لصاحب العمل تعديل اختصاصات العامل بإسناد عمل إليه ليس لديه الكفاءة العلمية والفنية الكافية للقيام به كتكليف أحد العاملين في شركة مقاولات بالإشراف على تفتيش أعمال البناء بحجة أن لديه خبرة بهذا العمل والتي لا يجب أن يسندها إلا إلى أحد المهندسين المختصين في هذا العمل. د. حسام الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة، ١٩٧٨، ص ١٠٤.

د. ممدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة في القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة،

١٩٨٣، ص ٢٤٦. د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ٣٦-٣٧.

٣- وذلك لأن العامل هو الطرف الضعيف في علاقات العمل، فإن حمايته لا تتحقق إلا بوجود قواعد قانونية تنظم هذه العلاقات وأن تكون هذه القواعد ذات صفة أمرة لا يستطيع أصحاب الأعمال التهرب من الخضوع لها أو التحايل عليها أو نقضها أو تعديلها بناء على اتفاقات فردية أو جماعية. د. حسام الدين الأهواني، شرح قانون العمل سنة ١٩٩١، مرجع سابق، ص ٧٢-٧٣. د. محمد لييب شنب، شرح قانون العمل، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٨٢، ص ٢٧. د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ٣٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

هذه القواعد بما ينقص من حقوقه .أما إذا كان الاتفاق المخالف يعطي حقوقًا أكثر للعامل، فإنه يعد صحيحًا وملزمًا لصاحب العمل^١.

وعلى ذلك إذا كان لصاحب العمل السلطة في إجراء تعديل لعقد العمل . أيًا كان نوع التعديل . فإنه يجب ألا يأتي هذا التعديل مخالفًا للنظام العام الحمائي، ما لم يكن قد حقق مزايا أفضل للعامل من تلك التي قررتها قواعد النظام العام الحمائي.

ففي حالة التعديل المخالف للقواعد المنظمة للحد الأدنى للأجور فنجد أن صاحب العمل بما له من سلطة تعديل العقد يتقيد بالألا ينزل بالأجر عن الحد الأدنى الذي تضعه قواعد النظام العام الحمائي، وإن كان من الممكن بموجب التعديل في رأينا أن يجعل الحد الأدنى أعلى من ذلك الذي حددته القواعد الحمائية في قانون العمل.

كما أنه في حالة نقل العامل من نظام الأجر الشهري إلى أي نظام آخر فإنه يجب على صاحب العمل أن يلتزم بالقواعد التي تنظم ذلك حيث قررت قواعد النظام العام الحمائي في قانون العمل بعدم جواز نقل عامل بالأجر الشهري إلى عمل مياومه أو بأجر أسبوعي أو بالقطعة إلا بموافقة العامل الكتابية. وذلك بمعنى عام أنه لا يجوز لصاحب العمل تعديل أجر العامل بالتخفيض في الحالات والظروف التي يجوز له فيها ذلك إلى الحد الذي يقل عن الحد الأدنى للأجور المقررة قانونًا^٢.

وفي حالة تعديل عقد العمل فيما يتعلق بساعات العمل اليومي نجد وجوب التزام صاحب العمل باحترام قواعد الحد الأقصى لساعات العمل اليومي باعتبارها

^١ - ويلتزم صاحب العمل باحترام هذه القواعد عند إبرام العقد وإنشاء تنفيذه وكذلك عند تعديل العقد، حيث يجب أن يحترم القواعد المختلفة وخاصة تلك المتعلقة بالحد الأدنى للأجر أو الحد الأقصى لساعات العمل الفعلية أو الخاصة بالأجازات أو تشغيل النساء .

^٢ - Ollier (P.D.), Le Droit du Travail, Paris, ١٩٧٢, Collection. U. p. ١١٢.

د. د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ٩٥ وما بعدها. د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ٤٠ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

من قواعد النظام العام الحمائي، بحيث لا يجوز لصاحب العمل تعديل عقد العمل في شأن ساعات عمل العامل بما يؤدي إلى تشغيله أكثر من ثماني ساعات يوميًا، إلا في الحالات التي تنص عليها القواعد في ذلك وبشرط ألا تزيد مجموع ساعات العمل الفعلية عن عشر ساعات يوميًا^١.

وعن آثار مخالفة التعديل للنظام العام فإنه إذا ما كان التعديل مخالفًا للنظام العام المتعلقة بالمصلحة العامة فإن التعديل يصبح باطلًا حتى ولو كان ذلك فيه نفع أكثر للعامل أو مصلحة أفضل لأطرافه^٢.

أما إذا كان التعديل الصادر من صاحب العمل مخالفًا للقواعد الخاصة بالنظام العام الحمائي، أي مخالفة للنظام العام المتعلق بالمصلحة الخاصة. فإن الحكم يتوقف على ما إذا كان هذا التعديل المخالف يحقق مصلحة أو ميزة أفضل للعامل من تلك التي تحققها القاعدة القانونية الخاصة أم لا تحقق هذه الميزة، فإذا كانت الأولى كان التعديل جائزًا وملزمًا لصاحب العمل، أما إذا كان التعديل ينقص من الحقوق والمزايا التي تقرها القاعدة الخاصة فإن هذا التعديل غير جائز وباطل^٣.

ثانيًا: عدم التعسف في استعمال الحق في التعديل: ينقيد صاحب العمل في انفراده بتعديل عقد العمل. تعديلًا جوهريًا أو غير جوهري. بقيد عام أيضًا وهو عدم

١- د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ٤٣-٤٤.

٢- فمثلاً إذا كان التعديل الذي قام به صاحب بالعمل لعقد العمل فيه مخالفة للنظام العام بمفهوم المصلحة العامة كان يكلف عامل غير مختص بتصنيع أدوية مثلاً - بما يشكل جريمة جنائية - فإن هذا التعديل يقع باطل ولو كان فيه مزايا أفضل للعامل مثل زيادة مرتبه.

٣- حيث أن القواعد الخاصة بحماية العامل كطرف ضعيف تقرر حد أدنى من الحقوق المفروضة على صاحب العمل لمصلحة العامل فلا يجوز الانتقاص منها وإنما يجوز الزيادة فيها. وتمثيلاً لما ذكر فإن التعديل الذي يقضى بأن تكون ساعات العمل في اليوم الواحد ست ساعات يكون صحيحاً رغم أن القانون يجيز تشغيل العامل ثماني ساعات. ذلك أن المدة المحددة في القانون تمثل حداً أقصى لساعات العمل والاتفاق على تحديد ساعات العمل بما يقل عن هذا الحد يعتبر ميزة أفضل للعامل. وفي حين يقع باطلاً التعديل الذي يسلب من العامل أيام من الأجازة السنوية التي يمثل مخالفة للحد الأدنى لأيام الأجازة السنوية. وحيث تخلص إلى أن التعديل الذي ينفرد به صاحب العمل في عقد العمل يكون باطلاً متى كان مخالفًا للقواعد المتعلقة بأمن المجتمع وقيمه الأساسية أو النظام العام بمعناه التقليدي المتعلق بالمصلحة العامة، أو كان مخالفًا لقواعد قانون العمل بما يترتب عليه الانتقاص أو الحرمان من الحقوق التي يقرها القانون المذكور للعامل والنظام العام الحمائي. د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ٤٥. د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٣١. د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ١٠٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

التعسف في استعمال حقه أو سلطته في تعديل العقد، حيث يلتزم بعدم الانحراف في التعديل عن السلوك المألوف لصاحب العمل العادى" أى صاحب العمل المعتاد " أثناء ممارسته لتعديل عقد العمل.

ولا يعتد بهذا الانحراف إلا إذا اتخذ صورة من صور التعسف فى استعمال الحق الغير محصورة . حالات التعسف في استعمال الحق . خاصة التى نص عليها المشرع في المادة الخامسة من القانون المدني المصري وهى قصد الإضرار بالغير، رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً، وتحقيق مصلحة غير مشروعة من استعمال الحق^١.

وعلى ذلك فقد يقصد صاحب العمل بالتعديل الأضرار بالعامل، ومن ثم فإن هذا التعديل يعتبر تعديلاً تعسفياً. كما يعد تعديلاً تعسفياً أيضاً إذا ما كان يترتب عليه ضرراً بالغاً بالعامل بينما لا يكون لصاحب العمل من جراء هذا التعديل إلا قدر ضئيل من مصلحة المشروع. كما قد يكون التعديل تعسفي أيضاً إذا كان صاحب العمل لا يقصد به إلا تحقيق مصلحة غير مشروعة مثل تغيير اختصاص العامل ونقله إلى مكان آخر بعد أن أصبح عضواً في نقابة العمال أو بسبب أغراض شخصية لا تمت لمصلحة المشروع بشئ مما يعد ذلك تعديلاً تعسفياً بسبب عدم مشروعية المصالح التى يرمى إلى تحقيقها من وراء ذلك التعديل^٢.

هذا مع وجوب ملاحظة أن معايير التعسف المنصوص عليها في المادة الخامسة من القانون المدني هي أمثلة وليست حصراً لها، ولذلك فإن المجال العملي يتسع لإيجاد معايير تتفق وطبيعة علاقات العمل، حيث إنه إذا كان تعديل عقد

^١ - د. عبد الرزاق السنهورى، الوسيط في شرح القانون المدني، العمل الضار، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، لسنة ١٩٨١، ص ١١٨١. د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ١٠٥. حيث قد لا يقصد صاحب العمل من التعديل إلا الإضرار بالعامل أو تحقيق مصلحة غير مشروعة من التعديل كفصل العامل أو غيره، أو تقاها مصلحة التعديل مقارنة بالضرر الذي سوف يعود على العامل من التعديل. راجع المادة "٥٠" من القانون المدني المصرى الحالي.

^٢ - راجع د. محمد عبد الغفار البسيونى، المرجع السابق، ص ٤٨. د. عبد الرزاق السنهورى، العمل الضار، المرجع السابق، ص ١١٨٣.

Morand (M.) La modification du Contrat, op. cit., p. ٥٠ et s-

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العمل لا بد وأن يكون له مبرر من مصلحة المشروع سواء رجع هذا المبرر إلى ظروف المشروع أو حالة العامل، فإن انقضاء هذا المبرر من التعديل يجعل التعديل تعسفياً. كما قد يكون للتعديل مبرر ولكنه قليل الأهمية لا يقتضي إجراء تعديل في عقد العمل فإنه يعد تعديلاً تعسفياً، وكذلك يكون التعديل التعسفي إذا تم في ظروف غير ملائمة لما يسئ إلى العامل، رغم أحقية صاحب العمل في القيام به لوجود مبرر له¹.

وعلى ذلك فإن تعسف صاحب العمل في تعديل عقد العمل أمر ممكن الحدوث، حيث يترتب عليه أن يكون هذا التعديل غير مشروع، وبالتالي يحق للعامل رفضه وتحمل صاحب العمل النتائج التي قد تترتب على رفض العامل لهذا التعديل. ولذلك فإن مبدأ عدم التعسف في استعمال سلطة التعديل يظل قيدياً على حق صاحب العمل في تعديل عقد العمل أيًا كانت طبيعة التعديل تعديل غير جوهري أو جوهري.

ثالثاً: عدم تعريض العامل أو غيره للخطر: وفقاً لنص المادة ٦٨٥/ب من القانون المدني يجب على العامل ان يأتّم بأوامر رب العمل الخاصة بتنفيذ العمل المتفق عليه الذي يدخل في وظيفة العامل إذا لم يكن في هذه الأوامر ما يخالف العقد أو القانون أو الآداب ولم يكن في إطاعتها مما يعرض للخطر. ونفس الحكم ورد في نص المادة رقم ٥٦/ب من قانون العمل الحالي حيث نصت على أنه "يجب على العامل (ب) أن ينفذ أوامر وتعليمات صاحب العمل الخاصة بتنفيذ الواجبات التي تدخل في نطاق العمل المنوط به، إذا لم يكن في هذه الأوامر والتعليمات ما يخالف العقد أو القانون أو اللوائح أو الآداب العامة ولم يكن في تنفيذها ما يعرض للخطر (...)" وعلى ذلك فإنه يجب على صاحب العمل عند

¹ - حيث يكون صاحب العمل قد رغب في إجراء هذا التعديل منذ فترة، ولكن الوقت الذي تم فيه كان غير ملائم، مثل أن يتم نقل العامل من القسم الذي يعمل به إلى قسم آخر في الوقت الذي يجري فيه التحقيق بسبب اختلاسات وقعت في هذا القسم، قبل أن تظهر نتيجة هذا التحقيق، مما يثير الشبهات نحو العامل رغم انقطاع الصلة بين التعديل وهذه الواقعة التي يجري التحقيق فيها. راجع، د. محمود جمال الدين زكي، قانون العمل، المرجع السابق، ص ٢٨١، ص ٢٨٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

القيام بتعديل عقد العمل أن يلتزم بالألا يترتب على هذا التعديل تعريض العامل أو غيره للخطر، فإذا كانت أوامر صاحب العمل بتغيير شروط العمل من شأنها أن يترتب على قيام العامل بتنفيذها تعريضه أو زملاؤه لخطر الموت أو الحريق أو غير ذلك من الأخطار فإنه يحق للعامل رفض هذه التعديلات^١.

و تمثيلاً لما تقدم فلا يجوز لصاحب العمل تكليف العامل بعمل قد يعرضه أو يعرض غيره للخطر، كتكليف سائق غير مرخص له إلا بالقيادة لدرجة الثالثة فقط بان يقود سيارة غير مرخص بقيادتها إلا لسائق مرخص له بالقيادة لدرجة أولى، مما قد يترتب على تنفيذ أوامر صاحب العمل تعريض العامل أو غيره للخطر^٢.

هذا وقد أقرت محكمة النقض المصرية حق العامل في الامتناع عن تنفيذ قرار صاحب العمل إذا كان يتعلق بنقل العامل إلى مكان غير مرخص له بمزاولة العمل فيه^٣.

ومن كل ما تقدم يتبين أن على صاحب العمل أن يحافظ على سلامة العامل وألا يجرى تعديلاً لعقد العمل . أيًا كانت طبيعة التعديل جوهرى أو غير جوهرى . من شأن تنفيذه أن يعرض العامل أو غيره للخطر .

١- د. محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، الطبعة الرابعة، سنة ١٩٨٣، ص ١٨٩.

٢- او تكليف عامل في شركة للمباني من الإنشاءات بالصعود إلى أعلى المبنى للقيام بعمل من الأعمال اللازمة للإنشاء رغم عدم اختصاصه بهذا العمل وليس له دراية به، الأمر الذي قد يؤدي إلى سقوطه من أعلى، فيكون لهذا العامل الحق في الامتناع عن تنفيذ هذا الأمر أو مثل هذه التعديلات. كما لا يجوز لصاحب العمل أيضًا في حالة الضرورة أن يكلف العامل باقتحام حريق هائل شب في المشروع بهدف المساعدة في إطفاء هذا الحريق بما يعرض العامل للخطر. د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ٥٠-٥١.

٣- حيث جاء بالحكم أنه إذا كان قد نقل العامل من محل العمل الذي يعمل به والمرخص له بمزاولة مهنة صناعة وتجهيزات النظارات الطبية إلى محل آخر يمتلكه صاحب العمل غير مرخص له بمزاولة هذه المهنة طبقًا لما هو ثابت بكتاب المنطقة الطبية بغرب الإسكندرية في ١٩٦٤/٢/٢٣. وكان العامل قد رفض النقل إلى هذا المكان مما أدى إلى قيام رب العمل بفصله. وقد رفض طلب التعويض عن فصل العامل تعسفيًا ومقابل مهلة الإنذار على ما استخلصه الحكم المطعون فيه من أقوال شهودي المطعون ضدها وذلك دون أن يعرض لبحث ما جاء بكتاب المنطقة الطبية السالف بيانه مع ما له من أثر في الدعوى ويقول كلمته في دلالته وكيف ينتقى مضمونه الذي يؤديه بما حصله من البيئة التي أقام قضاؤه عليها لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون مشوبًا بالقصور بما يستوجب نقضه. طعن رقم ٥٠٥ لسنة ٣٧ ق، جلسة ١٩٧٤/٤/٢٣، الهوارى، ج ١، ١٩٧٦، ص ٢٠٣-٢٠٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

المبحث الثالث

آثار التعديل

تمهيد و تقسيم: يقوم صاحب العمل بتعديل عقد العمل وفقاً للضوابط والأحكام السابق دراستها، ويرتب هذا التعديل آثاراً تختلف بحسب موقف العامل الذي قد يقبل التعديل وقد يرفضه. وقبول العامل للتعديل لا تثار بشأنه أى مشكلة إلا بصدد القواعد التي تحكم هذا القبول. أما في حالة رفض العامل للتعديل، فإن هذا الرفض يرتب آثاراً تختلف بحسب وصف التعديل وما إذا كان مشروعاً أو تعسفياً.

وعلى ذلك نتناول دراسة آثار التعديل من خلال المطلبين التاليين:

المطلب الأول: آثار تعديل عقد العمل في حالة قبول العامل "آثار التعديل المقبول".

المطلب الثانى: آثار تعديل عقد العمل في حالة رفض العامل "آثار التعديل المرفوض".

المطلب الأول

آثار التعديل المقبول

تمهيد و تقسيم: إذا قبل العامل التعديل الذي أجراه صاحب العمل على عقد العمل فإن العامل يلتزم هنا بتنفيذ العمل وفقاً للتعديل الذى تم، ولكن المشاكل التي تثار هنا هي كيفية تعبير العامل عن قبوله للتعديل وأيضاً تحديد أثر قبول العامل للتعديل على عقد العمل الأصلي وهذا ما سنتناول بيانه في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: تعبير العامل عن قبوله للتعديل.

الفرع الثاني: أثر قبول العامل للتعديل على العقد.

الفرع الأول

تعبير العامل عن قبوله للتعديل

يتخذ تعبير العامل عن قبوله للتعديل عقد العمل صورة من اثنين، إما تعبير صريح دال على قبول العامل للتعديل دون أدنى شك فيه، وإما تعبير ضمني يستخلص من سلوك العامل على نحو معين أو من الظروف المحيطة. وبذلك فإن قبول العامل للتعديل الصادر عن صاحب العمل لعقد العمل قد يكون قبول صريح أو قبول ضمني ونوضح ذلك كما يلي:

أولاً: القبول الصريح للتعديل: موافقة العامل الصريحة على حق صاحب العمل في إجراء تعديل لعناصر عقد العمل، قد تكون سابقة على إجراء التعديل، وقد تكون لاحقة على إجرائه.

١- **الموافقة السابقة على التعديل:** يقصد بالقبول السابق على إجراء التعديل، ذلك القبول الذي يصدر من العامل عند إبرام عقد العمل على حق صاحب العمل في تعديل العقد دون الرجوع إليه. وقد ينصرف قبول التعديل حينئذ إلى عنصر معين أو عناصر معينة في عقد العمل وهو ما يسمى بالقبول الخاص، وقد ينصرف إلى كل تعديل يجريه صاحب العمل في عقد العمل أثناء تنفيذه وهو ما يسمى بالقبول العام^١.

ولكن نظراً لأن القبول العام للتعديل قد يستغله صاحب العمل كطريق لإنهاء العقد مع تحميل العامل مسئولية الانهاء، إذ ما عليه إلا أن يجري تعديلاً من العقد

^١ - هذا وقد يتمثل هذا القبول بنص إما في عقد العمل الفردي أو في اللائحة الداخلية للمشروع أو في اتفاق العمل الجماعي. د. محمد عبد الغفار البيسوي، المرجع السابق، ص ٢٢٦. د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ١١١.

Despax (M.) et Pélissier (J.), op. cit., p. ٢٥٨ et s. Duporilot (J.), op. cit., p. ٥٥-
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

لا يقبله العامل، فإن هذا القبول يعد باطلاً. ومن ثم يجوز للعامل رفض التعديل الذي يستند إلى هذا النوع من القبول دون أدنى مسؤولية عليه^١.

وفي ضوء ما تقدم نجد أن قبول العامل مقدماً للتعديلات التي يجريها صاحب العمل مستقبلاً في عنصر أو أكثر من عناصر عقد العمل. في رأي البعض. لا يعني صحة هذه التعديلات دون قيد أو شرط، بل يتعين لصحة هذه التعديلات أن يكون لها مبرر مقبول يتعلق بمصلحة العمل من ناحية وأن تكون مطابقة لتلك التعديلات التي وافق عليها العامل مقدماً من ناحية ثانية^٢.

كما أن طبقاً لشرط المرونة الجغرافية يلتزم العامل بقبول كل التعديلات الخاصة بأماكن العمل، فإذا تعلقت الموافقة السابقة بعنصر أو أكثر من عناصر عقد العمل فإنها تكون صحيحة، وملزمة للعامل، ومن ثم يكون مسئولاً عن الآثار التي تنجم عن رفضه تنفيذ التعديل الذي يجريه رب العمل تنفيذاً لهذه الموافقة، ويكون مسئولاً عن إنهاء العقد الذي قد يترتب على رفضه للتعديل^٣.

١- هذا مع أن الموافقة العامة هذه تختلف عن موافقة العامل على مرونته، إذ يقصد من هذه المرونة موافقة العامل مقدماً على عدم ثباته في وضع معين، بما يحق لصاحب العمل معه إجراء تعديل في مكان أو زمان تنفيذ العمل أو اختصاص العامل. فإذا وافق العامل على هذا الشرط فإنه يلتزم بتنفيذه عندما يقوم صاحب العمل بإجراء تعديل هذه العناصر. وليس للعامل أن يعترض على هذا الشرط وهذا التعديل. وعدم تنفيذ العامل لالتزامه بقبول تعديل العقد يجعله متسبباً في إنهاء العقد، بسبب خطئه الجسيم في الامتناع عن تنفيذ التزامه أو بسبب استقالته إذا عبر عنها بإرادة جادة دون غموض لترك المشروع. راجع، د. محمود جمال الدين زكي، عقد العمل، المرجع السابق، ص ٨٦٥. د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ٣٣٧.

Rany (J. E.) et Mousseron (P. H.), op. cit., p. ١١٩-

٢- هذا ويفترض مطابقة التعديل الذي يجريه صاحب العمل للتعديل الذي قبله العامل مقدماً عند إبرام العقد. فإذا ادعى العامل عدم المطابقة جاز للقاضي الموضوع أن يفصل في ذلك على أن يراعى أن يقبل العامل مقدماً للتعديل له صفة

استثنائية مما يتعين عدم التوسع في تفسيره. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١١١-١١٢.

٣- حيث يلتزم أن يكون للتعديل الذي يجريه صاحب العمل هنا أيضاً مبرراً مقبولاً يتعلق بمصلحة المشروع وإلا كان تعديل تعسفي. كما أن موافقة العامل مقدماً على حق صاحب العمل في تعديل العقد أصلاً مخالف للمبادئ العامة فيما يتعلق بأثر القوة الملزمة للعقد، فإنه يجب أن تكون لهذه الموافقة صفة استثنائية لا يجب التوسع فيها. وللقاضي سلطة تقديرية في تفسير شرط الموافقة السابقة وفي بيان مدى مطابقة التعديل له. د. محمود جمال الدين زكي، المرجع السابق، ص ٤٨٩. د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ٣٢٩.

Teyssie (B.). Dr. Soc. ١٩٨٦, op. cit., p. ٨٥٨-

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

الموافقة اللاحقة على التعديل: يقصد بالموافقة اللاحقة على

التعديل، القبول الذي يصدر من العامل بعد تعديل صاحب العمل لعنصر أو أكثر من عناصر عقد العمل أثناء سريانه^١.

ويكون تعبير العامل عن قبول التعديل صريحاً، إذا كان المظهر الذي اتخذته كتابة أو كلاماً أو إشارة يكشف عن الإرادة حسب المؤلف بين الناس أو كانت لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود^٢.

هذا وقد ينص في عقد العمل ذاته أو في الاتفاقيات الجماعية على أن يكون قبول العامل للتعديل كتابة. كما قد يشترط القانون في بعض الأحيان قبول العامل كتابة لتعديل العقد. كما هو الحال بالنسبة لما نصت عليه نصوص القانون الحالي من أنه لا يجوز لصاحب العمل أن ينقل عاملاً بالأجر الشهري إلى فئة عمال المياومة أو العمال المعينين بالأجر الأسبوعي أو بالساعة أو القطعة إلا بموافقة العامل كتابة، وذلك وفق المادة رقم (٤٠) من قانون العمل الحالي رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣.^٣

فنظراً لما يتضمنه نظام الأجر الشهري من مزايا للعامل فقد اشترط المشرع في المادة رقم ٤٠ من قانون العمل الحالي في قبول العامل تعديل هذا النظام أن يكون هذا القبول لهذا التعديل مكتوباً، مما يستتبع عدم اعتبار سكوت العامل على تعديل الوفاء بالأجر قبولاً ضمناً منه لتغيير طريقة تحديده. وإذا وافق العامل كتابة على تعديل طريقة تقدير أجره، فإنه يبقى مع ذلك محتفظاً بالحقوق التي كسبها قبل نقله من فئة عمال المشاهدة وفق ما تقضى به القواعد العامة. وأما بالنسبة للمدة اللاحقة

^١ د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١١٢.

^٢ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، العقد، الجزء الأول، طبعة ١٩٨١، ص ٢١٧.

^٣ وهذا وإذا كان التعبير عن موافقة العامل للتعديل شفوياً فإن على صاحب العمل أن يقيم الدليل عليها في حالة النزاع بكافة طرق الإثبات المقبولة قانوناً. د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ٣٤٠.

Lyon- Caen (G.) et Pélissier (J.), op. cit., ١٩٨٨, p. ٢٠٠, N. ٢٧٤. et Camerly Nck (G. H.), - op. cit., ١٩٨٨, p. ١٦٠, N. ٢٨٧

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

على التعديل، فإنه يعامل خلالها نفس معاملة زملائه في الفئة الجديدة، التي نقل إليها حتى ولو نقض أجره الحالي عن الأجر السابق طالما لم ينقص عن الحد الأدنى المقرر قانوناً^١.

وهنا السؤال يكون عن الأثر المترتب على انعدام الكتابة في القبول عندما يتطلب توافرها، يختلف هذا الأثر بحسب الغرض المقصود من الكتابة. فإذا كان المقصود من القبول الكتابي أن تكون الكتابة ركناً أساسياً في القبول، فإن هذا القبول لا يتم بدون الكتابة، ومن ثم لا يستطيع صاحب العمل إثبات قبول العامل للتعديل بأي وسيلة أخرى غير الكتابة^٢.

أما إذا كان المقصود من اشتراط الكتابة في قبول التعديل أنها للإثبات وليست للانعقاد، فإن القبول يوجد بمجرد التعبير عنه من العامل بأي صورة من صور التعبير. غير أن صاحب العمل لا يجوز له . من حيث المبدأ . إثبات هذا القبول عند المنازعة فيه إلا بالكتابة^٣.

وسواء تم إثبات قبول العامل للتعديل بالكتابة أو غيرها من وسائل الإثبات فإنه يشترط ألا تكون إرادة العامل بقبول التعديل مشوية بعبء من عيوب الإرادة وإلا كان قبول العامل للتعديل قابلاً للإبطال لمصلحة العامل. ذلك أن القبول المعول عليه هو القبول الحر الواضح الذي يصدره العامل بعد فترة معقولة للتفكير^٤.

^١ - د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ١١٢ - ١١٣. د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ١١٣.

^٢ - وهنا لا يمكن لصاحب العمل إثبات قبول العامل للتعديل بأي وسيلة أخرى غير الكتابة حتى ولو بما يقوم مقام الكتابة لأن الكتابة المتطلب هنا للانعقاد وليس لإثبات. د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ٣٤٣ - ٣٤٤. وراجع في شأن الكتابة المتطلب للانعقاد وتلك المتطلب للإثبات د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام في العقد، مرجع سابق، ص ١٨٨.

^٣ - حيث وفقاً لأحكام قانون الإثبات يجب إثبات قبول التعديل بالكتابة، وعليه يجوز استثناءاً للإثبات بشهادة الشهود في حالة وجود مبدأ ثبوت بالكتابة، حالة وجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي، حالة فقد السند الكتابي بسبب أجنبي، فإذا توافرت حالة من هذه الحالات يجوز لصاحب العمل إثبات قبول العامل للتعديل بشهادة الشهود. د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، عام ١٩٦٧، ص ٤٩٨. د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ٣٤٤ وما بعدها.

^٤ - Brun (A.) et Galland (H.), op. cit., ١٩٨٧, p. ٧٥٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

كما يشترط في قبول العامل للتعديل الذي أجراه صاحب العمل أن يكون شخصياً أي صادراً من العامل نفسه إذ أن قبول العمال أو أغليبتهم لتعديل أجراه صاحب العمل ليس من شأنه أن يفرض على عامل معين قرر رفض هذا التعديل^١.

ثانياً: القبول الضمني للتعديل: يقصد بالقبول الضمني للتعديل ذلك القبول الذي يتم التعبير عنه بوسيلة لا تدل مباشرة على حقيقة المعنى المقصود- حيث لم ينص القانون أو الاتفاق على أن يكون القبول صريحاً- وهو قبول التعديل ولكن ظروف الحال تسمح بتفسيرها في هذا المعنى وترجيح المعنى المقصود على غيره من المعاني المحتملة^٢.

والقبول الضمني شأنه شأن القبول الصريح قد يكون قبول سابق على إجراء صاحب العمل لتعديل العقد أو يكون لاحقاً على إجراء صاحب العمل للتعديل.

١- القبول السابق على التعديل: يقصد بالقبول الضمني السابق على التعديل ذلك القبول الذي يوافق فيه العامل على التعديل غير الجوهري لعقد العمل مقدماً عند إبرام عقد العمل وفقاً لما تقتضيه مصلحة العمل. فالعامل بمجرد قبوله العمل، يكون قد قبل الخضوع لسلطة صاحب العمل وما يستتبع ذلك من قيام الأخير بممارسة سلطة الإدارة والتي قد تقتضي إجراء تعديل غير جوهري في عقد العمل^٣.

٢- القبول اللاحق للتعديل: يتحقق القبول الضمني اللاحق، عندما يقوم صاحب العمل بإجراء تعديل ما في عقد العمل، فيسلك العامل مسلكاً يدل على قبوله

Camerly Nck (G. H.), Encyclopédie Dalloz, op. cit., p. ٣, No. ٢٢. Camerly Nck (G. H.), op. cit., (١٩٨٢), p. ٤١٤, No. ٣٨٧.

د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١١٤.

١- د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ٣٤٨-٣٤٩.

٢- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، سنة ١٩٨٧، ص ١٣٧.

٣- حيث أن موافقة العامل على أن يضع نفسه في علاقة تبعية مع صاحب العمل تفترض قبول العامل ضمناً الخضوع لسلطة صاحب العمل في الإدارة، ولاسيما الخضوع لسلطته في التعديل غير الجوهري لعقد العمل. وهذا هو المقصود بالقبول الضمني السابق على التعديل.

Teyssie (B.), Dr. Soc. ١٩٨٨, N. ١٢, op. cit., p. ٨٥٧-

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

لهذا التعديل، كشيغله للوظيفة أو الاختصاص الجديد أو انتقاله إلى المكان الجديد أو تسلم عمله ليلاً بدلاً من العمل نهاراً أو استلامه الأجر بعد التعديل كل ذلك دون معارضة أو تحفظ^١. فإرادة العامل الواضحة بقبوله التعديل، يمكن أن تستنتج من عدة عناصر، من بينها الاستمرار في تنفيذ التعديل مدة معقولة^٢.

ومن الجدير بالذكر أن محكمة النقض الفرنسية انتهجت منهجين مختلفين تجاه تفسير استمرار العامل في العمل مدة طويلة بعد إخطاره بالتعديلات الجوهرية المقترحة، يفصل بينهما حكمها الصادر في ٨ أكتوبر ١٩٨٧^٣.

ففي المرحلة السابقة على صدور حكم ٨ أكتوبر سنة ١٩٨٧ كانت ترى أن بقاء العامل في عمله مدة طويلة بعد تنفيذه للتعديلات الجوهرية التي أجراها صاحب العمل، يعني قبولاً ضمناً لهذه التعديلات حتى ولو أبدى معارضة أو تحفظاً عليها، طالما لم يقترن هذا التحفظ أو تلك المعارضة بترك العامل لعمله^٤.

وعلى ذلك ترى أن السبيل الوحيد أمام العامل للتعبير عن عدم قبوله أو رفضه لهذه التعديلات، هو ترك العمل واللجوء إلى القضاء لإثبات أن انحلال الرابطة العقدية نتج عن أخطاء صاحب العمل برفضه تلك التعديلات الجوهرية على العقد^٥.

^١ - راجع في شأن القبول الضمني عامة د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الالتزامات، نظرية العقد والإرادة المنفردة، ١٩٨٧، ص ١٣٧.

Brun (A.) et Galland (H.), op. cit., ١٩٨٧, p. ٧٥٥.

Camerly Nck (G. H.), Encycloédie, Dalloz, p. ٤, N. ٣٨.

^٢ - د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ١١٦. قارب د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ٣٥١.

Teyssie (B.), Dr. Soc. ١٩٨٦, No. ١٢, op. cit., p. ٥٨٩.

^٣ - راجع في ذلك :

Teyssie (B.), Code du Travail Litec, ١٩٨٩, p. ٤٧ et Cass. Soc. ١٠ et ٢٣ Avril, ١٩٨٦, Dr. -

Soc. ١٩٨٦, N. ١٢, pp. ٨٦٩- ٨٧١

Cass. Soc. ٨ oct., ١٩٨٧, Dr. Soc. ١٩٨٨, N. ٢, fev., pp. ١٤١- ١٤٠.

Teyssie (B.) Code du Travail, Litec, ١٩٨٩, p. ٤٧, No. ٢٣٢.

^٤ - Cass. Soc. ٩, ١٠ et ٢٣ Avril, ١٩٨٦, Dr. Soc., ١٩٨٦, N. ١٢, p. ٨٦٩ et s.

^٥ - مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ولقد تعرض هذا القضاء للنقد الشديد من قبل الكثير في الفقه الفرنسي^١ وذلك لسببين، السبب الأول أن تعليق فاعلية معارضة العامل وتحفظاته على التغييرات المقترحة على شرط تركه العمل واللجوء إلى القضاء طالباً بإنهاء العقد، يمكن أن يعرضه للمسئولية عن هذا الإنهاء إذا قضى بعدم جوهريّة التعديلات، الأمر الذي يجعل مسلك العامل وكيف حينئذ على أنه إخلال منه بالتزامه العقدي وما يستتبع ذلك من جواز فصله وحرمانه من حقوقه المالية التي يقرها القانون أو العقد.

والسبب الثاني يتمثل في أن اقتضاء ترك العامل عمله للتعبير عن رفضه للتعديل الجوهري، سوف يفتح لصاحب العمل باباً للتخلص ممن لا يرغبهم من العمال. إذ يكفي أن يقترح تعديلاً جوهرياً يرفضه العمال الذين يمتنعون عن أداء أعمالهم فيكيف مسلكهم هذا على أنه خطأ جسيم يجيز لصاحب العمل إنهاء عقودهم دون أدنى مسئولية عليه.

وهكذا فإن القضاء السابق يضع العامل بين خيارين كلاهما مر، فإما أن يقبل التعديل الجوهري الذي يرفضه صاحب العمل رغماً عنه وإما أن يرفضه مع المخاطرة بإنهاء عقده وفقد وظيفته واحتمال عدم حصوله على تعويض.

وعلى ذلك عدلت محكمة النقض الفرنسية عن هذا المسلك وتبنت اتجاهًا جديدًا تمثل في حكمها الصادر في ٨ أكتوبر عام ١٩٨٧ مضمونه أن استمرار العامل في عمله ولو لمدة طويلة بعد اعتراضه على التعديل الجوهري الذي أجراه صاحب العمل، لا يعني بالضرورة قبول العامل لهذا التعديل وأن على صاحب العمل أن يتحمل المسئولية المترتبة على إنهاء العقد إذا رد على رفض العامل للتعديل بإنهاء العقد^٢.

^١ - Savatier (J.), La réduction du Salarie inexécution ou modification unilaterale du

Contrat de Travail, Dr. Soc. ١٩٨٦, N. ١٢, p. ٨٦٨ et s.

قارب د. محمد عبد الغفار البيسوني، المرجع السابق، ص ٣٥٣. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١١٧.

^٢ - ومن تطبيقات هذا الاتجاه للقضاء الفرنسي أيضًا

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وتتلخص وقائع حكم محكمة النقض الفرنسية الصادر في ٨ أكتوبر ١٩٨٧ في أن صاحب العمل قام بتعديل عقد العمل لعاملين بحرمانهما من بعض زيادة الأجر ابتداء من عام ١٩٧١ حتى تاريخ انتهاء عقدهم لسبب اقتصادي في عام ١٩٨١، أي انهما ظلا محرومين من هذه الزيادات لمدة عشر سنوات متتالية وعندما طالبا باسترجاع هذه الأجر رفضت محكمة الموضوع استناداً إلى استمرارهما في العمل بعد التعديل وذلك في رأيها يعد قبول للتعديل بصرف النظر عن اعتراضهما عليه، فلما طعن في حكم الاستئناف أمام محكمة النقض قضت بهذا المبدأ الجديد^١.

وعلى ذات النهج سار القضاء الفرنسي حيث رفض استخلاص القبول الضمني عن العامل للتعديلات الجوهرية من مجرد استمرار العامل في العمل لمدة سنوات (طلالت أو قصرت) رغم اعتراض العامل على هذه التعديلات^٢.

ويستفاد من مسلك القضاء الأخير هذا أن استمرار العامل في العمل وفقاً للتعديل الذي أجراه صاحب العمل في العقد، ليس كافيًا بذاته لاستخلاص قبول العامل للتعديل، بل لا بد من عناصر أخرى بجانب الاستمرار في العمل حتى يمكن هذا الاستخلاص، مثل عدم اعتراض العامل أو تحفظه على التعديل وألا يكون هناك غموض في مسلك العامل طوال مدة الاستمرار في العمل وفقاً للتعديل^٣.

Cass. Soc. ٩ Juin ١٩٨٨. Cass., pal. ١٨ fev. ١٩٨٨, p. ١٧. Cass. Soc. ٧ fev. ١٩٩٦. Dr. Soc. - ١٩٩٠. N. ٦. Juin. ١٩٩٠ (press de Cinq ans).

^١ - وهذا فعلاً ما كان يتمناه الفقه الفرنسي آنذاك.

Cass. Soc. ٨ oct. ١٩٨٧ Dr. Soc. ١٩٨٨, N٢, p. ١٤٠-

^٢ - Cass. Cos. ٩ Juin. ١٩٨٨. Gaz. Pal. ١٨ fev., ١٩٨٨, p. ١٧. Cass. Soc. ٧ fev. ١٩٩٠. Dr. Soc. ١٩٩٠, No. ٦. Juin, ١٩٩٠, ٤٩٩ "pers de cinq ans".

^٣ - حيث ليس من المنطق استخلاص قبول العامل للتعديل الجوهري في نفس الوقت الذي أفصح فيه عن إرادته برفض هذا التعديل.

Cass. Soc. ٧ fevr. ١٩٩٠, Gaz. Pal. ١٩٩٠ "٢ sem", p. ١٤٤-

Morand (M.), op. cit., ١٩٩٢, p. ٣٢ et p. ١٣٨-

Boubli (B.) mise en oeuvre de la modification du Contrat de Travail, Dr. Soc. ١٩٩٠, p. - ٤٩٥

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وعلى ذلك فإنه إذا ما قام صاحب العمل مثلاً بإجراء تعديل تخفيض في نسبة العمولة المتفق عليها، فإن ذلك يشكل تعديلاً جوهرياً في أجر العامل، فإذا استمر العامل في العمل بعد هذا التعديل مدة كافية، دون اعتراض منه فإنه يمكن استنتاج موافقته الضمنية على التعديل، وليس له الحق بعد ذلك في المطالبة باحتساب عمولته على أساس المعدل الأصلي قبل التعديل^١.

الفرع الثاني

"أثر قبول التعديل"

إذا قبل العامل تعديلاً أجراه صاحب العمل، فمن البديهي أن يلتزم العامل بتنفيذ العقد بالشروط الجديدة التي قبلها^٢. والسؤال الذي يطرح نفسه هنا هو هل قبول العامل للتعديل يؤدي إلى خلق عقد عمل جديد أم أن مضمون الاتفاق اللاحق هو فقط تعديل بعض العناصر في العقد الأصلي مع بقاء هذا الأخير واستمراره^٣؟ وفي شأن الإجابة على هذا السؤال اختلفت الآراء و لكن نقتصر على تناول الراجح منها فقط كما يلي:

قبول العامل للتعديل أيًا كانت طبيعة هذا التعديل، لا يعتبر في رأى البعض من الفقه ويحق قبولاً لإيجاب موجه من صاحب العمل إلى العامل لإبرام عقد عمل جديد وإنما هو مجرد قبول للتعديل الذي أجراه صاحب العمل لبعض عناصر العقد مع استمراره قائماً بالنسبة لباقي عناصره التي لم يتناولها التعديل. وبعبارة أخرى فإن قبول العامل يتم في إطار العلاقة العقدية الأصلية^٤.

^١ Ph.Waquetm "le Cass. Soc. ٢٧ Juin ١٩٩١. Gaz. Pal., ١٩٩٠, (٢ em), Somm, p. ٣٨٩. renouveau du contrat de travail " RJS.٥/٩٩, p٣٨٣.

^٢ د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٢٠.

^٣ المرجع السابق، نفس الموضوع، د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ١١٣.

^٤ د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٢٠. د. أنور أحمد الفزيع، المرجع السابق، ص ١١٣. د.

رمزى فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٥٢-٣٥٣.

- ٢. Alain Gallozi, La modification d'obligation par la valante des parties, L.G.D.J. ١٩٨٠, p. ٢. et s

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ويستند هذا الرأي إلى أمرين^١:

الأول: أن هذا التفسير هو الأقرب إلى قصد الطرفين حيث لم يقصد صاحب العمل أو العامل على الإطلاق إنهاء العقد القائم بينهما وإبرام عقد جديد يحل محله، بل قصدا على العكس من ذلك الإبقاء على العقد الأصلي مع تغيير بعض عناصره استجابة لمقتضيات العمل.

والثاني: أن تعديل صاحب العمل لبعض عناصر العقد وقبول العامل لهذا التعديل يعنى تجديد العناصر التي تناولها التعديل أى انقضائها واستبدالها بعناصر جديدة. ويترتب على التكييف السابق لأثر قبوله التعديل على العقد الأصلي، أن ينقضى الالتزام القديم وأن يحل محله الالتزام الجديد الذى ترتب على التعديل^٢.

وتطبيقاً لاثر قبول التعديل هنا نجد حكماً قضائياً مصرحاً بقضى بأنه "إذا وافق العامل كتابة على نقله من سلك عمال المشاهدة إلى سلك من يتقاضون أجورهم بطريقة أخرى، فإن هذا التعديل في طريقة احتساب الأجر لا ينطوي على مخالفة القانون ويتعين إعماله"^٣.

وفي فرنسا قضى بأنه إذا تم تخفيض أجر العامل، فلا يجوز له أن يطالب صاحب العمل بالأجر وفق بنود العقد قبل التعديل، طالما أن التخفيض تم بعد قبوله. وأنه إذا وافق العامل على العمل في المكان الجديد الذى نقل إليه، فلا يستطيع أن يعدل عن قبوله، ويطالب بالعمل في المكان السابق الذى حددته بنود

^١ - د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٥٣.

^٢ - المرجع السابق، نفس الموضوع.

^٣ - نقض مدنى مصرى ٢٧ ديسمبر ١٩٧٥، مجموعة أحكام النقض، ص ٢٦، ص ١٦٩٩. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العقد قبل التعديل^١. وكذلك لا يجوز للعامل أن يطالب عقب فصله بفروق الأجر بين العمل الجديد والعمل القديم^٢.

ويتبين من التطبيقات السابقة لدى البعض من الفقه المصري أن القضاء يطبق في حقيقة الأمر القاعدة الواردة في المادة ٣٥٦ فقرة ١ من القانون المدني المصري والتي تقضى بأنه " يترتب على التجديد أن ينقضى الالتزام الأصلي بتوابعه وأن ينشأ مكانه التزام جديد"^٣.

ومع ذلك نؤيد القول بأن قبول العامل للتعديل الذي يجريه صاحب العمل لا يؤدي إلى خلق عقد عمل جديد يحل محل العقد الأصلي وإنما يظل هذا الأخير قائماً مع استبدال بعض عناصره بعناصر أخرى جديدة^٤.

وفي ضوء ما تقدم فإن قبول التعديل الذي أجراه صاحب العمل يؤدي إلى التزام العامل بتنفيذ العقد طبقاً للشروط الجديدة دون أن يكون له الحق في الرجوع في التعديل، اللهم إلا إذا أثبت العامل أن قبوله كان مشوباً بعيب من عيوب الإرادة. إذ يجوز له حينئذ طبقاً للقواعد العامة أن يطلب إبطال التعديل والعودة إلى الالتزام السابق^٥.

هذا ويجب التأكيد على أن طلب إبطال التعديل لتعيب إرادة العامل بأحد عيوب الإرادة لا يتصور إلا بالنسبة للتعديل الجوهري للعقد، لأن هذا النوع من التعديل هو الذي يتطلب موافقة العامل عليه. أما التعديل غير الجوهري للعقد فهو يعتبر . كما

^١ - Cass. Soc. ٢٢ Avril ١٩٧٠, D. ١٩٧٠, Somm. P. ١٦٥. Cass. Soc. ١٣ mars. ١٩٨٨, Bull. No. ١٥١. Cass. Soc. ٥ mai ١٩٧١, D. ١٩٧١. Somm, p. ١١٠

^٢ - حيث كان العامل قد قبل تعديل صاحب العمل، ثم بعد انتهاء عقد العمل طالب صاحب العمل بفروق الأجر قبل التعديل. قارن

- Cass. Soc. ٧ fév. ١٩٩٠, Dr. Soc. ١٩٩٠, Juin ١٩٩٠, p. ٤٩٥.

^٣ - د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٥٤.

^٤ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٢١-١٢٢.

^٥ - انظر في شأن الموافقة المعيبة على التعديل وآثارها، د. محمد عبد الغفار البيونى، المرجع السابق، ص ٣٥٦ وما بعدها. وراجع د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٢٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

عرفنا سابقاً^١. من قبيل ممارسة صاحب العمل لسلطته الإدارية والتنظيمية أكثر من اعتباره تعديلاً للعقد وهو ما يترتب عليه عدم لزوم موافقة العامل عليه^١.

ولعل عيبي الإكراه والتدليس هما أكثر عيوب الإرادة التي قد تشوب إرادة العامل في قبول العامل للتعديل^٢.

المطلب الثاني

أثار التعديل المرفوض

تمهيد و تقسيم: إذا رفض العامل تعديلاً أجراه صاحب العمل، فإن أثر هذا الرفض يتوقف على مسلك صاحب العمل، ومسلك صاحب العمل هنا لا يخرج عن فرض من اثنتين^٣:

١- د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٢٢.

٢- ففي حالة عدم وجود مبرر للتعديل الذي يبتغيه صاحب العمل وإدراك الأخير أن من حق العامل رفض هذا التعديل، فإنه قد يلجأ إلى إكراه العامل أو التدليس عليه لحمله على القبول. كما قد يكون لهذا التعديل ما يبرره إلا أن صاحب العمل قد يستشعر عدم قبول التعديل من جانب العامل والذي قد يترك العمل في حالة إصرار صاحب العمل على التعديل في الوقت الذي يصعب فيه الاستغناء عن العامل بسبب كفاءته أو خبرته في العمل فيقوم صاحب العمل بإكراهه أو التدليس عليه توصلًا إلى قبول هذا التعديل. في مثل هذه الحالات، يجوز للعامل طلب إبطال قبول التعديل في خلال ثلاث سنوات من تاريخ انكشاف التدليس أو انقطاع الإكراه وفي جميع الأحوال خلال خمس عشرة سنة من تاريخ إتمام التعديل والإسقاط الحق في هذا الطلب. ومن المعلوم أن تقرير البطلان يتم بالتراضي أو بالتقاضي أي باتفاق العامل مع صاحب العمل على البطلان أو بلجوء العامل إلى القضاء في حالة عدم الاتفاق. ومتى تقرر البطلان رضاً أو قضاءً عاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التعديل. فإذا كان ذلك مستحيلاً جاز الحكم بتعويض معادل بطلاً للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة ١٤٢ من القانون المدني. وتطبيقاً لذلك إذا كان التعديل الذي تقرر بطلانه هو تخفيض في مرتب العامل مثلاً، وجبت إعادة المرتب إلى معدله الأصلي قبل التعديل واسترداد العامل مقدار الأجر الذي خفض به مرتبه عن المدة السابقة على تقرير البطلان. أما إذا كان التعديل الذي تقرر بطلانه يتمثل في تغيير اختصاص العامل وتم شغل الوظيفة السابقة بعامل آخر، فمن المستحيل حينئذ إعادة العامل إلى ذات وظيفته السابقة ويقتصر حقه على شغل وظيفة مماثلة لوظيفته السابقة على التعديل مع التعرض إن كان له مقتضى. د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ٣٦٠ وما بعدها. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٢٢-١٢٣.

٣- د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٥٤. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٢٤. ذلك حيث أن الأصل هو أن العامل غير ملزم بقبول التعديل الجوهري، بل تظل له الحرية في قبوله أو رفضه. M.Carles, "le refus d'un changement des condtions de .CamerlyNck, op .cit., p. ٤٢١- ٢٠٣, N٧٢٢, RPDS ٢٠٥٥, p.٢٠٣. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الفرض الأول: أن يعدل صاحب العمل عن اقتراح التعديل وفي هذا الفرض يستمر العقد الأصلي بجميع عناصره المتفق عليها ابتداءً دون أى تعديل فيها و لا يملك بالتالى أى من طرفي العقد أن يطالب الآخر بأداء حق أو تنفيذ التزام كان يتضمنه مشروع التعديل .

والفرض الثانى: أن يصر صاحب العمل على وضع اقتراح التعديل موضع التنفيذ في الوقت الذي يتمادى فيه العامل مصرّاً على الرفض، وفي هذا الفرض ليس أمام صاحب العمل سوى إنهاء عقد العمل مع ما يترتب على ذلك من آثار تختلف بحسب ما إذا كان التعديل المرفوض تعديلاً مشروعاً يملكه صاحب العمل أو تعديلاً تعسفياً وبذلك ننتاول دراسة آثار و أحكام التعديل المرفوض من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: رفض العامل للتعديل المشروع.

الفرع الثانى: رفض العامل للتعديل التعسفى.

الفرع الأول

رفض العامل للتعديل المشروع

تمهيد و تقسيم: إذا كان التعديل الذى رفضه العامل مشروعاً وأصر صاحب العمل على تنفيذ هذا التعديل، فإن أثر هذا الرفض يختلف بحسب طبيعة التعديل وما إذا كان تعديلاً غير جوهري أو كان تعديلاً جوهرياً^١. وعلى ذلك ننتاول دراسة هذان التعديلان في الغصنين التاليين:

الغصن الأول: التعديل غير الجوهري.

الغصن الثانى: التعديل الجوهري.

^١ - د. محمد عبد الغفار البسيونى، المرجع السابق، ص ٣٦٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الغصن الأول

التعديل غير الجوهرى

لما كان التعديل غير الجوهرى لعقد العمل يعتبر من قبيل ممارسة صاحب العمل لسلطته الإدارية والتنظيمية، فضلاً عن أن هذا النوع من التعديل لا يرتب ضرراً مادياً أو أدبياً للعامل، فإن هذا الأخير يلتزم بكل تعديل غير جوهرى يطرأ على عقد العمل طالما كان هذا التعديل مشروعاً. حيث ان عنصر التبعية يعبر عن فكرة السلطة التنظيمية لصاحب العمل و وجوب خضوع العامل لها و من ثم التزامة بإطاعة أوامر رب العمل التى من ضمنها التعديل غير الجوهرى تعبيراً عن السلطة التنظيمية. فإذا رفض العامل تعديلاً غير جوهرياً وكان هذا التعديل مشروعاً فإن الأمر لا يخرج عن أحد احتمالين^٢:

الاحتمال الأول: أن يترك العامل عمله، وفي هذه الحالة وكيف ترك العمل على أنه استقالة ضمنية من العمل وبالتالي سوف يلتزم العامل بتعويض صاحب العمل عن عدم مراعاة مهلة الإخطار فضلاً عن تعويضه عن هذا الإنهاء التعسفى أى الإنهاء غير المشروع.

الاحتمال الثانى: أن يستمر العامل في تنفيذ عمله رافضاً التعديل. وفي هذه الحالة يعد العامل مرتكباً خطأ جسيماً يتمثل في امتناعه عن تنفيذ العمل المسند إليه

^١ - حيث أن ممارسة صاحب العمل لسلطة هنا تعد تنفيذ للعقد وليس تعديلاً. وهذا التعديل غير الجوهرى يعد في نظر البعض من الفقه وبحق واجب من ضمن واجبات العامل وفقاً لنص المادة رقم ٥٦ من قانون العمل. راجع د. همام محمد زهران، ص ٢٩٤ - ٢٩٥. د. محمد عبد الغفار البسيونى، المرجع السابق، ص ٣٧٠.

- Savatie, (J.) Dr. Soc., op. cit., ١٩٨١, N. ٣, p. ٢٢١. Lyon-Caen. (G.) et Pélissier (J.), op. cit., ١٩٨٨, p. ٣٠٨, N. ٢٧٢.
- Couturier (G.), op. cit., p. ٢٣٥, N. ٢٢.

- Chauvy (Y.), Le refus d'une modification Non substantielle du Contrat de Travail, - Licenciement par L'employeur et imputabilité de La rupture au salarié, Dr. Soc. ١٩٩٢. No. ٩-١٠, p. ٨١٩.

^٢ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٢٥ - ١٢٦. د. محمد عبد الغفار البسيونى، المرجع السابق، ص ٣٧٠ - ٣٧١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وفقاً للتعديل، مما يعطى لصاحب العمل الحق في فسخ العقد طبقاً للمادة رقم ٦٩ من قانون العمل دون إلزام عليه بتعويض العامل لا عن عدم مراعاة مهلة الأخطار بالرغبة في الإنهاء ولا عن الإنهاء ذاته^١.

على الرغم من أن صاحب العمل هو المسئول شكلياً عن قرار الإنهاء. إذ هو الذى اتخذ هذه المبادرة. إلا أن العامل هو المسئول موضوعياً عن هذا الإنهاء برفضه تعديلاً غير جوهري. فالعبارة بتحمل آثار الإنهاء تكون على من تسبب فيه بصرف النظر عن أخذ المبادرة بهذا الإجراء^٢.

وهكذا يتعين التمييز بين مبادرة الإنهاء وبين المسئولية عنه. وقد قنن المشرع هذه الفكرة في المادة ١/٦٩٦ من القانون المدني بقوله "يجوز الحكم بالتعويض عن الفصل ولو لم يصدر هذا الفصل من رب العمل إذا كان هذا الأخير قد دفع العامل بتصرفاته وعلى الأخص بمعاملته الجائزة أو مخالفة شروط العقد إلى أن يكون هو في الظاهر الذى أنهى العقد"^٣.

الفصل الثاني

"التعديل الجوهري"

^١ - ويلاحظ ان صاحب العمل يلتزم قبل توقيع جزاء الفصل بأن يعرض الأمر على اللجنة الثلاثية وإلا اعتبر قرار الفصل كأن لم يكن مع التزام صاحب العمل بأجر العامل. ونرى سريان ذلك أيضاً في حالة التعديل الجوهري لظروف اقتصادية بدلاً من الإنهاء. د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٤٣. طعن رقم ٤٤٤ لسنة ٣٥ ق جلسة ١٩٧٢/٢/٢، ص ١٩٩، ص ٢٠١. إذا رفض العامل تنفيذ قرار نقله - حيث يكون قراراً مشروعاً، فإن لصاحب العمل ان ينهى علاقة العمل. د. محمد عبد الغفار البيسوي، المرجع السابق، ص ٣٧١.
Cass. Soc. ١٦ mars. ١٩٨٣. ٦ mars. ١٩٨٥، ١١ Juil. ١٩٨٥. Cah. Prud'h ١٩٨٦, p. ١٢. Cass. - Soc. ٢٠ déc. ١٩٨٩ in Lamy Soc. ١٩٩٢. No. ٢٨٠. Cass. Soc. ٢١ Janr, ١٩٨٦, Dr. Soc. ١٩٨٦. P. ٨٦٥

^٢ - عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ١٢٦.

-Savatier (J.) Dr. Soc. op .cit., ١٩٨١, No. ٣, p. ٢٢١.

^٣ - حيث يرى بعض الفقهاء وبحق أنه برغم عدم وجود نص في قانون العمل المصري يقابل نص المادة ١/٦٩٦ مدني مصري إلا حكم النص الأخير يمتد إلى عقود العمل الخاضعة لقانون العمل وغيره باعتبار أن هذا القانون - أي القانون المدني - هو الشريعة العامة التي تنطبق أحكامها على علاقات العمل عند عدم وجود قواعد تحكمها في قانون العمل. د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٥٥ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

إذا كان لصاحب العمل حق إجراء تعديل جوهري في عقد العمل طالما كان هذا التعديل مشروعاً أي له ما يبرره من ظروف المشروع أو ظروف العامل على نحو ما اتضح لنا سابقاً، فإن للعامل . في المقابل . حق رفض هذا التعديل لما ينطوي عليه من مساس بحقوقه ومكاسبه، دون أن يتحمل أية مسؤولية عن الآثار التي تنجم عن هذا الرفض^١. وإذا يرفض العامل تعديلاً جوهرياً مشروعاً، فإن الأمر لا يخرج عن أحد احتمالين^٢:

الاحتمال الاول: أن يعدل صاحب العمل عن فكرة التعديل فيستمر العقد بنفس شروطه الأصلية. فلا مجال للحديث عن آثار التعديل حيث يظل اداء العمل وفق شروطه الاولية أو الاصلية.

الاحتمال الثاني: أن يصير صاحب العمل على تنفيذ التعديل في الوقت الذي يصير فيه العامل على رفضه التعديل. وإزاء هذا الموقف فلا مفر عن إنهاء العقد من جانب صاحب العمل أو العامل.

فإذا أخذ صاحب العمل المبادرة بالإنتهاء، فإنه يلتزم . قبل اتخاذ هذا الإجراء . بإخطار العامل بالرغبة في الإنتهاء والانتظار حتى انتهاء مهلة الإخطار^٣، فإذا أنهى صاحب العمل العقد دون إخطار منه للعامل أو بإخطار لم تراخ فيه المهلة المحددة كاملة فإنه يلتزم بتعويض العامل عن كل أو بعض المهلة على حسب الأحوال^٤.

^١ - د. محمد عبد الغفار السيوني، المرجع السابق، ص ٣٧٣.

Lyon- Caen (G.) et pélessier (J.), op. cit., ١٩٨٠, p. ٢٨١-

^٢ - د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ١٢٧. قارب. د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٥٤.

^٣ - هذا ويلاحظ أن القانون الفرنسي يفرض في مثل هذه الأحوال إلى جانب وجوب مراعاة الأخطار ومهلتها إجراءات أخرى مثل وجوب استدعاء العامل ومقابلته والتحدث معه على التعديل ومعرفة موقفه منه. وهذه المقابلة لا تعفى صاحب العمل من وجوب الإخطار ومراعاة مهلة الإخطار إذا أصر على الإنتهاء.

Brun (A.) et Gerlland (H.), op. cit., ١٩٧٨, No. ٤, p. ٧٥٧-

.Savatier (J.) Dr. Soc. ١٩٨١, p. ٢٢٣, Camerly Nck (G. H.), op. cit., ١٩٨٢, N. ٣٩٦, p. ٤٢٥-

^٤ - Savatier (J.), Dr. Soc. ١٩٨١, op. cit., p. ٢٢٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

هذا ويلاحظ أنه لما كان التعديل الجوهري مشروعاً وكان إنهاء صاحب العمل للعقد نتيجة رفض العامل لهذا التعديل، فإن العامل لا يستحق تعويضاً ما عن هذا الإنهاء لعدم صدور خطأ من صاحب العمل في إجراء تعديل مشروعاً. كما ان صاحب العمل غير ملزم بمثل هذا الاخطار في حالة الانهاء لاسباب اقتصادية طالما تم ذلك الانهاء في اطار تطبيق المادتين ١٩٨، و٢٠١ من قانون العمل خاصة في حالة الانهاء اللاحقة للتعديل الجوهري لشروط العمل لاسباب اقتصادية بدلاً من الاغلاق أو تقليص حجم او نشاط المنشأة و مع ذلك رفضه العامل، و من ثم فلا مجال للالتزام صاحب العمل بالتعويض طالما تقيّد بالمنصوص عليه في المواد ارقام ١٩٨ و ٢٠١ سالفتي الذكر.

أما إذا كان العامل هو الذي أخذ المبادرة بإنهاء العقد عن طريق الاستقالة من العمل، فإنه لا يلتزم بإخطار صاحب العمل برغبته في الإنهاء قبل هذه الاستقالة، لأن هذا الأخير هو المتسبب في إنهاء العقد، لكونه اقترح تعديلاً جوهرياً لعقد العمل حتى ولو كان هذا التعديل مشروعاً^٢.

الفرع الثاني

رفض التعديل التعسفي

تمهيد و تقسيم: إذا كان لصاحب العمل السلطة في إجراء تعديل في عقد العمل طبقاً للضوابط والأحكام والقيود المنظمة لهذا التعديل، إلا أنه قد يجرى هذا التعديل دون أدنى مراعاة لتلك الضوابط، مما يعد ذلك تعديلاً تعسفياً لعقد العمل، والتعديل التعسفي لعقد العمل هو ذلك الذي يتم في إحدى صور التعسف العامة التي نصت عليها المادة رقم ٥ من القانون المدني أو إحدى صور التعسف الخاصة

^١ - د. محمد عبد الغفار البيهوني، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

-Savatier (J.). Dr. Soc. ١٩٨١, op. cit., p. ٢٢٥.

^٢ - د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٤٤ وما بعدها. د. محمد عبد الغفار البيهوني، المرجع السابق، ص ٣٧٦ - ٣٧٥.

-Savatier (J.) Dr. Sex. ١٩٨١, op. cit., p. ٢٢٤ -

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بعقد العمل. وإذا كان التعديل تعسفياً فمن حق العامل رفض هذا التعديل، ولكن كيف يمكن إثبات التعسف في التعديل؟ وما أثر رفض العامل للتعديل التعسفي؟^١.
وندرس الإجابة على كل ذلك في الغصون التالية:

الغصن الأول: إثبات التعسف في التعديل.

الغصن الثاني: أثر رفض العامل للتعديل التعسفي.

الغصن الأول

إثبات التعسف في التعديل

لما كان تعديل عقد العمل حق لصاحب العمل وكان الأصل أن ممارسة صاحب الحق لحقه تكون مشروعة، فإن عبء إثبات التعديل التعسفي . سواء كان هذا التعديل جوهرياً أو غير جوهري . يقع على عاتق العامل مدعى التعسف^٢.

والعبرة بوصف التعديل بأنه تعسفي أم لا بالظروف والملابسات الموجودة وقت حصول التعديل لا بما يحدث بعد هذا التعديل^٣.

ولما كانت مسألة التعسف تمثل واقعة مادية فإنه يجوز للعامل إثبات التعديل التعسفي بكافة طرق الإثبات بما في ذلك القرائن . والمألوف أن صاحب العمل حينما يقوم بإجراء تعديل ما في عقد العمل فإنه يذكر المبرر الذي يدفعه إلى هذا التعديل

^١ - حيث ان المعايير العامة للتعسف هي تلك المستمدة من المادة رقم ٥ من القانون المدني فالأولى هو قصد الإضرار بالعامل والثاني، رجحان ضرر العامل على مصلحة صاحب العمل رجحاناً كبيراً، والثالث تحقيق مصلحة غير مشروعة من التعديل. والمعايير الخاصة للتعسف هنا في قانون العمل منها انتقاء المبرر من التعديل وعدم أهمية المبرر، والتعديل في ظروف غير ملائمة. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٢٩. د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ٣٧٩ وما بعدها.

^٢ - د. محمد عبد الغفار البسيوني، المرجع السابق، ص ٣٩٤. د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٣٠.

^٣ - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، نفس الموضوع.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ويكفي ذلك، فلا يلتزم بتقديم المستندات الدالة على صحة هذا المبرر أو كفايته. ويقع على عاتق العامل ان يثبت عدم صحة هذا المبرر أو عدم كفايته.

وعلى ذلك إذا لم يذكر صاحب العمل المبرر الذي دعاه إلى التعديل وأصر على ذلك رغم قيام النزاع حول وجود المبرر أو ذكر أسباباً متناقضة، فإن السكوت أو التناقض يقوم قرينة على التعسف في التعديل وبالتالي لا يلتزم العامل بإقامة الدليل على هذا التعسف^١.

وعن إثبات انتفاء المبرر من التعديل فإنه ولما كان انتفاء المبرر من التعديل واقعة سلبية، فإن إثباتها يكون بطريق غير مباشر وذلك عن طريق إقامة الدليل على وقائع إيجابية قريبة من الواقعة الأصلية يؤدي ثبوتها إلى جعل الواقعة الأصلية قريبة الاحتمال عملاً بفكرة تحويل الدليل^٢.

فمثلاً إذا دعى صاحب العمل أنه نقل العامل إلى عمل جديد أدنى مادياً أو معنوياً من عمله السابق بسبب عدم الكفاية، فإن العامل يستطيع أن ينفي هذا الأداء عن طريق إثبات أنه كان يقوم بعمله على أكمل وجه وأن عمله كان محل ثناء وتقدير دائمين من صاحب العمل أو وكيله المسئول، وله أن يستدل على ذلك بحصوله على مكافآت تشجيعية أو ترقية سابقة مباشرة على قرار صاحب العمل بنقله إلى العمل الجديد^٣.

وإذا ادعى صاحب العمل أن تعديل العقد كان بسبب سوء حالة المنشأة المالية وخسارتها خسارة ثابتة ومطرده، فإن العامل يستطيع أن يثبت عدم صحة هذا المبرر عن طريق إثبات أنه في الوقت الذي قام فيه صاحب العمل بتخفيض أجره، قام

١- د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص ١٣٠.

٢- المرجع السابق، نفس الموضوع.

٣- د. محمد لبيب شنب، المرجع السابق، ص ٥٣٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بتعيين عمال آخرين جدد أو افتتاح فروع جديدة للمشروع أو زيادة أجور زملائه من العمال.... إلخ^١.

الفصل الثاني

أثر رفض العامل للتعديل التعسفي

إذا أجرى صاحب العمل تعديلاً تعسفياً في عقد العمل. فمن حق العامل رفض هذا التعديل، سواء كان تعديلاً جوهرياً أو غير جوهري دون أدنى مسؤولية عليه^٢. وعندما يرفض العامل مثل هذا التعديل فإن أثر هذا الرفض لا يخرج عن أحد احتمالين^٣:

الاحتمال الأول: أن يعدل صاحب العمل عن هذا التعديل، الذي كان ينوى فرضه على العامل وهنا يستمر العقد بنفس شروطه الأصلية.

الاحتمال الثاني: أن يصبر صاحب العمل على تنفيذ التعديل التعسفي في الوقت الذي يستمر فيه العامل رافضاً لهذا التعديل. وهنا لا فرار من إنهاء عقد العمل بمبادرة من العامل أو صاحب العمل. حيث إذا ما بادر العامل بإنهاء عقد العمل، فإنه غير ملزم بتعويض صاحب العمل عن أية أضرار تلحقه نتيجة الانهاء كما أنه لا يلتزم بمراعاة مهلة الاخطار التي تسبق الانهاء الفعلي. ذلك أن صاحب العمل هو المسئول عن إنحلال الرابطة العقدية بتعسفه في طلب التعديل، والقاعدة

^١ - د. عبد العزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ١٣١.

^٢ - حيث يستطيع العامل، وفقاً للقواعد العامة في التعاقد إزاء هذا التعديل غير المشروع، رفع دعوى قضائية بطلب التنفيذ العيني أو فسخ العقد حيث لا يعتبر رفض العامل خطأ يبرر انهاء عقده.

د. همام محمد زهران المرجع السابق، ص ٣٤٩. وراجع في القضاء الفرنسي

- ٢٣، p. Bull Civ. V. ١٩٩٠، ٢٠ mars. Cass. Soc.

١٩٨١، dr. soc. ١٩٨٠، ٥ dec. Cass. d' et

١٩٨٦، Dr. soc. ١٠ avril ١٩٨٦، Cass. soc.

١٤، f. Social. ١٤ Janv. Juru. Cass. soc.

١٩٩٧، in Lamy Soc. ١٢ mai ١٩٨٧، ١٩، Bull. Civ. P-١٩، ٨٧ janv. ٢١، Cass. Soc.

No. ٢٧٨.

^٣ - د. عبد العزيز المرسى حمدي المرجع السابق، ص ١٣١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أن المتسبب في الانهاء هو المسئول عن الأخطار بالانهاء بغض النظر عن بادر به^١.

اما اذا كان صاحب العمل هو الذى بادر بالانهاء، فإنه يلزم ، باعتباره المسئول عن هذا الانهاء ، بتعويض العامل عن الاضرار التى تلحقه من جراء هذا الانهاء، فضلاً عن التعويض عن عدم مراعاة مهلة الاخطار إذا تم الانهاء دون اخطار منه للعامل^٢. نوضح ذلك كما يلى:

١- التعويض عن عدم الاخطار:- يلتزم صاحب العمل بتعويض العامل عن الاخلال بالالتزام بالاخطار إذا أنهى العقد دون أن يسبق هذا الانهاء باخطار بالرغبة فى الانهاء أو كان قد سبق الانهاء باخطار ولكن مهلة هذا الاخطار كانت أقل من المهلة المحددة^٣.

وقد حدد المشرع نطاق التعويض المستحق للعامل هنا من خلال تقدير جزافى محدد بالأجر المستحق للعامل عن مدة مهلة الاخطار أو الجزء الباقى منها^٤.

وفى اطار التقيد بالمادة ١١٨ واعمالاً للمادة ١١١ من قانون العمل فإن صاحب العمل يلتزم بتعويض العامل عن الانهاء دون اخطار، حيث يقدر التعويض بواقع راتب شهرين اذا كانت مدة خدمه العامل لا تجاوز عشر سنوات، وبواقع راتب ثلاثة شهور اذا كانت مدة خدمة العامل لدى صاحب العمل عشر سنوات فأكثر، أو بما يساوى راتب باقى المدة فى كل منهما حسب مدة خدمه العامل لدى صاحب العمل اذا كان الانهاء قبل اكتمال مدة الاخطار.

هذا ويلتزم صاحب العمل بتعويض العامل فى الحدود السابق بيانها حتى ولولم يصيب العامل أدنى ضرر من عدم الاخطار، كما لو كان العامل الذى انهى

^١ - د. حسن كبره، المرجع السابق، ص ٣٠٧، ص ٧٨٤. د. عبدالعزيز المرسى حموده المرجع السابق، ص ١٣٢.

^٢ - قارب د. همام محمد زهران، المرجع السابق، ص ٣٥١. وراجع، د. محمد عبدالغفار البيهونى، المرجع السابق، ص ٣٩٢. د. رمزي فريد مبروك، المرجع السابق، ص ٣٦٥.

^٣ - د. محمد عبدالغفار البيهونى، المرجع السابق، ص ٣٩٥ وما بعدها.

^٤ - راجع نص المادة قسم ١١٨ من قانون العمل المصرى الحالى رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

صاحب العمل عقد العمل معه بدون اخطار قد التحق فور الانهاء بعمل جديد، وهذا يعد حالة من حالات التعويض القانوني حيث ان المشرع افترض حدوث الضرر وهذا افتراض قاطع لا يقبل اثبات العكس.

وقد كان للمشرع المدني السابق في اقرار المعنى السابق بنص المادة رقم ١/٦٩٥ من القانون المدني بقولها " اذا كان العقد قد ابرم لمدة غير معينة ونقضه أحد المتعاقدين دون مراعاة لميعاد الاخطار أو قبل انقضاء هذا الميعاد لزمه أن يعرض المتعاقد الاخر عن مدة هذا الميعاد أو عن المدة الباقية منه. ويشمل التعويض فوق الاجر المحدد الذي كان يستحقه خلال هذه المدة جميع ملحقات الأجر التي تكون ثابتة ومعينة مع مراعاة ما تقضى به القوانين الخاصة".

٢- التعويض عن الانهاء التعسفي: إذا انتهى صاحب العمل عقد العمل رداً على رفض العامل تنفيذه تعديل تعسفي لعقد العمل، فإن هذا الانهاء يعد انهاءً تعسفياً يجيز للعامل مطالبه صاحب العمل بالتعويض عن الاضرار المادية والادبية التي أصابته من جراء هذا الانهاء .

والأصل أن التعويض النقدي هو جزاء الانهاء التعسفي وليس التنفيذ العيني عملاً بالمادة ٢/٦٩٥ من القانون المدني والتي تقضى بأنه " إذا فسخ العقد بتعسف من أحد المتعاقدين كان للمتعاقد الآخر إلى جانب التعويض الذي يكون مستحقاً له بسبب عدم مراعاة الاخطار الحق في تعويض ما أصابه من ضرر بسبب فسخ العقد فسخاً تعسفياً".

١- حيث من الملاحظ أن التعويض عن الاخطار يختلف عن التعويض عن الانهاء، حيث أن التعويض عن الاخطار يستحق للعامل حتى ولو يصبه ضرر من عدم الاخطار وهنا لا يجوز للعامل المطالبة بزيادة التعويض. لأن التعويض عن الاخطار يحمل معنى الجزاء إلى جانب كونه تعويض قانوني، ولذلك فإن التعويض عن الاخطار يستحق حتى ولو كان الانتهاك مشروع بينما التعويض عن الانهاء فإنه لا يستحق للعامل الا إذا جاء الانهاء تعسفياً، وذلك في حالة ما اذا لم يكن للتعديل الجوهرى مبرر مشروع وأصر صاحب العمل على اجراء هذا التعديل ورفضه العامل. ولذلك يلزم للتعويض ان يحدث الانهاء ضرراً للعامل. د. محمد عبدالغفار اليسوي، المرجع السابق، ص ٣٩٦. راجع في الانهاء التعسفي لعقد العمل، د. دينا مباركة، الانهاء التعسفي لعقد العمل، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة ١٩٨٧.

ويقدر التعويض النقدي عن هذا الانهاء بالنظر إلى جميع الاضرار التي أصابت العامل وكانت نتيجة طبيعية للتعسف في الانهاء، ويشمل ذلك ما لحق العامل من خسارة وما فاتته من كسب وفقاً للقواعد العامة. المادة رقم ٢/٢٣١ من القانون المدنى . وفى إطار ذلك يجب أن يراعى عند تقدير التعويض المستحق للعامل نوع العمل الذى كان يمارسه ومدة خدمته وسنه وقت الانهاء ومدى ما يكون امامه من فرص للالتحاق بعمل آخر مناسب والأجر الذى كان يتقاضاه والمدة التى قضاها متعطلاً دون المدة التى يثبت انه قد التحق فيها بعمل آخر بأجر لا يقل عن أجره القديم والعرف الجارى^١.

هذا وإذا كان الأصل فى التعويض عن الانهاء التعسفى لعقد العمل هو التعويض النقدي، إلا أن المشرع قد قرر استثناء فى هذا الشأن، وذلك فى حالة رفض اللجنة ذات الاختصاص القضائى طلب فصل العامل، و هو الزام صاحب العمل بالتنفيذ العينى لعقد العمل، حيث تلزم اللجنة صاحب العمل بإعادة العامل إلى عمله رغم إنهاء صاحب العمل لعقد العمل إنهاء تعسفياً، وذلك وفقاً لنص المادة رقم ٧١ من قانون العمل الحالى رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣.

ومن أمثلة ذلك أن ينهى صاحب العمل عقد العمل بسبب عدم مراعاة العامل لاحكام الاضرار السلمى، او يفصل العامل بسبب، انضمام العامل إلى نقابة عماليه

١- والضرر الذى يصيب العامل قد يكون ضرراً مادياً، وقد يكون ضرراً ادبياً، ومع ذلك فلا يكون هناك تعويض إلا عن الضرر المتوقع لأن مسئولية صاحب العمل عن الانهاء التعسفى هنا هى مسئولية عقدية.

د. محمد عبدالغفار البيونى، المرجع السابق، ص ٣٩٧.

د. فتحى عبدالرحيم عبدالله، مبادئ فى قانون العمل والتأمينات والاجتماعية، طبعة ١٩٩٣، ص ٢٧٤.

٢- رغم أن ذلك يشكل مساساً بحرية صاحب العمل، إلا أن الهدف هو تحقيق مصلحة أكبر، وهى الحفاظ على حرية العامل النقابى فى ممارسة نشاطه النقابى وحمايته من بطش صاحب العمل بهذا النشاط. وهذا يكاد يكون اثر فى رأى البعض من الفقه المصرى وطالب التعويض العينى بدلاً من النقدي حيث إعادته العامل المفصول لعمله أو لعمل مماثل لدى صاحب العمل لما فى ذلك من حماية أكبر وتعويضاً أفضل.

د. فتحى عبدالرحيم، مبادئ فى قانون العمل، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

د. محمد عبدالغفار البيونى، المرجع السابق، ص ٣٩٨ وما بعدها.

وانظر فى تطبيق قضائى لذلك عبدالعزيز المرسى حمود المرجع السابق، ص ١٣٥، س رقم ١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أو بسبب رفض العامل الانضمام إلى نقابة معينة أو قيامه بعمل من أعمال النقابة أو تنفيذ قراراتها المشروعة^١.

وإذا إعيد العامل المفصول بسبب نشاطه النقابي إلى عمله، فإنه يؤدي له مالم يصرف من مستحقاته، و يستمر في العمل بمقتضى عقده الأصلي لا بناء على عقد جديد ومن ثم تكون مده خدمته مستمرة^٢.

الخاتمة

نخلص من هذا البحث الى ان انفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل يتم في اطار من التعايش و التكامل بين مبدأ القوة الملزمة للعقد و السلطة التنظيمية المقررة قانوناً و اتفاقاً و قضاءً لصاحب العمل في ادارة و تنظيم العمل في مشروعه ، و لا يعبر ذلك عن قيام تصارع بينهما ، و لا يشكل في الاصل استثناء او خروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد كما يرى الفقه الغالب في مصر . بل في هذا الانفراد تأكيد لاحترام القوة الملزمة للعقد و ذلك على الاقل في شأن التعديل غير الجوهري، و لعل ما يؤكد صحة قولنا هذا التفرقة المستقرة لدى الفقه و القضاء الفرنسى ، اى التفرقة بين تعديل العقد و تعديل شروط و ظروف العمل .

وان كنا نرى ان الذى جعل الفقه يتصور ان انفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل يمثل خروجاً او استثناء على مبدأ القوة الملزمة لعقد العمل هو ان حدود

^١ - انظر نصوص المواد ارقام ٧١ ، و ١٩٢ ، ١٩٤ من قانون العمل المصرى .د. عبدالعزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ١٣٥، د.محمد لبيب سند، المرجع السابق، ص ٥٣٨-٥٣٨.

^٢ - د . حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٦٩٦، د. اسماعيل غانم، المرجع السابق، ص ٥٤٧ .
د. عبدالعزيز المرسى حمود، المرجع السابق، ص ١٣٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

سلطة صاحب العمل في تعديل علاقة العمل مرنة، يملك القضاء في شأن تحديدها سلطة تقديرية واسعة تتأثر بالظروف الساسية و الاجتماعية و الاقتصادية للعاملين و المشروع و للمجتمع . و هذا يمكن ان يصور لدى البعض صعوبة وضع تشريع ينظم ممارسة صاحب العمل لسلطة الانفراد بتعديل عقد العمل . و لكن ذلك ليس بمستحيل .

هذا و يعد مبدأ القوة الملزمة للعقد اهم قيد يرد على انفراد صاحب العمل بتعديل جوهرى لعلاقة العمل خاصة و ان القواعد الخاصة بعقد العمل تمنح لصاحب العمل سلطة تنظيمية يحقق بموجبها مصلحة مشروع و بما يحافظ للعامل على حقوقه ، و من هنا نكون فى حاجة الى وضع احكام تشريعية تنظم انفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل الفردى . و كان هذا البحث خطوة لايضاح اهم تلك الضوابط و الاحكام التى يمكن ان يستعين بها المشرع فى هذا التنظيم .

و انتهيت فى هذا البحث الى ان التعديل الذى قد ينفرد صاحب العمل بإتمامه هو ذلك الذى ينصب على عقد عمل فردى وفق المفهوم القانونى المحدد لعقد العمل الفردى فى قانون العمل و القانون المدنى و القوانين الخاصة الاخرى . كما انه يتناول ايضاً تغيير جزئى فى عقد العمل يقع على عنصر من عناصره أو بند من بنوده إما بالحذف أو الإضافة أو غير ذلك . وعليه فإن مصطلح تعديل عقد العمل لا يشمل التعديلات المنصوص عليها صراحة وقت إبرام العقد سواء جاء ذلك فى عقد العمل الفردى أو الاتفاق الجماعى أو اللائحة الداخلية وذلك حسب المفهوم العام و لكنه ليس السائد أو الغالب فى بيان معنى التعديل الانفرادى . و انه ايضاً لا يتناول جميع عناصر العقد لانه بذلك يعتبر اتفاق أو عقد عمل جديد .

وتبين من الدراسة ان التعديل من حيث صورته قد يكون تعديل جوهرى و قد يكون تعديل غير جوهرى ، و ذلك بحسب طبيعة و اهمية العنصر الذى يرد عليه التعديل ، ويستعان فى التمييز بين الصورتين بعدة معايير ما بين المعيار الاتفاقى الصريح أو الضمنى . و المعيار الموضوعى أو أثر التعديل على مركز العامل ،

المعيار الشخصي أو مدى تأثير التعديل على حياة العامل .و ذلك الى جانب تصنيف مصادر التعديل الى اتفاقي و اخر غير اتفاقي او نظامي .

و كان ذلك بعد بيان حقيقة علاقة العمل محل التعديل من العقد و النظام ،حيث اوضحنا الطبيعة العقدية لعلاقة العمل محل التعديل و هو عقد العمل الفردي ،و سيطرة الطابع الحمائي على تنظيم عقد العمل في ضوء إقرار السلطة التنظيمية لصاحب العمل في مشروعه،و تم تحديد مفهوم السلطة التنظيمية و تحديد اساسها القانوني ،و بينت كذلك حقيقة و صلة السلطة التنظيمية بانفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل في ضوء التوازن بين مبدأ القوة الملزمة للعقد و مقتضيات تنظيم المشروع .

و في شأن التعديل غير الجوهرى ،اوضحت انه لا يخالف القواعد العامة ،اي لا يخالف مبدأ القوة الملزمة لعقد العمل ،و بينا ضوابط و احكام ممارسة صاحب العمل لسلطة التعديل غير الجوهرى من حيث اساسها و المتمثل في فكرة السلطة التنظيمية لصاحب العمل و ما يكملها من افتراض تحقق مصلحة المشروع ،و إتفاق المتعاقدين ،و مبدأ حسن النية،و نصوص القانون .و تمثلت ضوابط و احكام التعديل غير الجوهرى في امور محددة هي ، الا يترتب على التعديل ضرراً للعامل سواء كان ضرراً مادياً او ادبياً .و الا يكون العنصر المعدل دافعاً الى التعاقد ،اي ان تكون مصلحة العمل هي الدافع الى التعديل .و الا يترتب على التعديل غير الجوهرى تعديل جوهرى ،اي الا يترتب على تغيير مكان العمل او زمان العمل او اختصاص العامل بتعديل جوهرى في عقد العمل .

وبالنسبة للتعديل الجوهرى و الذى يترتب عليه المساس بحقوق العامل ،خلصنا الى انه ايضاً لا يمثل مخالفة للقواعد العامة ،اي مبدأ القوة الملزمة لعقد العمل ،و ان اساس سلطة صاحب العمل بشأنه تتمثل في نص القانون مثل المادة رقم ٧٦ من قانون العمل ،و المادة رقم ٢/٦٩٦ من القانون المدنى،او حق الانهاء حيث من يملك الاكثر"انهاء عقد العمل " يملك الاقل"تعديل عقد العمل " .وعن ضوابط و احكام التعديل الجوهرى تحددت في احكام و ضوابط موحدة ايأ كانت اسباب التعديل مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

و، اخرى تختلف بحسب سبب التعديل، ففي تعديل الضرورة يجب ان يكون مؤقت حيث تقدر الضرورة بقدرها، و ان يكون المبرر للتعديل حقيقى و يقتضى التعديل مصلحة العمل، أن يستهدف التعديل مصلحة العمل، و ان يخطر صاحب العمل العامل بقرار التعديل و ان يمنح العامل فرصة زمنية للتعديل لتخذ قراره بقبول او رفض التعديل، والا يؤثر التعديل على النشاط النقابى للعمل، وذلك اياً كان سبب التعديل الجوهرى .

وإذا كان انفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل سواء كان التعديل جوهرى أو غير جوهرى يتم بإرادة صاحب العمل وحده و ذلك حسب الغالب، إلا إنه لا يخالف القواعد العامة، و إنما يتم فى إطار احترام القوة الملزمة لعقد العمل، و تحقيق متطلبات العمل، حيث احترام السلطة التنظيمية لصاحب العمل و من هنا يتأكد رأينا بأن انفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل يتم فى إطار من التعايش و التكامل بين مبدأ القوة الملزمة لعقد العمل، و السلطة التنظيمية لصاحب العمل، و ليس هناك تصارع أو تضاد بين سلطة صاحب العمل فى تعديل عقد العمل، خاصة التعديل القائم على اساس السلطة التنظيمية، و القوة الملزمة لعقد العمل.

و فى إطار دراسة الاحكام المنظمة لممارسة صاحب العمل الحق فى تعديل عقد العمل، خلصنا الى مجموعة من الضوابط والقيود التى تختلف نسبياً باختلاف طبيعة أو صورة التعديل، وذلك الى جانب قيام قيود عامة اياً كان نوع التعديل.

وعن القيود العامة للتعديل يستفاد من التطبيقات القضائية المتعددة و المختلفة و من اراء الفقه أن النظام العام سواء بمفهومه العام، أو بمعناه الخاص فى القانون الاجتماعى "النظام العام الحماى" يمثل اول قيد على حق صاحب العمل فى الانفراد بتعديل عقد العمل، وان القيد التالى هو عدم تعسف صاحب العمل فى اجراء التعديل، وذلك وفق المعايير العامة للتعسف فى استعمال الحق، و المعايير الخاصة بعلاقة العمل مثل اجراء التعديل فى ظروف غير ملائمة.

و بمناسبة ذلك نجد ان نطاق سلطة صاحب العمل فى الانفراد بالتعديل مقيدة أصلياً بموضوع علاقة العمل محل التعديل و هى علاقات العمل الخاضعة لقانون العمل ، اى العلاقات التى تنشأ عن عقد عمل فردى ، و تمتد كذلك الى علاقات العمل التى ينظمها القانون المدنى ، و القوانين الخاصة الأخرى طالما كانت تعبر عن علاقة عمل فردى محلها عمل خاص تابع مأجور . و فى ذلك قيد عام من القيود المقررة على انفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل .

و عن الاحكام و القيود الخاصة بالتعديل غير الجوهرى، نجد ان المستقر عليه هو الا يؤدي ذلك التعدي الى الاضرار بالعامل و الا يؤدي كذلك الى تعديل جوهرى . أن تكون مصلحة العمل هى الدافع الى التعديل .

و عن احكام التعديل الجوهرى ، انتهت الدراسة الى انه يجب ان يتقيد صاحب العمل عند الانفراد بالتعديل الجوهرى لعقد العمل بقيود موضوعية و شكلية ، موضوعية بأن يكون ذلك التعديل مؤقت فى حالة الضرورة حيث ان الضرورة تقدر بقدرها ، و أن يكون مبرر التعديل حقيقة لا صورى يقتضى التعديل ، و ان تكون غاية التعديل هى تحقيق مصلحة العمل . و شكلية بأن يخطر العامل بقرار التعديل و يمنحة فرصة زمنية كافية للتفكير فى الية و مواجهة هذا التعديل ، و ألا يكون فى التعديل مساس بالنشاط النقابى للعامل متى كان له دور نقابى .

و تناولت الدراسة بالبحث اثار انفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل على علاقة العمل و اطرافها . و التى تبين لنا من خلالها اختلاف الاثار بحسب موقف العامل من التعديل ، فقد يقبل العامل التعديل فلا تثار ادنى مشكلة و يلتزم الاطراف بتنفيذ التزاماتهم وفق العقد المعدل ، ولكن قد يرفض العامل التعديل و هنا يختلف الحكم بحسب ما اذا كان التعديل مشروع أو غير مشروع ، فاذا كان التعديل المرفوض مشروع فهنا تثار مسئولية العامل تجاه صاحب العمل متى كان التعديل غير جوهرى . اما اذا كان التعديل المرفوض غير مشروع اى تعسفياً فلا تقوم مسئولية على العامل هنا و سواء كان التعديل جوهرى او غير جوهرى .

ونلاحظ من هذا الدراسة ان معظم الاحكام القضائية التي اجازت لصاحب العمل الانفراد بتعديل عقد العمل تعديلاً جوهرياً في غير الحالات المنصوص عليها في القانون ،تتأسس على فكرة حق صاحب العمل في انتهاء العقد - خاصة في عقود العمل غير محدد المدة - و من يملك الاكثر "وهو الحق في الانهاء " يملك الاقل "و هو الحق في التعديل ". و هذا يؤدي بدوره الى تعارض الاحكام القضائية و اختلاف الاراء الفقهية بما يؤدي الى ضياع حقوق العمال في كثيراً من الاحيان ،خاصة و ان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا الشأن .

وبناء على ما تقدم نوصي المشرع في نهاية بحثنا هذا بالتدخل السريع لفرض منظومة تشريعية تتناول بالتنظيم الدقيق حالة انفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل لا سيما التعديل الجوهري ، و التي لا بد و ان تكون مؤسسة على احكام تشريعية تضمن تفعيل الغاية الحمائية للعامل في ظل قانون العمل و بما يحقق مصلحة المشروع ، و لا تؤسس على فكرة الحق في الانهاء التي تستند عليها الكثير من احكام القضاء لتبرير انفراد صاحب العمل بالتعديل الجوهري لعقد في غير الحالات التي نص عليها القانون .

كما أنه يجب ان يرعى المشرع في هذا التنظيم طابع التطور السريع في اساليب الانتاج و ادواته ،و تعقد و تشابك علاقات العمل نتيجة لهذا التطور و غيرها بما يجعل سلطة صاحب العمل في التعديل الانفرادى لعقد العمل مرنة و مرهونة بتحقيق مصلحة العمل و الحافظ على حقوق العامل ، وليست مقيدة بعدم الخروج على مبدأ القوة الملزمة للعقد ،حيث انه قد يكون في الخروج عن هذا المبدأ مصلحة افضل للعامل عن تلك التي قررها القانون . وهذا يتيح امكانية التعديل الجوهري لكافة عناصر عقد العمل ،كما انه يتح امكانية الانفراد بالتعديل ايضاً للعامل و ليس لصاحب العمل فقط .

وفي اطار ذات التوصية نلفت انتباه المشرع الى وجوب تنظيم كلى لانفراد صاحب العمل بتعديل عقد العمل سواء من حيث التعبير عنه او من حيث شكله

أو اجراءاته و مدته و اثاره ،و ذلك اياً كانت صورة التعديل جوهرى او غير جوهرى .

كما انه يمكن ان يعيد المشرع المصرى النظر فى منظومة تأديب العمال ،بما يتيح لصاحب العمل سلطة التعديل التأديبى،و ذلك من خلال فرض جزاءات مهنية او حرافية تمثل تعديلاً لعقد العمل ،كما لو كان الجزاء نقل العامل مكانياً او تقنياً،او تغيير زمان العمل و غيرها ،بدلاً من الجزاءات المالية الغير فعالة ،و ذلك قياساً على الوضع فى القانون الفرنسى حيث توافر امكانية التعديل التأديبى لان المشرع الفرنسى اورد الجزاءات التأديبية على سبيل المثال و ليس الحصر كما فى مصر .و ذلك قياساً على حالة التعديل لمرض أو لعجز العامل .

قائمة المراجع

اولاً - المراجع العربية :

د.أحمد حسن البرعى ، التحويلات الاقتصادية فى مصر وأثرها على علاقات العمل ، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة محكمة النقض والمجلس الأعلى بالمملكة المغربية ، القاهرة ، مارس ٢٠٠١ .

د.أحمد حسن البرعى، الوجيز في القانون الاجتماعى، ١٩٩١- ١٩٩٢ .

د.احمد خلف البيومى ، السلطة التنظيمية لرب العمل و أثرها على الاستقرار المهني للعمال . مجلة المحاماه ، العددان الاول و الثانى يناير و فبراير ، ١٩٨٧ ، السنة السابعة و الستون .

د.أحمد شوقي عبد الرحمن، قواعد تفسير العقد الكاشفة عن النية المشتركة للمتعاقدين ومدى تأثير قواعد الإثبات عليها، سنة ١٩٧٧ .

د.إسماعيل غانم ،قانون العمل، سنة ١٩٦١ - ١٩٦٢ .

د.انور احمد الفزيع ،سلطة رب العمل فى تغيير طبيعة العمل المتفق عليه ،مجلة الحقوق،الكويت ،السنة ١٢ ،العدد ٤،ديسمبر ١٩٨٨ .

د.جلال العدوى، أصول قانون العمل، طبعة ١٩٨٢، الإسكندرية .

د.حسام الاهوانى ، شرح قانون العمل ، ١٩٩١ بدون ناشر .

د.حسام الدين الأهوانى، أصول التأمين الاجتماعى، ١٩٩٣، ١٩٩٤ .

د.حسن عبد الرحمن قدوس ،إنهاء علاقات العمل لاسباب إقتصادية ،مكتبة الجلاء بالمنصورة ،مصر ،دون تاريخ نشر .

د.حسن كيرة ،اصول قانون العمل ،عام ١٩٦٩ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

د.حمدي عبد الرحمن، قانون العمل، طبعة سنة ١٩٧٥، ١٩٧٦.

د.رمزي فريد مبروك "مدى سلطة صاحب العمل في الانفراد بتعديل عقد العمل ذى المدة غير المحددة"، مجلة البحوث القانونية الاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، العدد ١٢، سنة ١٩٩٢ .

د.رمضان عبد الله صابر، مظاهر السلطة التنظيمية لصاحب العمل داخل المنشأة، دراسة فى ضوء القانون رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣. دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٤ .

د.سليمان مرقس، الوافي فى شرح القانون المدنى الالتزامات، المجلد الأول، نظرية العقد والإرادة المنفردة، سنة ١٩٨٧.

د.السيد عيد نايل، قانون العمل الجديد، وحماية العمال من مخاطر بيئته، رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣ / ٢٠٠٤. القاهرة .

د.السيد محمد السيد عمران، شرح قانون العمل الجديد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، النظرية العامة لقانون العمل، وعقد العمل الفردي، ٢٠١٥ .

د.صلاح محمد احمد ،القوة القاهرة و اثارها فى قانون العمل ،رسالة دكتوراة ،كلية الحقوق ،جامعة اسويط ، ١٩٩٥ .

د.عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الأول،العقد ، سنة ١٩٨١.

د.عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الثانى ، العمل الضار ، سنة ١٩٨١.

د.عبد العزيز المرسى حمود، تحديد نطاق سلطة رب العمل فى الانفراد بتعديل عناصر عقد العمل غير محدد المدة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٨.

د.عبد الفتاح عبد الباقي ، أحكام قانون العمل الكويتى ، ١٩٨٢ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

د.عبد المنعم البدرأوى ،مصادر التآزام ،الجزء الاول ، سنة ١٩٧٥.

د.عبد المنعم الصده، عقود الإذعان في القانون المصري، رسالة دكتوراه، جامعة فاروق الأول، ١٩٤٦ .

د.عبد الناصر العطار، شرح أحكام قانون العمل، ١٩٨٩ .

د.على عوض حسن، الفصل التأديبي في قانون العمل، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٩٧٤.

د.فتحى عبد الصبور، الوسيط في قانون العمل، الجزء الأول، ١٩٨٥ .

لسان العرب ، للامام العلامة ابى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الافريقى، المجلد الحادى عشر ،الطبعة السادسة،دار صادر بيروت ،لبنان ،سنة ١٤١٧ هـ ،١٩٩٧ م .

د.محمد أحمد إسماعيل، مبدأ الحرية النقابية لمنظمات العمال، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٢.

د.محمد حسين منصور ،الوجيز في مصادر الالتزام ،دون تاريخ نشر و دون ناشر .

د.محمد حسين منصور ،قانون التأمين الاجتماعى ،بدون ناشر وتاريخ نشر .

د.محمد شنب ،شرح أحكام قانون العمل، سنة ١٩٩٤ .

د.محمد عبد الغفار البسيونى ، سلطة رب العمل فى الانفراد بتعديل عقد العمل ، رسالة دكتوراة ، كلية الحقوق ، جامعة عين شمس .١٩٩٤.

د.محمد على الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، ١٩٩٣.

د. محمد لبيب شنب، شرح قانون العمل، الطبعة الرابعة، ١٩٨٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

د.محمود جمال الدين زكى ، عقد العمل فى القانون المصرى ، الطبعة الثانية ، مطابع الهيئة المصرية للكتاب سنة ١٩٨٢ .

د.محمود جمال الدين دكى ،نظرية الالتزام فى القانون المدنى ،الجزء الاول ،مصادر الالتزام ، الطبعة الثانية ،١٩٧٥ .

مختار الصحاح ،للشيخ الامام محمد بن ابى بكر الرازى ،طبعة منقحة ،كاملة التشكيل و مميزة للداخل ، اخراج دائرة المعاجم فى مكتبة لبنان ،لبنان ،١٩٨٦ .

د.مصطفى الجمال، الانهاء غير المشروع لعلاقات العمل، محاولة لتأصيل الجزاء، جامعة بيروت العربية، ١٩٧٠ .

د.مصطفى الجمال، شرح أحكام القانون المدنى، مصادر الالتزام، سنة ١٩٩١ .

المعجم الوجيز ،مجمع اللغة العربية ،طبعة خاصة بوزارة التربية و التعليم ،سنة ١٤١٥هـ، ١٩٩٤،جمهورية مصر العربية .

د.مدوح خليل بحر، حماية الحياة الخاصة فى القانون الجنائي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٨٣ .

د.نبيل إبراهيم سعد ، التأمينات العينية والشخصية ، منشأة المعارف،الاسمدرية ، ١٩٨٢ .

د.نبيل ابراهيم سعد ،النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ،دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ،٢٠١٥ .

د.همام محمد زهران، الرقابة على إنهاء العقد لأسباب اقتصادية، الإسكندرية، ١٩٨٦ .

د.همام محمد زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، ٢٠٠٧ .

ثانياً - المراجع الاجنبية :

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

Alain Gallozi, La modification d'obligation par la valante des parties, L.G.D.J. ١٩٨٠.

Alexandre Fabre, L'extension de l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique, Rev. trav. ٢٠١٣.

Antoine Mazeaud, "modification du contrat et changement des conditions de travail et vie Personnelle "Revue Droit social, ٢٠٠٤.

Antoine Mazeaud, La modification substantielle du contrat de travail résultant d'une sanction disciplinaire, Revue Droit social ١٩٩١.

Bernard Bossu, "la reduction du temps de travail et la modification du contrat "JCP soc. ٢/٥/٢٠٠٥, n ١٣٥٥.

Bernard Boubli, "mise, en oeuvre de la modification du contrat de travail", Revue Droit. Social, No. ٦. ١٩٩٦.

Bernard Teyssie, " La modification du contrat de Travail instrument de gestion de l'entreprision", Revue Droit social. ١٩٨٦.

Briyitte Hess-Fallon, et Anne-marie simon, " Droit du Travail et Legislation sociale", ١éd, sirey, ١٩٩٠.

Chantal Matthieu, " Justification de la prise d'acte de rupture : manquements antérieurs à la prise d'acte mais inconnus du salarié", Rev. trav. ٢٠١٣.

Christophe Radé,"l 'accord et le régime du contrat de travail ,la porte ouverte ...mais Àquelles?" DS mars ٢٠٠٨.

Eric Dockès ," La détermination de l'objet des obligations nées du contrat de travail "Revue Droit social ,١٩٩٧.

Fabre Alexandre, L'extension de l'obligation de reclassement préalable au licenciement pour motif économique mopmeit , Revue de droit du travail ٢٠١٣.

Fancois Collart Puteilleul, Philippe Delebecque," Contrats Civils et commerceaux". ٢e éd., Dalloz, ١٩٩٣.

Florence Canut, "Modulation du temps de travail : seuil de déclenchement des heures supplémentaires ",Revue de droit du travail ٢٠١٤. No ٧ du ٢٤IV٢٠١٤.

François Gaudu, "L'impact des difficultés économiques de L'entrepris sur les" condition de Travail", Droit Social ١٩٩٦.

Géniaut Benoît, Justification de la prise d'acte de rupture : manquements antérieurs à la prise d'acte mais inconnus du salarié, Rev. trav. ٢٠١٣.

Gérard Couturier ," Droit du Travail, Les relations individuelles de Travail", ١٩٩٢ .

Gerard Couturier ,"Pot Pourri autour des modification du contrat de travail"DS ١٩٩٨.

**GERARD COUTURIER .”les techniques et droit du travail
.”,dalloze ,١٩٧٥**

**Gerard Lyon- Caen et Jean Pélissier ,” Les grands arrents de
droit du Travail”, ١٩٨٠.**

**Gerard Lyon- Caen et Jean Pelissier” droit du Travail”, ٤ éd.,
١٩٨٨.**

**Guillaume-Henri Camerlynck,” Le Contrat de Travail”, ٢ éd,
mise á jour ١٩٨٨.**

**Guillaume-Henri Camerlynck,” le contrat de
travail”.٢ed.dalloz,١٩٨٢.**

**Isabel Odoul-Asorey,” La reconnaissance ou la modification
conventionnelle d'une unité économique et sociale” , Rev. trav. ٢٠١٤.**

Jéan Javillier,” Manuel Driot du Travail “٢éd, ١٩٨٨.

**JEAN SAVATIER, “la modification unilateral du contrat de
.travail” .Dr.Soc.١٩٨١.no.٣ .Mars**

Jean Duprilot . “ droit du travail”, ١٩٧٩.

Jean Marc.” stabilite du rapport contractual” paris ١٩٦٠ .

**Jean Pélissier et Gerard Auzero, Eric Dockés,” Droit du Travail”,
Dalloz. ٢٠١١.**

Jean Pélissier, "clauses informatives et clauses contractuelles du contrat de travail "RJS ١/٠٤.

Jean Pelissier, et Alain Supiot, et Antoine Jeammaud, et Gilles Auzero, "Droit du Travail", ٢٤e edition. Dalloz. ٢٠٠٨.

Jean Pelissier. Alain Sufiot, Amloine Jeammaud," Droit du Travail " , Dalloz éd ٢٠٠٤.

Jean Ray et Jean Mousseron" Droit du Travail, droit vivant", ٢ éd., septembre, ١٩٩٢.

Jean Rivero et Jean Savatier" droit du travail". ١٢ed. ١٩٩١.

Jean Savatier, "La réduction du Salarie inexécution ou modification unilaterale du Contrat de Travail", Dr. Soc. ١٩٨٦.

Jean Savatier," Le pouvoir disciplinaire de l'employeur, chronique de jurisprudence", Dr. soc. ١٩٨٩.

Laurence fin-Langer ,"fiches de droit du travail .Rappels de cours et exercices corrigés" ,٣e edition .ellipses ,٢٠٠٩.

Lyon-Caen Antoine ,"Question d'intérêt social" , Rev. trav. ٢٠١٣.

Marie-Cécile , Amauger-Lattes,"modification du contrat et Droit disciplinaire"DS.١٩٩٨.

Michel Despax et Jean Pélissier "La gestion du Personnl "،éd cujas, ١٩٧٤.

Michel Morand “propos sur la modification du contrat de travail ou des condition de travail “ GCP ١٩٩٧,éd .E.N ١٤.

Michel Morand, “À Propos de La modification du contrat de Travail”. Dr. Soc. ١٩٩٣.

Nicole Catala,” l'enterprise”,Tome ٤, Dalloz, ١٩٨٠.

Panayoto Paulos ,” le control judiciaire du licenciement dont le droit des pays membres de la communauté économique européenne et celui de la grèce” .Librairie general de dr.et de juris ١٩٦٩.

Pascal Lokiec, “La modification du contrat de Travail, Les Lecons du droit anglais”, RDT, ٢٠٠٦.

Patrice Buziz et Isabelle Goulet .”À Propos de la modification du lieu de travail et de la clause de mobilité” DS.٦/٢٠٠٥.

Phillipe Ollier , “Le Droit du Travail”, Paris, Collection. U. ١٩٧٢.

Phillipe Waquet ,”lamodification du contrat de travail et le changement des condition de travail “RJS ١٢/٩٦.

Phillipe Waquet “le renouveau du contrat de travail “ RJS.٥/٩٩.

Yve Chauvy, “Le refus d'une modification Non substantielle du Contrat de Travail, Licenciement par L'employeur et imputabilité de La rupture au salarié”, Dr. Soc. ١٩٩٢.

Yve Picod, “Le devoir de Loyauté dans L'exécution du contrat”, Thèse pour le doctorat d' Etat en droit, DIJON, ١٩٨٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

Yve Picod, "L'obligation de Coupération dans l'exécution du contrat", J. C. p. ١٩٨٨.

الفهرس

الموضوع

مقدمة

مبحث تمهيدى: مفهوم علاقة العمل ونظامها القانونى

مطلب أول: مفهوم علاقة العمل

الفرع الأول: التعريف بعقد العمل

أولاً: تعريف عقد العمل.

ثانياً: خصائص عقد العمل .

الفرع الثانى: مقومات عقد العمل وذاتيته.

أولاً: مقومات أو عناصر عقد العمل .

ثانياً: تمييز عقد العمل عن غيره.

المطلب الثانى: التنظيم القانونى لعقد العمل

الفرع الأول: أحكام قانون العمل.

أولاً: التعريف بقانون العمل

ثانياً: أهمية قانون العمل .

الفرع الثاني: أحكام القانون المدني والأحكام الأخرى.

أولاً: أحكام القانون المدني:

ثانياً: الأحكام الخاصة الأخرى.

الفرع الثالث: علاقة العمل بين العقد والنظام.

أولاً: علاقة العمل والقوة الملزمة للعقد.

ثانياً: علاقة العمل والسلطة التنظيمية .

المبحث الأول: ماهية التعديل.

المطلب الأول: التعريف بالتعديل ومصادره.

أولاً: تعريف تعديل العقد .

ثانياً: مصادر التعديل " التعديل الاتفاقي وغير الاتفاقي ":

المطلب الثاني: صور التعديل.

الفرع الأول : المعيار الاتفاقي.

الفصل الأول: الاتفاق الصريح..

الفصل الثاني: الاتفاق الضمني.

الفرع الثاني: المعيار الموضوعي "مدى تأثير التعديل على مركز العامل"

الفرع الثالث : المعيار الشخصي "مدى تأثير التعديل على حياة العامل"

المبحث الثانى :سلطة صاحب العمل في التعديل.

المطلب الأول : سلطة صاحب العمل في التعديل غير الجوهرى.

الفرع الأول :أساس سلطة صاحب العمل في إجراء التعديل غير الجوهرى.

الفرع الثانى :أحكام ممارسة الحق في التعديل غير الجوهرى .

المطلب الثانى : سلطة صاحب العمل في التعديل الجوهرى.

الفرع الأول :حالات التعديل الجوهرى.

الفصل الاول :التعديل الجوهرى لأسباب اقتصادية "التعديل الاقصادى".

الفصل الثانى : التعديل الجوهرى للظروف الطارئة والقوة القاهرة.

الفصل الثالث :التعديل الجوهرى لأسباب خاصة بالعامل.

الورقة الأول : التعديل الجوهرى لعدم كفاية العامل.

الورقة الثانية :التعديل الجوهرى التأديبى أو "التعديل الجوهرى لخطأ العامل التأديبى".

الورقة الثالثة :التعديل الجوهرى الصحى "التعديل الجوهرى لحالة العامل الصحية"

الورقة الرابعة :التعديل الجوهرى الاجتماعى أو التعديل الجوهرى لأجازة رعاية الطفولة

الفرع الثانى :أحكام وقيود ممارسة الحق فى التعديل الجوهرى

الفصل الأول : أحكام التعديل.

الورقة الأولى :الأحكام أو الضوابط الموضوعية.

الورقة الثانية : الأحكام الشكلية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الغصن الثاني: القيود العامة على سلطة صاحب العمل في التعديل

المبحث الثالث : آثار التعديل.

المطلب الأول: آثار التعديل المقبول.

الفرع الأول : تعبير العامل عن قبوله للتعديل.

الفرع الثاني : "أثر قبول التعديل".

المطلب الثاني : آثار التعديل المرفوض.

الفرع الأول : رفض العامل للتعديل المشروع.

الغصن الأول : التعديل غير الجوهري.

الغصن الثاني : "التعديل الجوهري".

الفرع الثاني : رفض التعديل التعسفي.

الغصن الأول : إثبات التعسف في التعديل.

الغصن الثاني : أثر رفض العامل للتعديل التعسفي.

الخاتمة

قائمة المراجع

الفهرس

رجوع المؤمن على المؤمن له وعلى الغير المسئول في
التأمين الإجبارى من المسئولية عن حوادث المركبات

الدكتور/ جابر محجوب علي

الدكتور/ محمد عبد العزيز الخليفة

أستاذ القانون المدني

أستاذ القانون التجاري المساعد

بجامعتي القاهرة وقطر

بجامعة قطر

الفصل الأول

حالات الرجوع

المقدمة :

١ - يقصد برجوع المؤمن Le recours de L'assureur الحق المقرر لهذا الأخير في أن يطالب - بعد أداء التعويض إلى المضرور. - شخصاً ما بأن يرد إليه التعويض الذي دفعه.

والرجوع لا يثور إلا في تأمين الأضرار بنوعية، تأمين الأشياء وتأمين المسؤولية (١).

ففي التأمين على الأشياء - كالتأمين على شيء ضد خطر السرقة أو الحريق - يحل المؤمن محل المؤمن له، بعد تعويضه، فيما له من دعوى تعويض ضد الغير المسئول عن هلاك الشيء أو تلفه (٢).

١ - فلا مجال للحديث عن رجوع المؤمن في تأمين الأشخاص، كالتأمين على الحياة، حيث يتجرد هذا النوع من التأمين من الصفة التعويضية، بحيث إذا حدث الخطر المؤمن منه (كالوفاة في التأمين لحال الوفاة) بفعل شخص أو بخطئه، كان بإمكان المؤمن له أو المستفيد أن يجمع بين مبلغ التأمين ومبلغ التعويض، ولا يكون من حق المؤمن أن يحل محله في الرجوع على الغير المسئول، (انظر السنهوري، الوسيط، الجزء السابع - المجلد الثاني : عقد التأمين والمقامرة والرهان والإيراد المرتب مدى الحياة، تنقيح وتحديث، المستشار أحمد مدحت المراغي، دار الشروق ٢٠١٠م، رقم ٦٩٥، ص ١١٨٣ وما بعدها).

٢ - والهدف من هذه الحلول من ناحية هو احترام مبدأ الصفة التعويضية Le principe indemntaire الذي يحكم هذا النوع من التأمين، فلا يحصل المؤمن له إلا على تعويض الضرر الذي لحقه بسبب هلاك الشيء المؤمن عليه أو تلفه، فإذا دفع المؤمن هذا التعويض، وجب أن يحل محل المؤمن له في دعواه ضد المسئول عن الضرر، ومن ناحية أخرى فإن هذه الحلول يحول دون إفلات المسئول من المسؤولية، تحت ذريعة أن الضرر قد تم تعويضه بواسطة المؤمن. (انظر السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السابع - المجلد الثاني : عقد التأمين والمقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة، سبق ذكره رقم ٨٢٧، ص ١٣٤٣ وما بعدها جابر محجوب علي، الأحكام العامة للتأمين، طبيعة ٢٠١٣م، ص ٤٦٣ وما بعدها، سعيد جبر، رجوع المؤمن على الغير المسئول عن الحادث، دار النهضة العربية ١٩٩٣م، ص ٤٠ وما بعدها عدنان إبراهيم سرحان رجوع المؤمن على الغير المسئول عن الضرر - دراسة في القانونين الفرنسي والإماراتي، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية - كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية، عدد يونيو ٢٠٠٣م، ص ٢٠٩، وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أما التأمين من المسؤولية فإنه يهدف إلى قيام المؤمن بأداء التعويض الذي يمكن أن يحكم به على المؤمن له لصالح الغير، بسبب ارتكاب الأول خطأ أضر بالتأمين، ولذلك لا يثور الحديث، في هذا النوع من التأمين، عن رجوع المؤمن على الغير، إذ الفرض أن هذا الأخير هو المضرور المستحق للتعويض^(١) وإنما الذي يثور هو الحديث عن رجوع المؤمن على المؤمن له أو على الغير المسئول.

٢- ويمثل التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث المركبات المجال الخصب لهذا النوع من الرجوع.

فالمؤمن في هذا النوع من التأمين، يغطي ما يمكن أن يحكم به من تعويض على المؤمن له (مالك السيارة أو من يرخص له في قيادتها) لصالح الغير المضرور إما في نفسه أو في ماله، ولكن تجنباً لتهاون المؤمن له واستهتاره اعتماداً على وجود تأمين يغطي مسؤوليته، فإن المؤمن يفرض عليه بعض الالتزامات التي تتعلق باستعمال السيارة وقيادتها، ويرتب على مخالفة المؤمن له لهذه الالتزامات أن يكون للمؤمن الحق في الرجوع عليه لاسترداد ما دفعه من تعويض للمضرور. وإلى جانب ذلك، فإن القانون يتدخل بنصوص صريحة لتقرير حق المؤمن في الرجوع على المؤمن له حال ارتكاب هذا الأخير مخالفات معينة.

وفضلاً عن ذلك، فإن المؤمن له يمكن أن يفقد السيطرة على المركبة، إما خلسة وإما عنوة، بفعل الغير، فإذا ارتكب هذا الأخير بواسطة المركبة فعلاً سبب ضرراً للغير، فإن المؤمن - بعد أن يقوم بتعويض هذا الغير - يكون له حق الرجوع على السارق أو الغاصب لاسترداد ما دفعه من تعويض للمضرور.

يتضح من هذا أن رجوع المؤمن في التأمين من المسؤولية عن حوادث المركبات له حالات معينة يطبق فيها، كما أن له شروطاً ينبغي توافرها، وأساساً يقوم عليه.

ولذلك فسوف نقسم بحثنا إلى فصلين :

- نعرض في الأول لحالات الرجوع.
- ونتناول في الثاني شروط الرجوع وأساسه.

^١ - انظر مع ذلك في إمكان حصول الرجوع على الغير في تأمين المسؤولية في بعض الفروض الاستثنائية، سعيد جبر، المرجع السابق، ص ٤٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٣- مقتضى التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث المركبات أن يلتزم المؤمن - مقابل ما يتلقاه من قسط التأمين الذي يدفعها المؤمن له - أن يحل محل هذا الأخير في أداء ما يحكم به من تعويض لصالح المضرور.

وفقاً لهذا فإن حق الرجوع المقرر للمؤمن بعد أداء التعويض يبدو غير مقبول سواء من الوجهة النظرية أو من الوجهة العملية. فمن الوجهة النظرية يصبح التزام المؤمن له بأداء القسط باطلاً لانعدام السبب، لأن المؤمن له لم يدفع القسط إلا لأن المؤمن سيحل محله في تحمل العبء النهائي للتعويض، فإذا استرد المؤمن - عن طريق الرجوع - ما دفعه من تعويض صار التزام المؤمن له بالقسط غير مستند إلى سبب^(١)، أما من الوجهة العملية فإن الرجوع "يقضي إلى تقويت منفعة التأمين على المؤمن له"^(٢)، لأن المؤمن يسترد منه باليسار ما دفعه للمضرور باليمين، فالرجوع يعادل في الأثر تحمل المؤمن له عبء التعويض النهائي^(٣).

٤- على أن رجوع المؤمن على المؤمن له أو الغير المتسبب في الحادث يبدو أمراً طبيعياً إذا وقفنا على الغاية من نظام التأمين من حوادث السيارات، فقد فرض المشرع هذا النوع من التأمين استناداً إلى اعتبارات اجتماعية، جماعها من ناحية ضمان حصول المتضررين من حوادث المركبات على التعويض الذي يجبر ضررهم، ومن ناحية أخرى تخفيف العبء عن مالك السيارة، وذلك بحلول المؤمن محله في تحمل عبء التعويض المستحق للمضرور.

وتحقيقاً لهذا الغرض فرض المشرع التأمين بصورة إلزامية على كل من يرغب في تسيير مركبة آلية أيا كان نوعها، وجعل للمضرور دعوى مباشرة في مواجهة المؤمن

١ - فالتأمين - كما هو معلوم - عقد ملازم للجانبين، يمثل التزام كل متعاقد فيه سبباً لالتزام المتعاقد الآخر، وهذا واضح من تعريف المشرع القطري له في المادة ٧٧١ مدني بأنه "عقد يلتزم المؤمن بمقتضاه أن يؤدي للمؤمن له، أو للمستفيد الذي اشترط للتأمين لصالحه، مبلغاً من المال، أو إيراداً مرتباً، أو أي عوض مالي آخر، في حالة وقوع الحادث، أو تحقق الخطر المبين بالعقد، وذلك في نظير قسط أو أية دفعة مالية أخرى يؤديها المؤمن له للمؤمن".

٢ - وهذا التعريف يطابق تماماً التعريف الذي تبناه المشرع المصري في المادة ٧٤٧ من التقنين المدني.

٣ - انظر محمد أحمد البديرات، رجوع المؤمن على المؤمن له بما أداه من تعويض إلى المتضرر - دراسة في نظام التأمين الإلزامي الأردني، مؤتمراً للبحوث والدراسات لسلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، المجلد الثالث والعشرون، العدد الثاني ٢٠٠٨م، ص ١٩٧ وما بعدها.

٤ - حسام الدين كامل الأهواني، المبادئ العامة للتأمين وشرح قانون التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م، بدون ناشر أوسنة نشر، ص ٢٩٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

للحصول على التعويض، ولم يجز للمؤمن أن يتمسك في مواجهة المضرور بأي دفع، سواء تعلق هذا الدفع ببطلان عقد التأمين أو بفسخه أو بسقوط حق المؤمن له، بل أوجب على المؤمن تعويض المضرور، حتى لو كان مرتكب الحادث شخصاً آخر غير المؤمن له أو من رخص له هذا الأخير في قيادة السيارة.

ولكن في مقابل ذلك - وتجنباً لعبث المؤمن له واستهتاره بأرواح الغير وممتلكاتهم - فرض القانون جزاءً قاسياً على ما يرتكبه المؤمن له من أخطاء جسيمة، يتمثل في ما للمؤمن من حق في الرجوع عليه لاسترداد ما دفعه من تعويض للمضرور.

٥- ونظراً لأن الرجوع قد ثبت على خلاف الأصل، فإن المشرع لم يقره إلا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر.

٦- ففي القانون القطري ورد النص على حالات الرجوع في المادتين ١٠٠، ١٠١، من اللائحة التنفيذية لقانون المرور الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم (٦) لسنة ٢٠١٠م^(١).

حيث تنص المادة ١٠٠ على أنه : (مع مراعاة أحكام المادة ٩٧ من هذه اللائحة، يجوز أن تتضمن الوثيقة التزامات مقبولة على المؤمن له بالنسبة لاستعمال المركبة وسيافتها، شريطة عدم تعارضها مع نصوص قانون المرور والقرارات المنفذة له وهذه اللائحة، فإذا أحل المؤمن له بتلك الالتزامات، كان للمؤمن حق الرجوع عليه لاسترداد ما يكون قد دفعه من تعويض).

أما المادة ١٠١ فتقرر أنه "يجوز للمؤمن أن يرجع على المؤمن له بما يكون قد أداه من مبالغ تعويض في الحالات الآتية :

(١) إذا ثبت أن التأمين قد عُقد بناءً على إلقاء المؤمن له ببيانات كاذبة أو إخفائه وقائع جوهرية تؤثر على قبول المؤمن تغطية الخطر أو على سعر التأمين أو شروطه.

(٢) في حالة استعمال المركبة في غير الغرض المبين بترخيص تسييرها أو قبول ركاب أو وضع حمولة أكبر من المقرر لها، أو استعمالها في السياق أو اختبارات السرعة.

١ - الجريدة الرسمية، العدد السابع في ٢٧ يوليو ٢٠١٠م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

- (٣) إذا ثبت أن سائق المركبة، سواء كان المؤمن له أو شخص آخر سمح له بسيارتها ، قد ارتكب الحادث تحت تأثير تناول الخمر أو تعاطي المخدرات.
- (٤) إذا كان سائق المركبة غير حائز على رخصة سياقة تخوله قيادة هذا النوع من المركبات، وكانت سياقته للمركبة بموافقة المؤمن له أو من يمثله.
- (٥) إذا ثبت أن الوفاة أو الإصابة البدنية أو الأضرار المادية نتجت عن عمل ارتكبه المؤمن له عن إرادة.
- (٦) إذا ثبت أن الحادث كان نتيجة مخالفة جسيمة لقانون المرور أو القرارات المنفذة له أو هذه اللائحة.

٧- أما في القانون المصري فقد ورد النص على رجوع المؤمن في ثلاث مواد هي المواد رقم ١٢، ١٧، ١٨ من القانون رقم (٧٢) لسنة ٢٠٠٧م الخاص بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث مركبات النقل السريع داخل جمهورية مصر العربية^(١)، والحقيقة أن هذه النصوص لم تشر إلى كل حالات الرجوع بل عددت بعضاً منها فقط. أما التعداد الشامل لحالات الرجوع فقد ورد في البند (خامساً) من وثيقة التأمين الإجباري التي جاءت بعنوان " حالات الرجوع ".

وقد أن نسرده هذه الحالات نود أن نشير إلى أن المادة الأولى من قانون التأمين الإجباري (المشار إليه آنفاً) أوضحت أن ما يشمله التأمين يكون وفقاً لأحكام وثيقة التأمين الصادرة تنفيذاً لهذا القانون^(٢). فما يرد في وثيقة التأمين من أحكام يعتبر كأنه

١ - حيث تنص المادة ١٢ على أن " يلتزم المؤمن له أو من ينوب عنه بإبلاغ شركة التأمين بالحادث الذي تسبب فيه المركبة والموجب للتعويض وفقاً لهذا القانون خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوعه، وعليه أن يتخذ كافة الاحتياطات والإجراءات اللازمة لتجنب تفاقم الأضرار الناجمة عنه، كما يلتزم بأن يقدم إلى الشركة جميع الأوراق والمستندات المتعلقة بالحادث حال تسليمها له، وإذا أخل المؤمن له بأي من التزاماته المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين فلشركة التأمين الرجوع عليه بالأضرار التي تصيبها نتيجة ذلك، ما لم يكن التأخير مبرراً " .

أما المادة ١٧ فتتص على أن : (لشركة التأمين إذا أدت مبلغ التأمين في حالة قيام المسؤولية المدنية قبل غير المؤمن له أو غير المصرح له بقيادة المركبة، أن ترجع على المسئول عن الأضرار لاسترداد ما تكون قد أدته من تعويض " .

وتقتضي المادة ١٨ بأنه : " يجوز لشركة التأمين أن ترجع على المؤمن له بقيمة ما تكون قد أدته من تعويض إذا ثبت أن التأمين قد عُقد بناء على إدلاء المؤمن له ببيانات كاذبة أو إخفائه وقائع جوهرية تؤثر في حكم شركة التأمين على قبولها تغطية الخطر أو على سعر التأمين أو شروطه أو أن المركبة استخدمت في أغراض لا يخولها الترخيص " .

٢ - حيث نصت المادة الأولى من القانون على أنه : (يحب التأمين حالات الوفاة والإصابة البدنية وكذا الأضرار السريع المرخص في تسببها طبقاً لأحكام قانون المرور، ويشمل التأمين حالات الوفاة والإصابة البدنية وكذا الأضرار المادية التي تلحق بممتلكات الغير عدا تلفيات المركبات، وذلك وفقاً لأحكام وثيقة التأمين الصادرة تنفيذاً لهذا القانون).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

ورد في القانون. وتبعاً لذلك فإن أحوال الرجوع تتحدد في ضوء ما ورد في القانون ذاته وما ورد في وثيقة التأمين النموذجية والتي تكون لها قيمة النص القانوني^(١).

فإذا رجعنا إلى البند خامساً من وثيقة التأمين الإجباري، نجد أنه ينص على ما يلي : (١) للمؤمن أن يرجع على المؤمن له بقيمة ما يكون قد أداه من مبلغ التأمين في الحالات الآتية :

أ. إذا ثبت أن المؤمن له أدلى ببيانات غير صحيحة أو أخفى وقائع جوهرية عند إبرام عقد التأمين تؤثر على قبول المؤمن تغطية الخطر أو على سعر التأمين أو شروطه.

ب. إذا ثبت استعمال المركبة وقت وقوع الحادث في غير الغرض المبين برخصتها أو ثبت تحميلها بأكثر من الحمولة المقررة لها أو استخدامها في سباق أو اختبار السرعة أو السرعة الزائدة عن المسموح به داخل وخارج المدن أو السير في عكس الاتجاه.

ت. إذا كان قائد المركبة سواء المؤمن له أو شخص آخر يقودها دون الحصول على رخصة قيادة أو رخصة قيادة مناسبة لنوع المركبة أو بموجب رخصة تسيير منتهية الصلاحية.

ث. إذا ثبت أن قائد المركبة سواء كان المؤمن له أو شخص آخر سمح له بقيادتها ارتكب الحادث وهو في غير حالته الطبيعية بسبب تأثير تناول مشروبات كحولية أو مخدرات.

ج. إذا ثبت وقوع الحادث عمداً من جانب المؤمن له.

(٢) يجوز للمؤمن إذا أدى مبلغ التأمين وذلك في حالة نشوء المسؤولية المدنية ضد قائد المركبة غير المؤمن له أو ضد من لم يصرح له بقيادة المركبة، أن يرجع على المسئول عن الأضرار لاسترداد ما يكون قد أداه من مبلغ التأمين.

^١ - أنظر في نفس المعنى، حسام الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٠٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

(٣) لا يترتب على حق الرجوع المقرر للمؤمن وفقاً لأحكام القانون والشروط الواردة بهذه الوثيقة الإخلال بحق المضرور في الرجوع على المسئول بالحقوق المدنية.

فإذا أردنا دراسة حالات الرجوع كما وردت في النصوص السابقة، فإنه يمكن تقسيمها الى قسمين :

القسم الأول يتعلق برجوع المؤمن على المؤمن له، والقسم الثاني يتناول رجوع المؤمن على المسئول غير المؤمن له.

وسوف نعالج هذين القسمين في مبحثين على التوالي.

المبحث الأول

حالات الرجوع على المؤمن له

٨- قلنا إن حالات الرجوع على المؤمن له تجري على خلاف مقتضى التأمين، لأنها تلقي عبء التعويض النهائي على عاتق هذا الشخص، ولذلك فهي تتحصر في الحالات الواردة في القانون دون غيرها، وإلا كان الرجوع وسيلة لإفراغ التأمين من مضمونه، وهو حماية المؤمن له من أثر المسؤولية متمثلاً في الالتزام بالتعويض.

وأحوال رجوع المؤمن على المؤمن له يمكن ردها إلى حالات تتعلق باستبعاد الخطر، وحالات تتعلق ببطان العقد أو بسقوط حق المؤمن له في الضمان.

المطلب الأول

الرجوع المبني على استبعاد الخطر

٩- يقصد باستبعاد بعض حالات الخطر أن يكون المؤمن ملتزماً - بحسب الأصل - بتغطية الخطر، ولكن يُحرم المؤمن له من هذه التغطية إذا وقع الخطر في ظروف محددة، ومثاله في التأمين من الحريق أن يغطي التأمين الحريق الناشيء من أي سبب، إلا ما ينشأ بسبب الزلازل أو الصواعق أو الحرب أو الثورة أو الاضطرابات الشعبية، ومثاله في التأمين على الحياة أن يغطي التأمين الموت بجميع أسبابه إلا ما كان راجعاً إلى الانتحار أو تنفيذ عقوبة الإعدام أو ممارسة رياضة عنيفة (١).

وهذا الاستبعاد يمكن أن يكون قانونياً، مصدره نص القانون ويمكن أن يكون اتفاقياً مصدره اتفاق طرفي عقد التأمين، المؤمن والمؤمن له.

١٠- فإذا رجعنا إلى القواعد المنظمة للتأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث المركبات وجب أن نفرق بين تعويض المضرور وبين تحمل العبء النهائي للتعويض، فالمؤمن ملزم دائماً بتعويض المضرور ما دام أن الضرر قد نشأ من حادث السيارة المؤمنة لديه، وليس باستطاعته أن يتمسك بوجود حالة من حالات استبعاد الخطر. ولكن إذا تحقق الخطر في حالة من الحالات المستبعدة (٢)، فإن المؤمن يثبت

١ - ويطلق الأستاذ السنهوري على الاستبعاد اصطلاح (تحديد الخطر) ويميز بين التحديد الإيجابي الذي يقوم على تحديد سبب معين لوقوع الخطر يكون هو محل ضمان المؤمن، كان يضمن المؤمن في التأمين من الحريق، ما حدث من حرائق ناشئة عن عيب في الشيء المؤمن عليه أو انفجار أنابيب الغاز أو تماس الأسلاك الكهربائية، أو يضمن في التأمين على الحياة الموت إذا كان موتاً طبيعياً، والتحديد السلبي الذي يقوم على ضمان الخطر في جميع حالاته عدا تلك التي تستبعد من الضمان، كضمان الحريق أيا كان سببه إلا إذا نشأ من الزلازل أو الصواعق وضمان خطر الموت إلا إذا نشأ عن الانتحار أو تنفيذ حكم الإعدام أو من وباء عام (السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٠٦، ص ١٠٤).

٢ - وقضت محكمة النقض المصرية بأن المقرر في قضاء المحكمة أن النص في المادة ١٧ من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥م، بأنه يجوز للمؤمن أن يرجع على المؤمن له بقيمة ما أدها من تعويض إذا ثبت أن التأمين قد عقد بناء على إداء المؤمن له ببيانات كاذبة... وفي المادة ١٩ على أنه لا يترتب على حق الرجوع المقرر للمؤمن.. أي مساس بحق المضرور قبله، وكذلك النص في المادة الخامسة من وثيقة التأمين النموذجية الصادرة بالقرار رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٥م من أنه يجوز للمؤمن أن يرجع على المؤمن له بقيمة ما يكون قد أدها من تعويض في الحالات التي عدتها المادة. والنص في المادة السادسة من الوثيقة على أنه لا يترتب على حق الرجوع المقرر للمؤمن طبقاً لأحكام القانون والشروط الواردة بهذه الوثيقة أي مساس بحق المضرور قبله، تدل مجتمعة على أن المشرع يهدف إلى تحويل المضرور من حوادث السيارات حقاً في مطالبة المؤمن بالتعويض في الحالات المبينة بالمادة الخامسة من القرار رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٥م الصادر بوثيقة التأمين النموذجية وفي استعمال السيارة في غير الغرض المبين برخصتها دون أن يستطيع المؤمن أن يحتج قبله بالدفع المستمدة من عقد التأمين والتي يستطيع الاحتجاج بها قبل المؤمن له، وأصبح للمؤمن في مقابل ذلك حق الرجوع على المؤمن له بقيمة ما يكون قد أدها من تعويض (نقض مدني ٢٠٠٧/١١/٢٤م، الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٢٠٠٧م مدني، مذكور في السنهوري، المرجع السابق، ص ١٣٧٠ الهامش).

له حق الرجوع على المؤمن له لاسترداد ما دفع من تعويض، وهو ما يعني أن المؤمن له سوف يتحمل أثر الاستبعاد متمثلاً في تحمله العبء النهائي للتعويض. بعبارة أخرى فإن أثر الاستبعاد يتمثل في حرمان المؤمن له من التغطية التأمينية ولا شأن له بتعويض المضرور.

وسوف نعرض فيما يلي لرجوع المؤمن المبني على استبعاد الخطر، وذلك من خلال التفرقة بين الاستبعاد القانوني والاستبعاد الاتفاقي.

وفي نفس المعنى قضت محكمة التمييز القطرية بأن المقرر أن للمضرور من الحادث الذي يقع من سيارة مؤمن عليها تأميناً إجبارياً أن يرجع - طبقاً لأحكام قانون التأمين الإجباري - بدعوى مباشرة لاقتضاء التعويض عن الضرر الذي نتجته الحادث مستمداً حقه في ذلك من القانون مباشرة طالما ثبتت مسئولية قائدها من الضرر (تمييز مدني ٢٢ نوفمبر ٢٠١١م، الطعن رقم ١٤٢ لسنة ٢٠٠١م).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الفرع الأول

الرجوع المبني على الاستبعاد القانوني

١١- سبق أن ذكرنا أن الاستبعاد القانوني *L'exclusion légale* هو الذي يجد مصدره في نص القانون، فالقانون هو الذي يحرم المؤمن له من ضمان المؤمن في حالات معينة، أي يسمح - في التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات - للمؤمن بأن يرجع بعد تعويض المضرور، على المؤمن له بحيث يحرم هذا الأجير من التغطية التأمينية ويتحمل عبء التعويض في ذمته الخاصة. وهناك أربع حالات للاستبعاد يتفق فيها القانونان المصري والقطري، وحالة خامسة ينفرد بها القانون القطري ولم ترد في نصوص القانون المصري.

الغصن الأول

الحالات التي يشترك فيها القانونان

- ١٢- يتفق القانونان على إعطاء المؤمن الحق في الرجوع على المؤمن له بما أداه من تعويض للمضرور في الحالات الآتية :
١. حالة إساءة استخدام المركبة.
 ٢. حالة عدم حيازة السائق رخصة قيادة لنوع المركبة.
 ٣. حالة القيادة تحت تأثير الخمر أو المخدرات.
 ٤. حالة ارتكاب الحادث عن عمد.
- وسوف نعالج هذه الحالات تباعاً:
- أولاً : إساءة استخدام المركبة :

١٣- نص المشرع القطري على هذه الحالة في المادة ٢/١٠١ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور التي تجيز للمؤمن الرجوع على المؤمن له " في حالة استعمال

المركبة في غير الغرض المبين بترخيص تسييرها، أو قبول ركاب أو وضع حمولة أكبر من المقرر لها، أو استعمالها في السباق أو اختبارات السرعة".

أما في القانون المصري فإن البند خامساً (ب) من الشروط العامة للوثيقة النموذجية تجيز للمؤمن الرجوع على المؤمن له " إذا ثبت استعمال المركبة وقت وقوع الحادث في غير الغرض المبين برخصتها أو ثبت تحميلها بأكثر من الحمولة المقررة لها أو استخدامها في سباق أو اختبار السرعة أو السرعة الزائدة عن المسموح به داخل وخارج المدن أو السير عكس الاتجاه " (١).

١٤- ويتفق القانونان في إعطاء المؤمن حق الرجوع على المؤمن له لاسترداد ما دفع من تعويض للمضروب في الحالات الآتية :

١٥- (١) في حالة استعمال المركبة في غير الغرض المبين برخصتها

بيان ذلك أن قوانين المرور في الدول المختلفة تجري على تحديد أنواع المركبات وتصنيفها بحسب الغاية التي أعدت من أجلها (٢)، فسيارات الركوب مصممة لنقل الأشخاص فقط، وسيارات النقل المشتركة مصممة لنقل الأشخاص والبضائع معاً، وسيارات الشحن مصممة لنقل البضائع فحسب، وسيارات الركوب الخاصة مسجلة بهذه الصفة فلا يجوز استعمالها لتعليم القيادة مثلاً، كما لا استخدامها لنقل الركاب مقابل أجر، وذلك على خلاف سيارات النقل العمومية (التاكسيات أو الحافلات) التي تقوم بنقل الركاب نظير أجر، ويتم تحديد صفة استعمال المركبة بالرجوع إلى رخصة تسييرها ولا يعتد بأي دليل آخر (٣).

١ - وجاء في المادة ١٨ من القانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م الخاص بالتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات في مصر أن لشركة التأمين حق الرجوع على المؤمن له إذا ثبت أن التأمين قد عقد بناءً على إلقاء المؤمن له بيانات كاذبة، أو إذا ثبت " أن المركبة استخدمت في أغراض لا يخلوها الترخيص ".

وراجع في القانون القطري بخصوص أنواع المركبات وقواعد تسييرها المرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٧م، إصدار قانون المرور، المادة الأولى وما بعدها، واللائحة التنفيذية (سائلة الإشارة) م ٨ وما بعدها.

٢ - انظر محمد أحمد البديرات، رجوع المؤمن على المؤمن عليه بما آداه من تعويض إلى المتضرر - دراسة في نظام التأمين الإلزامي الأردني، بحث سبقه الإشارة إليه، ص ٢١٠، الفقرة الأولى.

٣ - راجع في تحديد أنواع المركبات في القانون المصري المادة ٣، ٤، ٥، ٧، ٨، ٩، من قانون المرور رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣م المعدل بالقانونين رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٩م، ورقم ١٢١ لسنة ٢٠٠٨م، واللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم ١٦١٣ لسنة ٢٠٠٨م، المادة رقم ١٥٧ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ولا شك أن تغيير استعمال المركبة عن الغرض المبين في رخصة تسييرها من شأنه أن يزيد عوامل الخطورة على الطرق، ويزيد تبعاً لذلك درجة احتمال وقوع الحوادث والخسائر المادية أو البشرية الناجمة عنها، ولذلك فقد اعتبر المشرعان المصري والقطري أن مجرد التغيير في الاستعمال مخالفة تستتبع توقيع الجزاء^(١).

وعلى مستوى عقد التأمين، فإن مبدأ تناسب القسط مع الخطر يوجب القول بأن القسط الذي يدفعه المؤمن له يتحدد على ضوء درجة احتمال حصول الخطر ومدى جسامته، ومؤدى ذلك في مجال التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث المركبات أن قسط التأمين يختلف باختلاف الغرض الذي خصصت له السيارة، نظراً لانعكاس هذا الغرض على درجة احتمال حصول الخطر ومدى جسامته^(٢)، ولذلك فإن تغيير الغرض المخصص له السيارة يعني أن هناك تفاوتاً بين القسط وبين الخطر، حيث ثمة نسبة من الخطر صارت - بسبب هذا التغيير - غير مشمولة بالقسط الذي يدفعه المؤمن له، ويتحلل ذلك إلى تقاوم للخطر بفعل المؤمن له^(٣)، يعطي - وفقاً للقواعد العامة - الحق للمؤمن في طلب زيادة قسط التأمين بما يعيد إلى العقد توازنه، أو - في

وراجع في القانون القطري بخصوص أنواع المركبات وقواعد تسييرها المرسوم بقانون رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٧م، بإصدار قانون المرور، المادة الأولى وما بعدها، واللائحة التنفيذية (سابقة الإشارة) م ٨ وما بعدها.

١ - وقد أوجب المشرع المصري - في المادة ١٧ من قانون المرور سالف الإشارة - على المرخص له إخطار قسم المرور المختص " بكل تغيير جوهري في وجوه استعمال المركبة أو في وصفها بما يجعلها غير مطابقة للبيانات المدونة بالرخصة وفي جميع الأحوال لا يجوز تسيير المركبة بما لحقها من تغيير قبل الموافقة عليه وإتمام الفحص الفني، ويترتب على مخالفة ذلك اعتبار الرخصة ملغاة".

وفي القانون القطري تحظر المادة ٥/٥٧ من قانون المرور " استعمال المركبة الميكانيكية أو السماح باستعمالها في غير الغرض المبين بشهادتها: تسجيلها أو بترخيص تسييرها " وترتب المادة ١١/٨٨ من القانون على استعمال المركبة في غير الغرض المبين بشهادتها تسجيلها أو بترخيص تسييرها أن يكون لمدير إدارة المرور أو من ينيبه، أن يأمر بحجز المركبة لمدة لا تتجاوز تسعين يوماً، بناءً على مذكرة ممن قام بضبط الواقعة أو تولى التحقيق فيها.

٢ - فدرجة احتمال حصول الخطر (حوادث المرور) في الشاحنات المخصصة لنقل البضائع أكبر منها في سيارات نقل الركاب، ودرجة احتمال حصول الخطر في سيارة تاكسي أكبر منها في سيارة ركوب خاصة، ومدى جسامته الأثر المترتبة على تحقق الخطر تكون في الحافلات الممتلئة بالركاب أعلى منها في السيارات الخاصة وهكذا.

٣ - une aggravation de risqué de fait de l'assuré.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

حال رفض المؤمن له الزيادة - أن يقوم بنفس العقد مع الاحتفاظ بما قبضه من أقساط عن مدة سابقة على إنهاء العقد (١)، (٢).

بيد أن هذه المكنة التي تقرها القواعد العامة غير متاحة للمؤمن في مجال التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث المركبات. من جهة لأن أسعار التأمين محددة تحديداً إجبارياً من قبل هيئة عامة مختصة " وعلى شركات التأمين الالتزام بهذه الأسعار في الوثائق التي تصدرها " (٣)، على وجه لا يجوز معه للشركة حال تفاقم المخاطر بسبب تغيير استعمال المركبة أن تطلب زيادة سعر القسط، ومن جهة أخرى، لأن القانون منع على المؤمن إنهاء العقد لأي سبب طوال مدة سريان الترخيص (٤).

١ - انظر المادة ١/٧٨٣ من اللقنين المدني القطري، وراجع في القانون المصري، أحمد شرف الدين، أحكام التأمين في القانون والقضاء - دراسة مقارنة - جامعة الكويت ١٩٨٣م، فقرة ٢٥٠، ص ٣٢٩ وما بعدها، جابر محجوب علي، الأحكام العامة للتأمين، سالف الإشارة، ص ٣٣٧ وما بعدها.

٢ - ونحن إذ استعملنا تعبير " فسخ العقد " فقد كان ذلك نزولاً على إرادة المشرع الذي استعمل هذا التعبير في المادة ١/٧٨٣ من القانون القطري، مع إدراكنا أن التعبير الدقيق هو إنهاء العقد دون أثر رجعي، بالنظر إلى أن التأمين من العقود المستمرة التي يتجرد فيها الفسخ من الأثر الرجعي، يترتب على ذلك أن المؤمن يحتفظ بالأقساط التي قبضها عن مدة سابقة على تاريخ إنهاء العقد، لأنها كانت نظير ضمان المؤمن للخطر خلال هذه المدة. أما إذا كان قد قبض أقساطاً عن مدة مستقبلية أي لاحقة على تاريخ الإنهاء فهو يلتزم بردها، لأن المؤمن - بعد إنهاء العقد - تحلل من التزامه بضمان الخطر، فيصبح احتفاظه بالأقساط غير مبني على سبب، وهو ما يوجب عليه الرد حتى لا يثري على حساب المؤمن له دون سبب.

٣ - انظر المادة (٧) من قانون التأمين الإجباري من المسؤولية الناشئة عن حوادث مركبات النقل السريع داخل جمهورية مصر العربية رقم (٧٢) لسنة ٢٠٠٧م، التي تقضي بأن " يصدر بتحديد الحد الأقصى لأسعار التأمين المنصوص عليها في المادة (١) من هذا القانون قرار من مجلس إدارة الهيئة المصرية للرقابة على التأمين، وذلك استناداً إلى الدراسات الفنية والإكوتارية التي تعد في هذا الشأن، ومع ذلك يجوز للهيئة تحديد أسعار إضافية لهذا التأمين في الحالات التي تزيد فيها المخاطر التأمينية، وذلك كله بعد أخذ رأي وزارة الداخلية وموافقة رئيس مجلس الوزراء. وعلى شركات التأمين الالتزام بهذه الأسعار في الوثائق التي تصدرها "

وفي القانون القطري تنص المادة (٩٥) من اللائحة التنفيذية لقانون المرور (الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم ٦ لسنة ٢٠١٠م) على أن " تسرى الشروط الخاصة بوثيقة التأمين الإجباري لصالح الغير على المركبات الميكانيكية، وفقاً للنموذج المرفق، بهذه اللائحة (الملحق رقم ٢) ويجب على شركات التأمين العاملة في الدولة الالتزام بهذه الشروط وبعدم تجاوز الحد الأقصى للتعريف الواردة بالجدول الملحقة بها ودون أي زيادة تحت أي مسمى "

حيث ينص البند (سادساً) من وثيقة التأمين الإجباري في مصر على أنه " لا يجوز للمؤمن ولا للمؤمن له إلغاء أو سحب وثيقة التأمين أثناء سريانها ما دام ترخيص المركبة قائماً ولا يترتب على الإلغاء أي أثر بالنسبة للغير " وفي القانون القطري تنص المادة ٩٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور على أن " تكون صلاحية وثيقة التأمين عن مدة ترخيص المركبة الميكانيكية بما فيها مدة مهلة تجديد الترخيص.. ولا يجوز للمؤمن له، أن يلغي وثيقة التأمين أثناء سريانها لأي سبب طول مدة الترخيص "

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

١٦- وإذ حُرِّم المؤمن من مكنة إنهاء العقد أو زيادة القسط، فإن المؤمن له لن يترك دون جزاء، حيث خول القانون المؤمن الحق في الرجوع عليه لاسترداد ما أداه من تعويض للمضروب، وهو ما يعني أن المؤمن لا يمكنه أن يتمسك بتغيير استعمال المركبة لكي يدفع مطالبة المضروب بالتعويض، وإنما يلتزم بأداء هذا التعويض ثم يرجع بما أداه على المؤمن له^(١).

١٧- على أنه يلاحظ أن رجوع المؤمن على المؤمن له يفترض أمرين :
الأول : أن يكون التغيير مؤثراً في شروط التأمين وأسعاره^(٢)، بمعنى أن يكون مؤدياً إلى تفاقم الخطر بزيادة درجة احتمال حصوله أو مدى جسامته، أما إذا كان التغيير لا يؤدي إلى تشديد الخطر وإنما إلى تخفيفه، بحيث يكون القسط المطلوب عن الاستعمال الذي تم التغيير إليه أقل من القسط عن الاستعمال الأصلي (المخصص به) فإن ذلك لا يمنح المؤمن الحق في الرجوع على المؤمن له، ولذلك فإنه إذا وقع الحادث أثناء استخدام مالك السيارة الأجرة سيارته كسيارة خاصة (لقضاء احتياجاته الشخصية)، فإن ذلك لا يعطي المؤمن الحق في الرجوع عليه بالتعويض^(٣).

^١ - وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية أن النص في قانون التأمين الإجباري على أن استعمال السيارة المؤمن عليها في غير الغرض المخصصة له يتيح للمؤمن الرجوع على المؤمن له دون مساس بحق المضروب قبل المؤمن (نقض مدني ١٩٨٤/٦/١٠، الطعن رقم ١٦٧ لسنة ٥٣ ق، مجموعة المكتب الفني، السنة ٣٥، ج ٢، ص ١٥٨٢م، قاعدة ٣٠٢). وأخذت المحكمة بنفس القاعدة في حكم أحدث أصدرته في ٢٠٠٧/٥/٣م، حيث قررت تعويضاً مورثاً للأب عن وفاة أبنائه في حادث سيارة استخدمت في غير الغرض المخصصة له، ولكنها سمحت - في ذات الوقت للشركة بالرجوع عليه بما أدته من تعويض باعتباره أحد مالكي السيارة التي استعملت في غير الغرض المبين برخصتها بالمخالفة لشروط الوثيقة، بحيث أصبح المضروب (الأب) مديناً لشركة التأمين بذات الدين الذي يدينها به بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة مما يترتب عليه انقضاء حقه في التعويض الموروث قبل شركة التأمين (نقض مدني ٢٠٠٧/٥/٣م، الطعن رقم ٢٣٧٤ لسنة ٧٦ ق - صبري الراعي، ومدير عطية موسوعة مصر الحديثة في أحكام النقض المدني من سنة ١٩٩٠م حتى ٢٠١٢م، المجلد الأول، ص ٣٣٣، الناشر: المتحدون - ط ٢٠١٢م).

^٢ - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٠٣.

^٣ - إذ الفرض في هذه الحالة أن الخطر قد أصبح أقل مما هو عليه في الاستعمال المرخص به، وقسط التأمين أيضاً أقل من القسط المطلوب عن الاستعمال المرخص به، بحيث يكون التغيير في مصلحة شركة التأمين، ومن ثم فلا محل لرجوعها على المؤمن له، (حسام الدين الأهواني، ص ٣٠٤، في نفس المعنى، خليل مصطفى، تقدير مبلغ التعويض وحقوق المؤمن المترتبة على دفعه، دراسة في عقد التأمين، الطبعة الأولى، دار ومكتبة الحامد للنشر - عمان ٢٠٠١م، ص ٣٧٢، وانظر عكس ذلك والقول بأن حق الرجوع يثبت للمؤمن في كل حالة يتم فيها استعمال المركبة خلافاً لما هو مبين في رخصتها، سواء تضمن هذا التغيير في صفة الاستعمال تشديداً للمخاطر أو زيادة لها أو قل من درجة احتمال وقوعها أو خفض من مخاطر هذا الحدوث (محمد أحمد البديرات، البحث المشار إليه سابقاً، ص ٢١٠ الفقرة الخامسة).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

الثاني أن يكون التغيير معاصراً لوقت وقوع الحادث، فإذا وقع حادث وتبين من التحقيق أن السيارة التي كانت أداة له هي سيارة خاصة ولكنها استخدمت كسيارة أجرة، أو أن السيارة الخاصة بنقل التلاميذ في المدارس قد استعملت كسيارة نقل بالمخالفة للغرض من الترخيص، يكون للمؤمن حق الرجوع على المؤمن له لاسترداد ما دفع من تعويض للمضرور. أما التغيير الذي لا يرتبط بحادث فإنه يمكن أن يؤدي الى توقيع جزاءات يقرها قانون المرور، ولكنه لا يؤثر على عقد التأمين إلا إذا كان الجزاء هو إلغاء ترخيص السيارة، بما يستتبع إلغاء التأمين^(١).

١٨ - (٢) تحميل المركبة بأكثر من حمولتها

فمن المعلوم أن لكل مركبة حمولة معينة تدون في ترخيص تسييرها. فإذا كانت سيارة ركوب خاصة يحدد عدد الركاب المسموح بركوبهم فيها، وإذا كانت سيارة نقل ركاب (تاكسي أو حافلة) يحدد العدد المسموح بحمله فيها، وإذا كانت سيارة نقل بضائع فإن ترخيص التسيير يتضمن تحديداً للحد الأقصى المسموح لها بحمله^(٢). ويراعي في تحديد حمولة السيارة (من حيث عدد الركاب أو وزن البضائع)، اعتبارات تحددها الجهة الصانعة، تتعلق بالجوانب الفنية والهيكلية وعوامل الأمان والثبات على الطرق.

^١ - فالمادة (٥) من قانون التأمين الإجباري في مصر تمنع سحب الوثيقة أو إلغائها ما دام ترخيص المركبة قائماً، وهو ما يعني، بمفهوم المخالفة، أن سحب الترخيص أو إلغائه - كعقوبة على تغيير تخصيص السيارة - يستتبع إلغاء وثيقة التأمين.

^٢ - راجع بشأن حمولة مركبات نقل البضائع المادة ٨٣ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور المصري التي تقضي بأنه " لا يجوز أن تتعدى حمولة المركبة الوزن المسموح به في ترخيص تسييرها.. " وبخصوص سيارات الأجرة تنص المادة ٩٨ من اللائحة على أنه " لا يجوز لقائد مركبة أجرة أو عربة الركوب (الحنطور) طلب أجرة تزيد على المقررة، كما لا يجوز لقائد المركبة الأجرة بالعداد قبول ركاب آخرين غير من استخدم المركبة أولاً ولحين انتهاء رحلته.. " وينص قانون المرور في المادة ٧٠ منه على أن " يعاقب بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة جنيه ولا تزيد على ألف وخمسمائة جنيه كل سائق مركبة أجرة..، أو نقل عدداً من الركاب يزيد على الحد الأقصى المقرر.. " كما قرر القانون في المادة ٨/٧٤ عقوبة الغرامة التي لا تقل عن مائة جنيه ولا تتجاوز خمسمائة جنيه لحالة " مخالفة مركبات النقل لشروط وزن الحمولة أو ارتفاعها أو عرضها أو طولها " وهذه العقوبة لا تخل بأي عقوبة أشد في أي قانون آخر.

وفي القانون القطري تنص المادة ٨٤ من قانون المرور على أنه " لا يجوز لأي سائق أو محصل لسيارة نقل ركاب، أو سائق سيارة أجرة، أو سيارة للتأجير، أو سيارة سياحية (ليموزين)، أن يسمح بنقل عدد من الركاب يزيد على العدد المسموح بنقله، والمحدد في شهادة التسجيل، وبالنسبة لسيارات النقل فقد وضع القانون قواعد صارمة خاصة بضبط حمولتها وأوزانها (راجع المادة ٨٥ وما بعدها). ورتب القانون على مخالفة القواعد السابقة إعطاء مدير المرور سلطة الأمر إدارياً بحجز المركبة لمدة لا تتجاوز تسعين يوماً (١٨/٨٨م).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

ولا شك أن حمولة السيارة لها دخل في تحديد سعر التأمين، فكلما زادت الحمولة - سواء عدد الركاب أو الوزن - كلما زاد قسط التأمين. وهو أمر منطقي، ذلك أنه لو فرضنا أن حمولة السيارة لا تؤثر في درجة احتمال حصول الخطر، فإنه لا يمكن إنكار صلتها بمدى جسامه الآثار المترتبة على الخطر عند حصوله، فإذا وقع حادث لسيارة لنقل الركاب، فلا شك أن التعويض الذي سيدفعه المؤمن سيزيد كلما زاد عدد الركاب المصابين في الحادث.

ولذلك فإن احترام مبدأ تناسب القسط مع الخطر يوجب على المؤمن له أن يحترم حمولة السيارة المحددة في رخصة تسييرها، لأن هذه هي الحمولة التي يغطيها قسط التأمين الذي دفعه للمؤمن.

فإذا تم تجاوز الحمولة، وذلك بقبول عدد من الركاب يزيد على المسموح به، أو بوضع حمولة تزيد على المقرر، فإن ذلك يؤدي إلى تشديد الخطر^(١)، ويخل بالتناسب بين الخطر وقسط التأمين، على وجه يجعل المؤمن مخيراً بين طلب زيادة القسط أو إنهاء عقد التأمين.

على أن المشرع - حفاظاً على مصلحة المضرور - أوجب على المؤمن الإبقاء على العقد، وألزمه إذا وقع الحادث بتعويض المضرور، دون أن يكون باستطاعته أن يدفع دعوى هذا الأخير المباشرة بالاستناد إلى أن المؤمن له قد خالف مقتضى العقد بتحميل السيارة بأكثر من حمولتها.

فإذا قام المؤمن بتعويض المضرور فقد قرر له القانون حق الرجوع على المؤمن له، متى أقام الدليل أن المركبة وقت وقوع الحادث كانت تحمل ركاباً أو حمولة أكبر من المقرر لها.

١٩ - (٣) استعمال المركبة في السباق أو اختبارات السرعة

تنص المادة ٥٠ من قانون المرور القطري على أنه: " يحظر، بغير تصريح مكتوب من السلطة المرخصة، إجراء سباق للمركبات الميكانيكية أو الدراجات العادية

١ - فَمَا لَا شَكَّ فِيهِ أَنَّ السَّيَّارَةَ الَّتِي تَحْمِلُ كَثِيرًا مِنْ حَمُولَتِهَا لَا يَتَوَافَرُ لَهَا الْأَمَانُ وَالثَّبَاتُ عَلَى الطَّرِيقِ بِشَكْلِ كَامِلٍ. وَلِذَلِكَ فَإِنَّهَا تَكُونُ مَعْرُضَةً لِلْحَوَادِثِ أَكْثَرَ مِنْ سَيَّارَةٍ أُخْرَى لَا تَتَجَاوَزُ الْحَمُولَةَ الَّتِي قَرَّرَتْهَا لَهَا الْجِهَةُ الْمَصْنَعَةُ وَالَّتِي تَمَّ تَسْجِيلُهَا فِي رَخْصَةِ تَسْيِيرِهَا، فَتَحْمِيلُ السَّيَّارَةِ بِأَكْثَرٍ مِنْ طَاقَتِهَا يَعْنِي أَنَّ هُنَاكَ قَدْرًا مِنَ الْمَخَاطِرِ لَمْ يَدْفَعِ الْمُؤْمِنُ لَهُ مَقَابِلَهُ فِي قِسْطِ التَّأْمِينِ، فَهَذَا الْجُزْءُ مِنَ الْخَطَرِ مُسْتَبْعَدٌ مِنْ نِطَاقِ التَّغْطِيَةِ التَّأْمِينِيَّةِ.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

(الهوائية)، أو الأشخاص على الطرق، ويجب الالتزام بالشروط التي تحددها هذه السلطة^(١). وترتب المادة ٧/٨٨ من هذا القانون على مخالفة ذلك الحظر بالنسبة للسيارة جواز قيام مدير إدارة المرور بالأمر بحجز المركبة لمدة لا تتجاوز تسعين يوماً، وبالنسبة لمنظم السباق عقوبة الحبس مدة لا تقل عن شهر ولا تتجاوز ثلاث سنوات، والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف ريال ولا تزيد على خمسين ألف ريال أو إحدى هاتين العقوبتين.

ولكن ما أثر مخالفة هذا الحظر على عقد التأمين ؟

يتعين أن نشير إلى أن وثائق التأمين تنص على عدم جواز استخدام السيارة في السباق أو اختبار السرعة، ففانون المرور لا ينظم تسيير ذلك النوع من السيارات، وبالتالي فهي تخرج عن نطاق السيارات التي يسري عليها قانون التأمين الاجباري^(٢).

فإذا استخدمت سيارة عادية (كسيارة ركوب خاصة) في سباق أو اختبار سرعة، فإن ذلك ينطوي على تغيير في استعمال السيارة واستخدامها في غير الغرض المبين برخصتها، إضافة إلى ذلك فإن هذا الاستخدام يؤدي إلى تشديد الخطر المؤمن منه، لأن درجة احتمال حصول الخطر ومدى جسامته تتجاوز في السباق أو اختبار السرعة النسب المتوقعة في السير العادي، وهو ما يعني أننا في هذه الحالة أمام خطر مستبعد من نطاق التأمين يتجاوز تعويض الأثار المترتبة على تحققه نطاق التغطية التأمينية.

ولكن في هذه الحالة أيضاً حظر المشرع على المؤمن أن يدفع دعوى حظر الضرر بالادعاء بأن السيارة قد استعملت في غير الغرض المرخص به، وأوجب عليه تعويض المضرور، ثم مباشرة دعوى الرجوع على المؤمن له لكي يسترد منه ما دفعه من تعويض للمضرور.

^١ - وتضيف المادة - في فقرتها الثانية - أنه "لا يترتب على هذا التصريح أي مسؤولية على السلطة المرخصة، فيما يتعلق بأي تلف للممتلكات أو إصابة للأشخاص، كما لا يترتب عليه إعفاء الشخص القائم بتنظيم السباق أو إدارته من تلك المسؤولية".

وفي نفس المعنى تنص المادة ١٧ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور في مصر على أنه " يجب الحصول على موافقة الإدارة العامة للمرور وبناءً على عرض إدارة المرور المختصة قبل إجراء أي سباق بالطرق العامة، ويقدم الطلب قبل موعد إجراء السباق بخمسة عشر يوماً على الأقل والحصول على ترخيص من المحافظ أو المحافظين المختصين".

^٢ - حسام الدين الاهواني، المرجع السابق، ص ٣٠٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

جملة القول إذن أنه مهما كان وجه إساءة استخدام المؤمن له للمركبة، فإن الموازنة بين مصلحة المضرور ومصلحة المؤمن قد أوجبت إلزام هذا الأخير بتعويض المضرور، ثم مباشرة حق الرجوع على المؤمن له لاسترداد ما تم دفعه من تعويض للمضرور، استناداً الى أن المؤمن له عندما استعمل المركبة الاستعمال الممنوع قد وضع نفسه خارج نطاق التغطية التأمينية، فوجب أن يتحمل، في ذمته الخاصة، الآثار المالية المترتبة على تحقق خطر مستبعد أصلاً من نطاق التأمين الإجباري.

ثانياً : عدم حيازة السائق رخصة قيادة لنوع المركبة :

٢٠- ورد النص على هذه الحالة من حالات الرجوع في الفقرة الرابعة من المادة ١٠١ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور القطري التي تجيز للمؤمن الرجوع على المؤمن له " إذا كان سائق المركبة غير حائز على رخصة سياقة تخوله قيادة هذه النوع من المركبات، وكانت سياقته للمركبة بموافقة المؤمن له أو من يمثله ". أما في القانون المصري فإن البند خامساً من الوثيقة النموذجية يتضمن من بين حالات الرجوع (ج) : " إذا كان قائد المركبة سواء المؤمن له أو شخص آخر يقودها دون الحصول على رخصة قيادة أو رخصة قيادة مناسبة لنوع المركبة أو بموجب رخصة تسيير منتهية الصلاحية " .

ولا يشير النص القطري الالحالة واحدة وهي حالة عدم حيازة قائد المركبة رخصة قيادة لنوع المركبة، ولكن هذا ينطوي - ضمناً - على حالة أخرى أشار إليها النص المصري تتعلق بقيادة المركبة دون الحصول على رخصة قيادة أصلاً، فحق الرجوع يثبت في هذه الحالة للمؤمن من باب أولى لكن ما يلفت النظر في النص المصري هو ما أشار إليه متعلقاً بالقيادة " بموجب رخصة تسيير منتهية الصلاحية " . إذا المعلوم أن

المراد برخصة التسيير، وفقاً لأحكام قانون المرور المصري، هي رخصة تسيير المركبة^(١).

ولو حُمل النص على هذا المعنى، أي على معنى قيادة المركبة برخصة تسيير منتهية، أي لم تجدد بعد انتهاء المهلة المسموح فيها بتجديد الترخيص طبقاً لقانون المرور^(٢)، لكان معنى ذلك أن المركبة تسيير بدون وثيقة تأمين، حيث تنص المادة ٦ من قانون التأمين الاجباري (رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م) على أن "يسري مفعول وثيقة التأمين طوال مدة الترخيص بتسيير المركبة، وخلال المهلة المسموح فيها بتجديد الترخيص طبقاً لقانون المرور". فإذا كانت المركبة تسيير دون وثيقة تأمين، وأحدثت ضرراً بالغير، فإن المضرور لا يباشر دعواه ضد المؤمن، لأنه لا يوجد تأمين أصلاً، وإنما الذي يعوضه هو الصندوق الحكومي لتغطية الأضرار الناشئة عن حوادث مركبات النقل السريع في مصر، والذي نصت على إنشائه المادة ٢٠ من قانون التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث مركبات النقل السريع، وأنطقت به تغطية الأضرار الناتجة عن حوادث مركبات النقل السريع في حالات معينة، منها "٢ - عدم وجود تأمين على المركبة لصالح الغير".

ولذلك، فالأدق - منعاً لهذا اللبس - أن تُحمل العبارة وفقاً لسياق النص على معنى قيادة المركبة بموجب رخصة قيادة منتهية الصلاحية.

٢١ - وعلى ضوء ما تقدم فإن الرجوع المتعلق برخصة القيادة يغطي ثلاث حالات هي:

(١) حالة عدم حيازة رخصة قيادة أصلاً.

١ - وقد عالج المشرع المصري موضوع رخص التسيير في الفصل الأول من الباب الثاني من قانون المرور الذي جاء بعنوان "رخص تسيير مركبات النقل السريع" (م ١٠ وما بعدها من قانون المرور). أما موضوع رخص القيادة، فقد عالجها المشرع في الفصل الثاني من هذا الباب، تحت عنوان "رخص قيادة مركبات النقل السريع" (م ٣ وما بعدها).
٢ - وتنص المادة ٢٢ من قانون المرور على أن: "تنقضي صلاحية ترخيص تسيير المركبة بانقضاء أجله دون تجديد، ويكون تجديد رخصة المركبة، في موعد لا يجاوز الثلاثين يوماً التالية لانتهاء مدة الترخيص". وهو ما يعني أن هناك مهلة سماح للتجديد، مدتها ثلاثين يوماً، تضاف إلى مدة الترخيص الأصلية، ويعتبر الترخيص منتهياً إن لم يجدد قبل انتهاء مهلة السماح.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

(٢) حالة عدم حيازة رخصة قيادة مناسبة لنوع المركبة.

(٣) حالة انتهاء الرخصة أو الغائها أو وقفها مؤقتاً.

الحالة الأولى : عدم حيازة رخصة قيادة أصلاً :

٢٢- توجب نصوص قانون المرور في كل من مصر وقطر حصول الشخص على رخصة قيادة سارية المفعول حتى يسمح له بقيادة المركبة الآلية، وترتب على مخالفة هذا القيد عقوبات يحددها القانون^(١).

ويحدد القانون، في كل من البلدين، الشروط الواجب توافرها في طالب الرخصة، وهي : ألا يقل عمره عن ثماني عشرة سنة ميلادية، وأن يكون لائقاً صحياً من حيث سلامة البنية والنظر والخلو من العاهات التي تعجزه عن القيادة، وأن يجتاز اختباراً فنياً في القيادة وفي قواعد المرور وآدابه^(٢)، ولكن لا أهمية لتحري توافر هذه الشروط فيمن يحمل رخصة قيادة أجنبية يسمح القانون المصري أو القانون القطري لحائزها بأن يقوم بقيادة المركبات في مصر أو في قطر^(٣).

١ - انظر المادة ٧٤ مكرراً (٢) من قانون المرور المصري التي تنص بان " يعاقب بالحبس لمدة لا تزيد على ستة اشهر، وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من قاد مركبة دون الحصول على رخصة تسيير أو رخصة قيادة "

وانظر في القانون القطري المادة ٢٩ من قانون المرور التي تنص على أنه " لا يجوز سيطرة أي مركبة ميكانيكية على الطريق إلا بعد الحصول على رخصة سوق من السلطة المرخصة، تخول حاملها سيطرة مثل تلك المركبة ". وقد رتب المادة ٩٤ من نفس القانون على مخالفة هذا القيد عقوبة هي الحبس مدة لا تقل عن شهر، ولا تجاوز ثلاث سنوات، والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف ريال، ولا تزيد على خمسين ألف ريال أو إحدى هاتين العقوبتين، إضافة على ذلك فقد أجازت المادة ٨٨ من نفس القانون لمدير ادارة المرور أو من ينيبه، أن يأمر إدارياً، بحجز أي مركبة ميكانيكية، لمدة لا تجاوز تسعين يوماً، في حال : " ٤- سيارتها من شخص غير حاصل على رخصة سوق... "

٢ - انظر المادة ٣١ من قانون المرور القطري، والمادة ٣٥ من قانون المرور المصري، التي تتطلب، إضافة الى هذه الشروط، أن يكون طالب الرخصة حاصلًا على شهادة اتمام مرحلة دراسية أو شهادة محو الأمية الصادرة من الهيئة العامة لمحو الأمية وتعليم الكبار.

وهذه الشروط تمثل الحد الأدنى، وهي المطلوبة لمنح رخصة القيادة الخاصة. ولكن هناك شروطاً أخرى مطلوبة فيمن يريد الحصول على الأنواع الأخرى من رخص القيادة.

(راجع المادة ٣٢، ٣٣ من قانون المرور القطري، والفقرة ٥ من المادة ٣٥ من قانون المرور المصري).

٣ - حيث تنص المادة ٣٩ من قانون المرور المصري على أن " تسري رخصة القيادة الأجنبية أو الدولية للمدد المصرح بها طبقاً للاتفاقيات الولية النافذة في البلاد على ألا تجاوز مدة صلاحيتها في الدولة الصادرة منها، ولا يعتد بتجديدها في مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وتجري شركات التأمين على تطلب حصول المؤمن له أو من يرخص له في قيادة المركبة على رخصة تخوله قيادة المركبة المؤمن عليها، والغاية من وراء ذلك هي، من ناحية احترام حكم القانون، ومن ناحية أخرى "الاقبال، قدر الإمكان، من درجة احتمال وقوع الخطر المؤمن منه، بسبب الجهل بأصول القيادة وعدم الدراية بفنونها وبقواعد السير، بحسبان الحصول على الرخصة قرينة قانونية على المهارة والكفاءة لقيادة المركبة" (١).

٢٣- فإذا وقع الحادث، وثبت أن الشخص الذي كان يقود المركبة ليس حاصلاً على رخصة قيادة، فإن هذا الأمر لا يمثل دعواً يستطيع المؤمن أن يتمسك به في مواجهة المضرور، إذ يكفي أن تكون السيارة مؤمناً عليها لديه وأن تثبت مسؤولية قائدها لكي يلتزم بتعويض ما تسببه للغير من ضرر. ولكن يكون للمؤمن - بعد تعويض المضرور - الحق في الرجوع على المؤمن له لاسترداد ما دفعه من تعويض.

ورغم عدم النص على هذه الحالة ضمن حالات الرجوع في القانون القطري، إلا أن الرجوع فيها لا يحتاج الى نص يقرره، بل هو يطبق من باب أولى. فإذا كان المؤمن يستطيع الرجوع على المؤمن له لأن السائق يحمل رخصة قيادة لا تتناسب نوع السيارة المؤمن عليها، فمن باب أولى يسمح له بالرجوع إذا كان السائق لا يحمل رخصة قيادة أصلاً (٢).

الخارج أثناء وجود المرخص له بالبلاد، وتحدد اللائحة التنفيذية شروط وإجراءات منح حاملي تلك الرخص رخص قيادة طبقاً لهذا القانون وأنواعها). أما القانون القطري فقد استثنى من ضرورة الحصول على رخصة سوق من السلطة المرخصة لقيادة أي مركبة ميكانيكية، كلاً من مواطنو دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية الذين يحملون رخص سوق غير قطرية سارية المفعول. وأخيراً الزوار والسائحون الذين يحملون رخص سوق دولية سارية المفعول (م ٢٠٣، ٤/٢٩٩ من قانون المرور).

١- انظر سعد واصف، شرح قانون التأمين الاجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات، المطبعة العالمية، القاهرة ١٩٦٢م، ص ١٤٢، أحمد البديرات، البحث سالف الإشارة، ص ٢٠٣، الفقرة الخامسة.

٢- انظر في نفس المعنى محمد أحمد البديرات، البحث المشار إليه سابقاً، ص ٢٠٦، أول فقرة، حيث يأخذ بنفس التحليل في القانون الأردني، على الرغم من أن نظام التأمين الإلزامي للمركبات لم يكن ينص على هذه الحالة ضمن حالات الرجوع. ولكن المشرع الأردني تدخل فيما بعد بمقتضى نظام التأمين الإلزامي للمركبات (رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م، فنص في المادة ٣/١٦ على حق الشركة في الرجوع على المؤمن له والسائق لاسترداد ما دفعته من تعويض الى المتضرر، إذا مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وحق الرجوع يتقرر للمؤمن ليس فقط في حالة ما إذا كان السائق لا يحمل رخصة قيادة، ولكن أيضاً إذا كان قد حصل على رخصة بطريق غير مشروع أو كانت رخصته مزورة، لأن الرخصة في هذه الحالة تعتبر في حكم المعدومة، ولا يجوز لمن يحوزها أن يقوم بالقيادة، فإن فعل وتورط في حادث سبب ضرراً للغير، كان من حق المؤمن أن يرجع على المؤمن له ليسترد منه ما دفعه من تعويض.

٢٤- فإذا كان المؤمن له هو الذي يقود السيارة دون الحصول على رخصة قيادة^(١)، فإن المؤمن يستطيع الرجوع عليه لكي يقتضي منه ما دفعه من تعويض للمضرور. أما إذا كان من يقوم بالقيادة شخص آخر، كزوج المؤمن له أو أحد أبنائه أو أحد تابعيه، فقد اشترط المشرع القطري - حتى يكون للمؤمن حق الرجوع على المؤمن له - أن تكون " سياقته للمركبة بموافقة المؤمن له أو من يمثله " (م ١٠١/٤ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور)^(٢)،^(١).

كان سائق المركبة المتسببة بالحادث، عند وقوعه غير جازز على رخصة قيادة أو على رخصة قيادة لفئة المركبة التي كان يقودها.. "

١ - وهذا وضع متصور عندما يكون الالتزام بالتأمين واقعا على مالك المركبة، (وهو ما نصت عليه المادة ٣ من قانون التأمين الاجباري المصري ٧٢ لسنة ٢٠٠٧ م).

وكان هذا المالك غير مؤهل لقيادة المركبة، ويستعين في ذلك بمن يقودها، أو إذا كان لدى المؤمن له رخصة قيادة منتهية ولم يتم بتجديدها، وقام بقيادة السيارة بهذه الرخصة المنتهية.

٢ - ورغم أن الوثيقة النموذجية للتأمين الاجباري في مصر قد أجازت للمؤمن الرجوع على المؤمن له إذا كان قائد

المركبة سواء المؤمن له أو شخص آخر يقودها دون الحصول على رخصة قيادة، بحيث لم تقيد الرجوع بأن يكون قائد

المركبة الذي لا يحمل رخصة قد أذن في القيادة من المؤمن له، فإن الفقه والقضاء ومستقران على تطلب هذا الشرط

لإعطاء المؤمن حق الرجوع على المؤمن له (انظر سعد واصف، المرجع السابق، ص ١٤٥ وما بعدها " محمد حسين

منصور، أحكام قانون التأمين، منشأة المعارف ٢٠٠٥م، ص ٥٠٢، حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٠٨،

وانظر في القضاء المصري، نقض منني ١٩٧٨/٦١/٢٠م، طعن رقم ٣٩٧ لسنة ٤٥ ق، مجموعة أحكام النقض، السنة

٢٩، ص ١٥٠٠، حيث قضت بأن موذي البند الخامس فقرة (ج) من الشروط العامة الملحقة بنموذج وثيقة التأمين الذي

صدر به قرار وزير المالية والاقتصاد رقم ١٥٢ لسنة ١٩٥٥م، تنفيذاً لحكم المادة الثانية من القانون رقم ٦٥٢ لسنة

١٩٥٥م، من أن حق شركة التأمين في الرجوع على مالك السيارة المؤمن له لاسترداد ما تكون قد دفعته من تعويض

للمضرور في حادث وقع من تلك السيارة مناطه أن يكون ذلك المالك قد وافق على قيادة مرتكب الحادث لسيارته دون أن

يكون حاصلًا على رخصة قيادة، لما كان ذلك وكان الحكم الابتدائي، قد حكم على الطاعن في دعوى الضمان الفرعية

استناداً إلى أن المطعون ضده الثاني قد قاد السيارة التي ارتكب بها الحادث دون أن يكون حائزاً على رخصة قيادة ولم

يستظهر ما إذا كان ذلك قد حدث بموافقة الطاعن أم لا، فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائي لأسبابه يكون معيباً

بالقصور بما يستوجب نقضه " ؟ وانظر في نفس المعنى نقض منني ١٩٨٨/٣/٢٣م، الطعن رقم ١٣٧٦ لسنة ٥٢ ق،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

والإذن بالقيادة قد يكون صريحاً أو ضمناً، والإذن الضمني يكون على سبيل المثال في حالة تأجير السيارة أو إعارتها أو رهنها حيازياً، حيث تتضمن كل هذه العقود إذناً ضمناً، للمستأجر أو المستعير أو المرتهن باستعمال السيارة وهو ما يقتضي قيادتها. فإذا كان المالك (المؤمن له) يعلم بأن أحد هؤلاء الأشخاص ليس حائزاً على رخصة قيادة، وأذن له مع ذلك في قيادة السيارة، فأحدث بالغير ضرراً، يكون للمؤمن - بعد تعويض المضرور، أن يرجع عليه بما دفع. وقد يصدر الإذن من المؤمن له شخصياً، كما قد يصدر ممن يمثله قانوناً، كما لو كان مالك السيارة غير كامل الأهلية، وصدر الإذن ممن ينوب عنه قانوناً (الولي أو الوصي أو القيم). أو كانت السيارة مملوكة لشخص اعتباري فصدر الإذن بالقيادة لمن لا يجوز رخصة قيادة من الممثل القانوني للشخص الاعتباري.

والإذن بالقيادة يجب أن يفسر تفسيراً ضيقاً، بحيث يقتصر على شخص المأذون له بالقيادة من المؤمن له. دون أن يتعداه إلى شخص آخر يأذن له بالقيادة المأذون من المؤمن له. فإذا أذن هذا الأخير لصديق له بقيادة السيارة، فإن هذا لا يتضمن الموافقة على أن يقود السيارة صديق لهذا الصديق، فإذا أذن الصديق الأول لصديق ثان بالقيادة، فإن هذا لا يعتبر إذناً أو موافقة من المؤمن له، لأن "الأذن لا يتعدى" (٢). على أن التضييق في تفسير الإذن لا يحول دون الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي صدر فيها، فإذا أعار شخص سيارته لصديق له يعلم أنه لا يقود بنفسه وإنما يستخدم سائقاً، فإن هذه الإعارة تنطوي على موافقة من مالك السيارة المؤمن له

نقض مدني ١٤/٥/١٩٨٦م، الطعن رقم ١٦٢ لسنة ٥٢ ق، نقض مدني ١٩٧٦/٦/٨م، الطعن رقم ٩٢ لسنة ٤٢ ق، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٧، ص ١٢٩٩.

١ - وقد عاقب المشرع المصري في المادة ٨١ مكرراً ٣ كل من سمح بقيادة مركبة لمن دون الثامنة عشرة، أو لأي شخص غير مرخص له بالقيادة، إذا نجم عن ذلك حدوث إصابة أو وفاة أو ضرر للغير، بذات العقوبة المقررة للفعل، وذلك دون الإخلال بالتدابير المقررة في قانون المرور أو أية عقوبة أشد في قانون آخر، ومن المعلوم أن عقوبة القيادة بدون ترخيص هي الحبس لمدة لا تزيد على ستة أشهر والغرامة التي لا تقل عن مائة جنيه، ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين (م ٧٤ مكرراً ٢).

٢ - سعد واصف، المرجع السابق، ص ١٤٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

على أن يقود السائق السيارة المعارة، ولكن لا يجوز لهذا السائق أن يأذن لغيره بالقيادة^(١).

٢٥- ويقع على المؤمن - بحسبانه المدعي في دعوى الرجوع - عبء إثبات أن من كان يقود المركبة لم يكن حاصلاً على رخصة قيادة، وأن قيادته لها كانت بإذن المؤمن له^(٢)، ولهذا الأخير - بوصفه مدعي عليه، أن ينفي وجود هذا الإذن، ويقيم الدليل على أن السائق كان يقود المركبة بدون موافقته، ولا شك أن إذن المؤمن له ينتفي في حالة ثبوت سرقة السيارة أو غصبها.

وأخيراً يثور السؤال عما إذا كان قبول دعوى الرجوع التي يرفعها المؤمن على المؤمن له يقتضي إثبات وجود علاقة سببية بين عدم حصول قائد المركبة على رخصة قيادة وبين الحادث الذي وقع، بعبارة أخرى، هل يلزم أن يقيم المؤمن الدليل على أنه لو كان قائد المركبة حاصلاً على رخصة القيادة لما وقع الحادث؟.

١ - سعد واصف، نفس الموضوع.

٢ - وقضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يكفي أن يثبت المؤمن أن المؤمن له قد سمح بقيادة سيارته لشخص دون أن يكثر بمعرفة ما إذا كان يحمل رخصة قيادة، بل يجب أن يقيم الدليل على أن المؤمن له كان يعلم فعلاً بعدم حمل هذا الشخص رخصة قيادة، وتأسيساً على ذلك فقد ألغت حكم محكمة الموضوع الذي قضى بحرمان المؤمن له من التعويض عما أصابه من ضرر شخصي بسبب الحادث الذي وقع له وهو يجلس في سيارته الخاصة بجانب شخص سمح له بقيادة هذه السيارة دون أن يبحث ما إذا كان يحمل رخصة أم لا.

" Attendu - dit la cour de cassation- qu'il résulte de l'artidc Le R ٢١١-١٣ du code des assurances que L'exclusion de garantie prise du défaut de permis de conduire du conducteur n'est pas opposable a la victimé ou a ses ayants droit, qu'il enest cependant autrement lorsque fait La preure que la victime souscripteur du contrat, s'est volontierement placée dans la situation exclusive de garantic , qu'en statuant comme elle l'a fait, sans relever que Rhida Mezdari (sourcriteur assuré) savait que M Gallois (conducteur) n'etait pas titulaire du permis de conduire, la cour d'apple a privé sa décision de base légale au regard du texte précité" -oo٩٩٣٣, Resp. civile et assurances, nog septmtre ٢٠٠١, ٢٧٥ comm. H. Groutel.

هذا الحكم يتعلق باستبعاد الضمان بالنسبة للمؤمن له، ولكنه لا يجيب عن السؤال الهام الخاص بما إذا كان قائد السيارة الذي لا يحمل رخصة قيادة يتحمل رجوع المؤمن عليه بعد أن يقوم هذا الأخير بدفع التعويض الى المضرور (وهو بالفرض شخص من الغير) استناداً إلى قواعد المسؤولية المدنية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

يجيب البعض عن هذا السؤال بالنفي، فيعطي المؤمن الحق في الرجوع على المؤمن له وعلى السائق بمجرد ثبوت أن من كان يتولي القيادة لم يكن حاصلًا على رخصة قيادة، استناداً إلى أن الشخص الذي لم يحصل على رخصة قيادة غير مؤهل أصلاً لقيادة أي مركبة لجهله بفنون القيادة وتقواعد السير، وهذا وحده ينهض سبباً كافياً لوقوع الخطر المؤمن منه، وأن ثبوت وقوع الحادث، لأي سبب، سيستغرقه عدم أهلية السائق للقيادة، مما يخول المؤمن الرجوع عليه وعلى المؤمن له الذي أذن له بالقيادة بما أداه من تعويض^(١).

ونحن نرى أن عدم الحصول على رخصة القيادة يقيم قرينة على أن الشخص لا تتوافر له أهلية قيادة المركبة، ولكنه لا يبرهن بالضرورة على وجود علاقة سببية مباشرة بين عدم الأهلية المفترض وبين تحقق الخطر (حصول الحادث)، لاحتمال أن يكون الحادث راجعاً إلى ازدحام الطريق أو إلى عوامل جوية أو إلى سلوك المضرور، على وجه لا يسوغ معه للمؤمن مباشرة الرجوع على المؤمن له، إلا إذا أثبت أن الحادث كان من الممكن تلافيه لو كان قائد المركبة حاصلًا على رخصة قيادة. وهذا الذي نقول به هو ما يتفق مع طبيعة الرجوع المقرر للمؤمن وكونه أمراً استثنائياً يمثل خروجاً على الأصل العام في ضرورة تحمل المؤمن لعبء تحقق الخطر نظير القسط الذي يتلقاه من المؤمن له.

الحالة الثانية : حالة عدم حيازة رخصة مناسبة لنوع المركبة:

٢٦- صنف القانونان المصري والقطري رخص قيادة المركبات حيث عدد المشرع المصري منها اثنا عشر نوعاً^(٢)، بينما قسمها المشرع القطري إلى سبعة أنواع

١ - أنظر محمد أحمد البديرات، البحث سالف الإشارة، ص ٢٠٦، الفقرة الرابعة.

٢ - حيث تنص المادة ٣٤ من قانون المرور (رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣م، المعدل بالقانونين ١٥٥ لسنة ١٩٩٩م، ١٢١ لسنة ٢٠٠٨م) على أن أنواع رخص القيادة كالآتي:

(١) رخصة قيادة خاصة: تجيز لحاملها، ممن لا تكون القيادة مهنته، قيادة سيارة خاصة، وقيادة سيارة الأجرة التي تعمل في النقل السياحي والجرار الزراعي بقصد الاستعمال الشخصي، وسيارات النقل الخفيف، التي لا تزيد حمولتها على ألفي كيلوجرام.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

(١)، ويخول كل نوع من هذه الأنواع قيادة مركبة أو أكثر من المركبات المحددة في القانون.

- (٢) رخصة قيادة درجة ثالثة : تجيز لحاملها، ممن تكون القيادة مهنته، قيادة السيارات الأجرة، وسيارات الأتوبيس التي لا يزيد عدد ركابها على سبعة عشر ركباً فضلاً عن السيارات المبيّنة في البند السابق.
 - (٣) رخصة قيادة درجة ثانية : تجيز لحاملها قيادة سيارات الأجرة، وسيارات الأتوبيس التي يزيد عدد ركابها على سبعة عشر ركاباً وحتى ستة وعشرين ركاباً، وسيارات النقل والمعدات الثقيلة، فضلاً عن قيادة السيارات المبيّنة في البندين السابقين، ولا تصرف إلا بعد مضي ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ الحصول على الرخصة المبيّنة في البند (٢).
 - (٤) رخصة قيادة درجة أولى : تجيز لحاملها قيادة جميع أنواع السيارات، ولا تصرف إلا بعد مضي ثلاث سنوات على الأقل من تاريخ الحصول على الرخصة المبيّنة في البند (٣).
 - (٥) رخصة قيادة جرار زراعي : تجيز لحاملها قيادة جرار مفرد أو ذي مقطورة زراعية.
 - (٦) رخصة قيادة مترو أو ترام : تجيز لحاملها قيادة مركبات المترو أو الترام.
 - (٧) رخصة قيادة دراجة نارية : وتجيز لحاملها ممن تكون القيادة مهنتهم قيادة دراجة نارية.
 - (٨) رخصة قيادة مركبات (التوك توك) تجيز لحاملها قيادتها.
 - (٩) ملغاة.
 - (١٠) رخصة قيادة عسكرية : وتجيز لحاملها قيادة المركبات العسكرية فقط وتمنح لأفراد القوات المسلحة من الجهات التابعة لها وفقاً للشروط والأوضاع التي يحددها وزير الداخلية بالاتفاق مع وزير الحربية.
 - (١١) رخصة قيادة شرطة : وتجيز لحاملها قيادة مركبات الشرطة فقط وتمنح لأفراد هيئة الشرطة بالشروط والأوضاع التي يحددها وزير الداخلية.
 - (١٢) رخصة قيادة للتجربة : تمنح للمنوط بهم اختبار صلاحية مركبات النقل السريع.
 - (١٣) رخصة قيادة مؤقتة للتعليم : تمنح لراغب تعلم قيادة المركبات.
- حيث تنص المادة ٣٠ من قانون المرور (المرسوم رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٧م) على أن تكون أنواع رخص السوق كما يلي :
- (١) رخصة سوق دراجة نارية : تجيز لحاملها سيطرة دراجة آلية (نارية) .
 - (٢) رخصة سوق سيارة خفيفة : تجيز لحاملها سيطرة السيارات التي تحددها السلطة المرخصة.
 - (٣) رخصة سوق سيارة ثقيلة : تجيز لحاملها سوق السيارات التي تحددها السلطة المرخصة.
 - (٤) رخصة سوق آليات أو معدات : تجيز لحاملها سيطرة هذه المركبات الميكانيكية أو بعضها.
 - (٥) رخصة سوق سيارة عمومي : تجيز لحاملها سيطرة سيارات الأجرة أو السيارات السياحية (ليموزين) أو نقل الركاب أو النقل العام أو آليات أو معدات أو بعضها.
 - (٦) رخصة سوق لذوي الاحتياجات الخاصة : تجيز لحاملها من ذوي الاحتياجات الخاصة سيطرة ذات مواصفات خاصة.
 - (٧) رخص سوق مؤقتة لتعلم سيطرة المركبات وتشمل الأنواع الآتية :
 - أ. رخصة لتعلم سيطرة الدراجات الآلية (النارية) .
 - ب. رخصة لتعلم سيطرة السيارات الخفيفة.
 - ج. رخصة لتعلم سيطرة السيارات الثقيلة.
 - د. رخصة لتعلم سيطرة السيارات أو المعدات.
 - هـ. رخصة لتعلم سيطرة سيارات ذات مواصفات خاصة لذوي الاحتياجات الخاصة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

ويعتمد هذا التصنيف على عدة معايير مثل تصنيف المركبة وسعتها والغرض الذي تستعمل فيه، وجنسية السائق^(١)، وصحيفة الحالة الجنائية الخاصة به^(٢)، الى جانب خبرته السابقة ومهارته في القيادة واجتياز الفحص الفني المقرر^(٣). وما دام الأمر كذلك، فإنه يكون منطقياً أن يلتزم السائق حدود ما تسمح به الرخصة التي يحملها، فلا يقود سوى نوع المركبة أو المركبات التي تخول رخصته قيادته. فإذا كان السائق حائزاً على رخصة قيادة لفئة أدنى من فئة المركبة التي يقودها، كما لو كان حائزاً على رخصة قيادة سيارة خاصة (رخصة سوق سيارة خفيفة بعبارة المشرع القطري)، وقام بقيادة سيارة نقل ثقيلة أو سيارة أتوبيس (حافلة)، فإنه يكون في حكم من يقود السيارة بدون ترخيص^(٤)، لأن الترخيص الممنوح له ليس خاصاً بنوع المركبة التي قام بقيادتها^(٥). ولذلك فإنه إذا وقع من هذه السيارة حادث أدى الى الإضرار بالغير، كان المفروض أن تقع مسؤولية تعويضه على عاتق السائق والمؤمن له الذي صرح له بقيادة المركبة. ولكن رعاية لجانب المضرور ألزم المؤمن بتعويضه، مع إعطائه حق الرجوع على السائق وعلى المؤمن له. الأول لارتكابه مخالفة القيادة دون أن يكون حائزاً على رخصة تخوله قيادة المركبة التي وقع بها الحادث، والثاني لموافقته (صراحة أو ضمناً) على قيادة السائق لهذه المركبة، رغم علمه أنه لا يحمل الرخصة اللازمة لقيادتها.

- ١ - حيث يشترط القانون القطري لمنح رخصة سوق سيارة عمومي أن يتوافر في طالب الرخصة الى جانب الشروط العامة، شرط أن يكون قطري الجنسية (انظر المادة ٣٢ من القانون).
- ٢ - حيث يشترط القانون القطري فيمن يطلب الحصول على رخصة قيادة سيارة عمومي ألا يكون قد سبق الحكم عليه في جريمة مخلة بالشرف والأمانة، أو في جريمة سيطرة مركبة ميكانيكية وهو تحت تأثير مسكر أو مخدر (م ٣٢).
- ٣ - أما في القانون المصري فقد نصبت المادة ٣٥ من قانون المرور، في فقرتها الخامسة على أنه : " بالنسبة للرخص الواردة في البنود (٢)، (٣)، (٤)، (٦)، (١٢) من المادة السابقة (يشترط لمنحها) ألا يكون قد سبق الحكم (على من يطلبها) بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة أو في إحدى الجرائم المنصوص عليها في القانون رقم ١٨٢ لسنة ١٩٦٠م في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها أو سبق معاقبته لقيادته مركبة تحت تأثير خمر أو مخدر، ما لم تكن مضت ثلاث سنوات على تنفيذ العقوبة أو سقوطها بمضي المدة، أو كان الحكم مشمولاً بوقف تنفيذ العقوبة "
- ٤ - راجع في القانون القطري المادتين ٢٢، ٢٣ من قانون المرور، وفي القانون المصري المادة ٣٤، البندين ٣، ٤.
- ٥ - انظر في نفس المعنى، سعد واصف، المرجع السابق، ص ١٤٥.
- ٥ - ولذلك ينص قانون المرور القطري، في المادة ٣٨ منه + على أنه " لا يجوز لمالك المركبة الميكانيكية أو حائزها أن أن يعهد بسيارتها الى شخص غير حاصل على رخصة سوق تخوله سيارتها "
- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وغني عن البيان أن مجرد عدم حصول السائق على رخصة قيادة لنوع المركبة التي وقع منها الحادث لا يكفي بذاته لتبرير رجوع المؤمن بما دفع من تعويض، بل يجب أن يكون لهذا الأمر أثر في قوع الحادث. بعبارة أخرى، فإن تقرير الحق في الرجوع يفترض أن تكون هناك علاقة سببية مباشرة بين عدم حمل الترخيص اللازم وبين الحادث الذي وقع، وعاء إثبات ذلك يقع على عاتق المؤمن باعتباره المدعى في دعوى الرجوع.

يلاحظ أخيراً أن قيادة المركبة دون الحصول على الترخيص المناسب لذلك يصعب تصوره إذا كان المؤمن له شخصاً يتولى قيادة المركبة بنفسه، لأن عقد التأمين يتم تنظيمه، في هذه الحالة، على ضوء البيانات المحددة في رخصة تسيير المركبة المحدد فيها فئتها، والبيانات الواردة في رخصة القيادة الخاصة بالمؤمن له، بحيث تجيز له هذه الرخصة قيادة فئة المركبة المؤمن عليها، وإلا فإن المؤمن لن يقبل إبرام العقد مع المؤمن له. ولكن هذا الرجوع متصور إذا كان المؤمن له شخصاً اعتبارياً أو شخصاً طبيعياً يمتلك عدة مركبات من فئات مختلفة، ولديه عدة سائقين، كل منهم مؤهل لقيادة فئة معينة من هذه المركبات، فإذا قام أحد هؤلاء السائقين بقيادة مركبة من فئة أعلى من فئة رخصته، وارتكب بسبب ذلك حادثاً أضر بالغير، فمن الطبيعي أن يكون للمؤمن حق الرجوع عليه بما دفعه من تعويض. ولكن المؤمن سيكون له أيضاً حق الرجوع على المؤمن له إذا كان هذا الأخير قد أذن له بقيادة المركبة وهو يعلم أنه غير حائز على رخصة القيادة التي تؤهله لذلك^(١).

الحالة الثالثة : انتهاء الرخصة أو إلغاؤها أو وقفها مؤقتاً:

٢٧- يحدد القانون مدة سريان رخصة القيادة^(٢)، على أن السائق قد يفقد، أثناء سريان تلك المدة، أحد شروط منح الرخصة - كشرط اللياقة الصحية - مما

^١ - انظر في نفس المعنى، محمد أحمد البديرات، البحث السابق، ص ٢٠٤.

^٢ - ففي القانون المصري، تنص المادة ٣٧ من قانون المرور على أن " تكون مدد سريان الرخص المنصوص عليها في المادة ٣٤ من هذا القانون كما يلي :

١. عشر سنوات للبند الأول.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

يستوجب إلغائها، وقد يسلك في القيادة مسلكاً يستوجب قانوناً إصدار قرار بوقف العمل برخصته، أو بسحبها لمدة معينة^(١)، وقد تنتهي مدة الرخصة ولا يقوم حاملها بتجديدها في الميعاد المقرر لذلك. وفي جميع هذه الحالات يعد السائق غير مؤهل للقيادة، ويعامل معاملة الشخص الذي لا يحمل ترخيصاً بالقيادة^(٢).

إذا قام السائق بقيادة مركبة، وارتكب حادثاً أضر بالغير، فإن المؤمن لا يمكنه الاحتجاج على هذا الأخير بأن قائد المركبة في حكم من لا يحمل ترخيصاً، وإنما يجب

٢. خمس سنوات بالنسبة للبلند ٥، ٧، ١٢،

٣. ثلاث سنوات بالنسبة للبلند ٢، ٣، ٤، ٦، ٨،

٤. ستة أشهر بالنسبة للبلند ١٣،

٥. مدة الخدمة بالنسبة للبلدين ١٠، ١١.

وفي القانون القطري، تنص المادة ٣٥ من قانون المرور على أن " تكون مدة سريان رخص السوق بجميع أنواعها للقطريين لمدة عشر سنوات من تاريخ منحها، ولغير القطريين لمدة خمس سنوات، وتجدد لممدد مماثلة بعد دفع الرسم المقرر.

واستثناء من ذلك، تكون رخصة سوق سيارة عمومي لمدة سنة من تاريخ منحها، كما تكون مدة سريان رخصة السوق المؤقتة لتعلم سياقة المركبات الميكانيكية لمدة ثلاثة أشهر من تاريخ منحها، وتجدد أيهما لممدد مماثلة بعد دفع الرسم المقرر "

١ - وقد نظم قانون المرور المصري سحب الرخصة وجعله جزءاً لبعض المخالفات، فقد نصت المادة (٧٢ مكرراً) على أن تسحب رخصة القيادة، بقرار من مدير إدارة المرور المختص، " لمدة لا تزيد على شهر في حالة ارتكاب المخالفات المنصوص عليها في البند (أ) ولمدة لا تقل عن شهر ولا تزيد على ثلاثة أشهر في حالة ارتكاب المخالفات المنصوص عليها في البند (ب)، ولمدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد عن عام في حالة ارتكاب المخالفات المنصوص عليها في البند (ج) " وتنص المادة ٧٢ (مكرراً ٢) على عقوبة سحب الرخصة لمدة عام في حالة العود للمرة الثالثة خلال مدة معينة، من جانب قائد المركبة الذي تسبب في تلويث الطريق بإلقاء فضلات، أو مخلفات بناء، أو أية أشياء أخرى، وكذلك قيادة مركبة في الطريق تصدر أصواتاً مزعجة أو ينبعث منها دخان كثيف، أو عادم غير مطابق للشروط البيئية.. " ونص القانون على عقوبة وقف الرخصة في نصين هما المادتين ٨٧، ٨١، فالمادة ٨٧ تقضي بأنه " إذا حكم على قائد مركبة مرخص له بالقيادة لارتكابه فعلاً معاقباً عليه بمقتضى المواد من ٧٤ إلى ٧٧ من هذا القانون، فللقاضي أن يضمن الحكم وقف سريان رخصة القيادة لمدة لا تتجاوز سنة من اليوم التالي لتاريخ انتهاء تنفيذ العقوبة "

أما المادة ٨١ فتقضي بأنه : " إذا اتهم قائد المركبة بارتكاب جريمة قتل أو إصابة خطأ بالسيارة فيجوز للنيابة العامة أن تأمر بإيقاف سريان رخصة القيادة المنسرفة إليه لمدة لا تتجاوز شهراً ولها إذا رأت مد سريان إيقافها أن تعرض الأمر على القاضي الجزئي لتأمر بإلغائه أو امتداده للمدة التي يحددها " فنص على أنه " مع عدم الإخلال بالعقوبات والتدابير الأخرى "

أما في القانون القطري فقد عالج المشرع موضوع سحب رخصة السوق في المادة ٨٧ من قانون المرور المنصوص عليها في هذا القانون، يجوز لمدير إدارة المرور أو من ينيبه، أن يأمر بسحب رخصة السوق أو ترخيص تسيير المركبة مع لوحات الأرقام، أو كليهما مدة لا تتجاوز تسعين يوماً، لدى ضبط جريمة من الجرائم المنصوص عليها في المادة (١٠٠) من هذا القانون.

١ - ولذلك تنص المادة ٥٧ من قانون المرور القطري على أنه لا يجوز لأي شخص أن يرتكب أي فعل من الأفعال الآتية : " ٧- سيطرة مركبة ميكانيكية برخصة تقرر سحبها قضائياً أو إدارياً "

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أن يقوم بتعويض المضرور، ثم يباشر بعد ذلك رجوعاً على السائق وعلى المؤمن له الذي سمح له بالقيادة رغم علمه بأن رخصة قيادته قد ألغيت أو سحبت أو تم وقفها.

ويذهب البعض إلى استثناء حالة عدم تجديد الرخصة بعد انتهاء مدتها من القاعدة السابقة، بحيث يتمتع على المؤمن في هذه الحالة الرجوع على المؤمن له والسائق لاسترداد ما دفعه، حجبتهم في ذلك أنه رغم مخالفة السائق لقانون السير، إلا أن مثل هذه المخالفة لا تعدو كونها مخالفة إدارية لا تدل على عدم كفاءة السائق أو تنقص من قدرته على قيادة المركبة، ولأنه لا تأثير لعدم سريان الرخصة على الخطر المؤمن منه بحد ذاته، إذ أنه لا يشتد حدة بعدم تجديدها لانتهاء مدتها، ولا يخف وطأة بتجديدها وسريان مفعولها^(١).

ونحن من جانبنا لا نرى مبرراً للتفرقة بين سحب الرخصة أو وقفها مؤقتاً وحالة عدم تجديدها بعد انتهاء مدتها، ففي الحالتين هناك مخالفة لقانون المرور، تختلف جسامتها من حالة لأخرى، ولكنها لا تدل على فقد السائق كفاءته أو قدرته على القيادة، وإنما تبرهن على أن سلوك السائق ينطوي على إهمال أو عدم اكتراث بقواعد قانون المرور، وهذا هو ما يؤدي إلى جعل الخطر أكثر شدة وحصوله أكثر احتمالاً، ويبرر - تبعاً لذلك - رجوع المؤمن بما دفع من تعويض على السائق وعلى المؤمن له الذي أذن له بالقيادة رغم عدم حيازته رخصة سارية المفعول.

ثالثاً : القيادة تحت تأثير الخمر أو المخدرات:

٢٨- تعد الخمر والمخدرات من أهم العوامل المسؤولة عن ارتفاع نسبة الحوادث المرورية، وذلك بالنظر لما يترتب على تناولها من تأثير شديد على قدرة الجهاز العصبي للإنسان على التحكم والتركيز. فإذا قام الشخص بالقيادة وهو واقع تحت تأثيرها تكون تصرفاته وردود أفعاله مضطربة وغير طبيعية. ولذلك تحظر قوانين

١ - محمد أحمد البديرات، البحث سالف الإشارة ن ص ٢٠٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المرور قيادة أي مركبة على من كان واقعاً تحت تأثير خمر أو مخدر^(١)، وتقرر عقوبات على من يخالف هذا الحظر^(٢).

وفي مجال التأمين من المسؤولية، فإنه مما لا شك فيه أن القيادة المضطربة وغير المتوازنة بفعل المسكر أو المخدر، تزيد درجة احتمال حصول الخطر ومدى جسامته عن القدر الذي قبل المؤمن تغطيته والذي ينجم عن قيادة السيارة في الظروف المعتادة. ولذلك فإن تطبيق القواعد العامة في هذه الحالة كان مؤداه أن يثبت للمؤمن الحق في فسخ العقد وإلغاء التأمين. بيد أن المشرع لم يأخذ بهذا الحل، ومنع على المؤمن أن يتمسك على المضرور بواقعة أن سائق المركبة، سواء كان المؤمن له أو شخصاً آخر سمح له بقيادتها، قد ارتكب الحادث تحت تأثير تناول الخمر أو تعاطي المخدرات، فالمؤمن ملزم بتعويض المضرور، ولكن يجوز له الرجوع لاسترداد ما دفعه من تعويض للمضرور على السائق وعلى المؤمن له الذي سمح له بقيادة المركبة وهو في هذه الحالة غير الطبيعية^(٣).

١ - حيث تنص المادة ٦٦ فقرة أولى من قانون المرور المصري على أنه "تحظر قيادة أي مركبة على من كان واقعاً تحت تأثير خمر أو مخدر"، أما قانون المرور القطري فينص في المادة ٥٧ على أنه "لا يجوز لأي شخص أن يرتكب أي فعل من الأفعال الآتية:

٢ - سياقة مركبة ميكانيكية تحت تأثير المسكرات أو المخدرات أو أي مؤثرات عقلية أخرى".

٢ - فتنص المادة ٧٦ من قانون المرور المصري على أنه: "مع عدم الإخلال بالتدابير المقررة في هذا القانون أو بأية عقوبة أشد في أي قانون آخر، يعاقب كل من قاد مركبة وهو تحت تأثير مخدر أو مسكر بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تزيد على ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، وتضاعف العقوبة عند العود إلى الفعل ذاته خلال سنة من تاريخ الحكم النهائي بالإدانة".

أما في القانون القطري، فقد جعل المشرع عقوبة سياقة مركبة ميكانيكية تحت تأثير المسكرات أو المخدرات أو أي مؤثرات عقلية أخرى هي الحبس مدة لا تقل عن شهر، ولا تجاوز ثلاث سنوات، والغرامة التي لا تقل عن عشرة آلاف ريال، ولا تزيد على خمسين ألف ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين (راجع المادة ٩٤ من قانون المرور).

٢ - والإشارة إلى تناول المسكر أو المخدر سدت نقصاً موجدواً في اللائحة التنفيذية لقانون المرور الكويتي التي نصت في المادة ٧٦ (ج) على حق الرجوع "إذا ثبت أن قائد المركبة ارتكب الحادث وهو في غير حالته الطبيعية بسبب المسكر أو تناول الخمر". وهو ما دعا الفقه إلى التوسع في فهم النص وتقرير حق المؤمن في الرجوع في حالة تناول السائق المخدرات وما شابها، لما يترتب على ذلك من فقدان الشخص لحالته الطبيعية، وعدم قدرته على التحكم في قيادة السيارة، شأنه في ذلك شأن السكر وتناول الخمر، خاصة وأن مناهج الرجوع في حالتنا هذه ليس السكر أو تناول الخمر في ذاته، وإنما ما يترتب على ذلك من خروج الشخص عن حالته الطبيعية وعدم قدرته على التركيز والسيطرة على السيارة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ولكن يلاحظ أن المشرع لم يخول المؤمن حق الرجوع لمجرد ثبوت تناول السائق المسكر أو المخدر، وإنما اشترط المشرع القطري أن يكون السائق " قد ارتكب الحادث تحت تأثير تناول الخمر أو تعاطي المخدرات " (م ٣/١٠١ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور) وأناط المشرع المصري رجوع المؤمن بأن يثبت (أن قائد المركبة... ارتكب الحادث وهو في غير حالته الطبيعية بسبب تأثير تناول مشروبات كحولية أو مخدرات) (١)، وهو ما يعني أن القانونين قد استلزما أن يكون المسكر أو المخدر قد أحدث تأثيراً سلبياً على قدرة السائق على التحكم والتركيز في القيادة، بحيث أدى الى وقوع الحادث. بمعنى آخر، فإن القانونين تطلبا وجود علاقة سببية بين تناول المسكر أو المخدر وبين وقوع الحادث، فإذا انتفت هذه العلاقة يسقط حق المؤمن في الرجوع على المؤمن له.

وإذا كانت العبرة في رجوع المؤمن هي بما أحدثه تناول المسكر أو المخدر من تأثير على السائق أخرجه عن الحالة الطبيعية من التحكم والتركيز، فإن ذلك لا يتحقق بالضرورة بمجرد تناول أي قدر من هذه المواد وإنما يتناول القدر الذي يخرج السائق عن سلوك السائق المعتاد من أوساط الناس من حيث القدرة على قيادة السيارة وضبط سرعتها والتحكم فيها على المنحنيات والتعامل مع إشارات المرور، والتعامل مع تصرفات السائقين الآخرين والمشاة.. الخ، وهذا أمر يختلف من شخص لآخر. وهو ما يعني أن تقدير ما إذا كان المسكر أو المخدر قد أحدث تأثيره في قدرة السائق على قيادة المركبة والتحكم فيها يخضع لمعيار شخصي، تستقل محكمة الموضوع باستظهاره من خلال وقائع الدعوى وملابساتها (٢).

(انظر ابراهيم الدسوقي أبو الليل، التزام المؤمن بالتعويض ومدى رجوعه على المؤمن له وعلى الغير المسئول عن الضرر، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٩٥م، ص ٢٣٠)

١ - ويلاحظ أن مجرد السكر أو تعاطي المخدر الذي يخرج السائق عن حالته الطبيعية ويكون سببا في وقوع الحادث يكفي لتقرير حق المؤمن في الرجوع، فلا يشترط أن يدان السائق جنائياً، بل يثبت للمؤمن حق الرجوع، ولو حكم ببراءة السائق من جنحة مخالفة أحكام قانون المرور وهو في حالة سكر أو جنحة تعاطي المخدرات (انظر في نفس المعنى، سعد واصف، المرجع السابق، ص ١٢٧، وما بعدها).

٢ - سعد واصف، المرجع السابق، ص ١٢٩، ابراهيم الدسوقي أبو الليل، ص ٢٣١، محمد أحمد البديرات، البحث السابق، ص ٢٠٧.

٢٩- على أن السؤال يثور عن الحالة التي تكون فيها المادة المخدرة التي تناولها السائق، وأخرجته عن حالته الطبيعية في القيادة، عبارة عن جرعة دواء علاجية أمر بها الطبيب المختص. فإذا وقع الحادث بسبب تأثير هذا الدواء، هل يثبت للمؤمن حق الرجوع على المؤمن له؟.

لم يجب المشرعان المصري أو القطري عن هذا السؤال. ومع ذلك، فإن عموم عبارة تعاطي المخدرات أو تناول المخدرات، يحمل على الاعتقاد بأن المشرع لم يفرق بين التعاطي أو التناول العلاجي وغير العلاجي، ما دام أن المخدر قد أخرج السائق عن حالته الطبيعية، وكان سبباً في وقوع الحادث، ففي الحالتين يكون للمؤمن، فيما نرى، حق الرجوع على السائق لاسترداد التعويض^(١).

٣٠- وعبء إثبات تناول السائق للمسكر أو المخدر بالقدر الذي أخرجه عن حالته الطبيعية وكان سبباً في حصول الحادث، يقع على عاتق المؤمن باعتباره المدعى في دعوى الرجوع، وصاحب المصلحة في تقرير استبعاد الضمان في هذه الحالة. وهذا الإثبات ينصب على واقعة مادية ولذلك فإنه يمكن أن يتم بكافة الطرق.

فإثبات حالة السكر يمكن أن يتم من خلال المحضر الذي تحرره الشرطة وتثبت فيه أن قائد السيارة كان يتفوه بألفاظ غير مناسبة، وأنه كان يترنح ويتمائل، وتتبعث من فمه رائحة الخمر^(٢)، كما أنه يمكن أن يتم من خلال التحاليل المخبرية لقياس نسبة تركيز الكحول في الدم.

١ - ويلاحظ أن النشرات المصاحبة للأدوية والعقاقير التي تحوي نسبة من المخدر تضعف قدرة الجهاز العصبي على التحكم أو التركيز، عادة ما تبين بوضوح حصول هذا الأثر لدى من يتناولها، وتحذر الأشخاص من تناول هذه المستحضرات قبل قيادة مركباتهم بفترة معينة من الوقت. كما يغلب أن ينبه الطبيب الذي يصف الدواء الى ضرورة تجنب قيادة السيارة عقب تناوله بمدة معينة، فإذا خالف السائق هذا التحذير وتناول الدواء وقام بالقيادة، مما ترتب عليه وقوع الحادث كان من حق المؤمن أن يرجع عليه لاسترداد ما دفعه من تعويض.

٢ - وفي هذا الإطار فإن المادة ٦٦ من قانون المرور المصري بعد أن حظرت، في فقرتها الأولى، قيادة أي مركبة على من كان واقفاً تحت تأثير خمر أو مخدر، اضافت في الفقرة الثانية "ولمأمور الضبط القضائي عند التلبس بمخالفة الفقرة الأولى من هذه المادة في إحدى الحالات المنصوص عليها في المادة (٣٠) من قانون الإجراءات الجنائية أن يأمر بفحص مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أما إثبات تناول المخدر فيبدو أكثر صعوبة بسبب عدم وجود رائحة تعاطي كنتلك التي تنبعث من فم شارب الخمر، ولذلك فإن الإثبات يعتمد في هذه الحالة، بصفة أساسية، على تحليل الدم الذي تقوم به المختبرات المعتمدة للتثبت من وجود المخدر في دم السائق ونسبة تركيزه ومدى تأثيره على جهازه العصبي.

وأخيرا نود التأكيد على ما سبق أن ذكرنا في ثنايا حديثنا من أن حالة السكر أو تناول المخدر تجيز للمؤمن الرجوع سواء أكان قائد السيارة - الذي ثبت أنه قد ارتكب الحادث تحت تأثير المسكر أو المخدر - هو المؤمن له أو شخصا آخر سمح له بقيادتها. وهو ما يعني أنه لا يشترط للرجوع أن تتحقق حالة السكر أو تعاطي المخدر لدى المؤمن له شخصياً، بل يكفي تحققها لدى شخص آخر، طالما كانت قيادته للمركبة بناء على سماح المؤمن له ذلك.

رابعاً : ارتكاب المؤمن له الحادث عمداً:

٣١- حيث تنص وثيقة التأمين النموذجية في مصر على إعطاء المؤمن حق الرجوع لاسترداد ما أداه من تعويض للمضرور " ه - إذا ثبت وقوع الحادث عمداً من جانب المؤمن له ". أما في القانون القطري، فإن المادة ١٠١ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور تجيز للمؤمن الرجوع على المؤمن له " ٥ - إذا ثبت أن الوفاة أو الإصابة البدنية أو الأضرار المادية نتجت عن عمل ارتكبه المؤمن له عن إرادة؟.

ويلاحظ أن التفصيل الذي تضمنه النص القطري هو إيضاح لمفهوم الحادث الذي أشار إليه النص المصري، فالحادث المؤمن منه في التأمين الاجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات هو الوفاة أو الإصابة البدنية أو الأضرار المادية، ولا يمكن أن يكون غير ذلك. ولهذا فإن اختلاف الصياغة لا يحول دون القول بتطابق النصين في المعنى المراد.

حالة قائد المركبة بالوسائل الفنية التي يحددها وزير الداخلية بالاتفاق مع وزير الصحة، دون إخلال باتخاذ ما يراه من إجراءات وفقاً للقانون".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

والمعنى المراد هو تقرير حق المؤمن في الرجوع على المؤمن له لاسترداد ما أداه من تعويض للمضرور، إذا كان الحادث المؤمن منه قد وقع بخطأ عمدي من المؤمن له^(١). ويراد بالخطأ العمدي إرادة الفعل وإدراك نتائجه، بمعنى أن المؤمن له يعتمد تحقيق الخطر عن طريق فعل إرادي يصدر منه، مع إدراكه أن فعله هذا يؤدي، مع وقوع الحادث، إلى إلحاق الضرر بالغير ويثير، من ثم، مسؤولية المؤمن عن ضمانه^(٢).

والخطأ العمدي، بهذا المعنى لا يقبل التأمين، وذلك لتناقضه مع مفهوم الخطر في التأمين، والذي يجب أن يكون حادثاً احتمالياً، أي مشكوكاً في تحققه، بمعنى أنه قد يقع وقد لا يقع في المستقبل. ولا يتحقق هذا المفهوم بالنسبة للخطأ العمدي الذي يستطيع المؤمن له أن يوقعه بإرادته في أي وقت. إضافة إلى ذلك فإنه لا يحق للمؤمن له أن يؤسس حقاً لنفسه بناءً على إرادته المحضة، خصوصاً إذا أنطوت هذه الإرادة على سوء النية بارتكاب جنائية قتل عمد أو جنحة جرح أو جنحة أتلان عمدية^(٣). ومن هنا فقد اتفق الفقه على أن عدم جواز التأمين من الخطأ العمدي يعد مبدأ متعلقاً بالنظام العام، وهو ينصرف إلى جميع صور التأمين^(٤).

والمواقع أن عدم قابلية الخطأ العمدي للتأمين، مؤداه أنه إذا تعمد المؤمن له إيقاع الحادث ومن ثم الإضرار بالغير، فإن حقه في الضمان يسقط لأننا نكون إزاء

١ - وقد كانت المادة ١٦ من الوثيقة النموذجية المعمول بها في ظل قانون التأمين الإلزامي رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥م (الملغي) في مصر، تعطي للمؤمن حق الرجوع " ٤ - إذا ثبت أن الوفاة أو الإصابة البدنية قد نشأت عن عمل ارتكبه المؤمن له عن إرادة وسبق إصرار". وهي صياغة كانت منتقدة من جانب الفقه الذي كان يرى أنه يكفي أن يكون الخطر قد وقع بعمل ارتكبه المؤمن له عن عمد وإرادته، أي نتيجة خطأ عمدي، ولكن لا يشترط سبق الإصرار (انظر حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٠٧).

٢ - فالخطأ العمدي يوجد بآتيان الفعل الإرادي، حتى ولو لم يكن فاعله قد أراد نتائجه متى كان يتوقعها وأقدم مع ذلك على ارتكاب الفعل (انظر أحمد شرف الدين أحكام التأمين، المرجع السابق، فقرة ١٣٧، ١٣٨، ص ١٨١ وما بعدها، وراجع تفصيلاً في هذا الموضوع، مالك حمد أبو نصير، ومحمد خير، ومحمود العدوان، الخطأ العمدي للمؤمن له كسبب لأعفاء المؤمن من مسؤوليته في القانون الأردني - دراسة مقارنة، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد (٤) العدد (١) صفر ١٤٣٣/١ كانون الثاني ٢٠١٢م، ص ١٥٥ وما بعدها).

٣ - انظر في نفس المعنى، سعد واصف، المرجع السابق، ص ١٤٩.

٤ - انظر، جابر محجوب علي، الأحكام العامة للتأمين، مرجع سبقته الإشارة إليه، ص ١٧٦ وما بعدها.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

خطر مستبعد أصلاً من نطاق التأمين، وهو ما يعني حرمان المضرور من التغطية التأمينية. ولكن رعاية لجانب المضرور ألزم المشرع المؤمن بتغطية الحادث، مع إعطائه حق الرجوع على المؤمن له لاسترداد ما دفع.

٣٢- والحق في الرجوع بسبب الخطأ العمدي هو محض تطبيق للقواعد العامة، ولذلك فهو يتقيد بقيودها :

فما يتمتع تأمينه ويجوز للمؤمن الرجوع بصدده، هو الخطأ العمدي على التعريف السالف ذكره، ولذلك فإن المؤمن لا يمكنه مباشرة الرجوع في حالة الخطأ غير العمدي، ولو كان خطأ جسيماً^(١).

وما يتمتع تأمينه ويجوز للمؤمن الرجوع بصدده، هو الخطأ العمدي للمؤمن له شخصياً^(٢)، أما إذا صدر الخطأ من تابع المؤمن له أو من أذن له في قيادة السيارة وكان هذا الشخص مرخصاً له في القيادة، فإن شركة التأمين تؤدي التعويض للمضرور

١ - وقضت محكمة النقض المصرية بأن تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض أو مبلغ التأمين بأنه خطر احتمالي أو إرادي، خطأ عمدي - هو من المسائل التي يخضع قضاة محكمة الموضوع فيها لرقابة محكمة النقض، إلا أن استخلاص الخطر الموجب للمسئولية مما يدخل في حدود السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع ما دام هذا الاستخلاص سائغاً ومستمداً من عناصر تؤدي إليه من وقائع الدعوى (نقض مدني ١٩٩٣/٢/١م - العطن رقم ٤٧٦٦ لسنة ٦١ ق - الموسوعة الماسية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية من سنة ١٩٣١ - ٢٠٠٥م للمستشار عبد المنعم حسني، الجزء الخامس - تأمين رقم ١٩، ص ٤١٨ وما بعدها).

٢ - وانظر في اعتبار الخطأ العمدي للمؤمن له في القانون الفرنسي خطراً مستبعداً من نطاق التأمين، فلا يغطيه ضمان المؤمن.

Cass. ٢ e civ. ١٢ septembre ٢٠١٣, no ١٢-٢٤-٦٥٠ Juris-Data no ٢٠١٣-٠١٣٠٢٠, Resp civile et assur. no ١١ novembre ٢٠١٣, comm- ٣٦٠.

"La cour d'appel a pu retenir que l'assuré avait volontairement tenté de franchir le caudal d'une rivière avec un véhicule non adapté à cet usage, lequel fut endommagé, et qu'il avait ainsi commis une faute dolosive excluant la garantie de l'assureur".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

دون أن يكون لها حق الرجوع على المؤمن له، وهذا ما قررته محكمة التمييز القطرية في حكم حديث لها (١).

وتتعلق وقائع القضية بسائق يعمل لدى إحدى الشركات قام بقيادة سيارة مملوكة للشركة عكس اتجاه الطريق بسرعة زائدة عن إرادة وسبق إصرار، مما نتج عنه الاصطدام بسيارة أخرى وإحداث تلفيات كبيرة بها، وقد قامت شركة التأمين بسداد قيمة السيارة لمالكها بعد خصم قيمة حطامها، ثم أقامت دعوى رجوع ضد الشركة المتبوعة وتابعها السائق، حيث قضت محكمة الاستئناف بإلزامها متضامين بأن يؤديا إلى شركة التأمين مبلغ التعويض الذي دفعته للمضروب، ولكن محكمة التمييز ألغت هذا الحكم على سند من أن " النص في المادة (١٠١) من اللائحة التنفيذية لقانون المرور رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٧م، الصادر بها قرار من وزير الداخلية رقم (٦) لسنة ٢٠١٠م، على أنه " يجوز للمؤمن أن يرجع على المؤمن له بما يكون قد أداه من مبالغ في الحالات الآتية : "... - إذا ثبت أن الوفاة أو الإصابة البدنية أو الأضرار المادية نتجت عن عمل ارتكبه المؤمن له عن إرادة... " يدل على أن المشرع اشترط لرجوع المؤمن علي المؤمن له بما يكون قد أداه من تعويض في مثل هذه الحالة أن يكون المؤمن له هو مرتكب الفعل الذي نتج عنه الضرر، وكان من غير المتنازع عليه أن المطعون ضده الثاني هو الذي كان يقود السيارة أداة الحادث. ومن ثم فإنه لا محل لمساءلة الشركة المؤمن لها عن التعويض الذي أدته الشركة المؤمنة للمضروب، وإذ قضى الحكم المطعون فيه على خلاف هذا النظر وألزم الطاعنة بأداء قيمة ما أدته الشركة المطعون ضدها الأولى، فإنه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون، مما يعيبه ويوجب تمييز لهذا السبب " .

^١ - تمييز قطري ٢٤/١٢/٢٠١٢م، الحكم رقم (٢٠١١/١٨٩م تمييز مدني - الدائرة الثانية) منشور في المجلة القانونية والقضائية الصادرة عن مركز الدراسات القانونية والقضائية بوزارة العدل، السنة السابعة، العدد الأول يوليو ٢٠١٣م، ص ٤٦٧ وما بعدها.

وليس في حكم محكمة التمييز ما يخالف القواعد العامة، إذ المعلوم أن الخطأ الصادر من تابعي المؤمن له يقبل التأمين ولو كان خطأ عمدياً، فالمادة ٨٠٦ من التقنين المدني القطري (المقابلة للمادة ٧٦٩ مدني مصري) تقضي بأن "يسأل المؤمن عن الأضرار التي تسبب فيها الأشخاص الذين يكون المؤمن له مسئولاً عنهم، مهما كان نوع خطئهم ومداه" (١)، ومتى كان خطأ التابع العمدي مؤمناً، فإنه في حالة حصوله يلتزم المؤمن بتعويض الضرر الناشئ عنه، دون أن يكون له حق الرجوع بما دفعه على المؤمن له (٢)، ولكن هل يمكنه الرجوع على التابع مرتكب الخطأ، أي السائق في فرضنا؟ يذهب بعض الفقه الى تقرير حق المؤمن في الرجوع في هذه الحالة. فإذا لم يكن المؤمن له هو السائق فلا يحق للمؤمن الرجوع عليه، وإنما يقتصر حقه في الرجوع على السائق وحده، حتى لو كان هذا السائق تابعاً للمؤمن له أو مأذوناً من قبله أو مرخصاً له بقيادة المركبة (٣).

٣٣- على أننا نلاحظ مع ذلك، أن هذا القول يتناقض مع ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة ٧٩٣ مدني قطري التي تقضي بأنه "في التأمين من الأضرار، يحل المؤمن قانوناً بما دفعه من تعويض، في الدعاوي التي تكون للمؤمن له قبل المسئول عن الضرر المؤمن منه، وذلك ما لم يكن المسئول عن الضرر قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة، أو شخصاً يكون المؤمن له مسئولاً عن

١ - ورغم ورود هذا النص - في التقنيين - ضمن النصوص الخاصة بتأمين الحريق، إلا أن الفقه يري فيه تعبيراً عن قاعدة عامة تنطبق في كل صور التأمين، بالنظر إلى أن عمد الغير لا يمكن أن ينسب إلى المؤمن له، إضافة إلى أن فعل الغير لا دخل لإرادة المؤمن له في وقوعه، بل ويمكن اعتباره من قبيل القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ (انظر، أحمد شرف الدين، المرجع السابق، فقرة ١٤٣، ص ١٩٤ - ١٩٥).

٢ - ويستثنى من ذلك الحالة التي يثبت فيها تواطؤ كل من المؤمن له والسائق على ارتكاب الحادث عن إرادة وسبق إصرار، كما لو اتفق المؤمن له مع سائقه على أن يقوم الأخير بقيادة سيارة يعلم أنها غير صالحة للسير، بقصد تدميرها والحصول على مبلغ التأمين، فألحقت السيارة ضرراً بالغير، عندئذ فإن العمد يكون منسوباً إلى الطرفين، مما يسوغ للمؤمن الرجوع عليهما متضامنين، لاسترداد ما دفعه من تعويض للمضروب حيث إن التضامن مفترض بين المسئولين عن التعويض الناشئ عن الخطأ التقصيري، وهو حكم نص عليه القانون المدني المصري في المادة ١٦٩ مدني، وإن كان القانون القطري لا يتضمن نصاً مماثلاً له.

٣ - انظر، محمد أحمد البديرات، البحث سالف الإشارة، ص ٢٠٩.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أعماله" ^(١)، والتأمين من المسؤولية هو أحد نوعي التأمين من الأضرار، ولذلك فإنه يفترض بعد أداء المؤمن التعويض للمضرور، أن يحل محله في ماله من دعوى قبل المسئول عن الحادث، وهو في فرضنا السائق الذي ارتكب الحادث عمداً ^(٢)، بيد أن هذا الرجوع يمتنع - طبقاً للنص سالف الإشارة - لأن السائق تابع للمؤمن له، وهذا الأخير مسئول عن أعماله.

ونظراً لما يترتب على هذا المنع من آثار غير مقبولة، خاصة عند ما يكون المؤمن له شخصاً اعتبارياً يعهد بقيادة سيارته الى سائقين يعملون لديه، حيث يفلت هؤلاء من أي مسؤولية تترتب على ما يرتكبونه من اخطاء عمدية، لذلك فنحن نرى أنه يجب، في هذه الحالة، أن يؤخذ لفظ المؤمن له بمفهوم واسع، بحيث يشمل من رخص له هذا الأخير في قيادة المركبة ^(٣)، أو أن يتدخل المشرع بوضع نص خاص يجيز الرجوع على السائق خروجاً على القواعد العامة، وذلك على غرار نص المادة ١٦-ب من نظام التأمين الإلزامي للمركبات رقم ١٢ لسنة ٢٠١٠م في الأردن الذي يقضي بأنه "يجوز لشركة التأمين الرجوع على سائق المركبة المتسببة بالحادث لاسترداد ما دفعته من تعويض الى المتضرر في أي من الحالتين التاليتين:

^١ - ورغم أن النص المقابل في القانون المدني المصري، وهو نص المادة ٧٧١ مدني، قد ورد في نطاق تأمين الحريق، وهو صورة من صور تأمين الأضرار، إلا أن الفقه المصري يجمع على أن هذا النص يجد اساسه في مبدأ الصفة التعويضية الذي يهيم على تأمين الأضرار بنوعيه، تأمين الأشياء، وتأمين المسؤولية (انظر، أحمد شرف الدين، المرجع السابق، فقرة ٣٦٤، ص ٥١١ وما بعدها، جابر محجوب علي، المرجع السابق، ص ٤٦٦ وما بعدها)، ولذلك فهو يقيد حق المؤمن في الرجوع في مجال التأمين الإجباري.

^٢ - بيد أن حلول المؤمن محل المضرور في دعواه إنما يكون بالقدر الذي لا يضر فيه هذا الحل بالمضرور، ولا يمتنع من الحصول على التعويض كاملاً. ففي القانون المصري رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧ يؤدي المؤمن للمضرور تعويضاً عن الوفاة يعادل أربعين الف جنية، وله دعوى شخصية في مواجهة المسئول للحصول على تعويض تكميلي إذا وجد أن التعويض الجزافي الذي دفعه المؤمن لا يكفي لجبر الضرر. هذه الدعوى تمثل حقاً خالصاً للمضرور، والس للمؤمن أن يحل محله فيها.

^٣ - انظر في نفس المعنى محمد ابراهيم دسوقي، تعويض الوفاة والإصابة وتلف الممتلكات الناتجة عن حوادث مركبات النقل السريع، طبعة ٢٠٠٨م، الباب الثالث، ص ١١٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

١- إذا ثبت أن الحادث كان متعمداً من سائق المركبة المتسببة بالحادث " (١) فهذا النص أجاز صراحة الرجوع على السائق، فرفع بذلك اللبس الذي يمكن أن يثيره، هذا الرجوع من اصطدام بالقواعد العامة، كما أنه يتسق مع الأصل العام في أن الرجوع يمثل استثناء لا يتقرر إلا بنص خاص (٢).

ويلاحظ أيضاً أن المشرع الفرنسي بعد أن منع رجوع المؤمن على أقارب المؤمن له وأصحابه وتابعيه، فتح للمؤمن باب الرجوع إذا وقع الحادث المؤمن منه: بخطأ عمدي ارتكبه واحد من هؤلاء (المادة ٣-١٢-١٢١، من تقنين التأمين الفرنسي).

الفصل الثاني

حالة الرجوع التي ينفرد بها القانون القطري

٣٤- ذكرنا فيما سبق أن رجوع المؤمن على المؤمن له يأتي على خلاف الأصل العام الذي يقضي بالتزام الأول - بموجب عقد التأمين - بضمان الحوادث التي يكون الثاني مسئولاً عنها، ونتيجة لذلك، فإن حالات الرجوع قد وردت في القانون على سبيل الحصر، فلا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس عليها.

١ - انظر، مراد علي الطراونة، التأمين الإلزامي على المركبات - دراسة مقارنة (القانون المصري والأردني، رسالة دكتوراه - معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة ٢٠٠١م، ص ٣٤١ (الملحق رقم ١).
٢ - أما في القانون الجزائري فقد ورد ضمن حالات استبعاد ضمان المؤمن الأضرار التي تنشأ من خطأ عمدي للمؤمن له أو بمشاركة منه أو من الممثلين القانونيين للمؤمن له إذا كان هذا الأخير شخصاً اعتبارياً.

"sont exclus"

١.

٢. Les dommages causés intentionnellement par L'assuré ou avec sa complicité, ainsi que les, mandatries sociaux de L'assure quand il s'agit d'une personne morale". V. CAAR-Police d'assurance-Assurance automobile, Conditions Generales Article ١١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وقد وجد المشرع القطري أن حالات الرجوع المنصوص عليها في البنود (١) - (٥) من المادة ١٠١ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور لا تغطي كل ما يمكن أن يصدر عن المؤمن له أو من يرخص له في قيادة المركبة من أخطاء جسيمة لا يجوز أن يفلت المؤمن له من تحمل تبعاتها، بذريعة أن هناك عقد تأمين إجباري من المسؤولية.

ولذلك فقد أضاف الى الحالات الواردة في البنود سائلة الإشارة، حالة أخرى للرجوع، وردت في البند (٦) من المادة ١٠١، الذي أجاز للمؤمن الرجوع على المؤمن له " إذا ثبت أن الحادث كان نتيجة مخالفة جسيمة لقانون المرور أو القرارات المنفذة له أو هذه اللائحة " .

هذا النص ليس له نظير في القانون المصري، ولذلك فإن شركة التأمين في مصر لا تستطيع أن تباشر رجوعاً على المؤمن له استناداً الى أن الحادث كان نتيجة مخالفة جسيمة لقانون المرور أو لائحته التنفيذية، إذا لم تكن هذه المخالفة من المخالفات التي ورد النص عليها في البند خامساً من وثيقة التأمين النموذجية.

٣٥ - فإذا رجعنا الى القانون القطري نجد أن الباب السادس من قانون المرور رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٧م يحمل عنوان " قواعد المرور وأدابه "، وهو يتضمن اثني عشر فصلاً، منها أحد عشر فصلاً تخاطب سائقي المركبات ^(١)، وتحدد ما يجب عليهم الالتزام به في استعمال المركبة وقيادتها ^(٢)، هذا بالإضافة إلى ما تضمنته

١ - يبقى فصل واحد، هو الفصل الخامس (المواد ٦٠-٦٢)، خصصه المشرع لالتزامات المشاة بقواعد المرور وأدابه.

٢ - وهذه الفصول جاءت على النحو التالي :

الفصل الأول (المواد ٤٣ - ٥٢) بعنوان " قواعد السير على الطريق وأدابه " الفصل الثاني (المادة ٥٣٥) بعنوان قواعد الالتزام بالسرعة المقررة، الفصل الثالث (المواد ٥٤ - ٥٦) بعنوان قواعد الالتزام باستعمال حزام الأمان وضوابط استخدام الهاتف النقال أثناء القيادة واحترام علامات المرور " الفصل الرابع (المواد ٥٧-٥٩) بعنوان " محظورات القيادة على الطريق " الفصل السادس (المواد ٦٣-٦٧) بعنوان " التزامات سائقي المركبات على الطريق " الفصل الثامن (المواد ٦٨-٧١) بعنوان " قواعد استخدام آلات التنبيه والألوان على الطريق " الفصل التاسع (المواد ٧٢ - ٧٦) بعنوان " قواعد والتزامات السير في التقاطعات على الطريق)، الفصل العاشر (المواد ٧٧ - ٨٢) بعنوان " قواعد والتزامات الوقوف والانتظار " الفصل الحادي عشر (المواد ٨٣-٨٤) بعنوان "قواعد والتزامات نقل الركاب" الفصل الثاني عشر (المواد ٨٥-٨٦) بعنوان " قواعد والتزامات حمولة المركبة وأوزانها).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

اللائحة التنفيذية لقانون المرور من نصوص خاصة بالأمن والمتانة^(١)، ونصوص تتعلق بآداب وقواعد المرور^(٢). ومن خلال هذه النصوص، يمكن أن نمثل للمخالفات الجسيمة بالسير عكس اتجاه الطريق، أو تجاوز السرعة المقررة بدرجة كبيرة، أو عدم احترام إشارات المرور، خاصة عدم التوقف أمام الإشارة الحمراء، أو عدم مراعاة آداب الطريق، أو الانشغال بالتحدث في الهاتف المحمول أثناء القيادة، متى كانت هناك علاقة سببية واضحة ومباشرة بين المخالفة وبين الحادث الذي وقع.

٣٦- يبقى مع ذلك أن ما ذكرناه هو مجرد أمثلة لمخالفات كثيرة ورد النص عليها في نصوص القانون واللائحة التنفيذية، ولا يمكن القول بأن جميع هذه المخالفات تسوغ للمؤمن الرجوع على المؤمن له، لأن المشرع لم يجز هذا الرجوع إلا إذا كان الحادث " نتيجة مخالفة جسيمة ". وهو ما يثير السؤال عن المعيار الذي يرجع إليه للحكم على جسامته المخالفة. نخشى أنه إزاء التعميم الذي يتسم به النص، فإن شركة التأمين لن تتردد في مباشرة الرجوع ضد المؤمن له لدى حصول أي مخالفة كان لها دخل في حصول الحادث، فإذا نازع المؤمن له في قانونية هذا الرجوع، فإن الأمر سيطرح أمام القضاء الذي سيكون مطالباً بالاستعانة بأهل الخبرة لوضع معيار يمكن من خلاله تحديد المخالفات الجسيمة التي تسمح للمؤمن بمباشرة الرجوع ضد المؤمن له.

والواقع أنه كان يحسن بالمشرع ألا ينص على هذه الحالة من حالات الرجوع، لما تتسم به من تعميم يخالف منطق الرجوع كاستثناء على الأصل، ويمكن أن يكون سبباً في اضطراب أحكام القضاء في تحديد المخالفات الجسيمة التي تسمح للمؤمن بمباشرة الرجوع ضد المؤمن له.

الفرع الثاني

^١ - الباب الثالث من اللائحة (المواد ٦٣ - ٨٨).

^٢ - الباب السادس من اللائحة (المواد ١٦٢ - ١٧٧).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الرجوع المبني على الاستبعاد الاتفاقي

٣٧- يقصد بالاستبعاد الاتفاقي Exclusion conventionnelle ذلك الذي يتقرر بالاتفاق بين المؤمن والمؤمن له، أو بعبارة أدق ذلك الذي تقرضه شركة التأمين على المؤمن له، وذلك بموجب مالها من تفوق اقتصادي يسمح لها بأن تتفرد بتحديد مضمون عقد التأمين الذي يجب أن يقبله المؤمن له دون تعديل أو مناقشة. فالتأمين عقد إذعان، لذلك تلعب إرادة المؤمن الدور الأكبر في تحديد ما يتضمنه من شروط.

فالأصل أن ضمان المؤمن يغطي جميع الخسائر والأضرار الناشئة عن تحقيق الخطر المؤمن منه، ما لم يكن هناك نص يقضي باستبعاد بعض حالات الخطر (وهذا هو الاستبعاد القانوني)، أو بند في وثيقة التأمين يقرر، بصورة واضحة ومحددة، عدم ضمان المؤمن للخطر إذا تحقق في ظروف معينة^(١).

وقد كان قانون التأمين الاجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات الملغي في مصر (رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥) ينص في المادة ١٦ على أنه " يجوز أن تتضمن الوثيقة واجبات معقولة على المؤمن له وقيداً معقولة على استعمال السيارة وقيادتها، فإذا أخل المؤمن له بتلك الواجبات أو القيود كان للمؤمن حق الرجوع عليه لاسترداد ما يكون قد دفعه من تعويض". بيد أن هذا النص لم يظهر في قانون التأمين الحالي (رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م) اكتفاء بحالات الرجوع التي ورد النص عليها في المادة (١٨) من القانون، وفي البند (خامسا) من الشروط العامة التي تضمنتها الوثيقة

^١ - ولذلك تنص المادة ١-١١٣ L من قانون التأمين الفرنسي على أن يضمن المؤمن الخسائر والأضرار الناشئة عن الحوادث المفاجئة أو خطأ المؤمن له، ما لم يكن هناك استبعاد واضح ومحدد منصوص عليه في الوثيقة.

Les pertes et dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assureur, sauf exclusion formelle et limitée".

وانظر في شمول التأمين في القانون المصري لكل حالات تحقق الخطر، عدا الحالات المستبعدة بالنص أو الاتفاق، أشرف جابر سيد، الاستبعاد الاتفاقي من الضمان في عقد التأمين - دار النهضة العربية ٢٠٠٦م، رقم ٦، ص ١١ وما بعدها، وراجع في القانون القطري، ص المادتين ٨٠٥-٨٠٦ من القانون المدني.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦ .

النموذجية، والتي أحال اليها القانون باعتبارها جزءاً مكملاً له^(١)، بحيث تعتبر هذه الحالات صوراً للاستبعاد القانوني.

أما في القانون القطري فقد نصت المادة (١٠٠) من اللائحة التنفيذية لقانون المرور على أنه " مع مراعاة أحكام المادة (٩٧) من هذه اللائحة، يجوز أن تتضمن الوثيقة التزامات مقبولة على المؤمن له بالنسبة لاستعمال المركبة وسياقتها، شريطة عدم تعارضها مع نصوص قانون المرور والقرارات المنفذة له وهذه اللائحة، فإذا أخل المؤمن له بتلك الالتزامات، كان للمؤمن حق الرجوع عليه لاسترداد ما يكون قد دفعه من تعويض".

بعبارة أخرى، فإن المؤمن يمكن أن يضمن وثيقة التأمين الاجباري التزامات تتعلق باستعمال المركبة وسياقتها، ويعتبر ضمانه مرهوناً باحترام هذه الالتزامات وعدم الخروج عليها، ومن ثم فإن الحادث الذي ينشأ عما يأتيه المؤمن له من عمل أو امتناع بالمخالفة لتلك الالتزامات يكون مستبعداً من نطاق التأمين استبعاداً مباشراً Exclusion directe^(٢)، من ذلك مثلاً النص في الوثيقة على عدم ضمان الحوادث التي تنشأ عن تجاوز السرعة أو السير عكس الاتجاه أو مخالفة الإشارة الضوئية أو قيادة السيارة بواسطة شخص لا يحمل رخصة قيادة^(٣).

١ - حيث أوضحت المادة الأولى متن القانون أن ما يشملته التأمين يكون وفقاً لأحكام وثيقة التأمين الصادرة تنفيذاً لهذا القانون، بحيث تعتبر حالات الرجوع الواردة في الوثيقة كأنها واردة في القانون، فيتعين لذلك اعتبارها حالات استبعاد قانوني، لا تخضع لإرادة المؤمن أو المؤمن له.

٢ - مقارنة بالاستبعاد غير المباشر exclusion indirecte والذي يقتضي أن يحدد المؤمن بشرط في الوثيقة المخاطر محل ضمانه، بحيث ينحصر الضمان في تلك المخاطر، ويعد ما عداها يعد مستبعداً منه، بمفهوم المخالفة (انظر السنهوري، المرجع السابق، فقرة ٦٠٦، ص ١٠٤٠).

٣ - وقضت محكمة التمييز الكويتية بأن تضمين وثيقة التأمين بعبارة صريحة حق المؤمن في الرجوع على المؤمن له بقيمة ما أده من تعويض إذا ثبت أن الحادث وقع نتيجة السير بعكس الاتجاه أو تجاوز إشارة المرور الحمراء أو القيادة بسرعة تجاوز الحد المسموح به من قبل إدارة المرور أو استخدام السيارة للاستعراض قيود معقولة لا تتعارض مع عقد التأمين، ويكون من أثره ثبوت الحق للمؤمن في الرجوع على المؤمن له في حالة وقوع الحادث نتيجة القيادة بسرعة تجاوز الحد المسموح به من قبل إدارة المرور دون اشتراط أن تكون هذه السرعة هي السبب الوحيد للحادث، علة ذلك أن مساهمة بعض العوامل الأخرى مع السرعة الزائدة لا يمنع من إعمال النص الوارد بقانون المرور، إذ القول بغير ذلك يعتبر تقييداً لمطلق النص وتخصيصاً لعمومه بغير مخصص.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٣٨- وتطبيقاً لما سبق تقوم شركات التأمين الإجباري عن حوادث السيارات باشتراط حقها في الرجوع على المؤمن له في الحالات التالية:

١. إذا ثبت أن الحادث وقع نتيجة قيادة المركبة بسرعة تزيد عن المعدل أو بحالة المطاردة، أو تجاوز الإشارة الضوئية الحمراء أو الصفراء، أو قيادة المركبة بعكس السير، أو قيادة المركبة تحت غلبة النعاس.

٢. إذا ثبت أن الأضرار المادية قد نشأت عن عمل ارتكبه المؤمن له أو قائد السيارة عن إرادة وسبق إصرار.

٣. إذا ثبت عدم توافر الأمن والمتانة، أو عدم سلامة الكوايح "الفرامل" أو عدم إجراء الصيانة.

٤. إذا ثبت زيادة الحمولة عما هو مقرر.

٥. إذا ثبت تحميل السيارة بالمواد الخطرة أو بالمواد القابلة للاشتعال أو للانفجار.

٦. إذا ثبت قيادة المركبة من قبل شخص غير حائز على رخصة قيادة لأي سبب،

ولو كان ذلك بغير علم المؤمن له.

٧. إذا ثبت تحميل السيارة بعدد من الأشخاص أكثر من المقرر^(١).

٣٩- وتطبيقاً لحالات الرجوع الاتفاقي التي يشترطها المؤمن على المؤمن

له، أجاز القضاء الكويتي الرجوع إذا ثبت أن الحادث يرجع إلى وجود خلل بالسيارة كوجود نقص أو تلف في جهاز التتبيه بنسبة ١٠٠٪، أو إلى عدم صلاحية العجلة

(محكمة التمييز الكويتية، جلسة ٢٠٠٤/١/٢٤م، الطعن رقم ٢٠٠٣/٢٣٨ لسنة ٢٠٠٣ ص ٣٢، مذكور في السنيهوري،

المرجع السابق، هامش (٩) ص ١٣٧).

١- ويلاحظ أن بعض حالات الرجوع المبني على الاستبعاد الاتفاقي هي في الوقت ذاته حالات رجوع قانوني

(كالحالات المذكورة في البنود رقم ٢، ٤، ٦، ٧).

كما يلاحظ أيضاً أن صياغة بعض حالات الرجوع هنا قد تضمنت توسيعاً لحالات الرجوع القانوني التي سبق لنا

عرضها، وذلك لمصلحة المؤمن. فالبنود (٢) يجعل للمؤمن حق الرجوع في حالة الخطأ العمدي الصادر من المؤمن له أو

من قائد السيارة، على حين أن المشرع قد قصر الرجوع القانوني على حالة الخطأ العمدي الصادر من المؤمن له كما

سبق أن ذكرنا. وفي البنود (٦) فإن حق الرجوع مقرر في حالة قيادة المركبة من قبل شخص غير حائز على رخصة قيادة

لأي سبب، ولو كان ذلك بغير علم المؤمن له. على حين أن الرجوع القانوني مقصور على قيادة المركبة من قبل شخص

غير حائز على رخصة قيادة إذا كان ذلك بموافقة المؤمن له كما سبق أن ذكرنا.

٢ - محكمة الاستئناف العليا بالكويت - استئناف رقم ١٩٧٩/٢٧٨ تجاري، بتاريخ ١٩/٤/١٩٨٠ (مذكور لدى إبراهيم

أبو الليل- المرجع السابق- ص ٢٨١).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الخلفية اليسرى مما أدى إلى انفجارها، ومن ثم وقوع الحادث^(١)، أو قيادة المركبة بأكثر من السرعة المحددة قانوناً^(٢)، وكذلك عدم تجهيز السيارة الرافعة المعدة لإصلاح أي خلل بأعمدة الإضاءة ليلاً بأنوار خلفية لتنبية قائدي المركبات إلى إشغالها لجزء من الطريق في أثناء عملية الإصلاح^(٣).

وعلى الرغم من أن صياغة بعض شروط الرجوع الواردة أعلاه لا يشير إلى ضرورة توافر علاقة سببية بين مخالفة المؤمن له للقيد وبين الحادث^(٤)، فإننا نعتقد من ذلك أنه من الضروري أن تتوافر هذه العلاقة. ذلك أن رجوع المؤمن على المؤمن له لا يقوم على مجرد مخالفة الشروط والقيد المفروضة على هذا الأخير، وإنما على ما تسببه هذه المخالفة من التزام بالتعويض تجاه المضرور. فإذا لم تكن لمخالفة القيد أو الشرط علاقة بوقوع الحادث، فلا يحق للمؤمن الرجوع على المؤمن له^(٥).

٤٠ - ويشترط لصحة هذا الاستبعاد الاتفاقي، وفقاً للقواعد العامة - من جهة أن تحتوي الوثيقة على نص خاص يقرره لأن الاستبعاد لا يفترض ولا يستتج بطريق

^١ - محكمة الاستئناف العليا بالكويت_ استئناف رقم ١٩٧٨/٧١٦ تجاري بتاريخ ١٩٧٩/٥/٢٩ (إبراهيم أبو الليل، نفس الموضوع).

^٢ - محكمة الاستئناف العليا بالكويت دائرة التمييز، تمييز رقم ١٩٧٩/٣٨ تجاري بتاريخ ١٩٨٠/١٠/١٩ (مذكور لدى إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢٤١، هامش رقم ٣).

^٣ - محكمة الاستئناف العليا بالكويت_ دائرة التمييز ١٩٨١/٦/١٠، الطعن رقم ٦٣ لسنة ١٩٧٩

http://www.eastlaw.com.mylibrary_qu.edu.qa.aspx?r=1=1384338c0=15

وتقول المحكمة في هذا الحكم "لما كان ذلك، وكانت وثيقة التأمين المبرمة بين الطرفين قد اشترطت كيما تغطي شركة التأمين المسؤولية المدنية أن يتخذ المؤمن له جميع الاحتياطات المعقولة للمحافظة على المركبة في حالة صالحة للاستعمال، ولا شك أن تجهيز الرافعة المعدة لإصلاح أي خلل في أعمدة الإضاءة ليلاً بأنوار خلفية لتنبية قائدي المركبات إلى إشغالها لجزء من الطريق أثناء عملية الإصلاح لهو من الاحتياطات المعقولة الواجب اتخاذها أثناء استعمال تلك السيارة الرافعة، وطالما ثبت من حكم المرور الجزائي مخالفة المستأنفة لهذا الأمر بما ترتب عليه وقوع الحادث المؤدي إلى إلزام شركة التأمين المستأنف عليها "المطعون ضدها" بالتعويض موضوع دعوى الرجوع، فيكون من حق شركة التأمين في الرجوع عليها بقيمة ما أدته من تعويض قائماً على أساس من الواقع والقانون".

^٤ - كما هو الحال في البند (٣) الخاص بثبوت عدم توافر الأمن والمئانة، أو عدم سلامة الكواربج "الفرامل" أو عدم إجراء الصيانة. والبند رقم (٤) الخاص بثبوت زيادة الحمولة عن ما هو مقرر. وكذلك البند رقم (٥) الخاص بثبوت تحميل السيارة بمواد خطيرة أو قابلة للاشتعال أو الانفجار. وكذلك البند رقم (٦) المتعلق بقيادة المركبة بواسطة شخص غير حائز على رخصة قيادة. والبند رقم (٧) الخاص بتحميل السيارة بعدد من الأشخاص أكثر من المقرر.

^٥ - انظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، فقرة ١٤٨، ص ٢٤٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

القياس. ومن وجهة أخرى يجب أن يكون شرط الاستبعاد واضحاً موضوعاً وشكلاً. موضوعاً. بأن يكون قاطعاً في الدلالة على انصراف نية الطرفين الى استبعاد بعض حالات الخطر، وشكلاً بأن يكون ظاهراً وبارزاً بصورة لا تخطئها عين المؤمن له، وهو ما يتحقق إذا كتبت الشرط بحروف أكبر حجماً أو أكثر سمكاً، أو كتبت بحبر مختلف اللون..^(١) ومن جهة ثالثة يجب أن يكون شرط الاستبعاد محدداً بمعنى أن تكون المخاطر المستبعدة محددة تحديداً لا يقبل التأويل أو التفسير، وهو ما يعني بطلان شرط الاستبعاد الذي يرد في عبارات عامة تفتقر الى التحديد. ولذلك فقد نصت المادة ٧٧٧ من القانون المدني القطري، على أن يقع باطلاً " ١- الشرط الذي يستثنى من نطاق التأمين الأعمال المخالفة للقوانين واللوائح، ما لم يكن الاستثناء محدداً ". وفي نفس المعنى تنص المادة ٧٥٠ المدني المصري على أن يقع باطلاً ما يرد في وثيقة التأمين من الشروط التالية "١- الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة عمدية " (٢)، فمثل هذا الشرط بسبب عمومته لا يمكن المؤمن له من أن يتعرف بدقة على حدود الضمان، كما أن المؤمن لن يتوانى في استغلال هذه العبارة العامة لتوسيع نطاق رجوعه بمقولة أن ما وقع من المؤمن له يخالف القوانين واللوائح بصفة عامة. وعلى

١ - هذا الوضوح الشكلي هو ما عناه المشرع الفرنسي حيث اشترط في المادة ٤-١١١٢ - ضرورة أن تكتب شروط الاستبعاد بشكل ظاهر جداً.

" Les clauses des polices édictant des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caracteres tres apparents .

أما في القانون المصري فلم يشترط المشرع شرط الاستبعاد واضحاً، ومع ذلك لا يرى الفقه مانعاً من تطلب ذلك، لأنه لا ينطوي على مخالفة للقواعد العامة، فضلاً عن أنه يحقق حماية للمؤمن له، تتفق مع ما يهدف إليه قانون التأمين (انظر، اشرف جابر سيد، المرجع السابق، ص ٢٠).

٢- ويلاحظ أن النص المصري قد خلط بين الاستبعاد وبين السقوط فاستعمل اللفظ الأخيرة مع أن ما أراده حقيقة هو استبعاد الضمان، فالمراد بالنص هو أن يستثنى من نطاق التأمين الاعمال التي يأتيها المؤمن له بالمخالفة للقوانين واللوائح، فالخطر الذي يتحقق بسبب هذه الاعمال مستبعد أصلاً من الضمان، وإذا كان حق المؤمن في الضمان في هذه الأحوال مستبعداً، فلا يعقل أن يرد عليه السقوط لأن السقوط يفترض وجود الحق في الضمان، وهذا الخلط هو ما تفاداه المشرع القطري في المادة ١/٧٧٧مصري.

أما العبارة الأخيرة من النص المصري " إلا إذا انطوت المخالفة على جناية أو جنحة عمدية " فهي تحصيل حاصل، لأنه من المعلوم أن الأخطاء العمدية التي يرتكبها المؤمن له تخرج أصلاً من نطاق التأمين، فهي مستبعدة بحكم القانون، لأن التأمين من الخطأ العمدي غير جائز..

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العكس من ذلك، يكون شرط الاستبعاد محددًا، ومن ثم صحيحاً، إذا اقتصر على عمل معين مخالف لنص محدد في القانون^(١).

ويضيف البعض أنه باستثناء الحالات التي يتقاطع فيها الرجوع الاتفاقي مع الرجوع القانوني، وهي الحالات التي ورد النص عليها في وثيقة التأمين وتمثل - في الوقت ذاته - حالات رجوع منصوصاً عليها في القانون أو اللائحة، فإنه يتعين للاحتجاج على المؤمن له بالقيود المعقولة التي يشترطها المؤمن بالنسبة لاستعمال المركبة وقيادتها، أن يكون المؤمن له قد ارتضى هذه الشروط. فإذا ثبت عدم علم المؤمن له بأي قيد من هذه القيود لعدم قيام شركة التأمين بإطلاعه على الشروط العامة للتأمين، التي تتضمن هذا الشرط، وعدم تسليمه صورة من هذه الشروط، فإنه يمتنع على الشركة الرجوع عليه في حالة مخالفته لهذه القيود^(٢). ونحن نؤيد هذا القول حماية لمصلحة المؤمن له، خاصة وأن عقد التأمين هو عقد إذعان ينفرد المؤمن بصياغته، فلا أقل من أن ينبه المؤمن له إلى ما يتضمنه من قيود تحد من الضمان عن طريق اشتراط الرجوع لصالح المؤمن.

٤١ - وأخيراً فقد اشترط المشرع القطري في الالتزامات التي يفرضها المؤمن على المؤمن له، وتؤدي مخالفتها الى استبعاد الضمان أن تكون مقبولة^(٣)، وجعل معيار ذلك عدم تعارضها مع نصوص قانون المرور والقرارات المنفذة له ولائحته التنفيذية، فإذا فرض المؤمن قيوداً تتجاوز في صرامتها ما تفرضه هذه النصوص، فإن

١ - وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن " الشرط الذي يرد في عقد التأمين بسقوط الحق في التأمين بسبب عدم صلاحية السيارة للاستعمال وقت وقوع الحادث ينطوي على استبعاد مخالفة معينة من المخالفات المنصوص عليها في قانون المرور من نطاق التأمين، ومبناه الرغبة المشروعة في الحد من نطاق المسؤولية باستبعاد بعض الصور التي يكون من شأنها جعل الحادث المؤمن منه أكثر احتمالاً، مما ينأى بذلك الشرط قانوناً عن البطلان الذي تجري به المادة ٧٥٠ فقرة أولى مدني على الشروط التي تقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين أو اللوائح بصفة عامة دون تحديد لمخالفة معينة من المخالفات المنصوص عليها فيه ". (نقض مدني ١٨ فبراير ١٩٦٥ م، الطعن رقم ١٤٣ لسنة ٣٠ ق، القاعدة ٢٩٢٤، قضاء النقض في المواد المدنية، للمستشار عبد المنعم دسوقي، ط ٣، ج ١، المجلد الأول).

٢ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٢٤٥-٢٤٦.

٣ - وهو ما كان المشرع المصري يعبر عنه، في المادة ١٦ من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥م، بالواجبات المعقولة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

شرط الاستبعاد يكون تعسفياً ويقع لذلك باطلاً ولا يعتد به^(١)، وقاضي الموضوع هو صاحب الاختصاص في تقدير ما إذا كان القيد الذي فرضه المؤمن مقبولاً، وهو لا يخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز متى كان حكمه قائماً على أسباب سائغة تكفي لحمله.

ويقع على عاتق المؤمن عبء إثبات وجود شرط الاستبعاد واستيفائه لشروطه، فإذا نجح في هذا الإثبات، كان الحادث الذي وقع مستبعداً من نطاق الضمان، لأننا نكون بصدد حالة عدم تأمين، فلا يلتزم المؤمن بالضمان، لا في مواجهة المؤمن له، ولا في مواجهة المضرور^(٢). على أنه يلاحظ أن ذلك لو حدث سيتترك المضرور تحت رحمة المؤمن له، الذي قد لا يستطيع - بسبب إعساره - أن يفي إليه بالتعويض أو قد يماطل في الوفاء رغم قدرته. ولذلك فقد أوجب المشرع على المؤمن الوفاء بالتعويض للمضرور، ومنع عليه الدفع في مواجهته باستبعاد الضمان. وبالمقابل سمح له - بعد أداء التعويض - أن يرجع على المؤمن له لاسترداد ما دفع.

المطلب الثاني

الرجوع المبني على البطلان أو السقوط

٤٢- توجب القواعد العامة على المؤمن له أن يقوم، عند إبرام العقد، بالإدلاء للمؤمن بجميع البيانات الموضوعية والشخصية التي يمكن أن تؤثر على حكم شركة التأمين على الخطر، سواء من حيث قبول تأمينه، أو من حيث تحديد قيمة القسط الذي ستطلبه مقابل تأمين هذا الخطر. وترتب تلك القواعد جزاءً على مخالفة هذا

١ - فإذا فرض المؤمن على المؤمن له ضرورة الإبلاغ عن الحادث في مدة أقل من تلك التي حددها القانون أو فرض حمولة للسيارة أقل من تلك التي تسمح بها رخصة التسيير، أو ضيق في الأغراض المسموح باستعمال السيارة فيها، فإن كل هذه القيود وما يشابهها تكون باطلة، ولا يعتد بالاستبعاد الناشئ عن مخالفتها.

٢ - انظر، احمد شرف الدين، المرجع السابق، فقرة ١٥٥، ص ٢١٧، ٢١٨، اشرف جابر سيد، المرجع السابق، فقرة ١٣، ص ٢٩، محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٠٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الالتزام يتراوح بين قابلية العقد للإبطال لصالح المؤمن، وبين تطبيق قاعدة النسبية، وذلك بحسب ما إذا كانت الحقيقة قد اكتشفت قبل تحقق الخطر أو بعده^(١).

ومن جهة أخرى، تجري عادة شركات التأمين على تحميل المؤمن له بالتزامات تصاحب وقوع الخطر أو تكون لاحقة له، وترتب على مخالفة هذه الالتزامات سقوط حق المؤمن له في الضمان.

فكيف يطبق هذان النظامان في مجال التأمين الاجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات.

^١ - انظر - جابر محجوب علي - الأحكام العامة للتأمين، مرجع سبق ذكره، ص ٣٠٤ وما بعدها.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الفرع الأول

الرجوع الناشيء عن بطلان عقد التأمين

(الإخلال بالالتزام بالإدلاء بالبيانات)

٤٣- تنص المادة (١٨) من القانون رقم (٧٢) لسنة ٢٠٠٧م^(١)، على أنه " يجوز لشركة التأمين أن ترجع على المؤمن له بقيمة ما تكون قد أدته من تعويض إذا ثبت أن التأمين قد عقد بناء على إدلاء المؤمن له ببيانات كاذبة أو إخفائه وقائع جوهرية تؤثر في حكم شركة التأمين على قبولها تغطية الخطر أو على سعر التأمين أو شروطه"^(٢).

وقد ورد ذات النص - حرفياً تقريباً - في المادة ١/١٠١ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور في قطر الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم (٦) لسنة ٢٠١٠م.

والجزء المترتب على مخالفة الالتزام بالإدلاء بالبيانات عند إبرام عقد التأمين واضح في القانون القطري، حيث تنص المادة ٧٨٢ من القانون المدني على أنه:

"يكون عقد التأمين قابلاً للإبطال لمصلحة المؤمن، إذا سكت المؤمن له عن أمر، أو قدم بياناً غير صحيح، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل جسامته أو احتمالات وقوعه في نظر المؤمن " هذا الإبطال يتقرر في حالة اكتشاف الحقيقة قبل تحقق الخطر، بناء على طلب المؤمن، إلا إذا قبل المؤمن له زيادة في

١ - الخاص بالتأمين الاجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث مركبات النقل السريع داخل جمهورية مصر العربية.

٢ - وتنص الوثيقة النموذجية للتأمين الاجباري في مصر في البند خامسا على أن للمؤمن أن يرجع على المؤمن له بقيمة ما يكون قد أداه من مبلغ التأمين في الحالات الآتية :

أ. إذا ثبت أن المؤمن له أدلى ببيانات غير صحيحة. أو أخفى وقائع جوهرية عند إبرام عقد التأمين تؤثر على قبول المؤمن تغطية الخطر أو على سعر التأمين أو شروطه ". أما نموذج وثيقة التأمين الاجباري للمركبات الميكانيكية في قطر (ملحق اللائحة التنفيذية رقم ٢) فعند تناوله لحق الرجوع قرر أنه " يحق للشركة المؤمن لديها أن ترجع على المؤمن له بما تكون قد أدته من تعويض للغير في الحالات التي حددتها المادتان (١٠٠) و (١٠١) من اللائحة التنفيذية لقانون المرور الصادر بالمرسوم رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٧م.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

القسط تتناسب مع الزيادة في الخطر (م ٢/٧٨٢) أما إذا ظهرت الحقيقة بعد تحقق الخطر، فإنه يحق للمؤمن - أعمالاً لقاعد النسبية - أن يخفض مبلغ التأمين بقدر النسبة بين الأقساط التي أدبت فعلاً والأقساط التي كان يجب أن تؤدي لو كانت المخاطر قد أعلنت إلى المؤمن على وجه صحيح (م ٣/٧٨٢).

أما في القانون المصري، فرغم عدم وجود نص في المسألة إلا أن الفقه يجري على الأخذ بما كانت تنص عليها المادتان ١٠٦٧، ١٠٦٨ من المشروع التمهيدي للقانون المدني، وبالتالي فهو يفرق في تحديد الجزاء بين المؤمن له سبب النية والمؤمن له حسن النية^(١). فالأول الذي يتعمد إخفاء الحقيقة بقصد تغيير فكرة المؤمن عن الخطر، يتعرض لجزاء البطلان الذي يؤدي إلى تحلل المؤمن من التزامه بالضمان مع احتفاظه بالأقساط التي قبضها، وحقه في المطالبة بالأقساط التي حلت ولم تدفع. أما الثاني فاعتباراً بحسن نيته، يكون مخيراً بين قبول طلب المؤمن بفسخ العقد أو قبول زيادة القسط إلى المعدل الذي كان يجب دفعه لو علم المؤمن بالخطر على الوجه الصحيح، كل ذلك إذا كشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر. أما إذا لم تكتشف الحقيقة إلا بعد تحقق

^١ - فالمادة ١٠٦٧ من المشروع التمهيدي كانت تقضي بأنه، " يجوز للمؤمن أن يطلب إبطال العقد إذا كتم المؤمن له أمراً أو قدم عن عمد بياناً كاذباً، وكان من شأن ذلك أن يتغير موضوع الخطر أو تقل أهميته في نظر المؤمن، وتصبح الأقساط التي دفعه حقا خالصا للمؤمن، أما الأقساط التي حلت ولم تدفع فيكون له حق المطالبة بها).
أما المادة ١٠٦٨ فكان نصها يجري على النحو التالي :

١. لا يترتب على كتمان طالب التأمين لأمر أو إعطائه بياناً غير صحيح بطلان العقد إذا لم يقدّم الدليل على سوء نيته.
٢. إذا انكشفت الحقيقة قبل تحقق الخطر، جاز للمؤمن أن يطلب فسخ العقد بعد عشرة أيام من تاريخ إخطاره طالب التأمين بكتاب موصي عليه، إلا إذا قبل هذا الأخير زيادة في القسط تحسب على أساس تعريفة الأقساط.
٣. فإذا لم يظهر ما وقع من كتمان أو كذب إلا بعد تحقق الخطر، وجب خفض مبلغ التأمين بنسبة الفرق بين معدل الأقساط التي دفعت ومعدل الأقساط التي كان يجب أن تدفع لو كانت المخاطر أعلنت إلى المؤمن على وجه صحيح تام "

ولكن النصين حقا في لجنة المراجعة، فلم يظهرها ضمن نصوص القانون المدني.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الخطر، فإن المؤمن يؤدي مبلغ التأمين منقوصاً منه النسبة بين معدل الأقساط التي دفعت فعلاً وتلك التي كان يجب دفعها لو علم المؤمن بالخطر وجهه الصحيح (١).

٤٤- يتضح من العرض السابق أن تطبيق القواعد العامة يجعل من حق المؤمن أن يطلب إبطال العقد إذا كان المؤمن له قد قدم بياناً كاذباً أو كتم بياناً جوهرياً مما أدى الى تغيير فكرة المؤمن عن الخطر. ولكن المشرع لم يأخذ بهذا الجزء في مجال التأمين الاجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات، وذلك رعاية لجانب المضرور. إذ البطلان يؤدي الى تحلل المؤمن من التزامه بالضمان، وهذا من شأنه أن يحبط رجوع المضرور عليه للمطالبة بالتعويض عما أصابه من ضرر، إضافة الى ذلك، فإن القانون يعترف للمضرور بدعوى مباشرة في مواجهة شركة التأمين التي لا يمكنها دفع هذه الدعوى عن طريق التمسك بأسباب البطلان التي ترجع الى المؤمن له وفضلاً عن ذلك فقد رأينا أن المشرع قد منع على المؤمن سحب الوثيقة أو إلغائها ما دام ترخيص المركبة قائماً ولا يترتب على هذا الإلغاء إن وقع أي أثر بالنسبة للغير. ولذلك فإن شركة التأمين تكون ملزمة - رغم الكذب أو الكتمان - بتعويض المضرور، ولكنها تستطيع أن تصل إلى نفس النتيجة التي كانت ستصل إليها في حالة البطلان، وذلك باستعمال ما خوله لها القانون من حق في الرجوع على المؤمن له، فتسترد منه كل ما دفعته من تعويض، بحيث لا تتحمل بأي عبء في نهاية الأمر (٢).

وحق المؤمن في الرجوع على المؤمن له يثبت في هذه الحالة بصرف النظر عن حسن أو سوء نية هذا الأخير. وهو يثبت أيضاً سواء لحق المؤمن ضرراً من الكذب أو الكتمان أم لا، وإن كان يفترض دائماً وقوع مثل هذا الضرر (٣).

١ - انظر في شرح هذه الأحكام تفصيلاً، والإشارة لعديد من الأحكام القضائية التي طبقها، السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، المجلد الثاني، عقد التأمين، طبعة ٢٠١٠م فقرة ١٢٦-١٣٠، ص ١٠٦٧ وما بعدها المتن والهوامش، جابر محجوب على، الأحكام العامة للتأمين، سبق ذكره، ص ٣٤٨، ٣٦٤، المتن والهوامش.

٢ - انظر حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٠١.

٣ - انظر ابراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، فقرة ١٣٧، ص ٢٢٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ويرى بعض الفقه أن هذا السبب من أسباب الرجوع ليس له أهمية من الوجهة القانونية أو العملية، لأن البيانات التي يتم في ضوءها التأمين هي تلك الواردة في رخصة تسيير السيارة ولا يدلي طالب التأمين بأي بيانات ولا يطلب منه أي مستندات، كما أن أسعار التأمين محددة قانوناً ولا تتحدد بناء على تفاوض وإنما وفقاً لغرض استخدام المركبة وسعتها اللترية، كما يرد في بيانات رخصة التسيير^(١).

ونحن من جانبنا لا ننكر أن التأمين الذي نحن بصددده هو تأمين إجباري، بالنسبة لكل من المؤمن والمؤمن له^(٢)، وأن أسعاره تحدد بعيداً عن أي تدخل لإرادة الطرفين^(٣)، ومع ذلك، فإنه ينبغي ملاحظة أن عملية التأمين تسبق بين من حيث التسلسل الزمني، استخراج رخصة التسيير، وهو ما يعني أن المؤمن يعتمد في التعاقد مع المؤمن له على بيانات ومستندات يقدمها هذا الأخير، وليس ثمة ما يمنع من تصور كذب المؤمن له في بيان من هذه البيانات أو تقديم مستند لا يطابق الحقيقة^(٤). أضف

١ - حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٠١، وفي نفس المنع، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، فقره ١٣٧، ص ٢٢٦، وقرب، محمد إبراهيم دسوقي، تعويض الوفاة والإصابة الناتجة عن حوادث مركبات النقل السريع، المرجع السابق، ص ٥٩ من الباب الثالث، بعنوان التأمين الإجباري (القتصر: رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧).
٢ - فلا يمكن للمؤمن له تسيير مركبة إلا بعد التأمين عليها، فالمادة الأولى من القانون رقم (٧٢) لسنة ٢٠٠٧م، في مصر تنص على أنه " يجب التأمين عن المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث مركبات النقل السريع المرخص في تسييرها طبقاً لأحكام قانون المرور " وفي القانون القطري، تنص المادة ٨٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور على أن " التأمين على المركبات الميكانيكية إجباري لصالح الغير والركاب بمن فيهم سائق المركبة.. "
ولا يمكن لشركة التأمين رفض طلب التأمين المقدم لها من مالك السيارة أو من ينوب عنه، فالفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من القانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م، تقضي بأن " تلتزم هذه الشركات (شركات التأمين) بقبول التأمين المشار إليه (المراد التأمين الاجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات) وبإصدار الوثائق الخاصة به "
وقد قرر المشرع المصري عقوبات جنائية على مخالفة المادتين (٣) التي تحدد الملتزم بإجراء التأمين (وهو مالك المركبة) أو من يقوم مقامه (و (٤) التي تلزم الشركات بقبول التأمين (راجع المادة ٢١ من القانون ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م).

وفي القانون القطري، تنص المادة ٩٥ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور على أنه يجب على شركات التأمين العاملة في الدولة الالتزام بالشروط الواردة في نموذج الوثيقة الملحق باللائحة، وبعدم تجاوز الحد الأقصى للتعريف الواردة بالجدول الملحقة بها ودون أي زيادة تحت أي مسمى).

٣ - فالمادة (٧) من قانون التأمين الإجباري في مصر توجب على شركات التأمين الالتزام في الوثائق التي تصدرها بقرار بالأسعار التي تصدر بقرار من مجلس إدارة الهيئة المصرية للرقابة على التأمين، وإلا تعرضت للعقوبات الجنائية المنصوص عليها في المادة ٢١ من القانون.

٤ - كان يخفي المؤمن له واقعة سبق تعرض السيارة لحادث يؤثر على أمنها ومئاتها ويجعلها عرضة لحوادث أخرى، أو يخفي سبق الحكم عليه في حوادث مرورية أدت إلى إصابة آخرين أو موتهم.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الى ذلك أن التأمين الاجباري لا يعدو - باتفاق الفقه - أن يكون صورة من صور التأمين من المسؤولية المدنية^(١)، وهو ما يوجب الاعتراف للمؤمن بالحق في تقصي الحقيقة عن سلوك المؤمن له وعاداته وماضيه التأميني، على وجه يسمح بتفريد المعاملة بين المؤمن لهم، وتطبيق نظام للثواب والعقاب، وفرض أسعار إضافية في الحالات التي تزيد فيها المخاطر التأمينية^(٢)، ويعتمد المؤمن في كل ذلك على بيانات يحصل عليها من المؤمن له، بحيث إذا كذب هذا الأخير في بيان هام أو أخفى واقعة جوهرية تؤثر في تحديد سعر القسط أو شروط التأمين كان من حق المؤمن الرجوع عليه بما دفعه من تعويض للمضرور^(٣).

وإذا كان يحق للمؤمن أن يرجع على المؤمن له لإدلائه ببيانات كاذبة أو لإخفائه وقائع جوهرية عند إبرام العقد كان من شأنها التأثير على قبول المؤمن تغطية الخطر أو

وقضت محكمة النقض المصرية بأن التأمين الاجباري الذي يعقده مالك السيارة أعمالاً لحكم المادة ١١ من القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٣م بإصدار قانون المرور، هو تأمين ضد مسنوليته المدنية من حوادثها لصالح الغير، استهدف به المرح حماية المضرور وضمان حصوله على حقه في التعويض الجابر للضرر الذي نزل به، (نقض مدني ٢٠٠٧/٥/١٣م الطعن رقم ٣٢٤٣ لسنة ٧٦ق، المستحدث حتى آخر سنة ٢٠٠٧م، ص ٣٧).

١ - أنظر السنهوري، الوسيط، ج ٧، المجلد الثاني، فقرة ٢٨٤٠ ص ١٣٦٦ وما بعدها، محمد ابراهيم دسوقي، تعويض الوفاة والإصابة، الباب الثالث، ص ٦.

٢ - وقد فتح المشرع المصري الباب لهذا الاحتمال، حيث أجاز للهيئة المصرية للرقابة على التأمين على تحديد أسعار إضافية للتأمين الاجباري في الحالات التي تزيد فيها المخاطر التأمينية، وذلك بعد أخذ رأي وزارة الداخلية وموافقة رئيس مجلس الوزراء (م ٧ من قانون التأمين الاجباري رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧). فإذا طبق نظام الأسعار الإضافية، فإن المؤمن سيعتمد في تطبيقها على بيانات ومستندات يقدمها المؤمن له. وعندئذ فإن كذبة أو كتمان سيؤدي إلى فتح الباب للمؤمن بأن يرجع عليه استناداً إلى بطلان عقد التأمين.

٣ - والرجوع على المؤمن له يمكن أن يكون رجوعاً جزئياً يقتصر على المطالبة باسترداد نسبة من التعويض الذي دفع للمضرور تعادل الفرق بين قسط التأمين المدفوع فعلاً والقسط الذي كان يجب دفعه لو قدم المؤمن له المعلومات الحقيقية الى المؤمن، هذا الحل يطبق بوجه خاص إذا كان المؤمن له حسن النية لم يكن يقصد غش المؤمن أو ضيعته، وكان المعلومات التي قدمت على وجه غير صحيح هي معلومات فنية لا يدركها المؤمن له أو لا يقدر مالها من أهمية بالنسبة للمؤمن (انظر في هذا المعنى، ابراهيم دسوقي أبو الليل، المرجع السابق، فقرة ١٣٧، ص ٢٢٦).

وذلك فإن المؤمن يكون له الحق في قبض الأقساط عن المدة السابقة على حصول الحادث الذي لم يتم الاخطار به، وله الحق في المطالبة بها قضاء، ويكون للمؤمن له، بالمقابل - الحق في مطالبة المؤمن بتعويض الحوادث التي وقعت في الماضي عدا الحادث الذي لم يخطر، المؤمن، كما أن سريان العقد في المستقبل يوجب اني لآتم كل من طرفيه بتنفيذ التزاماته الناشئة منه، المؤمن له يلتزم بدفع الأقساط، والمؤمن يلتزم بتعويض ما يقع من حوادث مستقبلاً. (انظر، جابر محجوب علي، الاحكام العامة للتأمين، مرجع سابق ذكره، ص ٤٢٧).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

على سعر التأمين أو شروطه، فإن الحق في الرجوع يجب أن يتقرر أيضاً إذا تعلق الكذب أو الإخفاء بواقعة استجدت أثناء سريان العقد وأدت إلى تفاقم الخطر *L'aggravation durisque* عما كان عليه وقت إبرام العقد، كأن يغير المالك استخدام السيارة من خاصة إلى سيارة أجرة، عندئذ فإنه يجب على المالك إخطار شركة التأمين في وقت معقول، فإن لم يفعل، أو فعل ولكنه قدم بيانات غير حقيقية، فإن ذلك يعرضه لأن ترجع الشركة عليه بما تدفعه من تعويض للمضرور^(١).

الفرع الثاني

الرجوع الناشيء عن سقوط الالتزام بالضمان

٤٦- السقوط *La déchéance* هو دفع يتمسك به المؤمن ويسمح له بأن يتحلل من التزامه بضمان الخطر المؤمن منه رغم تحققه، أي يؤدي الى فقد المؤمن له حقه في الحصول على مبلغ التأمين نتيجة إخلاله بالتزاماته - التي يفرضها عليه القانون أو العقد - فيما يتعلق بحصول الكارثة، كالالتزام بإخطار المؤمن بحصول الكارثة، والالتزام بالحد من نتائج الكارثة عند حصولها، والالتزام بعدم المبالغة في تقدير الإضرار الناجمة عن حصول الخطر، والالتزام بترك توجيه دعوى المسؤولية للمؤمن، وعدم إجراء أي تنازل أو تصالح إلا بعد استئذان هذا الأخير.

^١ - انظر في نفس المعنى، حسام الدين الأهواني، المرجع السابق، ص ٣٠١، ٣٠٢، وراجع نص المادة ٧٨٣ مدني قطري ومؤلفنا في الأحكام العامة للتأمين، مشار إليه سلفاً، ص ٣٢١ وما بعدها.

وإذا كان السقوط يُفقد المؤمن له حقه في مبلغ التأمين، إلا أنه لا يؤثر على العقد ذاته الذي يظل صحيحاً وقائماً، سواء بالنسبة إلى الماضي أو بالنسبة إلى المستقبل^(١).

والسقوط جزاء اتفاقي، بمعنى أنه يتقرر بمقتضى بند في عقد التأمين يقضي بسقوط حق المؤمن له في الضمان بسبب إخلاله بالتزاماته المتعلقة بتحقيق الخطر. وعلى ذلك فإن السقوط يفترض وجود شرط خاص ينص عليه صراحة في عقد التأمين، كما أنه يفترض إبراز الشرط بشكل ظاهر^(٢)، وإلا وقع باطلاً^(٣). وهو أخيراً يفترض ألا يكون الشرط الذي يقرره شرطاً تعسفياً، كالشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه إلى السلطات أو الجهات المطلوب إخبارها أو في تقديم المستندات، إذا تبين من الظروف أن التأخير كان لعذر مقبول (م ٧٧٦ مدني قطري)^(٤).

فإذا استوفي شرط السقوط مقوماته، وخالف المؤمن له الالتزام المفروض عليه، فإن أثر ذلك يتمثل في حرمانه من ضمان المؤمن أي سقوط حقه في مبلغ التأمين، بصرف النظر عن حسن أو سوء نيته، وبصرف النظر كذلك عما إذا كان هناك ضرر لحق المؤمن من جراء مخالفة المؤمن له لالتزامه أم لا. وإن كان هناك رأي في القضاء

١ - ولذلك فإن المؤمن يكون له الحق في قبض الأقساط عن المدة السابقة على حصول الحادث الذي لم يتم الإخطار به، وله الحق في المطالبة بها قضاءً، ويكون للمؤمن له - بالمقابل الحق في مطالبة المؤمن بتعويض الخواجات التي وقعت في الماضي، عدا الحادث الذي لم يخطر به المؤمن. كما أن سريان العقد في المستقبل يوجب أن يلتزم كل من طرفيه بتنفيذ التزاماته الناشئة منه: المؤمن له يلتزم بدفع الأقساط، والمؤمن يلتزم بتعويض ما يقع من حوادث مستقبلًا. (انظر جابر محبوب علي، الأحكام العامة للتأمين، مرجع سبق ذكره، ص ٤٧٢).

٢ - فيكتب بطريقة مختلفة عن الشروط الأخرى في العقد، كأن يكتب بحروف أكبر أو بلون مداد مختلف أو يكتب بخط اليد، أو يوضع تحته خط أو يطلب من المؤمن له التوقيع بجواره.. الخ.

٣ - وذلك تطبيقاً لنص المادة ٧٧٥ مدني قطري، التي تقضي بأنه " لا يحتج على المؤمن له بالشروط المتعلقة بالبطان أو السقوط، إلا إذا أبرزت بشكل ظاهر... " وتنص المادة ٢/٧٥٠ مدني مصري على بطلان " كل شرط مطبوع لم يبرز بشكل ظاهر وكان متعلقاً بحالة من الأحوال التي تؤدي إلى البطلان أو السقوط ".

٤ - وانظر المادة ٢/٧٥٠ مدني مصري، وقد أبطل المشرع المصري بمقتضى الفقرة الأولى من هذه المادة كذلك الشرط الذي يقضي بسقوط الحق في التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح، إلا إذا انطوت المخالفة على جنابة أو جنحة عديدة راجع تفصيلاً في الشروط المطلوبة لصحة شرط السقوط، محمد شكري سرور، سقوط الحق في الضمان - دراسة في عقد التأمين البري - دار الفكر العربي ١٩٨٠م، ص ٩٧ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

والفقه المصري، يتجه إلى اشتراط حصول ضرر للمؤمن لتقرير سقوط حق المؤمن له^(١)، وقد تبني المشرع الفرنسي هذا الاتجاه في المادة ٢ - ١١٣ L فقرة أخيرة من قانون التأمين الفرنسي، حيث ربط وأعمال جزاء السقوط بوقوع ضرر للمؤمن، وألزم هذا الأخير بإثبات هذا الضرر^(٢).

٤٧- فهل هناك محل لتطبيق نظام السقوط في مجال التأمين الاجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات؟

كانت المادة ١٦ من القانون ٦٢٥ لسنة ١٩٥٥م، الخاص بالتأمين الاجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات الملغي في مصر تخول المؤمن الحق في أن يضمن الوثيقة واجبات معقولة على المؤمن له وقيوداً معقولة على استعمال السيارة وقيادتها، فإذا أخل المؤمن له بتلك الواجبات والقيود، كان للمؤمن حق الرجوع عليه لاسترداد ما يكون قد دفعه من تعويض، ورأي البعض أنه استناداً لهذا النص يمكن للمؤمن أن يفرض قيوداً تتعلق بحصول الكارثة، ويرتب جزاء السقوط على إخلال المؤمن له بهذه القيود^(٣).

وفي نفس المعنى تقضي المادة ١٠٠ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور في قطر بأنه يجوز أن تتضمن وثيقة التأمين التزامات مقبولة على المؤمن له بالنسبة لاستعمال السيارة وسياقتها، فإذا أخل المؤمن له بتلك الالتزامات، كان للمؤمن حق الرجوع عليه لاسترداد ما يكون قد دفعه من تعويض. والنص الأخير لا يصلح فيما نرى أساساً لاشتراط السقوط، لأن الالتزامات التي يفرضها تتعلق باستعمال السيارة وسياقتها،

١ - انظر، نقض مدني ٢٨ يونيو ١٩٦٦م، مجموعة أحكام النقض السنة ١٧، رقم ٢٠٤، ص ١٤٦٢، وانظر محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص ٦٥، ٦٦.
٢ - والنص يجري على النحو التالي:

Lorsqu' elle est prévue par une clause du contrat la déchéance pour déclaration tardive au regard des délais prévues au ٣e et au ٤e ci - dessus ne peut être opposée a l'assuré que si l'assureur établit que le retard dans la déclaration lui a causé un préjudice.

٣ - انظر، محمد شكري سرور، المرجع السابق، فقرة ٢٣، ص ٢٠٨ مع الحرص على تأكيد أن شرط السقوط لا يحتج به على المضرور.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

في حين أن السقوط هو جزء لإخلال المؤمن له بالتزامات تتعلق بالكارثة حال حصولها أو بعد حصولها^(١).

٤٨- وتضمن القانون رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م الخاص بالتأمين الإجباري للمسئولية عن حوادث السيارات في مصر نصاً- هو المادة ١٢ - يتناول عدداً من الالتزامات التي يترتب على مخالفتها جزاء السقوط.

فقد نصت هذه المادة على أن " يلتزم المؤمن له أو من ينوب عنه بإبلاغ شركة التأمين بالحدث الذي تسببت فيه المركبة - والموجب للتعويض وفقاً لهذا القانون - خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ وقوعه، وعليه أن يتخذ كافة الاحتياطات والإجراءات اللازمة لتجنب تفاقم الأضرار الناجمة عنه.

كما يلتزم بأن يقدم للشركة جميع الأوراق والمستندات المتعلقة بالحدث حال تسليمها له.

وإذا أخل المؤمن له بأي من التزاماته المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين فلشركة التأمين الرجوع عليه بالأضرار التي تسببها نتيجة ذلك ما لم يكن التأخير مبرراً.

فهذا النص يلقي على عاتق المؤمن له أو من ينوب عنه ثلاثة التزامات:

١. إخطار المؤمن بالحدث خلال خمسة عشر يوماً من وقوعه^(٢).

^١ - ورغم التقارب بين النصين القطري والمصري، فإن الفارق بينهما يتمثل في أن النص المصري تكلم أن أمرين " واجبات معقولة على المؤمن له " و " قيود معقولة على استعمال السيارة وقيادتها " . وتحت العبارة الأولى يمكن أن ندخل القيود المتعلقة بحصول الكارثة، في حين أن النص القطري لم يتكلم إلا عن " التزامات مقبولة على المؤمن له بالنسبة لاستعمال السيارة وسياقتها " ، وهو ما لا يدع مجالاً لشمول القيود المتعلقة بحصول الكارثة.

^٢ - ولا يعني عن هذا الإخطار ما تلتزم به النيابة العامة - فور تلقيها بلاغاً أو محضر استدلال في واقعة حادث موجب للتعويض وفقاً لقانون التأمين الإجباري - من الاستعلام من إدارة المرور المختصة عن اسم الشركة المؤمنة واسم المؤمن له وإثبات ذلك بمحضر التحقيق، وإخطار الشركة المؤمنة بوقوع الحادث (م ١١ من القانون).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

٢. أن يتخذ جميع الاحتياطات والإجراءات اللازمة لتجنب تفاقم الأضرار الناجمة عن الحادث.

٣. أن يقدم للمؤمن الأوراق والمستندات المتعلقة بالحادث حال تسليمها له.

وقد نصت الوثيقة النموذجية للتأمين الإجباري على هذه الالتزامات الثلاثة.

هذه الالتزامات تتعلق جميعها بالحادث عند وقوعه، فإذا أدرجت في وثيقة التأمين في شكل شرط صريح وبارز، وجب أن يترتب على مخالفتها جزاء السقوط مع ملاحظة أن تطبيق هذا الجزاء يفترض عدم وجود مبرر للمخالفة.

وعلى ذلك فإنه إذا تأخر المؤمن له عن الإبلاغ بوقوع الحادث عن الميعاد الذي حدده القانون، وكان لهذا التأخير ما يبرره، مثل إصابة المؤمن له في الحادث، مما أعاقه عن الإخطار في الميعاد، أو القبض عليه من قبل السلطات العامة لاتهامه بارتكاب جنحة قتل أو إصابة خطأ، فلا يطبق الجزاء.

أما إذا لم يكن للتأخير ما يبرره، فعندئذ يتعين تطبيق جزاء السقوط. ولكن المشرع منع المؤمن من التمسك بهذا الجزاء في مواجهة المضرور، وأوجب عليه دفع التعويض لهذا الأخير، ولكنه سمح للمؤمن بأن يرجع - بعد أداء التعويض - على المؤمن له بالتعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء هذا التأخير.

وقد ذهب البعض إلى أن الجزاء على الالتزام بالإخلال بالإخطار لا يعد نوعاً من شرط السقوط الذي تعرفه القواعد العامة، وإلا لوصل إلى حد الحرمان من التغطية تماماً لمجرد التأخير عن المبرر. أما وأن الرجوع المسموح به يرتبط بالضرر الذي أصاب المؤمن، فإن الجزاء لا يعدو أن يكون نوعاً من المسؤولية العقدية للمؤمن له عن الإخلال بالتزام فرضه القانون ونصت عليه الوثيقة، ولذلك يكون الرجوع في حدود الضرر، وقد ينعدم الضرر تجاه شركة التأمين فلا تطالب المؤمن له بشيء^(١)، ..

١ - انظر، محمد إبراهيم دسوقي، تعويض الوفاة والإصابة، مرجع سبق ذكره، ص ٦١، من الباب الثالث. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ونحن نرى أن اقتصار الرجوع على ما أصاب المؤمن من ضرر بسبب إخلال المؤمن له بالتزاماته (ومنها الالتزام بالأخطار في الميعاد) لا يخرجنا من نطاق جزاء السقوط، فقد رأينا أن الاتجاه الحديث في الفقه والتشريع يذهب إلى وجوب قصر السقوط كجزء على التزام المؤمن له بتعويض المؤمن - فقط - عن الضرر الذي لحقه، وهذا يفترض قيام المؤمن بتعويض المضرور، ثم مباشرة حقه في الرجوع على المؤمن له، ليس لاسترداد كامل التعويض الذي دفعه، ولكن فقط لاسترداد القدر منه الذي يعادل الضرر الذي أصابه، ويقع على المؤمن عبء إثبات الضرر، فإذا أخفق في هذا الإثبات لا يحق له الرجوع على المؤمن له بشيء.

٤٩- أما في القانون القطري، فقد نصت اللائحة التنفيذية لقانون المرور، في المادة ٩٩ على التزام المؤمن له بإخطار المؤمن بالحادث خلال (٧٢) ساعة من علمه أو علم من ينوب عنه بالحادث^(١)، كما نصت المادة ٩٤ من نفس اللائحة على أن (لا تكون التسوية ملزمة لشركة التأمين إذا اتفق المؤمن له والمضرور على التعويض عن طريق التسوية دون موافقة شركة التأمين المؤمن لديه).

وهذان النصان يتعلقان بالتزامات يجب على المؤمن له التقيد بها بعد تحقق الخطر المؤمن منه، وهذا هو مجال تطبيق شروط السقوط، فالمؤمن له يلتزم - عند وقوع الحادث المؤمن منه - بإخطار المؤمن بهذه الواقعة، خلال (٧٢ ساعة) من وقت علمه بالحادث هو أو من ينوب عنه.

والمؤمن له يلتزم - في حالة التسوية الودية للتعويض بينه وبين المضرور - بعدم إمضاء اتفاق التسوية إلا بعد الحصول على موافقة الشركة المؤمن لديها، وإلا تكون التسوية غير ملزمة لها.

١ - ولا يعني عن إخطار المؤمن له الإخطار الذي يقوم به المحقق الذي أعد محضر التحقيق عن الحادث، والذي يجب أن يثبت في محضر التحقيق عن أي حادثة من حوادث المركبات رقم وثيقة التأمين واسم المؤمن والمؤمن له من واقع البيانات الواردة في ترخيص التسيير، وكذلك بيانات رخصة السياقة، ويجب على المحقق إخطار المؤمن بالحادث خلال سبعة أيام من تاريخ وقوعه (م ٩٩ من اللائحة التنفيذية).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وقد أفرع المشرع القطري هذين الالتزامين في شكل شروط في وثيقة التأمين الإلزامي النموذجية^(١).

ونود أن نشير الى بعض الملاحظات بالنسبة للنصين الواردين في اللائحة التنفيذية لقانون المرور القطري.

فنحن نرى أولاً أن ميعاد الاثني وسبعين ساعة الذي اختاره المشرع لإخطار المؤمن هو ميعاد قصير جداً، يمكن أن يكون سبباً لعنت المؤمن له، وأن كان المشرع قد حاول التخفيف من ضيق الميعاد بأن جعل بدء سريان مدته من وقت علم المؤمن له أو من ينوب بالحادث، بحيث تظل المدة موقوفة إذا لم يتمكن المؤمن له من العلم بسبب بعده، أو إصابته في الحادث.

ونلاحظ ثانياً أنه كان من الضروري أن يتحفظ المشرع لحالة وجود عذر مقبول يمنع المؤمن له من الإخطار برغم علمه بالحادث، كأن يكون قد قبض عليه بتهمة القتل أو الإصابة الخطأ، ولا يتمكن من القيام بالإخطار^(٢).

واعتقد أنه يتوجب على شركات التأمين أن تراعي هذا التحفظ لدى صياغتها لشروط السقوط، حتى لا يوصف الشرط بأنه تعسفي، مما يؤدي الى اعتباره كأن لم يكن.

١ - وقد أحالت اللائحة التنفيذية الى هذه الوثيقة النموذجية وألزامت شركات التأمين بأن تأخذ بما جاء بها من شروط في الوثائق التي تصدرها، حيث نصت المادة ٩٥ من اللائحة على أن تسري الشروط الخاصة بوثيقة التأمين الإلزامي لصالح الغير، على المركبات الميكانيكية، وفقاً للنموذج المرفق بهذه اللائحة (الملحق رقم ٢) ويجب على شركات التأمين العاملة في الدولة الالتزام بهذه الشروط.

٢ - وتنص الوثيقة النموذجية للتأمين الإلزامي (ملحق رقم ٢ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور)، تحت عنوان تنبيهات عامة : (٢ - على المؤمن له إبلاغ شركة التأمين بعد وقوع الحادث ويحد أقصى خلال مدة لا تتجاوز (٧٢) ساعة، ويتحمل المؤمن له أي خسائر إضافية قد تترتب على الإخلال بهذا الشرط.

٣ - لا يجوز للمؤمن له أن يلتزم بأي إجراء أو وعد يترتب على اعترافه بالمسئولية عن الحادث قبل حصوله على موافقة خطية من الشركة المؤمن لديها "

٤ - فمثل هذا التحفظ من شأنه أن يجعل نص اللائحة متوافقاً مع نص المادة ٧٧٦ من القانون المدني التي تنص على أنه " لا يعتد بالشرط الذي يقضي بسقوط حق المؤمن له بسبب تأخره في إعلان الحادث المؤمن منه الى السلطات أو الجهات المطلوب إخبارها أو في تقديم المستندات، إذا تبين من الظروف أن التأخير كان لعذر مقبول " .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ونلاحظ ثالثاً أن الشرط الذي يتضمن الالتزام الثاني يقصد به المؤمن رعاية مصالحه، وذلك بعدم السماح للمؤمن له أن يتعجل الإقرار بمسئوليته، والاتفاق على تسوية التعويض مع المضرور، اعتماداً على أنه سيرجع على المؤمن ليسترد منه ما دفع، إذ الأصل أن المؤمن هو الذي يتولى إدارة دعوى المسؤولية، وهو الذي يدافع فيها عن المؤمن له، بغية الوصول الى تبرأة هذا الأخير من الخطأ، وهو ما يؤدي إلى إفلات شركة التأمين من الالتزام بتعويض المضرور. فإذا أراد المؤمن له الخروج من هذا السياق الذي اعتادته شركات التأمين، والاعتراف بمسئوليته والتصالح مع المضرور على التعويض، وجب أن يكون ذلك بموافقة المؤمن، وإلا سقط حق المؤمن له في الضمان.

ونلاحظ أخيراً أن المؤمن يستطيع أن يضمن وثيقة التأمين شروطاً أخرى، ويشترط السقوط جزاء على مخالفتها. كالشرط الذي يقضي بإلزام المؤمن له باتخاذ الاجراءات والاحتياطات اللازمة للحد من الأضرار الناتجة عن الحادث عند وقوعه، والشرط الذي يلزمه بتسليم الأوراق والمستندات المتعلقة بالحادث - فور تسليمها له - إلى المؤمن، حتى يتمكن من الدفاع عنه في دعوى المسؤولية المرفوعة ضده.

وبعد أن فرغنا من بيان حالات رجوع المؤمن على المؤمن له في القانونين المصري والقطري، نعالج فيما يلي مسألة رجوع المؤمن على الغير المسئول عن حصول الحادث.

المبحث الثاني

رجوع المؤمن على الغير المسئول في حال قيام

المسئولية قبل غير المؤمن له

٥٠- يفترض في تأمين المسؤولية، بوجه عام، أن يغطي المؤمن الآثار المالية المترتبة على المطالبة الودية أو القضائية التي يوجهها المضرور الى المؤمن

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

له، سواء خاب أثر هذه المطالبة أو لم يخب. فإن خاب أثرها فإن المؤمن يدفع للمؤمن له المصروفات والرسوم التي تكبدها في دفع دعوى المضرور، وإن لم يخب أثرها فإن عليه، الى جانب دفع المصروفات والرسوم، أداء التعويض للمضرور^(١)، في ايجاز فإن التأمين من المسؤولية يهدف الى تأمين المؤمن له من الأضرار التي تلحق ذمته المالية من جراء رجوع الغير عليه بالمسؤولية^(٢). والأصل في هذا النوع من التأمين أنه يتسم بالطابع الشخصي، بمعنى أنه يعطي التعويض الناشيء عن قيام مسؤولية المؤمن له، سواء عن فعله الشخصي أو باعتباره مسئولاً عن فعل الغير، أما إذا ارتكب الحادث شخص لا يسأل المؤمن له عن أفعاله، فإن التعويض المستحق للمضرور، يستقر ديناً في الذمة المالية لمرتكب الحادث، ولا تكون للمؤمن علاقة به.

٥١- أما في التأمين الاجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات، فإن التزام المؤمن بالتغطية التأمينية أوسع نطاقاً من ذلك، فالمؤمن يلتزم بتغطية الضرر الذي ينشأ عن حادث وقع من السيارة المؤمن عليها لديه، بصرف النظر عن الشخص المسئول عن هذا الحادث. فالتأمين هنا له طابع موضوعي، يرتبط بالسيارة، ولا يرتبط بشخص المسئول، وهو ما يفرضي الى إلزام المؤمن بدفع التعويض للمضرور ولو كان قائد السيارة المسئول عن الحادث شخصاً آخر غير المؤمن له ومن يكون هذا الأخير مسئولاً عنهم.

هذا النطاق الواسع يتسق مع فلسفة التأمين الاجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات، وهي ضمان حصول المضرور على التعويض عما لحقه من ضرر، دون أن يكون معرضاً لاحتمالات مماثلة المسئول عن الحادث أو إعساره.

٥٢- وتستند مسؤولية المؤمن عن تعويض الضرر الناشيء عن حادث ارتكبه الغير في مصر، إلى نص المادة (١٧) من قانون التأمين الاجباري رقم (٧٢) لسنة ٢٠٠٧م التي تنص على أن " لشركة التأمين، إذا أدت مبلغ التأمين في حالة قيام

^١ - أنظر سعد واصف، التأمين من المسؤولية - دراسة في عقد النقل البري، رسالة دكتوراه من جامعة القاهرة ١٩٥٨م، ص ٢٤٧.

^٢ - السنهوري، الوسيط، الجزء السابع، المجلد الثاني، فقرة ٨٢٩، ص ١٣٦١. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

المسئولية المدنية قبل غير المؤمن له أو على غير المصرح له بقيادة المركبة، أن ترجع على المسئول لاسترداد ما تكون قد أدته من تعويض". فشركة التأمين تؤدي التعويض للمضرور إذا نشأ الحادث عن فعل شخص غير المؤمن له وغير من صرح له بقيادة المركبة.

٥٣- أما في القانون القطري فيمكن أن نجد سند هذه المسئولية في المادة ٨٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور التي تنص على أن " التأمين على المركبات الميكانيكية إجباري...، ويلتزم المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الأضرار المادية والجسمانية الناجمة عن حوادث المركبات إذا وقعت داخل إقليم الدولة.."، فالصياغة العامة لهذا النص تجعل من الممكن القول بأن المؤمن يسأل عن تغطية المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات المؤمن عليها لديه بقطع النظر عن شخص مرتكب الحادث. إضافة إلى ذلك فإن المشرع في المادة ٩٧ من نفس اللائحة رتب على نقل ملكية المركبة أن تنتقل - تبعاً لها - وثيقة التأمين الإجباري حتى انتهاء مدتها، ثم أضاف " وعلى المؤمن تغطية الأضرار التي تتسبب فيها المركبة بغض النظر عن شخصية المؤمن له ". فهذا أيضاً جعل المشرع المؤمن مسئولاً عن تغطية الأضرار التي تنشأ من الحوادث التي تسببها المركبة بصرف النظر عما إذا كان المسئول هو المؤمن له الأول (الذي تعاقد مع المؤمن) أو المؤمن له الثاني (الذي لم يتعاقد مع المؤمن، ولكن انتقلت إليه وثيقة التأمين بحسابه خلفاً خاصاً للمؤمن له الأول). وهذا أيضاً اتجاهاً إلى التعميم يفيد أن المشرع يركز في تحديد نطاق التغطية التأمينية، على الحادث أكثر من تركيزه على شخص المسئول عن وقوعه.

فإذا كان المؤمن مسئولاً - في القانونين المصري والقطري - عن حادث المركبة الذي يرتكبه شخص غير المؤمن له، فإن السؤال يثور عن كيفية تحديد هذا الغير المسئول.

الحقيقة أن هذا التحديد يقتضي أن نحدد من هو المؤمن له في التأمين الإجباري، بحيث يعد غيراً كل شخص لا ينطبق عليه وصف المؤمن له.

وهذا ما نكرس له المطلبين التاليين.

المطلب الأول

المؤمن له في التأمين الاجباري من

المسئولية عن حوادث السيارات

٥٤- يقصد بالمؤمن له في تأمين المسئولية الشخص الذي يتهدهدده الخطر المؤمن منه، متمثلاً في الالتزام بالتعويض نتيجة رجوع الغير المضرور عليه. وفي التأمين الاجباري من المسئولية عن حوادث السيارات، يعد مؤمناً له مالك السيارة إذا أحدث ضرراً للغير نتيجة حادث ارتكبه بهذه السيارة. ولكن يأخذ حكم المؤمن له الشخص الذي صرح له المالك بقيادة السيارة، ومن يكون المالك مسئولا عنه، حيث يكون المؤمن مسئولا عن تعويض الضرر الناشيء عن كل حادث يرتكبه أي من هؤلاء.

أولاً : مالك السيارة:

٥٥- تنص المادة الثالثة من قانون التأمين الاجباري في مصر (رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م) على أن "يقع الالتزام بإجراء التأمين على مالك السيارة أو من يقوم مقامه قانوناً". فالمالك هو الذي يلتزم بإجراء التأمين، أي يكون متعاقداً مع المؤمن (ويسمى أيضاً طالب التأمين)^(١). كما أن المالك يعد مؤمناً له لأنه هو المسئول مديناً عن تعويض الأضرار الناتجة عن حادث السيارة، إما مسئولية شخصية إذا ارتكب الحادث بنفسه (م ١٦٣ مدني مصري، م ١٩٩ مدني قطري) وإما مسئولية عن فعل الغير، كمسئولية متولي الرقابة عن الشخص المشمول برقايبته أو مسئولية المتبوع عن فعل تابعه (م ١٧٣، ١٧٤ مدني مصري، و ٢٠٨، ١٧٨ مدني مصري، م ٢١٢ مدني

١ - وقد يبرم التأمين شخصاً آخر نيابة عن المالك، كالولي أو الوصي إذا كان المالك صغيراً، أو القيم إذا كان المالك محجوراً عليه لجنون أو لعته، أو كان محكوماً عليه بعقوبة مقيدة للحرية، أو الوكيل إذا كان المالك غائباً لا يمكنه - بسبب بعده- أن يتولى إدارة شئونه بنفسه.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

قطري)، وهو ما يعني أن التأمين الاجباري يغطي المسؤولية المدنية لمالك السيارة ليس بصفته مالكا، بل بصفته مسؤولاً مدنياً عن تعويض الأضرار الناتجة عن الحادث (١).

ويترتب على كون مالك السيارة مؤمناً له من المسؤولية المدنية التي تنشأ من حوادثها، أن شركة التأمين يتمتع عليها أن ترجع عليه بما دفعت من تعويض للمضروب، طالما أن المالك لم يعتمد ارتكاب الحادث، وطالما أن الحادث لم يكن مستبعداً من نطاق التأمين، ولم تكن بصدد حالة من حالات السقوط السابق عرضها. إذ أن غرض التأمين هو تغطية كل حادث يسأل عنه المؤمن له (المالك) في غير حالات الاستبعاد (القانوني أو الاتفاقي) أو حالات سقوط الحق في التأمين.

والمالك الذي يغطي التأمين مسؤوليته يمكن أن يكون المالك الذي تعاقد مع المؤمن، ويمكن أن يكون المالك الذي انتقلت اليه ملكية السيارة أثناء سريان مدة التأمين، والذي - بوصفه خلفاً خاصاً للمؤمن له- تنتقل إليه وثيقة التأمين باعتبارها من الحقوق المكتملة للسيارة التي تنتقل معها إلى من تلقى ملكيتها (م ٩٧ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور القطري، م ٥ فقرة أخيرة من قانون التأمين الإجباري المصري ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م).

ثانيا : من صرح له المالك بقيادة المركبة:

٥٦- قد يقع الحادث من المركبة وهي تحت قيادة شخص غير مالكاها، ولكن هذا الشخص يقود المركبة بتصريح من المالك. عندئذ يصبح هذا الشخص في حكم المؤمن له، بمعنى أن شركة التأمين تلتزم بأن تغطي الأضرار الناشئة عن الحادث الذي يرتكبه هذا الشخص بالسيارة. ويستخلص هذا من نص المادة ١٧ من قانون التأمين الاجباري المصري التي تقضي بأن لشركة التأمين، إذا أدت التعويض في حالة قيام المسؤولية المدنية قبل غير المؤمن له أو على غير المصرح له بقيادة المركبة، أن ترجع على المسئول عن الأضرار لاسترداد ما تكون قد أدته من تعويض. فالمسؤولية المدنية

١- نظر محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، الباب الثالث، ص ١٨.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التي تقع على مالك السيارة أو من صرح له بقيادتها، تقع نتائجها على المؤمن دون أن يكون له حق الرجوع على أيهما، وفقاً لقاعدة أن المؤمن له يتحصن من رجوع المؤمن عليه، والافتقار للتأمين معناه^(١).

٥٧- ويشترط لكي يلتزم المؤمن بتغطية الضرر الذي يحدثه المصريح له بقيادة السيارة ما يلي:

١. أن يكون الشخص مرخصاً له بقيادة السيارة من قبل المالك، دون أن يكون هذا الأخير مسئولاً عن أفعاله كالزوجة أو الصديق أو المستعير أو المستأجر. فكل واحدة من هؤلاء عندما يتسلم السيارة تنتقل إليه حراستها (وفقاً للمادة ١٧٨ مصري، م ٢١٢ قطري) فيصبح مسئولاً مدنياً عن فعل السيارة دون مالكيها.

أما إذا رخص المالك في القيادة لشخص مشمول برقابته أو لشخص تابع له، فإن هذا الشخص لا يصبح بمقتضى هذا الترخيص مؤمناً له، لأن المؤمن له الأصلي (المالك) مسئول مدنياً عن أفعاله (م ١٧٣، ١٧٤ مدني مصري، م ٢٠٨، ٢٠٩ مدني قطري^(٢)). ولذلك فإن المؤمن عندما يغطي الحادث الذي يرتكبه أي منهما فكأنه يغطي حادثاً وقع من المالك نفسه.

ويترتب على اعتبار الشخص المصريح له بقيادة المركبة من مالكيها حارساً للسيارة ومن ثم مؤمناً له، أن المؤمن يلتزم بتغطية الحادث الذي يرتكبه دون أن يكون باستطاعته أن يرجع عليه بما أداه من تعويض للمضرور، لأن القاعدة أن المؤمن لا يرجع بما دفع على المؤمن له.

والتصريح يجب أن يصدر من المالك مالك السيارة، فإذا صدر من غير المالك، كالشرطة في حالة الضرورة، فإنه لا يجعل قائد السيارة مؤمناً له. فإذا ارتكب حادثاً بالسيارة، كان من حق المؤمن - بعد تعويض المضرور - أن يرجع عليه بما دفع.

^١ - محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٩.

^٢ فالتابع والمشمول بالرقابة لا تنتقل إليه حراسة السيارة، بل يظل المالك (المؤمن له) هو الحارس المسئول عن فعل السيارة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وقد يكون التصريح الصادر من المالك صريحاً كالتصريح بقيادة السيارة لمن استأجرها أو استعارها، وقد يكون ضمناً، كما في استخدام الزوجة سيارة زوجها أو العكس، أو استخدام الأب سيارة ابنه، وكذلك من يتسلم السيارة بحكم مهنته كصاحب الجراح أو الميكانيكي أو صاحب معرض بيع السيارات، وتابعي هؤلاء.

ويجب التزام حدود التصريح من حيث الشخص الذي صدر له، وكذلك من حيث نطاقه المكاني والزمني. فإذا رخص المالك لشخص في استخدام سيارته، لم يجز لهذا الأخير أن يرخص لغيره، وإلا فإن المؤمن سيباشر الرجوع عليه بما دفع من تعويض للمضرور. وإذا سلم المالك سيارته الى جراح لإصلاحها فإن خروجها لقضاء بعض حاجات صاحب الجراح، أو خروجها لتجربتها بعد إصلاحها، وتجاوز المسافة التي تسمح بها التجربة، تجعل التصريح كأن لم يكن، مما يجعل للمؤمن في حال قيامه بتعويض المضرور، حق الرجوع على مرتكب الحادث الذي تجاوز حدود الترخيص^(١).

٢. إلا يرتكب المالك أو المرخص له خطأ يجيز رجوع المؤمن عليه، فإذا صرح المالك بقيادة السيارة لمن لا يحمل رخصة قيادة أو لمن كانت رخصته قد ألغيت أو انتهت ولم تجدد... الخ، أو صرح المالك بقيادة المركبة لشخص في حالة سكر أو تحت تأثير المخدرات، فإن المؤمن - بعد أداء التعويض للمضرور - سيباشر الرجوع على مرتكب الحادث والمالك اللذين يكونان مسؤولين بالتضامن في مواجهته^(٢).

وإذا منح المالك التصريح على الوجه السليم، ولكن المصرح له أساء استخدامه فقاد السيارة تحت تأثير الخمر أو المخدرات، أو زاد في حمولتها عما هو مصرح به في رخصة تسييرها، أو ارتكب الحادث عمداً، عندئذ فإن المؤمن سيقوم بدفع التعويض الى المضرور، ثم يباشر رجوعه على المرخص له الذي فقد، بسبب الخطأ الذي ارتكبه، صفة المؤمن له.

^١ Picard et Besson, Traite du droit des assurances terrestres, t. ١، ٥e ed no ٤١٧-٢. -

^٢ - انظر أنفا حالات الرجوع على المؤمن له.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ثالثاً : من يكون المؤمن له مسئولاً عن أفعاله :

٥٨- ويعتبر كذلك في حكم المؤمن له كل شخص يكون هذا الأخير مسئولاً عن أعماله، كالمشمول بالرقابة والتابع، فإذا ارتكب واحد من هؤلاء وهو يقود السيارة حادثاً ألحق ضرراً بالغير، فإن المؤمن يكون مسئولاً عن تعويض المضرور من هذا الحادث، دون أن يكون له حق الرجوع عليه. هذا يفترض بطبيعة الحال- أن يكون التابع أو المشمول بالرقابة مرخصاً له بالقيادة من قبل المالك (المؤمن له). أما إذا لم يكن مرخصاً له، بأن كان المشمول بالرقابة غير حائز على رخصة قيادة وقاد السيارة دون إذن من مالكةا أو رغم منعه، أو كان التابع قد استخدم السيارة لأغراض شخصية، وبالتالي فإن الحادث لم يقع منه حال أداء الوظيفة أو بسببها، عندئذ تلتزم شركة التأمين بتعويض المضرور، ولكنها تستطيع أن تباشر رجوعاً على مرتكب الحادث لاسترداد ما أدته من تعويض.

المطلب الثاني

الغير المسئول

٥٩- قد يقع الحادث بفعل شخص غير مالك السيارة ومن يسأل عنه هذا الأخير، ومن رخص له في قيادة المركبة. كما لو كان مرتكب الحادث شخصاً قام باختلاس السيارة أو باغتصابها من مالكةا، والمختلس يمكن أن يكون السارق، ويمكن أن يكون الزوجة أو الابن أو التابع الذين لم يرخص لهم المالك بقيادة السيارة أو منعهم من ذلك ولكنهم لم يلتزموا بالمنع، كما يمكن أن يكون شخصاً سلمه المالك السيارة لإصلاحها أو لإيوائها، ولكنه عيب بالسيارة فأحدث ضرراً بالغير، أما الغاصب فمثاله من يكره مالك السيارة على التخلي عنها.

فإذا ارتكب واحد من هؤلاء حادثاً، فهل تسأل عنه شركة التأمين ؟ وإذا سألت، فهل يمكنها - بعد أداء التعويض - الرجوع على المسئول؟.

٦٠- بالنسبة للمسألة الأولى فإن كلاً من هؤلاء الأشخاص عندما يضع يده على السيارة يكون حارساً لها، لأن الحراسة تنتقل إليه من مالکها طالما أنه يملك سلطة فعلية في استعمال السيارة ورقابتها وتوجيهها^(١). ولما كان فعل هذا الشخص غير مشمول بالتأمين الذي يغطي مسؤولية المالك ومن في حكمه (المرخص له بالقيادة ومن يكون المالك مسئولاً عن أفعاله)، فإن الأصل ألا تغطي شركة التأمين التعويض المستحق للمضرور، وأن يسأل محدث الضرر عن هذا التعويض في ذمته الخاصة^(٢). ولكن نظراً لأن التأمين الإجباري يستهدف حماية المضرور الذي لا يجوز أن يترك لمماطلة المسئول أو لاحتمال إفساره، فقد استقر قضاء النقض في مصر على اعتناق فكرة موضوعية التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات.

ومؤدي هذه الفكرة أن المؤمن يلتزم بتغطية المسؤولية الناتجة عن الحادث الذي وقع بفعل السيارة المشار إليها في وثيقة التأمين، أيا كان المسئول عن الحادث، سواء أكان هو المؤمن له أو غيره، وسواء أكان فعل هذا الغير مما يثير مسؤولية المؤمن له، أو كان هذا الغير مسئولاً وحده عن الحادث.

فقضت محكمة النقض بأنه يفهم من عموم نصوص قانون التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥م الملغي، أن التأمين يغطي المسؤولية المدنية، للمؤمن له وتابعيه، ومن صرح له بقيادة السيارة، ويمتد أيضاً لغير هؤلاء، مع حق الشركة في الرجوع على مرتكب الحادث بما أدته من تعويض الى المضرور، فيكفي إذن أن تكون السيارة مؤمناً عليها لدى الشركة، وأن تثبت مسؤولية

١ - انظر، عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية ١٩٦٩م، فقرة ٥٣٢، ص ٥٧٧، ٥٧٨.

٢ - كل ذلك بشرط ألا يكون المالك مسئولاً عن سرقة السيارة أو اختلاسها، بمعنى أنه لم ينسب اليه خطأ ساهم في حدوث عملية السرقة أو الاختلاس، كان يكون المالك قد ترك السيارة مفتوحة الأبواب وبها مفتاحها، مما يسر على السارق اختلاسها (انظر عكس ذلك في عدم اعتبار ترك المفتاح في السيارة خطأ يساهم في وقوع الحادث، لأن العبارة بالسبب المنتج وهو السبب الذي يؤدي في مألوف الأمور الى وقوع الحادث، محمد ابراهيم دستوقي، المرجع السابق، ص ٢١، هامش ١).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

قائدها عن الضرر مع تحديد مقدار التعويض^(١). وقالت في حكم آخر إن التزام الشركة بتغطية نتائج الحادث يقوم ولو كان المسئول شخصاً غير مالكةا أو من صرح له بقيادتها، مثل السارق أو الغاصب، إذ لا يشترط لقيام التزام المؤمن سوى أن تكون السيارة مؤمناً عليها لديه وأن تثبت مسؤولية قائدها أياً كان^(٢). وذهبت في حكم أحدث إلى أن مفاده المواد السادسة عشرة والسابعة عشر والثامنة عشر والتاسعة عشر وقواعد المرور، والخامسة والسادسة عشرة والسابعة عشر والثامنة عشر والتاسعة عشر من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥م بشأن التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات أن المشرع فرض التأمين الإجباري هذا باعتباره تأميناً من نوع خاص يجمع فيه بين بعض أحكام التأمين من المسؤولية والتأمين على الحياة والإصابات البدنية، فلا يقتصر نطاقه على التأمين من المسؤولية الناشئة عن خطأ المؤمن له ومن يسأل عن أعمالهم، بل يمتد لتغطية المسؤولية المدنية لغير المؤمن له ولغير من صرح له بقيادة السيارة المؤمن عليها كالغاصب والسارق^(٣).

١ - نقض مدني ١٩٧٧/٥/٣٠، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٨، ص ١٢١٧.

٢ - نقض مدني ٩ فبراير ١٩٧٨، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢٩، ص ٤٣٧.

٣ - نقض مدني ٢٠٠٥/٢/١٤، الطعن رقم ٤١٥٩ لسنة ٧٣ ق، الموسوعة الماسية، تأمين رقم ١٠ حتى ٤٨٠ واضافت المحكمة في نفس الحكم، أن كل ما يلزم لقيام مسؤولية شركة التأمين عن تعويض المضرور، أن يثبت نشوء الضرر عن سيارة مؤمن عليها اجبارياً لديها، مع انتفاء السبب الأجنبي، سواء أكان طالب التأمين هو المسئول عن الحادث أو غيره، وسواء أكان هو المتولي حراستها أو غيره.

وقضت المحكمة أيضاً بأن التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات ليس تأميناً اختيارياً، بل هو تأمين اجباري، فليس المقصد من هنا التأمين أن يؤمن مالك السيارة نفسه من المسؤولية عن حوادث سيارته الناشئة عن خطئه أو خطأ من يسأل عنهم، ولكن المشرع هدف الى حماية المضرور وحصوله على حقه في التعويض الجابر للضرر الذي وقع عليه، ومن ثم يكون الهدف من قانون التأمين الاجباري أن يكون نطاق المسؤولية التي يلتزم المؤمن بتغطيتها غير قاصر على مسؤولية مالك السيارة وحده أو من يسأل عن عملهم، وإنما يمتد الى تغطية أي شخص يقع منه حادث السيارة متى ثبت خطؤه ولو انتقلت مسؤولية مالكةا، وعلى ذلك فإن للمضرور من حادث سيارة صدرت بشأنها وثيقة تأمين، أن يرجع على شركة التأمين بدعوى مباشرة لاقتضاء التعويض عن الضرر الذي أصابه من الحادث متى تحققت مسؤولية مرتكب الحادث، فلا يشترط لقبول هذه الدعوى قبل المؤمن أن يكون مالك السيارة مختصماً فيها، ولا أن يستصدر المضرور أولاً حكماً بتقرير مسؤولية مالكةا عن الضرر (نقض مدني ١٩٩٣/٢/٢٨، الطعن رقم ٣٥٩٧ لسنة ٥٨ ق، مجموعة أحكام النقض، السنة ٤٤، ص ٣٥٦، قرب في نفس المعنى نقض مدني ١٩٨٨/٣/٣، الطعن رقم ٢٠٣٤ لسنة ٥٤ ق، الموسوعة الماسية، تأمين رقم ٥٩، ص ٤٤٦، نقض مدني ١٩٩٢/١١/٢٤، الطعن رقم ٣٦١٠ لسنة ٦١ ق، الموسوعة الماسية، تأمين رقم ٦٤، ص ٤٥٠، نقض مدني ١٩٩٦/١١/١٠، الطعن رقم ٦٣٨٦ لسنة ٦٥ ق، الموسوعة الماسية، تأمين رقم ٨٠، ص ٤٦٤).

هذه الأحكام أصدرتها محكمة النقض في ظل القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥م، الملغي، أما في قانون التأمين الإجباري الحالي (رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧) فقد رأينا أن المادة ١٧ منه تقرر أنه " لشركة التأمين إذا أدت مبلغ التأمين في حالة قيام المسؤولية المدنية قبل غير المؤمن له، أو على غير المصرح له بقيادة المركبة^(١). وهو ما يعني أن المشرع يواجه فرض قيام الشركة بأداء التعويض في حالة قيام المسؤولية المدنية في مواجهة غير المؤمن له وغير من صرح له هذا الأخير بقيادة المركبة. وغير هؤلاء لا يكون إلا شخصاً لا يشملته التأمين أصلاً، بأن يكون مختلساً للسيارة أو مغتصباً لها. على وجه يمكن معه القول بأن المبدأ الذي أرسته محكمة النقض، متعلقاً بالصفة الموضوعية للتأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث السيارات ما زال مأخوذاً به في ظل القانون الجديد. ومن ثم فإنه إذا وقع الحادث بفعل شخص لا علاقة له بالتأمين، كالسارق أو الغاصب، فإن المؤمن يلتزم بتعويض المضرور من هذا الحادث، طالما أن السيارة مؤمن عليها لديه، وثبتت مسؤولية قائدها، أياً كان شخصه.

ورغم عدم النص صراحة على هذا المبدأ في القانون القطري، فإننا نرى أن عموم العبارة التي استخدمها المشرع في المادة ٨٩ من اللائحة التنفيذية، والتي نجعل التأمين على المركبات الميكانيكية إجبارياً لصالح الغير، وتلتزم المؤمن بتغطية المسؤولية المدنية الناشئة عن الأضرار المادية والجسمانية الناجمة عن حوادث المركبة إذا وقعت داخل حدود إقليم الدولة. هذه العبارة تصلح سنداً للأخذ، في القانون القطري، بالطابع الموضوعي للتأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات، إذ لو أراد المشرع خلاف هذا المعنى لألزم شركة التأمين بأن تعوض فقط الأضرار التي تثير المسؤولية المدنية لمالك السيارة ومن يسأل عن أعمالهم ومن رخص لهم بقيادة المركبة، وهو ما لم يفعله.

^١ - ويلاحظ أن عبارة " للشركة التأمين إذا أدت مبلغ التأمين... " لا يقصد بها أن أداء التعويض اختياري بالنسبة للشركة أو يرجع إلى إرادتها بل المقصود أن شركة التأمين لا يمكنها مباشرة حق الرجوع على الغير المسئول إلا إذا كانت قد أدت مبلغ التعويض إلى المضرور، فالعبارة تمثل شرطاً لرجوع الشركة، ولا يقصد بها أن تكون هذه الأخيرة مجبرة بين أداء مبلغ التأمين أو عدم أدائه للمضرور (انظر محمد إبراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ٢٧، ٢٨).

فإذا انتقلنا الى المسألة الثانية، وهي المتعلقة برجوع المؤمن على الغير المسئول، فمما لا شك فيه أن المؤمن قد ألزم بأداء التعويض رعاية لجانب المضرور حتى يحصل هذا الأخير على التعويض دون أن يتعرض لخطر ماطلة المسئول أو إفساره. ولكن المؤمن عند قيامه بدفع التعويض يغطي المسؤولية المدنية لشخص ليس هو المؤمن له أو من في حكمه، ولذلك يكون منطقياً الاعتراف له بحق الرجوع على المسئول ليسترد منه ما دفع من تعويض للمضرور. وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٧ من قانون التأمين الإجباري المصري التي تجعل لشركة التأمين، إذا ادت مبلغ التأمين في حالة قيام المسؤولية المدنية قبل غير المؤمن له أو على غير المصرح له بقيادة المركبة، أن ترجع على المسئول عن الأضرار لاسترداد ما تكون قد أدته من تعويض^(١).

ويلاحظ أن حق الرجوع هنا يثبت للمؤمن في كل حالة يلتزم فيها بأداء التعويض بسبب حادث ارتكبه الغير وأدى إلى إلحاق الضرر بالمضرور، يصرف النظر عما إذا كان الخطأ الذي ارتكبه الغير يقع ضمن حالات الرجوع على المؤمن له أو من صرح له بقيادة السيارة. إذ النص بالنسبة للرجوع على الغير المسئول جاء عاماً يشمل كل حالة ينشأ فيها الحادث عن خطأ ارتكبه هذا الأخير، بقطع النظر عن مدى جسامته.

ورغم عدم النص على حق شركة التأمين في الرجوع على الغير المسئول في القانون القطري، إلا أن هذا الحق لا يثير شكاً، فالمؤمن الذي أدى التعويض عن الغير المسئول يكون قد أوفى دين الغير، ويمكنه - وفقاً للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول - أن يحل محل الدائن استوفى حقه (المضرور) في الرجوع بما أوفاه على المدين المسئول عن الحادث^(٢).

وهو ما ينقلنا للحديث عن أحكام الرجوع من حيث أساسه وشروطه.

^١ - والحكم ذاته كان مطبقاً في ظل قانون التأمين الإجباري، الملغي رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥م، في مصر، والذي كان ينص في المادة ١٨ منه على أنه "يجوز للمؤمن إذا ألزم في العقد بأداء التعويض في حالة وقوع المسؤولية المدنية على غير المؤمن له وعلى غير من صرح له بقيادة سيارته، أن يرجع على المسئول عن الأضرار لاسترداد ما يكون قد أداه من تعويض" (انظر نقض مدني ٩ فبراير ١٩٧٨م) الطعن رقم ٢٧١ لسنة ٤٥ ق، حكم سبق ذكره).

^٢ - انظر المادة ٣٥٧ من التقنين المدني القطري.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الفصل الثاني

أحكام رجوع المؤمن على المؤمن له وعلى الغير المسئول

٦٤- إذا توافرت حالة من حالات الرجوع التي عرضناها سابقاً، سواء أكانت من الحالات التي يجوز فيها للمؤمن الرجوع على المؤمن له أو من تلك التي تسمح له بالرجوع الغير المسئول، فإن السؤال يثور عن تحديد الأساس القانوني لهذا الرجوع، والقيود التي يخضع لها.

وسوف نعرض لدراسة هذين الموضوعين، حيث تخصص لكل منهما مبحثاً على التوالي:

المبحث الأول

الأساس القانوني لرجوع المؤمن على المؤمن له وعلى الغير المسئول

٦٥- سوف ندرس أساس رجوع المؤمن على المؤمن له، ثم نعقب ذلك بدراسة أساس رجوعه على الغير، وذلك بالنظر الى اختلاف الصورة التي تعرض بها مشكلة الرجوع في الحالتين.

المطلب الأول

أساس رجوع المؤمن على المؤمن له في التأمين الإجباري

من المسئولية عن حوادث المركبات

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٦٦ - ذكرنا فيما سبق أن رجوع المؤمن على المؤمن له لا يدخل في السياق الطبيعي لعقد التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات، إذ الفرض أن المؤمن له قد أبرم العقد لكي يغطي مسؤوليته عما يلحق الغير مستقبلاً من أضرار بفعله، أي لكي يتوقى الالتزام - في ذمته الخاصة - بتعويض الغير المضرور. فهو يعتمد - بمقتضى العقد الذي أبرمه، ونظير الأقساط التي يدفعها - على أن المؤمن سيحل محله في تعويض الغير عن الضرر الذي يلحقه بفعل المؤمن له ومن صرح له هذا الأخير بقيادة المركبة ومن يسأل عن أعماله، فإذا قام المؤمن بدفع التعويض للمضرور، فهو يفي بدين نشأ في ذمته بمقتضى عقد التأمين على وجه يبدو معه الاعتراف له بحق الرجوع على المؤمن له متناقضاً مع العقد، ومؤيداً لأن يكون التزام المؤمن له بدفع الأقساط غير مستند الى سبب.

ولذلك فقد ذهب البعض إلى أن محاولة إرجاع دعوى رجوع المؤمن ضد المؤمن له إلى أصل من قواعد القانون، أمر بدق، لأن هذه الدعوى لم تكن معروفة في القانون الروماني ولا القوانين التي أخذت منه ^(١). وإنما ابتدعتها القوانين الحديثة بدافع الحاجة إليها، حيث تندرج في إطار فكرة عادلة تملئها طبيعة التأمين من المسؤولية عن حوادث المركبات وما له من طابع إجباري، هذه الفكرة هي ضمان حصول المضرور على التعويض الذي يجبر ضرره ^(٢). دون ترك الحبل على الغارب للمؤمن له.

٦٧ - وفي إطار البحث عن أساس قانوني لدعوى الرجوع التي يباشرها المؤمن ضد المؤمن له، تعددت آراء الفقه في هذا الخصوص.

ففي ظل قانون التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات الملغي في مصر (رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥م) كان المشرع يعطي للمؤمن حق الرجوع على المؤمن له في حالتين : الأولى وردت في المادة ١٦ من القانون التي أعطت المؤمن

١ - انظر، سعد واصف، شرح قانون التأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات، مرجع سبق ذكره، ص ١٥١.

٢ - انظر، محمد أحمد البديرات، رجوع المؤمن على المؤمن له بما أداه من تعويض للمضرور، بحث سبق ذكره، ص ٢١٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الحق في تضمين الوثيقة واجبات معقولة على المؤمن له وقيوداً معقولة على استعمال السيارة وقيادتها، فإذا أحل المؤمن له بتلك الواجبات أو القيود " كان للمؤمن حق الرجوع عليه لاسترداد ما يكون قد دفعه من تعويض للمضرور". أما الثانية فجاءت في المادة ١٧ التي أجازت رجوع المؤمن على المؤمن له بما يكون قد أداه من تعويض إذا ثبت أن التأمين قد عقد بناءً على إدلاء المؤمن له ببيانات كاذبة أو إخفائه وقائع جوهرية.. الخ. وقد لاحظ البعض أن المشرع قد استخدم لفظ "استرداد" (١)، في النص الأول، ولم يستخدمه في النص الثاني (٢)، الذي جعل للمؤمن أن يرجع بما يكون قد أداه من تعويض، ومع ذلك فقد خلصوا إلى أن الدعوى في الحاليين هي دعوى استرداد من نوع خاص، فيها معنى استرداد الحق بالنسبة إلى المؤمن ومعنى الجزاء sanction بالنسبة إلى المؤمن له الذي أخطأ في تنفيذ العقد أو خالف شروطه (٣).

على أننا لا نعتقد أن دعوى المؤمن بالرجوع على المؤمن له يمكن أن تكون دعوى استرداد، لأن ما يسترد في القانون هو ما دفع دون وجه حق (٤)، والمؤمن عندما يقوم بدفع التعويض للمضرور من حادث سيارة فهو إنما ينفذ ما يوجبه عليه عقد

١ - وهي ترجمة للفظ Remoursement باللغة الفرنسية، حيث كان نص المادة ١٧ من دكرينو ٧ يناير ١٩٥٧ الفرنسي يقرر أنه لا يحتج على المضرور أو خلفائه بتحديد الضمان ودفع السقوط وتخفيض التعويض، وفي جميع هذه الحالات فإن المؤمن يدفع التعويض لحساب المسئول pour le compte du responsable، ويحق له أن يرجع على هذا الأخير بدعوى المطالبة برد جميع المبالغ التي دفعها If peut exercer contre ce dernier une action en remboursement pour toutes Les sommes qu'il a ainsi payées.

٢ - وقد استخدم المشرع تعبير الاسترداد كذلك في المادة ١٨ التي أجازت للمؤمن الرجوع على المسئول لاسترداد ما يكون قد دفعه من تعويض إذا وقعت المسؤولية على شخص آخر غير المؤمن له أو الأشخاص المصرح لهم بقيادة السيارة.

٣ - انظر سعد واصف، شرح قانون التأمين الاجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٢، ١٥٣، وقد ذهب البعض إلى التفرقة بين حالتي الرجوع المشار إليهما، فالرجوع المبني على المادة ١٦ (الاخلال بالواجبات والقيود المعقولة) يجد أساسه في قواعد المسؤولية العقدية، أما الرجوع المبني على المادة ١٧ (الإدلاء ببيانات غير صحيحة تؤثر على فكرة المؤمن عن الخطر أو على سعر التأمين أو شروطه) فأساسه قواعد الإثراء بلا سبب (فايز عبد الرحمن، التأمين من المسؤولية عن حوادث السيارات، دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية ٢٠٠٦م، ص ٢٧٥ - ٢٧٦).

٤ - انظر المادة ١/١٨١ مدني مصري، ١/٢٢٢ مدني قطري، التي تنضي بأن " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقاً له، وجب عليه رده "

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التأمين الذي يلزمه بضمنا الخطر المؤمن منه، متمثلاً في رجوع الغير المضرور للمطالبة بالتعويض^(١).

ولذلك حسناً فعل المشرع المصري في قانون التأمين الإجباري الحالي (رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م)، حيث لم يستخدم اصطلاح " الاسترداد" في صدد معالجته لحق المؤمن في الرجوع على المؤمن له.

وذهب رأي آخر الى تأسيس رجوع المؤمن على المؤمن له على فكرة الحلول القانوني، التي تجعل لمن أوفي دين غيره أن يحل - في مواجهة المدين - محل الدائن الذي استوفى حقه (م ٣٢٦ مدني مصري، م ٣٥٧ مدني قطري)^(٢).

والحق أنه يصعب - فيما نرى - تأسيس رجوع المؤمن على المؤمن له على القواعد العامة في الوفاء مع الحلول. لأن الحلول بعد الوفاء يفترض أن الموفي ليس مديناً، وهو ما يصعب قبوله بالنسبة للمؤمن حين يفى بالتعويض للمضرور، إذ المؤمن عندئذ إنما يفى بما يجب عليه - إن لم يكن بمقتضى العقد - فعلى الأقل بمقتضى القانون^(٣).

كما لا يمكن تأسيس رجوع المؤمن على الحلول الخاص الذي أورده المشرع في النصوص المنظمة لعقد التأمين (م ٧٧١ مدني مصري، م ١/٧٩٣ مدني قطري)^(٤).

^١ - كما أن الوفاء بالتعويض للمضرور يعتبر تنفيذاً لحكم القانون الذي جعل للمضرور دعوى مباشرة في مواجهة المؤمن للمطالبة بالتعويض الذي أصابه من حادث السيارة (انظر المادة الخامسة من قانون التأمين الإجباري الملغي في مصر، والمادة ١٠٥ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور القطري، والمادة ٨ من قانون التأمين الاجباري الحالي في مصر رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م).

^٢ - محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية - الجزء الثاني - مطبعة جامعة القاهرة ١٩٩٠، ص ٤٣٩.
^٣ - انظر في التزام المؤمن بتعويض المضرور بغض النظر عما إذا كان من ارتكب الحادث هو المؤمن له أو أحدث تابعيه ويكفي أن تكون السيارة مؤمناً عليها وأن تثبت مسؤولية قائدها (تمييز قطري ٧ يونيو ٢٠١١م، الطعن رقم ٤٥ لسنة ٢٠١١م).

^٤ - وقد ورد النص المصري ضمن النصوص المنظمة للتأمين من الحيق، مما أثار الجدل حول مدى إمكانية تطبيقه في الصور الأخرى للتأمين ام الأضرار، وهو ما انتهى اليه الرأي الراجح فقهاً وقضاءً، استناداً لتلى ارتباط الحلول بمبدأ الصفة التعويضية لتأمين الأضرار بكافة صوره، وقد تجنب المشرع القطري هذا الجدل، حيث نص على حلول المؤمن من المؤمن له في التأمين من الأضرار (راجع المادة ١/٧٩٣ مدني).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وجعل بمقتضاه للمؤمن - في التأمين من الأضرار - أن يحل قانونا بما دفعه من تعويض، في الدعاوي التي تكون للمؤمن له قبل المسئول عن الضرر المؤمن منه، فهذا الحلول يكون محل المؤمن له الذي أصابه الضرر نتيجة تحقق الخطر المؤمن منه بفعل الغير، فيعوضه المؤمن ثم يحل محله فيما له من دعوى ضد الغير مرتكب الحادث، وليس هذا هو الفرض الذي نحن بصدده، والذي يكون المؤمن له فيه هو المسئول عما لحق الغير من ضرر، فالحلول هنا سيكون محل الغير المضروب، وهذا فرض لم يواجهه النص محل الدراسة^(١).

وذهب رأي آخر الى أن رجوع المؤمن على المؤمن له يجد أساسه في مخالفة هذا الأخير لشروط عقد التأمين الذي يغطي مسئوليته قبل الغير المتضرر، والمبرم بينه وبين المؤمن، ذلك أن التأمين الاجباري من المسئولية عن حوادث المركبات تهيمن عليه الصبغة التشريعية، حيث وضع المشرع شروطه وبين آثاره ممثلة في حقوق والتزامات طرفي العقد، لأجل تحقيق الغاية الأساسية منه، وهي حماية ضحايا المركبات وإقامة العدل والتوازن بين حقوق والتزامات كل من المؤمن والمؤمن له، كما أن المشرع ألزم شركات التأمين أن تحترم - فيما تضعه من شروط في وثائقها - الحدود التي قررها القانون. على أن هذا التحكم التشريعي ليس من شأنه أن يخرج العلاقة التي تربط المؤمن له بالمؤمن عن طبيعتها من حيث كونها علاقة عقدية، ولا تنفي عن التزامات الطرفين أنها التزامات عقدية محضة، فإذا كان عقد التأمين هو الذي يحكم العلاقة بين الطرفين، فإن إخلال المؤمن له بالتزامات المتولدة من هذا العقد يعني إخلاله بقانون العقد مما يقتضي مسئوليته العقدية، وبالرغم من عدم وجود تعريف محدد لخطأ المؤمن له، إلا أن إخلاله بأي من التزاماته يعد خطأ من جانبه، وهذا الخطأ هو الذي يستند إليه المؤمن في مطالبة المؤمن له بما أداه من تعويض الى الغير المتضرر^(٢).

٦٨ - ونحن من جانبنا نرى أنه من الصعب إسناد التزام المؤمن بتعويض المضروب في الحالات التي يجوز له فيها الرجوع على المؤمن له الى عقد التأمين. لأن

١ - انظر في نفس المعنى، محمد أحمد البديرات، بحث سبق ذكره، ص ٢١٥.

٢ - هذا هو رأي الدكتور محمد أحمد البديرات، في بحثه سالف الإشارة، ص ٢١٥-٢١٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الأمر في هذه الحالات يتعلق باستبعاد للخطر بنص القانون أو بمقتضى الاتفاق استناداً الى ترخيص القانون، فهي حالات عدم تأمين non-assurance، الخطر فيها يخرج عن نطاق التزام المؤمن بالتغطية، وكان يجب ألا يعوض ما يترتب على تحققه من أضرار. فإذا ألزم المؤمن بتعويض المضرور، فقد كان ذلك بمقتضى نص تشريعي خاص، تحقيقاً لغاية اجتماعية جماعها حماية المضرور وضمان حصوله على تعويض يجبر ضرره. وثمة غاية اجتماعية أخرى تتمثل في الحيلولة دون أن يفلت المؤمن له من الجزاء فيكون التأمين سبباً لاستهتاره وعدم اكترائه بأرواح الناس وأموالهم، هي التي حملت المشرع على تقرير حق المؤمن في الرجوع على المؤمن له بما دفعه من تعويض للمضرور في حالات محددة وبنصوص خاصة كذلك.

في ايجاز، فإن الإرادة التشريعية هي التي تؤسس التزام المؤمن بتعويض المضرور، وهي التي تؤسس كذلك حقه في الرجوع على المؤمن له، وليس أمام إرادة طرفي عقد التأمين - المؤمن والمؤمن له - سوى الإذعان لهذا التنظيم القانوني. في عبارة أخرى يمكن القول بأن رجوع المؤمن على المؤمن له يكون بمقتضى " دعوى شخصية تستند الى رغبة المشرع التحكيمية وفق نص خاص يقرر هذا الحق للمؤمن خلافاً لما تقضي به القواعد العامة " (١).

١ - أحمد شرف التأمين، أحكام م التأمين في القانون والقضاء، القاهرة ١٩٩١، ص ٣٣٢، وقرب في نفس المعنى، محمد ابراهيم دسوقي، المرجع السابق، ص ١٠٣-١٠٤، الذي يذهب إلى أن شركة التأمين يجب أن تؤدي مبلغ التأمين الى المضرور، ثم ترجع بما دفعت على المؤمن له، فهو نوع من الالتزام القانوني بالوفاء عن المدين الأصلي بدين التعويض، وهو المؤمن له، وانظر أيضاً، السنهوري، عقد التأمين، فقرة ٨٦٢، ص ١٤٤٤ حيث يقول (ويترتب على عدم جواز احتجاج المؤمن بهذه الدفوع على المضرور أن يجد المؤمن نفسه، بالرغم من تحقق دفع منها، ملزماً بوفاء مبلغ التأمين المضرور، في حين أنه غير ملزم نحو المؤمن له بهذا الوفاء، فيكون إذن بمثابة كفيل للمؤمن له نحو المضرور، وقد دفع مبلغ التأمين للمضرور وفاء لدين، في ذمة المؤمن له لافي ذمته هو، ومن ثم يجوز له الرجوع على المؤمن له بما دفعه للمضرور ويحل محله شأنه في ذلك شأن أي كفيل". ونحن نتفق مع العلامة الكبير في أن المؤمن عندما يتوافر لديه دفع يدفع به دعوى المضرور فهو يدفع ما ليس ملتزماً به، أي هو يدفع دين شخص آخر هو المؤمن له، ولكن لا نتفق معه في أن المؤمن عندما يقوم بالوفاء فإنه يلعب دور الكفيل للمؤمن له، يدفع دينه ثم يرجع عليه بما دفع. إذا لو كان المؤمن كفيلًا لجاز له- شأن أي كفيل- إذ يدفع في مواجهة المضرور بضرورة تجريد المدين الأصلي، وهو المؤمن له. ولذلك فإن الكفالة - إذا أخذنا بها - ستكون كفالة مصدرها نص القانون الذي حرم المؤمن عندئذ من التمسك في مواجهة المضرور أي دفع، بما في ذلك الدفع بالتجريد، وهذا يؤكد ما قلناه من أننا بصدد التزام بالوفاء مصدره نص القانون. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وقد كان مؤدي اعتبار دعوى الرجوع دعوى شخصية تستند الى نص خاص،
ألا تخضع هذه الدعوى للتقادم الثلاثي الخاص بالدعاوي الناشئة، عن عقد التأمين^(١)،
لكننا نعتقد أن هذه الدعوى، الموازية للدعوى المباشرة التي قررها القانون للمضروب ضد
المؤمن، يجب أن تقاس عليها، وتخضع مثلها للتقادم الخاص بالدعاوي الناشئة عن عقد
التأمين^(٢).

٦٩- وليس ثمة ما يمنع من إسناد حق المؤمن في الرجوع على المؤمن له
المبني على نظرية الحلول القانوني إلى القواعد العامة في الحلول (م ٣٢٦ مدني) التي
تقرر أنه إذا قام بالوفاء شخص غير المدين حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه
في الأحوال الآتية: " (أ) إذا كان هناك نص خاص يقرر للموفي حق الحلول". فإذا
اعتبرنا أن المؤمن يباشر دعوى الرجوع على المؤمن له استناداً إلى نظرية الحلول، فإن
هذا الحلول سيكون مستنداً إلى النصوص الخاصة التي تعطي المؤمن حق الرجوع في
الأحوال التي قررها القانون.

٧٠- ونشير أخيراً إلى أن الأساس الذي نقول به لدعوى المؤمن بالرجوع
على المؤمن له - وهو الإرادة التشريعية - ينطبق أيضاً في القانون القطري حيث قرر
المشرع التزام المؤمن بتعويض جميع الأضرار المادية والجسمانية الناجمة عن حوادث
المركبة إذا وقعت داخل إقليم الدولة (م ٩٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور)، وقرر
حقه في الرجوع في حالات محددة بالنص (م ١٠٠، ١٠١ من اللائحة التنفيذية).

المطلب الثاني

أساس رجوع المؤمن على الغير المسئول

٧١- اختلف الفقهاء في تحديد الأساس القانوني لرجوع المؤمن على الغير
المسئول.

١ - انظر في القانون المصري المادة ٧٥٢ مدني، وفي القانون القطري المادة ٨٠٠ مدني.
٢ - وقد نصت المادة ١٥ من قانون التأمين الاجباري في مصر (٧٢ لسنة ٢٠٠٧م) على ذلك بقولها تخضع دعوى
المضروب في مواجهة شركة التأمين للتقادم المنصوص عليه في المادة (٧٥٢) من القانون المدني.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

فذهب جانب من الفقه الى تأسيس هذا الرجوع على قواعد المسؤولية التقصيرية عن الفعل الشخصي المنصوص عليها في المادة ١٦٣ من القانون المدني المصري (وتقابلها المادة ١٩٩ من القانون المدني القطري) التي تنص على أن " كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض " وكذلك المادة ١/١٦٤ مدني مصري (وتقابلها المادة (١/٢٠٠ مدني قطري) التي تقضي بأن "يكون الشخص مسؤولاً عن أعماله غير المشروعة متى صدرت منه وهو مميز". فالمؤمن يقوم بتعويض الضرر الذي سببه الغير للمضرور، ثم يباشر دعوى المسؤولية ضد هذا الغير لاسترداد التعويض الذي كان خطأ هذا الأخير سبباً في دفعه (١).

على أنه هذا الرأي لم يجد قبولا في الفقه، بالنظر الى اختلاف التزام المؤمن عن التزام الغير المسؤول، فسبب التزام المؤمن هو وثيقة التأمين المبرمة بينه وبين المؤمن له، والتزامه بأداء التعويض عند وقوع الحادث وهو ما تعهد به في هذه الوثيقة نظير الأقساط التي يتلقاها، أما التزام الغير فسببه الخطأ الذي ارتكبه هذا الغير وأدى الى الحاق الضرر بالمضرور. ولا يمكن للمؤمن أن يدعي وجود علاقة سببية مباشرة بين خطأ الغير وبين التزامه هو (المؤمن) بدفع التعويض الى المضرور، فهذا الالتزام أساسه عقد التأمين، وسببه هو ما سبق للمؤمن أن تلقاه من أقساط من المؤمن له.

وذهب جانب آخر من الفقه الى أن رجوع المؤمن على الغير المسؤول يكون على أساس الحلول القانوني *subrogation légale*، حيث يحل المؤمن قانوناً محل الغير المضرور في الدعوى التي تكون لهذا الأخير قبل الغير المسؤول، وقد وجد أصحاب هذا الرأي سند هذا الحلول في المادة ١٢-١٢٢١ مدني فرنسي (وتقابلها المادة ١/٧٩٣ مدني قطري) التي تجعل للمؤمن، في تأمين الأضرار، أن يحل قانوناً بما دفعه من تعويض، في دعاوي التي تكون للمؤمن له قبل المسؤول عن الضرر، فرغم أن هذا

١ - انظر، سعد واصف، التأمين من المسؤولية دراسة في عقد النقل البري، مرجع سبق ذكره، ص ٤٨٧، خالد مصطفى فهمي، عقد التأمين الاجباري - المسؤولية الناشئة عن حوادث السيارات (دراسة مقارنة) دار الجامعة الجديدة للنشر - الاسكندرية ٢٠٠٥م، ص ١٤٨، وانظر في الفقه الفرنسي :

Picard et Besson, op. cit. no ٣٢٨: Y. Lambert Faivre, Droit des assurances, Dalloz ١٩٩٨, no ٣٩٦

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

النص خاص برجوع المؤمن عن طريق الحلول محل المؤمن له، أي أنه يفترض أن يكون المضرور هو المؤمن له، وليس شخصاً آخر، حتى يمكن أن يكون للمؤمن له دعوى شخصية تجاه المسئول، يحل فيها المؤمن محله بعد أن يدفع له التعويض، فإن البعض رأى - مع ذلك - أنه يجب التوسع في فهم هذا النص، بحيث يطبق أيضاً على الحالة التي يرجع فيها المؤمن على الغير المسئول. ويتم ذلك" عن طريق التوسع في تفسير المقصود بالمؤمن له..، بعدم أخذه بمعناه الضيق الذي يقصره على الطرف الثاني في عقد التأمين الذي يلتزم تجاه المؤمن بما يفرضه عقد التأمين من التزامات لصالح هذا الأخير، وإنما بأخذه بمعنى المستفيد من التأمين، وذلك على أساس أن العبرة والأهمية فيما يتعلق بآثار عقد التأمين هي بالمستفيد منها، وليس بالضرورة بالمؤمن له بمعناه السابق، فالرجوع، باعتباره من آثار عقد التأمين التبعية، يتعلق بالوفاء بمبلغ التأمين، وبالتالي تكون العبرة في الرجوع على الغير بما للمضرور من دعاوى، فالضرر أصابه ولم يصب المؤمن له المتعاقد" (١).

والحق أنه يصعب الأخذ بهذا الرأي الذي يخرج النص عن معناه تماماً بحجة التوسع في تفسيره، فالنص يتعلق برجوع المؤمن بدعوى المؤمن له ضد الغير المسئول، وهو يفترض أن الضرر وقع على المؤمن له بفعل الغير، فيقوم المؤمن بتعويضه ويحل محله في دعواه قبل الغير المسئول عن إحداث الخطر، فالرجوع يكون بدعوى المؤمن له، ولم يقصد المشرع أن يستخدم هذا النص في رجوع المؤمن على الغير المسئول حالاً محل المضرور الذي لا تربطه به أي علاقة عقدية، ولا يمكن إسباغ وصف المؤمن له عليه بأي حال.

إضافة الى ذلك فإن الحلول محل المضرور يفترض أن يكون المؤمن قد وفي الدائن (المضرور) بالدين ذاته الذي في ذمة المدين (وهو الغير المسئول). والحقيقة غير ذلك، لأن المؤمن يفي بدين شخصي يترتب في ذمته هو بحكم العقد وبحكم

١ - انظر ابراهيم الدسوقي أبو الليل - التزام المؤمن بالتعويض ورجوعه على المؤمن له. وعلى الغير المسئول عن الضرر، مرجع سبق ذكره، ققرة ٢٧، ص ٥٤، وانظر كذلك في اجازة هذا الرجوع استناداً الى نص المادة ٧٧١ مدني مصري الخاصة بطول المؤمن محل المؤمن له في تأمين الحريق قبل الغير المسئول عن وقوع الضرر، (احمد شرف الدين المرجع السابق، ص ٤٧).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

القانون الذي فرض عليه هذا الوفاء. هذا الدين يختلف عن دين التعويض الذي في ذمة المسئول والذي يجد مصدره فيما ارتكبه هذا الأخير من خطأ. هذا الاختلاف يبدو واضحاً تماماً في القانون المصري، الذي جعل التزام المؤمن محصوراً في مبلغ أربعين ألف جنيه في حال الوفاة، ولو كان المؤمن يفي بدين المسئول لوجب أن يفي بالتعويض كاملاً، ولما كان هناك محل لدعوى تعويض يمنحها المشرع للمضرور للمطالبة بما يجاوز مبلغ التأمين^(١).

جملة القول أن المؤمن عندما يقوم بالوفاء للمضرور فهو يفي بدين في ذمته هو، ولا يفي بدين المسئول، واختلاف الدينين في المصدر هو الذي يجعل فكرة الحلول غير مقبولة كأساس لرجوع المؤمن على الغير المسئول.

٧٢- ولذلك فنحن نرى أن تحديد أساس الرجوع يقتضي أن نفرق بين الوضع في القانون المصري، والوضع في القانون القطري.

٧٣- ففي القانون المصري تنص المادة ١٧ من قانون التأمين الاجباري (٧٢ لسنة ٢٠٠٧م) على أن " لشركة التأمين، إذا أدت مبلغ التأمين في حالة قيام المسؤولية المدنية قبل غير المؤمن له أو غير المصرح له بقيادة المركبة، أن ترجع على المسئول عن الأضرار لاسترداد ما تكون قد أدته من تعويض ".

هذا النص يمثل في نظرنا تطبيقاً خاصاً لنظرية الإثراء بلا سبب (م ١٧٩، ١٨٠ من التقنين المدني المصري^(٢)). بيان ذلك أن المسئول عن الحادث في حالتنا هذه يخرج عن عقد التأمين فهو ليس المؤمن له ولا شخصاً يكون هذا الأخير مسئولاً عنه، بل هو أجنبي تماماً عن العقد، وفعله مستبعد أصلاً من نطاق التأمين، ولذلك فإن الالتزام بالتعويض يتقل ذمته شخصياً ويمثل ديناً في عليه هو، ويجب أن يفي به إلى المضرور الذي كان يجب أن يوجه دعواه بالتعويض إليه، ولكن رعاية لجانب المضرور

^١ - حيث تنص المادة (٩) من قانون التأمين الاجباري (رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م) على أن " المضرور أو ورثته اتخاذ الإجراءات القضائية قبل المتسبب في الحادث والمسئول عن الحقوق المدنية للمطالبة بما يجاوز مبلغ التأمين ".

^٢ - راجع في الدراسة التفصيلية لهذا الموضوع، علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام- الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية- ٢٠٠٤/٢٠٠٥، ص ٤٢٨ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

- وحتى لا يكون عرضة لخطر إفسار المسئول أو مماطلته- فقد أوجب القانون على المؤمن أن يفي بالتعويض الى المضرور.

ولكن المؤمن يلتزم بالوفاء، ليس بموجب عقد التأمين^(١)، ولكن بمقتضى النص القانوني الأمر الوارد في المادة (١٧) سالفه الذكر. على أن وجود هذا النص لا ينفي من ناحية أن المؤمن قد أوفي بدين ليس واجباً عليه، فهو دين لا يغطيه قسط التأمين الذي كان من الواجب أن يغطي فقط مسئولية المؤمن له ومن صرح له هذا الأخير بقيادة السيارة، وهو لا ينفي من ناحية أخرى أن الدين مازال ماثلاً في ذمة الغير المسئول وإن كان قد انقضى بالوفاء في علاقته بالغير المضرور. وإذن فإن الوفاء بالدين يمثل افتقاراً للمؤمن، وإثراءً للمسئول، وهناك علاقة سببية بين الأمرين، حيث كان افتقار المؤمن سبباً لإثراء الغير المسئول، ولذلك فقد قرر القانون للمؤمن دعوى يرجع بها على المسئول ليسترد منه ما حصل له من افتقار بسبب الوفاء بما عليه من دين. وهذه الدعوى تنقيد بالقدر الذي قام المؤمن بالوفاء به (قدر الافتقار الذي حصل له)^(٢). ولذلك فهي لا تخل بحق المضرور في الرجوع بدعوى أخرى شخصية على المسئول للمطالبة بما يجاوز مبلغ التأمين الذي دفعه له المؤمن.

٧٤- أما في القانون القطري فإن المؤمن يلتزم - بمقتضى نص المادة ٨٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور- " بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الأضرار المادية والجسمانية الناتجة عن حواث المركبة، إذا وقعت داخل حدود الدولة"، بما يعني أن كل ضرر ينشأ عن حوادث المركبة يغطيه التأمين، ولو وقع بخطأ شخصي من الغير (أي غير المؤمن له ومن صرح له بقيادة السيارة). ولكن لم يرد في اللائحة نص مماثل لنص المادة (١٧) من قانون التأمين الاجباري المصري يقرر حق المؤمن في

١ - إذ لو كان الأمر متروكاً لآليات عقد التأمين، لأمكن للمؤمن ان يتمسك بالطابع الشخصي لتأمين المسئولية، الذي يغطي فقط الضرر الذي يصيب الغير بفعل المؤمن له ومن يكون هذا الأخير مسئولاً عنه، والغير المسئول ليس واحداً من هؤلاء، وكان الواجب ألا يسأل المؤمن عن خطئه.

٢ - وهو، كما سبق أن ذكرنا، مبلغ أربعين ألف جنيه في حالة الوفاة أو العجز الكلي المستديم، وفي حالة العجز الجزئي المستديم يحدد مقدار مبلغ التأمين بمقدار نسبة العجز، كما يحدد مبلغ التأمين عن الأضرار التي تلحق بممتلكات الغير بحد أقصى قدره عشرة آلاف جنيه (راجع المادة ٨ من قانون التأمين الاجباري).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الرجوع على الغير المسئول عن الحادث. ورغم ذلك فإن هذا الرجوع لا يثير في نظرنا أدنى شبهة. ولكن السؤال يثور حول الأساس القانوني الذي يبني عليه.
-٧٥- ونحن نرى أنه يمكن اسناد هذا الحق الى أحد أساسين :

الأول مستمد من القواعد العامة في الحلول عقب الوفاء (م ٣٥٧ مدني) التي تنص على أنه " إذا قام بالوفاء شخص غير المدين، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه في الحالات الآتية : ١- إذا كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين، أو ملزماً بوفائه عنه.. " والملزم بالدين مع المدين هو المدين المتضامن، أما الملزم بالدين عن المدين فهو الكفيل، فهل يمكن تطبيق هذا على المؤمن ؟.

الواقع أننا لو تمسكنا بحرفية النص المذكور لتعذر على المؤمن الاستناد إليه للرجوع على الغير المسئول. فالنص يتطلب أن يكون الموفي شخصاً غير المدين ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بالدين عنه، وهذه ليست حالة المؤمن. فإذا سرق شخص سيارة المؤمن له أو استولى عليها عنوة، وارتكب بها حادثاً ثبتت مسؤوليته عنه مدنياً، فإنه يكون ملتزماً بتعويض المضرور إعمالاً للقواعد العامة في المسؤولية التقصيرية، وفي الوقت نفسه يكون المؤمن ملتزماً بتعويض المضرور تنفيذاً لعقد التأمين الذي أبرمه مع المؤمن له ^(١)، فالمؤمن عندما يفي فهو يفي بدين عليه حمله به القانون، هذا الدين وإن اتفق في محله مع دين المسئول، فهو يختلف عنه في المصدر، وكان المفروض أن يؤدي هذا الاختلاف الى عدم إمكان رجوع المؤمن على الغير استناداً للقواعد العامة في الحلول. لكن نظرية الحلول القانوني لحقها تطور أدى الى الاكتفاء في تطبيقها باتحاد الدينين في المحل وإن اختلفا في المصدر ^(٢).

١ - وتنفيذاً كذلك لنصوص القانون الخاصة بالتأمين الإجباري من المسؤولية عن حوادث السيارات الواردة في اللائحة التنفيذية لقانون المرور.

٢ - أنظر عرضاً مفصلاً لتطور القضاء الفرنسي في هذه المسألة لدى إبراهيم الدسوقي أبو الليل، التزام المؤمن بالتعويض ورجوعه.. فقرة ١٨ وما بعدها.

وفي حالتنا، فإن المؤمن والغير المسئول يلتزمان بنفس الدين، وهو التعويض الواجب للمضروب، ولكن مصدر التزاميهما مختلف، ولذلك فإنهما يسألان عن دين التعويض على وجه التضام *in-solidum* بحيث يكون لمن أوفي منهما (وهو المؤمن) الرجوع على الطرف الآخر (الغير المسئول) بما أوفاه. فالمؤمن - في عبارة موجزة - يقوم بدور الكفيل للغير المسئول، تحقيقاً لمصلحة المضروب.

٧٦- وقد أجازت محكمة التمييز الكويتية استناد المؤمن للقواعد العامة في الحلول القانوني للرجوع على الغير المسئول، في ظل تنظيم تشريعي للتأمين الإجباري من المسئولية عن حوادث السيارات لا يتضمن - شأنه في ذلك شأن التنظيم التشريعي في القانون القطري - نصاً يقرر للمؤمن الحق في الرجوع على الغير المسئول عن الحادث بعد سداد التعويض للمضروب^(١).

فقضت محكمة التمييز الكويتية^(٢) بأنه " طبقاً للقاعدة العامة في الحلول القانوني التي نصت عليها المادة (٣٩٣/أ) من القانون المدني يحل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه منه إذا كان الموفي ملتزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه. والتزام المؤمن في التأمين الإجباري من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات والذي نصت عليه اللائحة التنفيذية لقانون المرور - إنما هو التزام بتعويض المضروب أساسه عقد التأمين، وهو نفسه التزام الغير المسئول عن إحداث الضرر وإن كان مصدره الفعل الضار، بما يعني أن كلاً من المؤمن والغير المسئول عن الحادث ملزم بالدين نفسه، وإن اختلف مصدر التزام كل منهما، ومن ثم تتضام ذمتهما في الوفاء بهذا الدين، بحيث يكون وفاء المؤمن بتعويض المضروب وفاءً في ذات الوقت بدين الغير المسئول، فيحل المؤمن محل المضروب حلاً قانونياً قبل هذا الغير، شأنه في ذلك شأن المدين المتضامن، ذلك أنه إذا كان التضامن بين المدينين قوامه وحدة المحل وتعدد واستقلال الروابط، بحيث يعتبر الدين واحداً رغم هذا التعدد، فكذلك الشأن بالنسبة

١ - راجع اللائحة التنفيذية لقانون المرور الصادرة بقرار وزير الداخلية رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦م، المواد ٦٣، ٨٤ التي نظمت التأمين الإجباري من المسئولية المدنية الناشئة عن حوادث المركبات.

٢ - محكمة الاستئناف العليا، دائرة التمييز تجاري (١) بتاريخ ١٩٨٨/٣/٣٠م، حكم غير منشور، أورده بنصه، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، فقرة ٢٧، ص ٤١ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

للتضام بين المدينين، حيث يكون التزام كل منهم هو نفسه التزام الآخرين، غاية الأمر أنه في التضامن يكون الالتزام موحد المصدر، بينما في التضام يتعدد مصدر الالتزام مع بقاء محله واحداً، وهذا التعدد في المصدر لا ينفى أن المدين المتضام إذا وفي الدائن بدينه فهو إنما يوفي دين غيره من المدينين المتضامين، فلا فرق في هذه الناحية والتي تتعلق بالحلول القانوني بين دين تضامني ودين تضامني، ولم تشترط المادة (٣٩٤) سالفه الذكر التي أوردت المبدأ العام في الحلول القانوني أن يكون الموفي ملزماً بالدين بموجب المصدر نفسه الذي التزم به المدين، أو أن تكون هناك رابطة بينهما، وإنما اشترطت فقط أن يكون الموفي ملزماً بالدين معه، أو ملزماً بوفائه عنه، وإذا كان المؤمن يعتبر مديناً بالنسبة لصاحب الحق في التأمين وهو المؤمن له أو المضرور، فإنه يعتبر بالنسبة للغير المسئول عن إحداث الضرر مجرد ضامن أو كفيل، فهذا الغير هو المدين الأصلي والحقيقي، فهو الذي يتحمل الدين كله، فيكون للمؤمن الذي وفي هذا الدين للمضرور الحلول محله حلاً قانونياً، فيرجع على المسئول بكل ما وفاه من تعويض، والقول بغير ذلك يعني أن يتخلص المتسبب في الحادث من المسؤولية المدنية إطلافاً في الحالة التي يتعذر فيها إبرام حلول اتفاقي أو الحصول على حوالة حق .

وقضت المحكمة في حكم أحدث^(١) بأنه "من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن دعوى المؤمن على الغير المسئول عن الضرر بما أوفاه من تعويض للمضرور تقوم في أساسها على حلول المؤمن محل المضرور في الرجوع على المسئول حلاً قانونياً مستنداً إلى نص المادتين ٣٩٤-٣٩٦ من القانون المدني أو بمقتضى حوالة الحق التي تصدر له من المضرور، وكان مؤدي نص المادة ٣٩٤/أ من القانون المدني وعلى ما هو مقرر - في قضاء هذه المحكمة - أنه لمن قام بوفاء الدين الحلول محل الدائن الذي استوفى حقه متى كان الموفي ملزماً بالدين مع المدين أو ملزماً بوفائه عنه، وفي حالة التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية الناشئة عن حوادث السيارات فإن المؤمن والغير مسئول عن الحادث يلتزمان بذات الدين وإن اختلف مصدر التزام كل منهما، فمصدر

١ - تمييز الأحكام المدنية والتجارية - الطعن رقم ١٥٨٠ لسنة ٢٠٠٨ قضائية، جلسة ٢٠٠٩/١١/١٢

http://www.eastlaws.com/Printer.aspxR=١٨١-٣٣٩٦٢٣

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التزام المؤمن هو عقد التأمين، بينما مصدر التزام الغير المسئول عن إحداه الضرار هو الفعل الضار، وبذلك تتضام ذماتهما في الوفاء بهذا الدين بحيث يكون وفاء المؤمن بتعويض المضرور وفاء في ذات الوقت بدين الغير المسئول عن الضرار، فيحل المؤمن محل المضرور، حلوياً قانونياً قبل ذلك الغير ويرجع عليه بما وفاء من تعويض- لما كان ذلك، وكان الثابت من الأوراق أن الطاعن- المسئول عن الضرار- قاد السيارة المملوكة للمطعون ضدها الثانية والمؤمن عليها لدى شركة..... المطعون ضدها الأولى- وتسبب في إصابة المجنى عليه... وقضى نهائياً بإدانته في الجنحة رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢ مرور النويصيب لمخالفته قواعد المرور- ومن ثم فإنه يكون ملزماً مع الشركة المطعون ضدها الأولى..... بتعويض الضرار الناشئ عن خطئه التقصيري الثابت بحقة بموجب الحكم الجزائي سالف الذكر، ويكون من حق الأخيرة بعد أن قامت بسداد التعويض للمضرور- على سند من وثيقة التأمين - الحلول على الطاعن بما أدته من تعويض له. وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وقضى بتأييد حكم محكمة أول درجة القاضي بإلزام الطاعن والمطعون ضدها الثانية بالتضام تجاه الشركة المطعون ضدها الأولى بالمبلغ المقضي به فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون".

٧٧- أما الثاني: فيستند الى قواعد الإثراء بلا سبب (م ٢٢٠ مدني قطري) فإذا سلمنا بأن دين التعويض - عند حصول الحادث بخطأ الغير المسئول - إنما يتقل ذمة هذا الأخير الشخصية، وأن المؤمن عندما يتدخل لوفاء هذا الدين فإنه يفي بدين على غيره، تحقيقاً لمصلحة المضرور، فإن هذا يعني أن وفاء الدين يؤدي الى افتقار المؤمن لصالح الغير المسئول، ومن ثم يلتزم هذا الأخير في حدود ما أثرى به بتعويض الأول (المؤمن) عما لحقه من خسارة.

ويتعين هنا أن نشير إلى أمرين :

الأول: أن وجود نص يلزم المؤمن بتعويض المضرور ولو كان الحادث راجعاً الى فعل شخص أجنبي لا يعني أن يكون لإثراء هذا الأخير على حساب المؤمن سبب

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

مشروع. فالمؤمن - كما سبق أن ذكرنا - يسدد ديناً على غيره، فهو يلعب دور الكفيل أو الضامن لصالح المضرور، مع احتفاظه بالحق في الرجوع على المدين الأصلي، وهو الغير المسئول. والقول بغير ذلك يسمح للمسئول عن الحادث بأن يفلت من المسؤولية لمجرد وجود عقد تأمين لا صلة له به.

الثاني: أن الغير المسئول سيرد للمؤمن القدر الذي أثرى به (وهو دين التعويض الذي دفعه المؤمن لحسابه)، وهو يعادل قدر الافتقار الذي لحق المؤمن، وهو مقدار التعويض المحكوم به. إذ المادة ٨٩ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور تقضي بأن " يكون التزام المؤمن عن قيمة ما يحكم به من تعويض مهما بلغت هذه القيمة، " فقيمة الإثراء لا تختلف في فرضنا عن قيمة الافتقار، لأنها تتحدد، في الحالتين، بقيمة ما يحكم به من تعويض للمضرور.

وإذ فرغنا من بيان الأساس القانوني لرجوع المؤمن على كل من المؤمن له والغير المسئول، يبقى أن نتناول الشروط التي يجب توافرها لكي يستطيع المؤمن أن يباشر حقه في الرجوع.

وهو ما نعرض له في المبحث التالي.

المبحث الثاني

شروط رجوع المؤمن على المؤمن له وعلى الغير المسئول

٧٨- قلنا إن المؤمن عند ما يقوم بتعويض المضرور، فإنه يفي بدين يتقل ذمة الغير المسئول، أو يتقل ذمة المؤمن له في الأحوال التي أجاز له القانون فيها الرجوع على هذا الأخير.

ولذلك فإن رجوع المؤمن على الغير المسئول يقتضي ثبوت مسؤولية هذا الأخير عن الحادث، والتزامه من ثم بدفع التعويض.

أما إذا أراد المؤمن الرجوع على المؤمن له، فإن ذلك يقتضي سقوط حق المؤمن له في التأمين، ويتحقق ذلك إذا توافرت حالة من حالات الرجوع التي قررها القانون.

وسواء أراد المؤمن الرجوع على المؤمن له أو على الغير المسئول فإن ذلك يتطلب سبق وفائه بالتعويض للمضرور.

وثمة سؤال أثير في الفقه عما إذا كان حق المؤمن في الرجوع يتقيد بالنسبة لبعض الأشخاص الذين تربطهم صلة معينة بالمؤمن له.

وسنعالج فيما يلي، هذه المسائل تباعاً.

المطلب الأول

ثبوت مسئولية الغير أو سقوط حق المؤمن له في التأمين

٧٩- وعلى ذلك فإن هذا الشرط يواجه مرة وضع الغير المسئول، ومرة وضع المؤمن له، فيما يتعلق برجوع المؤمن على أحدهما أو على الآخر.

أولاً : ثبوت مسئولية الغير عن الضرر:

٨٠- فرجوع المؤمن على الغير المسئول عن الحادث يكون بما للمضرور من حقوق تجاه هذا الغير، الأمر الذي يستوجب ثبوت مسئوليته عن الضرر الذي قام المؤمن بتعويضه، وإلا لما نشأت للمضرور دعوى يحل فيها المؤمن محله^(١)، ولما أمكن للمؤمن أن يدعي أنه افتقر لحساب الغير المسئول.

فإذا ثبتت مسئولية الغير عن الضرر، فلا يهم نوع هذه المسئولية، وما إذا كانت عقدية أو تقصيرية، ولا يهم الأساس الذي تقوم عليه، وما إذا كان الخطأ (ثابتاً كان أو مفترضاً) أو فعل الغير، أو فعل الأشياء، والذي يهم هو أن تنسب إليه المسئولية، وأن يكون ملتزماً بالتعويض تجاه المضرور^(٢).

ونظراً لأن المؤمن سيرجع على الغير المسئول بدعوى المضرور التي يحل فيها محل هذا الأخير، فإنه يجب أن تظل هذه الدعوى قائمة الى حين مباشرة المؤمن رجوعه على هذا الغير. فإذا كانت الدعوى قد انقضت بالتقادم، أو سقطت لإبراء المضرور المسئول من دين التعويض مثلاً، فإن رجوع المؤمن على الغير المسئول سيكون متعذراً. ومع ذلك فإن المؤمن لا يمكنه أن يتمسك بهذا الدفع في مواجهة

^١ - قرب في نفس المعنى، ابراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، فقرة ٤٢.

^٢ - انظر سعيد سعد عبد السلام، حقوق المضرور في قانون التأمين الاجباري للسيارات، ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م، دار النهضة العربية ٢٠٠٨م، ص ٧١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المضرور للتخلص من التزامه بتعويضه، إلا إذا كان تعذر رجوع المؤمن يرجع الى خطأ المضرور نفسه، الذي تصالح مع الغير المسئول أو امتنع عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لإثبات مسئوليته عن الحادث.

ويلاحظ أن رجوع المؤمن على الغير المسئول يتطلب فقط قيام مسئولية هذا الغير عن الحادث، ومن ثم التزامه بالتعويض. فلا يتطلب الأمر أن يكون خطأ الغير من الأخطاء الجسيمة التي أجاز المشرع استناد المؤمن إليها لمباشرة الرجوع ضد المؤمن له.

ثانياً : ثبوت إحدى حالات الرجوع ضد المؤمن له :

٨١- فالمؤمن لا يمكنه مباشرة حقه في الرجوع ضد المؤمن له لمجرد ارتكابه خطأ أدى الى وقوع الحادث، إذ الغاية الأساسية من التأمين الإجباري هي تغطية خطأ المؤمن له الذي أدى الى الحاق الضرر بالغير، ولو أجاز للمؤمن الرجوع على المؤمن له في كل حالة يرتكب فيها الأخير خطأ لما كان ثمة قيمة للتأمين، ولأصبح التزام المؤمن له بدفع أقساط التأمين غير مستند إلى أي سبب.

ولهذا السبب فقد قصر المشرع رجوع المؤمن على المؤمن له على حالة ارتكاب هذا الأخير أو من صرح له بقيادة المركبة خطأ يتسم بالجسامة، ويقع ضمن الأخطاء التي حددها المشرع على سبيل الحصر. وتتنصر هذه الحالات التي سبق لنا عرضها تفصيلاً، في حالات الاستبعاد القانوني أو الاتفاقي للخطر، وحالات سقوط حق المؤمن له في التغطية التأمينية، مع ملاحظة أن حق المؤمن في الرجوع يقتصر، في حالات السقوط، على قدر الضرر الذي لحقه بسبب خطأ المؤمن له.

وعلى الرغم من عدم وجود نص يؤكد ضرورة وجود علاقة سببية بين حالة الرجوع التي يستند إليها المؤمن وبين الضرر الذي أصاب الغير، فإننا نرى ضرورة توافر هذه العلاقة. فلا يكفي مثلاً أن يقود المؤمن له السيارة دون رخصة قيادة (بسبب عدم تجديد الرخصة أو سحبها) أو أن يحمل المركبة وزناً أو عدداً يفوق المسموح به

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

في رخصة تسييرها، بل يجب أن يكون لهذه المخالفة أو تلك دور في وقوع الحادث، بحيث ترتبط به برابطة سببية مباشرة.

وأخيراً فإنه يلاحظ ان المشرع أجاز للمؤمن الرجوع على المؤمن له متى توافرت حالة من الحالات التي ورد النص عليها، دون أن يفرق بين ما إذا كان إخلال المؤمن له بالتزاماته قد تم بحسن نية أو بسوء نية. فإذا ارتكب المؤمن له الحادث وهوتحت تأثير مادة مخدرة، فإن ذلك يعطي المؤمن حق الرجوع عليه بقطع النظر عما إذا كان قد تناول هذه المادة بغرض التعاطي أو للتداوي من مرض، وإذا رخص المؤمن للغير بقيادة المركبة فيكفي، لثبوت حق المؤمن في الرجوع عليه، أن يكون عالماً بأن هذا الغير لا يحمل رخصة قيادة، حتى لو كان يأمل أن ما لديه من معرفة بفنون القيادة سوف يحول دون وقوع الحادث^(١). بل إنه حتى في حالة خطأ المؤمن له العمدي الذي يجيز للمؤمن الرجوع عليه، فإنه يكفي أن يكون هذا الأخير قد أراد الفعل وتوقع النتيجة، فلا يشترط إذن أن يكون المؤمن له قد أراد إيقاع الضرر بالغير وتحميل المؤمن عبء تعويضه.

المطلب الثاني

وفاء المؤمن بالتعويض للمضرور

٨٢- لا يستطيع المؤمن أن يباشر رجوعه ضد المؤمن له أو ضد الغير المسئول عن الضرر إلا إذا كان قد أدى التعويض للمضرور فعلاً. ونصوص القانون المصري (رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م) واضحة في هذا المعنى، فالمادة ١٨ تقضي بأنه "يجوز لشركة التأمين أن ترجع على المؤمن بقيمة ما تكون قد أدته من تعويض إذا ثبت..". وقبلها تنص المادة ١٧ على أن " لشركة التأمين إذا أدت مبلغ التأمين في

١- كان يكون الغير مؤهلاً فنياً للقيادة لأنه يحمل رخصة تم سحبها أو انتهت ولم يتم تجديدها، أو أنه اعتاد القيادة دون أن يكون حاصلًا على رخصة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

حالة قيام المسؤولية المدنية قبل غير المؤمن له أو على غير المصرح له بقيادة المركبة، أن ترجع على المسئول عن الأضرار لاسترداد ما تكون قد أدته من تعويض"، ففي النصين واضح من صيغة الماضي التي استخدمها المشرع بالنسبة لأداء المؤمن للتعويض؛ أن سبق الأداء شرط يجب استيفاءه من قبل المؤمن حتى يمكنه مباشرة حقه في الرجوع.

ويجد هذا الشرط أساسه في طبيعة دعوى الرجوع التي يباشرها المؤمن. فإذا نظرنا لرجوع المؤمن على أنه حلول محل المضرور، فإن المؤمن لكي يحل محل الدائن المضرور في دعواه ضد المدين يجب أن يكون قد أوفى هذا الدائن حقه، فالحلول هو حلول إثر الوفاء.

وإذا نظرنا لدعوى الرجوع على أنها دعوى إثراء بلا سبب، فلا بد لمباشرتها من افتقار المؤمن وإثراء المسئول (المؤمن له أو الغير) وهو ما لا يتحقق إلا بأداء التعويض من جانب المؤمن، إضافة الى ذلك، فإن المؤمن سيرجع على المسئول بقدر ما أوفى، ولا يتسنى معرفة هذا القدر إلا إذا تم الوفاء به فعلاً^(١).

ويجب أن يكون وفاء المؤمن بالتعويض قد تم لجبر الضرر الذي يخطئه التأمين الإجباري من المسؤولية. فإذا لم يكن الضرر الذي لحق المضرور هو عينه الضرر المؤمن منه والذي يلتزم المؤمن بتعويضه بمقتضى عقد التأمين، ومع ذلك عوض المؤمن المضرور، فإنه (المؤمن) لا يستطيع الرجوع على المؤمن له أو على الغير المسئول لاسترداد ما أداه^(٢).

١ - على أن ذلك لا يعني ان التعويض الذي يؤديه المؤمن يجب أن يكون نقدياً، فإذا كانت النقود هي الشكل المعتاد في التعويض، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يكون التعويض الذي يؤديه المؤمن عينياً، متمثلاً في قيامه بأصلاح سيارة المضرور، وإعادة الحال الى ما كانت عليه قبل الحادث.

٢ - انظر، أبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، فقرة ٤٣، ص ٦٩.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٨٣- لكن هل يشترط، حتى يمكن للمؤمن أن يباشر حقه في الرجوع على المؤمن له أو على الغير المسئول، أن يكون قد أوفي التعويض بناءً على حكم قضائي صادر في مواجهة أحد هذين الشخصين ؟

٨٤- كان الفقه المصري يذهب الى ذلك في ظل قانون التأمين الاجباري الملغي رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥^(١)، أما القانون الحالي (رقم ٧٢ لسنة ٢٠٠٧م)، فقد حدد التعويض بقيمة جزافية، وألزم شركة التأمين بأن تؤدي هذه المبالغ الى المستحق أو ورثته وذلك دون الحاجة الى اللجوء للقضاء في هذا الخصوص- (م ٨ من القانون) وعليه، فإن المضرور يخاطب - بخصوص طلب التعويض شركة التأمين التي يجب عليها أن تصرف مبلغ التأمين في مدة لا تتجاوز شهراً من تاريخ إبلاغها بوقوع الحادث (عجز المادة ٨ من القانون)^(٢)، ولن يكون المضرور مضطراً للجوء الى القضاء إلا إذا نازعه المؤمن في ثبوت مسؤولية قائد السيارة عن الحادث، حيث يحتاج الى حكم قضائي لإثبات هذه المسؤولية، فإذا حصل على الحكم، فسوف يعرضه المؤمن وفقاً للقيم المحددة في المادة (٨) من القانون^(٣).

٨٥- أما في القانون القطري، فتتص المادة ٩٨ من اللائحة التنفيذية لقانون المرور على أنه " ويكون التزام المؤمن عن قيمة ما يحكم به من تعويض مهما بلغت هذه القيمة" وبذلك فإن المؤمن لا يمكنه أن يباشر حقه في الرجوع إلا إذا دفع مبلغ

١ - حيث كانت المادة الخامسة من هذا القانون تنص على أنه : ويكون التزام المؤمن بقيمة ما يمكن به قضائياً من تعويض مهما بلغت قيمته ويؤدي المؤمن مبلغ التعويض الى صاحب الحق فيه .

انظر في اشتراط هذا الشرط، سعد واصف، شرح قانون التأمين الاجباري، مرجع سبق ذكره، ص ١٥٣، وانظر في عدم قبول دعوى المضرور بالتعويض ضد المؤمن ما دام قد صدر حكم نهائي بعدم مسؤولية سائق هيئة النقل العام عن الحادث (تقضى مدني ١٩٧٧/٢/١٥م، الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٤٣ ق، مجموعة أحكام النقض السنة ٢٨، ص ٢٦٣).

٢ - وقد نص المشرع - في المادة ٢١ من القانون - على أنه " مع عدم الاخلال بأية عقوبة أشد منصوص عليها في قانون آخر، يعاقب بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه كل من يخالف أياً من أحكام المواد،، الفقرة الأخيرة من المادة (٨) من هذا القانون، وتتعدّد المسؤولية الجنائية على الشخص الاعتباري إذا ثبتت المخالفة في حقه "

والالتزام بالتعويض المباشر للمضرور يجب احترامه وإلا وقع المخالف (شركة التأمين) تحت طائلة المسؤولية الجنائية، وفقاً للنص سالف الإشارة.

٣ - ويحتاج المضرور الى حكم قضائي أيضاً إذا اراد الحصول على تعويض يجاوز مبلغ التأمين الذي تحدده المادة (٨) من القانون، حيث يجب عليه عند إذن اتخاذ الاجراءات القضائية قبل المتسبب في الحادث والمسئول عن الحقوق المدنية، لكن هذا الحكم لا يعني في سياق البحث، لأن المبلغ المحكوم به لا يغطي التأمين، ومن ثم لا يؤثر بشأنه حديث عن حق المؤمن في مباشرة الرجوع.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التعويض الى المضرور بمقتضى حكم قضائي. وهذا يسهل تعليقه، لأن مسؤولية المؤمن عما لحق الغير من ضرر لا تثبت إلا بثبوت مسؤولية المؤمن له أو الغير المسئول عن هذا الضرر، فمسئولية المؤمن معلقة على ثبوت مسؤولية قائد المركبة عن الضرر المدعى به^(١). ولذلك فقد نصت المادة ٩٤ من نفس اللائحة على أنه "لا تكون التسوية ملزمة لشركة التأمين إذا اتفق المؤمن له والمضرور على التعويض عن طريق التسوية دون موافقة شركة التأمين المؤمن لديها"^(٢)، فهذه التسوية تتضمن تحديداً للتعويض تم بعيداً عن ساحة القضاء، أي دون حكم قضائي، فهي تعد عقد صلح بين المسئول والمضرور يخضع لمبدأ نسبية أثر العقد، فلا يكون له حجة إلا على طرفيه ومن يمثلانها، ولا تمتد حجتيه الى المؤمن إلا إذا صار - بالموافقة - طرفاً في العقد^(٣).

على أن عدم الحصول على موافقة المؤمن على التسوية لا يعني بطلانها، أو أنها تؤدي الى سقوط حق المؤمن له في الضمان، وبالتالي جواز رجوع المؤمن عليه، وإنما يبقي حقه في الضمان قائماً، ويجوز له أن يثبت تحقق مسؤوليته عن الضرر الذي عرضه المؤمن، ومن ثم التزام هذا الأخير بأداء التعويض للمضرور^(٤)، هذا الإثبات سيتم بالضرورة في إطار دعوى قضائية يرفعها المؤمن للرجوع على المؤمن له بما أداه من تعويض^(٥)، عندئذ يمكن للمؤمن له أن يدفع دعوى الرجوع كلياً بإثبات أنه المسئول الوحيد عن الحادث، أو جزئياً بإثبات أن خطأه قد أسهم في وقوع الحادث، ومن ثم في إلحاق الضرر بالغير.

١ - انظر محمد أحمد البديرات، البحث سالف الإشارة، ص ٢١٨.

٢ - وصياغة هذه النص، تبدو لنا ركيكة لما تنطوي عليه من تكرار لا حاجة إليه، فقد كان بإمكان المشرع أن يصوغ النص على الوجه الآتي، " لا يحتج على شركة التأمين بالتسوية التي يتفق بمقتضاها المؤمن له والمضرور على تحديد مبلغ التعويض، ما لم تكن الشركة قد وافقت عليها "

٣ - ويلاحظ أن الوثيقة النموذجية للتأمين الاجباري للمركبات الميكانيكية (ملحق ٢ لللائحة التنفيذية) تقضي بأنه " لا يجوز للمؤمن له أن يلتزم بأي اجراء أو وعد يترتب على اعترافه بالمسئولية عن الحادث قبل حصوله على موافقة خطية من الشركة المؤمن لديها " وتعبير " وعد " يشمل الوعد بالتعويض بناء على تسوية بين الطرفين فمثل هذا الوعد لا يلزم شركة التأمين إلا إذا حصل المؤمن له على موافقة الشركة الكتابية عليه.

٤ - ابراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، فقرة ١٥٥، ص ٢٥٢ - ٢٥٣.

٥ - فرغم أن التسوية لم تتم بموافقة المؤمن، إلا أن ذلك لا يصلح دفعا يرد به المؤمن دعوى المضرور للمطالبة بالتعويض، ومن ثم فهو (المؤمن) سيعوض المضرور وفق التسوية التي تمت، ثم يباشر رجوعه على المؤمن له. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٨٦- على أن ما يثير الاستغراب في القانون القطري هو نص المادة ١٠٥ من اللائحة التنفيذية الذي يقضي بأنه " يجب على المؤمن الوفاء بالتزامه بدفع التعويض النقدي أو اصلاح الضرر، بحسب الأحوال، "وذلك خلال عشرة أيام على الأكثر من تاريخ إبلاغه بتقرير الشرطة عن الحادث" (م ٨٩)، فإذا كان المؤمن يلتزم بقيمة " ما يحكم به من تعويض"، فكيف يتسنى له معرفة هذه القيمة قبل صدور الحكم الذي يتطلب صدوره عدة شهور وأحياناً عدة سنوات.

على أن هذا الاستغراب يتبدد إذا فسرنا نص المادة ٨٩ على أن المراد فيها هو تعويض الأضرار الجسدية، في حين أن التعويض المشار إليه في المادة ١٠٥ هو تعويض الخسائر المادية التي تلحق المركبات. دليل ذلك أن المشرع في المادة ٨٩ يقول "ويكون التزام المؤمن عن قيمة ما يحكم به من تعويض مهما بلغت هذه القيمة، وتشمل الوفاة والأضرار الجسمانية أو إصابة بدنية أخرى". فالواضح أن تعويض هذه الإصابات البدنية يتطلب حكماً قضائياً يتعين انتظار صدوره. أما المادة ١٠٥ التي تلزم المؤمن بدفع التعويض النقدي أو إصلاح الضرر (التعويض العيني) فواضح أنها تتعلق بالخسائر المادية التي تلحق المركبات أو الممتلكات، وهذه يجب على المؤمن تعويضها خلال عشرة أيام من تاريخ إبلاغه بتقرير الشرطة عن الحادث، ودون حاجة لانتظار صدور حكم قضائي. وإن كان هذا التفسير الذي يعتمد على استقراء ما يجري عليه العمل، يحتاج - مع ذلك- إلى تدخل تشريعي لإيجاد نوع من التنسيق بين النصين^(١).

والواقع عملاً أن شركات التأمين لا تخف لدفع التعويض إلا إذا ثبتت مسؤولية قائد المركبة (المؤمن له أو غير المسئول) عن الحادث بمقتضى حكم قضائي بات، إما رغبة في إطالة أمد التقاضي على المضرور عليه يقبل تسوية ودية معها وفق شروطها، وإما على أمل استثمار مبلغ التعويض والحصول على عائدته لأطول فترة ممكنة. فكيف

^١ - وفقاً للمادة ٩٩ من اللائحة، فإن هناك محضر تحقيق يجب إعداد عن الحادث، ويجب على المحقق اخطار المؤمن بالحادث خلال سبعة أيام من تاريخ وقوعه. فهل تبدأ من هذا الإخطار مدة العشرة أيام التي يجب أن يقوم المؤمن بأداء التعويض خلالها؟ يبدو أن ثمة لبس في المسألة يحتاج إلى تدخل من قبل المشرع، لإزالة هذا التناقض بين النصين أيضاً. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

يمكن في ظل هذا الواقع أن تصور قيام المؤمن بتعويض المضرور ربما حتى قبل أن تكون الدعوى قد نظرت من جانب المحكمة.

المطلب الثالث

مدى جواز الرجوع على أقارب المؤمن له وأصهاره ومن يسأل عنهم

٨٧- قد يحدث أن يكون الشخص الذي ارتكب الحادث قريباً أو صهراً للمؤمن له، كما لو كان أحد أبنائه أو زوجته، أو يكون شخصاً يسأل عنه المؤمن له كأحد تابعيه أو أحد المشمولين برقابته^(١).

فإذا ارتكب أحد هؤلاء الأشخاص الحادث الذي ألحق بالغير ضرراً، فإن السؤال يثور عما إذا كان المؤمن يمكنه - بعد أن يقوم بتعويض المضرور - أن يباشر رجوعاً على مرتكب الحادث، استناداً إلى نص المادة ١٧ من قانون التأمين الإجباري المصري (٧٢ لسنة ٢٠٠٧، وإلى القواعد العامة في الوفاء مع الحلول في القانون القطري)

ومرد هذا التساؤل هو وجود نص عام في القانون المدني (م ٧٧١ من القانون المدني المصري، م ١/٧٩٣ من القانون المدني القطري) يمنع حلول المؤمن بما دفعه من تعويض في الدعاوى التي تكون للمؤمن له قبل من تسبب في تحقيق الخطر متى كان هذا الشخص قريباً أو صهراً للمؤمن له ممن يكونون معه في معيشة واحدة، أو شخصاً يكون المؤمن له مسؤولاً عن أعماله. فإذا كان أحد هؤلاء الأشخاص قاد السيارة، دون موافقة المؤمن له الصريحة أو الضمنية، وارتكب الحادث، فهل يمتنع على شركة التأمين أن تعتبره من الغير المسؤول، ومن ثم يحظر عليها أن ترجع عليه تطبيقاً لنص المادة ٧٧١ مدني مصري، ١/٧٩٣ مدني قطري؟

^١ - فإن كان مرتكب الحادث تابعاً للمؤمن له أو أحد المشمولين برقابته، فإن المؤمن له يكون مسؤولاً عن فعله. أما إذا كان زوجاً أو ابناً، فإن المؤمن له لا يسأل عن فعله إلا إذا كان يتولى رقبته.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

يجب أن يستبعد من حق الرجوع الأشخاص الذين يسأل عنهم المؤمن له. فالتأمين يجب أن يغطي المسؤولية المدنية للمؤمن له، سواء أكانت عقديّة أو تقصيرية، وسواء أكانت مسئولية عن الخطأ الشخصي أو مسئولية عن فعل الغير. ومن ثم يكون للمؤمن له أن يرجع على المؤمن لمطالبته بتعويض المضرور عما لحقه من ضرر من جراء الخطأ الذي ارتكبه التابع أو المشمول بالرقابة، وأدى إلى إحداث الضرر بالغير^(١).

لكن القانون منع ذلك رجوع المؤمن على أقارب المؤمن له وأصهاره الذين يكونون معه في معيشة واحدة. وتشمل هذه الطائفة كل أقارب المؤمن له، أيّاً كانت درجة القرابة، يستوي في ذلك القرابة المباشرة وغير المباشرة.

وعليه يتمتع رجوع المؤمن الرجوع على أصول المؤمن له (كالأب أو الأم) وعلى فروعه كالابن وابن الابن. كما يتمتع الرجوع على الأقارب قرابة نسب غير مباشرة كالأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة وابنائهم. في ايجاز، فإن أي قرابة - سواء بعدت درجاتها أم قربت - تمنع رجوع المؤمن، طالما تحقق الشرط الذي تطلبه المشرع، وهو أن يكون القريب مرتكب الحادث مقيماً مع المؤمن له في معيشة واحدة.

ويمتنع أيضاً رجوع المؤمن على أصهار المؤمن له، أيّاً كانت درجة المصاهرة، طالما كان هؤلاء يقيمون مع المؤمن له في معيشة واحدة.

وعليه فإن رجوع المؤمن على مرتكب الحادث يتمتع إذا تحقق شرطان: وجود قرابة أو مصاهرة أيّاً كانت درجاتها بين مرتكب الحادث وبين المؤمن له من ناحية، والاشتراك في الإقامة من ناحية أخرى. ولذلك فإنه إذا وجدت القرابة أو المصاهرة، ولو قربت

^١ - وعله امتناع رجوع المؤمن على الأشخاص الذين يسأل عنهم المؤمن له هو أن هذا الرجوع يمثل، في الغالب رجوعاً على المؤمن له نفسه، فنظراً لأنه مسئول عنهم فإنه سيتكفل بما يرجع به المؤمن عليهم، بحيث يكون الرجوع عليهم كأنه رجوع على المؤمن له نفسه، فتتعد بذلك قيمة التأمين. والعلة ذاتها تمنع رجوع المؤمن على المؤمن له شخصياً إذا لم يتمكن، بسبب اعسار المسئول، أن يرجع عليه بشيء.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

درجتها، ولم يكن القريب أو الصهر مشتركاً مع المؤمن له في معيشة واحدة، فإن المؤمن يمكنه مباشرة الرجوع عليه^(١).

ويلاحظ أن الاشتراك في المعيشة شرط لا بد من توافره لكي يتمتع رجوع المؤمن على أقارب المؤمن له وأصهاره، ولكنه غير مطلوب لامتناع الرجوع على الأشخاص يسأل عنهم المؤمن له.

ونلاحظ أن تعبير "الأقارب والأصهار" لا يشمل زوج المؤمن له. وهو ما يعني جواز رجوع المؤمن عليه في حالة ارتكابه حادثاً. وهو أمر يعتبر غير منطقي، ويقتضي أن يتدخل المشرع لإضافة زوج المؤمن له إلى الأشخاص الذين يتمتع على المؤمن الرجوع عليهم.

وامتناع الرجوع على طائفتي الأشخاص المذكورين أعلاه يتعلق بالنظام العام، لذلك لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه بين المؤمن والمؤمن له، وإلا وقع مثل هذا الاتفاق باطلاً ولا يعمل به، أيأ كانت صورته أو شكله^(٢).

٨٨- ويذهب البعض إلى أنه في ظل قانون التأمين الإجباري في مصر فإن ما تلتزم به شركة التأمين تجاه المضرور هي مبالغ جزافية حددها القانون، وذلك على عكس الوضع في قطر حيث تلتزم شركة التأمين بما يحكم به من تعويض مهما بلغت قيمته. ولذلك فإنه في القانون القطري سيحصل المضرور على كامل التعويض من شركة التأمين، ولن يكون له رجوع على الغير المسئول. أما في القانون المصري حيث لا تلتزم شركة التأمين إلا بمبلغ يغطي بعض الضرر الذي لحق المصاب، فإن

^١ - امتناع الرجوع على أقارب المؤمن له وأصهاره الذين يكونون معه في معيشة واحدة يبرر بأن هناك أسباباً نفسية واجتماعية تحول بين المؤمن له وبين رفع الدعوى على هؤلاء الأشخاص للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر. فإذا كان المؤمن له لن يرجع، فإن المؤمن أيضاً يجب أن يحرم من الرجوع لأنه لا يرجع بدعوى شخصية، وإنما يرجع بدعوى المؤمن له. فالمشرع بتقييد الرجوع يعتبر أقارب المؤمن له وأصهاره المشتركين معه في معيشة واحدة في حكم المؤمن له نفسه، من حيث امتناع رجوع المؤمن عليهم، بما يمكن معه القول بأن السماح للمؤمن بالرجوع عليهم يعني الرجوع على المؤمن له نفسه، وهو ما لا يجوز (إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص ٧٨).

^٢ - انظر، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، فقرة ٥١، ص ٨١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المضرور له حق الرجوع بالتعويض التكميلي على مالك السيارة نفسه. فإذا فرضنا أن المضرور لحقه ضرر يساوي مائة ألف جنية، استوفى منها أربعين ألفاً من شركة التأمين، فله الحق في مطالبة مالك السيارة بمبلغ ستين ألفاً أخرى لتكملة التعويض المستحق له، فهنا يكون لمالك السيارة دعوى لمطالبة قريبة أو زوجه أو ابنه غير المشمول بالرقابة، بما تسببوا فيه من ضرر له، إذ سيلزم بأن يؤدي إلى المضرور ستين ألفاً. فله إذن دعوى مسئولية حقيقية تجاه من تسبب من هؤلاء في الحادث، محله محل شركة التأمين في دعواه بمبلغ التأمين الذي دفعه للمضرور^(١).

ونحن نعتقد أن المؤمن له هو صاحب دعوى ضد الغير الذي تسبب في الحادث للرجوع بقيمة ما أداه من تعويض تكميلي، بغض النظر عما إذا كان سيباشر هذه الدعوى ضد المسئول أم لا. أما شركة التأمين فقد حرمت بنص القانون من دعوى الرجوع. فلا يجوز لها أن ترجع بما أدته على الغير المسئول، يستوي في ذلك أن يكون ما أدته هو مبلغ التعويض كاملاً (كما في القانون القطري) أو قسط منه حدده المشرع (كما في القانون المصري).

يلاحظ أخيراً أن المشرع الفرنسي قد تعرض للحالة التي يرتكب فيها القريب أو التابع الحادث المؤمن منه، فمنع رجوع المؤمن عليهم. ولكنه عاد وسمح بهذا الرجوع - على سبيل الاستثناء - إذا كان القريب أو التابع قد ارتكب الحادث عمداً^(٢).

ونحن نرى أنه يجدر بالمشرعين المصري والقطري التدخل للأخذ بهذه الاستثناء. حيث لا يعقل - كما سبق أن ذكرنا^(٣) - أن يكون من حق المؤمن أن يرجع على المؤمن له إذا ارتكب الحادث بصورة عمدية، في حيث يتمتع عليه الرجوع إذا كان من تعمد

^١ - انظر، محمد إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص ١٢٤.

^٢ - L'article L ١٢١-١٢-٣ qui dispose que "Par dérogation aux dispositions précédentes, L'assureur n'a aucun recours contre les enfants descendants, ascendants, allies en ligne directe, preposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au Foyer de L'assuré, sauf le cas de malveillance commise par une de ces personnes".

^٣ - انظر أنفاً ما سبق أن قلناه عند الكلام عن رجوع المؤمن على المؤمن له في حالة ارتكاب الحادث بصورة عمدية. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ارتكاب الحادث قريباً أو صهراً للمؤمن له أو أحد تابعيه، مما يؤدي إلى إفلات هذا الأخير من المسؤولية رغم تعمده إحداث الضرر^(١).

الخاتمة

٨٩- يهدف التأمين الإجباري من المسؤولية المدنية عن حوادث المركبات إلى غاية أساسية مؤداها توفير الحماية للمضرور، وذلك بتيسير حصوله على التعويض الذي يجبر ما لحقه من ضرر.

وتحقيقاً لهذه الغاية فقد المشرع جعل هذا النوع من التأمين إجبارياً، ومنع فسخه أو إنهاءه لأي سبب. كما أعطى المضرور دعوى مباشرة لمطالبة المؤمن بالتعويض، وحظر على هذا الأخير التمسك في مواجهة المضرور بأي دفع يتعلق بعقد التأمين أو بشخص من أحدث الضرر. فصار المؤمن ملزماً بتعويض المضرور، سواءً أكان مرتكب الحادث هو المؤمن له أو شخصاً يسأل عنه هذا الأخير، أو شخصاً من الغير لا علاقة للمؤمن له به.

ولكن المشرع رأى، من ناحية أخرى، أن تحميل المؤمن بهذا العبء سيؤدي إلى إفلات المؤمن له من الجزاء مما قد يدفعه إلى استهتار في استعمال المركبة والمحافظة عليها، بما يستتبع الإضرار بأرواح الناس وممتلكاتهم، كما أنه يخل بالتوازن الواجب في عقد التأمين.

^١ - وتجري محكمة النقض الفرنسية على تفسير العمد هنا على أنه اتجاه إرادة المسئول عن الحادث إلى تعمد إلحاق الضرر

v.cass. civ. 1 mars 1985-J-C-P 1985-11-

بيد أن الفقه الفرنسي ينتقد هذا التفسير لسوء النية، لما يؤدي إليه من إتاحة الفرصة للمسئول للإفلات من المسؤولية عن ضرر تعمد إيقاعه- ولذلك فهم يكتفون بأن يكون المسئول قد تعمد ارتكاب الفعل الضار بنية إحداث الضرر، بصرف النظر عما إذا كان المقصود بالإيذاء المؤمن له أو شخصاً غيره (انظر، بيتار وبيسون، المرجع السابق، فقرة ٣٤٦، لامبير فاقر، المرجع السابق، فقرة ٢٤٨).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ولذلك فقد حوّل المشرع المؤمن حق الرجوع على المؤمن له في حالات محددة يكون فيها الحادث قد نشأ عن خطأ جسيم من المؤمن له أو من الشخص الذي رخص في قيادة المركبة. كما حوّل أيضاً حق الرجوع على الغير المسئول عن الحادث والذي لا صلة له بعقد التأمين ولا يجوز أن يستفيد أصلاً من التغطية التأمينية.

ودراسة حق المؤمن في الرجوع على المؤمن له أو على الغير المسئول اقتضت منا أن نفق على حالات الرجوع. وتبين لنا أن هذه الحالات قد وردت على خلاف الأصل العام الذي يوجب على المؤمن - تنفيذاً لعقد التأمين - أن يغطي كل حادث ينتج عن خطأ المؤمن له أو من حوله الحق في قيادة المركبة، طالما أنه لم يكن خطأ عمدياً، ولذلك فإن هذه الحالات قد وردت على سبيل الحصر، فلا يجوز التوسع في تفسيرها أو القياس عليها.

ويستند حق الرجوع من الوجهة القانونية إلى أسس معينة تتمثل إما في اعتبار الرجوع عبارة عن دعوى شخصية محوّلة للمؤمن بمقتضى النصوص التشريعية التي تقرره، وإما في اعتباره تطبيقاً لنظرية الإثراء بلا سبب التي تجيز للمؤمن الذي أوفى دين غيره (المؤمن له أو الغير المسئول) الرجوع على من أثرى على حسابيه دون سبب قانوني لاسترداد ما أثرى به الغير في حدود مالحق ذمته من افتقار. أو باعتباره تطبيقاً للقواعد العامة في الوفاء مع الحلول.

ويخضع رجوع المؤمن لشروط أهمها أن تكون للمضرور دعوى يحل فيها المؤمن محله لمطالبة المؤمن له أو الغير المسئول بما دفع، وأن يكون المؤمن قد أدى التعويض للمضرور فعلاً، وإلا يكون المؤمن ممنوعاً بمقتضى نص في القانون من الرجوع على مرتكب الحادث.

نود أخيراً أن نشير إلى حق الرجوع المقرر للمؤمن ليس من الآليات المعتادة في عقد التأمين، إذ الفرض في هذا العقد أن يلتزم المؤمن مقابل ما يتلقاه من أقساط، بتغطية الحادث الذي نشأ عن خطأ المؤمن له أو من رخص له في قيادة المركبة. ولكن اعتبارات العدالة وضرورات التوازن العقدي هي التي دفعت المشرع إلى تقرير حق مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المؤمن في الرجوع في الأحوال التي يتسم فيها الخطأ بقدر من الجسامة تستوجب الا يتحمل المؤمن عبء تعويض الضرر الناشئ عنه.

فالرجوع يمثل نموذجاً للتدخل التشريعي الذي تمليه اعتبارات العدالة لتحقيق التوازن العقدي.

بحث

أثر الحكم الجزائي على التحقيق الإداري
دراسة مقارنة (فرنسا ، مصر ،
الكويت)

الدكتور / بدر بجاد المطيري

قسم القانون العام - كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة

إذا كان في إخلال الموظف العام بمقتضيات واجباته الوظيفية والخروج عليها ما يجيز للجهة الإدارية معاقبته تأديبياً، إلا أن ذلك مشروطاً بأن يسبقه إجراء تحقيق

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

إداري والذي يعد احد الضمانات التأديبية للموظف العام نظراً لدوره في كشف حقيقة العلاقة بين الموظف والمخالفة المنسوبة إليه، هذا ما أكدته التشريعات الوظيفية عندما قررت بصريح النص عدم جواز توقيع عقوبة تأديبية على الموظف قبل إجراء تحقيق إداري معه.

والتحقيق الإداري هو مجموعة الإجراءات التي تتخذها جهة التحقيق الإداري في مواجهة الموظف العام بهدف الوصول إلى حقيقة الواقعة وتكييفها قانوناً لبيان ما إذا كانت هذه الواقعة تشكل مخالفة للقانون من عدمه وتحديد المسئول عنها من خلال دليل قانوني معتبر^(١).

وقد تشكل الواقعة المنسوبة إلى الموظف العام مخالفة تأديبية فقط، كما قد ينطوي في نفس الوقت على جريمة جزائية الأمر الذي من شأنه إمكانية مساءلته تأديبياً وجزائياً في آن واحد.

وعلى الرغم من أوجه التشابه بين المسئوليتين التأديبية والجزائية، إلا أن الاستقلال يظل قائم بينهما من حيث الطبيعة والأهداف والإجراءات حيث تخضع كل منهما لنظام قانوني مختلف عن الآخر، فالمخالفات التأديبية قوامها مخالفة الموظف العام لواجبات وظيفته ومقتضياتها، ويحكمها نظام الوظيفة العامة، أما الجريمة الجزائية فتقوم بخروج المتهم على القواعد التي تحكم نظام وأمن المجتمع، كما أن إعفاء الموظف من المساءلة الجزائية لا يعني إعفاءه من المساءلة التأديبية، فالموظف يسأل تأديبياً لمخالفته للنصوص التشريعية أو العرف الإداري أو مقتضيات

(١) انظر في تعريف التحقيق الإداري كل من، د. عبد الفتاح عبد البر، الضمانات التأديبية، رسالة دكتوراه، حقوق جامعة القاهرة، طبعة ١٩٧٨، ص ١٠٦؛ د. ثروت محمود عوض، التحقيق الإداري ودور النيابة الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس عام ١٩٩٤، ص ١٩١؛ د. حمد محمد الشلماني، ضمانات التأديب في الوظيفة العامة، دار المطبوعات الجامعية، طبعة ٢٠٠٧، ص ٨١؛ د. علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، عام ١٩٨٦، ص ٤٦٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

الوظيفة العامة، في حين أن المساءلة الجزائية لا تقوم إلا إذا خالف الفاعل نصاً تشريعياً، ويظل الاستقلال قائم بين المسؤولية التأديبية والجنائية حتى ولو كان هناك ارتباط بين الجريمتين.

ولما كان التحقيق الجزائي في الواقعة التي تشكل جريمة جزائية ومخالفة تأديبية في نفس الوقت ينتهي إما بصدور حكم بالإدانة أو البراءة، فإن هذا الأمر يثير التساؤل حول مدى تأثير الحكم الجزائي على التحقيق الإداري، ويمثل هذا التساؤل إشكالية الدراسة والتي تدور حول مدى تأثير التحقيق الإداري بالأحكام النهائية الصادرة من المحاكم الجزائية في ظل استقلال المسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجزائية والحجية التي تحوزها الأحكام الجزائية خاصة وأن أعمال أثر الحكم الجزائي على التحقيق الإداري يجب عند تطبيقه مراعاة تحقيق التوازن بين مبدئين على طرفي نقيض، أولهما استقلال المسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجزائية، وثانيهما الحجية التي تحوزها الأحكام الجزائية أمام الجهات الإدارية، ومن ناحية أخرى مدى الأثر المترتب عن الأحكام الجزائية المنهية للخدمة على المسؤولية التأديبية، وستكون الإجابة على هذه الإشكالية من خلال دراسة مقارنة للنصوص التشريعية في فرنسا ومصر والكويت والاجتهادات الفقهية ذات العلاقة، وكذلك من خلال استقراء الأحكام القضائية الصادرة في هذا الصدد.

وعليه سوف نقسم هذه الدراسة إلى مبحثين على النحو التالي:-

المبحث الأول : نطاق حجية الأحكام الجزائية أمام التحقيق الإداري.

المبحث الثاني: أثر عوارض الحكم الجزائي على التحقيق الإداري.

المبحث الأول

نطاق حجية الأحكام الجزائية أمام التحقيق الإداري

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

تمهيد وتقسيم :-

يظهر استقلال المسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجزائية في اختلاف النظام القانوني الذي تخضع له كل منهما، حيث تهدف العقوبة التأديبية إلى ردع الموظف العام وإصلاحه، في حين أن الهدف الرئيسي من توقيع العقوبة الجزائية هو حماية المجتمع وضمان أمنه واستقراره^(١).

وفي حال ارتكاب موظف فعل يشكل مخالفة تأديبية وجريمة جزائية في نفس الوقت، فإن ذلك يترتب عليه إمكانية تحريك الدعويين التأديبية والجزائية تجاهه في آن واحد^(٢)، وقد تنتهي الدعوى الجزائية إما بصدور حكم بالبراءة أو حكم بالإدانة، وهنا يثار التساؤل حول نطاق حجية هذه الأحكام أمام جهة التحقيق الإداري.

وعليه سوف نتناول هذا المبحث في أربعة مطالب على النحو التالي:-

المطلب الأول : المقصود بحجية الحكم الجزائي ومبرراته.

(١) G.Dellis : Droit penal et droit administratif : l'influence des principes du droit penal sur le Droit administratif repressif , paris ,L.G.D.J. ١٩٩٧,p.٢١ et ss.

د. محمد سليمان الطماوي، القضاء التأديبي، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة ٢٠١٢، ص ٢٢٠، ص ٢٢١؛ د. محمد فؤاد عبد الباسط، الجريمة التأديبية في نطاق الوظيفة العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٥، ص ١٦١؛ وفي هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٦٢٩ لسنة ٤٥ قضائية الصادر بتاريخ ٢٠٠١/٣/١٨، مكتب فني الجزء ٢، ص رقم ١١٠٣، حيث قضت بأن "الدعوى الجزائية تنفصل عن الدعوى التأديبية، الأمر الذي يترتب عليه استقلال كل من الدعويين من حيث قوام كل منهما، أساس ذلك أن قوام الجريمة الجزائية الخروج على نظام المجتمع بارتكاب جرم جزائي مؤتم في قانون العقوبات أو أي قانون آخر، بينما المخالفة التأديبية قوامها الإخلال بواجبات الوظيفة والخروج على مقتضياتها".

(٢) S.bolle l'engagement des poursuites disciplinaires dans la foncation publique un régime ,R.f.d.a ٢٠٠١ p.٤٢١، حيث استقر الوضع في فرنسا أن التحقيق الجنائي لا يحل محل التحقيق الإداري.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

- المطلب الثاني : نطاق حجبية الأحكام الصادرة بالبراءة أمام التحقيق الإداري.
- المطلب الثالث : أثر الأحكام الصادرة بالإدانة على التحقيق الإداري.
- المطلب الرابع : حالة تعارض الحكم الجزائي مع قرار التحقيق الإداري.

المطلب الأول

المقصود بحجية الحكم الجزائي ومبرراته

يقصد بحجية الحكم الجزائي - بصفة عامة- منع المحاكم الأخرى من إعادة النظر في الدعوى من جديد سواء كان ذلك لأدلة أو أوصاف جديدة فتفترض الحقيقة فيما قضى به الحكم^(١)، والقاعدة العامة في الدفع بحجية الشيء المحكوم فيه تتطلب وجود اتحاد بين الدعويين السابقة والحالية في ثلاث عناصر هي الموضوع والخصوم والسبب^(٢)، فالحكم الجزائي يقوم على أسباب مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالمنطوق ومكملة له بحيث لا يقوم المنطوق بدونها، وبذلك يحوز حجية الأمر المقضي ويلتزم به الكافة لتعلق ذلك بالإنظام العام، ولا تثبت تلك الحجية إلا فيما فصلت فيه المحكمة الجزائية بالفعل من وقائع وكان فصلها فيه لازماً وضرورياً للفصل في التهمة المعروضة، أما الوقائع التي لم تتعرض لها المحكمة الجزائية أو عرضت عليها دون أن يكون ذلك ضرورياً أو لازماً للفصل في التهمة المعروضة عليها فلا تحوز هذه الوقائع أي حجية، وعليه فإن الذي يحوز الحجية من الحكم الجزائي هو منطوقة والأسباب الجوهرية المكملة له^(٣).

(١) د. زكي النجار ، الوجيز في تأديب العاملين بالحكومة والقطاع العام، دراسة نظرية وتطبيقية، الطبعة الأولى، الهيئة العامة المصرية للكتاب، القاهرة ، عام ١٩٨٦، ص ٣٢ .

(٢) د. محمد ماهر ابوالعنين، قضاء التأديب في الوظيفة العامة، دار أبو المجد للطباعة الهم، الجيزة ، طبعة عام ٢٠٠٤، ص ١٦٩؛ د. عبد الحميد الشواربي، حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء الفقه والقضاء، دار المعارف، الإسكندرية، طبعة ١٩٩٠، ص ١٣٥ وما بعدها.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٣٣٣ لسنة ٣٧ ق جلسة ١٩٩٣/١/٣٠، أنظمة صلاح الجاسم ، وفي ذات المعنى حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٤٤ لسنة ٢٠٠٥ (إداري) ، جلسة ٢٣/٥/٢٠٠٦ أنظمة صلاح الجاسم.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ترتيباً على ما سبق فإن حجية الحكم الجزائي جانبان أحدهما سلبي والآخر إيجابي، الأول يتمثل في منع المحاكم من إعادة النظر في الدعوى مرة أخرى، أما الثاني فيتمثل في افتراض أن الحكم يحمل عنوان الحقيقة فيما قضى به^(١).

أولاً : أساس حجية الحكم الجزائي أمام جهة التحقيق الإداري.

يعود أساس حجية الحكم الجزائي إلى النصوص القانونية المقررة في قوانين الإجراءات الجزائية وقانون الإثبات^(٢)، غير أن هذه الحجية قاصرة بالنص التشريعي على العلاقة بين القضاء بين المدني والجنائي^(٣)، حيث لم يعالج المشرع في التشريعات الوظيفية في فرنسا ومصر والكويت حجية الحكم الجزائي أمام جهة التحقيق الإداري، وهذا الأمر من شأنه إثارة التساؤل حول ما إذا كان للحكم الجزائي حجية أمام جهة التحقيق الإداري من عدمه.

استقر رأي الفقه والقضاء الإداري على أعمال مبدأ حجية الأحكام الجزائية أمام الجهات الإدارية بصفة خاصة والمحاكم الإدارية بصفة عامة،

(١) وقد طبقت المحكمة الإدارية العليا المصرية هذا المبدأ في العديد من أحكامها ونذكر منها حكمها الطعن رقم ٦٥٧٧ لسنة ٤٢ ق.ع ، جلسة ٢٠٠٤/٢/١٤ ، أنظمة صلاح الجاسم.

(٢) حيث نصت المادة رقم ٥٣ من قانون الإثبات الكويتي على " الأحكام التي حازت حجية الأمر المقضي تكون حجة فيما فصلت فيه من الخصومة ولا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة، ولكن لا تكون لتلك الأحكام هذه الحجية إلا في نزاع قام بين الخصوم أنفسهم دون أن تتغير صفاتهم وتعلق بذات الحق محلاً وسبباً تقضي المحكمة بهذه الحجية من تلقاء نفسها؛ أنظر في ذلك حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٢٠٠٦ (إداري)، جلسة ٨ يونيو سنة ٢٠١٠ ، أنظمة صلاح الجاسم.

(٣) المرسوم بالقانون رقم ٣٩ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية الكويتي المادة رقم ٥٤ حيث نصت على " لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي، إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً، ومع ذلك فإنه لا يرتبط بالحكم الصادر بالبراءة إلا إذا قام على نفي نسبة الواقعة إلى المتهم".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

باعتباره أساساً يتعين الالتزام به ولمنع التناقض بين الأحكام القضائية^(١)، ففي فرنسا استقر القضاء الإداري على أن الأحكام الجزائية تنال حجية أمام جهة التحقيق الإداري، حيث قضى مجلس الدولة "بأن تحقق وتثبت القاضي الجنائي للوجود المادي لواقعة معينة يفرض على الإدارة التي يحق لها الاستناد إلى الوجود المادي للواقعة في فرض عقوبة تأديبية"^(٢).

وفي مصر، ذهب القضاء الإداري في ذات اتجاه القضاء الفرنسي بأن الأحكام الجزائية لها حجيتها أمام التحقيق الإداري، وذلك عندما قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن "الحكم الجنائي الصادر من المحكمة الجنائية في موضوع الدعوى الجنائية بالبراءة أو الإدانة له قوة الشيء المحكوم فيه أمام محاكم مجلس الدولة في الدعاوي الإدارية المتداولة أمامها ولم يكن قد فصل فيها بحكم نهائي، وذلك فيما يتعلق بوقوع الفعل محل الجريمة المكون للأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والإدارية وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله، ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بنى على انتفاء التهمة أو عدم كفاية الأدلة، إلا أن نطاق هذه الحجية مقصور على منطوق الحكم الجنائي الصادر بالبراءة أو الإدانة والأسباب الجوهرية المرتبطة بهذا المنطوق والتي لا يقوم الحكم بدونها، ولا تمتد هذه الحجية إلى الأسباب غير الجوهرية التي لم تكن لازمة لقضائه، وعلى ذلك فإن الوقائع التي فصلت فيها المحكمة الجنائية فصلاً لازماً بالنسبة لوقوع الجريمة ووصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها فإنه يمتنع على القاضي الإداري أن يعيد بحثها مرة أخرى ويتعين عليه أن يعول عليها في

(١) د. زكي النجار، المرجع السابق، ص ٣٥.

(٢) الحكم مشار إليه في مؤلف د. علي خنطار شنطاوي، دراسات في الوظيفة العامة، عمان، مطبوعات الجامعة الأردنية، طبعة ١٩٩٨، ص ٣١٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بحث المركز القانوني المتنازع عليه حتى لا يصدر حكماً مخالفاً لحكم جنائي سابق^(١).

وفي الكويت، لم يحد القضاء الإداري عن اتجاه القضاء الفرنسي والمصري بشأن حجبية الأحكام الجزائية أمام التحقيق الإداري، مرد ذلك إلى ما جاء بقضاء محكمة التمييز في أحد أحكامها عندما قضت بأن "الحكم الجزائي لا يقيد هذه المحكمة إلا بالنسبة إلى نسب أو نفي الواقعة عن المتهم"^(٢).

ترتیباً على ذلك فإن الأحكام الجزائية النهائية تحوز حجبية أمام التحقيق الإداري بحيث لا يجوز لها أن تنفي واقعة ثبتت بموجب حكم جزائي أو تثبت واقعة تم نفيها بموجب حكم جزائي، وهذه الحجبية للحكم الجزائي التي تثبت أمام القضاء الإداري أو التأديبي لا تكون إلا لمنطوق الحكم دون أسبابه إلا ما كان منها متمماً للمنطوق بحيث لا يقوم بدونها، كما لا تلحق إلا ما تم الفصل فيه بالحكم الجزائي وكان فصله فيه ضرورياً ولازماً في خصوص ثبوت أو نفي الواقعة موضوع الاتهام وصحة أو إفساد إسنادها للمتهم^(٣).

ثانياً : مبررات الالتزام بحجبية الحكم الجزائي.

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٥٧٧ لسنة ٤٢ ق. ع جلسة ٢٠٠٤/٢/١٤، أنظمة صلاح الجاسم .

(٢) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٨٢/٧٥ تجاري، مجلة القضاء والقانون العدد الثاني السنة الحادية عشر، ص ٩٥.

(٣) اللواء. محمد ماجد ياقوت ، شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، طبعة عام ٢٠٠٦ ، ص ٤٨٢؛ د.محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، القاهرة، دار النهضة العربية، عام ١٩٨٨ ، ص ٣٢٢؛ د.احمد فتحي سرور ، الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٨١، ص ١٠٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

تتمثل مبررات الالتزام بحجية الحكم الجزائي أمام التحقيق الإداري في الآتي:-

١- أن الحكم الجزائي عنوان للحقيقة في مواجهة الجميع والمسئولية التأديبية ترتبط بالحكم الجزائي في الوقائع التي فصل فيها إذا شكلت في ذات الوقت مخالفة تأديبية، وعندها لا تعاود للجهة الإدارية المجادلة في إثبات هذه الوقائع التي سبق للحكم جزائي أن اثبت وقوعها^(١).

٢- ترفع الدعوى الجزائية للمطالبة بحق عام، وهو يمثل أساس سلطة الدولة في العقاب، ويقضي ذلك أن يكون للحكم الجزائي كلمته المسموعة أمام القضاء الآخر^(٢).

٣- القضاء الجزائي صاحب الاختصاص الأصيل في بحث وقوع الفعل أو نسبته إلى فاعله، وله في ذلك العديد من الضمانات والإجراءات بما من شأنه أن يكفل الوصول إلى الحقيقة ولا يصح مخالفة ما انتهى إليه، وتساوده في ذلك جهات التحقيق الجزائي التي تملك سلطات في الإثبات غير متاحة للسلطات التأديبية^(٣).

(١) هذا ما قضت به المحكمة الإدارية العليا بأن الأحكام الجنائية التي حازت قوة الأمر المقضي به تكون حجة فيما فصلت فيه ويعتبر الحكم عنوان الحقيقة فيما قضى به والقضاء التأديبي يرتبط بالحكم الجنائي في الوقائع التي فصل فيها إذا شكل الفعل في ذات الوقت مخالفة إدارية ولا تعاود المحكمة التأديبية المجادلة في إثبات الوقائع التي سبق لحكم جنائي حائز قوة الأمر المقضي به أن اثبت وقوعها؛ حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٧٥٢ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٦/١/١٩٩٩؛ وانظر في ذلك من الفقه م. ممدوح الطنطاوي، الدعوى التأديبية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف الإسكندرية، عام ٢٠٠٣، ص ٢٢٤.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١١٧٩.

(٣) د. عزيزة الشريف، النظام التأديبي وعلاقته بالأنظمة الجزائية الأخرى، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٨٨، ص ٩٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٤- العديد من الإجراءات والمبادئ المتبعة في القانون الجزائي يتم تطبيقها في المساءلة التأديبية لكون أن النظام التأديبي أحدث من النظام الجزائي لذلك تأثر بالإجراءات والمبادئ المطبقة في قانون الجزاء والتي امتدت إلى ضمانات المساءلة التأديبية^(١).

٥- توفير وقت وجهد جهة التحقيق الإداري في إعادة البحث ومناقشة الواقعة التي فصل فيها القضاء الجزائي وكانت مشتركة بين الدعويين الجزائية والتأديبية.

٦- الاحترام المتبادل بين القضاءين منعاً لأي تعارض بين أحكامهما، وحتى تظل للأحكام القضائية هيبتها^(٢)، باعتبار أن كل من النظامين التأديبي والجزائي يستند إلى نفس السلطة وهو سلطة الدولة، إضافة إلى أن الجزاء التأديبي يحتوي على معظم العناصر المكونة للعقوبة بمعناها الدقيق.

(١) د. عزيزة الشريف، مساءلة الموظف العام في الكويت (المسئولية المدنية والجنائية والإدارية) ، مطبوعات جامعة الكويت ، طبعة ١٩٩٧، ص ١٧٧.

(٢) د. اشرف شمس الدين، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، دار النهضة العربية ، القاهرة ، طبعة ٢٠٠٦، ص ١٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المطلب الثاني

نطاق حجية الأحكام الصادرة بالبراءة أمام التحقيق الإداري

تبنى الأحكام الجزائية الصادرة بالبراءة على أسباب مختلفة بما يتغير معه وجه الرأي في مدى التزام الجهات الإدارية بحجية الحكم الجزائي^(١)، فحجية الأحكام الجزائية أمام التحقيق الإداري تكون للأحكام المبنية على ثبوت أو نفي التهمة، فعندما يصدر قرار ببراءة المتهم من التهمة المنسوبة إليه لانتفاء الوجود المادي للواقعة أو لارتكابها من قبل شخص آخر، فإن جهة التحقيق الإداري ملزمة بالتقيد بحجية الحكم الجزائي ولا تملك المجادلة في إثبات هذه الوقائع أو نفيها مرة أخرى، أما الأحكام الجزائية الصادرة بالبراءة بناء على أسباب أخرى فلا يكون لها حجية أمام التحقيق الإداري، وفيما يلي سنستعرض نطاق حجية الأحكام الجزائية الصادرة بالبراءة أمام التحقيق الإداري قبل البت في المسؤولية التأديبية.

أولاً : الأحكام الجزائية القاضية بالبراءة التي تحوز حجية أمام التحقيق الإداري.

١- حكم البراءة المبني على انتفاء الركن المادي للجريمة.

إن صدور حكم جزائي ببراءة الموظف العام من الجريمة الجزائية (جنائية أو جنحة) المنسوبة إليه على أساس انتفاء الواقعة المادية المكونة للجريمة يقيد جهة التحقيق الإداري في معاقبة الموظف تأديبياً عن هذا الفعل الذي تم نفيه جزائياً، ويكون لهذا الحكم أثراً في التحقيق الإداري، فإذا لم تكن جهة التحقيق الإداري بدأت التحقيق مع الموظف العام فإنه لا يحق لها أن تجري تحقيق معه في الواقعة التي تم نفيها جزائياً وإذا كانت بدأت التحقيق يجب عليها في هذه الحالة إصدار قرار بحفظ التحقيق الإداري، ومثال لذلك لو أتهم موظف عام بالاعتداء على أحد زملائه في العمل

(١) د. حسن محمد هند ، الموسوعة القضائية في تأديب العاملين بالدولة والقطاع العام ، دار الكتب القانونية ،

المطبعة الكبرى ، مصر ، طبعة ٢٠٠٦ ، ص ٤٩٣ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وقضت المحكمة الجزائرية ببراءته استناداً لعدم وقوع فعل الاعتداء ذاته، فمن غير الجائز لجهة التحقيق الإداري أن تتسبب إلى الموظف ذات الفعل الذي تم نفيه جزائياً وتترزل عليه العقاب التأديبي وإلا كان من شأن ذلك المساس بحجية الحكم المقضي به، كما إنه من غير الجائز لجهة التحقيق الإداري أن تعيد بحث ما انتهى إليه الحكم الجزائي من براءة لانقضاء الوجود المادي للجريمة من جديد^(١).

وهذا ما استقر عليه رأي الفقه والقضاء الإداري الفرنسي والمصري والكويتي حيث ذهب إلى أنه في حال صدور حكم جزائي بالبراءة بسبب انقضاء الركن المادي للجريمة فإن هذا الحكم يحوز حجية أمام جهة التحقيق الإداري بحيث لا تملك الأخيرة أن تقر وجود الوقائع وتقوم بناء على ذلك بإنزال عقوبة تأديبية على الموظف العام^(٢)، ففي فرنسا، استقر قضاء مجلس الدولة على هذا الرأي، حيث قضى في أحد أحكامه بأنه "إذا لم تكن البراءة مبنية على أساس نفى الوقائع المنسوبة للمتهم فإنه لا يمكن أن يتخذ جزاء تأديبي على أساس هذه الوقائع"^(٣).

وفي مصر، سار القضاء الإداري في ذات اتجاه القضاء الفرنسي بأن حكم البراءة المبني على انقضاء الركن المادي يحوز حجية أمام الجهة الإدارية بحيث لا يجوز لها أن تعيد بحث الواقعة من جديد أي انه لا يحق لها إذا لم تكن بدأت التحقيق أن تجري تحقيق مع الموظف العام وإذا كانت بدأت التحقيق قبل صدور

(١) د. مصطفى بكر، تأديب العاملين في الدولة، الطبعة الأولى، منشورات دار الفكر الحديث، القاهرة، طبعة ١٩٦٦، ص ١٦٨.

(٢) د. وحيد محمود إبراهيم، حجية الحكم الجنائي على الدعوى التأديبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٩٨، ص ٥٨٦؛ د. إدوارد غالي الذهبي، حجية الحكم الجزائي أمام القضاء المدني، مكتبة

غريب، القاهرة، طبعة ١٩٩٠، ص ٢٣٨؛ **Andre de laubadere : Manuel de droit administratif**، Paris, ١٩٨٢, p. ٣١٤, édition ٢، حيث يذهب في هذا الصدد إلى أنه إذا صدر قرار تأديبي رغم الحكم بالبراءة من المحكمة الجنائية فيجوز الطعن عليه بالإلغاء لتجاوز السلطة.

(٣) C. E., ٢٢/١/١٩٧٢, R.e.c.p. ٤٦٤

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الحكم الجزائي بالبراءة يتعين عليها حفظ التحقيق في هذه الحالة، حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها بأن "من المقرر أن للحكم الجزائي حجية واجبة وثابتة قبل القضاء التأديبي في خصوص ارتكاب المتهم الجريمة الجنائية والتي تمثل ذات الجريمة التأديبية للمتهم بارتكابها وعلى ذلك، فإن ثبت جنائياً عدم ارتكاب المتهم للفعل المؤثم جنائياً والمقدم بسببه إلى المحكمة التأديبية كان واجباً على المحكمة التأديبية أن تنزل إلى مقتضى هذا الحكم وتنتهي إلى براءة المتهم من الفعل التأديبي المنسوب إليه ما لم يتضمن هذا الفعل التأديبي ما يجاوز الجريمة الجنائية بأن تتضمن أفعالاً وأوصافاً أخرى يمكن مجازاة المتهم عنها، وفي هذه الحالة تقتصر البراءة على حدودها المرسومة بالحكم الجنائي"^(١).

وتأكيداً لهذا الاتجاه ذهبت ذات المحكمة في حكم آخر إلى أنه "يتعين على المحكمة التأديبية ألا تغفل عن حجية الحكم الجنائي الصادر ببراءة الموظف إذا كان يستند إلى عدم صحة الوقائع أو عدم ثبوتها"^(٢).

وفي الكويت، لم يحد القضاء الإداري عن اتجاه القضاء الفرنسي والمصري في أن الأحكام الجزائية الصادرة بالبراءة استناداً إلى انتفاء الركن المادي تحوز حجية أمام التحقيق الإداري، حيث قضت محكمة التمييز في أحد أحكامها بأن "تبرئة المتهم من المسؤولية الجزائية لا يحول دون إمكان مساءلته تأديبياً عن ذات الواقعة - طالما لم يكن مبنى البراءة عدم صحة الواقعة أو التشكيك في أدلة ثبوتها - أو عما صاحبها

(١) المحكمة الإدارية العليا المصرية في الطعن رقم ٣٣٤٠ لسنة ٤٩ قضائية الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/١٢/١١؛ وفي ت السياق حكمها الصادر في الطعن رقم ١٢٤١٥ لسنة ٤٨ قضائية الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/١/٢١ مكتب فني ٥ الجزء الأول رقم الصفحة ٣٠١ أحكام غير منشورة.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٣٩٧ لسنة ٥٠ ق. عليا جلسة ٢٨ يونيه سنة ٢٠٠٧، أنظمت صلاح الجاسم.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

من وقائع أخرى ثابتة تشكل بذاتها خروجاً على مقتضى الواجب المهني أو الوظيفي^(١).

ترتيباً على ما سبق، فإن الأحكام الجزائية الصادرة بالبراءة استناداً إلى انتفاء الواقعة تقيد الجهة الإدارية فيما فصلت فيه من وقائع مما يتعين معه في هذه الحالة إذا كانت بدأت التحقيق الإداري مع الموظف قبل صدور الحكم الجزائي أن تصدر قراراً بحفظ التحقيق الإداري في الواقعة التي تم نفيها جزائياً أما إذا لم تكن قد بدأت التحقيق في الواقعة مع الموظف فهذا الحكم من شأنه أن يغل يد الجهة الإدارية في إجراء تحقيق إداري مع الموظف في الواقعة التي تم نفيها جزائياً، إلا أن ذلك لا يمنع الجهة الإدارية من مساءلة الموظف تأديبياً عن أخطاء أخرى طالما أنه لا يوجد تعارض بين المخالفة التأديبية التي تم معاقبة الموظف العام عنها وبين الحكم الجزائي القاضي بالبراءة، أي أن الجهة الإدارية مقيدة فقط بالوقائع التي فصل فيها الحكم الجزائي وكان فصله فيها لازماً، أما الوقائع الأخرى التي لم يبت فيها الحكم الجزائي فإنه يجوز لجهة التحقيق الإداري إذا كانت هذه الوقائع تشكل مخالفة تأديبية أن تعاقب عليها الموظف العام^(٢).

٢- حكم البراءة المبني على امتناع المسؤولية.

إذا قضى الحكم الجزائي بالبراءة استناداً إلى انعدام المسؤولية بسبب توافر حالة القوة القاهرة أو لكون المتهم مصاب بالجنون فإن ذلك من شأنه أن يغل يد جهة التحقيق الإداري من الاستمرار في الإجراءات التأديبية إذا كانت قد شرعت فيها قبل صدور الحكم أما إذا لم تكن قد بدأت التحقيق الإداري فإن هذا الحكم من شأنه غلق ملف المسؤولية التأديبية، إذ من المستقر عليه في الفقه والقضاء الفرنسي والمصري

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٥٣٧، ٥٣٩ لسنة ٢٠٠٤ (إداري-١)، جلسة ٢٥/٤/٢٠٠٥، أنظمة صلاح الجاسم.

(٢) د. زكي محمد النجار، حجية الحكم الجنائي أمام قضاء التأديب في النظام القانوني المصري، مجلة العلوم الإدارية السنة الخامسة والعشرين، العدد الثاني، ديسمبر ١٩٨٣، ص ١٢٧.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

والكويتي أن القوة القاهرة والجنون تعد مانعاً من موانع المسؤولية التأديبية لما يترتب عليها من انعدام الإرادة والاختيار ومن ثم عدم تحقق المسؤولية التأديبية.

غير أن الوضع يختلف في حالة إذا كان فقد الإرادة راجع إلى تصرف إرادي صادر من الموظف وذلك كتعاطيه الخمر أو المخدرات مع علمه بحقيقتها، فهذا الأمر لا يغل يد الجهة الإدارية عن مساءلته تأديبياً عن الأفعال التي تقع منه وتشكل مخالفة تأديبية فضلاً عن مساءلته جزائياً متى توافرت أركانها إذ أن تعاطي المواد المخدرة في ذاته ما يعرض الموظف العام للمسؤولية التأديبية، أما إذا كان الموظف قد تناول المواد المخدرة أو المسكرة قهراً عنه أو على غير علم بحقيقتها فلا مسؤولية عليه ويكون الأمر كذلك لو فقد الموظف إدراكه لعاهة في عقله فقداً كلياً أو جزئياً^(١).

ثانياً : الأحكام الجزائية القاضية بالبراءة والتي لا تنال حجية أمام التحقيق الإداري.

١- حكم البراءة المبني على شيوع الاتهام.

تتعلق الحالة الماثلة بصدور حكم جزائي يقضي ببراءة الموظف العام من التهمة المنسوبة إليه استناداً إلى شيوع الاتهام فمثل هذه الحكم ليس من شأنه أن يغل يد جهة التحقيق الإداري عن الاستمرار في إجراءات التحقيق الإداري إذا كانت قد بدأت في التحقيق مع الموظف قبل صدور الحكم أما إذا لم تكن قد شرعت في التحقيق معه قبل صدور الحكم فإنه يجوز لها الشروع في إجراءات المساءلة التأديبية ومعاقبته بالعقوبة التي ترى إنها مناسبة للمخالفة المقترفة من قبله إذا ما توفرت لديها أدلة إدانته في المخالفة التأديبية، إذ أن شيوع التهمة جنائياً لا يعني شيوعها أيضاً إدارياً بالضرورة وذلك لاستقلال كل من نظامي المسؤولية التأديبية والجنائية لاسيما أن إسناد فعل إيجابي أو سلبي محدد إلى الموظف يعد مساهمة منه في وقوع المخالفة التأديبية.

(١) انظر في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم طعن رقم ٦٥٦١ لسنة ٢٠٤٨ ق، ع جلسة ٢٤/٤/٢٠٠١٥، أنظمة صلاح الجاسم.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التي سوغت ارتكاب الواقعة الجزائية المجهول فاعلها^(١)، ولأن المسؤولية التأديبية مسئولية شخصية شأنها في ذلك شأن المسؤولية الجزائية، يتعين لإدانة الموظف ومجازاته تأديبياً عنها أن يكون قد صدر منه فعل إيجابي أو سلبي محدد يساهم في وقوع المخالفة التأديبية، فإذا انعدم المأخذ على السلوك الإداري للموظف ولم يقع منه أي إخلال بواجبات وظيفته أو خروج على مقتضياتها، فلا يكون ثمة مخالفة هناك يمكن مساءلته عنها تأديبياً، وبالتالي لا يجوز للجهة الإدارية تنزيل العقاب عليه^(٢).

هذا ما استقر عليه رأي الفقه والقضاء الإداري الفرنسي والمصري والكويتي بعدم حجية الأحكام الصادر بالبراءة استناداً إلى شيوع الاتهام أمام التحقيق الإداري.

٢- حكم البراءة المبني على بطلان الإجراءات والأدلة.

يتمتع القاضي الجزائي بحرية كاملة في الاقتناع بثبوت ارتكاب الجريمة من قبل المتهم أو عدم ثبوتها، فهو غير مقيد بإتباع أسلوب أو وسائل أو أدوات معينة للكشف عن حقيقة الواقعة محل الاتهام، فله أن يسلك أي طريق يراه مناسباً بهدف الوصول إلى الحقيقة، وعليه فللقاضي قبول أي دليل يعرض عليه أثناء المحاكمة أو رفضه^(٣)، فإذا قضى ببطلان الحكم لعدم مشروعية الإجراء أو الدليل أو لبطلان إجراءات التفتيش أو القبض فهو سبب جزائي محض للبراءة ليس له أثر في أحقية الجهة الإدارية في إجراء تحقيق إذا لم تكن قد بدأت فيه أو الاستمرار في التحقيق إذا كانت قد شرعت فيه ومعاقبة الموظف تأديبياً إذا ثبتت لديها أدلة إدانته في المخالفة التأديبية، هذا ما استقر عليه رأي الفقه والقضاء الجزائي والإداري في فرنسا ومصر

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٤٢٤٢ لسنة ٣٧ ق ع جلسة ١٩٩٣/٧/٣١، سنة المكتب

الفني ٣٨ " الجزء الثاني " ، ص ١٥٨٣ القاعدة رقم ١٥٩.

(٢) د. عزيزة الشريف، مسالة الموظف العام، المرجع السابق، ص ١٧٨.

(٣) د. عبد الله بن سعيد العيزي، حجية الحكم الجزائي أمام مجالس التأديب، رسالة ماجستير، جامعة نايف

بالبرياض، عام ٢٠٠٦، ص ١٢٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

والكويت بأن الأحكام الجزائية الصادرة بالبراءة استناداً إلى بطلان الأدلة والإجراءات الجزائية لا حجية لها أمام جهة التحقيق الإداري (١)، ففي حال صدور حكم جزائي قاضياً بالبراءة استناداً إلى بطلان الإجراءات والأدلة فإن هذا الحكم لا تكون له ثمة حجية أمام جهة التحقيق الإداري ولا يقيد بها ولا يمنعها من إنزال العقاب على الموظف العام، إذ أن بطلان الإجراءات الجزائية لا ينفى ركن السبب في العقوبة التأديبية المتمثل في إخلال الموظف بواجبات وظيفته والخروج على مقتضياتها أو كرامتها، فقد ثبتت للجهة الإدارية من أوراق التحقيق الجزائي ومن خلال التحقيق الإداري الذي تجر به ومن تسمعهم من الشهود ثبوت المخالفة التأديبية بحق الموظف العام، فمن ثم فلها في هذه الحالة الحق في إنزال العقوبة التأديبية التي ترى أنها تتناسب مع جسامة المخالفة المرتكبة من قبله (٢).

ولكن وإن جاز للجهة الإدارية مساعلة الموظف تأديبياً بالرغم من براءته جزائياً لبطلان إجراءات القبض أو التفتيش فمن غير الجائز لها أن تستند في إثبات المخالفة التأديبية إلى دليل معدوم في حكم القانون، فليس من المستساغ أن تتخذ جهة الإدارة من بقايا دليل أصدره حكم جزائي سنداً للحكم بالإدانة أو أساساً للعقوبة التأديبية لكون أن البطلان الذي يقرره القاضي الجزائي يسلب الإجراءات مشروعيتها، فلا يصلح أن يكون مصدراً لدليل وكل ما تستبطنه الجهة الإدارية أن تحاسب الموظف عما صدر

(١) د. عبد القادر الشبخني، القانون التأديبي، وعلاقته بالقانونين الإداري والجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفرقان، ص ٣٦.

(٢) تطبيقاً لهذا الأمر، قضت المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٨٤٥ لسنة ٤٠ ق. ع. عليا الصادر بتاريخ ١٩٩٩/١٢/٢٦، أنظمة صلاح الجاسم، بأن "من المقرر قانوناً أن الحكم الجنائي لا يحوز حجته أمام القضاء المدني أو الإداري إلا في إثبات الجريمة أو نفيها وأن البراءة لأسباب شكلية كالحالة الزاهنة لا تحوز هذه الحجية لأنها لم تفصل في ثبوت الجريمة أو نفيها الأمر الذي لا يكون معه للحكم الجنائي حجية تنال من سلامة القرار المطعون فيه.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

منه بعد إسقاط الأدلة المترتبة على الإجراءات الباطلة إذا كان قد صدر منه سلوك خارج عن واجبات وظيفته^(١).

٣- حكم البراءة المبني على عدم كفاية الأدلة والشك.

من الأصول المسلم بها أن الأحكام الجزائية يجب أن تبني على الجزم واليقين وليس على الشك والتخمين، فإذا ثار الشك لدى القاضي الجزائي في نسبة الفعل إلى المتهم أو تخلفت الأدلة المعروضة في القضية عن إسناد الفعل إلى المتهم، فإن ذلك من شأنه أن يؤدي إلى الحكم ببراءة المتهم من التهمة المنسوبة إليه نتيجة لذلك^(٢)، والحكم بالبراءة المبني على عدم كفاية الأدلة لا يوجد خلاف بين الفقه والقضاء الجزائي والإداري في فرنسا مصر والكويت على أن هذا الحكم لا يحوز حجية أمام التحقيق الإداري^(٣)، فالحكم القاضي بالبراءة استناداً إلى عدم كفاية الأدلة أو الشك ليس من شأنه غل يد الجهة الإدارية في مساءلة الموظف تأديبياً ومعاقبته عن ذلك^(٤)، أي إنه إذا كانت جهة التحقيق الإداري قد بدأت التحقيق مع الموظف قبل صدور الحكم الجزائي فلها الحق في الاستمرار فيه ومعاقبته بالعقوبة التي ترى إنها متناسبة مع جسامة المخالفة، وإذا لم تكن قد شرعت في التحقيق قبل صدور الحكم الجزائي فإن هذا الحكم لا يغل يدها في ممارسة سلطاتها التأديبية ومساءلة الموظف تأديبياً متى تحققت لديها أدلة الإدانة في المخالفة التأديبية، لكون أن البراءة في هذه الحالة تتطلب براءة أخرى تتعلق بالناحية التأديبية عن ذات التهمة، فالمساءلة التأديبية في هذه الحالة لا تكون على أساس الوصف الجزائي وإنما على أساس أن الوقائع التي ثبتت بالحكم الجزائي وإن كانت غير كافية لقيام الجريمة الجزائية بأوصافها المقررة في

(١) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١١٥٢.

(٢) د. محمد فؤاد عبدالباسط، المرجع السابق، ص ١٩٨.

(٣) د. ادوارد غالي الذهبي، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

(٤) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١٥١ وما بعدها؛ م. عبد الوهاب البنداري، المسؤولية التأديبية

والمسؤولية الجنائية، طبعة ١٩٧٢، ص ١٩٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

قانون الجزاء إلا أنها تشكل في ذاتها كلها أو بعضها مخالفة أو مخالفات تأديبية، وذلك على أساس أنها تتضمن بذاتها إخلالاً بمقتضى الواجب الوظيفي، بالإضافة إلى ما قد يكون من وقائع أخرى لم تتعرض لها المحكمة الجزائية لعدم جدواها في قيام المسؤولية الجزائية ولكن لها وزنها من حيث ثبوت المخالفة التأديبية^(١).

ففي فرنسا، استقر رأي الفقه على أن الحكم الصادر بالبراءة على أساس عدم كفاية الأدلة ليس له تأثير أمام الجهة الإدارية، وفي هذا يقول الفقيه دي لوبادير أن الحكم الجزائي القاضي بالبراءة للشك لا يقيد الجهة الإدارية^(٢)، وهو ما استقر عليه رأي القضاء حيث قضى مجلس الدولة في أحد أحكامه "بأن الحكم الصادر بالبراءة للشك يبقي حرية التصرف للجهة الإدارية لاتخاذ ما تراه مناسباً من إجراءات تأديبية ضد الموظف"^(٣).

وفي مصر، سار الفقه والقضاء في نفس اتجاه الفقه والقضاء الفرنسي بأن الأحكام الصادرة البراءة المبنية على عدم كفاية الأدلة والشك لا تحوز حجية أمام التحقيق الإداري^(٤)، حيث ذهب رأي الفقه إلى أن "التأديب ليس إلا نوعاً من الجزاء لا يجوز توقيعه بناء على مجرد الشك والنظن، ومن غير المنطقي أن ما لا يصلح

(١) د. زكي محمد النجار، الوجيز في تأديب العاملين، المرجع السابق، ص ٤١؛ د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١٧٨ وما بعدها.

(٢) Andre de laubader ,op,cit,P..٣١٤

(٣) Cour de cassation ich ,civ ٣/٢/١٩٦٧،٢٣/١/١٩٨١ d:١٩٨١ p,٥٦٥٣؛ المرجع السابق، ص ٣٧.

(٤) د. محمد سليمان الطماوي، قضاء التأديب، المرجع السابق، ص ٢٢٤؛ م. مغاوري محمد شاهين، القرار التأديبي وضمائنه ورقابته القضائية بين الفاعلية والضمان، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، طبعة ١٩٨٦، ص ٢٢١؛ د. عبد الفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، دار المحامين، القاهرة، طبعة ١٩٦٥، ص ١٣٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

للاقتناع به في أمر معين يصلح مبرراً للاقتناع في أمر آخر^(١)، كما ذهب القضاء في ذات الاتجاه عندما ذهبت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها إلى أن "هذه الحجة لا تقيد المحكمة التأديبية إذا كان الحكم الجنائي الصادر بالبراءة قد تأسس على عدم كفاية الأدلة أو الشك فيها فإنه حينئذ لا يرفع الشبهة نهائياً عن الموظف ولا يحول دون محاكمته تأديبياً وإدانة سلوكه الإداري على الرغم من حكم البراءة"^(٢).

في حكم آخر ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى "أن الحكم بالبراءة في جريمة ما لعدم كفاية الدليل، لا يدل على أن المحكمة قد تعرضت لصحة الواقعة موضوع البلاغ الكاذب أو كذبها بالبحث والتحريض الواجبين لتكون رأي فاصل فيها، وإنما يدل على إنها لم تجد نفسها بحاجة إلى هذا البحث للفصل في التهمة المعروضة عليها، ومن ثم لا يصح أن يستفاد من قضائها بالبراءة لعدم كفاية الدليل رأياً فاصلاً في شأن صحة الواقعة أو كذبها"^(٣).

وفي الكويت، سار القضاء الإداري في نفس الاتجاه الذي سار عليه القضاء الفرنسي والمصري بأن الأحكام الصادرة بالبراءة المبنية على عدم كفاية الأدلة والشك لا حجية لها أمام الجهة الإدارية، وذلك عندما قضت محكمة التمييز في أحد أحكامها

(١) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١١٨٧؛ م. خالد عبد الفتاح محمد، الموسوعة الشاملة في شرح النظام التأديبي للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام والكوادر الخاصة، الطبعة الثانية، دار الأمانة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، عام ٢٠٠٤، ص ٥٧٣.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠٣٩٧ لسنة ٥٠ ق. عليا، جلسة ٢٨ / ٦ / ٢٠٠٧، أنظمة صلاح الجاسم؛ وفي ذات المعنى حكمها في الطعن رقم ١٣٢٧٤ لسنة ٤٩ ق. عليا، جلسة ٢٢ مارس سنة ٢٠٠٧، وفي الطعن رقم ٧٤٠ لسنة ٤٤ ق. عليا في جلسة ٢٠ إبريل سنة ٢٠٠٣، وفي الطعن رقم ١٢٩٠ لسنة ٣٤ ق. ع جلسة ١٧ / ٦ / ١٩٨٩، سنة المكتب الفن " ٣٤ " ص القاعدة رقم ١٦٧؛ وفي الطعن رقم ١٢٩٠ لسنة ٣٤ ق جلسة ١٧ / ٦ / ١٩٨٨، أنظمة صلاح الجاسم.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٠١١٨ لسنة ٦٣ ق الصادر بجلسته ٥ / ٦ / ٢٠٠٠، أنظمة صلاح الجاسم؛ وفي ذات المعنى حكمها في الطعن رقم ٩٦٢٥ لسنة ٤٨ قضائية الصادر بجلسته ١٤ / ٤ / ٢٠٠٧. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بأن" من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الحكم الجزائي الصادر بالبراءة لا تكون له حجية إلا إذا كان قد نفى نسبة الواقعة إلى المتهم"^(١).

٤- حكم البراءة المبني على انتفاء أحد أركان الجريمة الجزائية.

إذا كان حكم البراءة مبني على انتفاء ركن من أركان الجريمة الجزائية، كانتفاء القصد الجزائي في الجرائم العمدية وانتفاء الخطأ الجزائي في الجرائم غير العمدية، فإن هذا الحكم إن كان قد نفى صفة الجريمة عن الفعل إلا أنه لم ينف وقوع الفعل المسند للفاعل بصفته ونسبته له^(٢)، فمن المستقر عليه أن ركني الجريمة يدوران معاً وجوداً وعدمياً فإذا انتفاء أحدهما فإن ذلك من شأنه انتفاء الجريمة الجزائية.

وعن أثر هذا الحكم على التحقيق الإداري فقد استقر رأي الفقه والقضاء الإداري الفرنسي والمصري والكويتي على أن الأحكام الجزائية الصادرة بالبراءة لانتهاء الركن المعنوي لا تنال حجية أمام التحقيق الإداري ، وبالتالي لا تغل يدها في المساءلة التأديبية، إذ أن الجهة الإدارية لا ترتبط بالحكم الجزائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضرورياً، ومن أن تنقيد بالتكليف القانوني لهذه الوقائع.

فالجهة الإدارية إنما تبحث في سلوك الموظف وفي مدى إخلاله بواجبات وظيفته ومقتضياتها، أما المحاكم الجزائية فينحصر بحثها في قيام جريمة جزائية قد يصدر حكم فيها بالإدانة أو البراءة، وقد يشكل الفعل الذي يقع من المتهم مخالفة إدارية ولكنه لا يشكل جريمة جزائية ومن ثم يجوز مساءلته تأديبياً عما صدر منه، فتبرئة الموظف جزائياً في جريمة الاختلاس باعتبار أن ما أتاه المتهم من استيلاء لم يكن بنية التملك لا يحول دون مساءلته تأديبياً عن الاستيلاء، وكذلك الحال إذا صدر حكم لانتهاء الركن المعنوي للجريمة فلا يجوز هذا الحكم الحجية أمام جهة التحقيق الإداري

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٢٤٧/٢٠٠٠ مدني الصادر بتاريخ ٢٠/٤/٢٠٠١، مجلة القضاء والقانون عن الفترة من ١/١/٢٠٠١ حتى ٣١/٥/٢٠٠١، ص ٤٣٧.

(٢) د. محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص ١٩٨؛ د. وحيد محمود إبراهيم، المرجع السابق، ص ٦١٥. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الذي لا تنقيد إلا بالتقرير الواقعي لمحل الاتهام أي لا تنقيد إلا من حيث وجود الواقعة من عدمها^(١).

ترتيباً على ذلك، فإن الفقه والقضاء في فرنسا ومصر والكويت توافق على أن تأسيس الحكم الجزائي القاضي بالبراءة على أساس آخر بخلاف نفي الواقعة أو نسبتها لشخص آخر أو انعدام المسؤولية الجنائية، لا يمنع من استعادة الجهة الإدارية كامل سلطتها التقديرية في مساءلة الموظف العام تأديبياً، وبالتالي فإن هذه الأحكام ليس لها ثمة أثر على التحقيق الإداري وقراراته.

المطلب الثاني

أثر الحكم الجزائي القاضي بالإدانة على التحقيق الإداري

تمهيد وتقسيم :-

يترتب على الحكم الجزائي الصادر بالإدانة أحياناً إنهاء خدمة الموظف العام بالعزل الجزائي أو وفقاً لأحكام التشريع الوظيفي، وأحياناً أخرى لا يكون له أثر على الرابطة الوظيفية للموظف العام، وهذا الأمر من شأنه أن يقودنا إلى التساؤل حول أثر الحكم الجزائي الصادر بالإدانة في الحالتين على التحقيق الإداري.

وعليه سوف نتناول هذا المطلب في فرعين على النحو التالي

:-

الفرع الأول : نطاق حجية حكم الإدانة أمام التحقيق الإداري.

(١) م. مغاوري محمد شاهين، المساءلة التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، عالم الكتب، القاهرة،

طبعة ١٩٧٤، ص ٢٢٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الفرع الثاني : أثر الحكم الجزائي المنهني للخدمة على التحقيق الإداري.

الفرع الأول

نطاق حجية حكم الإدانة أمام التحقيق الإداري

يتحدد نطاق حجية حكم الإدانة أمام التحقيق الإداري وفقاً لما هو مستقر عليه في الفقه في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين المسئوليتين الجزائية والتأديبية، وصحة وقوعه ونسبته للمتهم (١)، فلا تستطيع جهات التحقيق الإداري أن تعيد بحث هذه المسائل أو تنفي الوجود المادي للوقائع أو نسبته للمتهم، فالإدانة الجزائية تعني أن الوقائع التي نسبت للشخص قائمة وثابتة وأنها تشكل جريمة جزائية، مما يشكل دلالة قاطعة على أن الفعل قد وقع فعلاً من المتهم ذاته، وعليه فمن غير الجائز لجهة التحقيق الإداري أن تثب عكس ذلك.

وبتمتع الحكم الجزائي القاضي بالإدانة بحجية فيما يتعلق بصحة وقوع الفعل ويقصد بذلك الركن المادي للجريمة، وبإسناد الفعل إلى المتهم، فالحكم الجزائي ينال حجية أمام جهة التحقيق الإداري في هذا الشأن، أما الوصف القانوني والذي يقصد به تكييف وتحليل الوقائع والعناصر المطروحة تمهيداً لإعطائها وصفها القانوني فالأصل فيه أن جهات التحقيق الإداري لا علاقة لها بالتكييف الذي أنزلته المحكمة الجزائية على الواقعة، إذ أن المخالفة التأديبية تستقل بعناصرها وأوصافها عن الجريمة الجزائية (٢)، فإذا ترتب على الفعل الواحد المسئوليتين الجزائية والتأديبية في آن واحد

(١) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١١٥١؛ م. مغاوري محمد شاهين، المساعلة التأديبية،

المرجع السابق، ص ٢٣٦؛ د. عزيزه الشريف، النظام التأديبي، المرجع السابق، ص ٩٩.

(٢) د. أحمد فتحي سرور، المرجع السابق، ص ١١٥٣؛ وانظر في هذا المعنى حكم المحكمة الإدارية العليا

في الطعن رقم ٦٥٧٧ لسنة ٤٢ ق. ع جلسة ٢٠٠٤/٢/١٤.

فيظل لكل منهما تكييفه القانوني الخاص بحيث لا تلتزم جهة التحقيق الإداري بالتكييف الجزائي للواقعة أثناء إنزال العقاب التأديبي، طالما هذا التكييف لا يشكل عنصراً من عناصر المسؤولية التأديبية وذلك استناداً إلى أنه لا حجية للتكييف الجزائي أمام جهات التحقيق الإداري، كما هو الحال في الجرائم التي لا أثر لها على خدمة الموظف العام، أما إذا كان التكييف الجزائي عنصراً من عناصر المسؤولية التأديبية فعلى جهة التحقيق الإداري في هذه الحالة التقييد بما قضى به الحكم الجزائي بشأن هذا التكييف، فمثلاً إذا كيفت المحكمة الجزائرية الفعل على أنه جريمة خيانة أمانة وهي جريمة مخلة بالشرف والأمانة فإنه يترتب على ذلك انتهاء خدمة الموظف العام، ولا يجوز للجهات التحقيق الإداري إعادة طرح هذا التكييف ومناقشته مرة ثانية

الفرع الثاني

أثر الأحكام الجزائية المنهية للخدمة على التحقيق الإداري

يختلف أثر الأحكام الجزائية القاضية بالإدانة في الجرائم التي يرتكبها الموظف العام على الرابطة الوظيفية فبعضها يؤدي إلى إنهاؤها دون البعض الآخر^(١)، حيث حدد المشرع الجزائي جرائم تمس الوظيفة العامة وقرر لها العزل كعقوبة جزائية أصلية وعقوبة تبعية وأخرى تكميلية، وذلك بهدف حماية الوظيفة العامة، كما قرر المشرع الوظيفي حالات يترتب عليها إنهاء العلاقة الوظيفية بين الموظف العام والجهة الإدارية بقوة القانون كما هو في حالة الحكم القاضي بإدانة الموظف بعقوبة مقيدة

(١) يعرف الحكم الجزائي الصادر بالإدانة بأنه القرار الصادر من هيئة قضائية ذات ولاية فاصلاً في الخصومة الجزائية بعد تطبيقه النص القانوني المناسب على الفعل الإجرامي وإدانة مرتكبه وتوقيع العقوبة الجزائية عليه؛ د. سعيد عبد اللطيف إسماعيل، الحكم الجنائي الصادر بالإدانة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، طبعة ١٩٨٩، ص ١٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

للحرية في جنابة أو جريمة مخلة بالشرف والأمانة، وعليه يمكن تقسيم الأحكام الجزائية التي تصدر بالإدانة وتؤدي إلى إنهاء خدمة الموظف العام إلى نوعين:-

١- أحكام جزائية تؤدي إلى إنهاء خدمة الموظف العام عن طريق العزل من الوظيفة العامة كعقوبة أصلية أو تبعية أو كعقوبة تكميلية، والعقوبة التبعية هي عقوبة ثانوية تلحق بالعقوبة الأصلية وتتبعها، فلا تحتاج في توقيعها إلى النص عليها في منطوق الحكم^(١)، أما العقوبة التكميلية فهي عقوبة ثانوية لا تطبق إلا إذا نص عليها القاضي الجزائري في منطوق حكمه^(٢)، وهي نوعان، وجوبية بحيث يتعين على القاضي النص عليها صراحة في حكمه وإلا كان الحكم قابلاً للإبطال، وجوازية بحيث يكون للقاضي الحرية في أن يحكم بها إن شاء أو لا يحكم بها^(٣).

٢- أحكام جزائية رتب المشرع الإداري عليها إنهاء خدمة الموظف العام من الوظيفة العامة بقوة القانون.

وهذا الأمر من شأنه أن يقودنا إلى التساؤل حول ما إذا كان الحكم الجزائري المنهي للخدمة بالعزل الجزائي أو بقوة القانون من شأنه غل يد الجهة الإدارية في

(١) د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة ٢٠١٢، ص ٤٢٥.

(٢) د. علي عبد القادر القهوجي، د. أمين مصطفى محمد، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، طبعة ٢٠١١، ص ١٧٤؛ د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم العام، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، عام ١٩٨٧، ص ٣٨٠.

(٣) د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، طبعة ٢٠٠٩، ص ٥٣٠؛ د. سمير الشناوي، النظرية العامة للجريمة والعقوبة في قانون الجزاء الكويتي، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، المسؤولية الجنائية والعقاب، مطبوعات وزارة الداخلية، القاهرة، طبعة ١٩٨٨، ص ٢٠٩. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

ممارسة سلطتها التأديبية، بحيث يجب عليها إنهاء التحقيق الإداري إذا كانت قد شرعت فيه قبل صدور الحكم وعدم البدء فيه إذا لم تكن قد شرعت فيه قبل صدور الحكم المؤدي إلى عزل الموظف من الوظيفة العامة، سنجيب على هذا التساؤل من خلال دراسة للنصوص التشريعية في فرنسا ومصر والكويت.

أولاً: موقف المشرع الفرنسي.

تنتهي العلاقة الوظيفية بين الموظف العام والجهة الإدارية بعزل الموظف جزئياً كعقوبة أصلية أو تبعية أو تكميلية، حيث من المقرر بقانون العقوبات رقم ٩٢/٦٨٦ الصادر بتاريخ ١٩٩٢/٧/٢٢، عزل الموظف جزئياً وتكون العقوبة أصلية في الجرائم السياسية وبموجبها يتم عزل الموظف نهائياً من الوظيفة العامة، ويكون العزل عقوبة تبعية بالنسبة لكل العقوبات المقررة للجنايات، أما بالنسبة للجنايات فقد يحكم أحياناً بحرمان الموظف كلياً أو جزئياً من ممارسة حقوقه الوطنية والمدنية والأسرية الوارد ذكرها في المادة ٤٣ من قانون العقوبات ومن بينها منع المحكوم عليه من شغل الوظائف العامة كعقوبة تكميلية مؤقتة، وتعد عقوبة العزل في هذه الحالة عقوبة تكميلية جوازية أي أنها تخضع لسلطة القاضي التقديرية حيث ترك المشرع الأمر له لتقدير ملاءمة توقيع عقوبة العزل من الوظيفة العامة من عدمه^(١).

وقد حدد المشرع الجزائري مدة الحرمان من تولى الوظيفة العامة بالنسبة للموظف العام الذي يتم عزله من الوظيفة العامة كعقوبة تبعية أو تكميلية بحيث لا تتجاوز عشر سنوات بالنسبة للجنايات وخمس سنوات بالنسبة للجنايات^(٢).

أما المشرع الإداري فقد تبين من خلال الرجوع إلى قانون الوظيفة العامة الصادر في ١٩٨٣/٧/١٣ أنه نص في المادة ٢٤ على "أن إسقاط الحقوق المدنية

(١) قانون العقوبات الفرنسي المادة ٢٧/١٣١.

(٢) Salon serge : delinquance et repression disciplinaire dans la foncation publique these, paris, ١٩٦٩, P. ١٥٨

؛ د. وحيد محمود إبراهيم ، المرجع السابق، ص ٤٣٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أو المنع بحكم قضائي من شغل الوظيفة العامة يؤدي إلى استبعاد نهائي من شغل الوظائف وفقد صفة الموظف العام"، ولم يبين المشرع الوظيفي ماهية الحقوق المدنية والأحكام القضائية التي من شأنها فقدان هذه الحقوق مكتفياً في هذا الصدد بما تضمنته نصوص القانون الجزائري، وعليه فإن انتهاء العلاقة الوظيفية بين الموظف والجهة الإدارية بسبب صدور حكم جزائي يقع بقوة القانون دون أدنى سلطة للجهة الإدارية في هذا الشأن^(١).

أما عن أثر الحكم الجزائي القاضي بعزل الموظف جزائياً على التحقيق الإداري، فبالرجوع إلى التشريع الوظيفي تبين أنه لم يتضمن أي نص يقضي بمعاقبة الموظف العام بعد عزله من الوظيفة العامة جزائياً، الأمر الذي يستفاد منه أنه لا يجوز للجهة الإدارية إذا لم تكن قد شرعت في إجراء التحقيق الإداري أن تجر به مع الموظف العام المعزول جزائياً، أما إذا كانت الجهة الإدارية قد بدأت في التحقيق الإداري قبل صدور حكم بعزل الموظف جزائياً فإنه يجب عليها في هذه الحالة أن تصدر قرار بحفظ التحقيق^(٢)، أي أن توقيع عقوبة العزل الجزائي على الموظف العام من شأنها غلق ملف التحقيق الإداري^(٣).

ثانياً: موقف المشرع المصري.

قرر المشرع الجزائري عزل الموظف جزائياً كعقوبة تبعية أو تكميلية، كما أن المشرع الوظيفي قرر إنهاء الرابطة الوظيفية في حالات معينة نص عليها كأثر من آثار الحكم الجزائي.

١ - حالات العزل من الوظيفة العامة المقررة في التشريع الجزائري.

^(١) Alain plantey : traite pratique de la fonction publique, paris tome premier, ١٩٧١, p. ٤٨٠

^(٢) Jean claudesoyer : droit penal et prouceduer penale paris, ١٩٧٥, p. ١٤٠

^(٣) د. محمد محمود ندا، انقضاء الدعوى التأديبية، دراسة مقارنة الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة ،

عام ١٩٨١ ، ص ٢٤٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أولى المشرع الجزائري اهتماماً كبيراً بما قد يرتكبه الموظف العام من جرائم تمس الوظيفة العامة وتمثل هذا الاهتمام فيما تضمنته النصوص من جرائم مرتبطة بالوظيفة العامة وتشديد العقاب على الجرائم التي يشترك في ارتكابها الموظف العام مع المواطن العادي، وذلك عندما قرر العزل كعقوبة جزائية تبعية أو تكميلية، وجاء تعريف العزل من الوظيفة في المادة ٢٦ من قانون العقوبات رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ التي نصت على أن "الحرمان من الوظيفة نفسها، ومن المرتبات المقررة لها سواء كان المحكوم عليه بالعزل عاملاً بوظيفته وقت الحكم أو غير عامل فيها، ولا يجوز تعيينه في وظيفة أميرية أو نيّله أي مرتب"، وقرر في المادة ٢٥ من ذات القانون بأن الحكم بعقوبة جنائية يستلزم حرمان المحكوم عليه من بعض الحقوق والامتيازات ومن ضمنها القبول في أية خدمة في الحكومة مباشرة أو بصفة متعهد..."، ويقصد بالحرمان في هذه الحالة الحرمان شغل الوظيفة العامة ابتداء أو الاستمرار فيها.

وقد حدد المشرع العزل الجزائي في ثلاث صور.

الصورة الأولى: العزل كعقوبة جزائية تبعية، ويكون ذلك في حال صدور حكم بعقوبة جنائية على الموظف العام، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٥ من قانون العقوبات، والمعول عليه في العزل من الوظيفة العامة في هذه الحالة العقوبة وليس التكييف القانوني للجريمة، بحيث إذا حكم القاضي بعقوبة جنائية في جنحة فإن ذلك من شأنه عزل الموظف من الوظيفة كعقوبة تبعية، أما إذا كان الحكم يقضي بتوقيع عقوبة جنحة في جنحة فلا يترتب

على ذلك عزل الموظف كعقوبة تبعية للحكم الجزائي، ويكون العزل في هذه الحالة نهائي ويقع بقوة القانون^(١).

الصورة الثانية : العزل كعقوبة تكميلية وجوبية، وفي هذه الحالة يجب على القاضي أن يضمنها حكمه وذلك في جنايات بذاتها ولو قضي فيها بعقوبة جنحة، وكذلك في بعض الجنح وهي جرائم الرشوة واختلاس الأموال الأميرية والإكراه وسوء المعاملة من الموظفين لأفراد الناس، والتزوير وغيرها من الجرائم التي قرر لها المشرع العزل كعقوبة جزائية تكميلية، حيث نصت المادة ١٣١ من قانون العقوبات على " كل موظف عمومي أوجب على الناس عملاً في غير الحالات التي يجيز فيها القانون ذلك أو استخدم أشخاصاً في غير الأعمال التي جمعوا لها بمقتضى القانون يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنتين وبالعزل فضلاً عن الحكم عليه بقيمة الأجور المستحقة لمن استخدمهم بغير حق"، كما نصت المادة ١٣٢ من قانون العقوبات على أن " كل موظف عمومي أو مستخدم عمومي يتعدى في حالة نزوله عند أحد من الناس الكائنة مساكنهم بطريق مأموريته بأن أخذ منهم قهراً بدون ثمن أو ثمن بخس مأكولاً أو علفاً يحكم عليه بالحبس مدة لا تزيد عن ثلاثة شهور أو بغرامة لا تتجاوز مائتي جنية مصري، وبالعزل في الحالتين فضلاً عن الحكم برد ثمن الأشياء المأخوذة لمستحقها".

ويتضح من هذه النصوص أن المشرع استوجب عزل الموظف من الوظيفة العامة على أثر صدور حكم ضده في جناية أما إذا كان الحكم الصادر في جنحة

(١) د. أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام) دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الخامسة ١٩٩١ ، ص ٦٥٤ ، ما بعدها ؛ د. محمد سليمان الطماوي ، القضاء الإداري ، الكتاب الثالث المرجع السابق ، ص ٢٠٢ ، ص ٢٠٣ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

فإنه قد حدد على سبيل الحصر بعض الجرائم التي يترتب على صدور حكم بالإدانة فيها عزل مرتكبيها من الوظيفة العامة^(١).

الصورة الثالثة: العزل كعقوبة تكميلية جوازية، ويكون ذلك في حال إذا ترك المشرع الأمر للقاضي لتقدير ملاءمة توقيعها، فإذا رأى توقيعها وجب عليه أن ينص عليها صراحة في الحكم الجزائي القاضي بالإدانة، وعلى سبيل المثال ما نصت عليه المادة ٣١ من قانون العقوبات بقولها "يجوز فيما عدا الأحوال السابقة الحكم بعقوبات العزل من الوظيفة الأميرية ومراقبة البوليس والمصادرة وذلك في الأحوال المنصوص عليها قانوناً"^(٢).

أما عن أثر عقوبة العزل من الوظيفة كعقوبة جزائية تبعية أو تكميلية على المسؤولية التأديبية، فقد تغايرت وجهات نظر الفقه والقضاء في هذا الأمر بين من يرى أن الحكم الجزائي الذي يترتب عليه عزل الموظف من شأنه غلق ملف المسؤولية التأديبية سواء شرعت الجهة الإدارية في التحقيق الإداري أم لم تشرع فيه، وبين من يرى أن الحكم ليس من شأنه غلق ملف المسؤولية التأديبية، حيث ذهب رأي من الفقه إلى أن "انتهاء خدمة الموظف العام عن طريق العزل كعقوبة جزائية لا يؤثر على سير التحقيق الإداري ويمكن للجهة الإدارية في هذا الصدد أن تقوم بممارسة حقها في التأديب لتوقيع عقوبات تأديبية، إذا رأت ملاءمة لذلك، وإن كانت جهة التحقيق الإداري في الغالب من الأمور تكتفي بتوقيع عقوبة العزل الجزائي"^(٣).

وذهب رأي آخر من الفقه إلى " أن عزل الموظف كعقوبة تبعية أو تكميلية نتيجة لصدور حكم جزائي بإدانته هو عقوبة تأديبية ولا يغير من طبيعتها ورود النص عليها في القانون الجزائي فالعزل الوظيفي في هذه الحالة شأنه شأن أي عقوبة تأديبية أخرى

(١) د. محمد سليمان الطماوي، الجريمة التأديبية، دراسة مقارنة، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة ١٩٧٥، ص ٢٣٤.

(٢) د. محمد محمود ندا، المرجع السابق، ص ٢٣٩، ص ٢٤٠.

(٣) د. محمد سليمان الطماوي، الجريمة التأديبية، المرجع السابق، ص ٢٣٥.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

تصيب الموظف في حياته الوظيفية، وذلك عكس العقوبات الجزائية التي تصيب الموظف في بدنه أو حرته أو شرفه أو اعتباره، ومن ثم فلا يجوز بعد عزل الموظف كأثر للحكم الجزائي إعادة مجازاته بأي جزاء آخر عن الفعل نفسه الذي أدين به جزائياً، وإلا كان في ذلك تكرار محظور للعقاب التأديبي^(١).

ونحن من جانبنا نرى أنه وللوقوف على أثر الحكم الجزائي المؤدي إلى إنهاء خدمة الموظف العام كعقوبة جزائية على التحقيق الإداري يجب التفرقة بين أمرين، الأول إذا كان الحكم الجزائي صدر قبل شروع الجهة الإدارية في إجراء التحقيق ففي هذه الحالة الأصل أنه لا يجوز للسلطة التأديبية إجراء تحقيق إداري مع الموظف إلا إنه يستثنى من ذلك الفعل الذي يترتب عليه ضياع حق مالي من حقوق الخزنة العامة، حيث يجوز للجهة الإدارية في هذه الحالة أن تجري تحقيق إداري مع الموظف وتعاقبه تأديبياً بالرغم من انتهاء العلاقة الوظيفية بينه وبين الجهة الإدارية، والأمر الثاني إذا كانت الجهة الإدارية بدأت التحقيق الإداري مع الموظف فإنه لا أثر للحكم الجزائي على التحقيق الإداري حيث يجوز لها الاستمرار في إجراءات التحقيق الإداري مع الموظف ومساءلته تأديبياً، وهذا ما قرره المادة ٦٤ من قانون الخدمة المدنية رقم ١٨ لسنة ٢٠١٥ عندما نصت على "لا يمنع انتهاء خدمة الموظف لأي سبب من الأسباب عدا الوفاة من محاكمته تأديبياً إذا كان قد بدئ التحقيق قبل انتهاء مدة خدمته، ويجوز في المخالفات التي يترتب عليها ضياع حق من حقوق الخزنة العامة للدولة إقامة الدعوى التأديبية، ولو لم يكن قد بدأ التحقيق قبل انتهاء الخدمة وذلك لمدة خمس سنوات من تاريخ انتهائها.

ويجوز أن يوقع على من انتهت خدمته غرامة لا تجاوز عشرة أضعاف أجره الوظيفي الذي كان يتقاضاه في الشهر عند انتهاء الخدمة، استثناء من أحكام قانون التأمين الاجتماعي المشار إليه، وتستوفي الغرامة المشار إليها بالفقرة السابقة من المعاش بما لا يجاوز رבעه أو بطريق الحجز الإداري".

(١) د. عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٦٥ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المستفاد من المادة سالفه الذكر بأن انتهاء خدمة الموظف لأي سبب من الأسباب لا يمنع الجهة الإدارية من مساءلته تأديبياً وذلك في حالتين الأولى إذا كانت الجهة الإدارية بدأت التحقيق مع الموظف قبل تحقق سبب انتهاء الخدمة، والثانية إذا كان الأمر يتعلق بضياع حق مالي للخزانة العامة أو للجهة التي يعمل بها الموظف سواء كان اكتشاف المخالفة قبل تحقق سبب انتهاء الخدمة أو بعده شريطة ألا يكون قد مضى خمس سنوات على تاريخ انتهاء الخدمة، كما اختص المشرع الموظف المنتهية خدمته بعقوبة بخلاف العقوبات التي قررها على الموظفين العموميين الذين مازالوا في الخدمة وهي عقوبة الغرامة وجعل لها حداً أقصى وهو عشرة أضعاف الأجر الوظيفي الذي كان يتقاضاه الموظف في الشهر عند انتهاء الخدمة، وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة الإدارية العليا حيث ذهبت في أحد أحكامها إلى أن "إذا ما بدأت جهة الإدارة التحقيق مع العامل قبل انتهاء مدة خدمته فإنه لا يمنع انتهاء خدمته بعد بدء التحقيق لأي سبب من الأسباب من مساءلته تأديبياً سواء من خلال السلطة الرئاسية أو المحاكمة التأديبية بحسب الأحوال- في هذه الحالة توقع على العامل إحدى العقوبات التأديبية المحددة في نص المادة ٨٠ من قانون العاملين المدنيين بالدولة - لا يحول دون إعمال هذه القاعدة القول بأن بعض الجزاءات الواردة بهذه المادة لا يصادف محلاً إذا أوقعته المحكمة على من ترك الخدمة بحسب طبيعتها مع حقيقة انتهاء الخدمة مثل عقوبة الوقف عن العمل، ذلك أن باقي الجزاءات جميعاً تجد محلاً لتطبيقها على العامل الذي انتهت خدمته - أساس ذلك: أثر الجزاء سيرتد إلى تاريخ ارتكاب الواقعة المشكلة للمخالفة التأديبية الموقع عنها الجزاء وسيرتد أثرها على مستحقته في المرتب والمعاش وغيرها من المستحقات التأمينية والمعاشية"^(١).

وتأكيداً من ذات المحكمة لهذا الاتجاه ذهبت في حكم آخر لها إلى أن "القاعدة العامة هي وجوب المساءلة التأديبية لكل عامل مازال بالخدمة ويخرج على مقتضى

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن ٢٤٩ لسنة ٣٣ ق.ع، جلسة ١٩٨٩/٥/٢٧، سنة المكتب الفني " ٣٤ " ص ١٠٤٨، القاعدة رقم (١٥٢).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الواجب الوظيفي - مؤدى ذلك - لا يجوز مجازاة أو محاكمة العمل الذي انتهت خدمته - المشرع خرج على هذا الأصل العام حالة ما إذا ارتكب العامل مخالفة تأديبية قبل انتهاء خدمته وذلك في حالتين محددتين هما (١) إذا كان قد بدأ في التحقيق قبل انتهاء خدمته (٢) ارتكاب العامل مخالفة تأديبية ترتب عليها ضياع حق مالي للخزانة العامة أو الجهة التي كان يعمل بها بشرط إقامة الدعوى التأديبية قبله خلال الخمس سنوات التالية لتاريخ انتهاء خدمته ولو لم يكن قد بدئ في التحقيق قبل انتهاء خدمته" (١).

وعليه فإن القضاء الإداري قرر أحقية الجهة الإدارية في استكمال التحقيق الإداري الذي بدأت مع الموظف العام الذي صدر ضده حكم جزائي يقضي بعزله من الوظيفة العامة كعقوبة جزائية تبعية أو تكميلية، أما إذا لم تكن قد بدأت جهة الإدارة التحقيق مع الموظف فإنه لا يحق لها في هذه الحالة أن تشرع في إجراءه ما لم تكن الواقعة المرتكبة من قبله تشكل مخالفة مالية ففي هذه الحالة يحق للجهة الإدارية أن تجري مع الموظف تحقيق إداري وتساؤه تأديبياً عن ذلك.

٢- إنهاء الخدمة كأثر من آثار الحكم الجزائي استناداً لأحكام التشريع الوظيفي.

لم يكتف المشرع الوظيفي بالنص على العزل من الوظيفة العامة في قانون الجزاء، بل قرره بصورة أخرى في قانون الخدمة المدنية رقم ١٨ لسنة ٢٠١٥ وذلك عندما نص في المادة ٧/٦٦ منه على أن "تنتهي خدمة الموظف بسبب الحكم عليه بعقوبة جنائية أو بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة أو تفقده الثقة والاعتبار".

وإعمالاً لحكم هذا النص فإن خدمة الموظف العام تنتهي إذا صدر ضده حكم جزائي بعقوبة جنائية في جريمة من الجرائم التي حددها قانون العقوبات أو التي

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في طعن رقم ١٦٧٤ لسنة ٣١ ق.ع - جلسة ١٩٩٦/٢/٢٧ سنة المكتب

الفني " ٤١ " الجزء الأول ص - ٦٤٥ - القاعدة رقم (٧٦).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

نظمتها قوانين خاصة أو بصدور حكم عليه بأية عقوبة مقيدة للحرية بغض النظر عما إذا كانت الجريمة تشكل جناية أو جنحة ولكن بشرط أن تكون الجريمة التي ارتكبها مخلة بالشرف أو الأمانة.

أما عن أثر هذا الحكم على التحقيق الإداري، فإن من شأنه غل يد الجهة الإدارية في معاقبة الموظف العام عن ذات الفعل سواء كانت قد بدأت التحقيق الإداري قبل صدور الحكم الجزائي أم لم تبدأ فيه، لكون أن الحكم الجزائي يعد في هذه الحالة من قبيل العقوبات التأديبية، حيث استقر القضاء الإداري على أن إنهاء الخدمة في هذه الحالة يعد عقوبة تأديبية، وذلك عندما ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى أن "إنهاء خدمة العامل بسبب الحكم عليه في جريمة مخلة بالشرف - عقوبة تأديبية" (١).

ثالثاً : موقف المشرع الكويتي.

يتشابه الوضع في الكويت مع الوضع في مصر بشأن أثر الأحكام الجزائية على الوضع الوظيفي للموظف العام ومن ثم على أحقية الجهة الإدارية في مساءلة الموظف تأديبياً عن الواقعة محل الحكم الجزائي، حيث إنه بالرجوع إلى التشريعات الكويتية نجد أن المشرع الجزائي قرر إنهاء الرابطة الوظيفية للموظف العام كأثر من آثار الحكم الجزائي كعقوبة جزائية تبعية أو تكميلية، كما قرر المشرع الإداري إنهاء الرابطة الوظيفية بقوة القانون في حالات معينة كأثر من آثار الحكم الجزائي الصادر بالإدانة.

١- العزل من الوظيفة استناداً إلى التشريع الجزائي.

نص المشرع في قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته على العزل من الوظيفة العامة كعقوبة جزائية تبعية أو تكميلية، حيث عرف العزل من الوظيفة العامة في المادة ٧١ بقوله "هو الحرمان من الوظيفة نفسها

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٧٩٩ لسنة ٣٤ ق في جلسة ١١/١٢/١٩٩٠، أنظمة

صلاح الجاسم .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ومن المرتبات المقررة لها ومن جميع المزايا المرتبطة بها، فإن كان المحكوم عليه وقت صيرورة الحكم واجب النفاذ غير موظف فقد صلاحيته لشغل أية وظيفة عامة"، وقرر له صورتين:-

(١) الصورة الأولى: العزل من الوظيفة العامة كعقوبة تبعية، ويكون في حال صدور حكم ضد الموظف العام بعقوبة جنائية دون حاجة لأن ينطق بها القاضي^(١)، هذا ما قرره المشرع في المادة ٦٩ من قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠، التي جاء نصها على النحو التالي "إذا كان المحكوم عليه بعقوبة جنائية يتمتع وقت صيرورة الحكم بحق من الحقوق المنصوص عليها في المادة السابقة، تعين حرمانه ذلك"، والحقوق التي قررت المادة ٦٨ من قانون الجزاء حرمان المتهم منها حق تولي الوظائف العامة ابتداء أو استمرار، ومن ثم فإن الحكم الجزائي القاضي بتوقيع عقوبة جنائية على الموظف العام يستتبع بقوة القانون عزل المحكوم عليه من الوظيفة العامة والعزل في هذه الحالة يكون عزل دائم.

(١) د. محمد حسين محمد جاسم العنزي، الإجراءات الجنائية الوقائية في التشريع الكويتي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، عام ٢٠١١، ص ٢٦٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

(٢) وعليه فإن الموظف العام يعزل من وظيفته جزائياً كعقوبة تبعية دون احتياج أن ينص عليها القاضي في حكمه إذا صدر ضده حكم جزائي بالإدانة بعقوبة جنائية أثناء توليه الوظيفة العامة^(١).

الصورة الثانية: عزل الموظف من الوظيفة العامة كعقوبة تكميلية وجوبية، وفي هذه الحالة يجب على القاضي أن يضمنها حكمه وإلا أصبح حكمه باطلاً، وحالات العزل من الوظيفة العامة كعقوبة تكميلية وجوبية تتحقق إذا حكم على الموظف العام بعقوبة جنحة في الجرائم التي نص عليها المشرع في المواد ٤٤ إلى ٤٨ و ١/٥٨ و ٧٠ من قانون الجزاء، حيث نصت المادة رقم ٥٠ من قانون الجزاء على أنه "فضلاً عن العقوبات المقررة للجرائم المذكورة في المواد ٤٤ إلى ٤٨ من هذا القانون يحكم على الجاني بالعزل والرد وبغرامة مساوية لقيمة ما اختلسه أو استولى عليه من مال أو منفعة أو ربح"، كما نصت المادة ٥٨ مكرر من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل بعض أحكام قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ على "يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنتين وبالعزل كل موظف عام مختص امتنع عمداً عن تنفيذ حكم قضائي واجب النفاذ بعد مضي ثلاثين يوماً على إنذاره على يد مندوب الإعلان، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد على ثلاثة آلاف دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا استعمل الموظف سلطة وظيفته في وقف تنفيذ الحكم. تتولى النيابة العامة دون غيرها سلطة التحقيق والتصرف والادعاء في هذه الجريمة، تنقضي الدعوى الجزائية في أي مرحلة تكون عليها، إذا بادر الموظف بتنفيذ الحكم"، وجاءت المادة (٧٠) من قانون الجزاء بحالة أخرى للعزل من الوظيفة العامة كعقوبة تكميلية وجوبية عندما نصت على " يجب على

(١) د. مبارك عبد العزيز النويبت، شرح القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، الطبعة

الأولى، مطبوعات جامعة الكويت، عام ١٩٩٧، ص ٣٧١.

القاضي، إذا حكم على الموظف بعقوبة جنحة من أجل رشوة أو تعذيب متهم لحمله على الاعتراف أو الاستعمال سلطة الوظيفة لمجرد الأضرار بأحد الأفراد أو استعمال أختام رسمية على نحو يخالف القانون أو تزوير أن يقضي بعزله من الوظيفة مدة يحددها الحكم بحيث لا تقل عن سنتين ولا تزيد عن خمس سنوات".

(٣)

أما عن أثر الحكم الجزائي القاضي بالعزل من الوظيفة العامة على التحقيق الإداري، فإن معاقبة الموظف العام جزائياً بعقوبة العزل من شأنها أن تغل يد الجهة الإدارية في مساءلة الموظف العام تأديبياً سواء شرعت في التحقيق قبل صدور الحكم أو لم تشرع فيه ومن ثم غلق ملف المسؤولية التأديبية، ومرد ذلك سببين: الأول أن المشرع الوظيفي لم يضمن قانون الخدمة المدنية والمرسوم بنظام الخدمة المدنية نصاً يقضي بمعاقبة الموظف عقب انتهاء خدمته، والثاني انفصام العلاقة الوظيفية بين الجهة الإدارية والموظف بصدور حكم بالعزل الجزائي، ومن ثم لا يحق للجهة الإدارية التي تجد سندها في معاقبة الموظف في العلاقة الوظيفية التي تربط الموظف بالجهة الإدارية مساءلة الموظف المنتهية خدمته تأديبياً لكون أن الأساس القانوني للجهة الإدارية يدور وجوداً وعدمياً مع استمرار العلاقة الوظيفية، حتى وإن كانت الجهة الإدارية قد بدأت التحقيق الإداري قبل صدور الحكم القاضي بالعزل الجزائي كعقوبة تبعية أو تكميلية فإنه لا يحق لها معاقبة الموظف بعد عزله جزائياً، وبعد القرار الإداري الصادر من الجهة الإدارية بالعزل في هذه الحالة قراراً كاشفاً لوضع قانوني قائم بموجب الحكم وليس قراراً منشئاً، كما لا يشترط أن يصدر القرار في هذه الحالة من قبل الجهة الإدارية ولكن صدوره يجب أن يكون من قبل المختص قانوناً بذلك، فإذا كانت جهة التحقيق الإداري قد فصلت في المسؤولية التأديبية قبل البت في المسؤولية الجزائية بمعاقبة الموظف العام فإن الحكم الجزائي لا يمس قرار جهة التحقيق الإداري، استناداً لاستقلال المسؤولية التأديبية عن المسؤولية الجزائية، وعليه يمكن توقيع عقوبتين أحدهما تأديبية والأخرى جزائية دون أن يعد ذلك تعدداً أو ازدواجاً في توقيع العقوبة طالما أن القرار صدر قبل تحقق سبب إنهاء الخدمة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

إلا إنه استثناء مما سبق، فإن الحكم الجزائي الذي ترتب عليه انتهاء خدمة الموظف العام لا يؤدي إلى غلق ملف المسؤولية التأديبية إذا كان الفعل الذي ارتكبه الموظف يشكل مخالفة مالية من المخالفات التي وردت في المادة ٥٢ من قانون ديوان المحاسبة رقم ٣٠ لسنة ١٩٦٤ على سبيل الحصر، والجهة المناط بها إجراء التحقيق الإداري في هذه الحالة ليست الجهة الإدارية التي كان يتبعها الموظف العام قبل صدور حكم العزل وإنما ديوان المحاسبة استناداً لأحكام المادة (٧١) من نفس القانون التي نصت على "تجوز إقامة الدعوى التأديبية على الموظف الذي يكون قد ترك الخدمة لأي سبب كان بشرط ألا تكون الدعوى قد سقطت بمضي المدة وفقاً لأحكام المادة السابقة"، وقد حدد المشرع في المادة (٧٢) الجزاءات التي يجوز توقيعها على الموظف المنتهية خدماته في المادة ٧١ وهي:-

- الحرمان من معاش التقاعد مدة لا تزيد على ثلاثة شهور.

- الحرمان من كل أو بعض المعاش أو المكافأة من تاريخ الحكم.

- غرامة لا تقل عن عشرة دنانير ولا تجاوز المرتب الذي كان يتقاضاه عن الشهر الذي وقعت فيه المخالفة.

وتستوفي هذه الغرامة بالخصم من معاشه أو مكافأته، أن وجدت وذلك في الحدود القانونية المقررة، أو بالطريق والإجراءات المتبعة في تحصيل الأموال العامة".

٢- إنهاء خدمة الموظف العام استناداً لأحكام التشريع الوظيفي.

تبين من الرجوع إلى التشريع الوظيفي أنه رتب على المسؤولية الجزائية للموظف أثراً مباشراً في مركزه القانوني ومن ثم على مسؤوليته التأديبية، حيث قرر بالمرسوم بنظام الخدمة المدنية الشروط الواجب توافرها لشغل الوظيفة العامة، وقد ضمن هذه الشروط في المادة الأولى منه شرطاً يقضي بالألا يكون المرشح للوظيفة قد سبق الحكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية في جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، ما لم

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

يكن رد إليه اعتباره في الحالتين، وذلك مع مراعاة أحكام القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ (في شأن عدم إثبات السابقة الجزائية الأولى)، وهذا شرط ليس فقط لشغل الوظيفة وإنما أيضاً شرطاً لاستمراره في الوظيفة العامة، حيث قرر المشرع في قانون الخدمة المدنية الحالات التي تنتهي بها خدمة الموظف على أثر الحكم الجزائي، وذلك عندما نص في المادة (٥/٣٢) على " تنتهي خدمة الموظف إذا حكم عليه بعقوبة مقيدة للحرية في جنابة أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة....".

مفاد ذلك أن المشرع الوظيفي حدد حالتين يترتب عليهما إنهاء خدمة الموظف العام بقوة القانون، الأولى: الحكم على الموظف بعقوبة مقيدة للحرية في جنابة، وقد عرف المشرع الجزائي في المادة رقم (٣) من قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ الجنايات عندما قرر "الجنايات بأنها الجرائم المعاقب عليها بالإعدام أو بالحبس المؤبد أو بالحبس المؤقت مدة تزيد على ثلاث سنوات"، والثانية: الحكم على الموظف في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة بعقوبة مقيدة للحرية، فالعبرة في هذه الحالة ليست بالتكليف القانوني للفعل وإنما بنوع الجريمة وما إذا كانت من الجرائم المخلة بالشرف أو الأمانة من عدمه وكذلك بنوع العقوبة.

(٤) وإعمالاً لهذا النص فإنه يجب إنهاء خدمة الموظف العام الذي يصدر ضده حكم في جنابة أو جريمة مخلة بالشرف والأمانة بعقوبة مقيدة للحرية شريطة أن يكون حكماً نهائياً أي حائزاً لقوة الأمر المقضي به، وهذا الأمر يتحقق متى كان الحكم غير قابل للطعن، أو انقضت المواعيد المقررة للطعن عليه وذلك باستنفاد

طرق الطعن العادية دون الالتفات في هذا الشأن لطرق الطعن الغير عادية) الالتماس بإعادة النظر والتمييز(1).

ويترتب على إنهاء خدمة الموظف بقوة القانون غل يد الجهة الإدارية في مساءلة الموظف العام بحيث يؤدي إلى انتهاء التحقيق الإداري إذا كانت قد شرعت في التحقيق قبل صدور الحكم الجزائي، وعدم إجرائه إذا لم تكن قد شرعت فيه قبل صدور الحكم الجزائي على أساس أن الحكم الجزائي في هذه الحالة يعد عقوبة تأديبية وفي حالة قيام الجهة الإدارية بمعاقبة الموظف بعقوبة أخرى بخلاف إنهاء خدمته بقوة القانون التي تحققت من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً فإن ذلك يعد ازدواجاً في العقوبة التأديبية، وهذا غير جائز قانوناً، إذ أن من المستقر عليه في الفقه والقضاء أن الحكم الجزائي المؤدي إلى إنهاء خدمة الموظف العام استناداً لأحكام التشريع الوظيفي يعد

(٢) (١) د.نعيم عطية، إنهاء خدمة الموظف بحكم جنائي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد

الثاني، السنة ١٢، عام ١٩٦٨، ص ٤٧٩ إلى ص ٤٨٩؛ د. عادل الطبطبائي، الوسيط

في قانون الخدمة المدنية، دراسة تحليلية وتطبيقية لأحكام القضاء الكويتي وقرارات

مجلس الخدمة المدنية وفتاوى إدارة الفتوى والتشريع وديوان الموظفين، مكتبة الدراسات

والاستشارات القانوني وحدة التأليف والترجمة والنشر، الطبعة الثالثة (معدلة) عام

١٩٩٨، ص ٦٧٠.

٣) _

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

عقوبة تأديبية بخلاف ما هو مقرر بشأن الحكم الجزائي القاضي بعزل الموظف جزائياً سواء كعقوبة تبعية أو عقوبة تكميلية فهو يشكل عقاب جزائي وليس عقاب تأديبي .

عقب استعراضنا لحالات إنهاء الخدمة المترتبة على صدور حكم جزائي سواء بالعزل الجزائي أو بقوة القانون استناداً للتشريع الإداري وأثرها على التحقيق الإداري في تشريعات الدول محل الدراسة تبين لنا الآتي :-

أ- اتفقت تشريعات الدول محل الدراسة في شأن تقريرها العزل من الوظيفة العامة كعقوبة جزائية تبعية .

ب- اختلف القانون الفرنسي مع القانونين المصري والكويتي بشأن تقرير العزل من الوظيفة العامة كعقوبة جزائية أصلية، فالأول أقرها في حين لم يقرها الآخران.

ج- اتفق الرأي في الدول محل الدراسة على أن العزل الجزائي من شأنه غل يد الجهة الإدارية في مساءلة الموظف تأديبياً في المخالفات الإدارية إذا لم تكن قد شرعت في إجراء التحقيق الإداري فيها قبل تحقق سبب انتهاء الخدمة والسند في ذلك يرجع إلى أمرين الأول التشريع الوظيفي الذي لم يتضمن نصاً يقضي بذلك، والثاني انتفاء السند القانوني للجهة الإدارية التي تستمد منه أحقيتها في معاقبة الموظف المتمثل في العلاقة الوظيفية التي تربط الموظف العام بالجهة الإدارية.

د- اختلف القانون المصري مع القانونين الفرنسي والكويتي بشأن عدم ترتيب أثر للحكم الجزائي على التحقيق الإداري الذي بدأ قبل صدور حكم بعزل الموظف جزائياً، فالأول لم يرتب أثر للحكم الجزائي على التحقيق الإداري بحيث يحق الجهة الإدارية مساءلة الموظف تأديبياً على الرغم من انتهاء خدمته في حين أن الآخرين جعلوا الحكم سبب لانتهاء التحقيق الإداري.

د- اختلف القانون الفرنسي مع القانونين المصري والكويتي بشأن أثر الحكم الجزائي القاضي بعزل الموظف جزائياً على التحقيق الإداري في المخالفات المالية، فالأول رتب على العزل غل يد الجهة الإدارية في مساءلة الموظف تأديبياً سواء شرعت في التحقيق قبل صدور الحكم الجزائي أم لم تشرع فيه، في حين أن القانونين المصري والكويتي لم يرتبا أثراً للحكم الجزائي القاضي بعزل الموظف كعقوبة جزائية تبعية أو تكميلية على أحقية الجهة الإدارية في مساءلة الموظف تأديبياً عن أفعاله التي تشكل مخالفة مالية، بحيث يجوز لها مساءلة الموظف الذي انتهت خدماته تأديبياً عن الفعل الذي يشكل مخالفة مالية سواء كان التحقيق بدأ قبل تحقق سبب انتهاء الخدمة أو لم يبدأ، ونحن من جانبنا نستحسن موقف المشرع المصري والكويتي لما في ذلك من حرص على الأموال العامة بحيث لا يفلت الموظف الذي يرتكب مخالفة مالية من المسؤولية التأديبية بانتهاء خدمته ما من شأنه أن يجعل الموظفين العموميين أكثر حرصاً على المال العام.

المطلب الرابع

حالة تعارض الحكم الجزائي مع القرار التأديبي

تمهيد وتقسيم:-

إذا انتهى التحقيق الإداري قبل البت في المسؤولية الجزائية وجاء الحكم الجزائي متوافقاً مع قرار التحقيق الإداري، فلا يكون هناك ثمة مشكلة، ولكن تظهر صعوبة الأمر عندما يصدر القرار التأديبي قبل صدور الحكم الجزائي ثم يأتي الحكم الجزائي مغايراً تماماً لما انتهى إليه القرار التأديبي وفي هذه الحالة نكون بصدد فرضيتين:-

الفرضية الأولى: صدور قرار بحفظ التحقيق الإداري في المخالفة استناداً لعدم ثبوت الواقعة من الناحية المادية، ثم يصدر الحكم الجزائي قاضياً بالإدانة استناداً على ثبوت الركن المادي للفعل.

الفرضية الثانية: صدور قرار بمعاينة الموظف على أساس ثبوت الواقعة، ثم يصدر الحكم الجزائي قاضياً بالبراءة استناداً إلى انعدام الوجود المادي للواقعة، أو أن الفاعل شخص آخر، إذ أن الحكم الجزائي الصادر مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بالبراءة بناء على أسباب أخرى لا ينال حجية أمام الجهة الإدارية كما سبق أن اشرنا.

وعليه سوف نستعرض هذا المطلب في فرعين على النحو التالي:-

الفرع الأول : أثر حكم الإدانة على قرار التحقيق الإداري القاضي بنفي الواقعة.

الفرع الثاني : أثر حكم البراءة على قرار التحقيق الإداري القاضي بالإدانة.

الفرع الأول

أثر حكم الإدانة على قرار التحقيق الإداري القاضي بنفي الواقعة

تعد المسائل الجزائية من النظام العام، وقد يصدر الحكم الجزائي بإدانة الموظف عن خطأ ما ثم يأتي قرار جهة التحقيق الإداري بما يفيد براءته من هذا الخطأ، ومن هذا المنطلق يثار تساؤل عن أثر الحكم الجزائي القاضي بالإدانة على قرار التحقيق الإداري القاضي بحفظ التحقيق، في صدد الإجابة على ذلك أثير جدل فقهي في هذا الأمر حيث انقسم رأي الفقه إلى اتجاهين:-

الاتجاه الأول: ذهب إلى أنه " لا يوجد ثمة مانع أو قيد على الجهة الإدارية بأن تعيد مساملة الموظف تأديبياً في ضوء الحكم الجزائي الصادر بالإدانة لكون أن الجهة الإدارية لم تستنفذ سلطتها أو اختصاصها تماماً، إذ أنها عندما برأته كان ذلك استناداً إلى عدم ثبوت المخالفة بحقه، والتي تأكدت لاحقاً بموجب الحكم الجزائي بأدلة يقينية وثبوتية لا يحوطها أدنى شك بارتكاب الموظف الجريمة محل الإدانة"^(١)، فمن ثم يحق لجهة التحقيق الإداري أن تستعمل سلطتها التأديبية من جديد في ضوء الحكم الجزائي الذي يتعين عليها أن تنقيد به، ومن ناحية أخرى فإن مساملة الموظف استناداً إلى الحكم الجزائي بعد صدور قرار تأديبي بالحفظ لا يمثل ازدواجاً للعقوبة، مادام الفرض

(١) م. مغاوري محمد شاهين، المساملة التأديبية، المرجع السابق، ص ٢٣٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أن الموظف قد برئ في المرة الأولى، وأن هذا الأمر يسري حتى لو كان القرار صادر من سلطة قضائية وذلك حتى تعمل هذه السلطة ولايتها من جديد في ضوء الحكم الجزائي الذي يتعين عليها أن تتقيد به^(١).

الاتجاه الثاني: ذهب إلى أن "جهة التحقيق الإداري طالما مارست اختصاصها التأديبي، وترتب على ذلك مراكز قانونية فلا يجوز لها إذن المساس بهذه المراكز بإعادة المساءلة التأديبية، ويرجع ذلك إلى استقلال كل من السلطتين التأديبية والجزائية، واختلاف التكييف القانوني وأركان كل منهما"^(٢).

ونحن من جانبنا نتفق مع الاتجاه الأول القاضي بأن صدور قرار أو حكم تأديبي يقضي ببراءة الموظف عن مخالفة أثبتتها حكم جزائي وتشكل مخالفة تأديبية في نفس الوقت لا يمنع الجهة الإدارية من أحقيتها في إعادة مساءلة الموظف العام تأديبياً وتوقيع الجزاء المناسب لهذه المخالفة عملاً بحجية الحكم الجزائي، ولا يشكل ذلك ازدواجاً في العقوبة، إضافة إلى أن قرار حفظ التحقيق الذي اتخذته جهة التحقيق الإداري صدر في ضوء ما توصلت إليه من عدم ثبوت المخالفة التأديبية بحق الموظف، أما وقد ثبت لها اقترافه المخالفة من خلال ثبوت ذلك بموجب حكم جزائي له حجيته، فإن هذا الأمر يفتح لها المجال مرة أخرى في ممارسة سلطتها التأديبية وإنزال العقوبة التأديبية التي ترى أنها متناسبة مع جسامة المخالفة المرتكبة منه.

الفرع الثاني

أثر حكم البراءة على قرار التحقيق الإداري القاضي بالإدانة
تتعلق الحالة الماثلة بصدور قرار تأديبي بإدانة الموظف ثم يأتي الحكم الجزائي قاضياً بالبراءة، وهنا يجب التفرقة بين ما إذا كانت العقوبة التأديبية

(١) د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٢٨٨، ص ٢٨٩.

(٢) د. عبد الفتاح حسن، المرجع السابق، ص ٢٩٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

قد وقعت بموجب قرار تأديبي أم بموجب حكم قضائي، ففي الحالة الأولى، إذا كانت العقوبة التأديبية وقعت على الموظف العام بموجب قرار إداري لم تمض المواعيد المقررة للطعن عليه، فقد استقر رأي الفقه والقضاء الإداري في فرنسا ومصر والكويت على أنه في استطاعة صاحب الشأن أن يتوجه بالطعن على القرار التأديبي أمام الجهة المختصة ويطلب سحب هذا القرار، ويكون النظر في هذا الطعن في ضوء الحكم الجزائي الذي نفى الوجود المادي للواقعة^(١).

أما إذا كان القرار الإداري التأديبي محل الواقعة التي تم نفيها جزئياً قد مضت المواعيد المقررة للطعن عليه بالإلغاء، ففي فرنسا استقر قضاء مجلس الدولة الفرنسي على أن صدور حكم جزائي بالبراءة لا يشكل واقعة جديدة تؤدي إلى فتح ميعاد الطعن القضائي بالإلغاء ضد القرار التأديبي إلا إنه يحق للموظف العام أن يقدم تظلاً إدارياً لإعادة النظر في القرار التأديبي في ضوء الحكم الجزائي وللجهة الإدارية مطلق الحرية في الاستجابة للتظلم الإداري أو عدم الاستجابة له، كما يملك الموظف إثارة عدم مشروعية الإجراء التأديبي إذا قدم دعوى تعويض عن الأضرار المادية والمعنوية التي لحقت به من جراء القرار التأديبي^(٢).

وفي مصر، ذهب رأي من الفقه إلى أن " صدور الحكم الجزائي بنفي الواقعة ما يشكل ظرفاً جديداً يجيز لصاحب الشأن أن يتوجه به إلى مصدر القرار يطلب منه سحب قراره فإذا لم تستجب الجهة الإدارية بسحب القرار، ففي هذه الحالة يحق له الطعن على القرار الصادر بالرفض خلال المواعيد القانونية التي قررها المشرع للطعن"^(٣)، وذهب د. سليمان الطماوي إلى أنه " في هذه الحالة يقوم التعارض بين الحكم الجنائي وبين القرار أو الحكم

(١) د. عزيزة الشريف، مسالة الموظف العام في الكويت، المرجع السابق، ص ١٨٦.

(٢) د. علي خطار شطناوي، المرجع السابق، ص ٣١٧.

(٣) م. مغاوري محمد شاهين، القرار التأديبي المرجع السابق، ص ٢٣١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

التأديبي، وهنا لا بد من احترام الحجية المطلقة للحكم الجنائي، وإعمال مقتضاها وإهدار القرار أو الحكم التأديبي" (١).

وفي الكويت، فقد استقر رأي الفقه على أنه "إذا رأت الإدارة أن الجزاء التأديبي الذي أوقعتة على موظف لم يكن قائماً على سبب يبرره فإن المصلحة العامة والحالة هذه تقتضي سحبه، في أي وقت دون التقيد بميعاد ولا يمكن القول بأن للإدارة مصلحة في الإبقاء على عقوبة وقعت بغير ميرر" (٢).

ونحن من جانبنا نرى أن في معاقبة موظف على خطأ ثبت بحكم جزائي براءته منه تجاوزاً للعدالة، لذا يجب على الجهة الإدارية في هذه الحالة أن تقوم باتخاذ الإجراء اللازم نحو سحب القرار وإصدار قرار بحفظ التحقيق، ففي صدور حكم جزائي نهائي بالبراءة ما يثبت أن القرار التأديبي قد صدر بناء سبب غير قائم.

وفي الحالة الثانية: إذا كانت العقوبة وقعت على الموظف العام بموجب حكم تأديبي، وهذه الحالة لا تثور إلا في مصر كونها من الدول التي تأخذ بالنظام الشبه قضائي في التأديب ولكون أن فرنسا والكويت من الدول التي تأخذ بالنظام الرئاسي في التأديب، وفي هذه الحالة نكون أمام فرضين، الأول: إذا لم يكن هذا الحكم قد حاز حجية الأمر المقضي فيه باستيفاء مرحلة الطعن سواء بالطعن عليه أمام المحكمة الإدارية العليا، أو بفوات مواعيد الطعن، فوفقاً للتوسع الذي إلتزمته المحكمة الإدارية العليا فإنه يجوز إلغاء هذا الحكم، **والفرض الثاني:** إذا كان الحكم التأديبي بالإدانة قد طعن عليه أمام المحكمة الإدارية العليا وأيدته أو وقعت عقوبة مخففة، فهذا لا سبيل للطعن في الحكم الصادر من المحكمة الإدارية العليا إلا أن المشرع

(١) د. سليمان الطماوي، قضاء التأديب، المرجع السابق، ص ٢٢٧؛ وأنظر في هذا المعنى د. عزيزة

الشريف، مساعلة الموظف، المرجع السابق، ص ١٨٧.

(٢) د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٦٢٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

أجاز الطعن لصاحب الشأن على الحكم بطريق الطعن الغير عادي التماس إعادة النظر^(١).

وفي هذا الصدد حاولت المحكمة الإدارية العليا المصرية " أن تقيس - في صدد الالتزام بحجية الحكم الجزائي وإزالة التعارض في شأنه مع القرار التأديبي - على انتفاء الواقعة محاولة استعارة وصف قانون العقوبات للخطأ التأديبي، والمعاقبة على أساس هذا الوصف فقضت بأن مجلس التأديب حين قرر فصل الطاعن من الخدمة إنما قدر هذه العقوبات تأسيساً على ما أرتاه من ثبوت جريمته التزوير والاختلاس في حقه الأمر الذي نفاه الحكم الجزائي صاحب القول الفصل في الجرائم الجزائية، والذي صدر بعده قرار مجلس التأديب، وترى هذه المحكمة أن العقوبة التي أنزلت على الطاعن على الأساس المتقدم لا تتلاءم مع الذنب الإداري الذي ثبت بصفه نهائية في حقه، ثم قضت بتعديل العقوبة بها والاكتفاء بخصم شهرين من مرتبه، الأمر الذي يفيد أن الحكم الجزائي يعتبر حجة فيما يتعلق بالوصف الذي يضيفه على الوقائع، وذلك إذا ما عاقبت الساطة التأديبية على أساس وصف جنائي معين وخالفها فيه المحكمة الجزائية فنزلت المحكمة الإدارية العليا عند مقتضى هذه الحجية وألغت قرار الفصل الذي أنبنى على الوصف المغاير وأن كانت

(١) قانون مجلس الدولة المصري المادة رقم ٥١، حيث نصت على "يجوز الطعن على الأحكام الصادرة من محكمة القضاء الإداري والمحاكم الإدارية والمحاكم التأديبية بطريق التماس إعادة النظر في المواعيد والأحوال المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية أو قانون الإجراءات الجنائية حسب الأحوال وذلك بما لا يتعارض مع طبيعة المنازعات المنظورة أمام هذه المحاكم ولا يترتب على الطعن وقف تنفيذ الحكم إلا إذا أمرت المحكمة بغير ذلك وإذا حكم بعدم قبول الطعن أو برفضه جاز الحكم على الطاعن بغرامة لا تتجاوز ثلاثين جنيهاً فضلاً عن التعويض إذا كان له وجه ."

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

قضت بالعقوبة لثبوت الواقعة دخولاً منها في دائرة الملائمة والغلو في تقدير الجزاء^(١).

المبحث الثاني

أثر عوارض الحكم الجزائي على التحقيق الإداري

يصدر الحكم الجزائي القاضي بالإدانة في عدة أوضاع منها أن يصدر حكم بإيقاف التنفيذ بالرغم من ثبوت ارتكاب المتهم للجريمة إذا تحقق للقاضي الشروط التي قررها المشرع بشأن الجريمة والمتهم، كما منح المشرع القاضي صلاحية إصدار حكم يقضي بالامتناع عن النطق بالعقاب، وهذه الحالة نص عليها المشرع الجزائي الكويتي ولم يقررها المشرع الفرنسي والمصري، كما أنه عقب صدور حكم بالإدانة قد يصدر عفو عن الجريمة أو العقوبة، وهنا يثار التساؤل فيما إذا كان من شأن هذه الأوضاع أن تؤثر على التحقيق الإداري أم لا تأثير لها.

وعليه سوف نتناول هذا المبحث في ثلاث مطالب على النحو التالي:-

المطلب الأول : الحكم الجزائي القاضي بوقف التنفيذ.

المطلب الثاني : الحكم الجزائي القاضي بالامتناع عن النطق بالعقاب.

المطلب الثالث : العفو عن الجريمة أو العقوبة.

المطلب الأول

الحكم الجزائي القاضي بوقف التنفيذ

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في ١٩٦٢/١٢/٢٢ ، مشار إليه في مؤلف د.محمد سليمان الطماوي، قضاء التأديب، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

تكون الأحكام الجزائية الصادرة ضد المتهم واجبة النفاذ ولا تحتاج إلى أن ينص على ذلك في الحكم، إلا أن القاضي قد يستخدم الصلاحيات التي منحها له القانون ويقضي بوقف تنفيذ العقوبة خروجاً على هذا الأصل، ويقصد بوقف التنفيذ تعليق نفاذ الحكم على شرط واقف خلال مدة معينة يحددها القانون^(١).

والحكم القاضي بوقف تنفيذ العقوبة هو حكم يقضي بإدانة المتهم لثبوت ارتكابه التهمة المنسوبة إليه مع وقف التنفيذ لتوافر شروطاً معينة قررها المشرع الجزائي منها ما يتعلق بالجاني كماضيه وأخلاقه أو سنه، ومنها ما يتعلق بالجريمة كأن تكون جنائية أو جنحة ومنها ما يتعلق بالعقوبة^(٢).

أولاً : موقف المشرع الفرنسي.

منح المشرع الجزائي القاضي في حالة توافر شروط معينة تتعلق بالمجرم أو الجريمة أو العقوبة أن يقضي بوقف تنفيذ العقوبة الأصلية، أما العقوبة التبعية فلا يجوز وقف تنفيذها هذا ما قرره المشرع في المادة ٧٣٦ / ٢ من القانون الإجراءات الجزائية باعتبارها أقرب للتدابير الاحترازية^(٣).

ولكون الحكم بوقف تنفيذ العقوبة هو حكماً بالإدانة لذا فإنه لا يغل يد الجهة الإدارية عن مساءلة الموظف العام عما ارتكبه من مخالفات، حيث استقر رأي الفقه والقضاء الإداري على أن وقف تنفيذ العقوبة يسري فقط على

(١) د. محمد زكي ابوعامر، قانون العقوبات القسم العام، الدار الجامعية، الإسكندرية، طبعة ١٩٩٣، ص ٣٤٧.

(٢) والمقصود بنظام وقف تنفيذ العقوبة هو تعليق تنفيذ العقوبة على شرط واقف خلال مدة تجرية يحددها القانون وهو بذلك نظام يفترض لإعماله أن يتم إدانة المتهم وصدور حكم بعقوبة عليه، وإن يتحقق الشرط الواقف خلال الفترة المحددة في القانون انظر في ذلك د. محمد زكي أبو عامر، المرجع السابق، ص ٣٤٧.

(٣) انظر في تفصيل ذلك د. طه زكي صافي، القواعد الجزائية العامة فقهاً واجتهاداً (في ضوء التشريعين اللبناني لعام ١٩٤٣ مع تعديلاته) (والفرنسي الجديد المعمول به منذ ١/٣/١٩٩٤)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، عام ١٩٩٧، ص ٣٩٢ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العقوبة الجزائية الأصلية ولا يمتد إلى المساءلة التأديبية، وعليه فإذا كانت الجهة الإدارية قد فصلت في المسؤولية التأديبية قبل البت في المسؤولية الجزائية التي قضت بالإدانة مع إيقاف التنفيذ، فإن ذلك ليس من شأنه المساس بالقرار التأديبي الذي يظل سارياً ومرتباً لآثاره القانونية، أما إذا لم تكن جهة التحقيق الإداري قد فصلت في المسؤولية التأديبية فإن ذلك ليس له تأثير على التحقيق الإداري، حيث يكون لجهة التحقيق الإداري كامل الصلاحية في الاستمرار في التحقيق الإداري ومعاينة الموظف العام بالجزاء الذي ترى أنه مناسب للمخالفة التي ارتكبتها، فإن رأت أن المخالفة من شأنها عدم صلاحيته للعمل في الوظيفة العامة فلها أن تصدر قراراً بفصله تأديبياً، أما إذا رأت أن المخالفة لا تستدعي ذلك، فلها أن تبقى عليه مع توقيع الجزاء الذي ترى أنه مناسباً.

ثانياً: موقف المشرع المصري.

إذا صدر حكم جزائي يقضي بإدانة الموظف العام في الجريمة المنسوبة إليه مع وقف تنفيذ العقوبة الجزائية فإن لهذا الحكم أثره على التحقيق الإداري، وهنا يجب التفرقة بين حالتين، الأولى: أن يكون الحكم قاضياً بوقف تنفيذ العقوبة ولا يمتد إلى جميع الآثار الجزائية المترتبة على الجريمة التي أدين فيها الموظف العام، وهنا لا يحوز الحكم الجزائي حجية أمام جهة التحقيق الإداري، لأن وقف التنفيذ يقتصر على العقوبة الجزائية فقط ولا يمتد إلى المساءلة التأديبية^(١)، وتكون الجهة الإدارية مقيدة فقط فيما قضى به

(١) د. مصطفى بكر، المرجع السابق، ص ١٧٧؛ د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٣٢؛ والجدير بالذكر هنا أن هناك عدة آراء فقهية في هذا الصدد منهم من ذهب إلى القول أن الحكم الجزائي الصادر بالإدانة مع إيقاف التنفيذ يمكن أن يقيد السلطة التأديبية وهناك من يرى خلاف ذلك مثل رأي الفقيه سليمان الطماوي حيث يرى أن المانع من التعيين في الوظيفة العامة وبحكم اللزوم من الاستمرار فيها لا يصدق على المخالفات لخروج هذه الجرائم من رد الاعتبار وقد أسس هذا الرأي على نص الفقرة السابعة من نص المادة ٧٧ من قانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

الحكم الجزائي من إدانة بشأن إثبات الوجود المادي للواقعة المرتكبة من الموظف العام بحيث لا يجوز لها نفي الوجود المادي للواقعة بعد أن أثبتها الحكم الجزائي، ومن ثم على جهة التحقيق الإداري توقيع الجزاء الذي ترى إنه متناسباً مع المخالفة المرتكبة فيما أن تفصله من الخدمة بقرار تأديبي إذا كان الحكم الجزائي من الأحكام المنهية للخدمة وفقاً لأحكام المادة ٩/٦٦ من قانون الخدمة المدنية رقم ١٨ لسنة ٢٠١٥، أو أن تكتفي بتوقيع إحدى العقوبات التي نص عليها المشرع الوظيفي في المادة ٥٨ من القانون نفسه إذا لم يكن من الأحكام المنهية للخدمة.

هذا ما استقر عليه القضاء الإداري، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها إلى "أن الحكم الجزائي المقرون بإيقاف آثار العقوبة لا يكف يد الجهة الإدارية عن مجازاة الموظف إدارياً مستلهمة في ذلك ما قد يستبين لها من عناصر المسؤولية التأديبية التي قد توافرت في حقه طالما أثرت إبقائه بها وعدم إقصائه عنها"^(١).

وتأكيداً من ذات المحكمة لهذا الاتجاه ذهبت في حكم آخر لها إلى "إن كان المشرع قد قدر في هذا النص أن وقف تنفيذ العقوبة الأصلية لا ينهي علاقة العمل التي تربط العامل بالجهة التي يعمل بها حتماً إلا أن ذلك لا يؤثر في مساءلته تأديبياً ومجازاته بالعقوبة المناسبة لما اقترفه من مخالفات"^(٢).

وترتيباً على ذلك فإن الحكم الجزائي النهائي الصادر بالإدانة هو دليل لا يقبل المناقشة على ثبوت ارتكاب الموظف للجريمة المنسوبة إليه ولو كان قد

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٤٧٦ لسنة ٣٠ قضائية الصادر بتاريخ ١٢/٣١/١٩٨٩، مكتب فني، ٣٥، الجزء الأول، ص ٦٣٢.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢١٩٣ لسنة ٤٢ ق العليا في جلسة ٣/١١/١٩٩٧، أنظمة صلاح الجاسم.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

قضى بوقف التنفيذ، ذلك أن هذا الإجراء يكون مراعاة للموظف وحرصاً على مستقبله، وعليه فلا مجال لمناقشة ثبوت ارتكابه لهذا للجريمة من عدمه بعد صدور الحكم الجزائي بوقف تنفيذ العقوبة والذي لا يحول دون مساءلته تأديبياً طالما أن هذا الفعل المدان فيه جزائياً قد كون مخالفة تأديبية أيضاً.

والحالة الثانية: إذا كان الحكم الجزائي قضى بإيقاف التنفيذ شاملاً لجميع الآثار الجزائية، فيمتد الأثر إلى جميع العقوبات الجزائية التبعية والتكميلية، وغيرها من الآثار الجزائية التي تترتب على الحكم المذكور، سواء ورد النص عليها في قانون العقوبات أو في غيره من القوانين الأخرى إذ أن طبيعتها جميعاً واحدة ولو تعددت التشريعات التي تنص عليها مادام أنها من آثار الحكم الجزائي^(١).

هذا ما استقر عليه القضاء الإداري، حيث ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى التمييز بين نوعين من وقف التنفيذ، وذلك عندما قضت بأن "المشرع الجنائي قد ميز بين الحكم بإيقاف تنفيذ العقوبة وبين إيقاف تنفيذ العقوبة الشامل فإذا ما قضى الحكم الجنائي بأن يكون إيقاف تنفيذ العقوبة شاملاً لجميع الآثار الجنائية أنصرف ذلك إلى جميع العقوبات التبعية وغيرها من الآثار الجنائية التي تترتب على الحكم المذكور سواء ورد النص عليها في قانون العقوبات أم غيره من القوانين ذلك أن طبيعتها جميعاً واحدة ولو تعددت التشريعات التي تنص عليها مادام أنها كلها من آثار الحكم الجنائي - على أنه إذا أمر الحكم الجنائي بإيقاف تنفيذ العقوبة دون أن يكون الإيقاف شاملاً فإن وقف تنفيذ الآثار المترتبة على هذا الحكم لا يشمل إلا العقوبة التبعية والآثار الجنائية المترتبة على هذا الحكم فلا يتعداها إلى الآثار الأخرى، سواء أكانت هذه الآثار من روابط القانون الخاص أو من روابط القانون العام، أي سواء أكانت روابط مدنية أم إدارية، وهذه التفرقة يترتب عليها أن الحكم

(١) م. مغاوري محمد شاهين، المساءلة التأديبية، المرجع السابق، ص ٢٢٨.

(١) م. مغاوري محمد شاهين، المساءلة التأديبية، المرجع السابق، ص ٢٢٨. مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ١٩٦٣، ص ١٤٦.

الجنائي إذا قضى بوقف تنفيذ العقوبة دون أن يكون الإيقاف شاملاً فإن ذلك لا يحول دون شطب المستورد من سجل المستوردين شريطة أن يتم الشطب خلال مدة إيقاف تنفيذ العقوبة"^(١).

المستفاد مما سبق أن القضاء ميز بين نوعين من وقف التنفيذ الأول وقف التنفيذ الشامل لجميع الآثار التي تترتب على الحكم الجزائي، والثاني وقف التنفيذ الذي يقتصر فقط على العقوبة الجزائية المحكوم بها، حيث تقرر بقاء الرابطة الوظيفية في النوع الأول، أما في النوع الثاني فإن وقف التنفيذ لا يؤثر في العقوبات التبعية التي تؤدي إلى عزل الموظف العام وبالتالي انتهاء الرابطة الوظيفية .

ثالثاً: موقف المشرع الكويتي .

أجاز المشرع الجزائي للقاضي أن يصدر حكم بالإدانة مع إيقاف التنفيذ إذا تحققت بشأن الجريمة أو المتهم شروطاً معينة، وذلك عندما نص في المادة (٨٢) من قانون الجزاء الكويتي أنه "يجوز للمحكمة إذا قضت بحبس المتهم مدة لا تجاوز سنتين أو بالغرامة، أن تأمر بوقف تنفيذ الحكم، إذ تبين لها من أخلاق المتهم أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها جريمته ما يحمل على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام ويوقع المحكوم عليه تعهداً بذلك مصحوباً بكفالة شخصية أو عينية أو بغير كفالة حسب تقدير المحكمة ويصدر الأمر بوقف التنفيذ لمدة ثلاث سنوات تبدأ من يوم صيرورة الحكم نهائياً، فإذا انقضت هذه المدة دون أن يصدر حكم بإلغاء وقف التنفيذ اعتبر الحكم بالعقاب كان لم يكن"^(٢).

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا العطن رقم ٤١٢٢ لسنة ٤٠ ق.ع، جلسة ٧/٥/٢٠٠٠، سنة المكتب الفني "٤٥" ص ٨٠٥، القاعدة رقم (٨٥).

(٢) قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ المادة رقم ١٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وعن أثر الحكم الجزائي القاضي بالإدانة مع إيقاف التنفيذ على التحقيق الإداري، فيجب التفرقة بين حالتين: الأولى إذا كان الحكم الجزائي من الأحكام المنهية للخدمة عن طريق عقوبة العزل الجزائي كعقوبة تبعية أو تكميلية، أو بقوة القانون استناداً إلى التشريع الوظيفي، والثانية تتعلق بالحكم الجزائي الذي لا أثر له على العلاقة الوظيفية .

الحالة الأولى: صدور حكم جزائي في جريمة من الجرائم التي يترتب عليها عزل الموظف العام، ونفرد في هذه الحالة بين أمرين:-

١- إذا كان الحكم صادراً بوقف التنفيذ في جريمة من الجرائم التي استوجب المشرع الجزائي فيها عزل الموظف كعقوبة جزائية تبعية أو تكميلية، يمتد وقف التنفيذ ليشمل العقوبة التبعية والعقوبة التكميلية^(١)، وفي هذه الحالة لا يغل الحكم يد الجهة الإدارية في مساءلة الموظف العام تأديبياً وتوقيع الجزاء المناسب، فإذا كانت الجهة الإدارية قد أصدرت قراراً بمعاقبة الموظف قبل البت في المسؤولية الجزائية، فإن وقف التنفيذ لا يمس القرار التأديبي الصادر قبل الحكم الجزائي.

٢- صدور حكم جزائي نهائي على الموظف في جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة مع وقف تنفيذه، تغايرت وجهات نظر الفقه والقضاء في شأن تأثير الحكم الجزائي على العلاقة الوظيفية ومن ثم على التحقيق الإداري، حيث ظهر اتجاهين في هذا الشأن.

الاتجاه الأول : ذهب إلى القول بانتهاء خدمة الموظف إذا صدر بشأنه حكم جزائي نهائي في عقوبة مقيدة للحرية في جنائية أو جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة مع وقف تنفيذه مستنداً في ذلك إلى أن هذا الحكم ليس من شأنه

(١) د.عزيزة الشريف ، مساءلة الموظف العام، المرجع السابق، ص ١٤٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ولا من آثاره وقف تنفيذ العقوبة المقررة في قانون الخدمة المدنية^(١)، وفي هذه الحالة ينتهي التحقيق الإداري ويطلق ملف التأديب لكون أن المستقر عليه لدى الفقه والقضاء أن إنهاء الخدمة في هذه الحالة يشكل عقوبة تأديبية ولا يجوز معاقبة الموظف عن ذات الفعل مرتين.

الاتجاه الثاني: ذهب إلى أن "ما قررته المادة (٣٢) من قانون الخدمة المدنية عندما نصت على انتهاء خدمة الموظف في حالة الحكم عليه ".... بعقوبة مقيدة للحرية في جناية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، ويجوز للوزير استبقاء الموظف في حالة الحكم بوقف تنفيذ العقوبة"، حيث أن الأصل هو انتهاء خدمة الموظف العام بمجرد صدور حكم بشأنه في جريمة من جرائم المنهية للخدمة، إلا أن المشرع استثنى حالة الحكم مع وقف التنفيذ حيث جعل هذا الأمر يخضع للسلطة التقديرية للجهة الإدارية في تقدير بقاء الموظف محتفظاً بوظيفته أو إعمال أثر الحكم الجزائي بإنهاء الرابطة الوظيفية^(٢)، وعليه فإن للجهة الإدارية الخيار بين أمرين الأول إما أن تنهي خدمة الموظف العام على أثر الحكم الجزائي ومن ثم انتهاء التحقيق الإداري بحيث لا يحق لها أن توقع عليه إلى جانب إنهاء الخدمة عقوبة تأديبية أخرى أو تكتفي بمعاقبة الموظف بإحدى العقوبات التي نص عليها المشرع في المادة ٢٨ من قانون الخدمة المدنية".

أما عن رأي القضاء فهو مستقر على أن الحكم الجزائي إذا كان صادراً بوقف تنفيذ العقوبة في جناية أو جنحة مخلة بالشرف والأمانة يجعل أمر إنهاء الخدمة جوازي للوزير، حيث ذهبت محكمة التمييز في أحد أحكامها إلى أن "الحكم عليه في جناية أو في جنحة مخلة بالشرف أو بالأمانة، فإذا كان الحكم صادراً بوقف تنفيذ

(١) فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم ٤٠٣/٢ بتاريخ ١٩٦٤/٩/٢٤ مشار إليها في مؤلف د. عادل الطيباني،

قانون الخدمة المدنية، المرجع السابق، ص ٦٧٣.

(٢) د. عادل الطيباني، المرجع السابق، ص ٦٧٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العقوبة أو بالامتناع عن النطق بها، فيكون إنهاء الخدمة جوازياً، ومن مفاد ذلك أن الحكم على أحد موظفي المؤسسة بعقوبة جنائية أو في جنحة مخلة بالشرف أو بالأمانة يسقط حقه في البقاء متقلداً الوظيفة العامة، ويستوجب إنهاء خدمته وفصم علاقته الوظيفية بالجهة التي يعمل بها، لما يحمله من فقدان الثقة فيه وانتفاء شرط حسن السمعة الذي يجب أن يستمر متصفاً به لا يزاله، مادام ظل شاغلاً وظيفته، أما إذا صدر الحكم بوقف تنفيذ العقوبة أو الامتناع عن النطق بها، فإنه لا ينهي رابطة الموظف حتماً، بل يكون أمراً جوازياً للسلطة المختصة وفقاً لما تراه، وفقاً لتقديرها، فلها في هذه الحالة إبقائه في الوظيفة أو إنهاء خدمته بلا معقب عليها، مادام قد خلا تقديرها من إساءة استعمال السلطة والانحراف بها^(١).

ونحن من جانبنا نؤيد الاتجاه الذي ذهب إلى أن صدور حكم من الأحكام المنهية للخدمة مع إيقاف التنفيذ لا يترتب عليه أثر مباشر في إنهاء خدمة الموظف العام، حيث جاء النص التشريعي واضح وضريح في هذا الشأن ولا اجتهاد في ظل صراحة النص الذي قرر ".... ويجوز للوزير استبقاء الموظف في حالة الحكم بوقف تنفيذ العقوبة"، وبهذا يكون المشرع منح الوزير سلطة تقديرية فله إعمال أثر الحكم الجزائي ومن ثم إنهاء خدمة الموظف العام الصادر بشأنه حكم بالإدانة في جريمة من الجرائم المنهية للخدمة إذا رأى أن المخالفة من الجسام التي تتطلب إنهاء خدمة الموظف، أو أن يكتفي بمساءلته تأديبياً وتوقيع إحدى العقوبات التي نصت عليها المادة ٦٠ من المرسوم بنظام الخدمة المدنية، وعليه فإن الحكم الجزائي القاضي بالإدانة مع إيقاف التنفيذ في جريمة من الجرائم المنهية للخدمة لا يترتب عليه غلق ملف المسؤولية التأديبية وإنما يمنح للجهة الإدارية سلطة تقديرية في الاختيار بين الفصل استناداً للحكم الجزائي أو الاكتفاء بمعاقبته استناداً

(١) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٢٠٠٥ (إداري)، جلسة ٤ مايو سنة ٢٠١٠،

أنظمة صلاح الجاسم.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

للحكم القاضي بالإدانة بإحدى العقوبات المقررة في المادة ٦٠ من المرسوم بنظام الخدمة المدنية.

وهذا ما ذهبت إليه إدارة الفتوى والتشريع حينما قررت الآتي "ومن حيث أن المادة (٣٢) من المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ بشأن الخدمة المدنية تنص على إنه "تنتهي الخدمة لأحد الأسباب الآتية"... الحكم بعقوبة مقيدة للحرية في جناية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة، ويجوز للوزير استبقاء الموظف في حالة الحكم بوقف تنفيذ العقوبة، ومن حيث أن الوزير عندما يستخدم سلطته المخولة له في الفقرة الخامسة من المادة ٣٢ سألقة البيان في عدم استبقاء الموظف في الخدمة في حالة الحكم عليه مع وقف التنفيذ بعقوبة جناية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة فإن المركز القانوني بإنهاء رابطة التوظيف لا ينشأ إلا بصدور قرار الوزير بإنهاء الخدمة، ذلك مؤدي حكم المادة ٥/٣٢ المشار إليها أنه بقضاء المحكمة بوقف تنفيذ العقوبة أن تسترد جهة الإدارة سلطتها التقديرية في تقدير خطورة الجريمة التي ارتكبتها الموظف والنتائج التي يترتب عليها ومدى تأثيرها على اعتبارات العمل في الحكومة أو المرفق، فتقرر في ضوء هذا التقدير من الجوانب التقديرية التي تستقل الإدارة بالترخص فيها وبالتالي يكون قرارها في هذا الصدد قراراً منشأ وليس قراراً كاشفاً لذلك فإن تاريخ انتهاء خدمة الموظف المعروض حالته سالف الذكر يتحدد بتاريخ صدور قرار الوزير بإنهاء خدمته"^(١).

الحالة الثانية: صدور حكم جزائي يقضي بالإدانة مع وقف التنفيذ في غير الحالات التي يترتب عليها إنهاء خدمة الموظف العام.

(١) فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم ٢/١٠٩/٨٢-٢٥٢١ في ١٢/٤/١٩٨٢ المجموعة الثامنة ، ص ٢٣٦ مشار إليه في مؤلف د.عزيزة الشريف ، المسألة التأديبية، المرجع السابق، ص ١٤٣ ، ١٤٤ .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الحكم الجزائي القاضي بالإدانة مع إيقاف التنفيذ في غير الحالات التي يترتب عليها قطع الرابطة الوظيفية، هو حكم يقضي بالإدانة ويتعين معه على الجهة الإدارية احتراماً منها لحجية الحكم الجزائي مساءلة الموظف تأديبياً وتوقيع الجزاء الذي يتناسب مع جسامة المخالفة، فمن غير الجائز لها أن تنفي المخالفة بعد أن تحققت بموجب حكم جزائي، هذا ما ذهبت إليه الفتوى والتشريع في أحد فتاوها عندما قالت بأنه " لا أثر للحكم الصادر بوقف تنفيذ العقوبة في المساءلة التأديبية للموظف وإدانته سلوكه، إذا ما أخل بواجباته الوظيفية أو خرج على مقتضياتها"^(١).

المطلب الثاني

الحكم بالامتناع عن النطق بالعقاب

يعرف رأي من الفقه الامتناع عن النطق بالعقاب بأنه نظام يقضي بالامتناع عن النطق بالعقوبة على المتهم لفترة زمنية محددة إذا سلك خلالها سلوكاً حسناً مع جواز وضعه خلال تلك الفترة تحت رقابة شخص تعيينه المحكمة أو تكلفه بتقديم كفالة عينية أو شخصية، ويرى رأي آخر بأن الامتناع عن النطق بالعقاب هو صدور حكم بالإدانة على المتهم مع عدم النطق بعقوبة معينة^(٢).

وبالرجوع إلى التشريع الجزائري الفرنسي والمصري تبين أن المشرع لم يقرر نظام الامتناع عن النطق بالعقاب، ومن ثم فإنه لا مجال لدراسة هذه الحالة في فرنسا ومصر^(٣).

(١) فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم ٢/٦٩/٩٩-٣٩١ في ١٢ فبراير ٢٠٠٠، المبادئ التي أقرتها الفتوى والتشريع، المرجع السابق، ص ١٦٧.

(٢) د. سمير الشناوي، المرجع السابق، ص ٢٨٦ وما بعدها.

(٣) د. أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري ظاهرة الحد من العقاب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٣، ص ٩؛ د. محمود أحمد طه، شرح قانون العقوبات، القسم العام، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

أما في الكويت، فقد قرر المشرع نظام الامتناع عن النطق بالعقاب في قانون الجزاء رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ وتعديلاته^(١)، وذلك عندما نص في المادة ٨١ منه على أنه " إذا اتهم شخص بجريمة تستوجب الحكم بالحبس جاز للمحكمة إذا رأت من أخلاقه أو ماضيه أو سنه أو الظروف التي ارتكب فيها جريمته أو تفاهة هذه الجريمة ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام أن تقرر الامتناع عن النطق بالعقاب وتكلف المتهم تقديم تعهد بكفالة شخصية أو عينية أو بغير كفالة يلتزم فيها مراعاة شروط معينة والمحافظة على حسن السلوك خلال المدة التي تحددها على ألا تتجاوز سنتين، وللمحكمة أن تقرر وضعه خلال هذه المدة تحت رقابة شخص تعيينه، ويجوز لها أن تغير هذا الشخص بناء على طلبه وبعد إخطار المتهم بذلك"^(٢).

وعليه فإن المشرع قد أجاز للقاضي في حال ارتكاب شخص لجريمة عقوبتها الحبس سواء كانت جنائية أم جنحة إذا وجد من أخلاقه أو ماضيه أو سنه وكذلك الظروف التي ارتكب فيها جريمته ما يبعث على الاعتقاد بأنه لن يعود إلى الإجرام أن يقرر الامتناع عن النطق بالعقاب^(٣).

وهذا الأمر من شأنه أن يقودنا إلى التساؤل عما إذا كان الامتناع عن النطق بالعقاب يقتصر أثره على العقوبة الأصلية أم أنه يمتد ليشمل العقوبات التبعية والتكميلية المترتبة على الحكم ومن ثم على التحقيق الإداري وقراراته،

الجزء الثالث المسؤولية والجزاء الجنائي الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، عام ٢٠٠١ ، ص ٣٩١؛ د. أمين مصطفى محمد، نظام الامتناع عن النطق بالعقاب في القانون الكويتي، دراسة مقارنة بنظام الاختبار القضائي في القانونين المصري والفرنسي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصاد، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، عام ٢٠٠٦ ، الجامعة الجديدة للنشر، ص ٥٠.

(١) د. أمين مصطفى محمد ، نظام الامتناع عن النطق بالعقاب في القانون الكويتي، المرجع السابق، ص

٢٣ وما بعدها

(٢) قانون الجزاء الكويتي رقم ١٦ لسنة ١٩٦٠ المادة ٧٨.

(٣) د. عيد الوهاب حومد ، المرجع السابق، ص ٣٨٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

في صدد الإجابة على ذلك يجب التفرقة بين حالتين: الأولى أثر الامتناع عن النطق بالعقاب على العقوبة التكميلية والتحقيق الإداري، والثانية أثر الامتناع عن النطق بالعقاب في إنهاء الخدمة بقوة القانون على التحقيق الإداري.

أولاً: أثر الامتناع عن النطق بالعقاب على العقوبة التكميلية والتحقيق الإداري.

بالرجوع إلى أحكام القضاء نجد أن قضاء محكمة التمييز استقر على أن الامتناع عن النطق بالعقاب يقتصر أثره على العقوبات الأصلية ولا يمتد ليشمل العقوبات التكميلية، حيث ذهبت محكمة التمييز في أحد أحكامها إلى القضاء ببطالان حكم محكمة الاستئناف الذي قضت فيه بتقرير الامتناع عن النطق بالعقاب دون أن تضمن حكمها عقوبة عزل الموظف العام الذي أدين في جريمة اختلاس المال العام المنصوص عليها في المادة ٤٤ من قانون الجزاء، وهي من الجرائم التي استوجب المشرع فيها من القاضي أن يقضي إلى جانب العقوبة الأصلية عقوبة تكميلية وجوبية وهي العزل من الوظيفة العامة مستندة في ذلك إلى أن الامتناع عن النطق بالعقاب قاصر على العقوبة الأصلية ولا يمتد ليشمل العقوبات التبعية والتكميلية وذلك عندما قضت بأن "من المقرر أن الظروف المخففة التي أوردتها المادة ٨١ من قانون الجزاء والتي تجيز للمحكمة أن تقرر الامتناع عن النطق بالعقاب ليس لها أثر إلا على العقوبات الأصلية دون العقوبات التبعية والتكميلية ولما كان ذلك وكان الحكم المستأنف قد أثبت في حق المستأنف ضده ارتكابه جريمة التزوير المعاقب عليها بمقتضى المادة ٢٥٩/١ من قانون الجزاء والاستيلاء بغير حق على مال الدولة المعاقب عليها بالمادتين ٤٥، ٥٠ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ بتعديل أحكام قانون الجزاء، ثم رأي للاعتبارات التي ساقها التقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب، وجعل هذا الامتناع شاملاً للعقوبات التكميلية الواجب إنزالها على الجاني في حالة القضاء بالإدانة عملاً بالمادة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٥٠ سالفه الذكر والتي نصت على أنه فضلاً عن العقوبات المقررة للجرائم المنصوص عليها في المواد من ٤٤ إلى ٤٨ من هذا القانون يحكم على الجاني بالعزل والرد وبغرامه مساوية لقيمة ما استولى عليه من مال .." ومن ثم فإن الحكم المستأنف يكون قد أخطأ في تطبيق القانون لعدم توقيعه على المستأنف ضده عقوبة العزل والغرامة النسبية^(١).

وتأكيداً من ذات المحكمة لهذا الاتجاه ذهبت في حكم آخر لها تأييد حكم محكمة الاستئناف بعزل الموظف من وظيفته على الرغم من تقريرها الامتناع عن النطق بالعقاب حيث قضت بأن "من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الظروف المخففة ليس لها أثر في الأصل إلا على العقوبات الأصلية دون العقوبات التبعية والتكميلية منها العزل والغرامة النسبية مما مقتضاه أنه لا يجوز أعمال حكم المادة ٨١ من قانون الجزاء التي تجيز للمحكمة تقرير الامتناع عن النطق بالعقاب إذا ما توافرت مبررات التخفيف الواردة فيها في شأن عقوبتي العزل والغرامة المعادلة لضعف ما اختلس عملاً بحكم المادة ١٦ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٩٣ قانون حماية الأموال العامة وكان الحكم المطعون فيه قد أدان الطاعن بجناية اختلاس المال العام المؤثمة بالمادة ٩ من القانون المذكور المار ذكره وقررت المحكمة الامتناع عن النطق بالعقاب فلا تثرىب عليها فيما قضت بعزله وألزمته بالغرامة"^(٢).

(١) حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٥٤ لسنة ٢٠٠٠ جزائي، مجلة القضاء والقانون السنة ٢٩ الجزء الأول، ص ٥٧٠؛ وفي ذات المعنى أحكامها في الطعن رقم ٨٣/١٧١ جزائي، جلسة ١٤/١١/١٩٨٣؛ والطعن رقم ٨٣/١٧٣ جزائي، جلسة ٥/١٢/١٩٨٣؛ والطعن رقم ٨٤/١٣ جزائي، جلسة ١٩/٣/١٩٨٤؛ والطعن رقم ٨٤/١٤٣ جزائي، جلسة ٢١/٥/١٩٨٤، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز خلال الفترة من ١/١٠/١٩٧٩ حتى ٣١/١٢/١٩٨٥ في المواد الجزائية، القسم الأول، المجلد الثالث يناير ١٩٩٤، ص ١٠٦.

(٢) حكم محكمة التمييز في الطعن الصادر بتاريخ ٢٧/٦/٢٠٠٢ أنظمة صلاح الجاسم .
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المستفاد من القضاء المشار إليه أنه إذا كانت الجريمة التي أدين فيها الموظف العام من الجرائم التي يترتب عليها العزل من الوظيفة العامة كعقوبة تكميلية وجوبية، فإن الامتناع عن النطق بالعقاب يقتصر أثره فقط على العقوبة الأصلية ولا يمتد للعقوبة التكميلية، فإذا أغفل القاضي تضمين حكمه عقوبة العزل في الحالات التي استوجب منه المشرع ذلك يكون حكمه قد أصيب بالعوار، وعليه فإن الجرائم التي قرر المشرع الجزائي لها العزل من الوظيفة كعقوبة تكميلية إذا صدر فيها حكم يقضي بتقرير الامتناع عن العقاب، فإن ذلك لا أثر له على عقوبة العزل من الخدمة كعقوبة تكميلية لذا يترتب على ذلك غلق ملف التحقيق الإداري، ما لم تكن الجريمة التي أدين فيها الموظف تشكل مخالفة مالية من المخالفات التي نصت عليها المادة ٥٢ من قانون ديوان المحاسبة، أما إذا كانت الجريمة ليست من الجرائم التي تؤدي إلى عزل الموظف من وظيفته وفقاً لأحكام قانون الجزاء، فإنه في هذه الحالة يحق للجهة الإدارية مساءلة الموظف العام تأديبياً عن المخالفة الثابتة بحقه بموجب الحكم القضائي وتوقيع العقوبة التي ترى إنها متناسبة مع المخالفة التي ارتكبتها لكون أن حكم القاضي بالامتناع هو حكم بالإدانة ولا تأثير لهذا الحكم على ما قد يكون صدر من جهة التحقيق الإداري من قرارات تأديبية في هذه المخالفة.

ثانياً: أثر الامتناع عن النطق بالعقاب في إنهاء الخدمة بقوة القانون على التحقيق الإداري.

تغايرت وجهات نظر الفقه بشأن أثر الأحكام الجزائية القاضية بالامتناع عن النطق بالعقاب في حالة من الحالات التي رتب عليها المشرع الإداري العزل من الوظيفة العامة بقوة القانون كأثر للحكم الجزائي على العلاقة الوظيفية ومن ثم على التحقيق الإداري، حيث ذهب رأي من الفقه إلى أن

الامتناع عن النطق بالعقاب لا يعني حكماً بالبراءة طالما نص في حيثياته على إدانة المتهم^(١).

وذهب رأي آخر من الفقه إلى أن "الموظف الذي يصدر بحقه حكم يقضي بالتقرير بالامتناع عن النطق بالعقاب في حالة من الحالات التي رتب عليها المشرع الإداري إنهاء الخدمة بقوة القانون لا تنتهي خدمته بسبب الحكم الجزائي بل يتطلب الأمر الانتظار والتريث حتى تنتضي الفترة المحددة بالحكم، فإن لم يخل الموظف بشروط التعهد خلالها اعتبرت إجراءات المحاكمة السابقة كأنها لم تكن، أما إذا أخل وصدر عليه حكم فإن هذا الحكم هو الذي ينهي الخدمة إذا كان من الأحكام التي نص القانون على انتهاء الخدمة بها"^(٢).

نحن من جانبنا نرى أن نص المادة ٣٢ من قانون الخدمة المدنية واضح وصريح بشأن تحديد الحالات التي تنتهي فيها خدمة الموظف العام بقوة القانون كأثر من آثار الحكم الجزائي هما حالتين، الأولى إذا صدر على الموظف العام حكم جزائي بعقوبة مقيدة للحرية في جناية، والثانية إذا صدر عليه حكم جزائي بعقوبة مقيدة للحرية في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة سواء كانت جنحة أو جناية، ومن ثم فإن الحكم القاضي بالامتناع عن النطق بالعقاب لا يترتب عليه إنهاء خدمة الموظف العام إلا إذا كانت الجريمة من الجرائم التي تمس الوظيفة العامة، والتي قرر لها المشرع الجزائي عقوبة العزل من الخدمة كعقوبة تبعية أو تكميلية، أما إذا كان الحكم الصادر ليس من الأحكام المنهية للخدمة عن طريق العزل الجزائي فإنه في هذه الحالة

(١) فتوى إدارة الفتوى والتشريع رقم ٢٧١٨/٢ بتاريخ ٢٤/٧/١٩٧٧، مجموعة الفتوى والتشريع الجزء الثالث،

ص ١٩٣، مشار إليها في مؤلف د. عادل الطبطبائي، المرجع السابق، ص ٦٧٧.

(٢) فتوى إدارة الفتوى والتشريع ف ت / ٢ / ١٤٢٤ بتاريخ ١٧/١١/١٩٧١، مجموعة الفتوى والتشريع الجزء

الثاني، ص ٣٦٠.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

يحق للسلطة التأديبية معاقبة الموظف تأديبياً وتوقيع الجزاء الذي ترى إنه متناسباً مع جسامة المخالفة المرتكبة، ولا يؤثر الحكم بالامتناع عن النطق بالعقاب على القرار التأديبي القاضي بمعاقبة الموظف العام، إذا كانت الجهة الإدارية قد فصلت في المسؤولية التأديبية قبل البت في المسؤولية الجزائية، إلا إذا كان القرار الصادر من الجهة الإدارية يقضي بالبراءة من الواقعة التي أثبتها الحكم الجزائي، وفي هذه الحالة يجب على الجهة الإدارية احتراماً لحجية الحكم الجزائي مساءلة الموظف تأديبياً، أما في حالة صدور إخلال من الموظف خلال الفترة التي حددها القاضي والتي لا تتجاوز مدة سنتين، وصدر حكم جزائي ضده بعقوبة مقيدة للحرية في هذه الجريمة، وكانت من الجرائم التي يترتب عليها انتهاء خدمة الموظف العام بقوة القانون، فإنه في هذه الحالة تكون تحققت بشأن الموظف حالة جديدة من شأنها إنهاء خدمته بقوة القانون.

المطلب الثالث

العفو عن الجريمة أو العقوبة

يوجد نوعين للعفو الأول العفو العام أو العفو عن الجريمة ويقصد به إسدال الستار عن الصفة الإجرامية للفعل بموجب قانون يصدر من السلطة التشريعية^(١)، والثاني العفو البسيط أو العفو عن العقوبة ويقنصر أثره على العقوبة الجزائية ولا يتعداها إلى غيرها من الآثار المترتبة على العقوبة^(٢).

أولاً : العفو عن الجريمة (العفو الشامل).

(١) Marc ancel: les codes penaux europennes, tom i v Dalloz, Paris, ١٩٧١, p. ٢٤٤ ; انظر د. محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص ١٩٣؛ د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٣٢؛ وقد استقر رأي الفقه الفرنسي على منع النيابة العامة التي وجهت الاتهام وكيفت الأفعال وصفاً معيناً بالنسبة لمن يكون معني بالعفو من إعطائها تكييفاً آخر.

(٢) د. محمد سليمان الطماوي، الجريمة التأديبية، المرجع السابق، ص ٢٥٣.
مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

يترتب على العفو عن الجريمة إزالة الوصف الإجرامي عن الفعل ومن ثم تمحى الجريمة ذاتها^(١)، ويصبح الجاني وكأنه لم يرتكب ثمة جريمة ومن ثم يكون الحكم الصادر في شأنها كان لم يكن، أي يسدل الستار على بعض الجرائم ورفع الأحكام التي تكون قد صدرت بشأنها^(٢)، وبذهب الفقه الفرنسي إلى القول عنه بأنه "عمل من أعمال المشرع يهدف إلى نزع الصفة الإجرامية عن الفعل بشكل رجعي"^(٣).

ويثار التساؤل حول ما إذا كان العفو عن الجريمة يقيد جهة التحقيق الإداري بحيث يغفل يدها عن الاستمرار في التحقيق الإداري إذا كانت قد بدأت ويمنعها من إجرائه إذا لم تكن بدأت قبل العفو عن الجريمة من عدمه، وعمّا إذا كان للعفو الشامل أثر على قرارات التحقيق الإداري التي تكون اتخذت قبل الفصل في المسؤولية الجزائية.

من الأصول المسلم بها أن العفو عن الجريمة يقتصر أثره على إزالة الصفة الإجرامية عن الفعل ولكنه لا يمحي الركن المادي له وما يترتب عليه من آثار خارج النطاق الجزائي، وانطلاقاً من مبدأ استقلالية الجريمة الجزائية عن المخالفة التأديبية فإن صدور قانون بالعفو الشامل عن الجريمة لا يقيد جهة التحقيق الإداري في

^(١) والعفو الشامل قرره الدستور الكويتي في الفقرة الثانية من المادة ٧٥ على "العفو الشامل لا يكون إلا بقانون، وذلك عن الجرائم المقترفة قبل اقتراح العفو"؛ وفي فرنسا عرفه الفقه بأنه كما يدل عليه اسمه هو إجراء بمقتضاه يسدل ستار النسيان على الجريمة بحيث تمحى الصفة الإجرامية عن الوقائع التي ينطبق عليها هذا الإجراء بأثر رجعي.

-Jean marie AUBY et Jean bernard AUBY: Droit dela fonction publique de l'Etat ,Dalloz- Paris, ١٩٩١..p.١٩٤-١٩٥.

^(٢) د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٣٢.

^(٣) Georges vermelle: le nouveau droit penal,Dalloze paris ١٩٩٤.p.١٥١

ولمزيد من التفصيل انظر

Georges vidal etjoseph magonal :cours de droit criminal et science penitentiaire

١،١٩٤٧,p.,٨٣١

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

مساءلة الموظف تأديبياً سواء كانت قد بدأت في التحقيق أم لم تبدأ، وذلك فيما يتعلق بالفعل الذي شمله العفو، والذي قد يشكل في ذاته مخالفة تستوجب المسائلة التأديبية، كما أنه لا تأثير للعفو عن الجريمة الجزائية على القرارات التأديبية التي تكون قد اتخذتها جهة التحقيق الإداري في شأن الواقعة إذ يقتصر أثر العفو على الناحية الجزائية ولا يشمل الأحكام والجزاء التأديبية إلا إذا نص المشرع صراحة في قانون العفو على شموله للجزاء التأديبية^(١).

هذا ما استقر عليه رأي الفقه والقضاء الإداري في فرنسا ومصر والكويت، ففي فرنسا صدرت العديد من الأحكام من مجلس الدولة تقضي بأن العفو الشامل لا يترتب عليه حق العودة إلى العمل الذي سبق فصله منه الموظف بقوة القانون، طالما أن قانون العفو الشامل لم يرد فيه نص صريح بذلك، وعليه فإن الإدارة غير ملزمة بإعادة الموظف المفصول إلى عمله والالتزام الوحيد على جهة التعيين في هذه الحالة قيامها بفحص طلب العودة إلى العمل أي أن العودة وإن لم تكن حقاً بالعفو الشامل فهي ممكنة بموجبه^(٢).

وفي مصر، ذهب الفقه والقضاء الإداري في ذات الاتجاه بأن قرار العفو عن الجريمة ليس من شأنه رفع الجزاء التأديبي، حيث ذهبت شعبة الشئون الداخلية والسياسية بمجلس الدولة إلى ذلك بقولها "إذا صدر قانون بالعفو الشامل عن الجرائم الجنائية التي ارتكبت في فترة معينة، وكان أحد من يشملهم هذا القانون موظفاً عمومياً عاقبته الإدارة تأديبياً عن ذات الأفعال المكونة للجريمة الجزائية التي شملها قانون

Ropbert vouinet jacues leaute :droit penal et proucedure penal, paris , ١٩٦٩, (١)
p.٣٢٥

C.E.٥/١/١٩٧٣ REC ,P.٨ (٢)

C.E,١٠/٥/١٩٧٢,R.E.C,P.٢٥ ؛ ويذهب في هذا الصدد الفقيه سيرجون إلى القول بأن الإدارة ليست ملزمة بإعدام المستند التأديبي انظر مؤلفه.

Serge salon : delinquance et repression disciplinaires dans la foncation publique,paris ١٩٦٩ , p.٢٢٤.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

العفو الشامل لا يمحو عن الفعل المعاقب عليه إلا صفة الجريمة الجنائية، دون صفة الجريمة التأديبية التي تبقى لاحقة بالفعل في ذات الوقت^(١).

وفي الكويت، سار رأي الفقه والقضاء في ذات اتجاه القضاء الفرنسي والمصري بأن العفو الشامل من شأنه محو الجريمة تماماً، ومن ثم يحق للموظف المشمول بالعفو التقدم لشغل الوظيفة العامة^(٢)، ولكن لا أثر لهذا الحكم على التحقيق الإداري وقراراته، ونحن نكون في هذه الحالة بصدد ثلاث فروض، الفرض الأول صدور قرار في التحقيق قبل صدور قانون العفو وفي هذا الحالة لا يمس قانون العفو القرار التأديبي، الفرض الثاني بأن يكون التحقيق مازال جارياً في هذه الحالة يحق للسلطة التأديبية الاستمرار في التحقيق ومساءلة الموظف تأديبياً عن ذلك بتوقيع الجزاء الذي يتناسب مع جسامة المخالفة، والفرض الثالث صدور قانون العفو قبل بدء التحقيق الإداري وهذا الأمر لا يغفل يد الجهة الإدارية في الشروع في إجراء تحقيق إداري مع الموظف ومن ثم مساءلته تأديبياً عن ذلك لكون أن قانون العفو لم يمحو الفعل الذي يشكل المخالفة التأديبية ولكنه أزال فقط صفة الجريمة عنه لذا فإن الأثر قاصر على الجانب الجزائي فقط.

ترتيباً على ما سبق يتضح لنا، اتفاق رأي الفقه والقضاء الإداري في فرنسا ومصر والكويت على أن العفو عن الجريمة لا يؤثر على التحقيق الإداري أو قراراته استناداً إلى مبدأ استقلالية النظام الجنائي عن النظام التأديبي، فصدور عفو عن الجريمة الجزائية لا يمحي الأثم التأديبي عن الفعل ولكن يمحي صفته الإجرامية، وعليه فإنه لا يقيد جهة التحقيق الإداري من مساءلة الموظف تأديبياً عن الفعل الذي شمله قانون العفو إذا كان يشكل مخالفة تأديبية سواء بالاستمرار في التحقيق الإداري إذا كانت قد بدأت قبل صدور قانون العفو أو الشروع فيه إذا لم تكن قد بدأت قبل

(١) فتوى شعبة الشؤون الداخلية والسياسية بمجلس الدولة رقم ٦٩٠٦ في ١٨/١١/١٩٥٣، مجموعة فتاوي قسم الرأي السنة الثامنة.

(٢) د. عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص ٤١٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

صدر قانون العفو، ومن ثم توقيع الجزاء الذي ترى أنه متناسباً مع جسامة المخالفة التأديبية، أما إذا كان الجزاء التأديبي تابِعاً للجريمة الجزائية وهذا يتحقق في حالة إذا كان الحكم من الأحكام المنهية للخدمة فإن قانون العفو في هذه الحالة يمحو العقوبة التأديبية فصدر العفو عن الفعل الإجرامي يؤدي إلى احتمالين الأول: إذا كانت العقوبة التأديبية نفذت فعلاً قبل نفاذ قانون العفو الشامل فلا يوجد ثمة أثر لنفاذ العفو على شرعية العقوبة التأديبية، والثاني: إذا صدر العفو قبل تنفيذ العقوبة التأديبية فتعد هذه الأخيرة ملغاة بالنسبة للمستقبل.

ثانياً: العفو عن العقوبة (العفو البسيط).

يقصد بالعفو عن العقوبة إعفاء المتهم من تنفيذ العقوبة كلها أو بعضها أو إبدالها بعقوبة أخف منها، فالعفو عن العقوبة يختلف عن العفو الشامل في أنه لا يزيل عن الفعل صفته الإجرامية^(١)، ولهذا فإنه في حالة العفو عن العقوبة يظل الحكم الجزائي الصادر ضد الموظف حائزاً لحجيته أمام الجهة الإدارية فيما قرره من ثبوت الجريمة وثبوت الوقائع التي صدرت بشأنها تلك العقوبة وصحة إسنادها إليه، ومن ثم لا يترتب على قرار العفو عن العقوبة غلق ملف التحقيق الإداري ويكون للجهة الإدارية الحق في مساءلة الموظف العام تأديبياً وتوقيع الجزاء المناسب للفعل، كما إنه لا يمس الجزاءات التأديبية السابقة على قرار العفو عن العقوبة.

الخاتمة

يكون للحكم الجزائي أثره على التحقيق الإداري، ويرجع ذلك إلى ما استقر عليه رأي الفقه والقضاء بأن الحكم الجزائي يمثل عنواناً للحقيقة في مواجهة الكافة،

(١) قرر المشرع الدستوري الكويتي العفو البسيط في المادة ٧٥ منة التي نصت على أن "للامير أن يعفو

بمرسوم العقوبة أو يخففها".

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦.

بالإضافة إلى أن جهات التحقيق الجزائري صاحبة اختصاص أصيل فيما يتعلق بإثبات الواقعة أو نفيها.

فإذا ما صدر حكم جزائي بالبراءة واسند قضاءه إلى انتفاء الوجود المادي للواقعة أو نسبتها لشخص آخر فإنه يؤثر على التحقيق الإداري فيما قضى به من نفي للواقعة، وهذا ما استقر عليه رأي الفقه والقضاء في فرنسا ومصر والكويت، ولا ينال ذلك الحكم من أحقية جهة التحقيق الإداري في إجراء التحقيق بشأن وقائع أخرى لم يتعرض لها الحكم الجزائي ومساءلة الموظف عنها تأديبياً.

والحكم الجزائي الصادر بالإدانة له أيضاً أثره في التحقيق الإداري من خلال تأكيده على ثبوت الوقائع محل المخالفة التأديبية بحق الموظف، غير أنه تبين في بعض الحالات يجعل الحكم الجزائي بالإدانة التحقيق الإداري واقعاً على غير محل كما لو كانت العقوبة المقضي بها العزل من الوظيفة العامة جزائياً وهذا ما اتجه إليه المشرع الفرنسي.

وفي مصر ثار جدل فقهي ما بين من يرى أن الحكم الجزائي القاضي بعزل الموظف جزائياً من شأنه غلق ملف التحقيق الإداري سواء بدأت الجهة الإدارية في إجراءه أم لم تبدأ، ومن يرى أن الحكم ليس من شأنه غلق ملف التحقيق الإداري، في حين اتجه القضاء إلى أن هذا الحكم يترتب عليه قفل ملف التحقيق الإداري فيما عدا الحالات التي نص عليها المشرع، وقد بينا في هذه الدراسة وجوب التفرقة بين ما إذا كانت الجهة الإدارية قد بدأت في التحقيق قبل صدور الحكم الجزائي وفي هذه الحالة جاز لها استكمالها، أما إذا لم تكن بدأت فيه قبل صدور الحكم فإن سلطتها في إجراءه تكون مقيدة ما لم تكن الواقعة تشكل مخالفة مالية يترتب عليها ضياع حق من حقوق الخزنة العامة وكان سندنا في هذا الرأي النص التشريعي.

أما المشرع الكويتي فقد تبين أنه ساير المشرع الفرنسي فيما يتعلق بالمخالفات الإدارية وذلك بعدم اتخاذ إجراءات المساءلة التأديبية تجاه الموظف، ومن ناحية أخرى اتبع نهج المشرع المصري بشأن المخالفات المالية بحيث لا يقيد الحكم بعزل

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

الموظف جزائياً من سلطة التحقيق الإداري في مساءلة الموظف تأديبياً، وقد بينا أن موقف المشرع المصري والكويتي بشأن المخالفات المالية موفقاً محموداً لما فيه من حرص على المال العام، بحيث لا يؤثر انتهاء خدمة الموظف على حق الجهة الإدارية في مساءلته عن المخالفات المالية التي كان قد ارتكبها قبل صدور الحكم بعزله جزائياً من وظيفته.

ولا يكون للحكم الجزائي القاضي بعزل الموظف جزائياً أثراً على قرار التحقيق الإداري الصادر قبل البت في المسؤولية الجزائية، حيث توصلنا إلى أن الحكم الجزائي بالعزل في هذه الحالة لا يشكل ازدواجاً في العقوبة، وذلك بخلاف الحكم الجزائي القاضي بإنهاء خدمة الموظف العام استناداً للتشريع الوظيفي حيث يعد من قبيل العقوبات التأديبية.

واستظهرنا من خلال الدراسة وجود جدل فقهي في حالة تعارض القرار الصادر بحفظ التحقيق الإداري مع نتيجة الحكم الجزائي حيث يرى بعض الفقه أحقية الجهة الإدارية في إعادة فتح التحقيق الإداري مع الموظف، وجانب آخر يرى عدم أحقيتها في ذلك، وقد توصلنا من خلال دراسة هذه الآراء إلى انه يحق للجهة الإدارية إعادة فتح التحقيق الإداري احتراماً منها لحجية الحكم الجزائي، خاصة وأن قرار حفظ التحقيق الإداري صدر في ضوء ما توصلت إليه جهة الإدارة من عدم ثبوت المخالفة التأديبية بحق الموظف في حينه، أما وقد ثبت لها اقترافه المخالفة من حكم جزائي له حجيته، فإن هذا الأمر يفتح لها المجال مرة أخرى في ممارسة سلطتها التأديبية.

ويصدر الحكم الجزائي أحياناً بالإدانة مع إيقاف التنفيذ، وفي هذه الحالة توصلنا إلى أن أثر هذا الحكم على التحقيق الإداري يتعلق بثبوت الواقعة، وقد ثار جدل فقهي في الكويت حول أثر هذا الحكم على إنهاء خدمة الموظف في الحالات التي تستوجب إنهاء الخدمة وفقاً لأحكام التشريع الوظيفي ومن ثم على التحقيق الإداري، حيث ذهب رأي إلى أن مثل هذا الحكم يؤدي إلى إنهاء خدمة الموظف العام وفي هذه الحالة يغلَق الملف الإداري وذهب رأي آخر إلى إنهاء خدمة الموظف هذه الحالة يخضع للسلطة التقديرية للجهة الإدارية، وقد توصلنا إلى أن الأرجح هو الرأي الثاني والذي مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

يستند إلى نص تشريعي في المرسوم بالقانون بشأن الخدمة المدنية ومن ثم يحق للجهة الإدارية مساءلة الموظف تأديبياً وفي هذه الحالة يجوز لها أن تفصله من الخدمة، أو أن تبقي عليه وتعاقبه بعقوبة أخرى بخلاف الفصل، كما يكون للحكم الجزائي بالإدانة مع الامتناع عن النطق بالعقاب أثره على التحقيق الإداري بحيث يتعين على الجهة الإدارية مساءلة الموظف تأديبياً، ولا يتأثر التحقيق الإداري بالعمو عن الجريمة أو العقوبة الجزائية.

المراجع

أولاً : المراجع العربية .

أ- المراجع العامة.

- ١- د. أحمد فتحي سرور، الإجراءات الجنائية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٨١.
- ٢- د. أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون العقوبات (القسم العام) دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الخامسة ١٩٩١ .
- ٣- د. اشرف شمس الدين، شرح قانون الإجراءات الجزائية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ٢٠٠٦.
- ٤- د. جلال ثروت، نظم القسم العام في قانون العقوبات، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، طبعة ٢٠١٢.
- ٥- م. خالد عبد الفتاح محمد، الموسوعة الشاملة في شرح النظام التأديبي للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام والكوادر الخاصة، الطبعة الثانية، دار الأمانة للطباعة والنشر والتوزيع، الإسكندرية، عام ٢٠٠٤.

٦- د. سمير الشناوي، النظرية العامة للجريمة والعقوبة في قانون الجزاء الكويتي، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، المسؤولية الجنائية والعقاب، مطبوعات وزارة الداخلية، القاهرة، طبعة ١٩٨٨.

٧- د. عادل الطبطبائي، الوسيط في قانون الخدمة المدنية، دراسة تحليلية وتطبيقية لأحكام القضاء الكويتي وقرارات مجلس الخدمة المدنية وفتاوي إدارة الفتوى والتشريع وديوان الموظفين، مكتبة الدراسات والاستشارات القانوني وحدة التأليف والترجمة والنشر، الطبعة الثالثة (معدلة) عام ١٩٩٨.

٨- د. عبد الوهاب حومد، الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي، القسم العام، مطبوعات جامعة الكويت، الطبعة الثالثة، عام ١٩٨٧.

٩- د. علي عبد القادر القهوجي، د. أمين مصطفى محمد، قانون العقوبات، القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، طبعة ٢٠١١.

١٠- د. كامل السعيد، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر، القاهرة، طبعة ٢٠٠٩.

١١- د. مبارك عبدالعزيز، شرح القواعد العامة في قانون الجزاء الكويتي، الطبعة الأولى، جامعة الكويت، عام ١٩٩٧.

١٢- د. محمد زكي ابو عامر، قانون العقوبات القسم العام، الدار الجامعية، الإسكندرية، طبعة ١٩٩٣.

١٣- د. محمد سليمان الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الثالث، قضاء التأديب، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة ٢٠١٢.

١٤- د. محمود أحمد طه، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الجزء الثالث المسؤولية والجزاء الجنائي الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام ٢٠٠١.

١٥- د. محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، الطبعة الثانية، القاهرة، دار النهضة العربية، عام ١٩٨٨.

ب- مراجع متخصصة.

- ١- د.الوارد غالي الذهبي، حجية الحكم الجزائري أمام القضاء المدني، مكتبة غريب، القاهرة، طبعة ١٩٩٠.
- ٢- د. أمين مصطفى محمد، النظرية العامة لقانون العقوبات الإداري، ظاهرة الحد من العقاب، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٣.
- ٣- د.حسن محمد هند، الموسوعة القضائية في تأديب العاملين بالدولة والقطاع العام، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، طبعة ٢٠٠٦.
- ٤- د.محمد محمد حمد الشلثاني، ضمانات التأديب في الوظيفة العامة، دار المطبوعات الجامعية، طبعة ٢٠٠٧.
- ٥- د. زكي النجار، الوجيز في تأديب العاملين في الحكومة والقطاع العام، دراسة نظرية وتطبيقه، الطبعة الأولى، عام ١٩٨٤.
- ٦- د. طه زكي صافي، القواعد الجزائية العامة فقهاً واجتهاداً (في ضوء التشريعين اللبناني لعام ١٩٤٣ مع تعديلاته) (والفرنسي الجديد المعمول به منذ ١/٣/١٩٩٤)، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، عام ١٩٩٧.
- ٧- د. عبد الحميد الشواربي، حجية الأحكام المدنية والجنائية في ضوء الفقه والقضاء، دار المعارف، الإسكندرية، طبعة ١٩٩٠.
- ٨- د. عبد الفتاح حسن، التأديب في الوظيفة العامة، دار المحامين، القاهرة، طبعة ١٩٦٥.
- ٩- د. عبد القادر الشبخلي، القانون التأديبي وعلاقته بالقانونين الإداري والجنائي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفرقان، طبعة ١٩٨٣.
- ١٠- م. عبد الوهاب البنداري، المسؤولية التأديبية والمسئولية الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٧٢.
- ١١- د. عزيزة الشريف، النظام التأديبي وعلاقته بالأنظمة الجزائية الأخرى، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٨٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

- ١٢- د. عزيزة الشريف، مساءلة الموظف العام في الكويت (المسئولية المدنية والجنائية والإدارية)، مطبوعات جامعة الكويت، طبعة ١٩٩٧.
- ١٣- د. علي خطار شنتاوي، دراسات في الوظيفة العامة، عمان، مطبوعات الجامعة الأردنية، طبعة ١٩٩٨.
- ١٤- د. فتوح عبد الله الشاذلي، مبادئ القانون وأصول المحاكمات الجزائية اللبناني، الدار الجامعية، طبعة عام ١٩٩٢.
- ١٥- م. مغاوري محمد شاهين، المساءلة التأديبية للعاملين المدنيين بالدولة والقطاع العام، عالم الكتب، القاهرة، طبعة ١٩٧٤.
- ١٦- م. مغاوري محمد شاهين، القرار التأديبي وضماناته ورقابته القضائية بين الفاعلية والضمان، مكتبة الانجلو المصرية، القاهرة، طبعة ١٩٨٦.
- ١٧- د. محمد فؤاد عبد الباسط، الجريمة التأديبية في نطاق الوظيفة العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، طبعة ٢٠٠٥.
- ١٨- د. محمد سليمان الطماوي، الجريمة التأديبية، دار الفكر العربي، القاهرة، طبعة ١٩٧٥.
- ١٩- اللواء. محمد ماجد ياقوت، شرح القانون التأديبي للوظيفة العامة، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة عام ٢٠٠٦.
- ٢٠- د. محمد ماهر ابوالعنين، قضاء التأديب في الوظيفة العامة، دار أبو المجد للطباعة الهرم، الجيزة، طبعة عام ٢٠٠٤.
- ٢١- د. محمد محمود ندا، انقضاء الدعوى التأديبية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، القاهرة، عام ١٩٨١.
- ٢٢- د. مصطفى بكر، تأديب العاملين في الدولة، الطبعة الأولى، منشورات دار الفكر الحديث، القاهرة، طبعة ١٩٦٦.
- ٢٣- م. ممدوح الطنطاوي، الدعوى التأديبية، الطبعة الثانية، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام ٢٠٠٣.
- مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

٢٤- د. وحيد محمود إبراهيم، حجية الحكم الجنائي على الدعوى التأديبية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٩٨.

ج- الرسائل العلمية.

١- ثروت محمود عوض، التحقيق الإداري ودور النيابة الإدارية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس عام ١٩٩٤.

٢- د. عبد الفتاح عبد البر، الضمانات التأديبية، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة طبعة ١٩٧٨.

٣- د. عبد الله بن سعيد العيزري، حجية الحكم الجزائي أمام مجالس التأديب، رسالة ماجستير، جامعة نايف بالرياض عام ٢٠٠٦.

٤- د. علي جمعة محارب، التأديب الإداري في الوظيفة العامة، رسالة دكتوراه جامعة عين شمس، عام ١٩٨٦.

٥- د. سعيد عبد التظيف إسماعيل، الحكم الجنائي الصادر بالإدانة، رسالة دكتوراه جامعة القاهرة، طبعة ١٩٨٩.

٦- د. محمد حسين محمد جاسم العنزي، الإجراءات الجنائية الوقائية في التشريع الكويتي، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، عام ٢٠١١.

د- الأبحاث العلمية.

١- د. أمين مصطفى محمد، نظام الامتناع عن النطق بالعقاب في القانون الكويتي، دراسة مقارنة بنظام الاختبار القضائي في القانونين المصري والفرنسي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦.

والاقتصاد، جامعة الإسكندرية، العدد الثاني، عام ٢٠٠٦، الجامعة الجديدة للنشر.

٢- د. زكي محمد النجار، حجية الحكم الجنائي أمام قضاء التأديب في النظام القانوني المصري، مجلة العلوم الإدارية السنة الخامسة والعشرين، العدد الثاني، ديسمبر ١٩٨٣.

٣- د. نعيم عطية، إنهاء خدمة الموظف بحكم جنائي، مجلة إدارة قضايا الحكومة، العدد الثاني، السنة ١٢ عام ١٩٦٨.

ثانيا : مراجع باللغة الفرنسية.

١- **Alain plantey** : traite pratique de la fonction publique , tome premier, siery, paris, ١٩٧١.

٢- **Andre de laubadere**: manuel dedroit adminstratif, ٢ edition , L.G.D.J paris, ١٩٨٢.

٣- **G.dellis** : Droit penal et droit adminstratif : l'influence des principes du droit penal sur le Droit adminstratif repressif, L.G.D.J.paris. ١٩٩٧.

٤- **Georges vermelle**: le nouveau droit penal ,Dalloze,paris, ١٩٩٤

٥- **Georges vidal etjoseph magonal** : cours de droit criminal -et science penitentiaire ١, siery, paris. , ١٩٤٧.

٦- **Jean claudesoyer** : droit penal et prouceduer penale , paris, ١٩٧٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٧- **Jean marie auby et Jean bernard auby** :Droit dela fonction publique de l'Etat ,Dalloz, Paris, ١٩٩١.

٨- **Marc ancel** :les codes penaux europennes, tom iv, Dalloz, Paris, ١٩٧١.

٩- **Ropbert vouinet jacues leaute** :droit penal et proucedure penal , L.G.D.J.paris ١٩٦٩.

١٠ - **Serge salon** : delinquance et repression disciplinaires dans la foncation, publique, paris, ١٩٦٩.

١١- **S.bolle** .l'engagement des poursuites displinaires dans la foncation publque un regime ,R.f.d.a, ٢٠٠١.

المكافحة الجنائية لظاهرة شغب
الملاعب الرياضية

*Prévention et de lutte contre la violence dans
le sport*

دراسة مقارنة تحليلية

د. ياسر محمد اللمعي

مدرس بكلية الحقوق جامعة طنطا

المقدمة :

يمثل الشغب والعنف إحدى الممارسات غير المقبولة ، والتي انتشرت في المجتمعات وخاصة المجتمع العربي مما يشكل تعطيل لأحوال المجتمع ، ويصرف الدولة عن تحقيق أهدافها من التنمية لصناعة مستقبل أفضل لابنائها. وبالتالي كان لازماً علي الدولة التصدي لهذه الظاهرة والعمل علي القضاء عليها. ويعتبر العنف والشغب في الملاعب الرياضية أحد أشكال العنف التي بدأت تنتشر في المجتمعات عامة وفي المجتمعات العربية خاصة بشكل ملحوظ في الآونة الاخيرة^(١) ، فلقد أصبحت مباريات كرة القدم علي سبيل المثال سبباً في إثارة الشغب والعنف بين الجماهير وتدهورت القيم السامية للرياضية وخاصة الروح الرياضية بين المشجعين. بما أن الرياضة حق من حقوق المواطنة ، فانها يجب أن تحترم وأن يكون هناك قوانين لحمايتها وحماية قدسية ملاعبها. فمن المتبع في كل دول العالم وجود مواد داخل قوانين الرياضة تنص علي التعامل مع أحداث الشغب داخل الملاعب هذه المواد تمثل ردعا حقيقيا نحو أي سلوك من الممكن أن يسبب ضررا بالملاعب أو المتواجدين داخلها.. إلا أننا في مصر وأغلب الدول العربية لا تملك أية مواد قانونية عقابية لتنظيم هذا الشأن.

وتطرح إشكالية البحث التساؤلات التالية وهي ألم تكن النصوص العامة للقانون الجنائي قادرة على الإحاطة بجرائم مكافحة الشغب في التظاهرات الرياضية ؟ وذلك عن طريق الاعتماد عليها بالرجوع إلي القواعد العامة ، أي أنه يمكن وضع

(١) - د. جون لوكا ، آليات العنف في ظاهرة العنف السياسي من منظور مقارن ، تحرير نفين عيد المنعم مسعد ، أعمال الندوة المصرية الفرنسية الخامسة ، القاهرة ، من ١٩ - ٢٠ نوفمبر ١٩٩٣ ، مركز البحوث السياسية ، القاهرة ، ص ٣٣.

حد لهذه الجرائم عن طريق تفسير أوسع للجرائم التقليدية ضد الأموال والأفراد ، هذا مع أخذ الحيطة تجنباً للاصطدام ، مع مبدأ الشرعية في التجريم.

ولكن في سعينا في مجال الرد علي هذه الإشكالية ، يثور التساؤل لنا حول ما مدي احتياجنا لقانون خاص يجرم شغب الملاعب الرياضية ؟ حيث أن القوانين الوضعية الحالية لا تعاقب علي الكثير من أعمال الشغب في الملاعب كجرائم وبالتالي لا يحتوي قانون العقوبات علي أية أحكام أو عقوبات رادعة لها فعلي سبيل المثال اقتحام الملعب لا عقوبة له بل ولا توصيف له داخل القانون في حين أنه يجرم في كل الدول الأوروبية ويعاقب عليه أحيانا بالحبس.

كذلك مع التطور ظهرت أساليب جديدة لشغب وعنف الملاعب الرياضية منها الشغب الإلكتروني وكذلك الشغب المتمثل في الألعاب النارية والشماريخ والليزر الذي يتم تسليط أشعته الضوئية على أعين لاعبي ومدربي الفرق المنافسة ، والهتافات والألفاظ البذيئة وسب بعض الجماهير في المدرجات للاعبي أو مدربي الفرق المنافسة. فما موقف القانون الجنائي من هذه التصرفات والافعال؟

خاصة وأن الرياضة تعد فضاءً مناسباً لاستقطاب الشباب ، والمساهمة في تنمية المواهب ، وتفجير الطاقات ، وإذكاء أجواء المنافسة، والروح الرياضية، وإشعاع روح الفرجة ، والحماس ، والفكاهة بين المشجعين داخل الحلقات ، والملاعب الرياضية ، وبالتالي كان من الواجب تحقيق التوازن بين متطلبات ممارسة الرياضة والتشجيع الرياضي وبين الحفاظ على الحريات ، والحقوق من جانب آخر ، دون تحميل النص القانون صبغة أمنية زائدة لا تتسجم مع المبدأ حرية ممارسة ومتابعة الأنشطة الرياضية.

فعلى المستوى الدولي كان هناك اهتمام كبير لظاهرة الشغب والعنف في الملاعب الرياضية ، فبدأ في إنشاء المؤسسات والجمعيات التي تعمل على صيانة الروح الرياضية ومثال علي ذلك أنشاء اللجنة الدولية للروح الرياضية عام ١٩٧٢ والتي أصبحت تسمى فيما بعد بجمعية الرياضة بدون عنف. وبناء على ذلك فقد اتجاهات العديد من الدول إلى سن التشريعات بهدف الحد من هذه الظاهرة التي تحل بقواعد السلوك والقيم الرياضية. وتعتبر دولة كندا وخاصة مقاطعة الكيبك من أوائل الدول التي أصدرت قانون متكامل يتعلق بالأمن في مجال الرياضة عام ١٩٧٩ La Sécurité dans les sports. وفي نفس الاتجاه صارت أغلب دول الاتحاد الاوربي في سن التشريعات الداخلية التي تجرم ظاهرة العنف والشغب في الملاعب الرياضية ، وذلك بناء على الاتفاقية الأوربية في ١٩ أغسطس ١٩٨٥ بستراسبورج ، حول عنف وشغب المشجعين في المناسبات الرياضية وخاصة في مباريات كرة القدم.

ولنا في ذلك مثال ما نص عليه المشرع الفرنسي في قانون الرياضة^(١) وفقا لتعديلات في ٢٠١٣ ، علي تحديد السياسات الرياضية التي تتمثل في تشجيع علي ممارسة الرياضة ، سواء كان ذلك من خلال ممارسة الرياضة على مستوى عال أو الرياضة المهنية ، وكذلك التدريب ومنح الشهادات في مجال النشاط البدني والرياضة ، ووضع الرقابة والحماية في أثناء ممارسة الرياضة التي تتم خارج الملاعب ، وتطوير الطب الرياضي ، والعمل علي منع ومكافحة الاتجار وتناول المنشطات، والوقاية من السلوك الإجرامي المعادي للمجتمع ومكافحة الشغب والعنف في الرياضة. وليس هذا بحسب فقد قام المشرع الفرنسي في ٢ أكتوبر ٢٠٠٠

(١) - Décret N° ٢٠٠٩-١٥٤٠ du ١٠ décembre ٢٠٠٩, L'art ٢, Code du Sport Français, L'art L.١١١,١, mis à jour ٢٥/٠٤/٢٠١٣.

بإنشاء لجنة وطنية لمنع ومكافحة العنف في الرياضة، لمواجهة تزايد حالات العنف في الملاعب الرياضية^(١).

أهداف الدراسة :

تهدف الدراسة إلى تحقيق ما يلي : دراسة مكافحة الجنايئة لظاهرة شغب الملاعب الرياضية من خلال توضيح الجوانب القانونية الجنائية المتعلقة بمكافحة العنف والشغب بالملاعب الرياضية والتصدي لأسبابها وعواملها من الناحية القانونية ، في ضوء الدراسة المقارنة التحليلية. نتناول فيها أولاً التكيف القانوني لهذه الظاهرة الإجرامية من خلال تعريفها واستعراض التفسيري العلمي لظاهرة شغب الملاعب الرياضية ، ثم بعد ذلك نتناول بالشرح للتجريم القانوني لشغب وعنف الملاعب الرياضية وموقف التشريعات المقارنه منها.

وتنقسم الدراسة مكافحة الجنايئة للظاهرة شغب الملاعب الرياضية الي
مبحثين :

المبحث الاول : التكيف القانوني لشغب الملاعب الرياضية .

المبحث الثاني : التجريم القانوني لشغب الملاعب الرياضية.

(١)- V., JEAN YEVES LASSALLE, La violence dans le sport, 1^{er} édition, France, Paris, 1997.

المبحث الاول : التكييف القانوني لشغب الملاعب الرياضية

التكييف القانوني لجرائم شغب الملاعب الرياضية يثير الكثير من التساؤلات بين فقهاء القانون سواء حول تحديد ماهية شغب الملاعب الرياضية من حيث تحديد مفهوم شغب الملاعب الرياضية وأنواعها وخصائصها ، ثم في تحديد تفسير علمي لظاهرة شغب الملاعب الرياضية. وترجع الصعوبة في ذلك إلي أن شغب الملاعب الرياضية أو ما يسمى Football Hooliganism⁽¹⁾ ظاهرة اجتماعية ترجع إلى بداية الستينات الميلادية ، وتتضمن هذه الظاهرة أشكالاً خاصة من الصراع بين الطبقة العاملة والطبقات العليا والوسطى الحكومية، والشغب عبارة عن سلوك عدواني يوجه الفرد عدوانيته نحو الآخرين، والمنشآت والممتلكات الفردية والحكومية على السواء ، إما بإطلاق ألفاظ السباب أو الاستهجان أو السخرية ، أو بالتخريب والتشوية والتدمير، والشغب من الأمور المؤسفة التي التصقت بالمنافسات الرياضية ، خاصة في الآونة الأخيرة ، ما عرف بظاهرة العنف وشغب الجماهير الرياضية.

فما لاشك فيه أن التكييف القانوني لشغب الملاعب الرياضية أهمية الواضحة ، ولذلك لأن هذه الظاهرة تخلف عدة ضحايا من قتلى وجرحى وخسائر مادية ومالية وضياع ممتلكات الدولة والأشخاص. وبالرغم من ذلك ، فإن فقهاء القانون الجنائي لم يهتموا بالدراسة الكافية لظاهرة الشغب والعنف في الملاعب الرياضية.

(1) - H. BURG, Football hooliganism in the Netherlands, In Giulianiotti, R. eds., Football Violence and social identity. London & New York, Routledge, ١٩٩٤; Dominique BADIM, Hooliganisme vérités et mensonges, edition E.S.F, Paris, ١٩٩٩.

بالرغم من أن الجريمة الرياضية شكلت في ضوء السياسة الجنائية ونظرية العقاب أحد محاور هذه المكافحة لشغب الملاعب الرياضية ، إلى جانب استخدام الوسائل الأمنية لحماية الاحداث الرياضية ، ودور المنظمين في حماية الملاعب الرياضية ، والجمهور وواجب الحفاظ على المنشآت والتجهيزات الرياضية.

وتتضح معالم الشغب الرياضي في التجاوزات والتصرفات غير المقبولة التي تصدر من بعض الأفراد داخل وخارج أسوار الملاعب الرياضية التي تعد ظاهرة عدوانية خطيرة تقلق كل المجتمعات الحالية ، وقد أوضحت منظمة الأمم المتحدة للعلوم والثقافة اليونسكو^(١) بأن ظاهرة العنف وشغب الملاعب في ازدياد تدريجي ، والعنف في الملاعب هو شكل من أشكال الانفعال الرياضي الذي يظهر على شكل المهاجمة بقصد إلحاق الأذى أو الضرر بالآخرين.

وسوف نتناول في هذا المبحث تحديد ماهية شغب الملاعب الرياضية وأنواعها وذلك في المطلب الاول ثم نستعرض في المطلب الثاني التفسير العلمي لظاهرة شغب الملاعب الرياضية.

(١) - منظمة الامم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة - اليونسكو ، دراسة جامعة بين التخصصات عن أسلوب العنف ومظاهره في الانشطة الرياضية ، المؤتمر الدولي الثاني للوزراء وكبار المسؤولين ، موسكو ، ١٩٨٩ .

المطلب الاول : ماهية شعب الملاعب الرياضية وأنواعها

مما لا شك فيه أن أعمال الشغب والعنف تعد أبشع صور الاضرار بأمن المجتمع واستقراره ، ناهيك عن انها تفقد الانشطة الرياضية قيمتها وخصائصها الممتعة - الترويحية والتنافسية ، ثم إن التصرفات الهوجاء غير المسئولة للتعبير عن حالات الفرح بالنصر أو الغضب من الهزيمة تقود الي حوادث مروعة ، ووفيات متكررة تندرج في سياق مظاهر للشغب والعنف المرفوضة من جميع فئات المجتمع.

أولاً : مفهوم شغب الملاعب الرياضية :

الشغب ظاهرة عالمية ، جديدة بالدراسة والفهم في الوقت الحالي حيث تعاني منها معظم المجتمعات العربية والغربية وبالتالي تحتاج هذه الظاهرة الي التعرف عليها من حيث تحليلها وضع القواعد القانونية الموضوعية والاجرائية لمكافحتها أو اتخاذ التدابير الوقائية لمنع وقوعها في المستقبل.

هذا ويعد الشغب الرياضي ظاهرة اكثر شيوعاً في الوقت الحاضر ، حيث بدأت العديد من المجتمعات تعاني من هذه الظاهرة قبل وأثناء وبعد المنافسات الرياضية ، من خلال ما تشكله من تهديد وعدوان علي الارواح والممتلكات. فالتاريخ الرياضي حافل بالعديد من الوقائع والأحداث التي تصنيف علي أنها نوع من أنواع الشغب الرياضي وتحفظ كرة القدم بالصدارة في ذلك ، حيث وقعت أول ظاهرة عنف خطيرة في ملعب كرة القدم بحديقة إيبروكسي بانجلترا عام ١٩٠٢. وقد أصدر محكمة

مانشستر في ١٨ أكتوبر عام ١٩٠٨ قراراً بتحريم ممارسة كرة القدم في ذلك الوقت بسبب العنف والشغب الذي يكتنف تلك المباريات. وكذلك فقد اندلعت أول الحروب الرياضية في العالم وسميت حرب كرة القدم عام ١٩٦٩ والتي وقعت بين هندوراس والسلفادور وذلك بسبب كرة القدم.

مفهوم الشغب الرياضي :

يقصد بالشغب اصطلاحاً بأنه إثارة الشر أو الفتنة بين الجماعة ، وذلك بايقاع الأذى بالآخرين ، أو بنشر الفساد أو بإثارة الفوضى وجر الآخرين للتصادم والاقْتتال^(١) ، أى هو تهيج الشر والفتنة والخصام^(٢) ، فهو سلوك جانح وخروج عن الأعراف يحدث أثره سلباً ويقع فاعله تحت طائلة قانون العقوبات حسب التكييف القانوني للفعل المجرم سواء أكان تجمهراً أم تظاهراً أو اعتصاماً أو إضراباً^(٣). ويقصد بالشغب بصفة عامة بأنه مجموعة الأنماط السلوكية الإنفعالية التي تصدر عن الفرد أو الجماعة تحت ظروف معينة والتي تتصف بأنها خارجة عن السلوك العام الذي يحدده المجتمع وفقاً لظروفه ومعاييره الاجتماعية والاقتصادية والسياسية^(٤). والتي تتم قبل أو أثناء أو بعد المناقشات الرياضية.

(١) - قاموس الرائد ، انظر د. عبد العزيز عبد الكريم المصطفي ، شغب الملاعب الرياضية دوافعه وانواعه ، مركز الدراسات والبحوث ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٣.

(٢) - قاموس ابن منظور ، ج ١ ، د ، ت ، ص ٥١٩.

(٣) - د. محسن محمد العبودي ، التعامل مع شغب الملاعب الرياضية ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ٢٠٠٠ ، ص ٩٧.

(٤) - د. اسماعيل حامد عثمان ، إدارة الأزمات الرياضية ، مركز الكتاب للنشر ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ١٤٥.

وبالتالي فالشغب في الملاعب الرياضية ، عبارة عن أعمال عدوانية من ضرب وحرق وتدمير وتخريب، وكذلك التصرفات غير اللائقة واللااخلاقية التي يقوم بها اللاعبون والإداريون وال جماهير الرياضية خرقاً للأنظمة والقوانين المدنية المعمول بها قيل وأثناء وبعد المسابقات الرياضية^(١). ويرتبط العدوان والعنف والتعصب وبصفة خاصة بين جماهير المشاهدين والمشجعين في المنافسات الرياضية بظاهرة الشغب Riot ويقصد بالشغب في المجال الرياضي مجموعة الأنماط السلوكية المرتبطة بالإنفعالات والتي تصدر من جماهير المشاهدين والمشجعين في المنافسات الرياضية تحت ظروف معينة، والتي تتصف بأنها خارجة عن السلوك العام الذي يحدده المجتمع وفقاً لظروفه ومعاييرته الاجتماعية والتربوية وغيرها من المعايير.

تعريف الشغب من المنظور الاجتماعي :

ينقسم علماء علم الاجتماع في تعريفهم للشغب إلى اتجاهين اتجاه مضيق واتجاه موسع وهما كالتالي :

الاتجاه الاول. الاتجاه المضيق لتعريف الشغب من المنظور الاجتماعي : حيث يُعرف عالم الاجتماع الأمريكي جراهام بل الشغب بأنه أحد جوانب العنف وأنه سلوك يميل إلى إيقاع الأذى الجسدي بالأشخاص أو خسارة في أموالهم بصرف النظر عما إذا كان السلوك جماعياً أو فردياً. بينما ذهب عالم الاجتماع الأمريكي ارنت هاج إلى تعريف الشغب على أنه استخدام القوة لتحقيق مطالب معينة ويعتبر بالنسبة لمسبب العنف أو الشغب سلوكاً شريعياً وبالنسبة للسلطات سلوكاً منحرفاً يجب مواجهته لتحقيق الأمن والاستقرار في المجتمع.

(١) - د. عبد العزيز عبد الكريم المصطفي ، المرجع السابق ، ص ٣٤.

الاتجاه الثاني. الاتجاه الموسع في تعريف الشغب من المنظور الاجتماعي :
حيث أن مع ظهور اتجاه حديث في علم الاجتماع ذهب هذا الاتجاه الحديث إلي
وضع تعريف موسع للشغب يتجاوز دائرة استخدام القوة المادية ليشمل وسائل
الضغط المعنوية والأخلاقية والنفسية وفي هذا المجال يقترح الاتجاه الحديث
التعبير عن وسائل الضغط المعنوية والأخلاقية والنفسية بتعبير العنف النفسي
وذلك لوصف أشكال الضغط غير المباشر والمستندة علي وعي الجماهير ودراسة
نفسيته^(١). ويتضح أهمية هذا الاتجاه عندما تستعرض موقف المدرسة الاجتماعية
في تفسير ظاهرة شغب الملاعب الرياضية فيما بعد.

التعريف الإجرائي للشغب داخل الملعب وخارجه :

يقصد بالشغب الرياضي داخل الملعب وخارجه، هو ذلك السلوك العدواني أو
الأخلاقي أو المخالف للأنظمة واللوائح والقوانين المعمول بها، والتي تنظم سير
المنافسات الرياضية^(٢) ، سواء تم قبل أو أثناء أو بعد المنافسات الرياضية. ومن
الملاحظ أن مظاهر شغب الجماهير من المتفرجين والمشجعين في المنافسات
الرياضية قد تمتد الى خارج محيط الملعب الرياضي، فيحدث في الشوارع، وقد يرتبط
بالاعمال التخريبية التي تحاول تحطيم وسائل النقل أو المتاجر أو الاعتداء على
الآخرين أو على رجال الامن.

(١) - الندوة العلمية للقضايا الامنية العامة ، المملكة العربية السعودية ، الرياض ، ١٩٨٨ ، ص

(٢) - عبدالفتاح السيد ، دراسة عن ظاهرة الشغب في المنافسات الرياضية على ضوء تعلم
متكامل للقيم والأبعاد الجمالية والتربوية للتربية البدنية والرياضية ، المجلس الأعلى للشباب،
القاهرة ، ١٩٨٧ .

وقد عرف المشرع المصري في القانون رقم ١٠ لسنة ١٩١٤ ، والمعدل بقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٨٧ لسنة ١٩٦٨ الشغب المترتب على التجمهر في المادتين الأولى والثانية منه على أنه تجمع مؤلف من خمسة أشخاص علي الأقل من شأنه أن يجعل الأمن العام في خطر. وأمر رجال السلطة بأن يعملوا على مواجهة هؤلاء المشاغبين المتجمهرين.

أما بالنسبة المشرع القطري فقد نص في المادة ١٣٩ من قانون العقوبات على أن الشغب المترتب على التجمهر هو كل من أشارك في تجمهر، مؤلف من خمسة أشخاص علي الأقل في مكان عام ، بغرض ارتكاب جريمة ، أو الإخلال بالأمن العام ، وبقي متجمهراً بعد صدور أمر رجال السلطة العامة بالانصراف. وكذلك كل من أشارك في التجمهر وكان يحمل سلاحاً من الأسلحة البيضاء، أو العصي، أو غيرها من الأدوات الصلبة غير المعتاد حملها في الأحوال العادية. ويعاقب هؤلاء المشاغبون بالحبس مدة لا تجاوز ثلاث سنوات وبالغرامة التي لا تزيد على خمسة عشر ألف ريال أو بإحدى العقوبتين. ويشدد المشرع القطري العقاب في حالة إذا كان من أشارك في التجمهر يحمل سلاحاً نارياً ، كانت العقوبة الحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات.

ويعرف الشغب في موسوعة علم النفس والتحليل النفسي بأنه حالة عنف مؤقتة ومفاجئ يعتري بعض الجماعات أو التجمعات أو فرداً واحداً وتمثل إخلالاً بالأمن وخروجاً على النظام وتحدي للسلطة أو لمندوبيها على نحو ما يحدث من

تحول مظاهرات سلمية أو إضراب منظم تصرح به السلطة إلى هياج وعنف يؤدي للإضرار بالأرواح والممتلكات^(١).

أما العنف الرياضي : المقصود بالعنف هو الاستخدام غير المشروع أو غير القانوني للقوة بمختلف أنواعها في المجال الرياضي^(٢) ، أي هو اتجاه نفسي مشحون انفعالياً نحو أو ضد لاعب أو فريق أو هيئة رياضية معينة ، وهذا الاتجاه غالباً ما يتحكم فيه الشعور والميول لا العقل^(٣).

أما بالنسبة للغوغاء فهي تجمع من شخصين أو أكثر تربط بينهم الرغبة في الخروج على القانون ويصبحون جماعة شغب إذا هم نجحوا في تحقيق مآربهم.

والأصل في الشغب هو أن يقع دون تدبير أو تخطيط وإلا عد من قبيل الاتفاقات الجنائية ، والمؤامرات الإجرامية والتي تتحين فرصة وقوع الأضطرابات لكي تقوم بتنفيذ مخططاتها. وبالتالي فالشغب هو شكل توافقي لجرائم العنف ، حيث يثير حادث عابر أو نبأ مفاجئ للجماهير فتتحول منصهرة في بوتقة انفعالية تهدر

(١) - د. احسان محمد الحسن ود. كامل طه لويس ، أسس علم الاجتماع الرياضي ، مطبعة الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٠ ، ص ١٧٦.

(٢) - د. محمد علاوي ، سيكولوجية العدوان والعنف في الرياضة ، الطبعة الأولى ، مركز الكتاب للنشر ، القاهرة ، ١٩٩٨. د. نبيل العتوم ، العنف الرياضي في الملاعب الأردنية ، مجلة كلية التربية ، جامعة عين شمس ، العدد الرابع والثلاثون ، الجزء الثالث ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ١٨٣.

(٣) - انظر : د. حنان عبد المنعم عبد الحميد ، البناء العاملي للتعصب الرياضي لدى المشجعين ، رسالة ماجستير ، كلية التربية الرياضية للبنين ، جامعة حلوان ، القاهرة ، ١٩٩٩. د. نبيل العتوم ، المرجع السابق ، ص ١٨٣.

بالهتاف ضد من تسبب بالحادث أو كان وراء النبا وتكون لدى الجماهير نفسية جماعية مستقلة عن نفسية كل فرد فيها فتتطلق في أعمال العنف من إتلاف ، أو حريق عمد ، أو إيذاء ، أو قتل أو سرقة أو أفعال مؤثمة أصلاً ، وفي هذه الحالة يسأل عن الفعل من ارتكبه فقط ، على خلاف للاتفاق الجنائي في جرائم العنف في هذه الحالة يسأل المتفقون عن الفعل أو الأفعال التي قاموا بها ، وكذلك عن الفعل أو الأفعال المتوقع حدوثها لهذا الاتفاق^(١) ، وبذلك يختلف الشغب عن الاتفاق الجنائي ، وأن كان يتفقا في أن الشغب والاتفاق الجنائي مجرمين في القانون ومعاقب عليهما.

وعلى العكس من ذلك ، فإن التجمعات التي تحدث بشكل عفوي ودون هدف مسبق ولا قيادة تتولى تنظيم هذا التجمع كما يحدث عندما يتوافد مجموعة من الأشخاص عند إندلاع حريق من باب الفضول وحب الإستطلاع ، أو عند وقوع مشاجرة أو حادث مرور ، أو التجمع بقصد أداء عبادة معينة ، أو الانتظار لمجموعة من الأشخاص عند محطات النقل العام أو محطات القطار وخلاف ذلك لا يعد كل هذه التجمعات من قبيل الشغب وكل ما هناك هو أنه يجب على سلطات الدولة متابعة هذه التجمعات حتي لا تتحول إلي صورة من صور الشغب والعنف نتيجة لأي سبب مثل الشائعات التي يتم ترديدها من قبل أفراد التجمع أو التمرد أو العصيان أو أعمال الشغب والتكسير والتخريب نتيجة المعلومات الحاطئة.

أما المظاهرة فهي إجتماع مجموعات من الناس توحدهم مطالب سياسية أو اجتماعية ، أو اقتصادية ، أو دينية ، أو غيرها ، حيث يحاولون توصيل هذه المطالب إلى الجهات الرسمية المسؤولة ، وإلى وسائل الإعلام المختلفة ، وإلى الرأي

(١) - د. محمد فتحي عيد ، الإجرام المعاصر ، منشورات جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ١٩٩٩ ، ص ٦٥ ، ٦٦.

العام سواء المحلي أو الدولي ، وقد يكون من ضمن مطالبهم إظهار الاحتجاج على سياسات بعض الدول الخارجية ، وغالباً ما يصاحب هذه المظاهرات هتافات ، ولافتات ، وشعارات ، وربما تكون صامتة مع اللافتات المكتوبة ، كما يمكن أن تكون ثابتة أو متحركة^(١). وقد تتحول المظاهرة من مظاهرة سلمية إلي مظاهرة غير سلمية يترتب عليها أعمال الشغب والعنف وبالتالي تهدد أمن وسلامة المجتمع وبالتالي لا بد من تدخل سلطات الدولة للعقاب عن هذه الأفعال.

المنشآت الرياضية :

يقصد بالمنشآت الرياضية بأنها كل العقارات من أراضي وبناء سواء كانت مخصصة كل أو جزء من الوقت لتسيير أمور الحركة الرياضية. ولذلك تتسع لتشمل الملاعب الرياضية المغلقة والمفتوحة ومركز الشباب ومضمارات السباق داخل المقار الرياضية أو خارجها والصالات والاستادات وحمامات السباحة وسائر الأندية اللازمة لممارسة وخدمة الأنشطة الرياضية من نوادي رياضية ومقار للاتحادات الرياضية^(٢) واللجان الأولمبية والساحات الشعبية والمراكز الخدمية الطبية والإعلامية الملحقة به.

وتظهر أهمية الحفاظ على الملاعب والمنشآت الرياضية والتي تمارس فيها الأنشطة الرياضية من خلال اهتمام المواثيق الدولية بها ، وخاصة الميثاق الدولي للتربية والرياضة والذي وضعته منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم الثقافية اليونسكو في دورتها العشرين بباريس في ٢١ من نوفمبر عام ١٩٧٨ والتي تنص فيه المادة الاولى على أن ممارسة التربية البدنية والرياضة حق أساسي للجميع. فإذا كانت

(١) - د. محمد شوقي عبد الحكيم وآخرون ، الإعداد العسكري لصباط الأمن المركزي ، ج ١ ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٨٩ ، ص ٥٨٤ .
(٢) - د. محمد فتحي عيد ، أمن المنشآت الرياضية ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية ، المملكة العربية السعودية ، الرياض ، ٢٠٠٠ ، ص ١٢ .

التربية البدنية والرياضية لا يمكن ممارستها إلا من خلال ملاعب ومنشآت رياضية ، فمعنى ذلك أن الملاعب الرياضية هامة لكونها ضرورة لازمة لممارسة حق من الحقوق العامة لكل إنسان وهو ممارسة التربية البدنية والرياضية. وبالتالي فإن إنشاء الملاعب الرياضية واجب علي الدولة ، وحق من حقوق المواطن لأنه بدونها لا يمكن أن يمارس حق من الحقوق التي كفلتها له المواثيق الدولية ، وهو حق ممارسة التربية البدنية والرياضية ، وللوفاء بهذا الحق يجب العمل على الحفاظ والتأمين للملاعب الرياضية من الأخطار التي تهددها حتي تستطيع أن تؤدي وظائفها في إتاحة ممارس الأنشطة الرياضية.

كما نصت المادة الثانية من ميثاق اليونسكو أن التربية البدنية والرياضية تشكلان عنصراً أساسياً من عناصر التربية المستديمة في إطار النظام التعليمي الشامل^(١) ، وينبغي أن تهدف التربية البدنية والرياضية - عنصران أساسيان من عناصر التربية والثقافة وهما - إلي تنمية قدرات الفرد وإرادته وضبطه لنفسه وتعزيز اندماجه الكامل في المجتمع وينبغي أن يكفل للإنسان مواصلة نشاطة البدني وممارسة الرياضة طوال حياته ، في إطار تعليم شامل ودائم ، وأن التربية البدنية والرياضية ، تسهم علي مستوى الفرد في حفظ الصحة وتحسينها وتشغل أوقات الفراغ بطريقة مفيدة ودعم مقاومة الإنسان لمتاعب الحياة الحديثة ، وينبغي لكل نظام تعليمي شامل أن يفسح للتربية البدنية والرياضية المكان والاهمية اللازمين لتحقيق التوازن ودعم الروابط بين الأنشطة البدنية والعناصر الأخرى للتربية.

أما المادة الثالثة من الميثاق تنص علي أنه يجب أن تلبي برامج التربية البدنية والرياضية احتياجات الأفراد والمجتمع ، وأن تسهم في إطار عملية التربية الشاملة في خلق عادات وانماط من السلوك تساعد علي فتح الإنسان.

(١) - الميثاق الدولي للتربية والرياضة والذي وضعته منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة اليونسكو في دورتها العشرين بباريس في ٢١ من نوفمبر عام ١٩٧٨.

وينص البند ١٧ من قانون الأمن والسلامة للملاعب الرياضية لـ "فيفا" على أن كل اتحاد محلي يتحمل المسؤولية الأمنية في الملاعب وتحديد المخاطر المتوقعة ، وعليه أن يقوم بتعيين مسئول أمني لديه الخبرة اللازمة في هذا المجال من خلال عمله سابقاً مع الشرطة والمنظمات العامة ومعرفته بكيفية إدارة الأحداث الرياضية.

بالإضافة إلى ذلك يجب منح السلطة للقائمين على إدارة المباراة بإيقافها في حال استخدام المشجعين أجهزة الليزر ، وكذلك تشديد الإجراءات الأمنية وضبط من يحمل هذه الأجهزة لما تسببه من تشتيت لانتباه اللاعبين بأسلوب غير مسموح به". بالإضافة إلى ما سبق هناك إجراءات أخرى يجب اتباعها وهي كالتالي^(١) : اعتماد مهمة المنسق الأمني لجميع الأندية الرياضية ، ضمان أمن الملاعب مسئولية مشتركة بين الشرطة والأندية والاتحادات الرياضية وروابط المشجعين والإعلام ، العمل على زيادة الوعي بأمن الملاعب من خلال المحاضرات التثقيفية والدورات التدريبية للاعبين والجمهور والمنسقين الأمنيين، إصدار دليل موحد للإجراءات الأمنية داخل الملاعب ، إعداد الدراسات والبحوث والإحصاءات الخاصة بشغب الملاعب والوقوف على الإيجابيات والسلبيات من الناحية الأمنية والتنظيمية ، دعم التعاون المحلي والإقليمي والدولي عند استضافة الأحداث الرياضية الكبرى ، وإقامة الملئقى بصفة دورية كل سنتين.

(١) - المؤتمر المتعلق بإصدار معايير معتمدة حول الأمن والسلامة لتجنب الكوارث ، الاتحاد الآسيوي في ديسمبر ٢٠١٢ ، ملئقى دبي الدولي لأمن الملاعب الرياضية. الإمارات ، ٢٠١٢.

في المقابل ذلك يجب الأهتمام بالإجراءات الأمنية والعمليات التي تضمن سلامة جميع الموجودين في الملاعب الرياضية من لاعبي وإداريين وجماهير وغيرهم. فالعملية الأمنية يجب أن تكون متكاملة بين جميع الجهات في الدولة من اتحادات وأندية ومؤسسات أمنية وإعلامية ، فمما لاشك فيه أن كرة القدم باتت صناعة ، وبالتالي يجب وضع القوانين لحمايتها وخصوصاً حماية الملاعب والمنشآت الرياضية من المخربين والمشاعيين ، كما يجب على القائمين على اللعبة توفير مقومات الراحة كافة والأمن في الملعب ، حيث إن الرياضة تعد في المجتمعات المتحضرة قطعة من متعة المجتمع ومكاناً للجماهير للاستمتاع بأقواتهم في أجواء عائلية وترفيهية بكل طمأنينة وأمان". بل يجب كذلك الفصل بين الجماهير في المباريات ذات الحساسية العالية ، كما هي الحال في الملاعب الدولية ، حيث إن هذه الطريقة تعد الأفضل لتجنب مخاطر الشغب في بعض الجالات الخارجة عن النص على أرض الملعب". ولنا في كارثة استاد بورسعيد في مصر التي راح ضحيتها ٧٤ قتيلاً مثلاً واضح يكشف وفق المعطيات المتاحة عن مدى تجاهل الحس الأمني الأحداث التي سبقت المباراة ، علماً بأن عملية "الاستطلاع" تعد أحد أهم عناصر تأمين المباريات الكبرى، خاصة التي يكون لها وضع خاص أو حساسيات مسبقة.

وبلاحظ هنا أن الاتحاد الدولي "فيفا" متعاقد مع شركة تأمين خاصة ، معظم عناصرها من رجال المباحث الفيدرالية الأمريكية FBI ، والهدف من ذلك هو جمع المعلومات قبل المواجهات الدولية الكبرى المهمة ، بغرض العمل على منع أحداث الشغب"، فالأمن في واقعة استاد بورسعيد تعامل بتجاهل لظروف ما قبل المباراة. ففي مثل هذه الأحداث تتطلب تعاملًا سريعًا بعيداً عن المركزية ، ذلك لأن دور الشرطة والأمن هو منع وقوع الجريمة من الأساس ، ومكافحة حدوثها ، وعدم الانتظار لحين وقوعها. ممكن القول هنا بأن شركات التأمين الخاصة في مجال الرياضة أصبحت مطلباً ضرورياً وملحاً ، حيث أن الشرطة لم يعد في مقدورها القيام

بمهام ليس من مهامها ، مثل تنظيم دخول الجماهير، على أن تكون هذه الشركات ذات خبرة في إدارة الملاعب ، وتتميز خبرتها أكثر بنيل دورات تدريبية مع رجال الشرطة، بل وتقوم الشرطة باعتماد عمل هذه الشركات لاحقاً.

ثانياً. خصائص ظاهرة شغب الملاعب الرياضية :

١. نلاحظ أن خاصية ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية تتمثل في أن أغلب مرتكبيها من الشباب فهي ظاهرة شبابية ، وذلك لأن الأغلبية الساحقة من الجمهور في الملاعب يكون من شريحة الشباب.

٢. تتميز كذلك بأنها ظاهرة جماعية ، حيث عادة ما تقع من الجمهور الرياضي فالحشود الكبيرة غالباً ما تعطي الفرصة للفرد أن يتقوى ويقوم بأفعال قد لا يقوم بها عندما يكون بمفرده ، فالحشد يعطي الفرد احساس بالحماية وانطباع بعدم العقاب لعدم معرفة الفاعل في وسط هذه الحشود الكبيرة.

٣. بالإضافة إلى ذلك تتميز بأنها ظاهرة مرتبطة بالمدينة ، حيث أنها نشأت وتطورت في المدن الكبيرة حيث يوجد المنشآت الرياضية وكذلك الحشود الكبيرة.

ثالثاً. أنواع شغب الملاعب الرياضية :

تعتبر ظاهرة شغب الملاعب الرياضية حالة سلوكية ترتبط بدافع العدوان لدى الفرد نفسه الذي يكاد يكون سلوكاً خطراً ، وبالتالي يختلف أسلوب الفرد في التنفيس أي العدوان من فرد لآخر. وهذا وينقسم العدوان إلي نوعين هما كالتالي^(١) :

النوع الاول. العدوان كغاية : حيث يكون الهدف من السلوك العدواني للفرد هو إيقاع الأذى الجسماني والنفسي بالآخرين ، وإصابتهم بالضرر والتشفي والتمتع بمشاهدة الألم الذي لحق بهم. مثال على ذلك : ما نشاهده خلال مباريات كرة القدم عندما يقوم لاعب بضرب لاعب آخر متعمداً ، أو غيرها من أفعال الضرب والعنف والأذى البدني أثناء المباريات الرياضية.

النوع الثاني. العدوان كوسيلة : ويهدف إلى إلحاق الأذى باللاعب بغية الحصول على تعزيز خارجي كإرضاء المدرب أو الزميل أو الجمهور أو الإدارة ، وهذا الأسلوب شائع في الملاعب الرياضية. مثال على ذلك : في مباريات كرة القدم كعرقلة اللاعب وإعاقته من الوصول لتسجيل الهدف ، والاعتداء المتعمد ضد اللاعبين الآخرين.

وتشير الدراسات المتعلقة بشغب الملاعب الرياضية بأن الشغب لا يصدر عن طرف أو جهة واحدة ، وإنما يصدر عن أطراف متعددة وهي وفقاً لتقسيم الفقيه HUSMAN عناصر أساسية ثلاثة هي الجمهور المشاهدة للمنافسات الرياضية واللاعبون والحكام ، إلا أنه في الحقيقة عناصر الشغب أكثر من ثلاثة^(٢) ، وذلك

(١) - انظر : د. سليمان إبراهيم ، العدوان لدى الرياضيين وعلاقته ببعض المتغيرات ، رسالة دكتوراة ، كلية التربية الرياضية للبنين ، جامعة حلوان ، القاهرة ، ١٩٧٩ .

(٢) - B. HUSMAN, Aggression, A historical perspective, In W. Straub, ED., Sport Psychology, An analysis of athlete behavior, It haca, New York, Mouvement Publications, ١٩٨٠, p. ٣٦ ; Thomas WALKER, Aggression in sport, A study of Foulin University basket ball, Dissertation Abstracts International, ٤٠, ٢, ١٩٧٩, p. ٧٤٢.

وفقاً للبحث الذي قام بأخذ عينة من الأفراد لتحديد العناصر التي يمكن أن تكون طرفاً في شغب الملاعب الرياضية^(١) ، وترتيبهم ترتيباً تنازلياً بحسب شيوع وتعدد مظاهر شغبها وتحليل النتائج توصل البحث إلى أن الجمهور الرياضي يحتل المرتبة الأولى وجمع ٨٢% من النقاط. وحل في المرتبة الثانية اللاعبون بنسبة ٧٨% من النقاط وجاء الحكام في المرتبة الثالثة بنسبة ٧٢% من النقاط ثم اداريو الأندية في المرتبة الرابعة بنسبة ٦٠% وجاء بعدهم الاعلاميون الرياضيون ثم المدربون ، واداريو الاتحادات الرياضية ، وحل رجال الأمن والأطباء والمسعفون في المرتبة الأخيرة بنسبة ١٨% من النقاط ، ويعمل بعض أفراد العينة ، سبب حلول الجمهور في المرتبة الأولى ، بأن الجمهور هو الطرف الأساسي والرئيسي لأي شغب يحدث في الملاعب ، إذا لم يتدخل الجمهور فإن شغب أي عنصر من العناصر الأخرى من حكام ولاعبين واداريين فإنه ينتهي دون مضاعفات مادية ، أما شغب الجمهور فإنه شغب مدمر يؤدي إلى عنف وعدوان وسلب وتكسير.

ومما سبق نستطيع أن نستخلص أنواع الشغب والتي تنقسم فيها أنواع الشغب بالنظر الي معيار التقسيم فهناك المعيار الزمني وذلك بالنظر ما إذا تم ارتكاب الشغب الرياضي قبل أو أثناء أو بعد المنافسات الرياضية سواء داخل أو خارج الملاعب الرياضية وذلك وفقاً للمعيار الشخصي وهو تقسيم الشغب بالنظر بمرتكب الشغب الرياضي. وسوف نتناول أولاً أنواع الشغب الرياضي وفقاً للمعيار الشخصي ، ثم بعد ذلك نتناول أنواع الشغب الرياضي وفقاً للمعيار الزمني وذلك علي النحو التالي :

(١) - د. محمد خير علي مامسر ، دراسة تحليلية لظاهرة شغب الملاعب الرياضية في الوطن العربي ، مجلة الدراسات ، المجلد الثاني عشر ، العدد الحادي عشر ، الجامعة الاردنية ، ١٩٨٥ ، ص ١٩ .

المعيار الاول . أنواع الشغب الرياضي وفقاً للمعيار الشخصي :

النوع الاول. شغب الجماهير الرياضية^(١) :

ويتمثل في التصرفات غير اللائقة ، ونزول أرضية الملاعب وأعمال العنف والعدوان ، وإطلاق الشماريخ والالعاب النارية وغيرها من التصرفات التي تمثل خروجاً عن التشجيع الرياضي المثالي. وينقسم هذا النوع من الشغب الجماهيري الي ثلاثة أنواع وهما كالتالي:

١. عنف لفظي^(٢) :

ويقصد به لجوء الجماهير إلى التشجيع الغوغائي والهتافات المحورة التي تحمل معاني غير عفيفة ، والسب والشتم وغيرها من الألفاظ الخارجة وكذلك كتابة العبارات البذيئة والمسيئة علي لوحات ترفع أو تعلق أثناء سير المباريات وغيرها من التصرفات التي تهدف الي التحريض علي العنف ضد اللاعبين والحكام ومحاولة إثارة الجمهور الفريق المنافس ، بالكلام والإشارات التي تدل علي سوء سلوك ، هي من أكثر مظاهر الشغب شيوعاً في ملاعبنا. هذا بالإضافة إلى تسييس الهتافات التي تدعو إلي التفرقة العنصرية والطائفية أو الاقليمية. مثال علي ذلك ما حدث في نهائي كأس الاندية أبطال الدوري الاوربي لكرة القدم في بروكسل ١٩٨٥ بين فريق يوفنتوس الايطالي وفريق ليفربول الانجليزي علي ملعب هيسل حيث هاجم الجمهور الانجليزي المتفوق عددياً نظيره الايطالي إثر مشادات كلامية وقعت بين الطرفين.

(١) - انظر أنواع الشغب الرياضي ، د. محمد خير علي مامسر ، شغب الملاعب الرياضية. الندوة الاسيوية السادسة للصحافة الرياضية. الاتحاد الاردني للإعلام الرياضي والشبابي بالتعاون مع الاتحاد الاسيوي للصحافة ، الاردن ، ١٩٨٩.

(٢) - Y. SIMONS & J.TAYLOR, Psychological model of fan violence in sports, Sport Psychology, ١٩٩٢, V, ٢٣, pp. ٢٠٧-٢٢٦.

وعندما حاول الايطاليون الفرار ونتيجة للتدافع سقط حائط علي المشجعين أدي إلي مصرع ٣٩ شخصاً معظمهم من مشجعي فريق يوفنتوس الايطالي.

٢. عنف بدني أو جسماني :

وهي تصرفات لأخلاقية وأعمال عنف وعدوان تشمل العديد من الأشكال مثل اعتداء الجمهور علي اللاعبين ، والحكام ، وأفراد الجمهور المضاد عن طريق قذف وضرب الاخرين واقتحام الملاعب عنوة والعراك والمشاجرة بين مجموعة من الأفراد وأفراد آخرين ، خاصة من جماهير الأندية الرياضية المنافسة أو مشجعيهم. وكذلك اعتداء الجماهير علي اللاعبين والحكام ورجال الامن ، والسير بسرعة وطيش في الشوارع قبل أو بعد المباراة. ومثال علي ذلك هجوم جماهير كرة القدم علي الشرطة في إنجلترا في إحدى مباريات كرة القدم عام ١٩٨٣ والتي أدت إلي مقتل اثنين من الشرطة وإصابة ٣٨ شخصاً واعتقال ٢٠٢ من المواطنين لاتهامهم بالشغب^(١).

٣. التخريب والاعتداء علي الممتلكات العامة والخاصة^(٢) :

يقصد به الاعتداء بالكسر أو الحرق أو التخريب للممتلكات العامة للدولة وخاصة المنشآت الرياضية مثل تحطيم زجاج النوافذ وفوانيس الإضاءة وتحطيم الكراسي وسرقة أدوات الملعب ، وتخريب وسائل المواصلات وتعطيل حركة السير ومخالفة أنظمة المرور. وكذلك التخريب أو الكسر أو الحرق وغيرها من صور الاعتداء علي الممتلكات الخاصة مثل الاعتداء علي السيارات الخاصة للمواطنين.

(١) - د. اسماعيل حامد عثمان ، إدارة الأزمات الرياضية ، الطبعة الاولى ، دار النشر مركز الكتاب للنشر ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ١٤٣ .

(٢) - انظر : د. سليمان ابراهيم ، أنواع شغب الملاعب الرياضية ، المرجع السابق ، ١٩٧٩ .

مثال علي ذلك ما صدر في تقرير حول ظاهرة عنف ملاعب كرة القدم في تونس^(١) فإن أكثر من خمسين سيارة قد تضررت وأكثر من عشرة محلات تجارية واجهاتها ، وأكثر من ١٢ حدثاً اعتقلوا بسبب الشغب الذي حدث في تونس يوم ١٤ أبريل عام ١٩٨٢ بسبب مباراة لكرة قدم.

النوع الثاني. شغب اللاعبين والإداريين والحكام :

شغب اللاعبين ويقصد به الشتائم والسباب وغيرها من التصرفات غير اللائقة داخل الملعب وكذلك تحريض الجماهير والتشكيك في نزاهة الحكام والاعتراض المتكرر عليهم ويقومون بإشارات تدل علي عدم الرضا علي مستوى التحكيم أو مستوى اللعب والنقوه بكلمات نابية ويتصرفات لأخلاقية. بالإضافة إلى ذلك الاعتداء أو العنف الجسماني على اللاعبين أو الحكام قبل أو أثناء أو بعد المباريات الرياضية.

حيث تشير الدراسات البحثية إلى أن اللاعبين هم المصدر الثاني لشغب الملاعب الرياضية في الوطن العربي ، فبالرجوع للإحصائيات في هذا الشأن نلاحظ أن أكثر مظاهر شغب اللاعبين السائدة بين اللاعبين هي من مستوى التصرفات غير اللائقة مثل القيام بإشارات تدل على عدم الرضى بمستوى التحكيم أو مستوى اللعب. والاعتراض على قرارات الحكام ، واللعب الخشن والعنيف ، ومحاولة إيقاع الأذى بالخصم ، كذلك البصق على الأرض علناً أو باتجاه الخصم بقصد الاستفزاز ، والقيام بحركات لأخلاقية أمام الجمهور الشتائم أو الشتاب العلني أو التلطف بالفاظ نابية والانسحاب من اللعب ، أو الاعتداء بالضرب على الحكام أو الفريق الآخر ،

(١) - د. كمال بنزرتي ، ظاهرة العنف في ملاعب كرة القدم في البلاد العربية ، ندوة اللجنة الفنية للاتحاد العربي لكرة القدم ، دار البيضاء ، ١٩٨٣ ، ص ٥.

أو القيام بحركات تحريضية لإثارة الجمهور أو الزملاء^(١) ، وغيرها من التصرفات الأخرى التي تعتبر سبب في اندلاع أعمال الشغب والعنف في الملاعب الرياضية.

أما فيما يتعلق بشغب الحُكّام : فقد ذهب الفقيه Beisser إلى القول بأن الحُكّام هم من العناصر الأساسية للشغب ، كما أنهم طرف في أي شغب قد يحدث داخل الملاعب ، وهم يمثلون الشرارة التي تفجر المواقف في الملاعب ، كما أنهم أكثر العناصر تعرضاً للشغب ، ويعتبرون كبش الفداء لفشل الفرق ، فعليهم تقع مسئولية هزائم الفرق الرياضية المتنافسة^(٢) . ومن مظاهر شغب الحُكّام السائدة في الملاعب الرياضية هي مظاهر شخصية فنية حيث أن عدم القدرة على متابعة اللعب بنشاط وحيوية لضعف اللياقة أو أما للمحايبة أو التحيز لفريق ضد فريق آخر. وكذلك محاولة تصيد أخطاء اللاعبين ، أو التباطؤ في اتخاذ القرارات وغيرها من التصرفات التي تؤدي الي حدوث أعمال شغب وعنف في الملاعب الرياضية. وينقسم الي ثلاثة أنواع وهما شغب لفظي وشغب غير لفظي البدني أو الجسماني والتخريب والاعتداء علي المنشآت الرياضية. مثال على ذلك ما حدث في إطار تصفيات كأس العالم بين الكاميرن والكونغو في ١٩٧٦ ، حيث منح حكم المباراة التي جمعتهما ركلة جزاء للفريق المضيف الكاميرون ، ونظراً لحساسية اللقاء ، هاجم حارس مارمى الكونغو الحكم الذي فر هارباً ما أثار مشجعي المنتخب الكونغولي الذين تآروا لحارس مرماهم وقتلوا مشجعين كاميرونيين.

(١) - د. محمد خير علي مامسر ، دراسة تحليلية لظاهرة شغب الملاعب الرياضية في الوطن العربي ، مجلة دراسات ، المجلد الثاني عشر ، العدد الحادي عشر ، الجامعة الاردنية ، عمان ، ١٩٨٥ ، ص ٢٧٢ .

(٢) - V., A. BEISSER, The madness in sports, New York, Appleton, Century Grofts, ١٩٦٧.

وبالنسبة لشغب الإداريين : فقد ذهب الفقيه Deobold إلى القول بأنه يجب أن تتعظ شعوب العالم كلها ، وليس الأمريكيون وحدهم بما صادف الرياضة التنافسية من فشل في عهد الاغريق عندما اتجه إداريو الأندية والسياسيون إلى الاحتراف الرياضي ، فكانت النتيجة أن وصلت الألعاب الاولمبية القديمة إلى درجة من العبودية والخمول والركود ومن ثم الفشل والتوقف ، كل ذلك بسبب الاهتمام بالنتائج دون النظر إلى الأهداف التربوية. فالدارس لسياسة الرياضة التنافسية في العالم عامة وفي الوطن العربي خاصة ، يلاحظ مدى الانحراف الكبير عن الأهداف التربوية والاجتماعية والصحية والاتجاه لتحقيق الأهداف المادية فقط من خلال التنافس غير المتوازن^(١) ، ونتيجة لذلك الاتجاه الحديث أصبح للتصرفات الإداريين دور وعنصر مهم في زيادة ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية. ومن مظاهر شغب الإداريين السائدة في الملاعب الرياضية هي قيام الإداريين بتحريض الجماهير والتشكيك بنزاهة التحكيم ، وكذلك إثارة الجماهير بسحب فرقهم والتلفظ بألفاظ نابية أمام الجماهير وإصدار التصريحات الاستقرائية سواء قبل أو بعد المباراة ، ومن أكثر مظاهر شغب الإداريين شحن اللاعبين وتحريضهم على اللعب غير النزيه أو الاعتداء على الحكام واللاعبين خاصة عند الهزيمة.

النوع الثالث. عنف رجال الأمن : ويتمثل عنف رجال الأمن في
التشدد الزائد والتعسف في معالجة المخالفات والأخطاء التي تقع من
الجماهير الرياضية والضرب والإهانة والقبض العشوائي على الجماهير
ويعتدل ذلك في صورة شغب غير لفظي. أما الشغب اللفظي لرجال الأمن
فيعتدل في استخدام الألفاظ التي تثير غضب الجماهير والإهانة
للآخرين. مثال على ذلك : الأزمة الكبيرة بين إنجلترا وبلجيكا بسبب
الشغب في عام ١٩٩٥ بملاعب كرة القدم حيث اتهمت الحكومة

(١) - د. ديو بولد. ب ، وآخرون ، تاريخ التربية الرياضية ، ترجمة د. محمد عبد الخالق علام ، ود. محمد محمد فضالي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ١٠٣٩ .

الانجليزية قوات الأمن البلجيكية بالتعسف ضد الجماهير الانجليزية
خلال مباراة نادي تشيلسي الانجليزي ضد كلوب بروجر البلجيكي في
بطولة أوروبا لأبطال الكؤوس ، وقد صرح وزير الداخلية في ذلك الوقت
بأنه يعترف بعنف الإجراءات الأمنية ضد الجماهير الانجليزية وأكد على
ضرورتها لحفظ النظام خاصة بعد مشاغبات الجماهير الانجليزية غير
المعقولة في كافة ملاعب أوروبا. هذا ولا تزال أحداث العنف والشغب
تطرق أبواب ملاعب كرة القدم وبشكل كبير جداً ، ففي عام ٢٠٠٠
وخلال مباريات زيمباوى وجنوب إفريقيا استخدمت الشرطة القنابل
المسيلة للدموع لتفريق المشجعين الذين ألقوا الزجاجات الفارغة على
أرض الملعب تعبيراً عن سخطهم لأداء لاعبي منتخب بلادهم ، فحصل
تدافع على بوابات الخروج مما أسفر عن مصرع ١٢ شخصاً وإصابة
أخرين .

النوع الرابع. شغب الإعلام الرياضي :

يلعب الإعلام الرياضي دوراً كبيراً في دعم وتطور ممارسة الالعاب الرياضية ،
فما لاشك فيه أن دور الإعلام الرياضي هو تنمية الوعي الرياضي حتى يصح
السليبات ويدعم الإيجابيات ، وقد نص ميثاق اليونسكو على ذلك في مادة ٩ منه
على أن ممارسة الرياضة حق من حقوق الإنسان ويجب أن يكون لوسائل الاعلام
دور ايجابي يرشد الناس. وبالتالي فإنه من الضرورة أن تكون هناك شفافية وثقة
متبادلة ، وأن تقدم الصحافة مادة تُعدل من السلوكيات العامة. إلا أنه في الاونة
الاخيرة خرج بعض وسائل الإعلام الرياضي خاصة الصحافيين والمعلقين في
التلفزيون أو الاذاعة ومقدموا البرامج الرياضية علي شاشات التلفزيون عن أهدافهم
الإعلامية ، فمن مظاهر شغب الإعلام الرياضي ، عدم الموضوعية في عرض
الموضوعات الإعلامية مما يثير العصبية لدي الجماهير وذلك عن طريق استخدام
الإعلام الرياضي للألفاظ التحريضية التي تشجع على العراك والقتال والحث علي

التحيز والتعصب في مواجهة الفرق الرياضية المنافسة وجمهوره ويطلق علي ذلك الشغب مسمى الشغب اللفظي.

أما الشغب غير اللفظي للإعلام الرياضي فيتمثل في استخدام الإعلام الرياضي للرسوم الكاريكاتيريا بصورة تدعو إلى العنف والتخريب. ويلاحظ هنا أن الإعلام الرياضي قد يستخدم كوسيلة تدعو إلى تشنج الأعصاب وتكهرب الأجواء بين اللاعبين بما يكتب أو يعرض في عناوين بارزة تبلغ أحياناً شكل البلاغات العسكرية في بعض الحروب وتحتوي على عبارات الانتقام والثأر^(١). خاصة وأن الصحف بشكل عام وبرامج التلفزيون^(٢) بشكل خاصة يعتمدان الآن على الأحداث الرياضية في رفع عدد مبيعاتها أو عدد المشاهدين لبرامجها. ويرجع تنامي هذه الظاهرة إلى عدم وضع ضوابط واضحة للإعلام الرياضي فيما يتعلق بالعمل الإعلامي ، وعدم الإلتزام بمبادئ ومواثيق ممارسة العمل الإعلامي في مجال الرياضة ، كذلك عدم قيام الإعلام الرياضي بدورة في نشر الثقافة الرياضية بين الجماهير وحثهم على التحلي بالروح والقيم الرياضية المثالي .

ومما سبق يتضح لنا أن عناصر أو أطراف الشغب في الملاعب الرياضية ، يقصد بهم أي طرف أو جهة يصدر عنها شغب قبل ، أو خلال ، أو بعد ، المباريات التنافسية ، مثل الحكم ، أو اللاعب ، أو الجمهور ، أو الاعلام ، أو المدرب ، أو الاداري وغيرهم من العناصر التي يمكن أن تكون سبباً في شغب

(١) - د. سمير عبد القادر خطاب ، دور التربية في تنمية الوعي الرياضي لدي المشجعين ، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية ، مركز الدراسات والبحوث ، الرياض ، ٢٠٠٤ ، ص ٦٩ .
(٢) - حيث تهتم الأخبار الرياضية علي كل الأحداث إلى اليومية إذ ان المساحة المخصصة لها في جرايد والصحف والبرامج التلفزيونيه ، تفوق المساحة المخصصة للأنشطة الاخرى السياسية والثقافية والاجتماعية. وتحتكر أخبار لعبة كرة القدم أكثر من ثلثي المساحة المخصصة لأخبار الاحداث الرياضية الاخرى.

الملاعب الرياضية. أي يقوم بالتصرفات غير اللائقة ، والسلوك اللاأخلاقي ، والأعمال العدوانية والتي يقوم بها أي عنصر من العناصر قد تؤدي إلى شغب أو عنف قبل أو خلال أو بعد الأحداث الرياضية.

المعيار الثاني . أنواع الشغب الرياضي وفقاً للمعيار الزمني :

تنقسم أنواع الشغب الرياضي وفقاً للمعيار الزمني إلى أعمال الشغب والعنف التي تحدث أثناء المباريات والمنافسات الرياضية ، والشغب والعنف الذي يحدث قبل المنافسات الرياضية ، وكذلك الشغب والعنف الذي يحدث بعد انتهاء المنافسات الرياضية وذلك علي النحو التالي :

النوع الاول. الشغب الذي يتم قبل المنافسات الرياضية :

الشغب الذي يتم قبل المنافسات الرياضية يحدث دائما في المباريات والمنافسات الرياضية الهامة حيث يستبد الحماس بال جماهير ، فتطوف الشوارع ، وتهاجم الأشخاص والممتلكات ، ويحدث مشاكسات من مشجعي هذا الفريق أو ذلك ضد مشجعي الفريق الخصم ، بدلاً من أن هولاء المشجعين ما يكتفون بالغناء والصياح والتصفيق. إلا أن سكان الأحياء والمارة قد يصيبهم هلع جراء ذلك ، وينتابهم الخوف والقلق علي حياتهم وممتلكاتهم من هذه الجماهير الهائجة والجامحة. وبالتالي يجد رجال الأمن المصاعب الكثيرة للسيطرة على هذه المجموعات من الجماهير المشجعة المتحركة بصفة مستمرة ، مما يصعب رصد تصرفات كل فرد فيها. وهذا يفرض تواجد قوات متحركة من رجال الأمن لمراقبه الوضع والتدخل السريع لفض أي شغب متصور الوقوع.

النوع الثاني. الشغب أثناء المنافسات الرياضية :

وهذا هو الأساس حيث تقع أغلب حالات الشغب في الملاعب الرياضية وأثناء إقامة المنافسات الرياضية ، وغالباً ما تبدأ أعمال الشغب والعنف نتيجة للاحتكاكات بين مجموعات مشجعي الفريقين الخصمين. ويتطور الامر إلى أعمال عنف وشغب ، حيث يبدأ الشغب عندما تستثير مجموعة ما المجموعة الأخرى بالشتائم او الألفاظ الخارجة النابية ، وفي بعض الأحيان يتطور الشغب اللفظي بعد ذلك إلى شغب وعنف مادي وذلك بإن تعمد مجموعة ما إلى إحتلال مقاعد المجموعة الأخرى وبالتالي تتاح الفرصة للمواجهة والعنف المادي بين الجماهير .

النوع الثالث. شغب ما بعد المنافسات الرياضية :

بعد أنتهاء المنافسات الرياضية تزداد فرصة أعمال الشغب والعنف بين الجماهير ، خاصة بعد أن حُسم الموقف وأصبح هناك فريق منتصر وأخرى منهزم. فبسبب حماس الفوز أو خيبة الهزيمة للمشجعين تحدث أعمال الشغب والعنف والتخريب من المشجعين الذين يطلقون العنان لمشاعرهم التي تولدت لديهم نتيجة مشاهدة المنافسات الرياضية.

ثالثاً. مراحل الشغب الرياضي :

يمر الشغب الرياضي بمراحل متعددة^(١) بإعتباره عمل عدواني خطير ينافي السلوك القويم للانسان وهذه المراحل هي كالتالي :

١. المرحلة الاولى . المرحلة التمهيدية للشغب الرياضي :

(١) - د. بارك سويانج ، ووجونق صن ، دراسة تفصيلية عن الشغب في كوريا مثال كبلد نام بدون دار نشر ، ١٩٨٠ ، ١٤٠١ ، ص ١٩ - ٢٠ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

تعتبر هذه المرحلة التمهيديّة عبارة عن تهيئة البيئة المناسبة للشغب وذلك عن طريق إنتهاز وإستغلال مثيرو الشغب الرياضي الحالة النفسية لدى الغوغاء فيرسمون أولاً هدفاً براقاً لاستمالة الجماهير ، ثم يضعون خطة تفصيلية لكسب التجمعات الجماهيرية لصالحهم ، وعلى هذا الأساس يعملون على تهييج الجمهور من خلال بث الدعاية الخفية ونشر الشائعات المغرضة من أجل إثارة البلبله والفوضى.

٢. المرحلة الثانية. مرحلة اكتمال حركة الشغب الرياضي :

بعد أن يتم تهيئة البيئة من أجل ارتكاب الشغب في المرحلة الاولى ، يقوم مدبرو الشغب الرياضي بدعوة المزيد من المتعاطفين إلى الانضمام لهم ويستمر عملهم هذا إلى أن تنتسح الدائرة المناوئة للحكومة وهنا تكتمل حركة الشغب أو تصبح ناضجة بحيث تبدأ المرحلة الثالثة وهي مرحلة التنفيذ.

٣. المرحلة الثالثة. مرحلة التنفيذ للشغب الرياضي :

بعد الانتهاء من المرحلة الاولى والثانية تبدأ المرحلة الثالثة وهي مرحلة التنفيذ للشغب الرياضي حيث يخرج المشاغبون عن التشجيع الرياضي سواء عن طريق الفعل أو طريق اللفظي وسواء تم ذلك قبل المنافسات الرياضية او أثناء أو بعدها من خلال الخروج إلى الشوارع محاولين إحداث التخريب والتكسير والحريق وغيره من مظاهر الشغب والعنف الأخرى ، وعندئذ يتصدى رجال الشرطة لحركة الشغب مستخدمين العصى والمهراوات وأنواع مختلفة من الغازات المسيلة للدموع ، وبالتالي محاولة السيطرة علي الشغب بأي شكل من الأشكال الممكنة والمتاحة لرجال الشرطة.

٤. المرحلة الرابعة. وهي مجموعة الرؤوس المدبرة للشغب :

وفي هذه المرحلة تتحد فيها العناصر الأساسية والمحركة للشغب الرياضي في مجموعة الرؤوس المدبرة ، والتجمعات الجماهيرية ، والجهة المستهدفة للشغب ، وغالباً ما يكون قائد الشغب منتمياً إلى أحد الفئات التالية : فرداً لا يحمل الولاء لبلاده ، أو فرداً تدفعه رغبة مفرطة في النجاح ، أو فرداً ذا نزعة متطرفة. بالإضافة إلى ما سبق فقد يحدث الشغب الرياضي تلقائياً دون المرور بهذه المراحل المختلفة ، وذلك بأن تتواجد الإيرادات على إحداث شغب أو عنف رياضي وذلك يحدث عادة في الملاعب كرة القدم.

وبعد أن تناولنا لتعريف الشغب الرياضي وتوضيح أنواعها ومراحل الشغب ، سوف نستعرض موقف الفقة من التفسير العلمي لظاهرة شغب الملاعب الرياضية من حيث تفسير ماهي طبيعة الدوافع إلى ارتكب هذه الظاهرة الإجرامية وأسبابها.

المطلب الثاني : التفسير العلمي لظاهرة شغب الملاعب الرياضية

يعتبر شغب الملاعب الرياضية ظاهرة من الظواهر الاجتماعية والنفسية التي بدأت تظهر في العديد من المجتمعات المعاصرة ، حيث أصبحت تشكل خطراً كبيراً بالنظر للسلوكيات العدوانية التي تتم في نطاق استراتيجية محكمة ذات أهداف بعيدة كل البعد عن المجالات الرياضية^(١). مما يستوجب على علماء علم الإجرام دراسة هذه الظاهرة وتوضيح العلاقة ما بين الجريمة وظاهرة شغب الملاعب الرياضية والتأثير المتبادل بينهما ؟ وكذلك ما العوامل التي تساهم في وجود هذه الظاهرة الاجرامية ومدى تأثيرها على المجتمع ؟

(١) - كشفت المديرية العامة للامن الوطني المغربية من خلال دراسة حول العنف والمنافسة الرياضية ، التشخيص وال طول نشرت في مجلة الشرطة المغربية الصادرة في عام ٢٠١٢ عن حجم الآفة التي ارتفعت فانتورتها بشكل كبير بالرغم من وجود مقاربات أمنية واجتماعية ورياضية. وأوضحت الدراسة مجموعة من الأرقام المفزعة اذ يستتفر الأمن الوطني المغربي خلال ٢٠٤٠ مباراة برسم الدوري الاحترافي ١١٠ آلاف شرطي اي حوالي ٣٣٦٥ في الدورة بمعدل ٤٥٤ عنصر في كل مباراة علما ان مباراة الدربي تستتفر ازيد من ٢٠٠٠ شرطي والعدد نفسه من باقي الفصائل الأمنية العمومية والخصوصية. وقالت الدراسة ان ٩٩ في المائة من مقتزفي اعمال الشغب في الملاعب الرياضية وجارحها من الذكور ٨٥ في المائة منهم جانحون تتراوح اعمارهم مت بين ١٤ و ١٧ سنة وارتبط صك الاتهام بالعنف بمختلف اشكاله حيث يوجد على رأس التهم جرائم المدممة واقتحام الملاعب وحياسة اسلحة بيضاء... الخ وبلغت الأرقام اكدت تقارير مديرية الأمن الوطني المغربية ان توزيع هذه التهم يعرف تربع القضايا الزجرية على سبوزة ترتيب شغب الملاعب ٢٣٥٩ قضية جلها تهم كرة القدم ١٢٧ تتعلق بالحاق اضرار بأملك الغير و ٦٧ اعتداءات جسدية على مواطنين وموظفين عموميين و ٢٦ عملية سرقة وعرفت عمليات التمشيط التي قامت بها المصالح الأمنية اعتقال ٢١٤١ شخصا للاشتباه في توريطهم في أعمال شغب من بينهم ١٨٦٣ قاصرا ٢٧٨ راشدا.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وهناك العديد من النظريات العلمية التي تهدف إلى تفسير السلوك الإجرامي في المجال الرياضي والتعرف على الأسباب المؤدية إلى فقد الجمهور في المدرجات والملاعب الرياضية ، وكذلك فقد الرياضيين أو الحكم أو المدربين أو رجال الأمن السيطرة والتحكم في تصرفاتهم وأنفعالاتهم. وقد ذهب البعض إلى تفسير ظاهرة شغب الملاعب الرياضية من خلال أنها تعبير عفوي عن الغريزة أو ردّة فعل إزاء الإحباط أو نتيجة طبيعة التعلم والتكيف مع البيئة أو من خلال التأثير النفسي. وسوف نستعرض من خلال هذه الدراسة أهم هذه المدارس العلمية في تفسير ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية وذلك علي النحو التالي :

الفرع الاول : المدرسة الاجتماعية في تفسير السلوك الإجرامي لظاهرة شغب الملاعب الرياضية

تعد ظاهرة الشغب في الملاعب الرياضية ظاهرة اجتماعية معقدة لما فيها من متغيرات كثيرة ، وهذه الظاهرة ليست حديثة في المجال الرياضي ، وإنما هي ظاهرة قديمة قدم الرياضة ، لكن الجديد فيها هو تطور وتعدد مظاهر الشغب والعنف داخل الملاعب الرياضية. فالشغب والعنف هنا هو سلوك يؤدي إلى إلحاق الضرر والأذى بالآخرين ، فهناك شغب لفظي كالتهديد ، والسباب ، والشتائم ، أما العنف والشغب المادي كحرق السيارات ، أو إلحاق الضرر بالآخرين ، أو الاعتداء بالضرب والجرح أو القيام بالقتل أحياناً⁽¹⁾. وغيرها من الصور الأخرى التي تكون الظاهرة الإجرامية لشغب وعنف الملاعب الرياضية.

(1) V., Y. KEVIN, Sport violence and society, Reviewed by A. Allan Kristi, Trent University, and Peterborough, New York, NY, ٢٠١٢.

والمدرسة الاجتماعية هي التي نقلت الاهتمام في تفسير السلوك الإجرامي من الفرد في حد ذاته إلى الفرد داخل المجتمع أو الفرد في المحيط الاجتماعي، وبيئة اجتماعية تؤثر فيه، ويؤثر فيها، ودراسة التفاعل بينهما.

وتهدف المدرسة الاجتماعية إلى ربط تفسير السلوك الإجرامي بالمتغيرات الاجتماعية والثقافية والتي تشكل في مجموعها عوامل سابقة في وجودها على الفرد (١)، وهذه العوامل والمتغيرات الاجتماعية والثقافية هي التي تدفع الفرد إلى إنتاج سلوك معين ومنه السلوك الإجرامي ، أي أنها ترى في السلوك الإجرامي عبارة عن نتيجة لمجموعة مقدمات معروفة إذا توفرت ، توفرت شروط الجريمة على طريقة ، إذا حدث الفعل الأول يحدث الفعل الثاني . ومن رواد هذه المدرسة العالم الفرنسي G.Tarde الذي يرى أن الجريمة الرياضية ظاهرة اجتماعية تتكون تحت تأثير البيئة الاجتماعية وهي بذلك تشكل جزء من النشاط الاجتماعي . ويقول الفقيه تارد أنه لا بد من وجود مثال أو قدوة لأي نمط من أنماط السلوك الاجتماعي يسعى الفرد لتقليده ، فالمجرم يجد مثال أو نمط في مجرم آخر. وتأكيدا على ذلك ما ورد في تقرير منظمة الصحة العالمية بجنيف أن البيئة في المناطق العشوائية ، تعتبر المسئول الأول عن ازدياد حالات العنف والإدمان والإرهاب في الدول النامية ، وأوضح التقرير أن المسكن الجيد من الناحية الطبيعية والاجتماعية يوفر للإنسان الصحة الجيدة من الناحية النفسية والجسدية (٢) ، وبالتالي تقلل من احتمالية ارتكابه للجرائم.

وفي مجال ظاهرة شغب الملاعب التي تؤدي لارتكاب الكثير من الجرائم ، فيمكن النظر إليها من خلال هذه المدرسة من خلال ما تراه بأن التقليد ينتقل من

(١) - V., Natacha ORDIONI, Sport et société, Edition Marketing, Paris, ٢٠٠٢.
(٢) - د. عبد الرحمان محمد العيسوي ، الجريمة بين البيئة والوراثة ، دراسة في علم النفس الجنائي وتفسير الجريمة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٢٧.

الأعلى إلى الأسفل ، أي من الطبقات العليا إلى الدنيا ، ويحدث أيضاً بتأثير العادة ، الذاكرة ، الاختلاط ، ويحدث عن طريق الزحام الفضولي أو الفرجة أو التجمهر ، فمثلاً لو حدث إنفعال في التجمهر ، فسوف ينتقل الانفعال إلى بقية المتجمهري، أو إلى صفوف الحاضرين والانفعال يصبح جماعي ، وكذلك يصبح السلوك جماعي وليس فردي وذلك بفعل التقليد. وهذا ما يحدث من تأثر الجمهور في المباريات الرياضية فيرتكب أعمال الشغب والعنف في المدرجات.

وهكذا فإن جوهر هذه المدرسة يتمثل بتوفر شروط إجتماعية معينة تؤدي إلى نتائج سلوكية معينة ومنها الجريمة ، وكذلك تري هذه النظرية أن درجة الاستجابة في حد ذاتها للشروط والظروف المؤدية للجريمة تختلف من فرد لآخر بحيث تكون الاستجابة عند بعض الأفراد أكبر من البعض الآخر ففي جريمة شغب الملاعب نرى أن البعض يكتفي في العنف اللفظي بينما يتعدى البعض الآخر إلى العنف غير اللفظي ومنها التخريب أو الكسر أو الحرق وغيرها من صور الاعتداء الأخرى على الممتلكات العامة والخاصة ، وهكذا ، ولكن في النهاية نفس الظروف والشروط تؤدي إلى نفس النتائج ، ولو بمقادير مختلفة من فرد إلى فرد لكن من جنس الظروف فبحسب المقدمات تكون النتائج^(١). بحيث أن توافر عوامل معينة ينتج عنها تصرف محدد ، أي إذا توافرت بيئة إجتماعية معينة يساعد ذلك على ظهور ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية.

ويعد الفقيه باندر **BANDORA** من أهم الفقهاء الذين نادوا إلى أن نشأة جذور السلوك العدواني من خلال أسلوب التعلم والملاحظة والتقليد والدافع الخارجي المحرض علي العدوان وتعزيزه وفقا لنظرية التعلم الاجتماعي في العدوان. حيث يرى

(١) - د. أحسن طالب ، الجريمة والعقوبة والمؤسسات الإصلاحية ، الطبعة الأولى ، دار الزهراء ، الرياض ١٩٩٨ ، ص ٩٠-٩٢ .

الفقيه باندورا أن السلوك العدواني هو سلوك تعلم عن طريق الملاحظة والتقليد والتعزيز من طرف الأفراد القائمين علي التربية والتوجيه والتعليم مثل وسائل الاعلام والمدارس والجامعات وذلك من خلال عملية التنشئة الاجتماعية. فوفقا لنظرية التعلم الاجتماعي يتضح أن العدوان ظاهرة مكتسبة عن طريق المحاكاة يتعلمها الأفراد كما يتعلمون أي نوع من أنواع السلوك الأخرى ، إضافة إلى عوامل أخرى كالعصبية والجهوية والقبلية الناتجة عن التنشئة الاجتماعية ، وأساليب التربية الخاطئة^(١). التي ينتج عنها السلوك الإجرامي وبالتالي ارتكاب الجريمة.

وتفترض هذه النظرية أن العدوان سلوك اجتماعي مُتعلّم ، إذ تركز علي أن تعلم العدوان من خلال عملية التنشئة الإجتماعية لإحياء الغريزة أو التعلم بالملاحظة والتدعيم الإجتماعي. وقد تناولت هذه النظرية العدوان من خلال ثلاثة أبعاد هي المعتدي ، والمعتدي عليه ، والموقف العدائي ، وبمعرفة هذه الأبعاد الثلاثة يمكن التنبؤ بنوع العدوان وشدته^(٢) ، وبالتالي تفسير سبب ارتكاب أعمال العدوان والشغب في الملاعب الرياضية.

وبالتالي يتأثر المشجع وفقا لنظرية التعلم الاجتماعي من الشغب والعنف في الملاعب الرياضية ويرتكب هذه الأعمال الإجرامية. ولكن هذه النظرية محل الانتقاد

(١) - D. L. WANN, M. J. MELNICK, G. W. RUSSELL & D. G. PEASE, Sport fans, The psychology and social impact of spectators, New York, Rutledge Press, ٢٠٠١. د. محمد سليمان بني خالد ، د. منصور نزال الحمدون ، العدوان الرياضي في ٢٠٠١، الملاعب كرة القدم الأردنية من وجهة نظر أعضاء الهيئة التدريسية في كليات التربية الرياضية في الجامعات الأردنية ، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية ، قسم الآداب والفلسفة ، العدد ١٢ يونية ٢٠١٤ ، ص ٩٤.

(٢) - د. خير الدين أحمد عويس ، علم النفس الاجتماعي والنشاط الرياضي ، مكتبة الانجلو المصرية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ١٣٩ ، ١٤١ ، ١٤٢.

حيث لم تفسر هذه النظرية لماذا لا يرتكب المشجعون الآخرين أعمال الشغب والعنف علي الرغم من توافر نفس الظروف التي ارتكبه خلالها الآخرين أعمال الشغب والعنف.

ثم بدأت بعد ذلك تتطور الدراسات التحليلية لظاهرة الشغب والعنف في الملاعب الرياضية التي تتناول مفهوم العدوان والعنف كظاهرة اجتماعية في الملاعب الرياضية علي يد الفقيه **BEISSER** الذي ضمن خلاصة دراساته وأبحاثه في كتابة المشهور الجنون في الرياضة *Madness In Sport* والذي نشر عام ١٩٦٧. حيث قام بتحليل أثر الاهتمام الزائد في دعم وتشجيع المنافسات الرياضية ، وما ينتج عن الفوز والخسارة بشباك التذاكر ، حيث أصبح المقياس الأساسي لزيادة دخل اللاعبين والأندية هو الفوز في المباراة وعزز هذه النظرية النتائج التي توصل اليها الباحث **CONY** عام ١٩٦٨ ، حيث قام بدراسة العلاقة بين نتائج المباريات في الألعاب الفردية ومستوي العنف والعداوان لكل من اللاعبين والجمهور حيث توصل في دراسته إلى أن مظاهر العنف والشغب ترتبط ارتباطاً مباشراً بالخسارة والفوز ، فيزداد عنف اللاعبين عند الخسارة للاعباء النفسي^(١) ويقبل ذلك عند الفوز أي أن هناك علاقة بين الفوز والخسارة وظاهرة عنف وشغب الملاعب الرياضية.

حيث أن المشاهدين أو المتفرجين في الملاعب الرياضية يمكن اعتبارهم بمثابة الحشد أو الجمهور الرياضي من حيث أن هذا الحشد أو الجمهور الرياضي يتكون من جماعة من الناس تختلف في أعدادها وتستجيب عاطفياً لمثير مشترك وهو المنافسات الرياضية وتمعن المشاهدة الرياضية هي مبرراتها ومقوماتها النفسية

(١) - A. CONY, A Effects of success and failure on projected aggression during an individual competitive sport. UN Published Master Thesis University of Maryland, ١٩٦٨. p. ٨٢.

والاجتماعية والاتصالية ، الأمر الذي قد يجعل من مشاهدة المنافسات الرياضية ظاهرة معقدة تتطلب الدراسة والتحليل (١)، فلم تعد مشاهدة للمنافسات الرياضية مجرد حدث عرضي من جموع الجماهير الغفيرة التي تسعى وتبذل كل جهدها بل في بعض الأحيان يترك هؤلاء الأفراد أعمالهم أو دراستهم أو مصالحهم في سبيل الهزيمة علي حضور ومشاهدة الأحداث الرياضية في سبيل تشجيع اللاعبين والفرق الرياضية.

فما لاشك فيه أن من بين أهم مظاهر الحشد الرياضي ارتباطه بالإنفعالات الزائدة والعاطفة الهوجاء التي تسهم في خفض مستوى الذكاء لدي أفراد الحشد وبالتالي التأثير السلبي علي العمليات العقلية كالإحساس والإدراك والتفكير والانتباه. كما أن من نتائج هذه الإنفعالات الشديدة هو هبوط روح النقد الذي يحمي الفرد من التقليد الآلي الاعمى لإنفعالات وأفكار الآخرين والمشاركة الوجدانية والاستواء ، أو محاكاة أعمال الآخرين وتقليد سلوكهم أو ما يطلق عليه العدوى السلوكية وهي تعبير عن تكرار أفعال الآخرين دون وعي ، وتكمن خطورتها في أن كل فرد يستجيب ويأثر في نفس الوقت الأمر الذي يسهم في إشغال المزيد من الانفعالات وقوة التأثير ، هذا من ناحية أولى ومن ناحية أخرى فإنه نظراً لصعوبة تحديد المسؤولية الفردية في الجمع الحاشد الغير المؤثر فإن الفرد يقوم بالإستجابات العنيفة بلا خوف أو تردد وينساق وراء التيار العام لسلوك الجماهرة أو الحشد (٢) حيث أن هذه المظاهر

(١) - د. محمد حجاج ، التعصب والعداوة في الرياضة ، مكتبة الانجلو المصرية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ . وكذلك د. حنان عبد المنعم عبد الحميد ، البناء العاملي للتعصب الرياضي لدي المشجعين ، رسالة ماجستير ، كلية التربية الرياضية للبنين ، جامعة حلوان ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، د. نبيل العتوم ، العنف الرياضي في الملاعب الأردنية ، دراسة تحليلية من وجهة نظر الجماهير الأردنية لمدينة الكراك ، مجلة كلية التربية ، جامعة عين شمس ، العدد الرابع والثلاثون ، الجزء الثالث ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ١٧٩ ، ١٨٠ .

(٢) - E. MCGREGOR, Mass media & sport, Influences on the Public, Physical Educator, ١٩٨٩, ١, N° ٤٦, pp ٥٢-٥٥.; T. DONAHUE, & D. L. WANN,

الجماعية لسلوك الحشد الرياضي أو المتفرجين في الملاعب الرياضية تعتبر من أهم العوامل التي تؤدي إلي عنف المتفرجين في المدرجات وخارجها والي حدوث الشغب واعمال العنف.

الفرع الثاني : التفسير الموقفي (الموضوعي) عند اديون سذرلاند لتفسير ظاهرة شغب الملاعب الرياضية

وفقا لهذه النظرية يرى الفقيه سذرلاند أن الموقف لحظة حدوث الجريمة أو السلوك الإجرامي نقطة أساسية في تفسير هذا السلوك ، فهو بالنسبة له الظروف المواتية للعمل الإجرامي وهو ما سماه ، التفسير الميكانيكي أو الموقف الدينامي أو التفسير الموقفي وهو ما معناه أن الجريمة لا تجد إلا بوجود فرصة مواتية لإرتكاب الفعل الإجرامي ومنها يحدث التفكير في الجريمة في نفس لحظة توفر الظروف أي أن التفكير في موضوع الجريمة تفكير موضوعي أو توافر ديناميكية تفرز الجريمة ، بحيث أن الجريمة لا تحدث إلا إذا توفرت الظروف المناسبة لهذه الجريمة ، وبالتالي فالموقف لحظة حدوث الجريمة عنصر أساسي في تفسير السلوك الإجرامي.

والموقف يشتمل على كل من العوامل البيولوجية لدى بعض العلماء ، لأن دراسة شخصية الفرد تشكل جزء من الموقف ككل ، وكثير من الباحثين ركزوا فقط على جزئية ما يسمى بالمخالطة الفارقة أي تأثير الزمرة أو رفاق السوء من الفرضيات الأساسية أو الاختلاط التفاضلي تأثير جماعة السوء وهذا ما يحدث في شغب الملاعب داخل وخارج السوء حيث يبدأ الشغب من قبل زمرة أو مجموعة صغيرة من الرفاق وينتشر الشغب في جميع أرجاء الملعب وخارجه.

Perceptions of the appropriateness of sport fan physical and verbal aggression, American Journal of Psychology, ١١(٣), ٢٠٠٩, pp, ٤١٩ - ٤٢٨.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

فالموقف المناسب للجريمة يحدد من طرف الشخص صاحب الفعل الإجرامي وهذا الموقف في حد ذاته يتحدد تبعاً للشخصية والتجارب الفردية والتشئة الاجتماعية لصاحب الفعل الإجرامي ، وهكذا فالموقف في مجموعه يشكل العلاقة التفاعلية بالمفهوم الاجتماعي والسلوكي بين الفرد المجرم أو صاحب السلوك الإجرامي والفعل الإجرامي في حد ذاته^(١). فعندما يختار الإنسان أصدقاء من جيران الحي الذي يقيم فيه ، أو من زملائه في المدرسة أو العمل فإنه في اختياره يفضل المجموعة التي تتقارب معه في السن وتتفق معه في الميول والاتجاهات ، ووجود الشخص بين جماعة الأصدقاء يحدث تأثيراً متبادلاً ، فكل منهم يؤثر في تكوين شخصية الآخر بدرجات متفاوتة بحسب مقدرة كل منهم في الإقناع وقوة الشخصية ، فإذا سادت في الجماعة مبادئ وتقاليد سليمة انعكس ذلك على سلوكهم وغرائزهم فيصدر عنهم السلوك السليم^(٢). والعكس صحيح فعندما تسود في جماعة مبادئ وتقاليد إجرامية وغير سليمة انعكس ذلك على سلوكهم وغرائزهم فيصدر عنهم السلوك الإجرامي.

كما أن الخبرة الذاتية من حيث إدراك الفرد لنفسه والأحداث التي تقع له كلها عوامل مؤثرة في تكون السلوك العدواني ، حيث أن الظروف والمتغيرات وفقاً للسياق النفسي والاجتماعي هي التي تؤدي إلى استخدام العنف والعدوان للتعبير عن الذات

(١) - أ. مراد زريقات، جريمة شغب الملاعب، ورقة مقدمة تحت إشراف، د. عبدالله بن عبدالعزيز اليوسف، استكمالاً لمادة علم الجريمة التطبيقية، الفصل الدراسي الأول من العام الدراسي ١٤٢٦-١٤٢٧ هـ ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، الرياض ، ص ٨ ، ٩.

(٢) - د. أحمد عوض بلال ، مذكرات في علمي الاجرام والعقاب ، الخرطوم ، ١٩٨٢ ، ص ٥٣.

وتحقيقها بالتصدي لهذه الإعاقات التي تحول دون تحقيق ذاته ومن أهم الإعاقات التي تمثل دافعا للسلوك العدوانى^(١). وبالتالي ارتكاب أعمال الشغب والعنف هو شعور الفرد بالفوارق الطبيعية بالغة الحدة والتي تحول دون تحقيق الشخص لذاته مما يدفع الشخص إلى ارتكاب السلوك الإجرامى من أعمال عنف وشغب قبل أو أثناء أو بعد المباريات الرياضية أو بمناسبةها.

فما لاشك فيه أن الشغب ظاهرة عالمية ، تعاني منها معظم المجتمعات الغربية والعربية والمحلية بصورة أو بأخرى وذلك بسبب ما يصاحبه من أعمال التخريب والتدمير والقتل ، وحيث أن الشغب الرياضى أحد أنواع هذا الشغب فهو يعد من الظواهر الاجتماعية والنفسية التي بدأت تظهر في العديد من المجتمعات المعاصرة حيث أصبحت تشكل خطراً على الأرواح والممتلكات من خلال سلوك اللاعبين والإداريين والحكام والمشجعين العدوانى قبل وأثناء وبعد المنافسات الرياضية .

وقد ظهرت حالات الشغب في الملاعب الكروية لأول مرة في المملكة المتحدة ، قبل أن تمتد إلى باقى دول العالم. وتجسدت مظاهر الشغب في مراحلها الأولى في اعتداء المتفرجين على الحكام واللاعبين، قبل أن يتحول العنف إلى مظهر ملحوظ بين المشجعين أنفسهم داخل الملاعب الرياضية وخارجها.

وانتقال مظاهر الشغب إلى مجموعة من الدول أطلق عليه «المرض البريطانى»، حيث لازال العالم يتذكر تواريخ مؤلّمة في الكرة العالمية بعدما شهد ملعب «هيزل» في بريطانيا أحداثاً مأساوية بين جماهير ليفربول بول وجيفونتوس

(١) - أ. حداب سليم ، أ. أحمد حمزة غضبان ، دور شخصية الاستاذ (القيم الدينية والخلفية) في التقليل من السلوك العدوانى في حصة التربية البدنية والرياضة ، مجلة علوم وتقنيات النشاط البدنى الرياضى ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، معهد التربية البدنية والرياضى ، مخبر علوم وتقنيات النشاط البدنى الرياضى ، دالى إبراهيم ، العدد صفر ، يناير ٢٠٠٩ ، ص ٤٣ .

بمناسبة نهائي كأس الأوربية، ذهب ضحيتها حوالي ٣٩ مشجعا سنة ١٩٨٥، ولهذا السبب حرم الاتحاد الأوربي الأندية الإنجليزية من المشاركة في جميع المنافسات القارية لمدة نصف عقد من الزمن، كما فرض عليها اللعب بدون جمهور^(١). وذلك لمعرفة عنها من ارتكاب أعمال الشغب والعنف في الملاعب الرياضية.

الفرع الثالث : التفسير النفسي لظاهرة شغب الملاعب الرياضية

ظهرت دراسات في عام ١٩٣٩ علي يد مجموعة من علماء النفس متعلقة بتفسير أثر المنافسات الرياضية على سمات شخصية اللاعبين بشكل عام ، وعلاقتها بالدوافع والسمات العدوانية بشكل خاص ، حيث درسوا علاقة الإحباط في المجالات الرياضية بظاهرة العدوان. من هؤلاء العلماء الفقيه Dollard فقد أوضح في عام ١٩٣٩ ، أن حدوث السلوك العدواني يفترض قبله وجود الإحباط والعكس أنه في حالة تواجد الإحباط فإنه يقود غالباً إلى بعض أنواع من العدوان. حيث أنه قد حدد أساس فرض الإحباط للسلوك العدواني وأنه يقوم علي أربعة عناصر هي العدوان ، والإحباط ، والكبت ، والتبديل. هي كالتالي :

١.العنصر الاول. الإحباط :

وهو حالة توجد عندما يتعارض تحقيق استجابة الهدف ، لكمية إحباط تعمل على تحريض قوي لإحباط استجابة الهدف ، ودرجة التعارض لإحباط استجابة الهدف ، وعدم استجابات الهدف لكل هذه الأبعاد تنتج عنها الإحباط.

٢.العنصر الثاني. الكبت :

(١) - حيث أثبتت بعض الدراسات الاجتماعية إلي أن المشاكل التي يعيشها المشجعون تدفع بهم إلى القيام بمثل هذا الشغب داخل الملاعب. حيث يجدونها فرصة مواتية لإفراغ مشاكلهم النفسية داخل المدرجات الرياضية ، كما تعتبر وسيلة للانتقام من مؤسسات الدولة والمسؤولين عن طريق تكسير المرافق العمومية ، والهجوم على رجال الأمن وحمل شعارات نارية تصل في بعض الأحيان إلى المساس برموز الدولة.

وهو عبارة عن ميل الشخص لضبط الأفعال نظراً لتوقع نتائجها السالبة تقع عليه.

٣. العنصر الثالث. التبديل :

وهو عبارة عن ميل الشخص للاشتراك في أفعال عدوانية بانه تكون مباشرة ضد بعض أهداف بدلاً من مصدر الإحباط^(١).

٤. العنصر الرابع. العدوان :

وهو سلوك الشخص نتيجة للإحباط والكبت والتبديل مما يدفعه إلى ارتكب سلوك إجرامي. وتأكيداً لذلك فقد أجرى الفقيه مارتين في عام ١٩٧٦ دراسة عن أثر الفوز والهزيمة على السلوك العدواني وكذلك الارتفاع والانخفاض في السلوك العدواني في حالة الفوز والهزيمة قبل المنافسات ، وشملت العينة ٣٢ لاعبا من منتخب كليبات الولايات المتحدة الأمريكية وتم تقسيم العينة إلى مجموعتين ، المجموعة الأولى تضم ٨ لاعبين من منتخب كرة السلة مع ٧ لاعبين ناشئين ، والمجموعة الثانية تضم ٩ لاعبين منتخب مصارعة مع ٧ لاعبين ناشئين. واستخدام قائمة رونزويج لصور الإحباط في هذه الدراسة. وتم القياس في ثلاثة ظروف : الحالة العادية قبل المسابقات ، وبعد الفوز في إحدى المباريات ، وبعد الهزيمة بإحدى المباريات. حيث أشارت النتائج إلى وجود فروق بين القياسات الثلاثة حيث انخفض معدل السلوك العدواني عقب خبر الفوز عنه في الحالة العادية ، كما انخفض بعد الفوز بدرجة أكبر منه عقب الهزيمة^(٢). مما يؤكد على أن حالة الفوز في المنافسات تقلل السلوك العدواني علي عكس حالة الهزيمة فترفع السلوك العدواني.

(١) - د. خير الدين احمد عويس ، علم النفس الاجتماعي والنشاط الرياضي ، مكتبة الانجلو المصرية ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ١٤١ ، ١٤٢.

(٢) - A. L. MARTIN, Effects of competition upon the aggressive responses of college Basketball plyers and wrestlersn, Researcg Quarterly, Vol, N° ٩٤, ١٩٧٦.

ثم جاء بعد ذلك الفقيه Meller عام ١٩٤١ وقد صار في نفس اتجاه الفقيه Dollard ، ولكنه ذهب إلى القول بأنه ليس كل أنواع الإحباط تقود إلى السلوك العدوانى ولكن ربما تكون دافعاً للإعتداء ولكن ليس سبباً فيه. ومن أهم فرضيات هذا الاتجاه هو أن العدوان يحل محل الإحباط بمعنى ، أن الإحباط يؤدي إلى تحريض اللاعب أو الجمهور على العدوان والشغب أو ما يسمى بالحافز العدوانى Aggressive Motive الذي يعزز بدوره السلوك العدوانى^(١) ، والذي يلجأ إليه اللاعب أو الجمهور عندما يحس أن مركزه باللعب أو نتيجة المباراة محيطة فيؤدي ذلك يهم إلى القيام بالتصرفات العدوانية تجاه الآخرين مثال الشغب والعنف وذلك حتى يتخلصوا من شعورهم بالإحباط.

وفي عام ١٩٥٠ قام الفقيه STORE بدراسة أثر المنافسات الرياضية على خفض السلوك العدوانى عند اللاعبين الممارسين للمنافسات الرياضية^(٢) ، أما الفقيه HUSMAN فيعتبر أول من طور الدراسات الأولية حول العلاقة بين ممارسة الالعب الرياضية والدوافع والسلوك العدوانية وذلك في رسالة دكتوراة تقدم بها عام ١٩٥٤ إلى جامعة ميريلاند الأمريكية حيث قام خلالها بالتحليل العلمى للدوافع للسلوك العدوانية لدى الملاكمين والمصارعين ومتسابقى اختراق الضاحية ومتسابقى

(١) - د. أسامة كامل راتب ، علم النفس الرياضى ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربى ، القاهرة ، ١٩٩٥ ، ص ٢٠٧ ، ٢٠٨ .

(٢) - A. STORE, Catharsis theory on aggression, social relations, laboratory bulletin, Harvard University., ١٩٥٠, pp. ٩ - ١٣.

المسافات القصيرة^(١). لينتهي إلى أن هناك علاقة ما بين ظاهرة العنف وشعب المنافسات الرياضية والإحباط النفسي والمشاعر العدوانية.

ومن ضمن الفقهاء الذين تناول التفسير النفسي لظاهرة العدوان والعنف الفقيه فرويد Freud الذي يرى أن العدوان والعنف غريزة تنشق من غريزة الموت أو الهدم ، وهي الغريزة المضادة لغريزة الحياة ، ونزوة الموت وهي النزوة التي تقابل أو تعارض نزوة اللذة. ونزوة الهدم والشغب والعنف هذه تكون موجهة في الأساس إلى هدم الذات ، وفيما بعد تطور هذا المفهوم لدى فرويد لتكون موجهة نحو الآخرين مما يكون ظاهرة الشغب والعنف في الملاعب الرياضية. حيث أن هذا السلوك العدواني ينعكس علي نفسية الشخص ويسبب له الشعور بالإحباط والاندفاع نحو الانتحار في بعض الاحيان إن لم يتمكن من التعبير عن ذاته وتقريغ هذا الضغط الهائل عليه^(٢). أي أن الفرد يحتاج إلى طريقة مشروعته كوسيلة للتنفيس عن النفس على اعتبار ذلك غريزة بيولوجية فطرية^(٣) ، بدلاً من ارتكاب السلوك العدوان.

وبالإضافة إلى ماسبق فقد أشار الفقيه زيجلر zeigler في تحليله لظاهرة شغب المشجعين في إطار التفسير النفسي ، حيث أن الدراسات والبحوث التي أجريت

(١) - B. HUSMAN, Theroretical Constructs of Aggression Department of Physical Education, University of Mayland, ١٩٨٣, p. ٣٦.

(٢) - د. فؤاد البهي السيد ، علم النفس الاجتماعي ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١ ، ص ١٧٤.

(٣) - د. أسامة كامل راتب ، المرجع السابق ، ص ٢١٩.

حول ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية ، قد استخلصت أن لذلك أسباب عدة أهمها ما يلي (١) :

١. الحشد الزائد.
٢. تأثير الكحوليات والمخدرات.
٣. ضعف سيطرة المدرب علي لاعبيه.
٤. التحكيم الهزيل للمنافسات الرياضية.
٥. الجماهير المتعصبة بشدة لفريقها.
٦. الأداء السلبي في المباريات الهامة والحساسة.

ومما سبق يستخلص الفقيه زيجلر أن هذه الاسباب هي في مجموعها تمثل تفسيرات عامة للعنف والشغب في الملاعب الرياضية ، غير أن العامل المشترك بينها هو مجرد حشد للمتفرجين وما يتبع ذلك من متغيرات أخرى وسيطة ، ولذلك فإن هناك أكثر من رأي يرى أن المدخل المثالي لدراسة ظاهرة شغب الملاعب الرياضية هو مدخل سيكولوجية الحشد Crowd فالحشد الزائد ليس مجرد جمع من الأفراد لا رابط بينهم ، بل هو جمع يفترض فيه حالة عقلية معينة ، وهي كما وصفها الفقيه ليبون بأنه هناك صفات جديدة تظهر لسلوك الأفراد الذين يتشكل منهم الحشد تختلف كلياً عن صفاتهم وهم فرادى خارج الحشد حيث تتلخص أهم صفات إنسان الحشد في الآتي :

١. التطرف وسرعة تصديق ما يقال ، مما يمهد لخلق الشائعات وخاصة في مجال المنافسات الرياضية تكثر الشائعات.

(١) - د. أمين الخولي ، الرياضة والمجتمع ، عالم المعرفة ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب ، العدد ٢١٦ ، الكويت ، ١٩٩٦ ، ص ٢٦٩ و ٢٧٠ و ٢٧٢.

٢. التفكير المندفع المتطرف المصحوب بالنظرة الحادة التي لا تعرف الوسطية. وهذه الصورة تكون سبب في اندفاع الجماهير في أعمال الشغب والعنف في الملاعب الرياضية.

٣. التعصب وعدم إفساح الفرصة للمعارضة أو حتى المناقشة.

٤. سيادة روح معينة ، فهي إما استبداد وسيطرة أو علي النقيض خضوع وإستسلام وإنشقاق.

٥. انتفاء الحس الخلقى حيث يكون في الجمع نوع من القمع للأنا والذات^(١) ويرجع ذلك إلى التشجيع الجنوني للفرق الرياضية ، وأحاساس الجماهير المنتمية إلى فريق رياضي ما بالأنا والذات على فرق الرياضية الأخرى المنافسة مما يترتب عليه من أعمال الشغب والعنف في المنافسات الرياضية.

ثم كان لكل من **GOLDSTEIN and ARMS** في عام ١٩٧١ و **MARSH** عام ١٩٧٦ تم **SILVA** عام ١٩٧٨ دوراً كبير في تطور الدراسات التحليلية حول أسباب شغب الجمهور الرياضي ، حيث درسوا العوامل المسببة لظاهرة شغب الجماهير في الملاعب الرياضية ، وعللوا أسباب حدة شغب الجمهور الرياضي في الملاعب الرياضية إلى عدة عوامل نفسية وهي الإحباطات النفسية ، والتأثير النفسي الزائد ، والفراغ النفسي للشباب ، والمشاكل الاجتماعية في المجتمعات^(٢) حيث يؤدي ذلك إلى كبت نفسي يخرج في صورة شغب وعنف في الملاعب الرياضية.

(١) - د. محمود إبراهيم شبر، الامن الرياضي المفهوم والأبعاد ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية. مركز الدراسات والبحوث ، الرياض ، ٢٠٠٤ ، ص ٩٩ و ١٠٠.

(٢) - J. SILVA, Normative compliance and rule violating in sport, International Journal of Sport, Psychology, Issue ١٢, ١٩٨١, p. ٣٢.; P. MARSH & R. HARE, The world of football hooligans, Human Nature, Maryland, ١٩٧٨, pp. ١٤, ٦٢.

وفي النهاية نستطيع أن نستخلص من جميع المدارس العلمية السابقة في تفسير ظاهرة شغب الملاعب الرياضية إلى أن مسببات ظاهرة الشغب في التظاهرات الرياضية، تختلف في مرجعيتها ، فقد تكون ناتجة عن أسباب اجتماعية أو سياسية أو ثقافية أو اقتصادية ، وقد تكون دينية أو عرقية ، وقد تمتزج فيها جميعا، بل تكون في بعض الأحيان ، وليدة أسباب لحظية ، وبالتالي تتحول الملاعب الرياضية من فضاء للفرجة والمتعة إلى فضاء للخروج عن الضوابط القانونية ، فنصبح أمام العديد من الجرائم ، التي تتنوع ما بين الضرب والجرح والتخريب وإتلاف ممتلكات العامة أو الخاصة ، بل تصل إلى القتل في العديد من الحالات ، والتاريخ يوثق للعديد من الأحداث الرياضية التي تحولت إلى مأساة حقيقية ، خلفت وراءها العديد من الضحايا ، والخسائر المالية الفادحة ، كما هو الحال في مصر ، لما يعرف بأحداث بورسعيد في مصر ، والتي تحول فيها لقاء عادي في الدوري المصري للكرة القدم ، بين نادي الأهلي ونادي المصري البورسعيدي ، إلى مجزرة راح ضحيتها أكثر من سبعين شخصا من جماهير الأهلي المصري ، والذين لقوا حتفهم على أثر أعمال شغب ارتكبت أثناء المباراة ، وترتّب عن هذه الأحداث صدور أحكام بالإعدام في حق عدد من المشاغبين .

وتأكيداً لذلك قام أحد الباحثين بدراسة تحليلية لظاهرة شغب الملاعب الرياضية في الوطن العربي على عينة بلغ قوامها ٩٣٢ شخص ممن لهم علاقة بالرياضة التنافسية من خبراء ومدربين وإعلاميين وحكام ومشجعين من ١٣ دولة عربية ، قام الباحث بتصميم استبيان لذلك وتم تطبيقه على أفراد العينة محل الدراسة ، فأظهرت النتائج أن عناصر الشغب ثمانية ، يأتي في مقدمتها الجمهور واللاعبون والحكام ، كما أن الأسباب المؤدية لمثل هذه التصرفات السلبية من شغب وعنف في الملاعب هي أسباب رياضية في ظاهرها إلا أن أسباباً غير مباشرة تقف ورائها تحقياً لدوافع

عن مجال التنافس الرياضي^(١) مثل العوامل الاجتماعية والسياسية والاقتصادية والثقافية كلها عوامل تعتبر أسباب مؤدية إلى وجود ظاهرة شغب والعنف في الملاعب الرياضية.

فمما لا شك فيه أن انخفاض الدخل والبطالة تؤدي إلى دفع الشخص إلى ارتكاب السلوك الإجرامي ، وذلك نظراً لانعدام الموارد المالية أو الدخل الكافي لعدم توافر الخبرات والمؤهلات التي تتطلبها سوق العمل ، وبالتالي قد يلجأ الفرد إلى ارتكاب أخطاء معينة من الجرائم مثل الشغب والعنف الرياضي والسرقة أو النصب والاحتيال والتزوير في تذاكر دخول المباريات الرياضية. بالإضافة إلى كونه لديه أوقات فراغ يؤدي به إلى التفكير والتخطيط إلى ارتكاب السلوك الإجرامي من أجل الحصول على المال. فعدم العمل يجعل الشخص العاطل عن العمل يشعر بأنه شخص غير مفيد وغير فعال بالمجتمع مما يولد له الإحباط والفشل وبالتالي ارتكاب السلوك الإجرامي^(٢). وهذا ما يحدث في الملاعب الرياضية حيث أن نسبة كبيرة من الأشخاص تذهب إلى مشاهدة المباريات في الملاعب الرياضية يكون عندها دائماً أوقات فراغ كبيرة مما يدفعها نتيجة التعصب والانتماء الشديد لفريق رياضي ما ، إلى ارتكاب جرائم الشغب والعنف في الملاعب الرياضية. كذلك فإن انخفاض مستوى التعليم يجعل الأشخاص يتميزون بالتطرف في سرعة التصديق مما يمهّد لانتشار الشائعات كما يكسب الفرد نوعاً من التفكير والسلوك المندفع الصارم

(١) - د. محمد خير علي مامسر ، دراسة تحليلية لظاهرة شغب الملاعب الرياضية في الوطن العربي ، مجلة دراسات ، المجلد الثاني عشر ، العدد الحادي عشر ، الجامعة الأردنية ، عمان ، ١٩٨٥ ، ص ٢٥٧.

(٢) - د. نبيل العتوم ، العنف الرياضي في الملاعب الأردنية ، مرجع سابق ، ص ٢٠٠. فهناك فروق ذات دلالة إحصائية لمتغير المؤهل الدراسي العلمي أي مستوى التعليم وعلاقته بظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية ، حيث وجدت الدراسات البحثية أن كلما ارتقأ مستوى التعليم والمؤهل الدراسي العلمي كلما قلت ارتكاب الشخص لجرائم شغب وعنف الملاعب الرياضية والعكس بالعكس صحيح.

المتطرف الذي يري الأشياء اما بيضاء أو سوداء ، لا مجال للوسطية ويغذي التعصب الذي لا يفسح المجال للمعارضة أو المناقشة أو الاقتناع بالإضافة إلى وجود صفة التناقض كسيادة روح السيطرة والاستبداد أو الخضوع والاستسلام ، كما يمكن أن تفسر هذه النتيجة علي أن هؤلاء الأفراد يرتكبون جرائم العنف والشغب في المناسبات الرياضية.

ومما سبق نستطيع أن نستخلص ونحدد الأسباب والدوافع التي تدفع الاشخاص إلى ارتكب الجرائم المتعلقة بشغب وعنف الملاعب الرياضية ، فقد ذهبت أغلب الدراسات إلى انه يمكن تحديد هذه الاسباب علي النحو التالي :

- الحشد الزائد.
- تأثير الكحوليات والمخدرات.
- التحكم الهزيل أو المتحيز.
- الجماهير المتعصبة بشدة لفريقها.
- الأداء السلبي في مباريات حساسة.
- التوترات الاجتماعية والسياسية.
- الطاقة الاستيعابية للملاعب.
- عدم تهيئ الظروف الملائمة للدخول والخروج.
- الصراع بين الأحياء والجهات المختلفة.

- أخطاء الحكام المتكررة عن قصد أو عن غير قصد.
 - انعدام أو ضعف الشروط لإجراء مباريات قوية.
 - اعتداء لاعب على أحد عناصر الفريق الخصم.
 - انعدام المرافق الأساسية في الملاعب (المراحيض، الماء الصالح للشرب، الخ
- (...

- الهيكلة الهشة للأندية المصرية والعربية.
- انعدام الثقة بين مختلف المتدخلين في اللعبة من جهة، وبينهم وبين المؤسسات المشرفة من جهة أخرى.
- التصرفات اللامسئولة لبعض التقنيين.
- التعامل اللامسئول لبعض الإعلاميين الرياضيين.
- عدم احترام القوانين الجاري بها العمل.
- انعدام الديمقراطية منذ انتخاب المؤسسات المشرفة على الشأن الرياضي.
- انعدام سياسة رياضية وطنية.
- إثارة الجمهور بسبب سوء تقدير أحد رجال الأمن أثناء معالجة بعض الحالات.

- عدم توفر خدمات وسائل النقل بشكل يلبي حاجيات الجمهور الرياضي.
- البيئة المحيطة والعوامل الثقافية . وغيرها من العوامل الأخرى.

الفرع الرابع : العلاقة بين الرياضة والشغب والعنف

بعد أن تناولنا للتفسير العلمي لظاهرة شغب الملاعب الرياضية ، سوف نتناول العلاقة بين الرياضة والشغب والعنف في هذا الفرع وذلك علي النحو التالي ، أولاً التطور التاريخي للعلاقة بين الرياضة والشغب والعنف سواء في العصور القديمة والعصور الوسطي والعصور الحديثة ، ثم بعد ذلك نستعرض العلاقة بين التعصب الرياضي والظاهرة الاجرامية من حيث التعريف والخصائص للتعصب الرياضي ، وفي النهاية نوضح تفسير العلاقة بين روابط الإلتراس وظاهرة شغب الملاعب الرياضية ويكون ذلك من تحديد تعريف لروابط الإلتراس وعلاقتها بظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية.

أولاً. التطور التاريخي للعلاقة بين الرياضة والشغب والعنف :

في العصور القديمة اتصفت الرياضة بالعنف والتنافس الشديد حيث أن العنف بصفة عامة وبأشكاله المتعددة ظل لصيقاً لهذه المنافسات الرياضية. فعلي سبيل المثال خلال المنافسات الاولمبية الإغريقية القديمة كان يقام هناك لعبة أو منافسة تسمى بانكراش Pancration وهي عبارة عن لعبة مصارعة أرضية. وكانت هذه المنافسة تعتبر أبرز وأشهر المنافسات الإغريقية القديمة. وكان مستوي العنف والخشونة في هذه اللعبة عالياً جداً ومسموح به حسب قانون اللعبة ، فمثال على ذلك فوز اللاعب لونتسكوس من مسانا Leontiskos of Messana مرتين خلال النصف الأول من القرن الخامس الميلادي بالتاج الأولمبي للمصارعة ليس فقط لأنه رمى منافسيه بل أنه كسر أصابعهم. كما أنه في لعبة البانكراش يقوم المتنافسون باستخدام جميع أجزاء الجسم دون تحديد ، بل إنهم في أسبرطة يستخدمون أرجلهم ، ووصل الامر إلى حد السماح بقيام أحد المتنافسين بقلع عين الاخر بيده. وكان مسموحاً بالقيام بطرح المنافس وخنقه وإذا نجح أحدهم في طرح المنافس فله الحق في الجلوس على خصمه وضربه كيفما يريد سواء كان ذلك علي الوجه أو الأذنين

ام الرأس وله الحق في رفسه^(١) إن هذا النوع من المنافسة كان من أشد المنافسات وحشية على الاطلاق في ذلك الوقت.

كما أن عصابات الشغب في بيزنطة في القرن السادس كانت تتجمع في المدرجات التي تجري فيها المسابقات الرياضية ، وكانت تلك العصابات تتكون من مجموعة من مشجعي أحد الفريقين أو أحد الرياضيين ، وهذه المجموعة تتضمن عدداً من الشباب غير المسئول والذين يتميزون بارتداء بعض الثياب أو بعض الشعارات التي تشير إلي تشجيعهم لأحد الفرق. بالإضافة إلى حجز أماكن لهم في المدرجات الرياضية ، ويقومون بحركات وأفعال متزامنة مع بعضهم البعض من شأنها أن تؤدي إلي الفوضى والشغب في الشوارع ، وذلك عقب انتهاء المسابقة الرياضية^(٢) وهو ما نشاهد في هذا العصر وهي ظاهرة الإلتراس أو روابط التشجيع للفرق الرياضية والتي تقوم بأفعال وتصرفات غير قانونية من السب والتكسير والخروج عن الروح الرياضية في التشجيع الرياضي.

أما بالنسبة للمجتمع العربي في فترة ما قبل الإسلام كانت تمارس المنافسات الرياضية التي ارتبطت بشكل من أشكال العنف الرياضي التي يمكن أن تؤدي إلى الموت أو الاصابات الخطيرة ، بل تؤدي إلى أكثر من ذلك وهو قيام الحروب بين القبائل. فتاريخ العرب في الجاهلية ملئ بالكثير من الحوادث التي يستدل منها على أن هناك ارتباط بين المنافسات الرياضية والعنف والتي قد تصل إلي حد الحرب. مثال علي ذلك حرب داحس والغبراء التي تعتبر واحده من أشهر الحروب التي

(١) - V; L. DRESS, Olympio, Gods, ed., Artists and athletes, London, ١٩٦٣.

(٢) - J. STEVENSON, Hooliganism Politician, Sport and Politics in sixth century Byzantian, in J. Binfield & J. Stevenson, eds., Sport, Culture and Politics.Ed., Sheffield, Sheffield Academic Press, ١٩٩٣.

حدثت بسبب التنافس الرياضي^(١) ، حيث استمرت ما يقارب الأربعين سنة من الحرب الطاحنة بين القبائل ، وسبب تلك الحرب هي الشرارة التي اشتعلت بين قبيلتي عبس وذيبيان بسبب سباق للخيل كان قد أقيم بين فارسين من القبيلتين.

أما بالنسبة لعلاقة الرياضة بالعنف في العصور الوسطى وخاصة في إنجلترا كانت المنافسات الرياضية وخاصة كرة القدم تمارس بأشكال كثيرة من أشكال مظاهر العنف وربما تصل إلى درجة الوحشية. لذلك كانت السلطات الانجليزية تمنع ممارسة رياضة كرة القدم حيث أشار إلياس وديننج إلي أنه في عام ١٣١٤ وفي عهد الملك إدوارد الثاني منعت الحكومة البريطانية ممارسة الألعاب الرياضية خوفاً من زعزعة الأمن^(٢).

(١) - من أشهر الحروب التي نتجت عن الرياضة هي حرب داحس والغبراء ، فداحس اسم فرس كان لقيس بن زهير من بني عبس ، أجراه مع فرس يقال لها الغبراء ، وهي لحذيفة بن بدر من بني فزارة ، وهم أبناء عمومة ، كلاهما من عطفان ، فدس حذيفة قوما ، وأمرهم أن يضربوا وجه داحس إن رأوه قد جاء سابقاً ، فجاء داحس سابقاً ، فضربوا وجهه ، وجاءت الغبراء ، فقام حمل بن بدر ، فلطم مالكا ، ثم إن أبا الجنيب العبسي لقي عوف بن حذيفة فقتله ، ثم لقي رجل من بني فزارة مالكا فقتله ، فوقعت الحرب بين عبس وفزارة ، وقد دامت أربعين سنة. أنظر : إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي ، البداية والنهاية ، ٣ ، مكتبة المعارف ، بيروت ، ص ١٥٥ .

(٢) - N. ELIAS & E. DUNNING, Folk Football in Medieval and early modern Britain, In, N. ELIAS & N. DUNNING, eds., Quest of excitement, Oxford : Blackwell, ١٩٩٣. حيث ورد في إعلانها أنه قد تم الإعلان عن ضرورة المحافظة علي

الأمن لأن ملكنا سوف يتوجه إلي إسكتلندا في حربه ضد أعدائه ولقد امرنا ، وبشدة ، بضرورة المحافظة علي الأمن ، حيث صخباً واضطراباً شديدين في البلد وذلك من خلال الشغب الناجم عن ممارسة كرة القدم في الميادين العامة فإننا وبإسم الملك نأمر بمنع ممارسة هذه اللعبة في البلد.

ولعبة كرة القدم ولعبة الركبي الحديثة تطورت وانحدرت أصلاً من ألعاب تراثية كانت تمارس في العصور الوسطى الانجليزية حيث كانت هذه الألعاب تمارس بشكل عنيف وبعدد غير محدد من اللاعبين يصل إلي أكثر من ألف لاعب وبسبب غياب القوانين المنظمة وكثرة عدد المشتركين يحدث دائماً إصابات خطيرة وينتج عنها كذلك القتال والمشاجرات. وفي الحقيقة فإن سلوكيات الشعب الانجليزي في فترة العصور الوسطى والفترة السابقة للثورة الصناعية تجعل هذه التصرفات تبعد قليلاً عن المثاليات الانسانية فمثلاً في هذه الفترة كان الشعب الاوربي ، الانجليزي والفرنسي خاصة يستمتع لمشاهدة عدة ألعاب دامية كمصارعة الديك ، وتعذيب الدببة والثيران ، وإحراق القبط أحياء في سلة ، ومشاهدة الملائمة البشرية التي قد تسبب في مقتل أحد اللاعبين ، ومشاهدة الإعدامات البشرية وغير ذلك من الأشياء التي لا يمكن أن يتقبلها كثير من الناس في عصرنا الحالي^(١) من صور لمظاهر العنف أثناء ممارسة المنافسات الرياضية.

ومما سبق يتضح لنا أن العنف الرياضي هو عبارة عن اتجاه نفسي مشحون انفعالياً نحو أو ضد لاعب أو فريق أو هيئة رياضية معينة ، وهذا الاتجاه غالباً ما يتحكم فيه الشعور والميول لاعقلي. وبالتالي فالعنف هو الاستخدام غير المشروع أو غير القانوني للقوة بمختلف أنواعها في مجال الرياضي. فالعنف يختلف عن الشغب حيث أن الشغب حالة عنف مؤقتة ومفاجئة تعدي بعض الجماعات أو التجمعات أو فرداً واحداً أحياناً وتمثل أخلال بالأمن وخروجاً على النظام ، وتحدي للسلطة أو لمن ينوب عنها من شركات الأمن والتنظيم الخاصة ، على نحو ما يحدث تحول للتجمع السلمي المنظم تصرح به السلطة إلى هياج وعنف وإخلال بالنظم والقواعد المعمول بها مما يؤدي إلى الأضرار بالأرواح والممتلكات العامة والخاصة.

(١) - د. خالد عبد الله البحوث ، الأندية الرياضية ودورها في الحد من شغب الملاعب ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، مركز الدراسات والبحوث ، الرياض ، ٢٠٠٤ ، ص ١٨١ .

ويلاحظ هنا أن معاقبة المخالف وفقاً للقانون كان له دور في تقليل تكرار حالات الشغب والعنف في الملاعب الرياضية حيث لا يمكن شرح وتعليل ذلك بمعزل عن تطور المجتمع ككل. وهذا بالطبع يمكن فهمه عند إدراك ومعرفة ارتفاع مستوى الشد العصبي وأعمال العنف والفوضى التي تحدث من قبل أفراد كثيرين في هذا المجتمع وبصورة منتظمة. كما أن الحماس المصاحب للاستمتاع بالمنافسة الرياضية يساعد كثيراً في حدوث هذه الأشكال والتصرفات غير المقبولة اجتماعياً في داخل وخارج الملاعب الرياضية. فعندما يكون جزء كبير من المجتمع غير قادر أو غير مجهز للتحكم في درجة الحماس الزائد والتي تصاحب بعض المباريات ، يحدث الشد العصبي ويفتقد كثير من الأفراد سيطرتهم ويحدث العنف ويظهر ما يسمى الاتجاه المعاكس لمراحل التمدن^(١) واستمتاع هؤلاء الأفراد بالعنف مما يؤدي الي انتشار هذه الظاهرة من الشغب المرتبط بالممارسات الرياضية.

وتعتبر هذه الظاهرة التي يقوم بها الجماهير واللاعبون في الملاعب الرياضية وخارجها من أهم المشكلات التي يواجهها القائمون على الرياضة والتعليم والأمن وغيرهم ، مما يتطلب تعديل التشريعات التي تجريم هذه الأفعال المكونة لظاهرة شغب الملاعب الرياضية وكذلك العمل على اتخاذ التدابير الوقائية التي تحد من انتشار هذه الظاهرة في المجتمعات لما لها من نتائج وخيمة على أمن وأستقرار هذه المجتمعات ، والأمثلة على حالات الشغب الرياضية كثيرة فمنها ما حدث عند انهيار ملعب غلاسكو باسكتلندا أثناء مباراة منتخب اسكتلندا وإنجلترا في ١٩٢٠ ،

(١) - N. ELIAS, State formation and civilization, Oxford : Blackwell, ١٩٨٢.
The Roots of Football Hooliganism: An Historical and Sociological Study by Eric Dunning, Patrick J. Murphy, John Williams Routledge, New York, ٢٠١٤, p. ٢٨٦.

حيث كانت الحصيلة ٤٠ قتيلاً و ٥٠٠ جريح بينما كانت أكبر الكوارث الرياضية هي حصيلة المعركة التي حدثت بين الجماهير أثناء مباراة البيرو والارجنتين في تصفيات كأس العالم عام ١٩٦٤ حيث توفي أكثر من ٣٠٠ شخص وجرح أكثر من ٥٠٠ آخرين.

ثانياً. العلاقة بين التعصب الرياضي والظاهرة الإجرامية :

كانت الملاعب الرياضية حتى وقت قريب من أماكن الترويح عن النفس لدي الجماهير وكان حضور المباريات متعة للصغار والكبار لمشاهدة نجومهم المفضلين بل أن للرياضة دور في تجميع الشعوب وأصلاح ما أفسدته السياسة في العلاقة بين الدول^(١) ، واليوم تحولت المدرجات إلى ساحة للعراك والحث على العدا من خلال التعصب الأعمى لفريق دون الآخر ، والسعي للتخريب ونشر العنف والفوضى مستغلين الرياضة. حيث يدفع الانتماء والتشجيع الشديد لأحد الفرق الرياضية الأشخاص إلي الحكم مسبق مع أو ضد فرد أو جماعة أو موضوع قد لا يقوم على أساس منطقي أو حقيقة علمية ويجعل الفرد يرى أو يسمع ما يحب أن يراه ويسمعه ، ولا يرى ولا يسمع ما لا يحب رؤيته أو سماعه. فعلى الرغم من أهمية الجماهير والمشجعين للأندية إلا انه دائماً ما يحصل خلط ما بين الانتماء والتعصب أو في حالات كثيرة يتحول الانتماء إلى تعصب أعمى ، الذي بدوره إلى ارتكاب الأفعال الإجرامية التي تمثل ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية.

(١) - ودليل علي مساهمة الرياضة في حوار الثقافات وفي تحقيق التناسق الاجتماعي المنشود ، يضرب المختصون في الشأن الرياضي كمثال علي ذلك الفريق الوطني الفرنسي الذي أصبح مزيجاً من الألوان والأعراق. وكذلك للرياضة دور في اصلاح ما أفسدته السياسة فخلال سنة ١٩٧٢ واثراً في تنس الطاولة بين الأمريكي نكسون والصيني ماو تم استئناف العلاقات الدبلوماسية بين دولتيهما. كما كانت مقابلة كرة القدم بين فريقي إيران والولايات المتحدة الأمريكية خلال منافسات كأس العالم ١٩٩٨ الفرصة التي أتاحت عودة العلاقات الدبلوماسية بين دولتي الفريقين.

ويثور هنا تساؤل حول ما المقصود بالتعصب الرياضي الذي يعتبر أول المراحل التي تؤدي إلى ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية والتفرقة بينه وبين الانتماء الرياضي والتشجيع الرياضي للفرق الذي يعتبر سلوك محمود؟ خاصة وأنه وفي دراسة حول هذه العلاقة استهدفت التعرف على أسباب الشغب ومظاهرة وكيفية علاجه^(١) ، بلغ قوام العينة ١٠٦٠ مشجع كرة قدم ، ١٩٥ خبيراً في المجالات التربوية والاجتماعية والسياسية ، استخدم الباحثون عدد ٣ استمارات استبيان تشمل كافة الاسئلة المطروحة على عينتي البحث ، وتوصل الباحثون في نتائجهم إلى أن أسباب الشغب من وجهة نظر الجماهير ترجع لمشكلات تتعلق بالحكم ويمشاعر الأفراد نحو المنافسة ، وأن الخصومات بين الجماهير تزداد كلما اقتربت أنديةهم من الصراع علي القمة ، وقد أرجع الخبراء أسباب الشغب إلى التعصب في تشجيع ناد معين مما يجعل انصار هذا الفريق في حاله تعصب له ويدفعهم ذلك إلي ارتكاب أعمال الشغب والعنف.

مما سبق يستوجب علينا توضيح ما المقصود بالتعصب الرياضي وقد انقسم الفقة في تحديد مفهوم التعصب الرياضي إلى أكثر من اتجاه وذلك على النحو التالي :

فقد ذهب الاتجاه الاول من الفقة إلى^(٢) اعتبار التعصب الرياضي بأنه اتجاه نفسي مشحون انفعالياً ضد جماعة أو شئ أو موضوع لا يقوم علي سند منطقي أو

(١) - انظر ، د. محمد حسن علاوي وآخرون ، دراسة بعنوان : شغب الجماهير في ملاعب كرة القدم المصرية ، أسبابه ومظاهرة وعلاجه ، مؤتمر الرياضة للجميع ، كلية التربية الرياضية ، جامعة حلوان ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، د. محمد حجاج ، التعصب والعدوان في الرياضة ، رؤية نفسية واجتماعية ، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ١٥٤ .
(٢) - انظر ، د. حامد عبد السلام زهران ، علم النفس الاجتماعي ، عالم الكتب ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، ١٩٧٤ .

معرفة كافية أو حقيقة علمية ، وإن كانت هناك محاولات لتبريره. وهو يجعل الإنسان يرى ما يجب أن يراه فقط ولا يرى ما لا يجب أن يراه فهو يعمي ويصم ويشوه إدراك الواقع ويعد الفرد والجماعة للشعور والتفكير والإدراك والسلوك بطرق تتفق مع اتجاه التعصب.

أما الاتجاه الثاني من الفقه فقد ذهب^(١) إلى أن التعصب الرياضي في ضوء التحليل النفسي يؤدي وظيفة نفسية خاصة تتخلص في التنفيس عما يخلج النفس من كراهية وعدوان مكبوت وذلك عن طريق عمليتي النقل والإبدال دفاعاً عن الذات وعن من تحبه. والاتهام بالتعصب قد يستخدم في ميدان المنافسة بين الأفراد كوسيلة لإسقاط الكراهية علي الشخص المنافس.

أما بالنسبة للاتجاه الثالث من الفقه^(٢) فيذهب إلى أن التعصب الرياضي حالة يتغلب فيها الانفعال على العقل مما يؤدي إلي التوصل لحتميات لا تقوم علي المنطق ويعمي هذا الانفعال الحاد بصيرة الإنسان الرياضي ، فإذا تملك التعصب من الفرد الرياضي يصعب تعديل اتجاهه التعسبي^(٣).

(١) - انظر ، د. مصطفى فهمي ، مجالات علم النفس ، المجلد ١ ، مكتبة مصر ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر.

(٢) - د. محمد صبحي حسانين وآخرون ، دراسة تحليلية لظاهرة التعصب الرياضي في دولة البحرين (المدرّبون والمشجعون) ، خطة بحوث معهد البحرين الرياضي الرابعة ، معهد البحرين الرياضي بالتعاون مع اللجنة الأولمبية البحرينية ، المنامة ، ١٩٩٣ ، ص ٧ ، ٨ . وكذلك انظر د. دانييل كارتر ، سيكولوجية الحشد في ميادين علم النفس النظري والتطبيقي ، مجلد ١ ، ترجمة احمد زكي صالح وآخرون ، المعارف ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر.

(٣) - Y. SIMONS & J. TAYLOR, A Psychosocial model of fan violence in sport, Int, Sport psychology. ١٩٩٢, V. ٢٣, pp. ٢٠٧- ٢٢٦.; J. BOJANIC, S. MATOVIC - MILJANOVIC, S. JANKOVIC, L. JANDRIC, M. RAZNATOVIC -

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وبناء على مما سبق نرى أن التعصب الرياضي هو التصرف بطريقة غير موضوعية خارجة عن نطاق المألوف من التصرفات الانسانية تعبر عن عدم الاتزان السلوكي للفرد في التعامل مع المواقف التي يمر بها ، بنوع من ضيق الافق العقلي وسلوك يتصف بالعنف الشديد غير المبرر. فقد تحدث أعمال شغب وعنف داخل الملاعب الرياضية نتيجة قيام أحد اللاعبين أثناء المباراة بإثارة الجمهور ، أو بإنفعاله بصورة تعني أن هناك ظلم أو نوع من التحيز لدى حكم المباراة ، الأمر الذي يؤدي في نهاية المطاف إلى إثارة حفيظة الجمهور الذي يتحاطف مع هذا اللاعب ويندفع وراء ما أبداه في صورة أعمال شغب وعنف^(١) ، ويرجع ذلك التصرف من اللاعبين إلى نقص الوعي وغياب أخلاقيات ممارسة الرياضة لدى العديد من اللاعبين. بالإضافة إلى ذلك فغالباً ما يقدم المدربون ورؤساء الأندية والجهاز الفني علي بعض التصرفات والسلوكيات في الملعب ، يستفزون من خلالها الجمهور في المدرجات ، مثل التصريحات الاستفزازية لجمهور الفرق الرياضية المنافسة عبر وسائل الإعلام المختلفة قبل موعد اللقاء والتي من شأنها أن تخرج الجمهور عن التشجيع المثالي إلى أعمال الشغب والعنف في المنافسات الرياضية.

هذا ويختلف طريقة التعبير عن التعصب بالعدوان والعنف عند الذكور عنه عند الإناث ، حيث تشير الدراسات الحديثة إلى أن الإناث والذكور لديهم حاجات عدوانية متشابهة إلا أن الذكور يتسنى لهم التعبير عن عدوانهم بشكل مباشر وواضح بدون الشعور بالذنب بينما تشعر الإناث بالصراع والذنب وبالتالي يقمن

DUROVIC, Violence and Injuries among school children in the Republic of Serbia, Med Pregl, ٢٠٠٦, N° ٥٩, pp. ٧ - ٨.

(١) - د. عادل عصام الدين ، أمن الملاعب الرياضية ، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية ، الطبعة الاولى ، الرياض ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

بكت أي تعبير مباشر عن العدوان^(١) ، ويرجع ذلك لإختلاف التكوين الجسماني والنفسي للذكور عن الإناث.

خصائص التعصب الرياضي : يتميز التعصب الرياضي بعدد من الخصائص الخاصة وهي كالتالي :

i. أن التعصب الرياضي اتجاه نفسي للجمهور أو اللاعبين أو المدربين ، ويتكون هذا الاتجاه من المكونات المعرفية والانفعالية والسلوكية.
ii. يتميز التعصب الرياضي بأنه يتضمن حكماً مسبقاً لا أساس له من الواقع ، ولا سند منطقي يدعمه من الناحية العملية.

iii. كذلك نجد أن وظيفة المتبني لاتجاه التعصب الرياضي يهدف إلى أن يحقق الارضاء لأننا الذات لديه.

iv. بالإضافة إلى ذلك يتميز الشخص المتعصب في أن معالجته للأمور الاجتماعية بتبني مواقف المجارة للتعصب والاستجابة لها ، حيث يجري المتعصب الجماعة التي ينتمي إليها بصورة عمياء^(٢) مما يترتب عليه من ارتكابه لأعمال الشغب والعنف في المناسبات الرياضية.

(١) - D. HARRIS, Female aggression and sport involvement, A paper presented at the fourth Canadian psychomotor learning and sports psychology symposium, University of Waterloo, Ontario, ١٩٧٢.

(٢) - أ. بوجوراف فهيم ، آليات الوقاية من العنف في الملاعب الرياضية ، رسالة ماجستير ، جامعة الحاج لخضر ، لائنة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ، ٢٠١٣ - ٢٠١٤ ، ص ٤٧

أما بالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية من التعصب ، فهو واضح وصريح في رفض جميع صور التعصب والعنف ، فيقول رسول الله صلي الله عليه وسلم : من قتل تحت راية عامية ، يغضب للعصبيية ، أو يقاتل للعصبيية ، أو يدعو إلى العصبيية ، فقتله جاهلية. حيث أن التعصب من أخلاق المنافقين والتعصب الرياضي لا يخلو من الوقوع في المعاصي من خلال الألفاظ النابية وسب الآخر والطعن في سمعة المنافسين وما إلى آخره من تلك البذاءات ، والتعصب لا يعصم المرء من ظلم الآخرين ، والحكم عليهم وفق الهوى والانتماءات فهناك من يشجع فريقاً ويراه دائماً على حق ، ويحس حق الآخرين بسبب الولاء الباطل في الرياضة مما يدفع الشخص إلى ارتكاب الأفعال الإجرامية من أعمال شغب وعنف.

وتأكيداً على وجود علاقة بين التعصب وشغب الملاعب الرياضية ، ذهب دراسة قام بها ديموك وجروف لمعرفة تأثير التعصب لدى مشجعي الفرق الرياضية المحترفة في أستراليا باستجاباتهم حول العنف الجماهيري^(١) ، وقد شملت العينة ٢٣١ مشجعاً ، وقد توصلت النتائج إلى أن الجماهير التي تصنف بأنها أكثر تعصباً لفريق معين كانوا أقل تحكماً في سلوكياتهم العدوانية في المباريات من المشجعين الذين يتصفون بالتعصب المتوسط أو البسيط.

وفي دراسة للعالم روكش عام ١٩٧٠ استهدفت التعرف على العلاقة بين التعصب والجمود حيث يعني بالجمود هنا تكرار قيام المشجع بسلوك نمطي أثناء مشاهدته للمباريات الرياضية المختلفة كالهتاف وارتداء زي الجماعة دون أدنى تغيير وثبات أرائه نحو الفريق الذي يشجعه وعدم مرونته ، أخذت العينة من الطلبة

(١) - J. DIMMOCK & J. GROVE, Relationship of fan identification to determinants of aggression, Journal of applied Sport Psychology, Vol. ١٧, Issue ١m march, ٢٠٠٥, pp ٣٧-٤٧.

الجماعيين وروعا فيها إلا تضم المنتمين للأقليات وطبق على أفراد المجموعة اختبار كاليفورنيا لقياس التعصب مع استبعاد الذين حصلوا علي درجات متوسطة ، ثم طبق اختبار لقياس الجمود علي المجموعة المتعصبة أسفرت نتائج البحث عن أن المجموعة الأكثر تعصبا كانت أكثر جمودا كذلك^(١) ، مما يثبت نوافر علاقة بين التعصب والجمود وعدم المرونة للمشجعين .

ثالثا. تفسير العلاقة بين روابط الإلتراس وظاهرة شغب الملاعب الرياضية :

روابط تشجيع الفرق الرياضية أو الإلتراس هي ظاهرة غريبة على المجتمع المصري والدول العربية ، انتشرت في أوروبا أولاً وانتقلت إلى مصر والدول العربية بعد ذلك ، وهي ظاهرة تقوم بتشجيع بشكل به عنف لمجموعة من المشجعين المحصوره على بعض الفئات وتتمتع بسلسلة هرمية ذات سلطة خاصة والتي لها قوانينها الخاصة في التشجيع. ومعنى كلمة Ultras باللغة اللاتينية هي الشيء الزائد والفائق بمعنى الحب والتعصب الزائد للفرق من خلال انتمائهم الروحي وتعلقهم بالفرق ، ويتبع مشجعون الإلتراس طقوس خاصة بهم بالتشجيع فيستعملون الألعاب النارية ويقومون بالهتافات الغناء وتحميس الفريق وارسال رسائل تشجيعية للاعبين ودعمهم داخل وخارج الملعب بالإضافة إلى استخدام طريقة مميزة لدخول الفريق في المباريات ذات الطابع الحماسي والتي تحمل طابع الأهمية الكبرى مما يعطي المباراة جمالية أكبر ما يميز جماعة الإلتراس عن غيرهم في المباريات في حضورهم الكبير ولبسهم المميز.

(١) - د. محمد حجاج ، التعصب والعدوان في الرياضية - رؤية نفسية واجتماعية ، مكتبة الأنجلو المصرية ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص ١٥١ .

وبدأت ظاهرة الإلتراس في الدول العربية من خلال دول المغرب العربي ، بداية من النادي الإفريقي التونسي الذي شهد أول ألتراس تحت مسمى "الأفريكان ونيرز" في عام ١٩٩٥ ثم انتقل الأمر إلى باقي الاندية التونسية مثل نادي الترجي التونسي. وكان الأردن على رأس الدول العربية الآسيوية التي شهدت ظاهرة الإلتراس ، وذلك عن طريق نادي الوحدات عبر التراس (جرينز) ، وفي عام ٢٠٠٨ انتقلت الفكرة إلى سوريا على يد جمهور نادي الكرامة من خلال رابطة "بلوصن"^(١). ثم شهدت مصر أول ظهور لمجموعات الإلتراس في عام ٢٠٠٧ من خلال "ألتراس أهلاوي" من مشجعي النادي الأهلي ، وألتراس "الفرسان البيض" من مشجعي نادي الزمالك ، ثم "التنانين الصفراء" من أنصار النادي الاسماعيلي ، و"السحر الأخضر" من أنصار نادي الاتحاد السكندري، و"النسور الخضراء". من أنصار النادي المصري.

هذا وتشير دراسات منظمة الأمم المتحدة للعلوم والثقافة اليونسكو إلى ظهور ثقافة لدي الفئة الشبابية تمت علي هامش الرياضة والتي أرسيت لنفسها قيمها ومعاييرها ورموزها وطقوسها الخاصة ، والمتمثلة في المساندة غير الشرعية للفريق الرياضية باستخدام بعض السلوكيات العدوانية والعنف البدني داخل الملاعب وخارجة^(٢). لذلك تكون هذه الفئات من الإلتراس عامل وسبب مباشر في انتشار ظاهرة الشغب والعنف في الملاعب الرياضية.

وهناك مصطلحات تستخدمها مجموعات الإلتراس هذه المصطلحات خاصة بها لا يفهمها إلا أعضاء الإلتراس وهي على النحو التالي :

(١) - أ. هند رأفت ، ومي معاذ ، حكاية أسمها الإلتراس ، جريدة الأهرام المسائي ، بتاريخ ٨ إبريل ٢٠١٢ ، العدد ٧٦٥١.

(٢) - منظمة الامم المتحدة للعلوم والثقافة اليونسكو ، دراسة جامعة بين التخصصات من أسلوب العنف ومظاهرة في الانشطة الرياضية ، المؤتمر الثاني للوزراء وكبار المسؤولين ، موسكو ، ١٩٨٤ ، ص ٤٤.

١. مصطلح "الباتش" **Batch** أى "اللوجو" الخاص بالإلتراس وهى عبارة عن لافتة يصل طولها إلى ١٠ أمتار أحياناً تحمل شعار المجموعة وألوان الفريق ويتم إختيار الشعار بعناية من قبل الاعضاء ويعلق بالمدرجات للتعريف بهم وفي ملابسهم.

٢. مصطلح "التيفو" **Tifo** وهى كلمة ايطالية تعنى "المشجع" وهى عبارة عن دخله تقوم بها مجموعة الإلتراس لتعبر عن رأى أو فكر وغالباً تكون فى بداية المباراة.

٣. مصطلح "روح الإلتراس" **Ultras Spirit** : حيث يعتمد جماعة الإلتراس فى وجود ما يسمى بروح الإلتراس وهى روح يولد بها أعضاء الإلتراس ، ولا يكتسبوها مهما حدث وفقاً لما يعتقد بها روابط الإلتراس ، ويصفونها بأنها " وتلك الروح هي روح الإقدام والمثابرة والعاملة فى صمت وجهد لتحقيق أهداف عظيمة لا يتم انجازها إلا إذا انصهرت أرواح أفراد المجموعة فى كيان واحد تحت علم ناديتها ضد الجميع من وسائل الاعلام التى تهاجمهم باستمرار، وضد الفرق المنافسة وأحياناً ضد المخربين من أبناء النادى أنفسهم".

٤. مصطلح "الكابو" **Ultras Capo** : وهو كابتن التشجيع فى المنافسات الرياضية فى المدرجات وخاصة منطقة الكوفا أو العمياء بالمدرجات ، وهو قائد المجموعة من الجماهير، ويكون المثل الأعلى لهم.

٥. مصطلح "الكوماندو" **Ultras Commando** : وهو مؤسس مجموعة الإلتراس من جمهور المشجعين وغالباً ما يكون هو الكابو^(١).

(١) - د. أميرة صابر محمود أحمد ، معالجة البرامج التليفزيونية الرياضية لظاهرة شغب جماهير الإلتراس فى مصر ... بعد ثورة ٢٥ يناير ، مجلة دراسات الطفولة ، عدد يناير ٢٠١٣ ، القاهرة ، ٢٠١٣ ، ص ٢٦.

٦. مصطلح "الشعار" **Ultras Logo** : هو شعار المجموعة الذي يميز كل مجموعة من الإلتراس عن مجموعة أخرى من الإلتراس.

٧. مصطلح "الداخلة" **Intr** : تكون عبارة عن رسالة اللاعبين وللإعلام ولجماهير الفريق المنافس وتوضع في بداية المباراة ومع بداية الشوط الثاني وتستمر لبضع دقائق.

وفي الحقيقة فإن مجموعة الإلتراس هي مجموعة تشجيعية تحرص على تشجيع الفريق أو الكيان الذي تتبعه والتنقل معه أينما حل وارتحل ، عن طريق شعارات وأغاني وألوان خاصة بها. وتحكم جماعة الإلتراس مبادئ تشترك فيها مجموعات الإلتراس حول العالم على أساسها يتم الحكم على المجموعة أن كانت التراس حقيقي أم لا وهي على النحو التالي :

١. عدم التوقف عن التشجيع والغناء أثناء المباراة أيا كانت النتيجة ، فالإلتراس أسلوب فريد في التشجيع ، يتشكل حسب شخصية النادي وثقافة البلد الموجود فيها ، فتختلف طريقة وأسلوب التشجيع من رابطة إلى أخرى ولكن في النهاية يظل المبادئ الذي يحكم جميع روابط الإلتراس هو الاستمرار في التشجيع أثناء المباراة أيا كانت النتيجة .

٢. عدم الجلوس أثناء المباريات نهائياً ، فالإلتراس لا يحضرون مباريات فريقهم بغرض المتابعة والمتعة وإنما يحضرون بهدف واحد هو التشجيع والمؤازرة المتواصلة حتى صافة نهاية المباراة.

٣. الولاء والانتماء لمكان الجلوس في الملاعب الرياضية ، فتختار مجموعات الإلتراس منطقة مميزة داخل المدرجات يبتعد فيها الإلتراس عن المشجعون العاديون وتخفض فيها أسعار التذاكر وتسمى هذه المنطقة بالمنطقة العمياء أو الكورفا Curva بالايطالية وتكون هذه المنطقة مكان خاص للتشجيع والمؤازرة وتعليق "اللوجو" الذي يحمل اسم شعار مجموعة الإلتراس^(١).

ولكن ما هي الأفعال التي يجرمها القانون لأفراد الإلتراس ؟ يمكن تحديد تلك الأفعال علي النحو التالي:

أولاً. الأفعال التي يرتكبها مثيري الشغب أثناء غضبهم المدمر وحالة الهياج من أفراد الإلتراس ، المقصود بها هنا أعمال الشغب التي تأخذ شكل السلوك الإجرامي التي يجرمها القانون سواء كان ذلك في صورة الاعتداء على الأشخاص أو الممتلكات العامة أو الخاصة وأشعال الحرائق وكذلك السكر في الأماكن العامة^(٢).

ثانيا. تعتبر كذلك من أعمال الإلتراس التي تجرم في القانون التصرفات التي تأخذ صورة التخريب ، فالهجوم علي المنشآت الرياضية وتخريبها وكذلك تدمير الكراسي والمدرجات صفة مميزة لشغب أفراد الإلتراس^(٣) وبالتالي يجب على الشرطة

(١) - انظر: د. محمد جمال بشير، الإلتراس - عندما تتعدى الجماهير الطبيعية ، دار دون للنشر ، القاهرة ، ٢٠١١ . ، د. أميرة صابر محمود أحمد ، المرجع السابق ، ص ٢٦ .

(٢) - J.-Y. LASSALLE, Sport et Délinquance, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, ١٩٨٨. Comp. : L. LORVELLEC, « Les aspects juridiques de la violence sportive », in Mélanges en l'honneur du Doyen P. Bouzat, Pedone, ١٩٨٠, p. ٢٨٥ et s.

(٣) - V. par exemple l'impressionnant tableau recensant le nombre de morts et de blessés lors d'incidents survenus au cours de matches de football in l'étude réalisée par le Conseil de l'Europe pour la quatrième réunion du Groupe d'experts travaillant sur la réduction de la violence parmi les spectateurs, Strasbourg, ٢٥-٢٦ juin ١٩٨٨ ; V. Muriel Dunnard, «

اتخاذ مجموعة من التدابير للوقاية من هذه الأفعال من عمليات التفتيش للجماهير قبل دخول الملاعب الرياضية. وكذلك العمل على الحد من المسببات التي تؤدي إلى إثارة الجماهير. بالإضافة إلى ضرورة الاهتمام بالدراسة والبحث لهذه الظاهرة للوصول إلى مسبباتها وطرق علاجها.

ثالثا. العنف الإرهابي للاعبين والجماهير من خلال أفراد الإنتراس ، حيث يتم ذلك من خلال أفعال التخويف والإرهاب للاعبين وجماهير الفريق المنافس من أجل تحقيق النصر المطلوب عن طريق أفعال وتصرفات غير مشروعة^(١).

وفي فرنسا صدر القانون رقم ٢٠١ لسنة ٢٠١٠ في ٢ مارس ٢٠١٠ لتعزيز مكافحة شغب وعنف المجموعات مثل الإنتراس وكذلك حماية الأشخاص المكلفين بالخدمة العامة من رجال الشرطة والأمن. بالإضافة إلى وجود نص موجود في قانون العقوبات الفرنسي في المادة ٢٢٢ - ١٤ - ٢ والتي تنص على أن يعاقب بالحبس لمدة سنة وبالغرامة وقدرها ١٥٠,٠٠٠ الف يورو ، لكل شخص شارك ولو حتي مؤقتا في الانضمام إلى أشخاص أو مجموعة تقوم بالاعتداء على الأشخاص أو تدمير الممتلكات العامة أو الخاصة. وبالرغم من ذلك النص فقد توسع المشرع الفرنسي في القانون الجديد من خلال المادة الثالثة والتي تنص على أن يعاقب الأفراد التي تقوم بتغطية وجهها أو جزء منه خشية أن يتعرف عليه أثناء ارتكابه لأعمال الشغب والعنف فيصبح العقوبة هنا هي السجن لمدة تصل إلى خمس سنوات. وكذلك نصت المادة السادسة من هذا القانون على تجريم الاعتداء على المباني والعقارات الخاصة والعامة وقد نصت كذلك على معاقب الحدث

Violence et panique dans le stade de football de Bruxelles: approche psycho-sociale des événements », Rev. dr. pén. et crim. Paris, ١٩٨٧. p. ٤٠٣ et s.

(١) - Reynald Ottenhof, Mais qui sont donc les hooligans ?, Rev. Sin. Cim, Dalloz, Paris, ١٩٩٠, p. ٨٣٦ et s.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

مرتكب هذه الافعال بالايدياع في دور الحدث وكذلك توقيع عقوبة العمل للخدمة العامة عدد معين من الساعات للمصلحة العامة^(١). كما نصت المادتين ١٠ و ٩ من هذا القانون الجديد الصادر في ٢٠١٠ على تجريم أعمال العنف التي تقع في الأحداث الرياضية من المجموعات والجماعات ، أو أدخل مواد محظورة أو سلاح أو أي مواد خطيرة إلى الملاعب الرياضية فالإضافة الي العقوبة الاصلية وهي الحبس لمدة سنة والغرامة وقدرها ٣٧٥٠ يورو^(٢)، فإنه يتم توقيع عقوبة تكميلية وجوبية هنا وهو الحرمان من دخول أو الاقتراب من الامكان التي تقام في الأحداث الرياضية لفترة من ستة أشهر إلى اثني عشر شهرا.

ونستخلص مما سبق أن فلسفة الإلتراس تقوم على التشجيع المجنون للفريق والذي يقترب من درجة التعصب ، وللتعصب في التشجيع العديد من الآثار السلبية صحية واجتماعية ونفسية تترتب على عدم السيطرة على المشاعر والانقياد بعشوائية في تعصب أعمى ، فمثلا إن كانت الصدمة شديدة والخسارة فادحة وتتمثل في الخروج من بطولة أو هزيمة ثقيلة وتتحطم الآمال وتتكسر نفوس وتجرح قلوب فيصاب الشخص المتعصب بإحباط شديد ربما يؤدي به إلى فقدان التوازن العصبي فيصاب بانهيار عصبي أو ربما يصاب بالانكسار النفسي ويتملكه الإحساس بالذلل فترتفع درجة حرارة الإحباط وتؤدي به إلى ما لا تحمد عقباه^(٣) حيث يمثل هذا

(١) - Jean – Baptiste PERRIER, Loi N°٢٠١٠-٢٠١ du ٢ mars ٢٠١٠ renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, Rev. Sin. Crim, Paris, ٢٠١٠, p. ٤٦٨ et s.

(٢) - V. S. LAVRIC, Violences de groupes adoption définitive du texte, Dalloz, Paris, ٢٠١٠, p. ٣٧٢.

(٣) - د. بدر الدين ميرغني عبد الله ، استيراتيجية إدارة أمن الملاعب في الحد من الشغب وتعديل السلوك ، دراسة حالة علي إدارة أمن الملاعب السودانية ، بحث منشور في المؤتمر الرابع للقيادة

الكتب مجموعة من الرغبات لم يتم إشباعها ، أو تم إشباعها بطريقة خاطئة ، وهذه الرغبات تؤثر في تصرفات الفرد ، حيث نجده دائما يتحين الفرصة التي يحاول فيها التعبير عن ذاته بسلوك مضاد ، يصل به في الأغلب الأعم لأساليب العنف والإثارة التي تؤدي إلى أعمال الشغب ، والقيام بأعمال شغب من الإلتراس أثناء المباريات يتم من خلال تأجيج روح العداوة بين الجماهير ، وخلق روح التعصب بين اللاعبين ، وكذلك الاشتباك مع قوى الأمن واللاعبين مما ينتج عنه التسبب في إصابات خطيرة. وفي بعض الحالات تتحول روابط الإلتراس من عالم الرياضة والتشجيع للفرق الرياضية إلى عالم السياسة واستخدامهم في أحداث سياسية كأعمال المظاهرات والشغب والعنف لتحقيق أغراض سياسية معينة. فرأينا مؤخراً في الملاعب الرياضية في مصر هتافات في بعض المباريات من قبل مجموعات الإلتراس ضد الأجهزة الأمنية حمل بعضها إتهامات بالتخوين والفساد وإعلان العداء ، بل وصل الأمر إلى حد الاشتباك مع قوات الشرطة والأمن المركزي من أجل إشاعة روح التوتر الأمني وعدم الاستقرار مما ترتب عليه اتخاذ قرار من اتحاد الكرة المصري بإيقاف مباريات كرة القدم في الدوري لفترة من الوقت ثم استئنفت المباريات بعد ذلك بدون حضور الجماهير في الملاعب الرياضية.

وبالنسبة لموقف الشريعة الإسلامية من روابط الإلتراس : فالشريعة الإسلامية لم تنهي عن تشجيع النوادي الرياضية ، فاختيار أحد النوادي الرياضية وتشجيعه ، والفرح بفوزه ، والضيق بخسارته مادام ذلك في حدود المحبة ، والميل إلى هذا النادي فقط ، فلا بأس به^(١) ، أما ما يحصل لدى الكثير من روابط الألتراس من الاعتراك

العامة لشرطة دبي ، الإمارات العربية المتحدة تحت عنوان الرياضة في مواجهة الجريمة في الفترة من ٢٥ - ٢٧ نوفمبر ٢٠١٣ ، ص ٩ .
(١) - د. محمد عبدالرزاق السيد إبراهيم الطبطبائي ، المسابقات الرياضية ضوابطها الفقهية وأثارها الجنائية ، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون ، مجلة الحقوق ، الكويت ، ٩ يونيو ٢٠٠٣ ، ص ٩٤ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

مع منافسهم من الفرق الرياضية الأخرى ومن أعمال شغب وعنف فهذا ما ترفضه الشريعة الإسلامية وفقاً للقواعد الإسلامية المستقرة وهي لا ضرر ولا ضرار ودرء المفاسد مقدم علي جلب المنافع.

وبالتالي إذا ترتب علي الاشتراك في روابط الإلتراس من تضييع لواجب ديني أو اجتماعي ، أو وظيفي ، أو نحو ذلك ، فلا يجوز شرعا ، لعدم جواز التفريط في مثل هذه الأمور ، وإن لم يكن ثمة تفريط فلا بأس ، ما دام لم يصاحبها أمر محرم. فيروي عن الامام الشافعي في اللعب بالشطرنج أنه قال^(١) : وإذا منعوا صلاتهم من النسيان ، وأموالهم من النقصان ، والسنتهم من الهذيان ، رجوت أن يكون مداعبة بين الإخوان. ونستخلص من ذلك أن هناك ثلاثة شروط وفقاً لكلام الامام الشافعي لجواز الاشتراك في التشجيع وخاصة روابط الإلتراس وهي كالتالي :

الشرط الاول. عدم ترك واجب : سواء كان واجب ديني أو اجتماعي أو وظيفي.

الشرط الثاني. عدم ترك مستحب : أي لم يكون هناك تفريك في شئ مستحب وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية.

الشرط الثالث. عدم الوقوع في محرم : أي عدم القيام بالتصرفات اللااخلاقية وأعمال العنف والشغب سواء قبل أو أثناء أو بعد المناسبات الرياضية.

(١) - يحي محمد بن هبيرة ، الإفصاح عن معاني الصحاح ، تحقيق محمد حسن ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج ٢ ، ١٤١٧ هـ ، ١٩٩٧ م ، ص ٢٦٠ .

والحقيقة أن ما تقوم به مجموعة روابط الإلتراس من شغب وعنف في الملاعب الرياضية وخارجها من تصرفات تعبر عن ما بداخل أفراد هذه المجموعات من كبت تمثّل مخزوناً عدوانياً وحب تقليد للآخرين ، فالإنسان بطبيعته لدية فطرة المحاكاة والتقليد ، وهذا ما نلاحظه فإذا ما بدأ الشغب مثلا في أحد الملاعب سرعان ما يشارك الفرد الذي استحسن هذا التصرف إلي الأنضمام إلى جمهور المشاغبين ، حيث يجد في ذلك فرصة ملائمة لإخراج ما بداخل نفسه المريضة ، فيندفع بلا تفكير مقلداً غيره ، فيحمل الاحجار والشماريخ ويقذف بها وهو سعيد مبتهج ، علي الرغم من خطورة ما يقوم به من أفعال تخالف القانون والروح الرياضية للشجيع .

وحتى الان ليس هناك قوانين أو عقوبات تحكم ظاهرة شغب وعنف روابط الإلتراس في الملاعب في مصر وفي أغلب الدول العربية حتى الآن ، مما يشكل تهديد لأمن وأستقرار هذه البلاد ، ويساعد علي انتشار هذه الظاهرة الإجرامية حيث لا يوجد عقوبة رادعة تردع هؤلاء المشاغبين علي أفعالهم الاجرامية. مما يترتب عليه من وقوع أحداث شغب وياضي ينتج عنها وفيات واصابات ، ومثال علي ذلك أحداث بورسعيد في مصر عام ٢٠١٢ : وهي أحداث ستاد بورسعيد وقعت داخل ستاد مدينة بورسعيد المصرية مساء الأربعاء ١ فبراير ٢٠١٢ ، عقب مباراة كرة قدم بين المصري والأهلي هجم أعضاء من الإلتراس فريق المصري جماهير نادي الأهلي ، وراح ضحيتها حوالي ٧٣ قتيلاً ومئات المصابين من جماهير النادي الأهلي . وهي أكبر كارثة في تاريخ الرياضة المصرية.

وقد حكمت محكمة جنايات بورسعيد برئاسة المستشار صبحي عبد المجيد بتاريخ ٢٦/١/٢٠١٣ على ٢١ من المتهمين بتحويل أوراقهم لفضيلة مفتي جمهورية مصر العربية وتأجيل الحكم على الباقيين لجلسة يوم ٩/٣/٢٠١٣ . وفي ٩ مارس ٢٠١٣ حكمت محكمة جنايات بورسعيد بالإعدام شنقاً على ٢١ من ٧٣ متهماً وبالسجن المؤبد على خمسة والسجن ١٥ سنة على عشرة بينهم خمسة من كبار

المسؤولين في نظام وزارة الداخلية ، و ١٠ سنوات على ستة متهمين ، وأحكام أقصر على عدد آخرين بينما قضت ببراءة ٢٨ متهماً.

وبناء على حكم المحكمة في ألمانيا في ٧ مارس ٢٠١٣ والذي تم الطعن عليه أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان^(١) ، بشأن الموازنة بين حقوق الانسان وبين ارتكاب أفعال من جماهير كرة القدم من التشجيع والاعتراض ، والتي كانت نتيجة أحداث المباراة من تدفع بعض الجماهير واستخدام الشغب والعنف للتعبير عن غضبهم أثناء مشاهدة المباريات. وخاضة الهوليجانز الذين لا يتردوا في استخدام العنف والشغب كطريقة تعبير عن أفراد هذه المجموعة من المشجعين. لذلك فإن المحكمة الأوروبية لحقوق الانسان في استراسبورج أصدرت حكماً ضد هذه الفئة من المشجعين أو الإلتراس والذين يستخدموا العنف والشغب في الملاعب والمدرجات الرياضية كوسيلة للتعبير عن انفعالاتهم أثناء المباريات وكذلك رفع اللافتات التي تخرض على العنف والشغب واعتبرت أن إلغاء هذه الروابط وحلها لا يتعارض مع حق الانسان في تكون الجمعيات ، كذلك حق الشرطة ورجال الأمن في استيقاف وحجز هؤلاء الأشخاص وأن ذلك لا يخالف الاتفاقية الأوروبية لحقوق الانسان.

وقد تركزت الدراسات التحليلية حول هذه الظاهرة الاجرامية وهي ظاهرة الجماعات المتخصصة في إثارة الفوضى ونشر الرعب قبل وخلال وبعد المباريات وهي ما يطلق عليه بالإلتراس ، ومن أهم الباحثين لهذه الظاهرة هما MARS and HARRE حيث توصلوا بعد دراسة استمرت مدة ثلاث سنوات إلي أن مثيري الشغب في ملاعب كرة القدم هم المراهقون الفاشلون في الدراسة وسيئو التكيف مع بيئاتهم الاجتماعية وهو فئة تشعر بالاهمال وعدم اهتمام المجتمع بقضاياهم ،

(١) - L'arret Ostendorf C/ Allemagne du ٧ mars ٢٠١٣, Jean-Pierre MARGUENAUD, La garde à vue préventive des hooligans, Rev. sin. Crim, ٢٠١٣, p. ٦٥ ; CEDH, ٥^e section, ٧ mars ٢٠١٣, n°١٥٥٩٨/٠٨, Ostendorf C/ Allemagne, D. ٢٠١٣, p. ٧١٠.

يقومون بمثل هذه الأعمال بهدف إثبات الذات والأنتقام من المجتمع الذي لا يلتفت إلي قضاياهم ، والدليل علي ذلك أنهم يقومون بأعمال عنف وشغب بعد المباريات وضد أشخاص وممتلكات عامة او خاصة لا لها أية علاقة بالرياضة أو بالمباريات ، ومثال علي ذلك الحوادث التي حدثت في مدينة برايتون بانجلترا في شهر أيلول عام ١٩٨٢ عندما هاجم جمهور من الأحداث بعد انتهاء مباراة في كرة القدم عجوزين كانا يسيران مع كليهما علي شاطئ البحر ، وقاموا بضرب أطفال بالسكاكين والشفرات ، وضرب رجل يسير في شارع عام بغطاء صندوق القمامة حتي الموت ، واثارة الفوضى والرعب في المدينة بتحطيم وتكسير واجهات المحلات التجارية^(١) وغيرها من التصرفات التي تمثل اعتداء علي الاملاك الخاصة من العقارات والسيارات وتعطيل السير في الطرقات العامة الخ.

المبحث الثاني : التجريم القانوني لشغب وعنف الملاعب الرياضية

بعد أن تناولنا في المبحث الاول التكييف القانون لظاهرة شغب الملاعب الرياضية من خلال توضيح ماهية الشغب الرياضي وخصائصه وكذلك التفسير العلمي لهذه الظاهرة الإجرامية. سوف نتناول في هذا المبحث عرض وتوضيح جرائم شغب الملاعب الرياضية بحيث نستعرض في المطلب الاول جرائم الشغب والعنف في المناسبات الرياضية أو بسببها المطلب الثاني نتناول بالشرح التدابير الاحترازية لمواجهة ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية. وذلك علي النحو التالي:

المطلب الاول : جرائم الشغب والعنف في المناسبات الرياضية او بسببها.

(١) - رسالة اليونسكو ، عدد خاص بالعنف ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، م ١٠ ، ع ٣٧ ، مركز مطبوعات اليونسكو ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٥ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المطلب الثاني : التدابير الاحترازية لمواجهة ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية.

المطلب الاول : جرائم الشغب والعنف في المناسبات الرياضية أو بسببها.

شغب الملاعب الرياضية ، ليس بظاهرة حديثة في مجال الملاعب الرياضية . وإنما هي ظاهرة قديمة ، قدم المنافسات الرياضة ، إلا أن الجديد في الأمر هو تعدد مظاهره وتغير طبيعته ، قد يصل أحياناً إلي قتل واعتداء ، والي حرق وتدمير ، وتخطيم وتمزيق ، وغيرها من مظاهر الشغب التي تشكل حرقاً صريحاً للقوانين المدنية^(١).

وبالنسبة لموقف التشريعات المقارنة :

وينقسم موقف التشريعات العربية من مكافحة ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية إلى اتجاهين ، الاتجاه الاول وهو الاتجاه التقليدي وهو الاتجاه الغالب في التشريعات العربية والذي يذهب إلى تطبيق القواعد العامة في قانون العقوبات في مكافحة ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية ويمثل هذا الاتجاه أغلب الدولة العربية علي سبيل المثال المشرع المصري والتونسي والقطري . أما الاتجاه الثاني فهو الاتجاه الحديث والذي يذهب إلي إصدار قانون جنائي خاص لمكافحة ظاهرة

(١) - B. HUSMAN, Aggression: A historical perspective, in W. Straub (E'D) sport Psychology: an analysis of athlete behavior. Ithaca, New York, Mouvement Publications, ١٩٨٠, p. ١٥.

شغب وعنف الملاعب الرياضية ويتمثل هذه الاتجاه في التشريع المغربي الذي اصدر قانون جنائي خاص لمكافحة شغب وعنف الملاعب الرياضية في عام ٢٠١١ وأخيراً انصم اليه المشرع الجزائري بقانون تنظيم الانشطة البدنية والرياضية وتطويرها الصادر في ٢٣ يوليو ٢٠١٣.

وتقسيم جرائم العنف هذه، حسب طبيعة أثرها على حياة الأفراد، وسلامتهم، وممتلكاتهم إلى ثلاثة أصناف أساسية لأعمال العنف:

١. أعمال العنف التي يترتب عليها موت. فالملاعب الأجنبية في كل من أوروبا وأمريكا تشهد أعنف مظاهر الشغب والعنف في الملاعب الرياضية وقد بلغ ذروته عام ١٩٦٤ ، عندما أدى الشغب والعنف في البيرو إلى قتل حوالي ٦٣٠ شخصاً ، بعد أن احتسب الحكم الهدف الثاني لمنتخب بيرو تسلاً لصالح منتخب الأرجنتين في تصفيات أمريكا اللاتينية لأولمبياد طوكيو ، اضطر معها تدخل قوات الامن ، واطلاق الكلاب البوليسية والقنابل المسيلة للدموع^(١).

٢. أعمال العنف التي يترتب عليها الاضرار بسلامة الجسم. وهي تلك الأفعال والسلوكات المادية التي تشكل جرائم تستهدف المساس بسلامة الجسم ، سواء باستخدام الأسلحة أو بدونها ، إذ يكون ضحاياها من اللاعبين أو الحكام أو المنظمين أو المشجعين من الجمهور^(٢).

(١) - STADIUM, Sport Magazine, Bolume XI Issue ٢, ١٩٦٤, p. ٢١.

(٢) - فقد أشار تقرير الذي قدمه نيرون Neorn عن العنف في لعبة الهوكي ، أن ٥٧ لاعباً فقدوا البصر في موسم عام ١٩٧٥ - ١٩٧٦ و ٤٤ لاعباً في موسم ١٩٧٦ - ١٩٧٧. وفي كولومبيا البريطانية تمثل ١% من الإصابات في جراح بالأعين وفي الولايات المتحدة الأمريكية أصيب ٢٥٠٠٠ لاعب بجراح في الوجه من مجموع ٣٠٠٠٠٠ مصاب ، بل لوحظ في ذات الوقت زيادة

ويتضح مظاهر هذا العنف من حصيلة شغب الملاعب البريطانية خلال
دورى كرة القدم لعام ١٩٨٣ وفى اسبوعه الثالث فقط ، حيث تم ضرب
رجل شرطة إلى حد الموت ، بواسطة جماعة متعصبه فى التشجيع
الرياضي وأصابة ستة أشخاص آخرين بجروح خطيرة ، واثنين وثلاثين
شخصاً بجراح طفيفة ، واعتقال ٢٠٢ مشاغب (١) وتدخل بعدها وزير
الرياضة البريطاني بإجراء تحقيقات عامة وشاملة حول هذه الظاهرة
الإجرامية لشغب الملاعب الرياضية.

وقد نص المشرع الجزائري في قانون العقوبات على حماية جنائية كاملة
لسلامة الأشخاص وذلك بتقريره عقوبات صارمة ، سواء تعلق الأمر بالضرب
والجرح العمدي دون استعمال أي وسيلة ، وتطبق العقوبة المقررة لتلك الأفعال
حسب الضرر الناجم عنها^(٢) ، والمنصوص عليها في المادة ٤٢٢ قانون عقوبات
جزائري ، المتعلقة بأعمال العنف الطفيفة والتي تنص علي أنه يعاقب بنفس العقوبة
كل من يقلق راحة السكان بالضجيج أو الضوضاء أو التجمهر ليلاً باستعمال أجهزة
رنانة أو في الأماكن المعدة لمرور الجماهير. بالإضافة إلى ذلك تجرم المادة ٢٦٤
أعمال العنف التي تؤدي إلي عجز مؤقت ، حيث تنص علي أن كل من احدث
عمداً جروحاً للغير أو ضربه أو ارتكب أي عمل آخر من أعمال العنف والاعتداء
.... ، وإذا ترتب علي أعمال العنف الموضحة أعلاه فقد أو بتر إحدى الأعضاء أو
الحرمان من استعمالها أو فقد البصر أو الابصار إحدى العينين أو أي عاهة
مستديمة أخرى . وكذلك جرم المشرع الجزائري أعمال العنف التي تؤدي إلي الوفاة
في المادة ٢٥٤ عقوبات بنص علي أن القتل هو إزهاق روح إنسان عمداً.

القلق في عدد العاهات المستديمة في البصر ، وفي سويسرا سجلت ١٤٦٠ إصابة في الوجه من
مجموع ٢٦٨٠ حادثة أخصيت في خمس سنوات منها ٧٤٠ حالة كسر في الأسنان.
(١) - رسالة اليونسكو ، عدد خاص بالعنف ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، م ١٠ ، ع ٣٧ ،
مركز مطبوعات اليونسكو ، القاهرة ، ١٩٨٢ ، ص ٥ .
(٢) - د. أحمد بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي الخاص ، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم
ضد الأموال ، ج ١ ، الجزائر ، ٢٠٠٦ ، ص ٩٧ .

أما بالنسبة لأعمال التعدي : فيقصد بها تلك الأعمال المادية التي وإن كانت لا تصيب جسم المجني عليه مباشرة فإنها تسبب له انزعاجا أو رعبا شديدا من شأنه أن يؤدي إلي اضطراب في قواه الجسدية أو العقلية ، على سبيل المثال أفعال التهديد ، والبصق وغيرها من الأفعال الأخرى. هذا وينص المشرع الفرنسي في قانون العقوبات على قيام جريمة التعدي في حق من أدى غيره بواسطة الهاتف ، وكذلك بالمناداة المستمرة المصحوبة بالتهديد والسبب ، وبالتالي عندما يقوم الجمهور في الملاعب الرياضية بالمناداة المستمرة المصحوبة بالتهديد والسبب فهو يقوم بذلك بارتكاب جريمة التعدي المنصوص عليها في قانون العقوبات الفرنسي.

٣. أعمال العنف التي يترتب عليها إلحاق أضرار مادية بأموال كعقارية أو منقولة. يقصد بها الاعتداء على الممتلكات العامة والخاصة بتخريب المنشآت والتجهيزات والتكسير العمدي وأشغال النيران العمدي في المباني ووسائل النقل من أجل شل نشاطاتها^(١). ولنا في تونس مثال ففي حادثة يوم ١٤ أبريل من عام ١٩٨٢ لأكبر دليل على عنف الجماهير العربية ، حيث كان حصيلة هذا اليوم أكثر من خمسين متضرراً من أصحاب السيارات ، وتكسير واجهات أكثر من عشر مؤسسات تجارية ، وخلق عشرات الإشارات الضوئية وإيقاف ١٢ حدثاً بسبب شغب وعنف الجماهير الرياضية^(٢).

ولخطورة هذه الأفعال قام المشرع الجزائري بتجريمها وتشديد العقوبة على مرتكبيها ، فجرم في المادة ٣٩٦ من قانون العقوبات الأفعال التي تتعلق بوضع

(١) - د. عبد الله بن عبد العزيز اليوسف ، جريمة شغب الملاعب ، جامعة نايف العربية ، الرياض ، ١٩٩٧ ، ص ٣٢.

(٢) - د. كمال بنزرتي ، ظاهرة العنف في ملاعب كرة القدم في البلاد العربية ، ندوة اللجنة الفنية للاتحاد العربي لكرة القدم ، الدار البيضاء ، ١٩٨٣ ، ص ٥.

النار عمداً في المباني ووسائل النقل، وذلك بالنص على أنه يعاقب بالسجن المؤقت من عشرة سنوات سجن إلي عشرين سنة كل من وضع النار عمداً في الأموال الآتية إذا لم تكن مملوكة له :

- i. مبان أو مساكن أو غرف أو خيم أو أكشاك ولو متنقلة أو بواخر أو سفن أو مخازن أو ورش إذا كانت غير مسكونة أو معدة للسكني.
- ii. مركبات أو طائرات ليس بها أشخاص.
- iii. غابات أو حقول مزروعة أشجار أو مقاطع أشجار أو أخشاب موضوعة في أكوام وعلي هيئة مكعبات.
- iv. محاصيل قائمة أو قش أو محاصيل موضوعة في أكوام أو في حزم.
- v. عربات سكة حديد سواء محملة بالبضائع أو أشياء منقولة أخرى أو فارغة إذا لم تكن ضمن قطار به أشخاص.

كذلك فقد جرم المشرع الجزائري الإلتلاف العمدي للممتلكات عن طريق التهديم والتخريب في المادة ٤٠١ من قانون العقوبات بالنص علي أنه يعاقب بالإعدام كل من هدم أو شرع في ذلك بواسطة لغم أو أية مواد متفجرة أخرى ، طرقاتاً عمومية أو سدوداً أو خزانات أو جسوراً ، أو منشآت تجارية أو صناعية أو حديدية أو منشآت الموانئ والطيران أو استغلالاً ، أو مركبا للإنتاج أو كل بناية ذات منفعة عامة. كذلك نص في المادة ٤٠٨ علي ان كل من وضع شيئاً في طريق أو ممر عمومي من شأنه ان يعوق سير المركبات أو استعمل أية وسيلة لعرقلة سيرها وكان ذلك بقصد التسبب في ارتكاب حادث أو عرقلة المرور أو إعاقته.

وهذه الأصناف الثلاثة المشار إليها ، هي كافية للإحاطة بمختلف أنواع العنف فالأبعاد الثلاثية للعنف ، هي الموت ، والإيذاء ، والخسائر المادية. وهي التي يمكن تصور حدوثه في الملاعب أو المناسبات الرياضية المختلفة. مع الأخذ بعين

الاعتبار لطبيعة جرائم العنف في المنافسات الرياضية أو بمناسبةها، والتي ترتكب، في الغالب، في إطار مجموعات، سواء مجموعة معينة ضد مجموعة أخرى، كما الحال لأعمال العنف التي تقع بين الألتراس المشجعة لفريق كرة القدم.

ومما سبق نلاحظ أن المشرع الجزائري قد سلك الطريق التقليدي في تجريم ومكافحة ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية وذلك باللجوء إلى القواعد العامة في قانون العقوبات الجزائري، ولم يضع تشريعاً خاصاً لمكافحة هذه الظاهرة الإجرامية. وهذا كان محل انتقاد، والسند في ذلك هو عدم نجاح هذه السياسة العقابية ونفسي. هذه الظاهرة الإجرامية في الملاعب الرياضية الجزائرية وارتفاع نسبة الجرائم التي ترتكب سواء قبل أو أثناء أو بعد المباريات الرياضية في الجزائر، وليس هذا فحسب بل تميز هذه الجرائم بالطابع العنيف الذي يعبر عن خطورة إجرامية لشخصية مرتكبي هذه الأفعال الإجرامية مما يجعل من الضرورة تعديل هذه السياسة العقابية واتباع أساليب جديدة لمكافحة هذه الظاهرة الإجرامية.

وهذا ما دفع المشرع الجزائري إلى إتباع سياسة جنائية حديثة فقام بإصدار في ١٤ أغسطس سنة ٢٠٠٤ القانون المتعلق بالتربية البدنية أو القانون الرياضي الجزائري ونص فيه على تجريم شغب وعنف الملاعب الرياضية، ثم تدارك المشرع الجزائري الثغرات الموجودة في القانون رقم ٠٤ - ١٠ الصادر في ١٤ أغسطس سنة ٢٠٠٤ المتعلق بالتربية البدنية فأصدر تعديلاً جديداً علي قانون الرياضة وأصبح يطلق عليه التشريع الرياضي الجديد رقم ١٣ - ٠٥ الصادر في ٢٣ يوليو سنة ٢٠١٣ المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية^(١) وتطويرها وقد ورد في المادة ١٩٦ منه علي أن الوقاية من العنف في المنشآت الرياضية ومكافحته أثناء

(١) - الجريدة الرسمية الجزائرية، قانون الرياضي الجديد رقم ١٣ الصادر في ٢٤ رمضان عام ١٤٣٤ الموافق ٢٣ يوليو لسنة ٢٠١٣.

أو بمناسبة إجراء التظاهرات الرياضية تشكل أولوية وأهمية لتطوير الرياضة في الجزائر. كما أوضح هذا القانون أهداف الوقاية من العنف في المنشآت الرياضية هذا ما نصت عليه المادة ١٩٧ " تهدف الوقاية من العنف في المنشآت الرياضية ومكافحته أثناء أو بمناسبة إجراء التظاهرات الرياضية على الخصوص إلى :

- i. ترقية قيم الرياضة والألمبية .
- ii. تعميم أخلاقيات الرياضة والروح الرياضية .
- iii. تحسيس المواطنين بالتمدن وياحترام الغير والشأن العام ومكافحة السلوكات غير الحضارية.
- iv. ترقية ثقافة السلم والتسامح .
- v. مكافحة العنف في المنشآت الرياضية^(١).

كما جاء في المواد ١٩٩ إلى ٢٠٤ من القانون الرياضي الجزائري ، في الفصل الأول من الباب الحادي عشر، التزامات الفاعلين في مجال الوقاية من العنف في المنشآت الرياضية ومكافحته ، وفي الفصل الثاني تناول القانون الرياضي تنسيق أعمال الوقاية من العنف في المنشآت. الرياضية ومكافحته وتنفيذها ، وذلك في المواد ٢٠٥ إلى ٢١٠ .

أما بالنسبة لموقف المشرع المغربي ، فإن المسؤولية الجنائية عن أعمال العنف في الأحداث الرياضية ، حملها المشرع المغربي أيضا للأشخاص الموكول لهم تنظيم المناسبات الرياضية ، وللذين لم يتخذوا التدابير المنصوص عليها في هذا

(١) - المادة ١٩٦ من قانون الرياضة الجزائري الجديد تنص علي أنه تشكل الوقاية من العنف في المنشآت الرياضية ومكافحته أثناء أو بمناسبة إجراء التظاهرات الرياضية عمليات دائمة وذات أولوية لتطوير وترقية النشاطات البدنية والرياضية. تحدد قواعد الوقاية من العنف في المنشآت الرياضية ومكافحته لأحكام هذا القانون.

القانون ، أو في النصوص التنظيمية ، أو في أنظمة الهيئات الرياضية ، لمنع أعمال العنف أثناء هذه التظاهرات ، وهذا إذا نتج عن ذلك أعمال عنف ، بل إنه قام بمساءلة هؤلاء الأشخاص ، حتى في حالة إهمالهم أو تهاونهم في اتخاذ هذه للتدابير ، وذلك تطبيقاً للمادة ٣٠٨ من القانون رقم ٠٩/٠٩ لسنة ٢٠١١ من القانون المغربي لمكافحة الشغب في الملاعب الرياضية.

وبالإضافة إلى ما سبق ، يلاحظ أنه في بعض الحالات تكون هناك ظروف مشددة للعقاب في جرائم الشغب والعنف في الملاعب الرياضية أو بمناسبةها:

ويكون هذا التشديد راجع الي إرتكاب أعمال الشغب والعنف لتحقيق أغراض إرهابية ، فقد تستغل بعض الجماعات الإرهابية فرضة إقامة مباراة يحضرها حشد كبير من الناس للقيام ببعض الأعمال الإرهابية كالاعتداء علي الشخصيات العامة أو أحداث حريق لبث الرعب والفرع وإظهار الدولة بمظهر العاجز الضعيف غير القادر علي مجابهة الإرهاب^(١). كما يمكن أن تتعرض الملاعب والمنشآت الرياضية لوضع متفجرات بها لتفجيرها مع ما يترتب علي ذلك من خسائر في الأرواح والممتلكات خاصة إذا كان هناك مباراة هامة.

أما بالنسبة للمشرع القطري فقد نص علي تجريم الشغب الذي يؤدي إلى الاضرار بمتلكات الغير وتعريض حياتهم للخطر ، في المادة ٢٣١ من قانون العقوبات حيث نص علي أن يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات ، كل من أضرم النار عمداً في مال مملوك للغير. وتكون العقوبة الحبس مدة لا تجاوز سبع سنوات ، إذا كان من شأن ذلك تعريض حياة الناس أو أموالهم للخطر.

(١) - مثال علي ذلك أحداث الإرهابية والتفجيرات التي تمت أمام استاد دو فرانس في العاصمة الفرنسية باريس في ١٣ نوفمبر عام ٢٠١٥ ، أثناء إقامة مباراة كرة القدم بين فرنسا وألمانيا وبحضور رئيس الجمهورية الفرنسي للمباراة ، مما أدى الي وقوع العديد من الوفيات والمصابين.

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد نص المشرع المصري في قانون العقوبات على تجريم الشغب المفضي إلى تخريب وسائل الانتاج أو الاموال العامة والذي يتم عن طريق الحرق أو التكسير أو أي وسيلة أخرى مما يؤدي إلى ضرر كبير بالاقتصاد الوطني ، وتتكون أركان هذه الجريمة وفقاً للتشريع المصري على النحو التالي :

الركن المادي :

السلوك الاجرامي : يتكون السلوك الاجرامي لهذه الجريمة من أن يقوم الجاني بفعل تخريب أي إفساد أو إتلاف أو تعطيل لشيء أو آلة او وسيلة.

محل السلوك الاجرامي : وأن يقع هذا السلوك الاجرامي وهو التخريب بإحدى وسائل الإنتاج مثل مصنع لإنتاج الحديد أو الحرير أو القماش أو يكون محل التخريب أموالاً ثابتة أي عقارات أو مكاتب أو أبنية او منشآت أو أملاك منقولة مثل السيارات وغيرها. ويشترط في هذه الأموال الثابتة أو المنقولة أو وسائل الانتاج مملوكة لإحدى الجهات المنصوص عليها في قانون العقوبات الخاصة بتعريف المال العام والمذكور فيها الجهات التي تعد أموالها أموالاً عامة.

الركن المعنوي لهذه الجريمة : هو القصد الجنائي باعتبارها من الجرائم العمدية التي لا تقع في حالة إذا كان التخريب قد وقع بطريق الخطأ أو الإهمال وأن كان يجرم وفقاً لقانون اخر. ويتكون القصد الجنائي من العلم والارادة ، فبالنسبة للارادة فلا بد أن تتجه إرادة الفاعل إلى تخريب إحدى وسائل الانتاج أو أي مال

ثابت أو منقول ، وأن يكون الجاني عالماً بأن تلك الأشياء التي تخرب هي مال عام أي مملوك للدولة أو إحدى الجهات التي تملكه الدولة. وأن يهدف الجاني ويقصد بصفة خاصة من وراء هذا إلي الإضرار بالاقتصاد القومي للبلاد.

وينص المشرع المصري على عقاب الجاني مرتكب جنائية تخريب والإتلاف والتكسير لوسائل الانتاج والأموال العامة في صورتين هما كالتالي :

الصورة الاولى. الصورة البسيطة للعقوبة : ويعاقب فيها الجاني مرتكب الجريمة بالسجن المؤبد ، أو بالسجن المشدد..

أما الصورة الثانية. وهي الصورة المشددة للعقوبة : حيث يشدد المشرع العقوبة وتصبح السجن المؤبد في حالة إذا ترتب على ارتكاب الجاني لهذه الجريمة إلحاق ضرر جسيم بمركز البلاد الاقتصادي ، أو بمصلحة قومية فإنه يعاقب بالسجن المؤبد. أي يشترط لتشديد العقاب هنا هو ان يتحقق فعلاً الإضرار الجسم بمركز البلاد الاقتصادي ، أو بمصلحة قومية للبلاد. هذا وفي جميع الأحوال يحكم علي الجاني بدفع غرامة تساوي قيمة الأشياء التي خربها.

ويجوز إعفاء الجاني من العقاب في هذه الجريمة وذلك في حالتين نص عليهم المشرع المصري وهما كالتالي :

الحالة الاولى . حالة الاعتراف الجاني الشريك بالاتفاق أو المساعدة : وفي هذه الحالة يعفى من العقاب الجاني الشريك ولكن بشرط أن يكون اشتراك الجاني بالمساعدة أو بالاتفاق ، أما إذا كان اشتراك بالتحريض أو فاعل فلا يستفيد من الإعفاء ، وذلك لان المشرع المصري يريد أن يشجع الشركاء علي الاعتراف بالجريمة مما يساعد السلطات العامة في القبض علي الاطراف الاخرى مرتكبي لهذه الجريمة. حيث يتم الاعتراف بالجريمة قبل وصول العلم بها إلى السلطات العامة.

الحالة الثانية. حالة الاخبار للسلطات القضائية أو الإدارية بالجريمة بعد تمامها وقبل صدور الحكم النهائي بالجريمة ومرتكبيها. ففي هذه الحالة يبادر الجاني بإبلاغ السلطات القضائية أو الإدارية أيا كان بالجريمة التي وقعت بعد تمامها وقبل صدور الحكم النهائي فيها ويشترط في الجاني أن يكون من الشركاء بالاتفاق او المساعدة حتي يستفيد من هذا الإعفاء وفقا للحالة الاولى.

بعد ما أن استعرضنا لجرائم الاعتداء والعنف في الملاعب الرياضية المتمثلة في الاعتداء علي سلامة الجسم والحق في الحياة والممتلكات العامة والخاصة سوف نتناول في هذا المطلب لجرائم الشغب في الملاعب الرياضية وذلك علي النحو التالي.

الفرع الأول : جريمة الهتاف بالالفاظ الخارجة (السباب)

أولاً. ماهية جريمة الهتاف بالسباب :

تعتبر جريمة الهتاف بالسباب من أهم صور ومظاهر الشغب والعنف المرتبطة خاصة بمباريات كرة القدم في المدرجات ، فالسب والقذف بكلام جارح في حق اللاعبين والاداريين والحكام ، هو سلوك يجد له امتدادات في الحياة اليومية لهذه الفئة من المشجعين الذين غالباً ما لا يستسيغهم أحد ويعتبرون مصدر إزعاج داخل المدرجات.

ويقصد بالالفاظ الخارجة بهذه الجريمة هو السب أو القذف أو الأهانته بالقول أو الصياح أو الإشارة أو الكتابة ، سواء كان ذلك من شخص طبيعي أو اعتباري أو حض على الكراهية أو التمييز العنصري بأي وسيلة من وسائل الجهر والعلانية في أثناء أو بمناسبة الحدث الرياضي. اي أن المقصود هنا هم المشجعين الذين يستعملون التراشق اللفظي في الملاعب، من سب وقذف ، أو الذين يرفعون شعارات ، أو يحملون مجسمات فيها تمييز عنصري^(١) تنتج هذه الأفعال عن لقاء رياضي أو منافسة رياضية أو بمناسبتها.

(١) - مثال علي ذلك ، مباراة كرة القدم التي أقيمت بتاريخ ٢٠١١/١١/١٨ أقيمت بإستاد المريخ بأم درمان في السودان بين فريق كرة القدم المصري وفريق كرة القدم الجزائري ضمن تصفيات كأس العالم. حيث تم تنظيم المباراة بترتيبات أمنية عالية شاركت فيها العديد من قوات الشرطة السودانية وخاصة قوة أمن الملاعب وذلك لأهميتها وسارت الأمور عادية حتى نهاية المباراة ولكن أثناء خروج الجمهور حدثت بعض الملاحظات ووصلت حد الاشتباك مما أدى الي توتر الموقف وقصد السيطرة علي الجماهير ووقوع العديد من حالات الاصابات والوفيات بين الجماهير.

ففي دراسة بحثية حول ظاهرة شغب الملاعب^(١) وجد أن أكثر مظاهر شغب الجمهور السائدة في الملاعب الرياضية هي من مستوى التصرفات غير اللائقة ، حيث أشار ٩٠ % إلى ٩٧ % من أفراد عينة البحث إلى أن التشجيع الغوغائي والهتافات المبطنة أي المحورة التي تحمل معاني غير عفيفة ، والشتم وسباب اللاعبين ، والحكام ومحاولة اثارة الجمهور المنافس ، بالكلام والاشارات التي تدل علي سوء سلوك ، هي من أكثر مظاهر الشغب شيوعاً في الملاعب الرياضية ، وجاءت التصرفات الأخلاقية وأعمال العنف والعدوان في المرتبة الثانية من حيث درجة شيوعها حيث أشار ٧٥ % إلى ٨٧ % من أفراد العينة إلى أن مظاهر سوء السلوك السائدة في الملاعب الرياضية هي اعتداء الجمهور على اللاعبين ، والحكام ، وأفراد الجمهور المضاد ، وإطلاق الزوامير والسير بسرعة وطيش في الشوارع قبل أو بعد المباراة ، وكذلك القيام بأعمال عنف من كسر أو خرق أو تخريب الأموال العامة والخاصة ، هذا بالإضافة إلى تسييس الهتافات التي تدهو إلي التفرقة العنصرية والطائفية أو الإقليمية ، وقيام الجماهير بحركات لأخلاقية باستخدام الايدي.

والسب يقصد به كل تعبير مشين أو عبارة تتضمن تحقيراً أو قدحاً لا ينطوي علي إسناد أية واقعة^(٢) أما الإهانة وهي إهانة أحد الأشخاص بالقول أو الإشارة أو التهديد أثناء تأدية مهمة ويقصد من ذلك المساس بشرفهم أو بالاحترام الواجب لسلطتهم.

(١) - د. هشام شرابي ، مقدمات لدراسة المجتمع العربي ، دار نشر الأهلية للنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٧٧ ، ص ٢.

(٢) - انظر المادة ٢٩٧ في القانون رقم ٠٤ - ١٥ الصادر في ١٠ نوفمبر ٢٠٠٤ من قانون العقوبات الجزائري.

فعلى عكس من التصرفات الخارجة للجماهير من الهتاف والسباب ، يجب على الجماهير التشجيع الرياضي المثالي. والتشجيع الرياضي المثالي هو سلوك حضاري يعكس ثقافة المجتمع في الوقت الذي باتت الرياضة تمثل جزءاً من حضارات الأمم وفنونها واقتصادها ، وأن كل ذلك يمثل انعكاساً للثقافة التي تتمتع بها تلك المجتمعات الرياضية ، وأن هذه المعطيات لا يمكن لها أن تحقق النجاح الكامل إلا من خلال التحلي بالأخلاق الرياضية ونبذ التعصب الأعمى والتشجيع اللاحضاري. فالتشجيع جزء مهم من الوفاء للفريق والنادي أو المنتخب وحق على من يحب فريقه ، ولكن لا بد له من قواعد ولوائح لتنظيمه والاستفادة منه. وللجماهير مذاهب شتى في تشجيعها فمنها ما يستخدم التصفيق ومنها ما يستخدم الآلات الموسيقية لتحفيز فريقه وغيرها من الأساليب الجيدة التي تحفز الفرق على المنافسة بروح معنوية عالية. ولكي يكون التشجيع مثالياً يجب مراعاة التالي :

١. نبذ التعصب والعنصرية.
٢. الابتعاد عن كل ما يسيئ للذوق العام .
٣. احترام عناصر اللعبة الرياضية من لاعبين ومدربين وحكام.
٤. الاقتناع بأن الرياضة فوز وخسارة ومن يفوز اليوم ربما يخسر غدا.
٥. عدم استفزاز الخصم والمحافظة على المنشآت الرياضية.
٦. أن تكون هناك اجتماعات ودية بين الأندية بدون تدخل الاتحاد المسئول عنها.
٧. أن تعمل إدارات الأندية على تحبيب جماهيرها للفرق الأخرى من خلال مساندتها في مبارياتها الخارجية.
٨. ترك التعصب والتخلف الفكري الرياضي ومعاملة كل الفرق بعين الحياد والمصادقية.
٩. أن يكون هناك رادع من الاتحاد المسئول على الإعلام السيئ الذي يبيث أنواع التعصب للجماهير.

ثانياً. صور ارتكاب جريمة :

تنقسم صور ارتكاب هذه الجريمة إلى ثلاثة صور ، الصورة الأولى هي الشغب والعنف بالأقوال والصورة الثانية الشغب والعنف بالكتابة والصورة الثالثة الشغب والعنف بأي صورة أخرى وهذه الشغب والعنف قد يتم قبل أو أثناء أو بعد المنافسات الرياضية وهي كالتالي :

الصورة الاولى . الشغب والعنف بالأقوال :

المقصود بهذه الصورة هو الألفاظ والعبارات الجارحة التي تقع من الجمهور وممارسي النشاط الرياضي سواء كانوا لاعبين أو مدربين أو أعضاء ورؤساء الأندية^(١). مثال على ذلك ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون العقوبات على تجريم الأقوال التي تتضمن الدعوة إلى التجمهر غير المرخص به مسلحاً أو غير مسلح ، والتحريض المباشر عليه عن طريق الخطب الداعية إليه ، أو المحرضة عليه ، ويعاقب على ذلك سواء أنتجت تلك الدعوة أثرها أو لم تنتج ، كذلك قام المشرع الجزائري بالنص في المادة ٢٨٦ من قانون العقوبات على تجريم التهديد الشفهي. وكذلك نص على تجريم هذه الأفعال المشرع الفرنسي في القانون الصادر في ٢ مارس ٢٠١٠.

الصورة الثانية . الشغب والعنف بالكتابة :

المقصود بهذه الصورة استعمال الكتابة كأسلوب لممارسة الشغب والعنف من خلال العبارات والرسوم والاشارات التي تتضمنها اللافتات التي ترفع بمناسبة المنافسات الرياضية وكذلك الرسوم والعبارات التي تكتب علي الجدران والاعلانات التي توزع علي العامة أو تعلق بالمناسبة للحدث الرياضي ، بحيث تتضمن سباً أو

(١) - د. عبد الله بن عبد العزيز اليوسف ، جريمة شغب الملاعب ، جامعة نايف العربية ، الرياض ، ١٩٩٧ ، ص ١٩ .

قذفاً. مثال على ذلك ما نص عليه قانون العقوبات الجزائري في المادة ٢٩٦ والتي تنص على يعد قذفاً كل ادعاء بواقعة من شأنها المساس بشرف واعتبار الأشخاص أو الهيئة المدعي عليها به أو إسنادهم إليها أو إلى تلك الهيئة ويعاقب على نشر هذا الإدعاء أو ذلك الإسناد مباشرة أو بطريق إعادة النشر ولو تم ذلك على سبيل التشكيك أو إذا قصد به شخص أو هيئة دون ذكر الإسم ولكن كان من الممكن تحديدها من عبارات الحديث أو الصياح أو التهديد أو الكتابة أو المنشورات أو اللافتات أو الإعلانات موضوع الجريمة^(١). وكذلك المادة ٢٩٧ التي تنص أيضا على يعد سباً كل تعبير مشين أو عبارة تتضمن تحقيراً أو قدحا لا ينطوي على إسناد أي واقعة.

وقد شدد المشرع الجزائري العقاب وفقا لنص المادة ٢٨٤ وذلك على النحو التالي فنص على أن كل من هدد بارتكاب جرائم القتل أو السجن أو أي اعتداء آخر على الأشخاص مما يعاقب عليه بالإعدام أو السجن المؤبد وكان ذلك بمحرر موقع أو غير موقع عليه ، أو بصور ورموز أو شعارات كما نصت المادة ٢٨٦ على إذا كان التهديد مصحوباً بأمر أو شرط شفهي يعاقب الجاني بالحبس.....

الصورة الثالثة : الشغب أو العنف الإلكتروني :

بالإضافة إلى الصورتين التقليديتين للشغب أو العنف الذي يتم يتم بالأقوال أو الكتابة هناك صورة أخرى عديدة لجريمة السب في المجال الرياضي يتم باستخدام وسائل العصر الحديث مثال لذلك السباب على مواقع التواصل الاجتماعي مثل الفيس بوك والتويتز والاستجرام ، وكذلك المواقع والمنديات الإلكترونية والتي تكون

(١) - د. أحمد بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي الخاص ، الجرائم ضد الأشخاص والجرائم ضد الأموال ، ج ١ ، الجزائر ، ٢٠٠٦ ، ص ٩٧ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أرض خصبه لتوجيه الالفاظ الخارجة والسبب دون أي رقابة أو عقاب لهؤلاء الأشخاص .

ثالثا . موقف التشريعات المقارنة :

بالنسبة لموقف المشرع المغربي فهو من التشريعات التي أخذت بالنص على تجريم هذه الأفعال في ظل قانون خاص ، لذلك جاء قانون مكافحة الشغب في الملاعب المغربي الجديد ^(١) بعد صدوره بمجموعة من العقوبات الصارمة والقاسية ، أملا منها أن تكون رادعه لمثيري الشغب داخل الملاعب من المشجعين ، وتكون أيضا فرصة لترقي الجماهير الرياضية بمستوى تشجيعاتها إلى ما هو أرقى وأسمى وبطريقة حضارية تعكس حقيقة المنافسات الرياضية التي تبقى قبل كل شيء لقاءات رياضية بين فريقين رياضيين ليس إلا. وقد نصت المادة ٣٠٨ الفقرة الخامسة من قانون الشغب المغربي رقم ٠٩-٠٩ لسنة ٢٠١١ علي أنه يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من ١٢٠٠ إلى ١٠٠٠٠ درهم ، أو بإحدى العقوبتين فقط ،

- (١) - وكان مجلس الحكومة المغربية قد صادق في فبراير ٢٠٠٩ على مشروع قانون ٠٩-٠٩ المتعلق بمكافحة الشغب أثناء المباريات والتظاهرات الرياضية، الذي يهدف إلى معاقبة كل الأفعال التي تدخل في عداد أعمال العنف والشغب داخل الملاعب الرياضية منها:
- التحريض على الحقد والكراهية.
 - الإخلال من طرف المسؤولين والقائمين على تنظيم التظاهرات الرياضية بالتدابير الضرورية بالأمن.
 - اقتحام الملاعب الرياضية باستعمال القوة، وحمل بدون سند قانوني لأدوات يمكن أن تستعمل في ارتكاب أعمال عنف، أو مواد محظورة بمقتضى القوانين الرياضية.
 - الولوج إلى أماكن تنظيم التظاهرات الرياضية في حالة سكر، أو تحت تأثير المواد المخدرة، أو الولوج خلسة إلى هذه الأماكن.
 - الولوج إلى ساحات الملاعب دون سبب قانوني.
 - بيع تذاكر الولوج إلى الملاعب بأثمنة تفوق أو أقل من قيمة التذاكر الحقيقية.
- وقد صدر القانون رقم ٠٩-٠٩ المتعلق بمكافحة شغب الملاعب الرياضية المغربي في الجريدة الرسمية بتاريخ ٣٠ يونيو ٢٠١١.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

كل من ارتكب قذفا أو سبا ، أو تقوه بعبارات منافية للاداب والأخلاق العامة في حق شخص أو مجموعة أشخاص أو هيئة أو عدة هيئات.

وكذلك ينص المشرع المغربي على معاقبة بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة مالية من ١٢٠٠ درهم إلى ١٠ آلاف درهم أو إحدى هاتين العقوبتين لكل من حرض على التمييز أو الكراهية بواسطة صراخ أو نداءات أو شعارات أو لافتات أو صور في حق شخص أو أشخاص بسبب الأصل أو اللون أو الجنس أو الرأي السياسي^(١).

كما ينص القانون المغربي على أنه يجوز للمحكمة أن تحكم على الشخص المُدان بالمنع من حضور المباريات والفعاليات الرياضية لمدة لا يمكن أن تتجاوز سنتين، مع إمكانية شمول هذا التدبير بالتنفيذ المُعجل ، كما يجوز للمحكمة إلزام المعني بالأمر بملازمة محل إقامته أو مكان آخر، أو تكليفه بالتردد على مركز الأمن أو السلطة المحلية ؛ وذلك خلال وقت إجراء المباريات أو الفعاليات الرياضية التي مُنع من حضورها.

(١) - وجاءت هذه الإجراءات الزجرية مباشرة بعدما تعرض المجمع الرياضي لمراكش بالمغرب إلى إتلاف لتجهيزاته عقب افتتاحه بمدة وجيزة ، وكان هذا الملعب الرئيسي قد شيد على مساحة ٥٨ هكتارا ، وقدرت طاقته الاستيعابية بذلك بنحو ٤٥ ألف متفرج. وقد اعتمدت المصالح الأمنية في تحقيقاتها أثناء اعتقال المتورطين على نحو ٩٨ كاميرا مراقبة مثبتة داخل الملعب. وفي عام ٢٠١٢، تعرض أيضا الملعب الذي تم افتتاحه في طنجة ، والذي شيد بمواصفات عالمية ، للتخريب بنفس الطريقة ، أي عن طريق اقتلاع الكراسي ، أثناء إجراء مباراة بمناسبة افتتاحه ، واضطر رجال الأمن إلى التدخل سريعا قبل أن تخرج الأمور عن السيطرة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أما بالنسبة للمشرع الجزائري^(١) فإنه يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى خمس سنوات. ويغرامة من ١٠٠,٠٠٠ د.ج إلى ٢٠٠,٠٠٠ د.ج ، لكل من أدخل أو حمل إشارات أو رايات تحمل عبارات سب أو كتابات أو صور بذيئة تمس كرامة وحساسية الأشخاص ، أو ألصق لافتات تحث على الكراهية أو العنصرية أو الفوضى أو العنف ، أثناء أو بمناسبة حدث رياضي. وتشدّد العقوبات العقوبات المنصوص عليها ، ضد مرتكبي هذه المخالفات الذين يقومون بالإحفاء العمدي لكل أو جزء من وجوههم أثناء قيامهم بأفعالهم بغرض عدم التعرف عليهم^(٢). ونلاحظ هنا أن المشرع الجزائري كان أكثر توضيحا لهذه الجريمة وصور ارتكابها من المشرع المغربي الذي كان مقتضبا في سرد صور ارتكاب الجريمة. بالإضافة إلى ذلك نص المشرع الجزائري في مجال حماية العلم أو النشيد الوطنيين^(٣) ، على أن يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ستة أشهر ويغرامة من ٥٠,٠٠٠ د.ج إلى ١٠٠,٠٠٠ د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من اهان نشيد دولة أجنبية أو علمها الوطني أثناء أو بمناسبة حدث رياضي.

وبالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فنجد أنه قد نص في الدستور على أن^(٤) "لكل فرد الحق في التربية البدنية والرياضة. وتقع على عاتق الدولة، وذلك بالتعاون مع المدارس ومع الجمعيات والمجتمعات المحلية لتشجيع الرياضة، وتحفيز وتوجيه ودعم الممارسة ونشر التربية البدنية والرياضة ، ومنع العنف في الرياضة ". أيضا، فإن المادة ٦٤ من الدستور تنص على أن "الحق في الوقاية الصحية وتقدم [...]"

(١) - المادة ٢٤٠ من القانون الجزائري المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطورها ، الصادر في ٢٣ يوليو لسنة ٢٠١٣.

(٢) - المادة ٢٤٣ من قانون تنظيم الأنشطة البدنية والرياضية في الجزائر.

(٣) - المادة ٢٤١ من القانون الجزائري المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطورها ، الصادر في ٢٣ يوليو ٢٠١٣.

(٤) - Benjamin RICOU, « Le droit du sport devant le Conseil constitutionnel », RFDA, ٢٠٠٩, p. ٥٦٧.

من قبل [...] تعزيز الثقافة البدنية والرياضية والأكاديمية والشعبية [...]، و ولا سيما المادة ٧٠ من الدستور تنص على أن "الشباب لديهم حماية خاصة للتمتع بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ولا سيما فيما يتعلق [...] التربية البدنية والرياضة."

كذلك فقد نص في المادة ٤٢-٧ من القانون الفرنسي الصادر في ١٦ يوليو ١٩٨٤، رقم ٦١٠-٨٤ L. المتعلق بتنظيم تشجيع الرياضة والنشاط البدني ، على تجريم السب من المشاهدين والتحريض على الكراهية أو العنف ضد الحكم أو أي لاعب أو شخص آخر أو مجموعة من الأشخاص^(١). ويغض النظر عن الوسيلة المستخدمة في ارتكاب الجريمة ، ونوعية الأفراد التي تقع عليها الفعل الذي يشكل استفزازا أو التي ترتبها. وينعكس هذا التحدي في حقيقة تشجيع المشاهدين على اعتماد سلوكيات الحميدة أو مواقف الكراهية أو العنف^(٢). وفقا لذلك تكون العقوبة لهذه الجريمة هي السجن سنة واحدة وغرامة قدرها ١٥٠٠٠ يورو^(٣).

بالإضافة إلى ذلك هناك العديد من العقوبات الأخرى التي يمكن تطبيقها المشرع الفرنسي كحظر دخول أو يذهب إلى القرب من طريق يؤدي إلى مكان الحدث الرياضي أو التواجد في الاحداث الرياضية ، ويصبح الحكم الإلزامي في حالة العود اي تكرار الجرائم ، وانتهاك لهذا الحظر يشكل جريمة يعاقب عليها

(١) - J.-Y. LASSALLE, La violence dans le sport, ١٩٩٧, Que sais-je ?, PUF, p. ١٠ et s; J.- Cl. pén. annexes, Sport, Violences, fasc. ٣٠, n° ٥ et s.

(٢) - V. Jean-Yves LASSALLE, Provocation, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Paris, juin ٢٠١١.

(٣) - L ١٩٨٤ art. ٤٢-١١, mod. par L.N° ٢٠٠٣-٢٣٩ du ١٨ mars ٢٠٠٣, art. ٧٩. n° ٣١.

بغرامة من ٣٠،٠٠٠ يورو والسجن لمدة عامين في حالة مخالفة ذلك بالتواجد في حدث رياضي ، علي الرغم من ابلاغه بقرار السلطة المعنية وبالنسبة للأجانب، الحظر المفروض على الأراضى الفرنسية. ويتوافر المسئولية الجنائية للأشخاص الاعتباريين في هذه الحالة.

أما بالنسبة لموقف المشرع القطري فنجد أنه وفي سبيل حماية المجتمع والآداب العامة فقد نص إمكانية التحفظ على الأشخاص المشاعيين المخالفين للآداب العامة وذلك في القانون رقم (١٧) لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية المجتمع في المادة الأولى منه ، حيث نص على أنه واستثناءً من أحكام قانون الإجراءات الجنائية ، المشار إليه ، يجوز لوزير الداخلية ، في الجرائم المتعلقة بأمن الدولة أو لعرض أو خدش الحياء أو الآداب العامة ، أن يقرر التحفظ على المتهم إذا ثبت أن هناك مبررات قوية تقتضي ذلك ، بناءً على تقرير بالواقعة يرفعه مدير عام الأمن العام. كما يجوز لوزير الداخلية وفقاً لنص المادة ٥ من هذا القانون أن يقرر إغلاق المكان الذي وقعت فيه الجريمة وكان مرتبطاً بها.

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فلا يوجد نص يعاقب عن هذا الفعل في التشريعي المصري سوي ما جاء في الفقرة الثانية من المادة ١١١ من لائحة النظام الاساسي للنادي الرياضي في مصر الصادرة بقرار من رئيس المجلس القومي للرياضة رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠٨ على أن يعاقب بالحبس مدة لا تزيد علي ستة اشهر وبغرامة لا تزيد علي مائة جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من قام قبل أو أثناء أو بعد المباريات أو الأنشطة الرياضية في الإندية أو الملاعب الرياضية بتعطيل سير المباريات أو الأنشطة الرياضية أو الاعتداء بالقول أو بالفعل على أحد أفراد الفرق الرياضية أو الحكام ومعاونهم أو المديرين أو الإداريين^(١).

(١) - د. كريم محمد محمود الحكيم ، التشريعات والقوانين الرياضية ، الطبعة الاولى ، مؤسسة عالم الرياضة ودار الوفاء لنديا الطباعة ، الاسكندرية ، ٢٠١٥ ، ص ١٩٥ .

أي أن المشرع المصري قد ساوى في العقاب بين الاعتداء بالفعل أو بالقول ولكن اشتراط لتطبيق العقوبة على هذه الجريمة ما يلي :

١. الشرط الاول. النتيجة الاجرامية : أن يترتب على الاعتداء بالفعل أو بالقول تعطيل سير المباريات أو الأنشطة الرياضية. أي يكون هذه النتيجة الاجرامية المتحققة وهي تعطيل سير المباراة أو النشاط الرياضي قد حدث نتيجة الاعتداء بالفعل أو بالقول.

٢. الشرط الثاني. محل الجريمة : أن يقع الاعتداء بالفعل أو بالقول علي أحد أفراد الفرق الرياضية أو الحكام ومعاونيهم أو المدربين أو الإداريين.

الفرع الثاني : التحريض على تهيج الجماهير

أولاً. مفهوم التحريض على تهيج الجماهير :

ويقصد بها التحريض على التمييز العنصري أو على الكراهية أثناء المباريات أو المنافسات الرياضية أو بمناسبةها أو أثناء بث تلك المنافسات أو المباريات في أماكن عمومية أو بمناسبة هذا البث ، بواسطة خطب أو صراخ أو نداءات أو استخدام شعارات أو لافتات أو صور أو تماثيل أو منحوتات أو بأية وسيلة أخرى ، ضد شخص أو عدة أشخاص بسبب الأصل الوطني أو الأصل الاجتماعي أو اللون أو الجنس أو الوضعية العائلية أو الحالة الصحية أو الإعاقة أو الرأي السياسي أو الانتماء النقابي أو بسبب الانتماء أو عدم الانتماء الحقيقي أو المفترض لعرق أو لأمة أو لسلالة أو لدين معين.

وبما إن قيام أي جريمة ما ، يقتضي توافر أركانها الأساسية ؛ وهي الركن القانوني والركن المادي ، والركن المعنوي ، فغياب أي ركن ، يعني أن الجريمة غير قائمة في حق المتهم ، مما يتعين معه تبرئة ساحته ، إلا أنه وخرج عن هذه القاعدة في جريمة التحريض ، نجد أن أغلب الدول التي قامت بتجريم هذا الفعل تكتفي لقيامها إتيان الأفعال المادية المكونة لها ، دون ضرورة قيام النية الإجرامية لدى الفاعل.

وقد نص المشرع المغربي في قانون رقم ٠٩ - ٠٩ لسنة ٢٠١١ الخاص بمكافحة شغب الملاعب ، في المادة ٣٠٨ الفقرة الخامسة منه على تجريم التحريض على التمييز العنصري أو الكراهية أثناء المباريات أو التظاهرات الرياضية أو بمناسبةها أو أثناء بث هذه المباريات أو التظاهرات في أماكن عمومية أو بمناسبة هذا البث. فنص على أنه ودون الإخلال بالمقتضيات الجنائية الأشد يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر وبغرامة من ١٢٠٠ إلى ١٠٠٠٠ درهم ، أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ، كل من حرّض على التمييز العنصري أو الكراهية أثناء مباريات أو تظاهرات رياضية أو بمناسبةها أو أثناء بث تلك التظاهرات أو المباريات في أماكن عمومية أو بمناسبة هذا البث ، بواسطة خطب أو صراخ أو نداءات أو شعارات أو لافتات أو صور أو تماثيل أو منحوتات أو بأية وسيلة أخرى ، ضد شخص أو عدة أشخاص بسبب الأصل الوطني أو الأصل الاجتماعي أو اللون أو الجنس أو الوضعية العائلية أو الحالة الصحية أو الإعاقة أو الرأي السياسي أو الانتماء النقابي أو بسبب الانتماء أو عدم الانتماء الحقيقي أو المفترض لعرق أو لأمة أو سلالة أو لدين معين.

والحقيقة فإن علة هذا التوجه التشريعي من المشرع المغربي ، إلى أنه في أغلب أعمال الشغب يقوم بها أشخاص ليسوا مجرمين بالعادة ، بل تدفعهم أسباب

لحظية أنية لإرتكاب أفعال لا يدركون خطورتها ، فهم مجرمون بالصدفة ، ليست لهم النية الإجرامية ، لذلك فالمشرع المغربي، ورعيا منه لهذه الاعتبارات ، اكتفى بتقرير مادية أغلب الجرائم المقررة في القانون رقم ٠٩/٠٩ لسنة ٢٠١١ ، دون البحث عن نية فاعليها. بالإضافة إلي ذلك أعتبر أن التحريض جريمة مستقلة بذاتها يعاقب عليها هنا بمجرد التحريض ، أي ارتكاب الشخص السلوك الاجرامي ، وهو فعل التحريض دون حاجة الي قيام النتيجة الإجرامية فهي من الجرائم الشكلية التي تقع بمجرد ارتكاب الشخص للفعل الإجرامي المكونه لها.

ويلاحظ من ذلك أنه وأمام ما تشكله ظاهرة الشغب والعنف في الملاعب الرياضية من خطر على الحريات الفردية للأشخاص ، وعلى أمن وصورة الدولة ككل في الخارج ، فإن المشرع المغربي قام على ملاحقة هذه الظاهرة الإجرامية ، بتطور تشريعي مصاحب له ، بل توسع في هذه الملاحقة العقابية بإتباع سياسة جنائية تتجلى في تلاشي النتيجة الإجرامية وتجريم مجرد التحريض في حد ذاته كجريمة شكلية وأن كان ذلك يحسب للمشرع المغربي ، إلا أن يحسب عليها أنه يكرس الهاجس الأمني الذي أصبح يورق بال صانعي القوانين العقابية ، والذي يطغى في بعض الأحيان على حريات الأفراد ، في ظل تجليات عملية تؤكد ذلك. مما يكرس لفكرة التأثير السلبي للمعالجة الأمنية ، وظروف التنزيل ، على السياسة الجنائية المتبعة في القوانين الجنائية ، بصفة عامة ، ومجال الشغب في الملاعب الرياضية ، بصفة خاصة ، ويشكل مظهر من مظاهر هذا التأثير، والذي يجب العمل على الحد منه.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري^(١) فإنه يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وبغرامة من ٥٠,٠٠٠ د.ج إلى ١٠٠,٠٠٠ د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من قام أثناء أو بمناسبة حدث رياضي بتحريض الجمهور علي العنف أو استفزه بعبارات أو إشارات داخل المنشآت الرياضية أو في محيطها.

ثانيا. صور التحريض للجماهير الرياضية :

١. التحريض الذي يتم من خلال أعضاء مجالس الادارات الرياضية أو الرياضيين :

والتحريض في هذه الصورة متصور أن يقع من اللاعبين سواء قبل المنافسات الرياضية من خلال التصريحات التي تدعو إلى الشغب والعنف والتحريض على المنافسين الاخرين سواء كانوا جماهير أو لاعبين الفرق الرياضية المنافسة ، أو أثناء المباريات الرياضية من خلال الأفعال والتصرفات الاستفزازية سواء أكانت للجمهور أو اللاعبين مما يؤدي إلى دفعهم وتحريضهم على العنف والشغب في الملاعب الرياضية ، أو بعد المنافسات الرياضية من تحريض على العنف والشغب مثل الإعتراض على نتيجة المباراة أو التشكيك في حكم المباراة وغيرها من التصرفات التي تؤدي إلى تحريض الجمهور على الحكام المباراة بالإعتداء عليهم أو التحريض على جمهور الفريق المنافس وكذلك التحريض على الإعتداء والعنف على اللاعبين من الفريق المنافس.

وجريمة التحريض على تهيج الجماهير لإحداث شغب في الملاعب الرياضية، منصوص عليها في مشروع القانون الرياضي المصري علي معاقبة المحرض إذا

(١) - المادة ٢٣٨ من القانون الجزائري المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها ، الصادر في ٢٣ يوليو لسنة ٢٠١٣.

كان عضو من مجالس الادارات الرياضية بالايقاع لمدة اربعة سنوات عن يكون
عضوا في مجالس الادارات الرياضية أو حتى الترشح في الانتخابات.

٢. التحريض الذي يتم من خلال الإعلام الرياضي :

للإعلام الرياضي بمختلف وسائله تأثير واضح على فكر المجتمع أو الجماهير ،
فما تعدد الهائل للقنوات التلفزيونية والإذاعية والصحف والمجلات الرياضية التي
تهدف إلى رفع مستوى الثقافة الرياضية للجمهور وزيادة الوعي الرياضي ومساعدة
الجمهور الرياضي على استيعاب كل ما هو جديد في هذا المجال والتجاوب معه^(١).
لذلك يظهر أهمية الإعلام الرياضي في القضاء على السلوكيات غير الرياضية
والشغب والعنف في الملاعب الرياضية ، غير أن على العكس من ذلك هناك بعض
الإعلاميين ينحرفون عن رسالتهم الإعلامية باستخدام بعض العبارات التي تؤدي
إلى الإثارة ، من خلال استخدام بعض العناوين التي تغذي الأسلوب العدواني
والعصبية والعنف من أجل ضمان زيادة في عدد مبيعات الصحف أو التحيز لبعض
الفرق^(٢).

حيث أحد أسباب ارتفاع أعمال عنف وشغب الملاعب الرياضية في مصر إلى
اعتبار أعمال العنف أو الشغب التي تحدث في الملاعب الرياضية ظاهرة إجرامية
إلى أن الصحافة الرياضية سبباً فيها أو المحرصة لها والتي تكون من نتائجها

(١) - د. عادل عصام الدين ، أمن الملاعب الرياضية ، الطبعة الاولى ، جامعة نايف العربية
للعلوم الأمنية ، الرياض ، ٢٠٠٠ ، ص ١١٥ .

(٢) - د. ركسي إيجليت ، أساليب السيطرة علي التجمهر والشغب ، ترجمة أحمد عبد العظيم
ومراجعة كمال خير الدين ، المطابع الأميرية ، القاهرة ، ١٩٧٣ ، ص ٨١ .

الإضرار بالأفراد والمنشآت الرياضية العامة^(١) ، والمنشآت والممتلكات الخاصة مما يشكل معه جريمة تستوجب العقاب وفقاً للمادة ١٧١ من قانون الصحافة المصري رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ والذي ينص فيها على أن يعاقب الصحفي الرياضي بالحبس مدة لا تزيد عن سنة وبغرامة لا تقل عن خمسة الاف جنيه مصري ، ولا تزيد عن عشرين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من نشر بسوء قصد بإحدى الطرق المنصوص عليها في المادة ١٧١ من قانون العقوبات أخباراً أو بيانات أو إشاعات كاذبة أو أوراًفاً مصطنعة أو مزورة أو منسوبة كذباً إلي الغير إذا كان من شأن ذلك تعكير السلم العام أو إثارة الفرع أو إلحاق الضرر بالمصلحة العامة.

كما جرم المشرع المصري التحريض والتشجيع علي الشغب والتخريب عموماً بالمرسوم بقانون رقم ٢ لسنة ١٩٧٧ الصادر من رئيس الجمهورية في عقب أحداث الشغب والتخريب في ١٨ يناير ١٩٧٧ حيث تنص المادة السادسة منه على أنه يعاقب بالسجن المؤبد كل من دبر أو شارك في تجمهر يؤدي إلى إتارة الجماهير بدعوتهم إلى تعطيل تنفيذ القوانين أو اللوائح بهدف التأثير علي ممارسة السلطات الدستورية لأعمالها ، أو منع الهيئات الحكومية أو مؤسسات القطاع الخاص أو معاهد العلم من ممارسة عملها باستعمال القوة ، أو التهديد باستعمالها وتطبق نفس العقوبة على مدبري التجمهر ولو لم يكونوا مشتركين فيه وعلى المحرضين والمشجعين. وكذلك نص في المادة الثامنة منه على أن يعاقب بالسجن المؤبد كل من دبر ، أو شارك في تجمهر أو اعتصام من شأنه أن يعرض السلم العام للخطر. هذا ويلاحظ ان المشرع المصري قد ساوي في العقاب بين الفاعل والشريك في هذه الجريمة فعاقب المدبر والمحرض والمشجع بنفس العقوبة وهي السجن المؤبد ، وذلك

(١) - انظر د. امين الساعاتي ، أزمة الصحافة الرياضية ، الاسباب والعلاج، المركز السعودي للدراسات الاستراتيجية ، القاهرة ، ١٩٩٣. وكذلك ، H. Donald Sohnston, Journalism and media, New York, Nobble Books, ١٩٧٩.

لمواجهة ظاهرة الشغب والتخريب لما لها من أثر خطيرة علي أمن وأستقرار البلاد
ومنعا لتكرارها في المستقبل.

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي ، فإنه وفقا للقانون الفرنسي الصادر في
٢٩ يونيه ١٨٨١ عن حرية الصحافة وتعديلاته حتي ٤ أبريل ٢٠١١ ، في المادة
٢٣ منه علي أن يعاقب كمتدخل في جناية أو جنحة ، كل من حرص مباشرة
الفاعل أو الفاعلين علي ارتكال الأفعال المذكورة إن افضى التحريض إلى نتيجة ،
من خلال خطب أو صراخ أو تهديد في مكان أو اجتماع عام ، أو من خلال
كتابات ، مصبوعات ، رسومات محفورات ، لوحات ، شعارات ، صور أو غيرها
من وسائل توزيع الكتابات والاقوال والصور والمباعة أو الموزعة أو المخصصة
للبيع أو المعروضة في أماكن أو اجتماعات عامة سواء عن طريق الإعلانات أو
الملصقات المعروضة للجمهور ، أو من خلال وسيلة اتصال بالجمهور الكترونيا.
ويعاقب الشخص علي مجرد الشروع عن التحريض إذا لم ينتج عن التحريض سوى
المحاولة الجنائية^(١) ، ويلاحظ هنا أن المشرع قد ساوي في العقاب بين الشروع
والجريمة الكاملة. العقوبة هنا هي السجن خمس سنوات وبغرامة ٤٥،٠٠٠ يورو كل
من حرص وفقا لهذه الأفعال علي ارتكاب الجرائم التالية وهي :

- i. التعدي المقصود علي حياة الانسان وسلامته والاعتداء الجنسي ، المعرفة
في الكتاب الثاني من قانون العقوبات الفرنسي.
- ii. السرقة والسلب والهدم ، والتشويه والتخريب المتعمد والخطير للأشخاص ،
والتي حددها الكتاب الثالث من قانون العقوبات الفرنسي.

(١) - القانون الفرنسي الصادر في ٢٩ يونيه ١٨٨١ عن حرية الصحافة وتعديلاته حتي ٤ أبريل
٢٠١١ ، في المادة ٢٤.

iii. كما يعاقب بالعقوبات نفسها كل من حرّض بشكل مباشر وبالوسائل ذاتها عن ارتكاب جناية أو جنحة مخلة بالمصالح الأساسية للدولة ، والمنصوص عليها في الباب الأول من الكتاب الرابع لقانون العقوبات الفرنسي.

iv. ويعاقب بنفس العقوبة أولئك الذين يبررون ، من خلال إحدى الوسائل المبينة في المادة ٢٣ ، الجرائم المذكورة في الفقرة الأولى ، و جرائم الحرب ، والجرائم ضد الانسانية أو الجنايات وجنح التعاون مع العدو.

v. ويعاقب بنفس العقوبات الملحوظة في الفقرة ١ كل من حرّض بشكل مباشر وينفس الوسائل ، على الاعمال الإرهابية الملحوظة في الباب الثاني من الكتاب الرابع من قانون العقوبات الفرنسي ، كذلك من يمتدحها.

vi. يعاقب على الصيحات والأناشيد الثورية في اماكن واجتماعات عامة بالغرامة المنصوص عليها لمخالفات الدرجة الخامسة.

وكذلك يعاقب كل من حرّض بالوسائل المذكورة في المادة ٢٣ من قانون حرية الصحافة الفرنسي على التمييز أو الكراهية أو العنف ضد شخص أو مجموعة اشخاص بسبب أصلهم أو انتمائهم أو عدمه لجماعة أو لأمة او لعرق أو لدين معين ، حيث يعاقب بسنة حبس وبغرامة ٤٥،٠٠٠ يورو أو بإحدى هاتين العقوبتين. وبالإضافة إلى ذلك يعاقب بنفس العقوبة السابقة كل من حرّض بالوسائل ذاتها ، على الكراهية أو العنف ضد شخص أو مجموعة من الأشخاص بسبب جنسهم أو ميولهم الجنسية أو إعاقتهم ، أو قد حرّض تجاههم على التمييز المنصوص عليه في المادتين ٢-٢٢٥ و ٧-٤٣٢ من قانون العقوبات الفرنسي.

في حال الإدانة بأي من الجرائم المنصوص عليها في الفقرتين السابقتين ، فإنه يجوز للمحكمة أن تحكم بالإضافة إلى العقوبات السابقة بالعقوبات التكميلية التالية وهي :

ii. بالحرمان من الحقوق المذكورة في الفقرتين ٢ و ٣ من المادة ٢٦-١٣١ من قانون العقوبات لمدة اقصاها خمس سنوات ما لم تكن مسئولية الفاعل قائمة على أساس المادة ٤٢ والفقرة الاولى من المادة ٤٣ من القانون المذكور أو على الفقرات الثلاث الاولى من المادة ٣-٩٣ من القانون رقم ٦٥٢-٨٢ تاريخ ٢٩ تموز ١٩٨٢ حول الاتصال السمعي والبصري.

ii. بلسق ونشر القرار المتخذ وفق الشروط المنصوص عليها في المادة ١٣١-٣٥ من قانون العقوبات الفرنسي.

بالإضافة إلى ما سبق فينص المشرع الفرنسي على أن يعاقب بغرامة قدرها ٤٥,٠٠٠ يورو كل نشر أو توزيع أو استنساخ ، بأي وسيلة كانت ، لأخبارا كاذبة أو قصصا ملفقة مزورة أو منسوبة افتراء إلى الغير ، وعن سوء نية، وعكّرت السلامة العامة أو كان من شأنها أن تعكرها. ويعتبر التحريض على ارتكاب أعمال الشغب والعنف في الملاعب الرياضية من الأفعال التي تؤدي إلى تعكير السلامة العامة في المجتمع بل تهدد أمن واستقرار المجتمع.

هذا ويرجع الفضل إلى البريطاني ستيوارت كأول الباحثين الأوربيين الذي تناول دراسة والتحليل لظاهرة شغب الملاعب الرياضية وذلك في بحث تحت عنوان المعالجة الصحيحة لشغب المدرجات ، أرجع فيه أسباب هذه الظاهرة إلى أساليب الإثارة الإعلامية عند تغطية المنافسات الرياضية ، حيث ساهمت وسائل الإعلام المختلفة في تغذية الظاهرة بالنزاعات ذات الطابع السياسي ، وخير مثال على ذلك ما حدث في مباراة كرة القدم بين المنتخب المصري والمنتخب الجزائري في تصفيات كأس العالم في عام ٢٠١٠ من تحريض وشحن إعلامي في البلدين قبل المباراة للجماهير ، مما ترتب عليه من تصادم واصابات بين الجماهير وتوتر في العلاقات السياسية بين البلدين بل وصل الامر إلى تبادل سحب السفراء. ومثال آخر ما أقدمت عليه صحيفة بريطانية عندما وصفت مباراة كرة القدم أقيمت بين

ألمانيا وانجلترا ضمن إحدى بطولات كأس الأمم الأوروبية بأنها استتتاف للحرب العالمية الثانية^(١)، مما ترتب عليه من تحريض وشحن للجماهير وأعمال شغب في الملاعب الرياضية.

ونستخلص مما سبق ضرورة التزام الصحافة أو الإعلام الرياضي على عدم الحض على الكراهية القومية أو العراقية في المجال الرياضي والتي تشكل جريمة تحريض وتهيج للجماهير على العنف أو الشغب. والتزام الإعلاميين بنقل الأخبار الرياضية دون تحريف أو تشويه وذكر الحقائق مع الالتزام بالموضوعية والمهنية في تناول الموضوعات الرياضية. حيث أن مشاهدة وسماع أحداث العنف وبشكل مستمر في أجهزة الإعلام الرياضي يؤدي إلى احتمال حدوث السلوك العدواني عند الافراد^(٢)، لاسيما إذا كان العنف الذي شاهده مبرراً من الإعلام وتم من خلال التحريض الإعلامي ففي هذه الحالة يصبح للتحريض تأثير كبيراً على ارتكاب جرائم العنف وشغب في الملاعب الرياضية أو بمناسبةها.

وتأكيداً على ما سبق فقد أصدرت منظمة اليونسكو الميثاق الدولي للترقية البدنية والرياضية^(٣) نصت فيه على أنه ينبغي لكل من يعمل في مجال وسائل الإعلام أن يكون على إدراك تام لمسئوليته إزاء الأهمية الاجتماعية والتربوية والغاية

(١) - J. Eitzend SCHNEIDER, The structure of sport and participant violence, Arena Review, London, ١٩٨٣, p. ٥٥.

(٢) - د. خليفة طالب بهبهاني، دور وسائل الإعلام في الحد من شغب الملاعب الرياضية، مركز الدراسات والبحوث، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، ٢٠٠٤، ص ٢١.

(٣) - منظمة الأمم المتحدة والعلوم الثقافية اليونسكو، دراسة جامعة بين التخصصات عن أسلوب العنف ومظاهره في الأنشطة الرياضية، المؤتمر الثاني للوزراء وكبار المسؤولين، موسكو، ١٩٨٩، ص ١١٥. وكذلك المؤتمر الدولي الخامس للوزراء وكبار المسؤولين عن التربية البدنية والرياضة، برلين في الفترة من ٢٨ - ٣٠ مايو ٢٠١٣. ونص المادة العاشرة من الملحق المنفح للميثاق الدولي للترقية والنشاط البدني والرياضة، المؤتمر العام الدورة الثامنة والثلاثون، باريس، في ٢٢ يوليو ٢٠١٥، ص ١٠.

الإنسانية والقيم الأخلاقية التي تتطوي عليها التربية البدنية والرياضية وهذا دون المساس بحق الحرية الاعلامية.

وفي عام ١٩٨٣ اعتمد اجتماع اليونسكو الاستشاري للمنظمات المعنية بالصحافة المبادئ الدولية لأخلاقيات الصحافة^(١) ، والتي نصت علي أن الصحفي الحق هو من يدافع عن السلام والديمقراطية وحقوق الإنسان وهو الذي يخرط بقوة ويساهم عبر الحوار في تهيئة الأجواء التي تقضي إلى تحقيق السلام والعدالة في كل مكان.

٣. التحريض الإلكتروني على الشغب والعنف الرياضي :

مما لاشك فيه أن الانترنت أصبح الآن من أكثر مصادر المعلوماتية التي يعتمد عليها الأفراد وخاصة الشباب في الحصول على معلومات. ويرجع ذلك إلى أن الانترنت يمتاز بسرعة نشر الأخبار في نفس وقت حدوثها ، كما ينتج التواصل بشكل مستمر من خلال مواقع التواصل الاجتماعي مثل Facebook لمعرفة آراء المواطنين في القضايا المختلفة والحصول على ردود أفعالهم ، كما يمتاز بقدرته على نقل الأحداث الرياضية وأحداث الشغب الرياضي بالصوت والصورة من خلال الفيسبوك والتويتر والاستجرام^(٢) . وتتم هذه الصورة من التحريض وهو التحريض الإلكتروني على العنف والشغب الرياضي من خلال استخدام المنتديات والمواقع الإلكترونية ومواقع التواصل الاجتماعي الإلكتروني مثل الفيسبوك والتويتر والاستجرام وغيرها من صور التواصل الاجتماعي الحديثة من أجل التحريض علي القيام بأعمال العنف والشغب سواء قبل أو أثناء أو بعد المنافسات الرياضية. هذا وقد ظهر خطورة مواقع التواصل الاجتماعي الإلكتروني في السنوات العشر الماضية ، ودورها في نشر الشائعات والتحريض على أعمال الشغب والعنف

(١) - V., Puddephatt ANDREW, Cofilcy and the role of the media, International Media Support, Copenhagen, ٢٠٠٨.

(٢) - د. أميرة صابر محمود أحمد ، المرجع السابق ، ص ٢٧.

في المنافسات الرياضية. ومثال علي ذلك ما حدث من تحريض وتراشق علي مواقع التواصل الاجتماعي الإلكترونية بين الجمهور المصري والجزائري علي خلفية مباراة كرة القدم لتصفيات كأس العالم بين المنتخب المصري والمنتخب الجزائري في عام ٢٠١٠ مما أدى إلى وقوع أصابات وأعمال عنف وشغب بعد اللقاء الرياضي بين الفريقين.

الفرع الثالث : اقتحام الملاعب الرياضية

أولاً. ما المقصود بجريمة اقتحام الملاعب الرياضية :

يقصد بجريمة اقتحام الملاعب الرياضية هو كل من دخل أو حاول الدخول إلى مكان حدث رياضي بالقوة أو التدليس دون أن يكون له الحق في ذلك. إذ أن كثيراً ما تتحول بعض الحشود من مجرد تجمع سلمي إلى حشد عنيف يتخذ الشغب والعنف وسيلة للتعامل مع موقف عارض وغامض أو لتحقيق بعض المطالب التي قد لا يكون لها علاقة مباشرة بذلك الحضور من أجل التشجيع ومشاهدة المباريات وإنما تتعداه إلى قضايا اجتماعية أو سياسية أو ثقافية أخرى معقدة كانت الدافع إلى قيام الجمهور بالشغب والعنف الذي يصل إلى درجة اقتحام الملاعب الرياضية والتكسير والتخريب للمنشآت الرياضية.

مثال على ذلك ما حدث في مباراة كرة اليد في المملكة العربية السعودية^(١) في ١٠ ذو الحجة عام ١٤٢٨ هـ الموافق ١٩ ديسمبر ٢٠٠٧ م ، فبعد نهاية المباراة قام الجمهور بالنزول إلى أرض الملعب والاشتباك مع لاعب الفريق الخصم ما نتج عنه بعض الإصابات وقد تم رفع تقرير نتج عنه إيقاف لاعب الفريق المعتدي ، والتوصية بتكثيف الحراسة الأمنية في المباريات الأخرى.

ثانياً. النطاق المكاني والزمني لهذه الجريمة :

نجد أن النطاق المكاني أي محل هذه الجريمة محدد في القانون ، إلا وهو الملاعب والاماكن التي تجري فيها المنافسات الرياضية ، وأن النطاق الزمني لجريمة اقتحام الملاعب الرياضية محدد في الأوقات التي تجري فيه المباريات أو بمناسبةها. حيث أن علة التجريم هنا هو تعطيل أو الاخلال بسير المباريات والانشطة الرياضية بنزول أو الاقتحام للملاعب الرياضية أثناء سير المباريات أو بمناسبةها أي الفترة الزمنية السابقة علي بدء المباريات أو الانشطة الرياضية من اعداد او تنظيم الخ.

أما على مستوى الدول العربية ، فتصدرت حادثة بورسعيد قائمة الأكثر عنفاً في الملاعب ، وعلى ما يبدو أن الانفلات الأمني الذي أصاب مصر في أعقاب ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ كان انعكاسه السلبي الأبرز على كرة القدم ، حيث شهدت الملاعب سلسلة من الأحداث كان من نتائجها إلغاء مسابقة الدوري لموسم كامل ، قبل أن تستأنف باللعب دون جمهور. ولم تمر أيام معدودات على ثورة يناير، حتى

(١) - جريدة الوطن السعودية ، الاربعاء ١٠ ذو الحجة ١٤٢٨ هـ ، الموافق ١٩ ديسمبر ٢٠٠٧ ، العدد ٢٦٣٧ السنة الثامنة.

وقعت أول حادثة باقتحام الآلاف من جماهير نادي الزمالك أرضية استاد القاهرة قبل نهاية مباراة الفريق أمام الأفريقي التونسي في دوري أبطال أفريقيا في أبريل ٢٠١١؛ اعتراضا على عدم التحكيم.

ومن حينها انتقلت العدوى لمعظم الملاعب المصرية ، فافتحمت الجماهير أرضية ملاعب كرة القدم في الإسكندرية وبورسعيد والإسماعيلية خلال عام ٢٠١١ ، اعتراضا على التحكيم ، وأوقعت جماهير غزل المحلة لقاء فريقها مع فريق الأهلي ، وأشعلت جماهير الإسماعيلية النيران بالمدرجات وألقت الحجارة على رجال الأمن ، بعد خسارة فريقها أمام فريق المقاولون العرب ، لكن الحادثة الأشهر والأكبر فكانت كارثة في تاريخ الرياضة المصرية ، حيث شهد استاد بورسعيد مجزرة عقب مباراة كرة القدم بين ناديي المصري والأهلي في فبراير ٢٠١٢ راح ضحيتها ٧٢ قتيلًا ومئات المصابين من جماهير الأهلي ، بعدما افتحمت جماهير المصري مدرجات الجمهور المنافس ، وفي ٩ مارس ٢٠١٤، قضت المحكمة بإعدام ٢١ شخصا وسجن ٢١ آخرين ، من المتهمين في ارتكاب هذه الكارثة.

ثالثا. موقف التشريعات المقارنة :

وبالنسبة لموقف المشرع المغربي فينص القانون المغربي لمكافحة شغب الملاعب على ما يلي :

على أن يعاقب بالحبس من سنة إلى ٥ سنوات، وبإداء غرامة من ١٢٠٠ إلى ٢٠ ألف درهم كل من ساهم في أعمال العنف أثناء إجراء مباريات ، أو تظاهرات رياضية ، أو بمناسبةها ، أو أثناء بث هذه المباريات أو التظاهرات في أماكن عمومية ، أو للذين ساهموا في المشاجرة التي نتج عنها وفاة ، حيث يتعرضون لعقوبات منصوص عليها في المادة ٤٠٥ من نفس القانون ، وهي المادة التي

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

تخص أيضا المحرضين على أعمال العنف بالعقوبات المقررة في المادتين ٤٠٣ و ٤٠٥ من القانون الجنائي المغربي ، قصد إضفاء صفة موحدة بين أعمال الشغب والمشاجرة.

وتتضاعف العقوبة مرتين ، في حالة تكرار نفس الشخص لنفس الأفعال الإجرامية ، أي الحكم ب ١٠ سنوات ، وأداء غرامة تصل إلى نحو ٤٠ ألف درهم ، كما يعاقب القانون المغربي بأداء غرامة من ١٢٠٠ إلى ١٠ آلاف درهم ، كل من حاول الدخول إلى الملعب ، في حالة سكر ، أو تحت تأثير مخدر ، أو مؤثرات عقلية ، أو يحمل مواد مسكرة ، كما يعاقب بأداء غرامة بين ١٢٠٠ إلى ٥ آلاف كل من حاول الدخول باستعمال القوة أو التدليس إلى ملعب ، أو قاعة للرياضة أو أي مكان تجري فيه مباريات أو تظاهرة رياضية ، كما يعاقب الذين يدخلون إلى الملاعب أشعة ليزر ، أو مادة حارقة ، أو مادة قابلة للاشتعال ، كما يعاقب القانون الذين ارتكبوا العنف خارج الملاعب في الساحات والطرق العمومية ، وفي وسائل النقل الجماعي ، أو محطات المسافرين، كما يعاقب الأشخاص الذين يستعلمون العنف اللفظي ، من سب وقذف ، أو الذين يرفعون شعارات ، أو يحملون مجسمات فيها تحريض عنصري.

ويضاف إلى جرائم العنف ، أعمال العنف التي من شأنها الإخلال بسير مباراة أو تظاهرة رياضية ، أو منع أو عرقلة إجرائها بأية وسيلة كانت ، كما حدث في مباراة كرة القدم في دولة المغرب ما بين فريق كرة القدم للوداد البيضاوي والجيش الملكي في الموسم الرياضي ٢٠١١/٢٠١٢ ، والتي عرفت أحداث شغب ، ترتب عنها إيقاف المباراة ، ومواصلتها بعد إخراج أغلب جماهير فريق الوداد البيضاوي. وبناء على ما سبق نلاحظ أن المشرع المغربي قد صار على نهج المشرع الفرنسي في تجريم هذه الأفعال والتي نص عليها المشرع الفرنسي في قانون الرياضة.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فنجد أنه نص على^(١) أن يعاقب بغرامة من ٥٠٠٠ د.ج إلى ١٥،٠٠٠ د.ج ، كل من دخل بالقوة أو بالتسلق ، إلى المنشآت الرياضية أثناء أو بمناسبة إجراء الحدث الرياضي. وتشدد العقوبة فتكون العقوبة الحبس من شهرين إلى ستة أشهر وغرامة من ١٠،٠٠٠ د.ج إلى ٢٠،٠٠٠ د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين ، عندما يقوم مرتكب المخالفة بالدخول أو محاولة الدخول إلى المنشآت الرياضية وهو في حالة سكر سافر.

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد نص علي العقاب لهذه الجريمة ولكن وفقاً لقانون التجمهر رقم ١٠ لسنة ١٩١٤ ، في المادة الثانية منه على أنه يعاقب على التجمهر المؤلف من خمسة أشخاص علي الأقل الذي يكون الغرض منه ارتكاب جريمة ما أو منع ، أو تعطيل ، أو تنفيذ القوانين ، أو اللوائح أو إذا كان الغرض منه التأثير علي السلطات في أعمالها أو حرمان شخص من حرية العمل سواء كان ذلك التأثير أو الحرمان باستعمال القوة ، أو بالتهديد باستعمالها كما أن الاشتراك في هذا التجمهر أو عدم الابتعاد عنه مع العلم بالغرض منه يعتبر معاقباً عليه ، ويعاقب عن هذه الجريمة باعتباره جنحة بالحبس أو بالغرامة.

فما لاشك فيه أنه في حالات كثيرة قد يدخل الشخص في تجمهر وفقاً لنص المادة الثانية وهو غير عالم أو يجهل بالغرض المقصود منه ففي هذه الحالة لا عقاب لعدم توافر القصد الجنائي المكون للركن المعنوي. أما إذا كان يجهل بالغرض من التجمهر ثم علم به فيما بعد فإذا لم يبتعد عن التجمهر بمجرد علمه بهذا الغرض يكون مستحقاً للعقوبة المنصوص عليها في المادة الثانية من قانون التجمهر رقم ٤ لسنة ١٩١٤.

(١) - المادة ٢٣٢ من القانون الجزائري المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطورها رقم ١٣ - ٥٥ لسنة ٢٠١٣.

وبناء على ذلك ، فإنه ليعاقب المشرع المصري على أعمال الشعب باقتحام الملاعب الرياضية يشترط في التجمهر هو أنه اقتحام للملاعب والاماكن التي تجري فيها المنافسات الرياضية يكون الغرض منه ارتكاب جريمة ما أو منع ، أو تعطيل ، أو تنفيذ القوانين ، أو اللوائح أو إذا كان الغرض منه التأثير علي السلطات في أعمالها أو حرمان شخص من حرية العمل سواء كان ذلك التأثير أو الحرمان باستعمال القوة ، او بالتهديد باستعمالها. أي يشترط توافر قصد جنائي خاص وهو نية خاصة وفقا لنص المادة الثانية.

وتنص الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التجمهر المصري على أنه إذا وقعت الجريمة بقصد تنفيذ الغرض المقصود من التجمهر فجميع الأشخاص الذين يتألف منهم التجمهر وقت ارتكاب هذه الجريمة يتحملون مسئوليتها جنائياً بصفتهم شركاء إذا ثبت علمهم بالغرض المذكور. ويعتبر هذا النص استثناء من القواعد العامة للاشتراك والتي نصت عليها المادة ٤٠ من قانون العقوبات المصري والتي تقضي بأن لا يعاقب الشريك إلا إذا كان لديه قصد الاشتراك في الجريمة. فوفقاً لنص المادة الثالثة من قانون التجمهر يعتبر كل شخص من المتجمهرين مسئولاً بصفة الشريك عن الجرائم بالذات التي تقع ولكن بشرط أن يعلم بها. ففي هذه الحالة يتجه قصد الجاني إلى ارتكاب جريمة معينة ولكن فعله يصل به إلى ارتكاب جريمة أشد جسامة فيسأل عن الجريمة ذات الوصف الأشد حيث تعتبر هذه الجريمة من الجرائم متعددة القصد.

ولكن يثور التساؤل هنا حول ما هو الموقف القانوني في حالة عدم توافر هذه النية أي أن يتم الاقتحام للملعب الرياضي بدون توافر القصد الجنائي الخاص المطلوب وفقاً للمادة الثانية من قانون التجمهر ؟ مثل أن يتم الاقتحام من أجل الاحتفال بالفوز أو الاقتحام بغرض التعبير عن عدم رضاء الجماهير عن أداء اللاعبين. أي أن القصد الجنائي الخاص لهذه الجريمة غير موجود وبالتالي فإنه لا عقاب عن هذه الجريمة ، وذلك لعدم توافر الشروط المنصوص عليها في المادة

الثانية من قانون التجمهر. مما يعتبر ثغرة تؤدي إلى إفلات العديد من الجناه من العقاب ، لذلك كان واجباً علي المشرع المصري أن يسلك مسلك المشرعين الفرنسي والمغربي وينص على العقاب علي هذه الجريمة وفقاً لقانون خاص لمكافحة حالات الشغب والعنف في الملاعب الرياضية حتى يستطيع أن يواجه به الحالات والجرائم المستحدثة لهذه الظاهرة الاجرامية الخطيرة.

الفرع الرابع : حيازة الشماريخ والمخدرات في الملاعب الرياضية

ما المقصود بجريمة حيازة الشماريخ والمخدرات في الملاعب الرياضية :

سوف نتناول أولاً بتوضيح ما المقصود بجريمة حيازة الشماريخ والألعاب النارية والمفرقات ثم نستعرض ثانياً ما المقصود بجريمة حيازة المخدرات في الملاعب الرياضية وذلك علي النحو التالي :

أولاً. جريمة حيازة الشماريخ والألعاب النارية والمفرقات في الملاعب الرياضية:

يقصد بها هو كل من دخل أو حاول الدخول إلى مكان الحدث الرياضي أو أي هيئة أو منشأة رياضية وهو حائز أو محرز أو متعاظ مسكراً أو مخدراً ، أو كان حائزاً أو محرزاً ألعاب نارية أو مواد حارقة أو قابلة للاشتعال أو صلبة ، أو أي أداة يكون من شأن استخدامها إيذاء الغير أو الإضرار بالمنشآت والمنقولات.

وتعتبر الملاعب الجزائرية الأشهر في أعمال الشغب ، فالشماريخ والصواريخ أصبحت عادة طبيعية في معظم المباريات ، وتبدو إحصائيات الأمن الوطني الجزائري خير دليل على الانفلات في الملاعب الرياضية ، حيث سجلت ٣٠ حادث عنف بمدرجات الملاعب خلال شهرين فقط ، بين سبتمبر ونهاية أكتوبر ٢٠١٣ ، منها مقتل ٣ أشخاص وإصابة ١٥٧ شخصا، بينهم ١٣٤ من رجال الشرطة و١٧ من الجماهير. أما الموسم الكروي ٢٠١٠-٢٠١١ فقد شهد مقتل شخصين من الجماهير وإصابة ١٩٢ جريحا بينهم ١٣٠ شرطيا، ووقوع خسائر مادية متمثلة في تحطيم ١١٦ سيارة نقل ، و٦٤ سيارة ودراجتين ناريتين تابعتين للشرطة و٤٩ سيارة خاصة.

ومن أبرز حوادث الشغب التي ظهرت ، تلك التي حدثت في مباراة نادي اتحاد الجزائري ومولودية سعيدة ، حيث أصيب ٥ لاعبين من نادي الاتحاد إثر تعرضهم للاعتداء في نهاية المباراة من قبل مجموعة من المشاغبين ، بعضهم تعرض لطعنات بأسلحة بيضاء ، إضافة إلى جروح نتيجة الرمي بالحجارة والزجاج ، ووصل عدد المصابين إلى ١٨ في صفوف اللاعبين والطاقمين الفني والإداري ، إضافة إلى ٣٠ مشجعا. كما تسببت أعمال الشغب في مباراة شبيبة الساورة مع اتحاد الحراش، في إصابة ٤٥ شخصا من بينهم ٣٢ شرطيا ، وامتد الشغب من الملعب إلى شوارع مدينة بشار ، حيث تم اعتقال عشرات المشاغبين.

لذلك فقد نص المشرع الجزائري في قانون تنظيم الأنشطة البدنية والرياضية^(١) على أنه يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنة وبغرامة من ٥٠,٠٠٠ د.ج إلي

(١) - المادة ٢٣٦ من القانون الجزائري المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية رقم ١٣ - ٠٥ لسنة ٢٠١٣ ، الصادر في ٢٣ يوليو ٢٠١٣.

١٠٠،٠٠٠ د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط ، كل شخص أدخل إلى المنشأة الرياضية بمناسبة أو أثناء منافسة رياضية أو تم ضبطه وبحوزته ألعاب نارية أو شهب أو مفرقات ، وكذا كل مادة أخرى من نفس الطبيعة من شأنها المساس بأمن الجمهور أو تنظيم التظاهرة الرياضية أو سيرها. وتضاعف العقوبة عندما ترتكب المخالفة من طرف كل مستخدم في التنظيم الرياضي أو رياضي أو عون مكلف بتنظيم أو مراقبة مداخل المنشآت الرياضية أو حفظ النظام أدخل أو شارك في تسهيل دخول أشخاص بحوزتهم المواد والأشياء المحظورة المنصوص عليها.

ثانياً جريمة حيازة وتعاطي المخدرات أو المنشطات في الملاعب الرياضية :

تعد مكافحة المخدرات والمنشطات ومراقبتها أمراً ضرورياً لحسن سير المنافسات الرياضية وحماية لصحة الرياضيين وكذا المحافظة على مبادئ وأخلاقيات الرياضة وقيمها التربوية. ولذلك سوف نوضح أولاً ما المقصود بالمنشطات والمخدرات ثم بعد ذلك نوضح موقف التشريعات المقارنة من حيازة وتعاطي المخدرات أو المنشطات في الملاعب الرياضية وذلك على النحو التالي :

المنشطات هي كل مادة غريبة عن الجسم أو مادة فسيولوجية يتم تناولها بمقدار غير طبيعي أو استخدامها بوسيلة غير معتادة داخل الجسم ، وذلك بهدف تحسين الأداء الرياضي من خلال هذا الأسلوب الأصطناعي الغير العادل. أي أن المنشطات هي استخدام مواد أو وسائل بقصد تحسين الأداء البدني والنفسي للمتنافسين مما ينتج عنه نتائج غير حقيقية مبنية على الغش والتدليس من الكفاءة البدنية والنفسية^(١).

(١) - د. حسن أحمد الشافعي ، أساليب مواجهة الجريمة الرياضية ، المنشطات والرشوة والتزوير محلياً ودولياً ، المسؤولية المدنية والجنائية وأحكامها والإعفاء منها وموقف الشريعة الإسلامية ،

وهذا تعرف اللجنة الطبية التابعة للجنة الأولمبية الدولية المنشطات بأنها تلك المواد التي نصت عليها لائحة اللجنة الأولمبية الدولية وطالبت بتحريم استخدامها في المجال الرياضي واحتوي علي المواد التالية :

• المواد التي تعمل علي تنشيط وزيادة الإثارة والنفس حركية مثل الأمفيتامينات.

- المواد التي تعمل علي تنشيط الجهاز السميتاوي مثل الأفيونيين؛
- مثبرات الجهاز العصبي المركزي مثل الكوارمين والأستركتين.
- المواد المخدرة التي تساعد علي عدم الإحساس بالألم مثل الكوديين.
- أنابول سترويد مثل الميثاندينون (الهرمونات).

أما المخدرات فهي المواد الخام أو المواد المستحضرة والتي تحتوي علي جواهر منبهة أو مسكنة من شأنها إذا استخدمت في غير الأغراض الطبية والصناعية أن تؤدي إلي حالة من التعود أو الإدمان مما يضر بالفرد والمجتمع جسماً واجتماعياً وعقلياً وخفياً.

• أو أنها كل ما يؤدي إلي الفتن والكسل والاسترخاء والضعف والنعاس والنقل في الأعضاء ويمنع الألم كثيراً أو قليلاً.

• والتعريف العلمي للمخدرات هو أي مادة كيميائية تسبب النعاس والنوم أو غياب الوعي المصحوب بتسكين الألم.

• أما التعريف القانوني للمخدرات هو مجموعة المواد التي تسبب الإدمان وتسمم الجهاز العصبي ويحظر تداولها أو زراعتها أو صنعها إلا لأغراض يحددها القانون ولا تستعمل إلا بواسطة من يرخص له بذلك.

والوعي بأركان القرار القانوني وعناصر صحته وتأثيره في المؤسسات والمنافسات الرياضية ، الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص ٤٨ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

• وكذلك هناك التعريف الفرماكولوجي للمخدرات : فهي المادة التي يمكن استعمالها في الطب يؤدي الإفراط في تناولها أو تعاطيها إلي تعلق بدني أو نفسي مما يؤدي لاختلال النشاط العقلي والادراك والسلوك والوعي^(١) وتنقسم المخدرات إلي أربع مجموعات وهي :

١. مجموعة المخدرات المسكنة الأفيونية : مثل الأفيون والمورفين والهيروين والكوديين.

٢. مجموعة المخدرات المسكنة غير الأفيونية : مثل الباربيتورات والبروميدات والكحوليات بأنواعها.

٣. مجموعة المخدرات المنبهة : مثل النيزدرين والمسكالين والقات والكوكايين.

٤. مجموعة الهلوسات.

ويترتب على استخدام المنشطات والمخدرات خلل هرموني واضطرابات للتكوين العام من المعاناة من العصبية والثورة والتهيج والخلط والتشويش العقلي ، كذلك الشعور بالكآبة واضطراب المزاج ، والرغبة في العداة لدرجة تجعل الشخص خطر على نفسه وعلى الآخرين المحيطين به.

وقد نص القانون المصري رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩ في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والاتجار فيها في المادة ٣٧ على أن يعاقب بالسجن المشدد وبغرامة لا تقل عن عشرة الاف ولا تجاوز خمسين ألف جنيه كل من حاز أو حرز أو اشترى أو أنتج أو استخرج أو فصل أو صنع جواهر مخدرة أو وزع نباتاً من النباتات الواردة في الجداول الملحقة بالقانون والموضح فيها أنواع ومشتقات المخدرات أو حاز أو اشتراه وكان ذلك بقصد التعاطي أو الاستعمال الشخصي من غير الأحوال المصرح بها قانوناً.

(١) - د. حسن أحمد الشافعي ، المرجع السابق ، ص ٤٩ .

وكذلك نصت المادة ٤٣ ب من القانون المصري رقم ١٢٢ لسنة ١٩٨٩ على أن يعاقب بالإعدام أو السجن المؤبد وبغرامة لا تقل عن مائة ألف ولا تزيد عن خمسمائة ألف جنيه كل من رخص له حيازة جوهر مخدر لاستعمال في غرض معين وتصرف فيه بأي صورة في غير هذا الغرض وتشدد العقوبة في حالة أن يكون المخدر قد اعطى أو قدم من قبل الجاني إلي شخص لم يبلغ من العمر إحدى وعشرون سنة ميلادية.

ومما سبق نلاحظ أنه لا يوجد في قانون العقوبات المصري أي عقوبة ولا جريمة لاستخدام الرياضيين للمنشطات في المنافسات الرياضية. لذلك يجب على المشرع المصري التدخل لتجريم استخدام المنشطات في المنافسات الرياضية للحفاظ على قيم وأخلاقيات المجتمع والتنافس الشريف المبني على تكافؤ الفرص والمساواة في المنافسات الرياضية.

فعلى الرغم من تحذير المادة ٧ من ميثاق اليونسكو للتربية والرياضة من تأثير المنشطات القوي الذي من شأنه تقويض القيم التي ترمي الرياضة إلى تعزيزها حيث تنص على إن ظواهر مثل العنف وتعاطي العقاقير المنشطة وأشكال المغالاة في الأغراض التجارية تهدد قيمها الأخلاقية وصورتها وسمعتها وتشوه طبيعتها الأصلية وتتحرف بها عن وظيفتها التربوية والصحية. وبناء على ذلك توصي اليونسكو بأن يخصص في المناهج التعليمية مكان بارز للأنشطة التربوية القائمة على القيم الرياضية ، وكذلك للآثار التي تترتب على ضروب التفاعل بين الرياضة والمجتمع والثقافة. وبالتالي يتعين عدم التقصير في بذل كل الجهود من أجل إيضاح الآثار الضارة للعقاقير المنشطة ومن بين هذه الجهود وضع القوانين التي تجرم وتعاقب

علي حياة وتعاطي المنشطات بجميع أشكالها^(١). وذلك في ضوء ما تنص عليه الاتفاقية الدولية لمكافحة المنشطات في مجال الرياضة لعام ٢٠٠٥ ، إذ أن المنشطات تضر بالصحة ومنافية للأخلاق الرياضية ، وكذلك من أجل حماية الصحة البدنية والعقلية للرياضيين والجمهور وحماية قيم الروح الرياضية وروح المنافسة .

حيث تنص الاتفاقية الدولية لمكافحة المنشطات في مجال الرياضة الصادرة في ١٩ نوفمبر ٢٠٠٥ بباريس في المادة الثانية الفقرة الثالثة منها على أن يقصد بعبارة "انتهاك قواعد مكافحة المنشطات" حالة أو أكثر من الحالات التالية :

(أ) وجود عقار محظور أو عناصره الأيضية أو الآثار الدالة عليه في العينة التي تؤخذ من جسم اللاعب؛

(ب) استخدام أو محاولة استخدام عقار محظور أو وسيلة محظورة؛

(ج) رفض الخضوع ، أو عدم التقدم ، لعملية أخذ عينات دون عذر قاهر بعد تلقي إخطار بذلك وفقاً لما تقضي به قواعد مكافحة المنشطات الواجبة التطبيق ، أو التهرب من عملية أخذ العينات بأي طريقة أخرى؛

(د) انتهاك الشروط الواجبة التطبيق فيما يتعلق باستعداد اللاعب للخضوع لإجراء اختبار خارج إطار المسابقة، ويشمل ذلك امتناع اللاعب عن تقديم معلومات عن مكان وجوده وعدم التقدم إلى الاختبارات التي يعتبر أنها تستند إلى قواعد معقولة؛

(١) - T. H. MURRAY, The coercive power of drugs in sports, The Hastings Center Report, ١٣-٤، ١٩٨٣، pp. ٢٤-٣٠; A. PIPE & P.C. HEBERT, Le dopage, le sport et la communauté, Canadian Medical Association Journal, ١٧٩ - ٤, ٢٠٠٨, p. ٣٠٥.

(هـ) التلاعب ، أو محاولة التلاعب ، بأي جانب من جوانب عملية مراقبة تعاطي المنشطات؛

(و) حيازة عقاقير أو وسائل محظورة؛

(ز) الاتجار بأي عقار محظور أو عقاقير محظورة؛

(ح) إعطاء أو محاولة إعطاء عقار محظور أو وسيلة محظورة لأي لاعب ، أو مساعدته ، أو تشجيعه ، أو إعانته ، أو تحريضه ، أو التغطية عليه ، أو أي شكل آخر من أشكال التواطؤ ينطوي على انتهاك أو محاولة انتهاك لقواعد مكافحة المنشطات.

وقد نص المشرع القطري في المادة ٢٧٠ من قانون العقوبات على أن يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر ، وبالغرامة التي لا تزيد على ثلاثة آلاف ريال ، أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من تعاطى خمراً ، أو شرباً مسكراً ، في مكان عام ، أو هياً أو أعد محلاً ، أو منزلاً لتعاطي الخمر ، أو المسكرات. ويعاقب بذات العقوبة ، كل من وجد في حالة سكر بالطريق العام ، وكل من أقلق الراحة بسبب سكره. ويتم تشديد العقوبة وفقاً لنص المادة ٢٧١ من قانون العقوبات القطري لتصبح العقوبة هي الحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات ، والغرامة التي لا تزيد على عشرة آلاف ريال ، أو بإحدى هاتين العقوبتين، في حالة كل من قدم إلى شخص لم يبلغ السادسة عشرة من عمره خمراً ، أو شرباً مسكراً ، أو حرضه على تعاطيه.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فينص في المادة ١٨٩ من قانون تنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها لسنة ٢٠١٣ على أنه يمثل تعاطي المنشطات خرقاً

لقواعد حظر تعاطي المنشطات المنصوص عليها في المدونة العالمية لمكافحة المنشطات ، لاسيما من خلال الأفعال الآتية :

١. وجود عقار محظور أو أفضاته أو علاماته في عينة يقدمها الرياضي.
٢. استعمال أو محاولة استعمال عقار أو وسيلة محظورة من طرف رياضي.
٣. الرفض أو التملص ، دون مبرر مقبول ، لإجراء أخذ عينات بعد التبليغ طبقاً لأنظمة تعاطي المنشطات المعمول بها أو حتي تقاضي إجراء أخذ عينات.
٤. خرق الأحكام المطبقة في مجال حضور الرياضيين للمراقبة خارج المنافسات ، بما في ذلك الإخلال بوجوب إرسال المعلومات حول الموقع والمراقبات غير الموافقة التي تم التصريح بها على أنها تمت على أساس قواعد تحترم المعايير الدولية للمراقبة.
٥. تحريف أو محاولة تحريف لكل عنصر من مراقبة تعاطي المنشطات.
٦. حيازة عقاقير أو وسائل محظورة.
٧. إعطاء أو محاولة إعطاء رياضي أثناء المنافسة أو خارجها ، وسيلة محظورة أو عقارا محظورا.
٨. الحث أو المساهمة أو الإخفاء أو أي شكل آخر من المشاركة المفضية إلى خرق أو محاولة خرق قاعدة من قواعد مكافحة المنشطات.
٩. الاتجار أو محاولة الاتجار بأي عقار محظور. ويحدد الوزير المكلف بالرياضة قائمة العقاقير والوسائل المحظورة.

وبناء على ذلك فإنه وفقا للقانون الجزائري المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها والذي ينص على أن يمنع على كل رياضي ما يلي :

١. حيازة من دون سبب طبي معلل قانونا عقارا أو عدة عقاقير أو الوسائل المحظورة الأخرى المنصوص عليها.

٢. استعمال عقار أو عدة عقاقير أو الوسائل المحظورة الأخرى الواردة في القائمة المنصوص عليها ، إلا إذا منح إعفاء لأغراض علاجية أو كان لديه سبب طبي معلل قانونا.

وينص المشرع الجزائري^(١) على أن يعاقب بالحبس من ستة اشهر إلى سنتين وبغرامة من ٥٠٠,٠٠٠ د.ج إلي ١٠٠٠,٠٠٠ د.ج ، كل من يخالف الاحكام السابقة. وكذلك يعاقب بغرامة من ١٠٠,٠٠٠ د.ج إلى ٥٠٠,٠٠٠ د.ج ، كل رياضي يشارك في منافسة أو تظاهرة رياضية منظمة أو مرخص بها ويقوم بالتالي :

- I. يحوز دون سبب طبي معلل عقارا أو عدة عقاقير أو الوسائل المحظورة الواردة بالقائمة المنصوص عليها.
- II. يعترض على تدابير المراقبة للأعوان المنصوص عليها.
- III. لا يحترم القرارات التأديبية لمنع الصادرة عن الوكالة الوطنية لمكافحة المنشطات.

وكذلك نص المشرع الجزائري في المادة ١٩٠ من قانون تنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطورها رقم ١٣ - ٥٥ لسنة ٢٠١٣ على أن تنشأ مؤسسة عمومية ذات طابع إداري تدعي الوكالة الوطنية لمكافحة المنشطات ، تكلف بتنسيق وتنفيذ مراقبة تعاطي المنشطات على الرياضيين أثناء المنافسات وخارجها والمنخرطين في الاتحاديات الرياضية الوطنية والدولية في ظل احترام أحكام المدونة العالمية لمكافحة المنشطات. وبهذه الصفة تكلف الوكالة الوطنية الجزائرية لمكافحة المنشطات علي ما يلي :

(١) - المجلة القضائية ، قانون رقم ٥٤ - ١٠ الصادر في ١٤ اغسطس ٢٠٠٤ ، ويتعلق بالتربية الرياضية ، المادة ١٠٣. المعدل بالقانون تنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطورها رقم ١٣ - ٥٥ لسنة ٢٠١٣ ، الصادر في ٢٣ يوليو ٢٠١٣ ، المادة ٢٢٣ والمادة ٢٢٥.

- I. تخطيط مراقبة تعاطي المنشطات، المطبقة على الرياضيين وتنسيقها ووضعها ورقابتها.
- II. تخطيط مراقبة تعاطي المنشطات المطبقة على الحيوانات ، وتنسيقها ووضعها ورقابتها.
- III. ضبط برنامج وطني سنوي لمراقبة تعاطي المنشطات.
- IV. متابعة كل خرق لقواعد مكافحة المنشطات وممارسة سلطتها التأديبية.
- V. العمل مع السلطات العمومية لجعل المصادقة على مكافحة المنشطات وتطبيق قواعدها من طرف كل اتحادية رياضية وطنية شرطاً قبلياً للحصول على أي مساعدة أو إعانة عمومية.
- VI. ترقية البحث في مكافحة تعاطي المنشطات والمشاركة في أعمال الوقاية والتربية المطبقة في مجال مكافحة تعاطي المنشطات.
- VII. منح تراخيص الاستعمال لأغراض علاجية طبقاً للمدونة العالمية لمكافحة المنشطات.
- VIII. القيام بإنجاز تحاليل العينات المأخوذة أثناء مراقبة تعاطي المنشطات.
- IX. إقامة علاقات التعاون مع كل منظمة وطنية أو أجنبية أو دولية لمراقبة تعاطي منشطات ، لاسيما الوكالة العالمية لمكافحة المنشطات. حيث يتم إعلام الوكالة الوطنية لمكافحة المنشطات من طرف الإدارة المكلفة بالرياضة أو الاتحادات الرياضية الوطنية المعنية بكل وقائع تعاطي المنشطات التي أحيطوا بها علماً.

وكذلك يعاقب بالحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من ٥٠,٠٠٠ د.ج إلى ١٠٠,٠٠٠ د.ج أو بإحدى هاتين العقوبتين^(١) كل من أدخل أو حاول إدخال مشروبات كحولية إلى المنشأة الرياضية أثناء أو بمناسبة إجراء منافسة رياضية.

(١) - المادة ٢٣٤ من القانون الجزائري المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية ، الصادر في ٢٣ يوليو لسنة ٢٠١٣.

بالإضافة إلى ذلك يعاقب بالحبس من سنة إلى ثلاث سنوات وبغرامة من ٥٠,٠٠٠ د.ج إلى ١٠٠,٠٠٠ د.ج ، كل من دخل أو حاول الدخول إلى المنشأة الرياضية أثناء أو بمناسبة منافسه رياضية وبحوزته مخدرات أو مؤثرات عقلية أو تحت تأثيرها^(١).

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة ٣-٣٦٣٣ L. من قانون الصحة العامة الفرنسي على تجريم بما في ذلك الحيازة في أي شكل من الأشكال للعقاقير المخدرة أو المنشطات ، كذلك على تجريم استخدام لاعب الألعاب الرياضية للعقاقير المنشطة^(٢). هذا ولم يشترط المشرع في هذه الجريمة استخدامها أو حيازتها بوسيلة معينة. هذا ويذكر أنه في فرنسا وحتى عام ١٩٨٩ لم يكن ينص القانون على عقوبة جنائية بالنسبة لحيازة المنشطات الرياضية. رغم أن ذلك كان محل لانتقاد من الفقهاء والمطالبة بسرعة النص وفقا للقواعد العامة في القانون الجنائي.

ويعاقب الشخص وفقا للقانون الفرنسي ، بالسجن خمس سنوات وغرامة ٧٥٠٠٠ يورو، وزيادة العقوبات لمدة سبع سنوات و ١٥٠,٠٠٠ يورو إذا كان هناك عصابة منظمة أو عندما يكون المجني عليه الرياضي قاصر. بالإضافة إلى ذلك يخضع لعقوبات إضافية للشخص الاعتباري بما في ذلك مصادرة المواد أو عرض أو نشر القرار ، وإغلاق المنشأة ، وفرض قيود ممارسة^(٣) الشركة ، بدوره ، وكذلك يوقع عليها غرامة خمسة أضعاف قيمة الشيء محل المصادرة ، والإغلاق المؤقت للمنشأة أي سحب الترخيص لمدة سنة واحدة ، بالإضافة إلى فقدان الأهلية ،

(١) - المادة ٢٣٥ ، من القانون الجزائري المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية ، الصادر في ٢٣ يوليو لسنة ٢٠١٣.

(٢) - V. J.-Y. LASSALLE, Le dopage des sportifs : une nouvelle loi, JCP ١٩٩٩.

I. ١١٣٣ ; J.-Cl. pén. annexes, Sport, Fraudes, fasc. ٤٠, N° ٥ et s.

(٣) - وفقا للمادة ٣٦٣٣-٥ L. من قانون الرياضة الفرنسي.

ومصادرة الشيء محل الجريمة كعقوبة تكميلية وجوبية ، وعرض أو نشر القرار^(١) .
وفيما يتعلق بالشروع في هذا الجرائم يعاقب بنفس العقوبة للجريمة التامة^(٢) .

الفرع الخامس : استخدام الشماريخ والألعاب النارية والمفرقات

أولاً. مفهوم جريمة استخدام الشماريخ :

يقصد باستخدام الشماريخ كل من أستخدم ألعاباً نارية أو مادة حارقة أو قابلة للاشتعال أو صلبة ، داخل أماكن الأحداث الرياضية وترتب على ذلك إصابة أحد الأشخاص.

وتطابق على ذلك فقد قضت محكمة الاستئناف الفرنسية بمدينة ليون بتاريخ ١٦ ديسمبر ١٩٨٨ حكماً حملت فيه فريق أولمبيك ليون لكرة القدم للمسئولية عن حادث وفاة مشجع أصيب بشمروخ قذفه أحد المتفرجين^(٣) . وقد نسبت المحكمة إلى مجلس ادارة الفريق المسئولية بسبب عدم ترك مسافة كافية بين أنصار الفريقين لتفادي الإصابة بالشماريخ والتقصير في القيام بمراقبة الجماهير عند دخولهم إلى الملعب قصد تجريدتهم من كل الأشياء الخطيرة التي يحملونها معهم ، باعتبارها جهة الادارة هي المسئولية عن تنظيم المباراة.

ثانياً. موقف التشريعات المقارنة :

(١) - وفقاً للمادة (المادة ٦-٣٦٣٣ L) من قانون الرياضة الفرنسي.

(٢) - وفقاً للمادة (المادة ٤-٣٦٣٣ L) من قانون الرياضة الفرنسي.

(٣) - Cour d'appel de Lyon, ١٦ déc ١٩٨٨, J.C.P., ed, G. ١٩٩٩, II, ٢١٥١٠.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه وفقا لقانون تنظيم الأنشطة البدنية والرياضية^(١) يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين وبغرامة من ١٠٠,٠٠٠ د.ج إلى ٢٠٠,٠٠٠ د.ج ، كل شخص يقوم بإستعمال أو رمي ألعاب نارية أو شهب أو مفرقات وكذا كل مادة أخرى من نفس الطبيعة من شأنها المساس بأمن الجمهور أو تنظيم المناسبات الرياضية أو سيرها في المدرجات أو في المساحات المخصصة للمناسبات الرياضية.

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد نص في المادة ١١١ من لائحة النظام الأساسي للنادي الرياضي في مصر الصادرة بقرار من رئيس المجلس القومي للرياضة رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠٨ ، الفقرة الأولى ، على أن يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة اشهر وبغرامة لا تزيد على مائة جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من قام قبل أو أثناء أو بعد المباريات أو الأنشطة الرياضية في الاندية أو الملاعب الرياضية بالإخلال بالأمن أو حسن الاداب أو حمل أو إلقاء مواد صلبة أو متفجرة أو إشعال مواد ملتهبة أو حارقة.

(١) - المادة ٢٣٦ من القانون الجزائري المتعلق بتنظيم الانشطة البدنية والرياضية ، الصادر في ٢٣ يوليو لسنة ٢٠١٣ .

الفرع السادس : إتلاف أو تعيب تجهيزات الملاعب أو المنشآت الرياضية

أولاً. مفهوم جريمة إتلاف أو تعيب تجهيزات الملاعب أو المنشآت الرياضية :

جريمة الإتلاف أو التعيب لتجهيزات الملاعب أو المنشآت الرياضية من الجرائم المنتشرة في الملاعب الرياضية ، خاصة عندما يغضب جمهور الشغب الرياضي ويبدأ في تكسير الكراسي وقذفها على اللاعبين أو في أرضية الملعب ، وفي بعض الحالات الأخرى يستخدم جمهور الشغب الرياضي كل ما يصل إليه يده بدءاً من الحجارة والزجاجات الفارغة والأشياء الأخرى ليقذف بها رجال الشرطة أو جماهير أو لاعبي الفريق المنافس.

فمن الملاحظ أن الملاعب العربية وخاصة الملاعب المصرية لم تعش بمعزل عن ظاهرة عنف وشغب الملاعب الرياضية العالمية التي أصبحت تنتشر داخل وخارج الملاعب الرياضية ، الأمر الذي يؤدي في معظم الأحيان إلى الخروج عن المنافسة الرياضية الشريفة. فينتج عنها أعمال إتلاف وتعيب تجهيزات الملاعب والمنشآت الرياضية ، بل والتي تتجاوز محيطات وأسوار الملاعب فيتم الاعتداء على الممتلكات العامة والخاصة. وقد يرتبط العنف والشغب للجمهور القيام بأعمال تحطيم لوسائل النقل أو المتاجر والمحلات أو محاولات الاعتداء على الآخرين أو

على رجال الأمن^(١)، مما يتجوب على القانون أن يتدخل بالتجريم لهذه التصرفات التي تعتبر اخلاقاً جسيماً وغير مقبول لمبادئ وتقاليد المجتمع الاجتماعية والأخلاقية والدينية.

ثانياً. موقف التشريعات المقارنة :

وتبدو الأمور في المغرب أفضل كثيراً من جيرانها العرب ، فمنذ حادثة مباراة كرة القدم بين فريق "الكوكب المراكشي" وفريق "حسنية أغادير" في افتتاح الملعب الجديد بمراكش، الذي شهد أعمال شغب تم على إثرها تدمير الملعب وتحطيم ٦٩٠ كرسيًا، وتم القبض على ٢٠ شخصًا، وحادثة مباراة الوداد البيضاوي والجيش الملكي قبل عامين.

وبناءً على تلك الاحداث وغيرها تم إصدار قوانين صارمة ساعدت كثيراً في تحجيم شغب الملاعب في المغرب. فقد نص المشرع المغربي في المادة ٣٠٨ الفقرة السابع من قانون مكافحة شغب الملاعب على تجريم كل من عيب أو أُلّف بأية وسيلة كانت تجهيزات الملاعب أو المنشآت الرياضية بعقوبة الحبس من شهرين إلى ستة أشهر وبغرامة من ١٢٠٠ إلى ١٠٠٠٠ درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط.

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري فقد نص على^(١) أن يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين وبغرامة من ١٠٠,٠٠٠ د.ج إلى ٢٠٠,٠٠٠ د.ج ، كل من قام أثناء أو بمناسبة حدث رياضي بما يأتي :

(١) - ا. سعيد بن عبدالله سعد بن مسلم ، دور الاتحادات الرياضية في الحد من شغب الجماهير في الملاعب السعودية ، رسالة ماجستير ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ٢٠٠٩ ، ص ١٦ .

١. رمي مقذوفات أو أشياء صلبة أو منقولة في المنشأة الرياضية.
٢. رشق أو رمي أية مقذوفة أخرى ضد وسائل نقل مستخدمي التنظيم للحدث الرياضي والمواطنين أو الفرق المشاركة أو مناصريها.
٣. وتضاعف العقوبة إذا استهدف الرمي أو الرشق وسائل تدخل المصالح المكلفة بالأمن والإسعاف والحماية المدنية.

أما بالنسبة بالنسبة للمشرع القطري فقد نص على تجريم عام لأي اعتداء على المرافق العامة ، وباعتبار المنشآت الرياضية والملاعب تأخذ حكم المرافق العامة التي تمتلكها الدولة فيسري عليها أحكام المادة ٢٣٧ من قانون العقوبات حيث يعاقب بالحبس مدة لا تجاوز عشر سنوات ، كل من خرب أو أتلف أو أضرم عمداً بالآلات أو الأنابيب أو الأجهزة الخاصة بمرافق المياه، أو الكهرباء ، أو الغاز ، أو البترول ، أو البرق ، أو الهاتف ، أو اللاسلكي ، أو الإرسال الإذاعي أو التليفزيوني ، أو غيرها من المرافق العامة ، إذا كان من شأن ذلك تعطيل المرفق ، أو جعله غير صالح ، أو قلل صلاحيته للاستعمال.

أما بالنسبة لموقف المشرع المصري فقد نصت الفقرة الثانية من المادة ١١١ من لائحة النظام الأساسي للنادي الرياضي في مصر الصادرة بقرار من رئيس المجلس القومي للرياضة رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠٨ ، على أن يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على مائة جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من قام قبل أو أثناء أو بعد المباريات أو الأنشطة الرياضية في الأندية أو الملاعب الرياضية بإتلاف الأموال الثابتة أو المنقولة في الأندية أو الملاعب الرياضية.

(١) - المادة ٢٣٩ من القانون الجزائري لتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها ، الصادر في ٢٣ يوليو سنة ٢٠١٣.

ومن الملاحظ هنا أنه فيما عدا هذا النص فلا يوجد نص خاص يحمي المباني والمنشآت الرياضية من التخريب والتكسير والتعيب ، وبالتالي فإنه يرجع لتجريم في هذه الحالة إلي القواعد العامة والمنصوص عليها في القانون رقم ١٠ الصادر في أكتوبر ١٩١٤ بشأن التجمهر ، وقد نص في صدر هذا القانون علي أنه نظراً لخطورة جريمة التخريب التي تقع من المتجمهرين علي مباني وأماكن الدولة والقطاع العام لما تخلفه من أضرار بالغة بالاقتصاد القومي ، فقد أفرد هذا القانون نصاً خاصاً ينطوي علي عقوبة تتفق وجسامتها هذه الجريمة. بحيث يكون التجمهر علي مرأى من الناس ولو لم يكن في ذلك الطريق أو المحل العام فإذا حصل التجمهر في حقل علي مقربة من الطرق العمومية معرضاً لنظر المارة فقد حق العقاب علي المتجمهرين.

وتأكيداً لذلك فقد أصدرت محكمة النقض المصرية حكماً^(١) قصت فيه بأن اشتراط العلانية في التجمهر لا يعني علي التجمع في أي مكان للناس من أن يروا المتجمعين فيه فينزعجوا ، ويمكن للعامة بمجرد مشيئتهم أن يفضوا إليهم فيزداد خطرهم علي السلم العام ، إذ إن التجمهر في زمرة المتجمهرين يختلف عنه خارج التجمهر من حيث استهتارة وانقياده لأهواء الغير. وهذا ما يتم في حالة الشغب والتخريب والتكسير للمنشآت الرياضية وبالتالي تطبيق هذا النص علي جريمة التخريب والإتلاف والتعيب للمنشآت الرياضية ، وأن كان أولى بالمشرع المصري النص في قانون خاص علي مكافحة الشغب والعنف في المجال الرياضي وعلى تجريم هذه الأفعال وتشديد العقاب عليها وذلك لمكافحة هذه الظاهرة الإجرامية التي أصبحت سمه من سمات الأحداث الرياضية وخاصة مباريات كرة القدم في الدوري المصري مما ترتب عليه من اتخاذ قرار بمنع حضور الجمهور للمنافسات الرياضية وهو حل مؤقت لا يواجه به هذه الظاهرة الإجرامية التي تهدد أمن واستقرار المجتمع.

(١) - انظر د. جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، الجزء الثاني ، مطبعة دار الكتب المصرية ، القاهرة ، ١٩٣٢ ، ص ١٩٦ .

الفرع السابع : جريمة أخلال أو تقصير قوات الأمن في حفظ النظام العام خلال المناسبات الرياضية

يقوم رجال الأمن بحفظ النظام العام داخل الملاعب الرياضية وخارجها سواء كان ذلك قبل المباراة أو خلالها أو بعدها. وذلك ما نص عليه المشرع الفرنسي في قانون أخلاقيات الشرطة الوطنية الفرنسية^(١) على أن تسعى الشرطة الوطنية على كامل الأراضي الفرنسية إلى ضمان الحريات وحماية مؤسسات الجمهورية وحفظ السلام والأمن العام وكذلك حماية الأشخاص والممتلكات. وأن تعمل الشرطة الوطنية على تأدية مهامها وهي تراعي حقوق الإنسان والمواطن والدستور والأعراف الدولية والقوانين.

وبالتالي فإن أي خلل أو تقصير في أعمال وواجبات رجال الأمن يحملهم المسؤولية الجنائية والمدنية والتأديبية عن هذه الأخطاء ، ومن أمثلة تقصير رجال الأمن في حفظ النظام العام خلال الأحداث الرياضية هي على النحو التالي :

(١) - المادتين الأولى والثانية من المرسوم رقم ٥٩٢/٨٦ الصادر بتاريخ ١٨ مارس عام ١٩٨٦ والخاص بقانون الأخلاقيات الشرطة في فرنسا. بناء على تقرير وزير الداخلية وبالنظر إلى القانون رقم ٤٩٢/٦٦ تاريخ ٩ يوليو عام ١٩٦٦ والخاص بتنظيم الشرطة الوطنية ، وبالنظر للقانون رقم ٦٣٤/٨٣ تاريخ ١٣ يوليو عام ١٩٨٣ والخاص بحقوق وواجبات الموظفين ، وبالنظر للقانون رقم ٨٣٥/٨٥ تاريخ ٧ أغسطس عام ١٩٨٥ والخاص بتطوير الشرطة الوطنية.

i. حالة عدم استيفاء رجال الأمن للأعمال الوقائية الضرورية لمراقبة الجماهير عند دخولها إلى الملعب وتجريدها من كل الوسائل الخطرة التي تم استعمالها في أحداث العنف.

ii. عدم مبادرة رجال الأمن إلى توفير عدد كاف من رجال الأمن والمساعدين لمراقبة الحد الفاصل بين المشجعين من الفريقين في المدرج المكشوفة وعدم توفير الحواجز اللازمة للفصل بينهم. مثال علي ذلك ففي ١٥ إبريل عام ١٩٨٩ وأثناء مباراة كرة القدم في الدور قبل النهائي بين فريق ليفربول وفريق نوتنجهام في الدوري الانجليزي ، حدثت مأساة انهيار الحاجز الموضوع للفصل بين المتفرجين الامر الذي أدى إلى وفاة ٩٥ شخص من مشجعي نادي ليفربول ، ولقد تم إلقاء اللوم علي قوات الشرطة التي تعاملت مع مشجعي ليفربول بإعتبارهم مشاغبين.

iii. عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة لمنع عملية الترشق بالحجارة في البداية ووضع حد لها إذا بدأت في الوقت المناسب بل عدم الحيلولة دون التقاط تلك الحجارة مرة أخرى.

iv. عدم استعداد رجال الامن لعملية خروج الجماهير وتنظيمها وتأمين مراقبتها.
v. إعلام والتنسيق مع الهيئات والمصالح المختصة ذات الصلة مثل الاسعاف والحماية المدنية وكل هيئة أخرى معنية بالوقائع التي تهدد الأمن في المنشأة الرياضية وأمن وسلامة الجماهير.

وتطبيقا لذلك فقد قضت الدائرة الاستئنافية الثانية للمحكمة الإدارية بتونس^(١) في حكم لها بتاريخ ٣١ ديسمبر ٢٠٠٨ ، بإلزام المكلف العام بنزاعات الدولة في حق وزارة الداخلية والتنمية المحلية بأن يصرف إلي ورثة أحد الأشخاص مبلغ ٣٢ ألف دينار كتعويض لهم عن الضرر المعنوي الذي لحقهم بسبب وفاة مورثهم على أثر أعمال العنف والشغب التي شهدتها الملعب الأولمبي بباجة في تونس ، بمناسبة

(١) - فقة قضاء المحكمة الإدارية لسنة ٢٠٠٨ ، الدائرة الاستئنافية الثانية للمحكمة الإدارية ، تونس ٢٠١٠ ، ص ٣٠٩.

احتضانه مباراة الدور النصف النهائي لكأس تونس لكرة القدم يوم ١٥ يونية ١٩٩٩ بين فريق الأولمبي الباجي وفريق الترجي الرياضي التونسي. وقد استندت المحكمة الإدارية التونسية في الحكم بالتعويض علي تقصير قوات الأمن في الحفاظ علي النظام العام داخل الملعب سواء كان ذلك قبل المباراة أو خلالها أو بعدها. ويستنتج من الحكم أن المسؤولية عن الحوادث التي تقع داخل الملاعب الرياضية مسؤولة مشتركة حسب الحالة بين جميع الأطراف المعنية بتنظيم المناسبات الرياضية^(١).

وقد نص المشرع الفرنسي في قانون أخلاقيات الشرطة الوطنية الفرنسية على أن يجب أن يتصف موظف الشرطة الوطنية بالاحترام المطلق للأشخاص أيًا كانت جنسياتهم أو أصولهم أو ظروفهم الاجتماعية أو معتقداتهم السياسية أو الدينية أو الفلسفية. بل يتعين على موظف الشرطة الوطنية حتى عندما يكون خارج أوقات الخدمة التدخل من تلقاء نفسه لتقديم المعونة لأي شخص يتعرض للخطر، وذلك لدفع أو منع أي عمل قد يحدث خللاً في النظام العام، ولحماية الفرد وسط الجماعة من التعدي على شخصه وممتلكاته^(٢). وبالتالي فإن أي تقصير في الواجبات المحددة بقانون أخلاقيات الشرطة الفرنسي يعرض المسئول عنها لعقوبة انضباطية، دون الأخلال بالعقوبات الأخرى المنصوص عنها في قانون العقوبات الفرنسي. بالإضافة إلى ذلك فإن السلطة القيادية مسؤولة عن الأوامر الصادرة عنها، وعن تنفيذها وما قد ينجم عنها، وعندما تكلف أحد مرؤوسيهما بالتصرف باسمها فإن

^١ - CH. ALBIGES, S.DARMAISIN et O. SAUTEL, Responsabilité et sport, éd., Litec, ٢٠٠٧, N°٢٨٥, p. ١٢٩.

^(٢) - المادتين السابعة والثامنة من قانون أخلاقيات الشرطة الوطنية الفرنسية، وقد تم التأكيد عدة مرات على واجب تقديم المساعدة للأشخاص الذين تتعرض حياتهم للخطر، ونلاحظ ذلك في المادة ٦٣ من قانون العقوبات الفرنسي وفي القوانين المتتالية للدرك الفرنسي (المادة ٣٢ من قانون عام ١٩٢٣، والمادة ١٣ من المرسوم الصادر في ٢٥ مايو عام ١٩٥٥، والمادة ١١ من المرسوم الصادر في ٢٤ يناير عام ١٩٦٨) وإن دل ذلك على شيء فهو يدل على أهمية هذا الواجب بالنسبة للمشرع الفرنسي.

مسئوليتها تبقى كاملة وتتسع لتشمل الأعمال التي يقوم بها المرؤوس دورياً ، في إطار مهامه والأوامر التي تلقاها^(١).

وبالإضافة إلى ذلك فقد يحدث أزمات سياسية بين الدول نتيجة تعسف أو تقصير رجال الأمن في أداء مهامهم في حفظ النظام العام في الأحداث الرياضية ، ومثال علي ذلك ما حدث بين إنجلترا وبلجيكا بسبب الشغب بملعب كرة القدم في عام ١٩٩٥ ، حيث اتهمت الحكومة الإنجليزية قوات الأمن البلجيكية بالتعسف ضد الجماهير الإنجليزية خلال مباراة كرة القدم بين نادي تشيلسي الإنجليزي ضد نادي بروجز البلجيكي في بطولة أوروبا لأبطال الكؤوس^(٢) . وما صاحب ذلك من الاعتراف الأمن في بلجيكا بعنف الإجراءات الأمنية ضد الجماهير الإنجليزية وأكد علي ضرورتها لحفظ النظام خاصة بعد مشاغبات الجماهير الإنجليزية في كافة ملاعب أوروبا.

المطلب الثاني : التدابير الاحترازية لمكافحة ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية

لقد أصبحت الوقاية من الجريمة مكونا أساسيا على رأس بناء استراتيجيات الأمن والسلامة الوطنية في كل الدول ، وقد أثبتت الدراسات العلمية أن مواجهة الجريمة لا تقع مسئوليتها على الأجهزة الأمنية وحدها بل هي مسئولية مشتركة بين

(١) - المادة ١٤ من قانون أخلاقيات الشرطة الوطنية الفرنسية ، الصادر في ١٨ مارس عام ١٩٨٦.

(٢) - د. موسى عباس ، أسباب عزوف الجماهير عن مشاهدة مباريات كرة القدم في الملاعب بدولة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠١١ ، الإمارات العربية المتحدة ، ص ٣٣٦.

كافة قطاعات المجتمع ، وتعددت المداخل والآليات لمواجهة الجريمة الرياضية ، وخاصة وأن الرياضة كظاهرة إنسانية اجتماعية مدخلا من المداخل المتعددة للوقاية من الجريمة والتأهيل باعتبار أن الرياضة لها عوائدها الايجابية وتأثيراتها الصحية والنفسية والاجتماعية المختلفة على الفرد والمجتمع^(١). حيث تشكل الوقاية من الشغب والعنف وتعاطي المنشطات والمخدرات والممارسات المسيئة لقيم الرياضة والمنافسة الرياضية النزيهة ومكافحة كل الآفات في الوسط الرياضي ، عناصر أساسية للسياسة الرياضية سواء على المستوى المحلي أو المستوى العالمي.

ومن جهة أخرى صاحب تحول الرياضة من الهواية إلى الاحتراف تطوراً ملحوظاً نحو زيادة ما يسمى بالجريمة الرياضية ، حيث سجلت وقائع للرشوة والغش وشغب وعنف الملاعب الرياضية ، وانعكست هذه المشكلات في بعض الأحيان على العلاقات الدولية ، وهذا ما دفع المنظمات الدولية العالمية ، وفي مقدمتها هيئة الأمم المتحدة إلى المساهمة في هذه القضية من خلال ما تقدمه من دراسات عالمية ومؤتمرات تقدم خلاصة ما توصل إليه الفكر العالمي من دراسات وبحوث في مواجهة الجريم^(٢). وذلك لاتخاذ التدابير الملائمة لمواجهة هذه الظاهرة الإجرامية التي تهدد تقاليد ومبادئ الروح الرياضية التي يجب أن تسود المنافسات الرياضية.

(١) - ومن وسائل الوقاية الحديثة استخدام الطائرة صغيرة بدون طيار ، لمراقبة الجماهير والحد من شغب الملاعب. حيث إن الطائرة الجديدة تستطيع تصوير الجماهير بصورة دقيقة ونقل الصور مباشرة لغرفة العمليات. ويأتى استخدام هذه الطائرة في دولة الإمارات العربية في عام ٢٠١٥ بعد نحو شهر من واقعة إلقاء جسم معدني على الحكم الإماراتي الدولي محمد الجلاف من قبل أحد المشجعين ما أدى لإصابته بنزيف في الرأس. ونجح المشجع في الهرب من الملعب ، وهي الواقعة التي أثار ردود فعل غاضبة في الشارع الإماراتي. وبعد تحقيقات مكثفة استغرقت عدة أيام وشملت العشرات من المشجعين ، توصلت شرطة دبي إلى المتهم وتبين أنه إماراتي /١٦ عاماً/ وانتهت بتنازل الحكم عن حقه حفاظا على مستقبل المشجع.

(٢) - المؤتمر الدولي الثالث لشرطة دبي في عام ٢٠١١ ، (الرياضة في مواجهة الجريمة) (وأفضل التجارب و التطبيقات الميدانية) ضمن مبادرات تحقيق الهدف الاستراتيجي الأول

ففي عام ١٩٨٣ أصدر مجلس أوروبا توصية تتعلق بالوسائل الثقافية والتربوية للحد من السلوك العدواني لجرائم الشغب والعنف خلال المباريات الرياضية ، حيث اعتمدت من قبل لجنة وزراء الرياضة التابعة لمجلس أوروبا توصية عن الحد من العنف والشغب لدي الجماهير أثناء المناسبات الرياضية وعقب كارثة ملعب هيسيل عام ١٩٨٥ تضمنت تدابير محددة وملموسة تستهدف تدارك هذه التجاوزات ومحاسبتهم. حيث تفيد التقارير الأوروبية إلى أن أرباح المحترفين في رياضيات مثل سباق الدراجات وسباق السيارات والجولف وكرة القدم وكرة اليد وكرة السلة والتنس والملاكمة في فترة خمسة أعوام تصل إلى مبالغ خالية تتعد مليارات الجنيهات^(١) ، حيث أصبحت الرياضة تجارة كبيرة تدر مبالغ المالية خالية ، وينتج عن الفوارق الصارخة بين ممارسي الرياضة وفي توزيع غير عادل لهذه الأرباح العديد من جرائم الغش والعنف والشغب.

وبالتالي تعد الوقاية من شغب وعنف الملاعب الرياضية ومكافحته ، وكذلك أمن المناسبات الرياضية في المنشآت الرياضية التزاماً ينفذ من خلال وضع برامج وتدابير وترتيبات. لذلك نص المشرع الجزائري في قانون تنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها رقم ١٣ - ٠٥ الصادر في ٢٣ يوليو لسنة ٢٠١٣^(٢) ، على أن تتولى الدولة والجماعات المحلية والمؤسسات والهيئات العمومية أو الخاصة والاتحاديات والرابطات والنادي والجمعيات الرياضية ووسائل الإعلام ، وكذا كل

لشرطة دبي (الوقاية و الحد من الجريمة) وتنفيذاً لتوصيات المؤتمر الدولي الأول ٢٠٠٤ ، والمؤتمر الدولي الثاني لشرطة دبي في عام ٢٠٠٩ .

(١) - مجموعة خبراء في اليونسكو ، رسالة اليونسكو ، عدد خاص عن العنف ، المجلة الدولية للعلوم الإجتماعية ، العنف الجماعي والامن الجماعي ، مركز مطبوعات اليونسكو ، القاهرة ، ١٩٨٦ ، ص ٢٢ ، ٤٥ ، ٤٦ .

(٢) - نص المادة ١٢ من القانون الجزائري المتعلق بتنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها رقم ١٣ - ٠٥ الصادر في ٢٣ يوليو لسنة ٢٠١٣ ، وهو تعديل للقانون رقم ٠٤ - ١٠ الصادر في ١٤ اغسطس لسنة ٢٠٠٤ والمتعلق بالتربية البدنية والرياضية.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

شخص معني خاضع للقانون العام أو الخاص ، تنفيذ كل الترتيبات والالتزامات المتعلقة بالوقاية من العنف ومكافحته في المنشآت الرياضية.

وبناء على ماسبق ، يمكن لنا القول هنا بأن التدابير الوقائية القانونية لمكافحة شغب الملاعب الرياضية وحماية المنشآت الرياضية تنقسم إلى شقين لا يمكن الاكتفاء بأحدهما دون الآخر، وهما على النحو التالي :

الشق الاول. يتضمن القواعد الواجب توافرها في الملاعب وهي معايير السلامة الأمنية :

فوفقا للمعايير العالمية للسلامة الأمنية فإنه يستوجب في الملاعب الرياضية إنشائه بأسوار عالية الارتفاع لحماية الملعب من الخارج ، وكذلك وضع حراسة على مداخل وبيووبات الملعب للتحكم في عملية الدخول والخروج ، وكذلك القيام بعملية التفتيش للأشخاص وأمتعتهم عند الدخول للملعب^(١) ، وأيضا وضع رقابة من رجال الأمن على المداخل الرئيسية وكذلك تجهيز قوات احتياطية أمنية للتدخل السريع عند الضرورة. بالإضافة إلي ذلك توافر كاميرات المراقبة ، الكلاب البوليسية المدربة ، وأجهزة الكشف عن الأسلحة البيضاء والشماريخ والمواد المخدرة والخمور ، بالإضافة إلى ضرورة التخلص من التذاكر الورقية ليحل محلها الإلكترونية والتي تحدد اسم صاحبها حتي نستطيع تحديد هوية الأفراد الذين دخلوا إلى الملاعب الرياضية وبالتالي يمكن الوصول إليهم إذا اقتضت الحاجة.

١. مفهوم أمن الملاعب :

الأمن في الملاعب يعني المحافظة على سلامة الجمهور وسلامة المرافق الرياضية، وهذا لا يعني تخلي رجل الأمن عن أمن الرياضيين المتنافسين (لاعبون

(١) - د. محسن محمد العبودي ، التعامل مع شغب الملاعب ، اكااديمية نايف العربية ، الرياض ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٢. ص ١١٩.

وحكام وإداريين)، وكذلك تأمين وحماية الشخصيات الهامة التي قد تحضر الفعاليات المختلفة ، ويكون ذلك وفقاً لمجموعة من الإجراءات الاحتياطية والوقائية التي يتم اتخاذها لتوفير الأمن والسلامة قبل وأثناء وبعد المنافسات الرياضية ، سيما وأن الملاعب أصبحت من الأماكن التي تستقطب أعداد كبيرة من الجماهير بمختلف طبقاتهم وجنسياتهم ومستوياتهم الفكرية واختلافاتهم الدينية والأثنية.

ولتحقيق هذا الأمر لابد من نظام أمني حديث قائم على آخر التكنولوجيا في هذا المجال، يحمي كيان الرياضة بصورة علمية منظمة، ويدير بكفاءة إدارية مؤهلة قادرة على حماية الجميع وخلق بيئة صحية وأمنة للمنافسات الرياضية ، خاصة وأن الرياضة في الوقت الحاضر تحظى باهتمام جماهيري كبير مما قد يؤدي إلى وقوع بعض السلبات من أعمال شغب وتدمير وعنف. ويتطلب ذلك تكثيف الدورات وتأهيل الكوادر البشرية أمنياً وإدارياً لتكون قادرة على التعامل مع كافة الأحداث فضلاً عن تجهيز المنشآت الرياضية بأحدث الأجهزة والمعدات الأمنية من أجل الحفاظ على سلامة الأفراد والمنشآت.

وقد نص المشرع الجزائري في المادة ١٩٨ من قانون تنظيم الأنشطة البدنية والرياضية رقم ١٣ - ٥٥ لسنة ٢٠١٣ علي تركز تدابير الوقاية من العنف في المنشآت الرياضية ومكافحته ، خصوصا علي ما يأتي :

- I. وضع وسائل للوقاية من العنف في المنشآت الرياضية ومكافحته.
- II. تنسيق أعمال وتدابير تدخلات الفاعلين المنصوص عليها في هذا القانون.
- III. المعاقبة على أعمال العنف التي تمس بتنظيم المناسبات الرياضية وسكينة وأمن الجمهور والممتلكات.

ومن أجل تحقيق السلامة الأمنية داخل الملاعب يمكن الاقتضاء بتجربة الدول الأوربية وخاصة التي تطبيق نظام يسمى بإدارة أمن الملاعب والتي تتبع وزارة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الداخلية وهي عبارة عن شرطة متخصصة فقط في تأمين الملاعب والفرق الرياضية وال جماهير ومدربة على هذا الأداء المتخصص في الرياضة فقط ، وهو ما يجعلها أكثر قدرة على إعادة الانضباط من شرطة الأمن المركزي. وقد صار على هذا بعض الدول العربية منها دولة قطر والسودان فهناك شرطة متخصصة لإدارة لأمن الملاعب الرياضية على غرار الدول الأوروبية.

٢. الإجراءات الوقائية الخاصة لحماية الجماهير من أعمال الشغب :

تتمثل الإجراءات الخاصة الوقائية لحماية الجماهير من أعمال الشغب والعنف أو لتفادي قيامهم بهذه الأعمال على النحو التالي :

- i. تخصيص مدرجات لجمهور كل فريق من الفرق المتنافسة ، وفي حالة عدم احتوائها على مدرجات كافية يتم اللجوء إلى رجال الأمن لوضع حزام أمني بشري بهدف منع المشاجرات والتلاحم بين الجماهير بعضه ببعض.
- ii. فصل الجماهير ومنعهم من التمرکز في مكان واحد ، ووضعهم في مجموعات صغيرة لتسهيل السيطرة عليهم^(١).

وتطبيقا لإجراءات حماية الجماهير واتخاذ إجراءات للوقاية من الشغب والعنف في حالات التجمهر، فقد نص المشرع الجزائري على أنه في حالة بداية التجمهر أجاز القانون لبعض الاجهزة التصدي لذلك بكل الطرق المخولة لها ، وذلك وفقا

(١) - المجلة القضائية الجزائرية ، قرار تنفيذي رقم ٩٤ / ١٣٨ الصادر في ٥ يونية ١٩٩٤ ، المتعلق بخلق لجنة وطنية تنسيقية للوقاية من العنف في الأوساط الرياضية ، العدد ٣٧ ، ص

لنص المادة ٩٧ الأمر رقم ٧٥ - ٤٥ الصادر في ١٧ يونيو ١٩٧٥ من قانون العقوبات الجزائري في الفقرة الثالثة والرابعة علي أنه يجوز لممثلي القوة العمومية الذين يطلبون لتفريق التجمهر أو للعمل على تنفيذ القانون أو حكم أو أمر قانوني استعمال القوة إذا وقعت عليهم أعمال عنف أو اعتداء مادي أو إذا لم يمكنهم الدفاع عن الأرض التي يحتلونها أو المراكز التي وكلت إليهم بغير هذه الوسيلة. أما الفقرة الرابعة فجاء فيها على أنه وفي الحالات الأخرى يكون تفريق التجمهر بالقوة بعد أن يقوم الوالي أو رئيس الدائرة أو رئيس المجلس الشعبي البلدي أو أحد نوابه أو محافظ الشرطة أو أي ضابط آخر من الضبط القضائي ممن يحمل شارات وظيفية بما يأتي :

- i. إعلان وجود إشارة صوتية أو ضوئية من شأنها إنذار الأفراد الذين يكونون التجمهر إنذاراً فعالاً.
- ii. التنبيه على الأشخاص الذين يشتركون في التجمهر بالتفريق وذلك بواسطة مكبر الصوت أو باستعمال إشارات صوتية أو ضوئية من شأنها أيضاً إنذار الأفراد الذين يكونون التجمهر إنذاراً فعالاً.
- iii. توجيه تنبيه ثان بنفس الطريقة إذا لم يؤدي التنبيه الأول إلى أي نتيجة.

الشق الثاني. فيتضمن النصوص العقابية بالتدابير الاحترازية التي تقابل أي سلوك غير ملتزم:

مثل اشعال الحرائق في الملاعب ، المقذوفات (الأحجار والزجاجات) حمل لافتات مهينة سياسيا أو عقائديا أو تحتوي علي السب والقذف أو إقتحام الملاعب وغيرها على أن تكون هذه العقوبات إدارية كالمنع من دخول الاستاد أو الطرد منه

على سبيل المثال^(١)، أما إذا اقترن هذا السلوك بإحداث ضرر يمس مشجعا آخر أو لاعبا وتسبب بجرح أو ضرب أو قتل في هذه الحالة تعد جريمة يتم القبض على مرتكبها وتحويله لجهات التحقيق ليعاقب بعقوبة جنائية. حيث أن حالات التعدي التي تصل إلى الضرب والإصابات والسب والقذف والجرح أو القتل أو غيرها، تخرج عن كونها سلوكا للشغب حيث يعاقب عليه وفقا للقواعد التي يتناولها قانون العقوبات. هذا ماسبق ان تناوله في المبحث الثاني المطلب الاول من خلال توضيح جرائم شغب وعنف الملاعب الرياضية:

وعلى هذا النحو ، يمكن أن نستخلص مما سبق أن التجربة تثبت ضرورة اتباع نهج شامل لمنع ومكافحة العنف والشغب في الملاعب الرياضية. وتطبيق لذلك التجربة التي أجريت في سين سان دوني في عام ١٩٩٩ هو مثال جيد من التدابير التي يمكن تنفيذها لمنع ومكافحة الشغب والعنف في الملاعب الرياضية ، وخاصة في مجال الرياضة للهواة. وفي ضوء هذه التجربة الناجحة التي أدت إلى انخفاض قدره ٤٠٪ تقريبا من نسبة حوادث الشغب والعنف في الملاعب الرياضية التي لوحظت في سين سان دوني في فرنسا^(٢) ، نتيجة وضع برنامج متكامل بين وزارتي الداخلية والشباب والرياضة يشمل اتباع نهج شامل لمنع ومكافحة الشغب والعنف في الملاعب الرياضية. وهذه التجربة تتعلق ب ٢٦ الإدارات بالإضافة إلى باريس ، تم خلالها تطبيق نفس البرنامج على جميع الممارسين للرياضة الهواة وفقا للاحتياجات المحددة ، ومساعدة الإدارات الأخرى على تطوير نهج الوقاية ومكافحة العنف في الرياضة. ويشمل ذلك وضع ضوابط شرطة في أماكن ممارسة الرياضة

(١) - Lan TAYLOR, Class violence and sport, Sport – culture and the modern state, Edited by M.Lwlelon and Gruean, London. ١٩٧٩, p. ١٣٣.

(٢) - Instruction n° ٠١-٠٨١ JS du ١٢ avril ٢٠٠١, mise en oeuvre de la démarche de prévention et de lutte contre la violence dans le sport, NOR : INTK٠١٠٠١٢٧C, BOJS n° ٥, ٣١ mai ٢٠٠١.

ومديرية ومركز الشباب بالتعاون مع الوكلاء المحليين للوساطة الاجتماعية من أجل التوعية والوقاية من جرائم الشغب والعنف في الملاعب الرياضية يقوم بالملاحظة والتجربة في وضع أساليب مواجهة هذه الظاهرة الإجرامية ويشمل :

- i. العمل في شراكة كجزء من العقود الأمنية المحلية المقدمة إلى الرياضة.
 - ii. نظام للرصد والإنذار والوقاية لاستباق جرائم الشغب والعنف في الملاعب الرياضية.
 - iii. الدعم التعليمي للعملية من خلال التدابير المناسبة لمواجهة هذه الظاهرة ، بما في ذلك إدماج الأنشطة البدنية والرياضية.
 - iv. تدريب الموظفين وأصحاب المصلحة المحليين.
- وبالتالي سوف نوضح ماهي التدابير الاحترازية والوقائية التي يمكن تطبيقها لمواجهة ظاهرة عنف وشغب الملاعب الرياضية التي تشمل أتباع مجموعة من الإجراءات والقواعد التي تشمل برنامج متكامل لمكافحة الشغب والعنف في الملاعب الرياضية وذلك على النحو التالي.

ثالثاً. أنواع التدابير الاحترازية لمواجهة ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية:

١. تدبير الحرمان من دخول الملاعب :

ويقصد بالحرمان هنا هو منع الشخص المحكوم عليه في قضايا شغب الملاعب من حضور في المستقبل إلى الملاعب الرياضية بمثابة تدبير احترازي وقائي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي الذي له أن يأمر بتطبيقه إذا رأى ذلك

مناسبة لحماية الأمن العام ، يهدف إلى تفادي الخطورة الاجرامية للشخص المذان من احتمال ارتكابه لجريمة اخرى جديدة في المستقبل.

مثال علي ذلك ما نص عليه المشرع المغربي في قانون رقم ٠٩,٠٩ لسنة ٢٠١١ الخاص بشغب الملاعب في المادة ٣٠٨ الفقرة ١٨ على أن يجوز للمحكمة أن تحكم ، علاوة علي العقوبات المنصوص عليها في المادة ٣٠٨ من الفقرة الاولى إلي الفقرة الثانية عشر من هذا القانون علي الشخص المذان بالمنع من حضور المباريات والتظاهرات الرياضية لمدة لا يمكن أن تتجاوز سنتين مع إمكانية شمول هذا التدبير بالنفاذ المعجل. ويجوز للمحكمة أيضا إلزام المعني بالأمر بملازمة محل إقامته أو مكان اخر ، أو تكليفه بالتردد علي مركز الأمن أو السلطة المحلية. وذلك خلال وقت إجراء المباريات أو الأحداث الرياضية التي منع من حضورها.

وتبلغ النياية العامة قرار المنع من حضور المباريات أو الأحداث الرياضية إلى السلطات والهيئات المشار إليها وهي السلطة الحكومية المكلفة بالرياضة أي وزارة الرياضة والجامعات والاندية الرياضية واللجنة المحلية لمكافحة العنف بالملاعب والسلطات والقوات العمومية وضباط الشرطة القضائية كل فيما يخصه بتنفيذ المقررات الصادرة عن المحكمة بالمنع من حضور المباريات أو المناسبات الرياضية^(١). وذلك كتدبير وقائي للحماية من الخطورة الإجرامية. واحتمال ارتكاب أعمال العنف والشغب في المستقبل.

(١) - المادة ٣٠٨ الفقرة ١٨ و ١٩ من القانون المغربي لمكافحة الشغب في الملاعب ، رقم ٠٩ - ٠٩ لسنة ٢٠١١.

وكذلك يتلقى مثيرو الشغب في القانون البولندي عقوبة الحرمان من دخول الملاعب أو الذهاب لأقسام الشرطة خلال أوقات إقامة المباريات ليقبوا هناك لمدة ساعتين ، فضلا عن مواجهتهم عقوبة السجن لمدة تصل لأكثر من ثلاثة أعوام في حال حملهم مواد كحولية وأسلحة خلال المباريات أو إلقاء بعض الأشياء داخل الملاعب.

وقد أقر مجلس «الدوما» الروسي ، في ٩ ابريل ٢٠١٣ مشروع قانون لمكافحة شغب الملاعب ، وذلك من أجل ضمان السلامة العامة في الأحداث الرياضية ، حيث يقضي بمنع المشجعين الذين يمارسون العنف من دخول الملاعب لمدة عام. وتفرض غرامة على المشجعين الذين يمارسون العنف قدرها ٣٢ دولارًا مرة واحدة ومنعهم من حضور المباريات لمدة تتراوح من شهر إلى ستة أشهر ، وإذا أدى سلوك المشجع إلى عرقلة سير المباراة ، فإن العقوبة سوف ترتفع إلى ٦٤ دولارًا ، وربما تتضمن السجن لمدة ١٥ يومًا ، مع منعه من حضور المباريات لمدة عام. وسوف يؤدي تجاهل حظر حضور المباريات إلى فرض غرامات تصل إلى ١٦٠ دولارًا أو السجن لمدة ١٥ يومًا.

وبالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص^(١) على تدبير الحرمان من دخول للملاعب كعقوبة تكميلية جوازية للقاضي يمكن أن يتعرض لها المدان بالمتع من دخول المنشآت الرياضية لمدة لا تتجاوز خمس سنوات. ويعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ستة أشهر وبغرامة كم ٥٠،٠٠٠ د.ج إلى ١٠٠،٠٠٠ د.ج ، كل من دخل المنشأة الرياضية خارقاً لمنع من الدخول.

أما بالنسبة لموقف المشرع الفرنسي فقد نص على أنه بالإضافة إلى العقوبات الأخرى يجوز حظر دخول الشخص المدان في أعمال شغب وعنف أو أن يذهب

(١) - المادتين ٢٤٨ و ٢٤٩ من القانون الجزائري المتعلق بتنظيم الانشطة البدنية والرياضية وتطويرها الصادر في ٢٣ يوليو ٢٠١٣.

إلى القرب من طريق يؤدي إلى مكان الحدث الرياضي أو التواجد في الأحداث الرياضية ، ويصبح الحظر وجوبي في حالة العود اي تكرار الجرائم ، وانتهاك لهذا الحظر يشكل جريمة يعاقب عليها بغرامة من ٣٠,٠٠٠ يورو والسجن لمدة عامين في حالة مخالفة ذلك بالتواجد في حدث رياضي ، علي الرغم من ابلاغه بقرار السلطة المعنية وبالنسبة للأجانب ، الحظر المفروض على الأراضي الفرنسية. ويتوافر المسؤولية الجنائية للأشخاص الاعتباريين في هذه الحالة. ومعني ذلك أن المشرع الفرنسي قد نص علي نوعين من تدابير الحرمان وهما كالتالي :

- I. الحظر الجوازي كتدبير احترازي : في حالة ما إذا ادين الشخص في أعمال شغب وعنف في المناسبات والاحداث الرياضية لأول مرة.
- II. الحظر الوجوبي كتدبير احترازي : في حالة العودة أي تكرار الشخص ارتكاب جرائم الشغب والعنف في الملاعب الرياضية.

وقد نصت الاتفاقية الأوربية لمكافحة شغب وعنف الملاعب الرياضية وخاصة في ملاعب كرة القدم الصادرة في ١٩ اغسطس عام ١٩٨٥ ، في المادة الثالثة الفقرة D منه على^(١) تدبير الاستبعاد والحرمان من دخول المباريات والملاعب أو منع الوصول إلى أماكن الاحداث الرياضية ، لكلاً من المحرضين المحتملين من ارتكاب أعمال الشغب والعنف والأشخاص الذين تحت تأثير الكحول أو المخدرات.

٢. تدبير تفتيش الجماهير :

(١) - La Convention européenne du ١٩ août ١٩٨٥, Sur la violence et les débordements de spectateurs lors de manifestations sportives, et notamment de matches de football – L'art. ٣ - D.

من ضمن التدابير الوقائية الهامة في مجال تحقيق أمن وسلامة المناسبات الرياضية ومكافحة ظاهرة شغب الملاعب الرياضية تفتيش الجماهير عند دخولهم إلى الملاعب وحجز كل الأدوات التي من شأنها أن تساعد علي اندلاع أعمال الشغب والعنف مثل العصي والقوارير والشماريخ وغيرها من الوسائل الأخرى. وقد نص المشرع الفرنسي في قانون الرياضة على أن يجوز للرجال الأمن تفتيش الجماهير وهو هنا تفتيش وقائي من أجل ضمان أمن وسلامة الجماهير وتأمين المناسبات الرياضية.

وكذلك نصت الاتفاقية الاوربية لمكافحة شغب والعنف في الملاعب الرياضية وخاصة في في ملاعب كرة القدم الصادرة في ١٩ أغسطس عام ١٩٨٥ ، المادة الثالثة الفقرة F منه علي أن تفتيش الجماهير بقصد منع وحظر إدخال من قبل المشاهدين المشروبات الكحولية في الملاعب. وكذلك منع وحظر بيع وأي توزيع المشروبات الكحولية في الملاعب، والتأكد من أن جميع المشروبات المتاحة آمنة.

٣. المراقبة الإلكترونية للملاعب الرياضية :

المراقبة الإلكترونية للملاعب الرياضية يقصد بها وضع نظام أمني إلكتروني للمراقبة مستحدث يشمل العديد من الأدوات والبرامج الإلكترونية لتأمين الملاعب والمنشآت الرياضية ومن ضمنها أجهزة الإنذار للكشف عن الأدوات الممنوع دخولها ، وكذلك الكاميرات المتحركة والتي تسهل في معرفة العناصر المتسببة في أعمال الشغب والعنف في الملاعب الرياضية ، خاصة في ظل الاعداد الكبيرة من المنفرجين والذي يقدر أحيانا بالآلاف مما يجعل من الصعوبة بمكان التعرف على الفاعل بالوسائل التقليدية للبحث الجنائي ، لذلك تعتبر الوسائل الإلكترونية وخاصة

الكاميرات المتحركة دور كبير في التأمين من خلال الصور الفوتوغرافية التي يتم التقاطها وذلك عن طريق تحليل أشرطة الفيديو التي تصور أحداث الشغب والعنف.

وقد نص المشرع المشرع الجزائري^(١) على الاستعانة بالوسائل الحديثة لمراقبة الجماهير كتدبير وقائي فنص على أن تستعمل تسجيلات كاميرات الفيديو والأنظمة الأخرى للمراقبة المنصبة في المنشآت الرياضية لأسباب أمنية وحفظ النظام وكذا ورقة المقابلة التي يحررها الحكام وتقرير المندوب الرسمي للمنافسات الرياضية ، وكذلك استخدام هذه الوسائل في التعرف على مرتكبي المخالفات مما يسهل في القبض عليهم.

وكذلك استخدام نظام طائرة المراقبة ، هي عبارة عن طائرة مروحية تعمل بنظام ال جي بي إس تقوم بمراقبة وتصوير الجمهور في الأحداث الرياضية وتجمعات الشغب وتنقل الأحداث مباشرة وتسجلها للمتحكم وغرفة العمليات بما يخدم الشرطة ، على أن تقوم بعمليات أساسية كالاستطلاع والتسجيل بما لا يؤدي الأفراد ، وما يميزها أيضاً قدرة بطايرتها للعمل لمدة ساعة من الزمن ، حيث إن مثل هذه الطائرات تعمل لمدد طويلة.

بالإضافة إلى أن طائرة المراقبة إذا انقطع الإرسال معها لأي سبب كان فإنها تعود وحدها بأمان إلى المكان الذي انطلقت منه ، كما يمكن من التحكم بها عن طريق الهاتف ، وطائرة المراقبة تعتبر تطور في عمل وفلسفة الشرطة في رصد المشاغبين فإنها تضمن السيطرة عليهم ، لاسيما وأن المشاغبين في الملاعب والذين

(١) - المادة ٢٥٠ من القانون الجزائري المتعلق بتنظيم الانشطة البدنية والرياضية وتطويرها الصادر في ٢٣ يوليو ٢٠١٣.

يتسببون بالأذى للآخرين والاعتداء على المنشآت والممتلكات لا يمكن متابعتهم فقط من خلال أفراد الشرطة لأنهم يتخفون في الصفوف الخلفية التي لا تصل إليها أنظار الشرطة ، لذا فإن طائرة المراقبة تستطيع من خلالها أجهزة الشرطة ومن مرتفعات مختلفة ، مراقبة الملاعب أثناء الاحداث والمناسبات الرياضية.

وبالتالي تستطيع من خلالها الشرطة مراقبة الجمهور والمشاعيين ورصد توقعاتهم وردود أفعالهم ، فضلاً عن التأكيد للجمهور بأن الشرطة مسيطرة ولديها آليات الضبط والمتابعة عبر تقنيات حديثة مما يجعل المشاعب يصرف النظر عن أية فكرة سيئة لأنه يعلم جيداً أنه مرصود وبذلك يكون قد تحقق هدف الوقاية والردع ومنع وقوع حوادث الشغب والعنف في الملاعب الرياضية.

ومثال على ذلك دول بولندا فقد أقرت قانوناً لمواجهة شغب الملاعب عام ٢٠١١ استعداداً لاستضافة كأس الأمم الأوروبية يسمح بالمراقبة الالكترونية لمثيري الشغب - الهوليجانز - من مشجعي كرة القدم ، على أن يتم إجراء المحاكمات بشكل فوري في الاستادات نفسها حيث سيمثل المشتبه بهم أمام قاض سيكون متصلاً من خلال شاشة بالاستاد نفسه وذلك لسرعة المحاكمة وتوقيع الجزاء الجنائي المناسب مما يحقق الردع العام في مواجهة هذه الظاهرة الإجرامية التي تهدد المناسبات والاحداث الرياضية.

٤. الغرامات المالية :

تعتبر جرائم الشغب في الملاعب الرياضية ، مجالاً خصباً ومناسباً لتطبيق الغرامات المالية وعلي الرغم من الغرامات المالية من العقوبات إلا أنه يمكن

الاستفادة من الغرامات المالية بإعتبارها عامل ردع ووقاية لمواجهة هذا النوع من الجرائم ، بإعتبار أن أغلب المشاغبين يكونوا من الحدث الذين لايزالون يتابعون دراستهم ، أو طلاب جامعات ، تدفعهم أسباب لحظية ، كهزيمة فريقهم المفضل بنتيجة ثقيلة أمام غريمه التقليدي ، إلى ارتكاب أفعال لايقدرن جسامتها ، فيصبح مستقبلهم معرضا للضياع نتيجة قضاءهم لعقوبات سالبة للجربة ، والتي ستؤثر ، لا محالة ، على اندماجهم في المجتمع ، فتنحول الصورة من شاب له حظوظ في المساهمة في قاطرة التنمية في أسرته ، وفي بلده ، إلى شاب يشكل عبء على أسرته ، وعلى الدولة ككل ، ويعرقل مسيرة التنمية بهما.

ويشير هنا إلي أن المشرع البولندي في قانون مواجهة الشغب الصادر في عام ٢٠١١ ، فرض غرامة مالية لا تقل عن ٦٠٠ دولار على أي شخص يهرب كحولييات إلى داخل الاستاد ، بينما يواجه أي شخص يحمل آلة حادة إلى داخل الاستاد عقوبة الحبس أو دفع غرامة مالية قيمتها ثلاثة ٩٠٠ دولار.

أما بالنسبة للمشرع المغربي فقد نص على الغرامات المالية ضمن القانون رقم ٠٩،٠٩ لسنة ٢٠١١ كعقوبة أصلية للمشاغبين في المباريات الرياضية أو بمناسبتها ، فالانخفاض من ذمتهم المالية بواسطة هذه الغرامات ، سيمثل عامل ردع لعدد منهم ، من العودة إلى ارتكاب هذه الجرائم ، دون الحاجة إلى إرهاب الدولة وموردها ، من خلال ما يترتب عن العقوبات السالبة للحرية من آثار سلبية ، فهذه الأخيرة ، وإن كانت لها رهبة وأثر في نفوس الأفراد ، أكثر من ما تترك الغرامات المالية ، إلا أنها تشكل عبء على كاهل الدولة ، بإعتبار ما تتحمله من تكاليف نقل ومعيشة وعلاج ومبيت للسجناء ، وتوفير المباني والمنشآت المناسبة لذلك ، في ظل ما يعرفه المغرب من أزمة اكتظاظ السجون.

لكن ما يلاحظ من ذلك ، هو أن المشرع المغربي حاول أن يراعي المرجعية القوية للمشاغبين في الملاعب الرياضية ، وللذين ينحدرون ، في الغالب ، من

أسر فقيرة ، أو محدودة الدخل ، لذلك قام بالنص على غرامات تبقى ذات طبيعة مالية متوسطة ، بحيث نجد أن الحد الأدنى المقرر للغرامات المالية في هذا القانون المغربي لشغب الملاعب الرياضية هو ١٢٠٠ درهم ، أما الحد الأقصى للغرامات المالية فيصل إلى مبلغ ٥٠,٠٠٠ درهم ، والتي يعاقب بها المسؤولون على تنظيم المباريات الرياضية ، والذين لم يتخذوا التدابير المنصوص عليها في القانون رقم ٠٩,٠٩ لسنة ٢٠١١ ، وفي القوانين التنظيمية الأخرى ، أو أهملوا أو تهاونوا في اتخاذها ، ونتج عن ذلك أعمال عنف.

هذا ويحدد المشرع المغربي قيمة الغرامات المالية في حدها الأدنى أو حدها الأقصى في هذا القانون وفقا لشروط وعوامل محددة علي النحو التالي :

أ. استنادا إلي مدى خطورة الأفعال المرتكبة.

ب. وتأثيرها على النظام العام.

ت. والهدف من تلك الأفعال ، وهو ما يجعل المشاغبين في الملاعب الرياضية يفكرون ألف مرة قبل الإقدام على ارتكاب أفعال إجرامية. ومها يكن ، فإن العقوبات السالبة للحرية والغرامات ، تبقى في حد ذاتها غير كافية لمواجهة ظاهرة الشغب في الملاعب الرياضية ، هذا ما جعل المشرع المغربي يسن عقوبات وتدابير احترازية أخرى إضافية من خلال القانون رقم ٠٩/٠٩.

٥. المصادر :

لقد نص المشرع المغربي على هذا التدبير العيني من خلال المادة ٣٠٨-١٥ من القانون رقم ٠٩,٠٩ لسنة ٢٠١١ ، والهدف منه هو تجريد المشاغبين أثناء المباريات الرياضية أو بمناسبةها من الوسائل والأدوات المادية التي استعملها في ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ، وذلك حتى لا يعيد استخدامها مرة أخرى في ارتكاب جرائم جديدة ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى ، حرمانهم من

تحقيق الأرباح نتيجة هذه الجرائم ، وهو ما تنبه له المشرع المغربي من خلاله النص على أن المصادرة تشمل أيضا المنح ، وغيرها من الفوائد ، التي كوفئ بها مرتكبي جرائم الشغب في المباريات الرياضية ، أو كانت معدة لمكافأتهم .

ويشير ذلك إلى أن مصادرة الأدوات والمعدات والأجهزة التي استخدمت في ارتكاب هذه الجرائم ، تتم شريطة إثبات ملكيتها من طرف مقترفيها ، ما لم يتعلق الأمر بحظر حيازتها من طرف القانون ، والحيازة قرينة على ملكية المال ، إلى أن يثبت العكس. لكن ما يلاحظ على صياغة المادة ٣٠٨-١٥ من القانون المغربي ، هو أنها جاءت على صيغة الجواز ، وليس الوجوب ، حيث أنها عقوبة تكميلية جوازية وبالتالي يبقى الأمر موكول للقضاء في إطار سلطته التقديرية ، لتحديد ما يجب مصادرته ، وما لا يجب مصادرته .

٦. إسقاط العضوية عن أعضاء مجلس الإدارة للنادية الرياضية

أصبحت عضوية مجالس إدارات الاتحادات الرياضية على المستوى الدولي أو الإقليمي أو المحلي محط أنظار كبار الشخصيات من خارج الأوساط الرياضية ، لما تمثله من مراكز قوة من ناحية ، ومن ناحية أخرى فهي مجال خصب للكسب المادي ، أو الشهرة لمن يرغب في الوصول إلى مراكز سياسية أو اجتماعية ، حيث يتضح أن أخبار وصور أعضاء الاتحادات الرياضية تظهر في الصحف اليومية أكثر من أخبار وصور رؤساء وزراء أو الوزراء أنفسهم. ويلاحظ أن هناك ظاهرة سيطرة أعضاء معينين على الاتحادات بشكل يسريرون دفة الأمور حسب مصالحهم الشخصية في بعض الدول ، الأمر الذي يؤدي إلى عدم الحياد في اتخاذ القرارات خاصة ما يتعلق بالعقوبات والجزاءات ، وكذلك استخدام أكثر من مقياس للمشكلة الواحدة وتباين القرارات وتناقضها، في القضايا المشابهة ، بالإضافة إلى تجاهل القوانين والنوائح والأنظمة وعدم تطبيق نصوصها ، كذلك تسييس المواقف الرياضية وأعطائها أضعاف حجمها الطبيعي ، لتسجيل مواقف أو

لتغطية فشل ما ، هذا بالإضافة إلى لجوء بعض مجالس الإدارات الرياضية للعداء للفرق أو الأندية وإصدار التهديدات المباشرة وغير المباشرة ، ومحاولة إبعاد الأندية المناوئة أو المنافسة أو تجاهلها^(١) ، الأمر الذي يكون سبب في زيادة حالات الشغب والعنف في الملاعب الرياضية كنتيجة لهذه التصرفات والصراعات حتى بين أعضاء مجلس الاتحاد الواحد.

وبناء على ذلك نجد أن المشرع المصري قد نص في المادة ٦٥ من لائحة النظام الأساسي للنادي الرياضي في مصر الصادرة بقرار من رئيس المجلس القومي للرياضة رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠٨ ، على أنه إذا ارتكب عضو من أعضاء المجالس الإدارية للنادي الرياضية في مصر أفعال من شأنها الإخلال بالأمن أو تعطيل سير المباريات أو الأنشطة الرياضية أو الاعتداء بالقول أو بالفعل على أحد الرياضيين أو تعمدته تعطيل سير العمل بأحد الهيئات الرياضية. ، فإنه يتم إسقاط العضوية له ولكن بناءً على طلب أي من :

i. ثلثي أعضاء مجلس الإدارة.

ii. ربع عدد أعضاء الجمعية العمومية.

iii. الجهة الإدارية المختصة.

أما في الجزائري فإنه المشرع الجزائري ينص على أن يجوز للوزير المكلف بالرياضة اتخاذ التدابير الضرورية لترقية وحماية أخلاقيات الرياضة وذلك بالتنسيق مع اللجنة الوطنية الأولمبية والاتحادات الرياضية الوطنية الجزائرية ، وكذلك الهيئات المؤهلة لذلك. فيمكن للوزير المكلف بالرياضة أيضا في حالة ارتكاب أخطاء جسيمة تترتب عليها مسؤولية الاتحادات والهياكل المنضمة إليها وكذا

(١) - د. محمد خير علي مامسر ، المرجع السابق ، ص ٢٧٧.

مسئولية مسيرتها ، أن يقرر بعد أخذ رأي المرصد الوطني الجزائري للرياضة اتخاذ التدابير التأديبية أو التحفظية الاتية أو بعضها وهي كالتالي^(١) :

- i. التوقيف المؤقت لأنشطة الاتحادية الرياضية الوطنية أو الرابطة أو النادي الرياضي.
- ii. التوقيف المؤقت أو الإقصاء لعضو أو أعضاء الأجهزة المسيرة للاتحادية الرياضية الوطنية أو الرابطة أو النادي الرياضي.
- iii. وضع إجراءات تسيير خاصة ومؤقتة من أجل ضمان استمرارية أنشطة الاتحادية الرياضية الوطنية أو النادي الرياضي.

٧. حل الشخص المعنوى :

يعتبر حل الشخص المعنوى تدبير وقائي وهو نفس الوقت اقرار بالتبعية بالمسئولية الجنائية للشخص المعنوى ، لمواجهة حالات مخالفة أو دعم أنشطة العنف والشغب في الملاعب والمناسبات الرياضية. والأشخاص المعنوية التي يمكن أن تشملها عقوبة الحل ، هي جمعيات وأنصار الفرق الرياضية ، والتي يثبت تورطها في جرائم الشغب والعنف في المناسبات الرياضية ، والتي تظهر في صورة ضلوع أعضاء هذه الجمعيات في هذه الجرائم ، ومثال على ذلك ، كأن تقوم هذه الجمعيات بإصدار بيانات تحرض على العنف أثناء مباراة في كرة القدم، سواء ضد أشخاص معينين ، أو ضد جمهور الفريق الخصم ، أو ضد السلطات الأمنية. وبالتالي يتم حلها ، وذلك كعقوبة تكميلية جوازية إضافية ، تنطق بها المحكمة إلى جانب العقوبات الأصلية التي أفردها لأعضائها.

(١) - المجلة القضائية الجزائرية ، قانون رقم ٠٤ - ١٠ الصادر في ١٤ اغسطس ٢٠٠٤ ، ويتعلق بالتربية والرياضية ، المادة ١٠٣. المعدل بالقانون الصادر في ٢٣ يوليو ٢٠١٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وقد نص المشرع المغربي على تدبير حل الشخص المعنوي كعقوبة تكميلية جوازية ، من خلال القانون رقم ٠٩/٠٩ لسنة ٢٠١١ ، وبالضبط المادة ٣٠٨ الفقرة ١٧ منه، والذي يكيف كعقوبة تكميلية جوازية ، إذا تقرر توقيعه جوازاً من طرف المحكمة في حالة صدور حكم بالإدانة من أجل الجرائم المتعلقة بهذا القانون ، وبالتالي يبقى للقضاء السلطة التقديرية في القول بهذه العقوبة من عدمه ، وذلك متى ثبت تورط أشخاص معنوية في جرائم العنف المرتكبة في الملاعب الرياضية أو بمناسبةها، أو أثناء بثها في الأماكن العمومية.

وعلى العموم ، فإن إقرار المشرع المغربي من خلال القانون رقم ٠٩/٠٩ كعقوبة حل الشخص المعنوي، كعقوبة تكميلية جوازية إضافية ، يعني إقراره للمسئولية الجنائية للشخص المعنوي ، متى ثبت تورطه في ارتكاب إحدى الجرائم التي تم النص عليها في هذا القانون ، والهدف من ذلك هو منعه من مواصلة نشاطه الاجتماعي ، والذي أصبحت له آثار سلبية على المجتمع. ويتضح لنا أن حل الشخص المعنوي ، يسري حتى لم تم تغيير اسم هذا الأخير، وتم إسناد مهمة الإشراف عليه لمديرين وأعضاء مجالس الإدارات أو غيرهم من الأشخاص الآخرين ، وذلك قبل صدور الحكم بالإدانة ، والذي قضى بالحل كعقوبة تكميلية جوازية إضافية ، والتي لا تعتبر هي العقوبة الإضافية الوحيدة ضمن القانون رقم ٠٩/٠٩ ، بل توجد إلى جانبها عقوبة نشر الأحكام الصادرة في قضايا العنف في المناسبات والأحداث الرياضية.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على تدبير سحب تفويض وزير الرياضة لهذه الاتحادات بالخدمة العمومية ، فقد نص في المادة ٩٥ من قانون تنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها رقم ١٣ - ٠٥ لسنة ٢٠١٣ على أن يسحب تفويض الخدمة العمومية أو الاعتراف بالمنفعة العمومية والصالح العام ،

لاسيما في حالة ثبوت وجود اختلالات ونقائص بينة تضر بتطوير الاختصاص أو الاختصاصات الرياضية. ويترتب عن سحب تفويض الخدمة العمومية أو الاعتراف بالمنفعة العمومية والصالح العام تعليق كل الإعانات العمومية لهيكل التنظيم والتشيط الرياضي المعني. وتضمن الاتحادات الرياضية الوطنية في الجزائر مهام الخدمة العمومية لاسيما :

- i. . . الوقاية من العنف والآفات الاجتماعية وكافحتها بالتعاون مع السلطات العامة بالدولة.
- ii. . . الوقاية من تعاطي المنشطات ومكافحتها طبقا للتشريع والتنظيم الساري المفعول.
- iii. . . المشاركة في ترقية الأخلاقيات الرياضية.
- iv. . . وكذلك احترام مبادئ وقواعد الحكم الراشد ، والالتزام بتنفيذها وغيرها من الالتزامات الاخرى المنصوص عليها في المادة ٩١ من هذا القانون.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص وفقا للمادة ٣٣٢ - ١٨ من قانون الرياضة^(١) ، بأنه يجوز حل أو وقف نشاط الجمعيات والروابط لمدة ١٢ شهراً ، وذلك بعد أخذ رأي اللجنة الوطنية للوقاية من العنف وذلك في حالة إذا ارتكب أثناء اجتماع أو حدث رياضي أو بمناسبةه أفعال شغب أو عنف ضد الافراد أو الممتلكات ، أو التحريض علي الكراهية أو التمييز ضد الأشخاص بسبب الأصل أو

^١ - Conseil d'État, ٢ème et ٧ème sous-sections réunies, ٠٩/١١/٢٠١١, n° ٣٤٧٣٥٩, Publié au recueil Lebon. Considérant que les requêtes de l'ASSOCIATION "BUTTE PAILLADE ٩١" et de M. B...demandent l'annulation du même décret ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision.

الجنس أو الدين أو الانتماء العرقي ، ويتم قبل الحل أو الايقاف استدعاء ممثلو هذه الجمعيات أو الروابط وسماع أقوالهم امام اللجنة الوطنية لمكافحة العنف الرياضي.

٨. نشر الأحكام الصادرة في قضايا شغب وعنف في الملاعب

الرياضية:

يعتبر نشر الأحكام الصادرة في قضايا شغب وعنف الملاعب الرياضية من العقوبات التكميلية الجوازية ، والتي نصت عليها المادة ٣٦ من القانون الجنائي المغربي، ونصت عليها كذلك المادة ٣٠٨-١٦ من القانون رقم ٠٩،٠٩ لسنة ٢٠١١ المغربي ، والذي أشار إلى أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بنشر الاحكام القضائية الصادرة في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون ، والقاضية بالإدانة.

وقد أحالت المادة ٣٠٨-١٦، على المادة ٤٨ من القانون الجنائي المغربي ، بخصوص آليات نشر هذه الأحكام ، والذي يتحدث عن طريقتين لنشر الأحكام في القانون الجنائي المغربي ، والتي يتحمل نفقتها المحكوم عليه ، والتي تتم في الصور التالية :

أ. عن طريق الصحافة : من خلال نشر الحكم الصادر بالإدانة في صحيفة أو عدة صحف ، يتم تعيينها من طرف المحكمة المصدرة لها، والتي تقوم بتحديد صوائر النشر؛

ب. عن طريق التعليق : عن طريق تعليق الحكم الصادر بالإدانة في أماكن تعيينها المحكمة المصدرة لها ، على ألا تتجاوز مدة التعليق شهر واحد، كأن أن يتم تعليقه في أبواب الملاعب.

ت. ولم يكتفي المشرع المغربي، من خلال القانون ، بهاتين الطريقتين التقليديتين، بل وسع دائرة طرق نشر مقررات الإدانة، وذلك عن طريق بثها بمختلف وسائل الإعلام السمعية البصرية ، وهنا نتحدث، بالخصوص، عن القنوات التلفزيونية ، والمحطات الإذاعية ، وبالتالي واكب المشرع المغربي تطورات العصر في نشر الأحكام.

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد نص في قانون الرياضة الفرنسي^(١) على عقوبة الحل للشخص المعنوي مع المصادرة والحظر للشركات والمؤسسات التي ترتكب أفعال جنائية تناقض الشرف والأخلاق ومنها طبعاً المبادئ الخاص بممارسة الرياضة.

٩. إنشاء لجنة وطنية لمكافحة ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية :

لمكافحة ظاهرة العنف والشغب في الملاعب الرياضية وكتدبير وقائي لأبد من تأسيس لجنة وطنية تنفيذية تعمل على الوقاية من العنف والشغب في المنشآت الرياضية وتتبع منها مجموعة من اللجان الفرعية. وتكلف اللجنة الوطنية لمكافحة العنف والشغب في الملاعب الرياضية بما يلي :

I. دراسة كل التدابير الرامية إلى الوقاية من العنف والشغب في المنشآت الرياضية ومكافحته.

II. اقتراح التدبير والسياسات والسهر على تنفيذها.

(١) - Code du Sport, Art. L. ٢٢٢ - ١١., L. n°٢٠١٠ - ٦٢٦ du ٩ juin ٢٠١٠, art. ١^{er}.

III. التعاون مع القطاعات والهيئات المهمة بهذا المجال والعمل على التشاور معها.

هذا وقد نص المشرع الجزائري على إنشاء لجنة وطنية تنفيذية للوقاية من العنف في المنشآت الرياضية في المادتين ٢٠٥ و ٢٠٦ في قانون تنظيم الأنشطة البدنية والرياضية وتطويرها رقم ١٣ - ٠٥ ، الصادر في ٢٣ يوليو ٢٠١٣. لذلك نرى ضرورة أن ينتهج المشرع المصري والمشرع في الدول العربية هذا النهج الذي انتهجه المشرع الجزائري بإنشاء لجنة وطنية تختص بمكافحة ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية.

وقد ساير المشرع الجزائري المشرع الفرنسي حيث في فرنسا وفقا لقانون الرياضية والمرسوم الصادر في ٢ أكتوبر ٢٠٠٠ بإنشاء لجنة وطنية للوقاية ومكافحة جرائم العنف الرياضي في فرنسا^(١). وتعمل اللجنة كمرصد وطني في لجرائم الشغب والعنف الرياضي وكيفية مواجهتها^(٢). ولكن المشرع الفرنسي وبناء على المرسوم رقم ٦٧٢ لسنة ٢٠٠٦ الصادر في ٨ يونيو ٢٠٠٦ ، والذي حدد مدة خمس سنوات كحد اقصى لعمل اصلاحات ودمج العديد من الجان في المجال الرياضي وبناء على ذلك فتم الغاء لجنة الوقاية ومكافحة العنف في المجال الرياضة بالمرسوم الصادر في ١٤ مايو ٢٠٠٩. واصبحت بعد الدمج يطلق عليها المرصد وطني للرسوم المتحركة والرياضة.

(١) - L'arrêté du ٢ octobre ٢٠٠٠, portant création d'une Commission nationale de prévention et de lutte contre la violence dans le sport.

(٢) - Code du sport, Art. A. ١٤٢ - ٤٣, abrogé par Arr. du ٣٠ janv. ٢٠١٥, art. ١^{er} - III.

المشروع المقترح لقانون مواجهة شغب الملاعب الرياضية

بات واجباً على الدول العربية وضع قانون لمواجهة صور شغب وعنف الملاعب ، وذلك تحت مسمى قانون تنظيم الأحداث الرياضية ، حيث يهدف بذلك إلى حماية المجتمع وكذلك المشاركين في المباريات والمناسبات الرياضية بالإضافة إلي الحفاظ على المنشآت والملاعب الرياضية.

حيث يتضمن القانون الجديد مجموعة من الجرائم المتعددة والمختلفة تتراوح فيها بين الغرامة والحبس والسجن ، وذلك على النحو التالي :

جريمة الهتاف بالسباب

يتضمن القانون الجديد عقوبات بالحبس مدة لا تزيد عن ٦ أشهر وغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تزيد عن ١٠٠٠٠ جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين لكل من سب أو قذف أو أهان بالقول أو الصياح أو الإشارة شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً أو حض على الكراهية أو التمييز العنصري بأي وسيلة من وسائل الجهر والعلانية في أثناء أو بمناسبة الحدث الرياضي.

جريمة اقتحام الملاعب

يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن ٣ أشهر وغرامة لا تقل عن ٣٠٠ جنيه ولا تزيد عن ١٠٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من دخل أو حاول الدخول إلى مكان حدث رياضي دون أن يكون له الحق في ذلك.

جريمة حيازة الشماريخ والمخدرات

يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وغرامة لا تقل عن ١٠٠٠٠ جنيه ولا تزيد عن ٣٠٠٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، كل من دخل أو حاول الدخول إلى مكان الحدث الرياضي أو أي هيئة أو منشأة رياضية وهو حائز أو محرز أو متعاط مسكراً أو مخدراً ، أو كان حائزاً أو محرزاً ألعاب نارية أو مواد حارقة أو قابلة للاشتعال أو صلبة ، أو أي أداة يكون من شأن استخدامها إيذاء الغير أو الإضرار بالمنشآت والمنقولات.

جريمة استخدام الشماريخ

يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر وبغرامة لا تقل عن ٢٠٠٠٠ جنيه ولا تزيد عن ٥٠٠٠٠ جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من استخدم ألعاباً نارية أو مادة حارقة أو قابلة للاشتعال أو صلبة، داخل أماكن الأحداث الرياضية وترتب على ذلك إصابة أحد الأشخاص، وتكون العقوبة السجن مدة لا تزيد عن ٥ سنوات إذا نشأ عن الإصابة عاهة مستديمة، وإذا نتج عن استخدام تلك المواد موت المجني عليه يعاقب الفاعل بعقوبة القتل العمد.

الخاتمة

التوصيات :

في نهاية البحث نستطيع القول بأن ظاهرة شغب الملاعب الرياضية هي ظاهرة تقع في الغالب الأعم من مجموعة من الجمهور الغوغائي غير الواعي ، حيث انه ينصرف تصرفات تدل علي سوء السلوك ، وتعصب أعمي ، وطيش والميل إلى السلوك العدواني خاصة في أعمال العنف الجماعي الذي يصل إلى درجة ارتكاب الجرائم تمس أمن واستقرار المجتمع ، وخاصة مع ظهور ظاهرة روابط التشجيع الاولتراس التي تدعو الي التعصب الأعمي في التشجيع وإلى قيام أعضائها بتصرفات عدوانية تخالف تقاليد وأخلاق المجتمع.

يتضح لنا بعد طرح إشكالية البحث لاجابة عن التساؤل التالي وهو ألم تكن النصوص العامة للقانون الجنائي قادرة على الإحاطة بجرائم مكافحة الشغب والعنف في الأحداث الرياضية ؟ وذلك عن طريق الاعتماد على القواعد العامة، أي أنه يمكن وضع حد لهذه الجرائم عن طريق تفسير أوسع للجرائم التقليدية ضد الأموال والأفراد ، هذا مع أخذ الحيطة تجنباً للاصطدام ، مع مبدأ الشرعية في التجريم.

١. اتباع سياسة جنائية عقابية حديثة لمواجهة ظاهرة شغب وعنف الملاعب

الرياضية :

فعدم وجود العقوبة الرادعة للمتسبب في الشغب والعنف ، تأتي على رأس الأسباب التي تقف وراء ظهور ظاهرة شغب الملاعب الرياضية. والحقيقة، أنه ليس من القانون في شيء ، إخلاء سبيل مجرمين من وراء أنشطتهم الإجرامية ، بدعوى صعوبة تكييف النص على الحالة المستجدة ، لذلك فإن القانون الجنائي بنصوصه التقليدية ، لا يتطبق إلا على قواعد تكون في بعض الحالات متجاوزة ، في ميدان التجريم والعقاب ، وغير متناسبة مع خصوصيات بعض الجرائم ، والوسائل التكنولوجية المعتمدة من خلالها ، مما يستوجب تدخل المشرع بقواعد تجريرية جديدة ، تتناسب وخطورة هذه الأفعال الضارة بالمجتمع ، لأن الواقع العملي أثبت أنه من الصعب تطبيق بعض القواعد التقليدية للقانون الجنائي على سائر مظاهر الشغب في الأحداث الرياضية أو بمناسبةها. لذلك يجب أن ينظر إلي ظاهرة شغب الملاعب الرياضية على أنها ظاهرة مرضية اجتماعية ، تعدت مرحلة التصرفات الفردية وانتقلت إلي مرحلة الظاهرة الإجرامية التي تحتاج الي مكافحتها ، حيث يتعذر علاجها وفقاً للقوانين والأنظمة المطبقة حالياً.

وبالتالي وتأسيسا على ما سبق ، فإنه من الضروري على المُشرع العربي وخاصة المُشرع المصري سرعة إصدار نصوص عقابية خاصة ، تستهدف تجريم هذا النوع من الإعتداءات التي تمثل ظاهرة إجرامية لشغب وعنف الملاعب الرياضية.

لذلك نرى ضرورة استحداث قواعد مناسبة في مجال العقاب ، لعدم ملائمة السياسة العقابية الحالية ، مع طبيعة جرائم الشغب والعنف في الملاعب الرياضية. حيث وفقا للبحث ظهرت الحاجة الملحة علي استحداث نصوص خاصة لتجريم القانوني لشغب الملاعب الرياضية ، خاصة وأن النصوص التقليدية للقانون الجنائي غير قادرة علي التعامل مع هذه الظاهرة الاجرامية ، فقد وضعت للتطبيق ، وفقا لمعايير معينة تختلف عن الاساليب الحديثة لإرتكاب ومواجهة ظاهرة شغب وعنف التي تتم في الملاعب الرياضية أو خارجها أو بمناسبةها سواء تم ذلك قبل المباريات أو أثناءها أو بعدها. وذلك مثل سن عقوبات رادعة لمثيري العنف في الملاعب ومنعهم من دخول ومشاهدة المباريات. التأكيد على منع الجمهور الرياضي عند دخوله إلى الملاعب الرياضية من عدم اصطحابه الأدوات التي يمكن استخدامها في أعمال الشغب والعنف داخل الملعب.

وبالتالي عدم الاكتفاء بالجزاء الجنائي في صورة العقوبات فقط ، بل يجب سن التدابير الوقائية الجديدة والفعالة والتي تتناسب وظاهرة الشغب والعنف في الملاعب الرياضية ، كمنع الجماهير المعروفة بشغبها من حضور المناسبات الرياضية ، وغيرها من التدابير الوقائية مثل منع المشجعين التنقل مع فريقها خارج مدينتها ، وهذا التدبير معمول به حاليا في الدوري الأرجنتيني لكرة القدم، أو حصر نسبة الجماهير الفريق الزائر من إجمالي المقاعد داخل الملاعب ، كأن يكون من حق هذه الجماهير الحق فقط في ٥ في المائة من إجمالي مجموع المقاعد، وهذا

الإجراء معمول به في الدوري الإسباني لكرة القدم مثلا، فهذا التدبير سيمكن رجال أمن الملاعب الرياضية من تفادي الاصطدامات بين مجموعات كبرى من المتفرجين ، ويسهل على الأمن حماية جماهير الفرق الزائرة ، هذا دون إغفال تدبير منع القاصرين من دخول الملاعب الرياضية دون أولياء أمرهم ، مع تحميل الهيئات المشرفة على المناسبات الرياضية مسئولية ذلك.

وكذلك وضع حاجز أمني يمنع دخول الجمهور لأرضية الملعب واجتياحه لتعطيل المباراة وحدث اعتداءات على اللاعبين والحكام. وبالتالي يجب وضع خطة طوارئ لإخلاء الجماهير في حالة حدوث أعمال شغب وعنف داخل الملعب ويجب ان تكون معلنة للجميع وخاصة للجماهير.

والحقيقة أن التطور التكنولوجي في وسائل وأدوات المراقبة دور في السيطرة على أعداد الجماهير الكبيرة وخاصة في المبارات الهامة والنهائية وبالتالي يجب الاستعانة بالوسائل الحديثة من أجل الرقابة علي الملاعب الرياضية مثل زيادة نقاط الرقابة التي تصور جميع أركان المدرجات وتعريف المشجعين بذلك كتدبير احترازي لمواجهة الخطورة الاجرامية واحتمال ارتكاب الجريمة ، وكذلك مساعدة أجهزة الأمن والبحث الجنائي في القبض على الأشخاص المحرضين في المدرجات والملاعب الرياضية.

٢. إنشاء مركز القومي لمكافحة ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية :

ضرورة إستحداث مركز قومي أو مرصد متخصص لمكافحة ظاهرة الشغب والعنف في الملاعب الرياضية ، بشتى صوره ؛ وتتمثل مهام هذا المركز في تقديم المساعدات الفنية لضبط هذه الجرائم، حصر ومتابعة المشاغبين ، وإعداد البحوث الفنية والقانونية والعلمية في مجال جرائم الشغب والعنف في الملاعب الرياضية ، مع وضعه لخطط واستراتيجيات للوقاية من هذه الظاهرة الاجرامية ؛ وكذلك الاعتماد

على التقنيات المعلوماتية الحديثة من أجل الارتقاء بمستوى المواجهة الفعالة لظاهرة الشغب ، وذلك في ظل ما تلعب الآن صفحات التواصل الاجتماعي من دور في تأجيج هذه الظاهرة ؛ وتوعية المشجعين بمخاطر ظاهرة الشغب ، وتأثيرها على المجتمع، وصورة الدولة في الخارج ؛ بالإضافة إلى ضرورة خضوع رجال الأمن المكلفين بتأمين المناسبات الرياضية لدورات خاص في هذا المجال ؛ والاستعانة بالمشجعين في تنظيم الأحداث الرياضية ، لقدرتهم على التواصل مع الجماهير ، ومعرفتهم القبلية بالمشاغبيين ؛ فتح قنوات التواصل بين السلطات الأمنية والأندية الرياضية ورابطات المشجعين ، وذلك من خلال عقد لقاءات دورية ، للتنسيق والتشاور حول تنظيم الأحداث الرياضية.

حيث إن ما يحدث بصفة عامة في ملاعبنا من شغب وعنف يعبر عن ثقافة وسلوك مفتعلين الشغب والعنف وخاصة من المشجعين بالدرجة الأولى ، ولكن يبقى جزء من الحقيقة بأن هذا الشغب والعنف أيضا يعد انعكاسا لواقعنا الاجتماعي وأحداثه التي نعيشها كل يوم ، حيث أن ذلك يؤثر على شريحة الشباب التي تستمد أخلاقياتها وسلوكياتها من سلبيات تلك الثقافة ومن الثقافات المستوردة إعلاميا ، لذا لا شك بأن هذا الشغب والعنف سينتقل بدوره إلى الملاعب والمدرجات. ولكن يمكن ضبط تلك الظاهرة والحد من سلوكيات مرتكبيها وذلك من خلال الدراسات والبحوث لهذه الظاهرة الإجرامية ، وبالتالي إمكانية وضع الأساليب القانونية والتربوية المناسبة التي تعمل على زيادة فعالية وسائل الضبط القانوني والاجتماعي والوسائل التربوية المتعددة مما يترتب عليه الأخذ على يد المشاغبيين وتفعيل دور الأمن والقانون.

٣. إدارة متخصصة من الشرطة لأمن الملاعب الرياضية :

بالإضافة إلى ذلك ، يستوجب أن يكون لدى قيادة الشرطة إدارة مختصة بأمن الملاعب أسوة بما هو موجود لأمن المنشآت وأمن المواصلات وأمن السياحة ، ولا

شك في أن وجود مثل هذه الإدارة المتخصصة سيؤدي إلى التأهيل والتطوير المستمر لكوادرنا الأمنية العاملة في هذا المجال. بحيث تعمل علي تدريب أفراد الأمن ورفع قدراتهم في السيطرة والتعامل مع الأحداث الشغب والعنف الفردية والجماعية من الجماهير الرياضية بشكل سريع ومباشر.

٤. الإعلام الرياضي ودوره في مواجهة ظاهرة شغب الملاعب الرياضية :

فيجب على الإعلام الرياضي التحلي بالقيم والمبادئ الرياضية المقبولة في المجتمع الرياضي ، والامتناع عن نشر الموضوعات التي تحرض على الشغب والعنف في الأحداث الرياضية. والالتزام بالموضوعية والصدق في نقل الأخبار وتداولها ، وأن يهتم ويركز الإعلام الرياضي على السلوكيات الرياضية الإيجابية للاعبين والجماهير والمتمثلة خاصة في دعم الروح الرياضية بين الجماهير. من مجمل ما سبق نقترح وضع ميثاق شرف للإعلام الرياضي ينص فيه على التزام جميع من يعمل بحقل الإعلام الرياضي بالمهنية والموضوعية في تناول الاخبار وعدم التحريض على أعمال العنف والشغب في الأحداث الرياضية وأن من يخالف ذلك يستحق العقاب التأديبي من النقابة بالإضافة إلى الجزاء الجنائي.

قائمة المراجع

أولاً. قائمة المراجع باللغة العربية :

احسان محمد الحسن ود. كامل طه نويس ، أسس علم الاجتماع الرياضي ،
مطلعة الحكمة ، بغداد ، ١٩٩٠.

أحسن طالب ، الجريمة والعقوبة والمؤسسات الإصلاحية ، الطبعة الاولى ،
دار الزهراء ، الرياض، ١٩٩٨.

أحمد بوسقيعة ، الوجيز في القانون الجنائي الخاص ، الجرائم ضد الاشخاص
والجرائم ضد الأموال، ج ١، الجزائر ، ٢٠٠٦.

أحمد عوض بلال ، مذكرات في علمي الاجرام والعقاب ، الخرطوم ، ١٩٨٢.

أسامة كامل راتب ، علم النفس الرياضي ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي
، القاهرة ، ١٩٩٥.

إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي ، البداية والنهاية ، ٣ ، مكتبة المعارف ،
بيروت.

إسماعيل حامد عثمان ، إدارة الأزمات الرياضية ، الطبعة الاولى ، دار النشر
مركز الكتاب للنشر ، القاهرة ، ١٩٩٨.

أميرة صابر محمود أحمد ، معالجة البرامج التليفزيونية الرياضية لظاهرة شغب
جماهير الإنتراس في مصر ... بعد ثورة ٢٥ يناير ، مجلة دراسات الطفولة ، عدد
يناير ٢٠١٣ ، القاهرة ، ٢٠١٣.

أمين الخولي ، الرياضة والمجتمع ، عالم المعرفة ، المجلس الوطني للثقافة
والفنون والاداب ، العدد ٢١٦ ، الكويت ، ١٩٩٦.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

امين الساعاتي ، أزمة الصحافة الرياضية ، الاسباب والعلاج، المركز
السعودي للدراسات الاستراتيجية ، القاهرة ، ١٩٩٣ .

بارك سويانج ، ووجونق صن ، دراسة تفصيلية عن الشغب في كوريا مثال
كبلد نام ، الرياض ، ١٩٨٠ ، ١٤٠١ هـ .

ب. ديو بولد ، واخرون ، تاريخ التربية الرياضية ، ترجمة د. محمد عبد
الخالق علام ، ود. محمد محمد فضالي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٧٠ .

بدر الدين ميرغني عبد الله ، استيراتيحية إدارة أمن الملاعب في الحد من
الشغب وتعديل السلوك ، دراسة حالة علي إدارة أمن الملاعب السودانية ، بحث
منشور في المؤتمر الرابع للقيادة العامة لشرطة دبي ، الإمارات العربية المتحدة
تحت عنوان الرياضة في مواجهة الجريمة في الفترة من ٢٥ - ٢٧ نوفمبر ٢٠١٣ .

بوجوراف فهيم ، آليات الوقاية من العنف في الملاعب الرياضية ، رسالة
ماجستير ، جامعة الحاج لخضر ، لانتة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، الجزائر ،
٢٠١٣ - ٢٠١٤ .

جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، الجزء الثاني ، مطبعة دار الكتب
المصرية ، القاهرة ، ١٩٣٢ .

جون لوكا ، آليات العنف في ظاهرة العنف السياسي من منظور مقارن ،
تحرير نفين عبد المنعم مسعد ، أعمال الندوة المصرية الفرنسية الخامسة ، مركز
البحوث السياسية ، القاهرة ، من ١٩ - ٢٠ نوفمبر ١٩٩٣ .

حامد عبد السلام زهران ، علم النفس الاجتماعي ، عالم الكتب ، الطبعة
الثالثة ، القاهرة ، ١٩٧٤ .

حداب سليم ، وأحمد حمزة غضبان ، دور شخصية الاستاذ القيم الدينية
والخلفية في التقليل من السلوك العدوانى في حصة التربية البدنية والرياضة ، مجلة

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

علوم وتقنيات النشاط البدني الرياضي ، جامعة بن يوسف بن خدة ، الجزائر ، معهد التربية البدنية والرياضي ، مخبر علوم وتقنيات النشاط البدني الرياضي ، دالي إبراهيم ، العدد صفر ، يناير ٢٠٠٩ .

حسن أحمد الشافعي ، أساليب مواجهة الجريمة الرياضية ، المنشطات والرشوة والتزوير محلياً ودولياً ، المسؤولية المدنية والجنائية وأحكامها والإعفاء منها وموقف الشريعة الإسلامية ، والوعي بأركان القرار القانوني وعناصر صحته وتأثيره في المؤسسات والمنافسات الرياضية ، الطبعة الأولى، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، ٢٠١٣ .

حنان عبد المنعم عبد الحميد ، البناء العاملي للتعصب الرياضي لدى المشجعين ، رسالة ماجستير ، كلية التربية الرياضية للبنين ، جامعة حلوان ، القاهرة ، ١٩٩٩ .

خالد عبد الله الباحث ، الأندية الرياضية ودورها في الحد من شغب الملاعب ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، مركز الدراسات والبحوث ، الرياض ، ٢٠٠٤ .

خليفة طالب بهبهاني ، دور وسائل الإعلام في الحد من شغب الملاعب الرياضية ، مركز الدراسات والبحوث ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ٢٠٠٤ .

خير الدين أحمد عويس ، علم النفس الاجتماعي والنشاط الرياضي ، مكتبة الانجلو المصرية ، القاهرة ، ١٩٨٤ .

دانييل كارتر ، سيكولوجية الحشد في ميادين علم النفس النظري والتطبيقي ، مجلد ١ ، ترجمة احمد زكي صالح وآخرون ، المعارف ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر .

ركسي إيجليت ، أساليب السيطرة علي التجمهر والشغب ، ترجمة أحمد عبد العظيم ومراجعة كمال خير الدين ، المطابع الأميرية ، القاهرة ، ١٩٧٣.

سعيد بن عبدالله سعد بن مسلم ، دور الاتحادات الرياضية في الحد من شغب الجماهير في الملاعب السعودية ، رسالة ماجستير ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ٢٠٠٩.

سليمان إبراهيم ، العدوان لدي الرياضيين وعلاقته ببعض المتغيرات ، رسالة دكتوراة ، كلية التربية الرياضية للبنين ، جامعة حلوان ، القاهرة ، ١٩٧٩.

سمير عبد القادر خطاب ، دور التربية في تنمية الوعي الرياضي لدي المشجعين ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، مركز الدراسات والبحوث ، الرياض ، ٢٠٠٤.

عادل عصام الدين ، أمن الملاعب الرياضية ، الطبعة الاولى ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض ، ٢٠٠٠.

عبد الرحمن محمد العيسوي ، الجريمة بين البيئة والوراثة ، دراسة في علم النفس الجنائي وتفسير الجريمة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣.

عبد العزيز عبد الكريم المصطفى ، شغب الملاعب الرياضية دوافعه وانواعه ، مركز الدراسات والبحوث ، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية ، الرياض ، ٢٠٠٤ ، ص ٣٣.

عبد الله بن عبد العزيز اليوسف ، جريمة شغب الملاعب ، جامعة نايف العربية ، الرياض ، ١٩٩٧.

عبدالفتاح السيد ، دراسة عن ظاهرة الشغب في المنافسات الرياضية علي ضوء تعلم متكامل للقيم والأبعاد الجمالية والتربوية للتربية البدنية والرياضية ، المجلس الأعلى للشباب ، القاهرة ، ١٩٨٧.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

فؤاد البهى السيد ، علم النفس الاجتماعي ، الطبعة الثانية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٨١ .

كريم محمد محمود الحكيم ، التشريعات والقوانين الرياضية ، الطبعة الاولى ، مؤسسة عالم الرياضة ودار الوفاء لدنيا الطباعة ، الاسكندرية ، ٢٠١٥ .

كمال بنزرتي ، ظاهرة العنف في ملاعب كرة القدم في البلاد العربية ، ندوة اللجنة الفنية للاتحاد العربي لكرة القدم ، دار البيضاء ، ١٩٨٣ .

محسن محمد العبودي ، التعامل مع شغب الملاعب ، اكااديمية نايف العربية ، الرياض ، الطبعة الاولى ، ٢٠٠٢ .

محمد جمال بشير ، الإلتراس - عندما تتعدى الجماهير الطبيعية ، دار دون للنشر ، القاهرة ، ٢٠١١ .

محمد حجاج ، التعصب والعدوان في الرياضة ، رؤية نفسية واجتماعية ، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة ، ٢٠٠٢ .

محمد حسن علاوي وآخرون ، دراسة بعنوان : شغب الجماهير في ملاعب كرة القدم المصرية ، أسبابه ومظاهره وعلاجه ، مؤتمر الرياضة للجميع ، كلية التربية الرياضية ، جامعة حلوان ، القاهرة ، ١٩٨٤ .

محمد حسن علاوي ، سيكولوجية العدوان والعنف في الرياضة ، الطبعة الأولى ، مركز الكتاب للنشر ، القاهرة ، ١٩٩٨ .

محمد خير على مامسر ، دراسة تحليلية لظاهرة شغب الملاعب الرياضية في الوطن العربي ، مجلة دراسات ، المجلد الثاني عشر ، العدد الحادي عشر ، الجامعة الاردنية ، عمان ، ١٩٨٥ .

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦
٩٧٢

- شغب الملاعب الرياضية. الندوة الاسيوية السادسة للصحافة الرياضية.
الاتحاد الاردني للإعلام الرياضي والشبابي بالتعاون مع الاتحاد الاسيوي للصحافة ،
الاردن ، ١٩٨٩ .

محمد سليمان بني خالد ، د. منصور نزال الحمدون ، العدوان الرياضي في
الملاعب كرة القدم الأردنية من وجهة نظر أعضاء الهيئة التدريسية في كليات
التربية الرياضية في الجامعات الأردنية، الأكاديمية للدراسات الإجتماعية والإنسانية
، قسم الآداب والفلسفة ، العدد ١٢ يونية ٢٠١٤ .

محمد شوقي عبد الحكيم وآخرون ، الإعداد العسكري لصباط الأمن المركزي
، ج١ ، دار الثقافة للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٨٩ .

محمد صبحي حسانين وآخرون ، دراسة تحليلية لظاهرة التعصب الرياضي في
دولة البحرين، المدربون والمشجعون ، خطة بحوث معهد البحرين الرياضي الرابعة ،
معهد البحرين الرياضي بالتعاون مع اللجنة الأولمبية البحرينية ، المنامة ، ١٩٩٣ .

محمد عبدالرزاق السيد إبراهيم الطبطبائي ، المسابقات الرياضية ضوابطها
الفقيهه وآثارها الجنائية، دراسة مقارنة بين الفقه والقانون ، مجلة الحقوق ، الكويت ،
٩ يونيه ٢٠٠٣ .

محمد فتحي عيد ، الإجرام المعاصر ، منشورات جامعة نايف العربية للعلوم
الأمنية ، الرياض ، ١٩٩٩ .

- أمن المنشآت الرياضية ، أكاديمية نايف العربية للعلوم الامنية ، المملكة
العربية السعودية، الرياض ، ٢٠٠٠ .

محمود إبراهيم شبر، الامن الرياضي المفهوم والأبعاد، جامعة نايف العربية
للعلوم الامنية. مركز الدراسات والبحوث ، الرياض ، ٢٠٠٤ .

مراد زريقات ، جريمة شغب الملاعب، ورقة مقدمة تحت اشراف د . عبدالله بن
عبدالعزيز اليوسف، استكمالاً لمادة علم الجريمة التطبيقية ، الفصل الدراسي الاول

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

من العام الدراسي ١٤٢٦-١٤٢٧ هـ ، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية، كلية الدراسات العليا، الرياض.

مصطفى فهمي ، مجالات علم النفس ، المجلد ١ ، مكتبة مصر ، القاهرة ، بدون تاريخ نشر.

موسى عباس ، أسباب عزوف الجماهير عن مشاهدة مباريات كرة القدم في الملاعب بدولة الإمارات العربية المتحدة ، الامارات العربية المتحدة ، ٢٠١١.

نبيل العتوم ، العنف الرياضي في الملاعب الأردنية ، دراسة تحليلية من وجهة نظر الجماهير الأردنية لمدينة الكراك ، مجلة كلية التربية ، جامعة عين شمس ، العدد الرابع والثلاثون ، الجزء الثالث ، القاهرة ، ٢٠١٠.

هشام شرابي ، مقدمات لدراسة المجتمع العربي ، دار نشر الأهلية للنشر والتوزيع ، بيروت ، ١٩٧٧.

هند رأفت ، ومي معاذ ، حكاية أسهما الإلتراس ، جريدة الأهرام المسائي ، بتاريخ ٨ إبريل ٢٠١٢ ، العدد ٧٦٥١.

يحي محمد بن هبيرة ، الإفصاح عن معاني الصحاح ، تحقيق محمد حسن ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ج ٢ ، ١٤١٧ هـ ، ١٩٩٧ م.

ثانيا. الندوات والمؤتمرات :

• الندوة العلمية للقضايا الامنية العامة ، المملكة العربية السعودية ، الرياض ، ١٩٨٨.

• المؤتمر الدولي الثالث لشرطة دبي في عام ٢٠١١ ، الرياضة في مواجهة الجريمة وأفضل التجارب والتطبيقات الميدانية ضمن مبادرات تحقيق الهدف الاستراتيجي الأول لشرطة دبي، الوقاية و الحد من الجريمة ، وتنفيذاً لتوصيات

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المؤتمر الدولي الأول ٢٠٠٤ ، والمؤتمر الدولي الثاني لشرطة دبي في عام ٢٠٠٩ .

• المؤتمر المتعلق بإصدار معايير معتمدة حول الأمن والسلامة لتجنب الكوارث ، الاتحاد الآسيوي في ديسمبر ٢٠١٢ ، ملتقى دبي الدولي لأمن الملاعب الرياضية. الامارات ، ٢٠١٢ .

• رسالة اليونسكو ، عدد خاص بالعنف ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، م ١٠ ، ع ٣٧ ، مركز مطبوعات اليونسكو، القاهرة ، ١٩٨٢ .

• منظمة الامم المتحدة للعلوم والثقافة اليونسكو ، دراسة جامعة بين التخصصات من أسلوب العنف ومظاهرة في الانشطة الرياضية ، المؤتمر الثاني للوزراء وكبار المسؤولين ، موسكو ، ١٩٨٤ .

• مجموعة خبراء في اليونسكو ، رسالة اليونسكو ، عدد خاص عن العنف ، المجلة الدولية للعلوم الاجتماعية ، العنف الجماعي والامن الجماعي ، مركز مطبوعات اليونسكو ، القاهرة ، ١٩٨٦ .

• منظمة الأمم المتحدة والعلوم الثقافية اليونسكو ، دراسة جامعة بين التخصصات عن أسلوب العنف ومظاهرة في الانشطة الرياضية ، المؤتمر الثاني للوزراء وكبار المسؤولين، موسكو ، ١٩٨٩ .

• منظمة الأمم المتحدة والعلوم الثقافية اليونسكو ، المؤتمر الدولي الخامس للوزراء وكبار المسؤولين عن التربية البدنية والرياضة ، برلين في الفترة من ٢٨ - ٣٠ مايو ٢٠١٣ . ونص المادة العاشرة من الملحق المنقح للميثاق الدولي للتربية والنشاط البدني والرياضة، المؤتمر العام الدورة الثامنة والثلاثون ، باريس ، في ٢٢ يوليو ٢٠١٥ .

ثالثا: قائمة المراجع باللغة الاجنبية :

A. **BESSER**, The madness in sports, New York, Appleton, Century Grafts, ١٩٦٧.

A. CONY, A Effects of success and failure on projected aggression during an individual competitive sport. UN Published Master Thesis University of Maryland, ١٩٦٨.

A. L. MARTIN, Effects of competition upon the aggressive responses of college Basketball plyers and wrestlersn, Researcg Quarterly, Vol, N° ٩٤, ١٩٧٦.

A. PIPE & P.C. HEBERT, Le dopage, le sport et la communauté, Canadian Medical Association Journal, ١٧٩ – ٤, ٢٠٠٨.

A. STORE, Catharsis theory on aggression, social relations, laboratory bulletin, Harvard Univ., ١٩٥٠.

B. HUSMAN, Aggression, A historical perspective, In W. Straub, ED., Sport Psychology, An analysis of athlete behavior, It hake, New York, Movement Publications, ١٩٨٠.

– Theroretical Constructs of Aggression Department of Physical Education, University of Mayland, ١٩٨٣.

B. RICOU, Le droit du sport devant le Conseil constitutionnel, RFDA, ٢٠٠٩.

C.H. ALBIGES, S. DARMAISIN et O. SAUTEL, Responsabilité et sport, éd., Litec, N°٢٨٥, ٢٠٠٧.

D. BADIM, Hooliganisme vérités et mensonges, Edition E.S.F, Paris, ١٩٩٩.

D. HARRIS, Female aggression and sport involvement, A paper presented at the fourth Canadian psychomotor learning and sports psychology symposium, University of Waterloo, Ontario, ١٩٧٢.

D. L. WANN, M. J. MELNICK, G. W. RUSSELL & D. G. PEASE, Sport fans, The psychology and social impact of spectators, New York, Rutledge Press, ٢٠٠١.

E. MCGREGOR, Mass media & sport, Influences on the Public, Physical Educator, ١, N° ٤٦, ١٩٨٩.

H. BURG, Football hooliganism in the Netherlands, In Giulianiotti, R. eds., Football Violence and social identity. London & New York, Routledge, ١٩٩٤.

H. Donald Sohnston, Journalism and media, New York, Noble Books, ١٩٧٩.

J.-B. PERRIER, Loi N°٢٠١٠-٢٠١ du ٢ mars ٢٠١٠ renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, Rev. Sin. Crim, D. ٢٠١٠.

J. BOJANIC, S. MATOVIC – MILJANOVIC, S. JANKOVIC, L. JANDRIC, M. RAZNATOVIC – DUROVIC, Violence and Injuries among school children in the Republic of Serbia, Med Pregl, N° ٥٩, ٢٠٠٦.

J. DIMMOCK & J. GROVE, Relationship of fan identification to determinants of aggression, Journal of applied Sport Psychology, Vol. 17, Issue 1m march, 2005.

J. Eitzend SCHNEIDER, The structure of sport and participant violence, Arena Review, London, 1983.

J. SILVA, Normative compliance and rule violating in sport, International Journal of Sport, Psychology, Issue 12, 1981.

J. STEVENSON, Hooliganism Politician, Sport and Politics in sixth century Byzantian, in J. Binfield & J. Stevenson, eds., Sport, Culture and Politics.Ed., Sheffield , Sheffield Academic Press, 1993.

J. YEVES LASSALLE, La violence dans le sport, 1^{er}, édition, France, Paris, 1997 .

L. DRESS, Olympio, Gods, ed., Artists and athletes, London, 1963.

L. LORVELLEC, « Les aspects juridiques de la violence sportive », in Mélanges en l'honneur du Doyen P. Bouzat, Pedone, 1980.

L. TAYLOR, Class violence and sport, Sport – culture and the modern state, Edited by M.Lwlelon and Gruean, London. 1979.

N. ELIAS & E. DUNNING, Folk Football in Medieval and early modern Britain, In, N. ELIAS & N. DUNNING, eds., Quest of excitement, Oxford : Blackwell, 1993.

N. ELIAS, State formation and civilization, Oxford: Blackwell, 1982. The Roots of Football Hooliganism: An Historical and Sociological Study by Eric Dunning, Patrick, J. Murphy, John Williams Routledge, New York, 2014.

Natacha ORDIONI, Sport et société, Edition Marketing, Paris, 2002.

P. ANDREW, Cofilcy and the role of the media, International Media Support, Copenhagen, 2008.

P. MARSH & R. HARE, The world of football hooligans, Human Nature, Maryland, 1978.

R. Ottenhof, Mais qui sont donc les hooligans?, Rev. Sin. Cim, D. 1990.

T. DONAHUE, & D. L. WANN, Perceptions of the appropriateness of sport fan physical and verbal aggression, American Journal of Psychology, 11(3), 2009.

T. H. MURRAY, The coercive power of drugs in sports, The Hastings Center Report, 13-4, 1983.

T. WALKER, Aggression in sport, A study of Fouling University basket ball, Dissertation Abstracts International, ٤٠, ٢, ١٩٧٩.

V. J.-Y. LASSALLE, La violence dans le sport, ١٩٩٧, Que sais-je ?, PUF, p. ١٠ et s.

- Le dopage des sportifs : une nouvelle loi, JCP, I, ١٩٩٩.

- Sport et Délinquance, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Economica, ١٩٨٨.

- Provocation, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Paris, juin ٢٠١١.

V. Muriel Dunnard, « Violence et panique dans le stade de football de Bruxelles : approche psycho-sociale des événements », Rev. dr. pén. et crim. ١٩٨٧.

V. S. LAVRIC, Violences de groupes adoption définitive du texte, D. ٢٠١٠.

Y. KEVIN, Sport violence and society, Reviewed by A. Allan Kristi, Trent University, and Peterborough, New York, NY, ٢٠١٢.

Y. SIMONS & J. TAYLOR, A Psychosocial model of

..... المقدمة :

..... المبحث الاول : التكيف القانوني لشغب الملاعب الرياضية

المطلب الاول : ماهية شغب الملاعب الرياضية وأنواعها

أولا : مفهوم شغب الملاعب الرياضية.

ثانيا . خصائص ظاهرة شغب الملاعب الرياضية.

ثالثا . أنواع شغب الملاعب الرياضية.

النوع الاول . العدوان كغاية .

النوع الثاني . العدوان كوسيلة .

المعيار الاول . أنواع الشغب الرياضي وفقا للمعيار الشخصي.

النوع الاول . شغب الجماهير الرياضية .

١ . عنف لفظي .

٢ . عنف بدني أو جسماني .

٣ . التخريب والاعتداء على الممتلكات العامة والخاصة .

النوع الثاني . شغب اللاعبين والإداريين والحكام .

النوع الثالث . عنف رجال الأمن .

النوع الرابع . شغب الإعلام الرياضي .

المعيار الثاني . أنواع الشغب الرياضي وفقا للمعيار الزمني .

النوع الاول . الشغب الذي يتم قبل المنافسات الرياضية .

النوع الثاني . الشغب أثناء المنافسات الرياضية .

النوع الثالث . شغب ما بعد المنافسات الرياضية .

ثالثا . مراحل الشغب الرياضي .

١ . المرحلة الاولى . المرحلة التمهيديّة للشغب الرياضي .

٢ . المرحلة الثانية . مرحلة اكتمال حركة الشعب الرياضي.

٣ . المرحلة الثالثة . مرحلة التنفيذ للشعب الرياضي .

٤ . المرحلة الرابعة . وهي مجموعة الرؤوس المدبرة للشعب .

المطلب الثاني : التفسير العلمي لظاهرة شعب الملاعب الرياضية

الفرع الاول : المدرسة الاجتماعية في تفسير السلوك الإجرامي لظاهرة شعب وعنف

الملاعب الرياضي

الفرع الثاني : التفسير الموقفي (الموضوعي) عند ادوين سذرلاند لتفسير ظاهرة شعب

الملاعب الرياضية

الفرع الثالث : التفسير النفسي لظاهرة شعب الملاعب الرياضية

الفرع الرابع : العلاقة بين الرياضة والشعب والعنف

أولاً . التطور التاريخي للعلاقة بين الرياضة والشعب والعنف .

ثانياً . العلاقة بين التعصب الرياضي والظاهرة الإجرامية .

ثالثاً . تفسير العلاقة بين روابط الإلتراس وظاهرة شعب الملاعب الرياضية .

المبحث الثاني : التجريم القانوني لشعب وعنف الملاعب الرياضية

المطلب الأول : جرائم الشعب والعنف في المناسبات الرياضية أو بسببها .

١ . أعمال العنف التي يترتب عليها موت .

٢ . أعمال العنف التي يترتب عليها الإضرار بسلامة الجسم .

٣ . أعمال العنف التي يترتب عليها إحاق أضرار مادية بأمالك عقارية أو منقولة .

الفرع الأول : جريمة الهتاف بالألفاظ الخارجة (السباب)

أولاً . ماهية جريمة الهتاف بالسباب .

ثانياً . صور ارتكاب جريمة .

الصورة الاولى . الشعب والعنف بالأقوال

الصورة الثانية . الشعب والعنف بالكتابة .

الصورة الثالثة : الشعب أو العنف الإلكتروني .

ثالثاً . موقف التشريعات المقارنة .

الفرع الثاني : التجريض على تهيج الجماهير

أولاً. مفهوم التحريض علي تهيج الجماهير .

ثانياً. صور التحريض للجماهير الرياضية.

١ . التحريض الذي يتم من خلال أعضاء مجالس الادارات الرياضية أو الرياضيين.

٢ . التحريض الذي يتم من خلال الإعلام الرياضي.

٣ . التحريض الإلكتروني علي الشغب والعنف الرياضي.

الفرع الثالث : اقتحام الملاعب الرياضية

أولاً. ماالمقصود بجريمة اقتحام الملاعب الرياضية.

ثانياً. النطاق المكاني والزمني لهذه الجريمة.

ثالثاً. موقف التشريعات المقارنة.

الفرع الرابع : حيازة الشماريخ والمخدرات في الملاعب الرياضية

أولاً. جريمة حيازة الشماريخ والألعاب النارية والمفرقات في الملاعب الرياضية.

ثانياً. جريمة حيازة وتعاطي المخدرات أو المنشطات في الملاعب الرياضية.

الفرع الخامس : استخدام الشماريخ والألعاب النارية والمفرقات

أولاً. مفهوم جريمة استخدام الشماريخ.

ثانياً. موقف التشريعات المقارنة.

الفرع السادس : إتلاف أو تعيب تجهيزات الملاعب أو المنشآت الرياضية

أولاً. مفهوم جريمة إتلاف أو تعيب تجهيزات الملاعب أو المنشآت الرياضية.

ثانياً. موقف التشريعات المقارنة :

الفرع السابع : جريمة أخلال أو تقصير قوات الأمن في حفظ النظام العام خلال المناسبات

الرياضية

المطلب الثاني : التدابير الاحترازية لمكافحة ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية

الشق الأول. يتضمن القواعد الواجب توافرها في الملاعب وهي معايير السلامة الأمنية.

١ . مفهوم أمن الملاعب.

٢ . الإجراءات الوقائية الخاصة لحماية الجماهير من أعمال الشغب.

الشق الثاني. فيتضمن النصوص العقابية بالتدابير الاحترازية التي تقابل أي سلوك غير

ملتزم.

ثالثا. أنواع التدابير الاحترازية لمواجهة ظاهرة شغب وعنف الملاعب الرياضية.

١ . تدبير الحرمان من دخول الملاعب.

٢ . تدبير تفتيش الجماهير.

٣ . المراقبة الإلكترونية للملاعب الرياضية.

٤ . الغرامات المالية.

٥ . المصادرة :

٦ . اسقاط العضوية عن أعضاء مجلس الإدارة للنادية الرياضية :

٧ . حل الشخص المعنوي.

٨ . نشر الأحكام الصادرة في قضايا شغب وعنف في الملاعب الرياضية.

المشروع المقترح لقانون مواجهة شغب الملاعب الرياضية في مصر

التوصيات :

قائمة المراجع

ظاهرة الرشوة في المجتمعات العربية والإسلامية وكيفية علاجها

دكتور: - حسن ناجي عوض عاشور
رئيس قسم الشريعة الإسلامية

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق ،جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

كلية القانون / جامعة عمر المختار

بسم الله الرحمن الرحيم

ليس خافياً على أحد الآن ما تعيشه المجتمعات العربية والإسلامية في العصر الحالي من فساد مالي وإداري في جميع نواحي الحياة خاصة الاقتصادية منها. ويرجع العامل الأول في ذلك إلى أن مقاليد الوظيفة العامة في معظم هذه الدول أصبحت في يد مجموعة من الموظفين الفاسدين. وقد أقصي عنها كل مخلص أمين مما أدى إلى انتشار الرشوة والفساد المالي في معظم نواحي الحياة مما كان له الأثر الأكبر في تأخر التنمية والتقدم في هذه البلدان وانتشار الفقر والبطالة وما ترتب على ذلك من تعطيل مصالح الناس وتوقف عجلة التنمية.

فالموظف العام وقد قلدته الدولة مهام وظيفته يجب أن يضع نصب عينيه دائماً أن يقوم بواجبات وظيفته ويزاول اختصاصاتها في نزاهة تامة وأمانة كاملة لأن القانون لم يجعل الوظائف العامة سوطاً لعذاب الشعب يهوى عليه ليثري الموظفون من الرشوة والاستغلال. ولهذا وجدنا الشريعة الإسلامية تُحرم الرشوة. سواء في الكتاب أو السنة المطهرة أو الإجماع أو المعقول ووجدنا كذلك أن جميع القوانين في الدول المتقدمة تنص على عقاب الرشوة. وفي أي الصور تتم. وفي سبيل محاربة الرشوة نجد أن القانون الليبي ينص على ضرورة أن يقدم الموظف إقرار الذمة المالية. والغرض هو رقابة ما قد يطرأ على الموظف من إثراء فاحش سريع يأتي من مصدر غير مشروع.

إشكالية البحث:-

نتحدث عن ظاهرة الرشوة وانتشارها بين بعض أفراد المجتمع وفي الكثير من مؤسسات الدولة. وما هي آلية التعامل مع هؤلاء الذين اقترفوا هذه الجريمة وهل يساءلوا ويقاضوا عما اقترفوه واعتصبوه من أموال الشعوب؟ أم يمكن التجاوز عنهم؟ ثم هل لهذه الطائفة المفسدة أن تمارس العمل في الوظيفة العامة أم ليس لهم سوى الارتزاق بأعمال أخرى بعيدة عن الوظائف العامة؟ هذه الأسئلة فيها إشكاليات.. كل

منها له أبعاده ودلالاته! وهذا ما سوف يجيب عنه هذا البحث من خلال بيانه لأسباب هذه الظاهرة الخطيرة وكيفية علاجها.

هدف البحث:-

رأيت أن أخوض في هذا الموضوع الخطير بغية تحقيق هدف كلي جامع هو سلامة المجتمع المسلم من هذه المساوئ للوصول إلى مجتمع نقي نظيف بعيد كل البعد عن هذه الجريمة وهذا الفساد المالي والإداري حتى تستقيم أمور هذه البلاد وينتشر فيها الرخاء والنماء والعمران فضلاً عن العدالة الاجتماعية بكل معانيها. ومن ثم يأتي هذا البحث ساعياً إلى بيان أسباب هذه الظاهرة وأثارها وكيفية علاجها وعنوان هذا البحث هو ظاهرة انتشار الرشوة في المجتمعات العربية والإسلامية وكيفية علاجها.

خطة البحث:-

تأسيساً على ما سلف فألية البحث (خطته) تتكون من خمسة محاور رئيسية هي على النحو التالي:-

- المحور الأول: تعريف الرشوة في اللغة والاصطلاح.

- حكمة تجريمها وتحريمها.

- أنواع الرشوة.

- المحور الثاني:- أدلة تحريم الرشوة.

- المحور الثالث:- أسباب الرشوة.

- المحورة الرابع:- آثار جريمة الرشوة على الفرد والأسرة والمجتمع والأمة.

- المحور الخامس:- كيفية معالجة ظاهرة الرشوة.

- الخاتمة والتوصيات.

- المحور الأول (تعريف الرشوة وحكمة تحريمها وأنواعها):-

- أولاً: تعريف الرشوة:-

- تعريف الرشوة في اللغة: (الرشوة) بكسر الراء والجمع (رُشاً) ويكسر الراء وقد (رشاه) من باب عَدَا. و (أرْتَشَى) أخذ الرشوة. و (استرشى) في حُكْمَة طلب الرشوة. و (أرشاه) أعطاه الرشوة^(١). (الرشوة) ما يعطيه الشخص للحاكم وغيره ليحكم له أو يحمله على ما يريد وجمعها (رشا) مثل: سدره وأيضاً رشوته رشواً من باب قتل. أعطيته رشوة فارتشى أي أخذ وأصله رشا الفرخ إذ مدّ رأسه إلى التزقة والرشاء الحبل ورشاه. أعطاه إياها. وارتشى أخذها. واسترشى: طلبها^(٢).

- تعريف الرشوة في الاصطلاح:-

هي فعل يرتكبه موظف أو شخص ذو صفة عامة عندما يتجر بوظيفته. أو بمعنى آخر يستغل السلطات المخولة له بمقتضى الوظيفة وذلك حين يطلب لنفسه أو لغيره أو يقبل أو يأخذ عطية أو وعداً بشيء لاحق فيه نقداً كان أو أية فائدة أخرى لأداء عمل من أعمال وظيفته أو الامتناع عن أداء العمل للإخلال بواجبات وظيفته.

وهذا الاتجار بالوظيفة يُعد أخطر خيانة يمكن أن يقترفها الشخص المرتشي الذي يباشر في نظير مبلغ ضئيل عملاً من أعمال وظيفته أو يمتنع عن مباشرته. فهو باقترافه هذا الفعل المشين لا يخل بواجبات وظيفته فحسب بل يخون الله ورسوله

(١) مختار الصحاح الشيخ أبي بكر بن عبد القادر الرازي. باب الراء ص ٢٤٤.

(٢) رمسيس بهنام.

ويخون المجتمع الذي كلفه بهذه الوظيفة. في الوقت نفسه فإنه يخالف القيم والمبادئ الإسلامية التي تدعو إلى العفة والأمانة والفضيلة والبعد عن الكسب الحرام. عرفها البعض بأنها^(١) الاتجار بالخدمة العامة وقد قسم المشرع الفرنسي الرشوة إلى رشوة إيجابية وهي التي تقع مع الفرد صاحب المصلحة. ورشوة سلبية وهي التي تقع من الموظف أو من في حكمه.

ثانياً: حكمه تحريم وتجريم الرشوة:-

الرشوة مفسدة للمجتمعات والإدارة الحكومية سواء قبل الموظف الأجر من صاحب الحاجة نظير عمل مخالف لواجبات الوظيفة أو نظير عمل مطابق لهذه الواجبات. فقبوله أجراً نظير أن يؤدي عملاً مخالفاً بواجبات الوظيفة أمر وجه الفساد فيه ظاهر. على أن الفساد قائم حتى في قبوله الأجر نظير عمل مطابق لواجبات الوظيفة. وذلك لأنه ملتزم بان يباشر وظيفته دون أن يتقاضى عنها غير المرتب المرصود لها ومصدره الخزانة العامة. فإذا غرم صاحب المصلحة في سبيل قضائها لدى الموظف أجراً لا يستلزمه القانون كان هذا تحميلاً له بعبء مالي عن غير طيب خاطر وأن يسخو على الموظف بمكافأة لا موجب لها. لأن ذلك يؤدي لزعزعة الثقة العامة في حسن سير الإدارة الحاكمة وسيطرة الاعتقاد بأن جهاز الدولة لا يسير سيره ولا يؤدي وظيفته من تلقاء نفسه بل لا بد من دفعه وتحريكه كي يسير على الوجه المطلوب. كون الموظف قد تعود على القيام بواجبه العام لا لأنه واجب وإنما نظير ثمن من شأنه أن ينال من هيئة الدولة في أعين الناس بل لوجود الموظف نفسه مدفوعاً إلى أن يؤثر بخدمته من يمدّه بثمنها وأن يبخل بها على غير هذا من المحتاجين إليها. رغم أن المواطنين متساوون في الحقوق. ويترتب على ذلك أن يذهب العاجز ضحية القادر والمعدون ضحية الموسر وتتجرف أداة الحكم عن الهدف السامي الذي قامت من أجله^(٢) يضاف إلى ما تقدم أن جريمة الرشوة تحط

(١) رمسيس بهنام- الجرائم المضرة للمصلحة العمومية ص ٧.

(٢) بهنام - المرجع السابق - ص ٨.

من كرامة الوظيفة العامة فقتل من شأنها وتشجع الآخرين على ارتكابها لأن الموظف المرتشي يخضع للراشي وقد أوضحت المحكمة العليا الليبية الحكمة من تحريم الرشوة هي منع الاتجار بالوظيفة العامة والحيلولة دون اتخاذها وسيلة للكسب غير المشروع دون تمييز بين الوظائف والموظفين^(١).

- ثالثاً: أنواع الرشوة:-

- الرشوة قد تكون رشوة إيجابية وهي التي تقع من الفرد صاحب المصلحة وقد تكون رشوة سلبية وهي التي تقع من الموظف أو من في حكمه.

وقد تكون الرشوة مبلغ من النقود (رشوة مادية) وقد تكون شيئاً معنوياً قد يتمثل في مصلحة يقضيها شخص صاحب المصلحة للموظف مقابل مصلحة يقدمها الموظف. وقد تكون شيئاً معنوياً مثل تحسين صورة المرتشي في المجتمع وأمام الناس وهذه الحالة تكون لو كان صاحب المصلحة يملك نفوذاً اجتماعياً أو إعلامياً في المجتمع. وقد تكون الرشوة في صورة هدية تقدم للموظف لكنها في الواقع ليست هدية بل رشوة مقنعة ويجدر بنا هنا أن نفرق بين الهدية والرشوة وهذه التفرقة على النحو التالي:-

- الفرق بين الهدية والرشوة:-

فالرشوة قد تأخذ صورة الرشوة المعروفة من الناحية القانونية وقد تكون الرشوة في صورة هدية والفرق بين الهدية والرشوة أن الهدية قد تكون رشوة ولذلك هناك موانع تمنع من الإهداء وتمنع من قبول الهدية حتى لا تكون الهدية رشوة مستترة. فالفرق هو أن الأمر يختلف من هدية لأخرى فمثلاً نجد أن ملكة سبأ أهدت لسليمان عليه السلام هدية فردها سليمان مع أن إبراهيم عليه السلام قبل هاجر لما أهديت إلى زوجته وقد قبل نبينا محمد صلى الله عليه وسلم الهدية وردها سليمان عليه

(١) مجلة المحكمة العليا سنة ١٠ عدد ١، ص ١٠٩، طعن جنائي صادر في ٧٣/٦/٥م.

السلام وردھا سليمان عليه السلام لما كانت رشوة عن الدين فالمرأة أرسلت الهدية إلى سليمان كي يقرها على عبادتها للشمس ويسكت عنها.

فإذا كانت الهدية بمثابة الرشوة لإبطال الحق وإثبات الباطل فلا تقبل حينئذ. وكذلك إذا كانت الهدية للأمرء والوزراء والمسؤولين وقد استعمل النبي صلى الله عليه وسلم رجلاً من الأزد يقال له ابن اللثبية على الصدقة فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدي لي. قال صلى الله عليه وسلم: "فهل جلس في بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أيهدي إليه أم لا؟ والذي نفسي بيده لا يأخذ أحداً منكم شيئاً إلا جاء به يوم القيامة يحتمله على رقبته^(١)."

ومن ثم روى البخاري^(٢) عن عمر بن عبد العزيز كانت الهدية في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم هدية واليوم رشوة (قال الحافظ بن حجر في الفتح: وصله ابن سعد بقصة فيه فروى عن طريق فرات بن مسلم قال: انتهى عمر بن عبد العزيز التفاح فلم يجد في بيته شيئاً ليشتري به فركبنا معه فلتقاه غلمان بأطباق تفاح فتناول واحدة فشمها ثم رد الأطباق فقلت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبل الهدية؟ فقال: إنها لأولئك هدية وهي لعمال بعدهم رشوة. وأخرج عبد الرزاق في المصنف^(٣) بإسناد صحيح لغيره عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: السحت الرشوة في الدين - قال سفيان يعني الحكم. وأخرج أبو داود^(٤) بإسناد صحيح حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال: لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي. ومن ذلك ما روى أبو داود في سننه عن أبي أمامة الباهلي رضي الله عنه قال رسول الله (ص) (من شفع لأخيه بشفاعة فأهدى له عليه هدية فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الربا).

(١) فقه الأخلاق والمعاملات بين المؤمنين مصطفى العدوي، ص ٧٦، ص ٧٧.

(٢) معلقاً مع الفتح ٥ / ٢٦٠.

(٣) أخرجه أبو داود ٣٥٨٠.

(٤) الكبائر للإمام الحافظ شمس الدين الذهبي، ص ١٠٧.

- ومن الأثر أن ابن مسعود قال:- السحت أن تطلب لأخيك الحاجة فتتقضي فيهدي إليك الهدية فتقبلها منه. وعن مسروق أنه كلم ابن زياد في مظلمة فردها فأهدى إليه صاحب المظلمة وصيفاً فردها ولم يقبلها وقال سمعت ابن مسعود يقول (من رد عن مسلم مظلمة فأعطاه على ذلك قليلاً أو كثيراً فهو سحت فقال. الرجل: يا أبا عبد الرحمن ما كنا نظن أن السحت إلا الرشوة في الحكم فقال: ذلك كفر). عن الإمام أبي عمرو الأوزاعي يرحمه الله - كان يسكن بيروت - أن نصرانياً جاء إليه فقال: إن والي بعلبك ظلمني بمظلمة وأريد أن تكتب إليه. وأنا بقلة عسل فقال الأوزاعي - رحمه الله - إن شئت رددت القلة وكتبت لك إليه، إن شئت أخذت القلة. فكتب له: إلى الوالي أن ضع عن هذا النصراني من خراجه. فأخذ القلة والكتاب ومضى إلى الوالي فأعطاه الكتاب، فوضع عنه ثلاثين درهماً بشفاعة الإمام - رحمه الله.

- المحور الثاني: أدلة تحريم الرشوة:-

- أولاً: أدلة تحريم الرشوة من القرآن الكريم:-

يقول رب العزة في كتابه الكريم (يا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي الْأَرْضِ حَلالاً طَيِّباً وَلَا تَتَّبِعُوا خُطواتِ الشَّيْطَانِ إِنَّهُ لَكُمْ عَدُوٌّ مُبِينٌ * إِنَّمَا يَأْمُرُكُم بِالسُّوءِ وَالْفَحْشَاءِ وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ)^(١) وفي بيان تفسير هذه الآية (أي الأولى) يوضح بن كثير في تفسيره^(٢) أن الله عز وجل بين لعباده أن الرزق لجميع خلقه فذكر في مقام الامتنان أنه أباح لهم أن يأكلوا مما في الأرض في حال كونه حلالاً من الله أي مستطاباً في نفسه ونهاهم أن يتبعوا خطوات الشيطان مبيهاً لهم أن طريق الشيطان ومسالكه تؤدي بهم إلى الضلال، وعن ابن عباس رضي الله عنه قال تليت هذه الآية عند النبي صلى الله عليه وسلم (يا أَيُّهَا النَّاسُ كُلُوا مِمَّا فِي

(١) الآيتان ١٦٨، ١٦٩ من سورة البقرة.

(٢) تفسير الإمام عماد الدين أبو الغداء إسماعيل بن كثير القرشي الدمشقي المتوفى ٧٧٤هـ الجزء الأول - ص ١٩٣، ١٩٤.

الأرضِ حَلَالاً طَيِّباً) فقام سعد بن أبي وقاص فقال يا رسول الله أدع الله أن يجعلني مستجاب الدعوة فقال ((يا سعد أطب مطعمك تكن مستجاب الدعوة والذي نفسي بيده أن الرجل ليقذف اللقمة الحرام في جوفه ما يتقبل منه أربعين يوماً وأيما عبد نبت لحمه من السحب والريا فالنار أولى به)) وفي بيان تفسير^(١) لقوله تعالى ((إِنَّمَا يَأْمُرُكُمْ بِالسُّوءِ وَالْفَحْشَاءِ وَأَنْ تَقُولُوا عَلَى اللَّهِ مَا لَا تَعْلَمُونَ)) بين ابن كثير أن الشيطان عدو الإنسان يأمره دائماً بالأفعال السيئة.

(٢) قوله تعالى ((وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ))^(٢) والأكل بالباطل على وجهين أحدهما: أن يكون على جهة الظلم نحو الغصب والخيانة والسرقة، والثاني على جهة الهزل واللعب.

(٣) قوله جل شأنه في كتابه الكريم (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُوا لِلَّهِ إِنَّ كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ)^(٣) و في بيان تفسيره لهذه الآية يوضح ابن كثير^(٤) أن الله يأمر عباده المؤمنين بالأكل من طيبات ما رزقهم وأن يشكروه على أن أمدهم بهذا الرزق الحلال، موضحاً أن الأكل الحلال سبب لتقبل الدعاء والعبادة وأن الأكل من الحرام يمنع قبول الدعاء والعبادة مستدلاً بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي رواه أبي هريرة رضي الله عنه: (أيها الناس، إن الله طيب لا يقبل إلا طيباً وأن الله أمر المؤمنين بما أمر به المرسلين فقال: (يا أيها الناس كلوا من الطيبات وأعملوا صالحاً إني بما تعملون عليم) وقال (يا أيها الناس آمنوا كلوا من طيبات ما رزقناكم) ثم ذكر الرجل يطيل السفر أشعث أغبر يمد يديه إلى السماء يارب يارب ومطعمه حرام ومشربه حرام وملبسه حرام وغذي بالحرام فأنى يستجاب لذلك؟ رواه مسلم.

(١) تفسير الإمام بن كثير - المرجع السابق ص ١٩٣-١٩٤.

(٢) من الآية ١٨٨ من سورة البقرة.

(٣) الآية ١٧٢ من سورة البقرة.

(٤) تفسير ابن كثير، المرجع السابق، ص ١٩٤.

وقد روى في حديثاً أن ملكاً على بيت المقدس ينادي كل يوم وكل ليلة (من أكل حرام لم يقبل الله منه صرفاً ولا عدلاً) الصرف: النافلة والعدل: الفريضة.

- وعن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: (من حج بمال حرام فقال: لبيك اللهم لبيك، قال الله عز وجل: لا لبيك ولا سعديك، حجك مردود عليك).

- روى الإمام أحمد في مسنده عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال (من اشترى ثوباً وفي ثمنه درهم من حرام لم يقبل الله له صلاة ما دام عليه).

- وعن كعب بن عجرة رضي الله عنه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (لا يدخل الجنة جسد غذي من حرام).

- روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال (يأتي يوم القيامة بأناس معهم من الحسنات كأمثال جبل تهامة حتى إذا جئ بهم جعلهم هباء منثوراً ثم يقدف بهم في النار فقيل يا رسول الله كيف ذلك قال كانوا يصلون ويصومون ويزكون ويحجون غير أنهم كانوا إذا عرض لهم من الحرام أخذوه فأحبط أعمالهم).

- وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (لعن الله الراشي والمرتشي في الحكم) أخرجه الترمذي قال حديث حسن.

- وعن عبد الله بن عمرو (لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم الراشي والمرتشي) قال العلماء فالراشي هو الذي يعطي الرشوة والمرتشي هو الذي يأخذ الرشوة إنما تلحق اللعنة الراشي إذا قصد بها أذية المسلمين وبنال بها ما لا يستحق أما إذا أعطى ليتوصل إلى حق له ويدفع عن نفسه ظملاً فلا فدية عليه غير داخل في اللعنة أما الحاكم الرشوة عليه حرام أبطل بها حق أو دفع بها ظملاً، وقد روى في حديث آخر أن اللعنة على الراشي أيضاً وهو الساعي بينهما وهو تابع للراشي في قصده وإن قصد خيراً لم تلحقه اللعنة وإلا لحقته.

- أدلة تحريم الرشوة من الأثر:-

روي عن يوسف بن أسباط رحمه الله قال (أن الشاب إذا تعبد قال الشيطان لأعوانه أنظروا من أين مطعمه فإن كان مطعم سوءاً قال دعوه يتعب ويجتهد فقد كفاكم نفسه لأن اجتهاده مع أكل الحرام لا ينفعه) ويؤيد ذلك ما ثبت في الصحيح من قوله صلى الله عليه وسلم (الرجل مطعمه حرام ومشربه حرام وملبسه حرام وغذي بالحرام فأنى يستجاب لذلك) قال عبد الله بن المبارك (لأن أرد درهماً من شبهة أحب إليّ من أن أتصدق بمائة ألف ومائة).

قال وهيب بن الورد لو قمت مقام هذه السارية ما ينفحك حتى تنتظر ما يدخل بطنك أحلال أم حرام.

قال ابن عباس رضي الله عنه لا يقبل الله صلاة إمري وفي جوفه حرام حتى يتوب إلى الله تعالى منه.

وقال سفيان الثوري من أنفق الحرام في الطاعة كمن طهر الثوب بالبول والثوب لا يطهره إلا الماء والذنب لا يكفره إلا الحلال.

وقال عمر رضي الله عنه كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الوقوع في الحرام. وعن زيد بن أرقم قال (كان لأبي بكر غلام يخرج له الخراج أي قد كاتبه على مال وكان يجيئه كل يوم بخراجه فيسأله من أين أتيت بها فإن رضيه أكله وإلا تركه قال فجاءه ذات ليلة بطعام وكان أبي بكر صائماً فأكل منه لقمة ونسي أن يسأله ثم قال له من أين جئت بهذا فقال كنت تكهنت لناس بالجاهلية وما كنت أحسن الكهانة فإني خدعتهم فقال أبي بكر أف لك كدت تهلكني ثم أدخل يده في فيه فجعل يتقيئ ولا يخرج ففيل له إنها لا تخرج إلا بالماء فدعا بماء فجعل يشرب ويتقيء حتى قاء كل شيء في بطنه ففيل له يرحمك الله كل هذه من أجل هذه اللقمة فقال رضي الله عنه لو لم تخرج إلا من نفسي لأخرجتها إني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول كل جسد نبت من سحت فالنار أولى به فخشيت أن ينبت بذلك في جسدي من هذه اللقمة. وعن بعض الصالحين أنه رأى بعد موته في

المنام فقيل له ما فعل الله بك قال خيراً غير أنني محبوس عن الجنة بإبرة استعرتها فلم أردتها^(١).

وعن أبي هريرة رضي الله عنه قال (لأن يجعل أحدكم في فيه تراب خير من أن يجعل فيه ما حرم الله).

- المحور الثالث: أسباب الرشوة

ينقسم المحور الثالث الخاص بأسباب الرشوة إلى عدة بنود على النحو التالي:-

- البند الأول/ أسباب دينية.

- البند الثاني/ أسباب عائلية واجتماعية.

- البند الثالث/ أسباب اقتصادية.

- البند الرابع/ أسباب ثقافية وتربوية.

- البند الخامس/ أسباب إعلامية.

- البند السادس/ أسباب قانونية.

فيما يلي تفصيل كل سبب من هذه الأسباب على حده:-

- أولاً: أسباب دينية:-

(١) الكبائر للإمام الحافظ شمس الدين الذهبي، ص ١٠٧.

تُعد الأسباب الدينية من أخطر الأسباب على الإطلاق لأن البعيد عن الله ضعيف الإيمان يصبح فريسة للهوى والشيطان والنفس الأمارة بالسوء تتحكم فيه نفسه وهواه وشيطانه وتتمثل الأسباب الدينية في ما يلي:-

١- عدم تنفيذ المجتمع لأحكام الشريعة الإسلامية:-

لقد أدى غياب تطبيق الشريعة الإسلامية والاعتماد على القوانين الوضعية في الكثير من الدول الإسلامية إلى ضعف الوازع الديني مما أدى بدوره إلى تكرار الجريمة بصفة عامة وجريمة الرشوة بصفة خاصة لأن عدم تطبيق الشريعة فيه مخالفة لأمر الله عز وجل الذي أمر بتطبيق شرعه وأوضح عاقبة عدم تطبيق هذا الشرع وبتضح ذلك من قوله تعالى:-

(وَمَنْ أَعْرَضَ عَن ذِكْرِي فَإِنَّ لَهُ مَعِيشَةً ضَنْكاً وَنَحْشُرُهُ يَوْمَ الْقِيَامَةِ أَعْمَى) (١)
وكذلك في قوله عز وجل (فَمَنْ أَتَّبِعْ هَذَايَ فَلَا يَضِلُّ وَلَا يَشْقَى) (٢) وقد أدى غياب تطبيق الشريعة الإسلامية إلى حالة من الفوضى والاضطراب في النفس وفي المجتمع وهذا أمر طبيعي لمن يترك شرع الله ويبحث عن غيره ففي ظل تطبيق الشريعة الإسلامية كانت أمانة الولاية والقائمين على مصالح الناس محل ثقة من الجميع ولكن تبدلت الأحوال بعد ترك العمل بالشريعة الإسلامية فصرنا نسمع عن الرشوة والفساد المالي والإداري في معظم الدول الإسلامية وبين معظم موظفين الدول العربية والإسلامية ولقد عاش المجتمع الإسلامي في حياة الطهر والعفاف والرضى في ظل تطبيق الشريعة الإسلامية وبغياب الشريعة فقد غاب ذلك.

٢- الفهم الخاطئ للدين:-

إن من الأسباب القوية التي وقفت ولا تزال تقف وراء انتشار ظاهرة الرشوة خاصة في الآونة الأخيرة وساعدة على تجميل الوجه القبيح لهذه الظاهرة تحت

(١) سورة طه، الآية ١٢٤.

(٢) سورة طه من الآية ١٢٣.

مسميات تجميلية لها هو الفهم الخاطئ للدين الإسلامي لدى الكثير من المسلمين وإهمالنا للدين في جميع نواحي الحياة وعدم تربية أبنائنا التربية الإسلامية الصحيحة التي تربي عليها السلف الصالح فانتشر تحريف متعمد لفهم الآيات القرآنية وتأويلها وسميت الأسماء بغير مسمياتها.

فأصبحت الرشوة تسمى في بعض الأحيان هدية والبعض الآخر بالعمولة والإكرامية وغيرها من هذه الألفاظ التجميلية وأخذ البعض يبرر لنفسه أخذ الرشوة بحجة أن العائد من الوظيفة لا يكفي لمتطلبات الحياة وأنه لا يعادل من وجهة نظره المقابل الحقيقي للمجهود الذي يبذلونه في العمل ولذلك فإنهم يرون أن الرشوة أو الهدية كما يحلو للبعض تسميتها هي حق مكتسب ومقابل عادل للمجهود الذي يقدمونه لأعمالهم.

يضاف إلى الفهم الخاطئ للدين إزدواجية التوجيه الديني وجعل الدين محصوراً فقط في علاقة الإنسان بربه في شعائر دينية تعبدية يمارسها بغير ربط بين هذه الشعائر والواقع الذي يعيشه الإنسان وعلاقته بالآخرين وأمانته في أداء واجباته وفقاً لما تأمر به الشريعة الإسلامية فترتب على ذلك انقسام في شخصية بعض المسلمين فنجدهم يصلون ويصومون ويذكرون ولكنهم في الوقت نفسه يرتشون ويزورون ويكذبون والعجيب في الأمر أن من يفعل ذلك يتظاهر بأنه لا يخالف ربه وأنه لا يخالف تعاليم دينه ويجد لنفسه المبررات لكل ما يفعل عن طريق تفسير النصوص الدينية بالطريقة التي تتماشى مع هواه ونفسه الأمانة بالسوء وكل ذلك عامل من أخطر العوامل التي ساهمت في انتشار الرشوة والفساد الإداري والكثير من الظواهر السلبية في المجتمع الإسلامي ومرجع ذلك إلى الانقسام الخطير الذي عمقناه سواء بقصد أو بغير قصد بين ما يؤدي من عبادات وما يطبق في المعاملات اليومية مع الدولة ومع الآخرين حتى أصبحنا نرى الكثير من الظواهر والأمراض الاجتماعية وعلى رأسها جريمة الرشوة تمارس في حياتنا اليومية وكأنها أمراً عادياً ليس فيه أدنى مخالفة لتعاليم الدين الإسلامي الحنيف وأصبح المجتمع يطلق على هذه الأمراض الاجتماعية أسماء تجميلية كأن تسمى الرشوة بالهدية

والغش والاستغلال بالمهارة والنفاق بالدبلوماسية وغيرها من الأسماء التي ما أنزل الله بها من سلطان.

٣- إهمال الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في المجتمع:

إن القرآن الكريم قد وضع شرطاً حتى تكون أمة محمد صلى الله عليه وسلم هي خير أمة أخرجت للناس، وهذا هو شرط إعمال الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في المجتمع. (كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ) ^(١) وأوصانا الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم بالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فقال: (من رأى منكم منكراً فليغيره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان) ^(٢) وقد أدى إهمالنا للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر إلى ارتكاب ضعاف الإيمان في المجتمع للعديد من الجرائم وعلى رأسها جريمة الرشوة لأننا انشغلنا بأنفسنا وتركنا بعض الموظفين والمسؤولين الفاسدين يتلاعبون بمقدرات المسلمين وينشرون الفساد والرشوة في معظم مصالح الدولة لتحقيق أغراضهم الشخصية ولم يضرب على أيديهم ونعاقبهم بتقديم المستندات الدالة على أفعالهم وجرائمهم للجهات القضائية والرقابية في الدولة لمحاسبتهم حتى يكونوا عبرة لغيرهم فكانت النتيجة هي تقشي هذا الوباء الذي أهدر مقدرات المجتمع الإسلامي وساهم مساهمة كبيرة في تخلفه عن ركب التقدم والرقي فأصبحت معظم الدول العربية والإسلامية في مقدمة التصنيف الدولي للدول الأكثر فساد في العالم، ولو أننا أمرنا بالمعروف ونهينا هؤلاء السفهاء عن المنكر الذي يرتكبه ما وصلنا إلى ما نحن فيه اليوم.

٤- غلبة القيم المادية على القيم الروحية:-

(١) من الآية ١١٠ من سورة آل عمران.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي، ج ٢/ ص ٢٤، ٢٥.

عندما كانت الغلبة في العصور الأولى للإسلام للقيم الروحية سادت روح التعاون والعدل والتسامح بين أفراد المجتمع الإسلامي وكان كل واحد يؤثر الآخرين على نفسه ويجتهد موظفي الدولة الإسلامية في أداء الحقوق لأهلها، ولكن ما حدث في الآونة الأخيرة أنه نشأ صراع بين القيم الروحية والقيم المادية خاصة بعد عصر ما يسمى بالانفتاح الاقتصادي في الكثير من الدول العربية والإسلامية وكانت الغلبة للأسف الشديد للقيم المادية فكان أن ترتب على ذلك الكثير من الآثار السلبية في المجتمع عند الشباب منهم، وأدى ذلك إلى وقوع الناس في حيرة من أمرهم، صراع داخلي بين قيم دينية وخلقية يقدسونها وقيم مادية لها الغلبة وكان نتيجة هذا الصراع أن تمسك بعض الناس بالقيم الدينية والروحية وتحمل في سبيل ذلك الكثير من المتاعب والتهميش في المجتمع وأصبح من يتمسكون بهذه القيم الروحية يعيشون على هامش المجتمع يعانون من مشاكل دنيوية وحياتية شديدة في الوقت الذي استسلم فيه الكثير من الناس للأسف الشديد لطغيان القيم المادية وباع نفسه للهوى والشيطان وأصبح شعاره في المجتمع الغاية تبرر الوسيلة فسلك أسهل الوسائل للوصول إلى المال خاصة من طبقة الموظفين الذين تاجر البعض منهم بوظائفهم وشاعوا الرشوة في جميع مصالح الدولة لتحقيق أغراضهم المادية والحاق بركب الحضارة المادية وبذلك توافرت البيئة المناسبة لانتشار جريمة الرشوة والاستغلال للوظيفة العامة، وأطلقت على الرشوة مسميات تجميلية في المجتمع تبرر لأصحابها استعمالها وكانهم يمارسون الوظائف بطريقة طبيعية حتى أصبحت حقاً مكتسباً للبعض من الموظفين ضعاف الإيمان.

٥- غياب الوازع الديني لدى بعض أفراد المجتمع:-

الوازع الديني هو الذي يمنع الإنسان من ارتكاب المعاصي والآثام وهذا الوازع قد يقوى وقد يضعف فحينما يتجه الإنسان إلى ربه يؤثر الحياة الآخرة على الأولى ويفعل ما أمره الله وينتهي عما نهى الله عنه فإن الوازع الديني يقوي لديه ويحفظه هذا الوازع الديني من المعاصي والأمراض الاجتماعية أما عندما يبتعد الإنسان عن ربه ولا يطيعه فيما أمره ويرتكب المعاصي والآثام ويخون أمانة الوظيفة وأمانة

المجتمع ويتبع خطوات الشيطان ولا يفرق في اكتساب المال بين الحلال والحرام فالكل عنده سواء المهم أن يحصل على المال بأي طريقة وينشر الرشوة والفساد المالي والإداري في المجتمع ففي هذه الحالة نجده قد ضعف إيمانه وضعف بالتالي الوازع الديني لديه فكان طبيعياً أن لا يستطيع الصمود في وجه شهواته فينسى أن الله يراه ويعلم كل كبيرة وصغيرة يرنكبها (يَعْلَمُ خَائِنَةَ الْأَعْيُنِ وَمَا تُخْفِي الصُّدُورُ) (١)

ومن العوامل التي تؤثر كذلك في الوازع الديني نسبة التعليم التي يتلقاها الفرد خاصة العلم الشرعي كونه يزيد الوازع الديني لدى أفراد، ومن هنا تتضح المشكلة التي ساعدت على انتشار العديد من الأمراض الاجتماعية في المجتمعات العربية والإسلامية نظراً لانتشار الأمية في المجتمعات العربية والإسلامية بشكل مخيف. ولا نبالغ إذا قلنا أن الوازع الديني يضعف حتى عند بعض أصحاب أعلى الشهادات العلمية لأنهم لم يتحصلوا خلال مراحل تعليمهم إلا على قسطاً ضئيلاً من تعاليم الشريعة الإسلامية والعلم الشرعي لضعف هذه المناهج الدينية في المراحل الدراسية المختلفة في مدارسنا وجامعاتنا اليوم إلا ما كان منها متخصصاً في العلوم الشرعية وقد أوضح الله عز وجل في كتابه الكريم أهمية الوازع الديني في حياة البشر في قوله تعالى (وَأَمَّا يَنْزَغَنَّكَ مِنَ الشَّيْطَانِ نِزْغٌ فَاسْتَعِذْ بِاللَّهِ إِنَّهُ هُوَ السَّمِيعُ الْعَلِيمُ) (٢) وقوله تعالى: (إِنَّ الَّذِينَ اتَّقَوْا إِذَا مَسَّهُمْ طَائِفٌ مِنَ الشَّيْطَانِ تَذَكَّرُوا فَإِذَا هُمْ مُبْصِرُونَ) (٣). وبذلك يتضح أن ضعف الوازع الديني لدى الكثيرين هو من مهد الطريق أمام ارتكاب جريمة الرشوة بمالها من آثار مدمرة على المجتمعات العربية والإسلامية.

٦- ضعف فاعلية مناهج التربية الدينية في إعداد أفراد المجتمع:-

(١) سورة غافر الآية (١٩).

(٢) سورة الأعراف الآية (٢٠٠).

(٣) المرجع السابق الآية (٢٠١).

بنظرة سريعة إلى مناهج التربية الدينية في مدارسنا نجدها تعرض بطريقة تقليدية تقوم على أساس الحفظ والتلقين بعيداً عن الربط بين مواقف الحياة ومعطيات الواقع اليومي كون هذه المناهج تركز على المستوى اللفظي وليس السلوكي للأفراد في مجتمعاتهم وتبعد بشكل كبير عن مواجهة مشاكل المجتمع بمنطق تربوي سليم في الوقت الذي كان من المفترض أن تركز هذه المناهج على إعداد شخصية قوية السلوك ملتزمة بتعليم الدين الحنيف فتخرج لنا أفراد وموظفين ومسؤوليين على قدر كبير من الانضباط ونظافة اليد والحرص على أموال المجتمع ومقدراته.

وتكون على قدر كبير في تحمل الأمانة فكانت النتيجة لضعف هذه المناهج أن وجدنا فرقاً شاسعاً بين الواقع والعمل وما كان يجب أن يكون في هذه المجتمعات الإسلامية ويتضح لنا ذلك بوضوح إذا تمعنا النظر في مناهج التربية الإسلامية في مدارسنا وجامعاتنا فنجد على سبيل المثال أن مادة التربية الإسلامية في معظم الأحوال توضع نهاية اليوم الدراسي أو قد تستبدل في الكثير من المدارس بحصص المواد العلمية الأخرى خاصة في نهاية السنة الدراسية للعمل على استكمال مناهج المواد العلمية كون هذه المواد العلمية الأخرى لها أهمية كبرى في المجموع النهائي للطالب بعكس مادة التربية الإسلامية التي في الكثير من الدول الإسلامية تُعد مادة هامشية تكون درجاتها خارج مجموع درجات الطالب النهائية وليس فيها رسوب للطالب بل لا يتبالغ إذا قلنا أن بعض الدول العربية والإسلامية قامت بإلغاء مادة التربية الإسلامية في المدارس وإن وجدت في البعض الآخر فهي تكون في مذكرات صغيرة لا تحمل سوى معلومات ضئيلة للطالب تشتمل على حفظ بعض الآيات الصغيرة وتعليمه كيفية الوضوء والصلاة ويضاف إلى ذلك الحقيقة المرة وهي أنه لا يوجد مدرس متخصص في مادة التربية الإسلامية في الكثير من المدارس وإن وجد فهو لا يعطي هذه المادة في الكثير من الأحيان الاهتمام الكافي لكونها ليست من المواد التي فيها دروس خصوصية ولذلك نجد الكثير من الطلاب لا يرغبون في التخصص في هذه المادة لكونها من وجهة نظرهم لا تفيد من الناحية المادية مع كوننا لا ننسى أن هناك نماذج طيبة من أبنائنا ومدرسينا لا يهمهم العائد المادي بقدر ما يهمهم الثواب والأجر في الآخرة.

ونتيجة لكل ما تقدم وجدنا للأسف الشديد أن الكثير من التعاليم الإسلامية انتهت أو كانت تنتهي من بعض المجتمعات العربية والإسلامية فترك ذلك أرضاً خصبة لانتشار جريمة كبيرة مثل جريمة الرشوة وغيرها من الجرائم التي يعاني منها المجتمع الإسلامي الآن.

يضاف إلى كل ما تقدم أن المجتمعات العربية والإسلامية أبتليت في الآونة الأخيرة بالعديد من دعاة التغريب الذين يدعون إلى تقليد المجتمعات الغربية في كل شيء ويرجعون تخلف المجتمعات العربية والإسلامية إلى التمسك بالدين وتعاليمه.

وأنساهم هذا الانبهار التراث الإسلامي وما حققته الحضارة الإسلامية في مختلف المجالات على مر العصور السابقة فكان لأفكار هؤلاء دور كبير في نشر اليأس والإحباط بين أفراد المجتمع، وكان لكل ذلك أثره السلبي على العقيدة وفي النفوس لكثير من الناس فانتشرت الأنانية وتفضيل المصلحة الخاصة وحب الذات وذهب الجميع ليبحث عن المال ليُسبغ رغبته ومسايرة نمط الحياة الغربية التي إنبهر بها والتي تقوم في الأساس على الماديات دون النظر إلى الاعتبارات الأخلاقية أو الروحية وأدى ذلك إلى انتشار الرشوة على نطاق واسع في جميع المجالات والمؤسسات كونها الطريق الأيسر للحصول على المال الذي يحقق الرغبات الشهوانية سواء شهوة المال أو الطعام أو الرفاهية فوصلنا إلى ما نحن فيه اليوم خاصة في ظل انتشار الفقر وتدني دخل الوظيفة العامة مقارنة بالارتفاع المتوالي في الأسعار علماً بأن توفر كل هذه الأسباب لا يبرر بأي حال من الأحوال اللجوء إلى الرشوة والاتجار بالوظيفة العامة وإهدار مقدرات الأمة.

- ثانياً: الأسباب الاجتماعية:-

وهي تتمثل في ارتفاع تكاليف الزواج في العصر الحالي مما دفع بالكثيرين إلى محاولة الحصول على المال بشتى الطرق وشعارهم في ذلك أن الغاية تبرر الوسيلة فانتشرت الرشوة وخيانة الأمانة في الوظيفة العامة بعد أن تم الاتجار بها وبيان ذلك على النحو التالي:-

الزواج من الأمور التي دعا إليها الإسلام وحث عليها ويسر إتمامها. فليس أيسر من الزواج في الإسلام كون الزواج في الإسلام لا يتطلب سوى توافر الشروط الشرعية التي منها الإشهار والولي ولا يتطلب الأمر أي تكاليف مادية أخرى وأكبر دليل على ذلك أن الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم قال للشباب الذي أراد الزواج من إحدى النساء ولم يكن لديه شيء من المال (التمس ولو خاتماً من حديد) ^(١) وعندما عاد إلى الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم وقال لم أجد ولو خاتماً من حديد. قال له (زوجتها إياك بما معك من القرآن) وهذا إن دل على شيء إنما يدل على يسر الزواج في الإسلام وما نراه اليوم من التباهي في المهور والمغالات فيها والإسراف في حفلات الزواج فهو بعيد كل البعد عن التعاليم الإسلامية. ويرى صاحب كتاب فقه السنة ^(٢) (أنا نحن من وضع العراقيل عندما خرج الكثير من الناس عن سماحة الإسلام فوضعوا الكثير من العراقيل أمام الزواج).

وكانت كلها عراقيل مادية على الشاب أو والد الفتاة وأمام عدم القدرة المادية حاول بعض الناس اللجوء إلى شتى الطرق لتوفير متطلبات الزوج والقضاء على هذه العراقيل التي هي في مجملها عراقيل مادية فلجأ والد الفتاة أو الشاب نفسه إلى استغلال الوظيفة والاتجار بها لتوفير احتياجاتهم المادية ولجأ والد الفتاة إلى تجهيز ابنته بشتى الطرق فلجأ هو أيضاً إلى الاتجار بوظيفته لتوفير احتياجاته وبالطبع استغل أصحاب المصالح والأعمال احتياجات هؤلاء فعرضوا عليهم الرشوة قبلها البعض مما ساهم بشكل كبير في انتشار ظاهرة الرشوة والاتجار بالوظيفة العامة حتى يظهر والد الفتاة بمظهر الأب القادر على تجهيزها بالشكل الذي يجعلها لا تقل عن مثيلاتها خاصة في الوقت التي زادت فيه روح التقليد وترك أمر الزواج بيد النساء وسماع آرائهن وتنفيذ طلباتهم ولجأ الزوج أو والد الفتاة إلى الرشوة لتوفير احتياجات الزوجة المادية كي يظهر بمظهر الزوج القادر لإقناع أسرة الفتاة به لإدراكه طمع أولياء المرأة وعدم إدراكهم لحقيقة الزواج وأهدافه وساعد على انتشار

(١) سنن النسائي بشرح جلال الدين السيوطي وحاشية السندي ج ٦، ص ١٢٣

(٢) فقه السنة للشيخ السيد سابق، ج ٦، ص ١٤٤ - ١٤٥.

هذه الجريمة تغيير نظرة المجتمع في الآونة الأخيرة إلى الزوج الكفء بسبب التغيرات الاقتصادية والاجتماعية التي أصابت المجتمع فأصبح الزوج الكفء وفقاً للقيم المادية هو الزوج الذي يمتلك أفخم السيارات ويمتلك أفضل شقة ولديه الكثير من الأموال بصرف النظر عن مصدر هذه الأموال إن كانت من الحلال أم من الحرام، وانقلبت كل معايير الكفاءة بعد أن كان الزوج الكفء هو صاحب الأخلاق والفضيلة والذي يتمتع بقدر كبير من التدين والعلم فدفعت هذه المعايير المغلوطة الكثير من أفراد المجتمع تحت ضغط الحاجة المادية إلى اللجوء إلى الطرق غير المشروعة لتحصيل الأموال وكان على رأس هذه الطرق الاتجار بالوظيفة العامة وانتشار الرشوة.

ثالثاً: الأسباب الأخلاقية لانتشار ظاهرة الرشوة:-

الأسباب الأخلاقية من الأسباب المهمة التي ساهمت في انتشار ظاهرة الرشوة في المجتمعات العربية والإسلامية وعلى رأس هذه الأسباب قرناء السوء وغيبة القيم والضوابط وذلك على التفصيل التالي:-

١- قرناء السوء:-

الإنسان بطبعه الاجتماعي لا يستطيع أن يعيش وحيداً بمعزل عن الناس ولذلك كان من سنة الحياة أن الجميع يتخذ قرناء له في هذه الحياة والفرد بطبعه يتأثر بصديقه سلباً أو إيجاباً وهذا ما أوضحه القرآن عندما بين كيف أن الإنسان يصاب بالحسرة والندم إذ اتخذ قرين السوء ويتأثر به فيقول رب العزة في الكتاب الكريم عن هذا الإنسان أنه يوم القيامة يقول (يَا وَيْلَتِي لَيْتَنِي لَمْ أَتَّخِذْ فُلَانًا خَلِيلًا * لَقَدْ أَضَلَّنِي عَنِ الذِّكْرِ بَعْدَ إِذْ جَاءَنِي وَكَانَ الشَّيْطَانُ لِلْإِنْسَانِ خَذُولًا)^(١) وبعد هذا العامل (أي قرناء السوء) من العوامل التي لعبت دوراً كبيراً في انتشار ظاهرة الرشوة عن طريق قيام الأصدقاء بمساعدة أصدقائهم لارتكاب هذه الجريمة وتسهيل الأمر

(١) سورة الفرقان من الآيات ٢٨، ٢٩.

لهم وحضهم على فعلها فمن هؤلاء القراء من يقوم بدور الوسيط في إيصال الرشوة ومنهم من يقوم بإقناع صديقه الموظف بارتكابها وبعاونه على ذلك بشتى الطرق فقرأء السوء شياطين الإنس الذين يعاونون شياطين الجن على إقناع هذا الموظف على ارتكاب هذه الجريمة مستخدمين جميع الوسائل الممكنة لإيقاع الإنسان في هذه الفعل ومن المعلوم أن شيطان الجن هو عدو واضح للإنسان ضعيف الإيمان ولذلك حذرنا رب العزة منه فقال: (إن الشيطان لكم عدواً فاتخذوه عدواً) ولكن الأخطر منه هم قرناء السوء الذين هم شياطين الإنس ولكن يعتقد الإنسان أنهم أصدقاء فلا يأخذ الحيطة منهم فيكونون سبباً في إيقاعه في الحرام ومخالفة شرع الله وارتكاب ما نهى الله عنه وأكبر مثال على ذلك ما نراه اليوم جراء ارتكاب جريمة الرشوة.

٢ - غيبة القيم وفقدان الضوابط:-

القيم التي يعتنقها الإنسان تمثل الحصن القوي الذي يحميه من الانحراف وقيمتنا الإسلامية هي أهم ميراث لدى أمتنا، ولذلك نجد أن الإنسان يكون عرضة للانحراف إذا اختلفت القيم التي تعلمها في الصغر وترى على احترامها وتقديرها عن القيم التي يراها أمامه في المجتمع اليوم ليكتشف أن القيم التي تعلمها في الصغر لا وجود لكثير منها في العصر الحاضر لكون القيم التي يواجهها في العصر الحاضر تأثرت كثيراً بالتغيرات الاقتصادية والاجتماعية خاصة في زمان ما يسمى بالانفتاح الاقتصادي في غالبية الدول العربية والإسلامية فتراجعت القيم الأصلية التي تربي الإنسان في الصغر عليها خاصة قيم العدالة والحق والأمانة وغلبة عليها قيم دخيلة أخرى تركز على الأنانية وحب الذات والانتهازية والرشوة والنفاق والاستغلال وغيرها من هذه الأمراض الأخلاقية والاجتماعية التي اعتدنا على سماعها. ووجودها اليوم فكان الأمر صعب المقاومة لدى كثير من الناس خاصة ضعاف الإيمان فسقطوا أمام هذه الأفكار الجديدة وحاولوا مسaire الوضع الجديد الذي يعتمد اعتماداً كلياً على المادة وعندما لم يستطيعوا توفيرها بالطرق المشروعة ذهبوا إلى الحصول عليها بالطرق المحرمة والتي كانت أيسرها الاتجار بالوظيفة العامة لتحقيق طموحاتهم وأحلامهم غير مبالين بعاقبة هذا الفعل عليهم وعلى أوطانهم فكان ما نحن فيه اليوم

من تخلف اقتصادي واجتماعي وفقدان للضوابط وللقيم الإسلامية التي تحرم كل هذه الأمراض.

رابعاً: الأسباب الاقتصادية لانتشار ظاهرة الرشوة:-

الأسباب الاقتصادية تُعد السبب الرئيسي الذي لعب ولا يزال يلعب الدور الأكبر في انتشار ظاهرة الرشوة خاصة أمام الخلل الكبير الذي أصاب معظم الدول العربية والإسلامية في السنوات الأخيرة نتيجة التغيرات الاقتصادية المفاجئة التي أصابت هذه الدول ومن أهمها التفاوت بين الطبقات وهذا التفاوت كان خطراً كبيراً على المجتمع بآثره، وكان له الأثر في انتشار ظاهرة الرشوة التي كانت نتيجة طبيعية لهذه التغيرات التي نتج عنها انتشار الفقر وعدم الرضا والنظر إلى الكماليات على أنها ضروريات وانتشار البطالة وغيرها يضاف إلى كل ما تقدم ما نتج عن ما يسمى بالانفتاح الاقتصادي من أزمات اقتصادية وسيطرة القيم المادية على القيم الأخلاقية ، وفيما يلي توضيح للدور الكبير والخطير الذي لعبته العوامل الاقتصادية في انتشار ظاهرة الرشوة، وذلك على النحو التالي:

١- انتشار الفقر وآثره على ظهور جريمة الرشوة:-

تعريف الفقر:- عرفه العلماء بأنه^(١) "عدم القدرة على إشباع الحاجات الأساسية التي في حالة عدم إشباعها يعرف الناس بأنهم فقراء، وعرفوه أيضاً بأنه^(٢) "صفة متفردة بمعنى إما أن يكون الفرد فقيراً أو لا يكون فقيراً، وأن الفاصل بينهما هو الوضع الاجتماعي الذي يمثل خطأ فاصلاً بين الفقر وعدمه".

(١) د. علياء شكري، د. أمال عبد الحميد، الحياة اليومية لفقراء المدينة، ص ٣٣، ٣٤، الطبعة ١٩٩٥م.

(٢) المرجع السابق.

- أما عن أثر الفقر على الإنسان بصفة عامة فإنه له آثار خطيرة حيث يعاني الكثير من الناس من قلة الدخل مقارنة بمستوى المعيشة أو احتياجاته المادية خاصة الشباب الذي لا تكفي دخولهم في حالة حصولهم على وظيفة لتكوين أسرة ومن لديه أسرة منهم لا تكفي هذه الدخول احتياجات هذه الأسرة لقلة هذه الدخول؛ وأمام احتياجات الأبناء ومتطلباتهم في الوقت الذي يضعف فيه الوازع الديني نجد أن بعض الناس يشعرون باليأس والإحباط من تحقيق أحلامهم بالطرق المشروعة فيلجئون إلى تحقيقها عن طريق الطرق غير المشروعة وعلى رأس هذه الطرق سلوك طريق الرشوة والاتجار بالوظيفة العامة.

يرى البعض: " أن الفقر قد لا يكون عاملاً مباشراً في اللجوء إلى الرشوة ولكنه يولد حالات فردية واجتماعية تساعد على هذه الجريمة وأن أثر هذا العامل يزداد في المدن بصفة خاصة وذلك لكثرة المغريات ومنها المنتجات الاستهلاكية التي تعرض هنا وهناك ويقف الفقر حائلاً دون الحصول عليها".^(١) ونتيجة لانخفاض دخل رب الأسرة وعدم قدرته على تلبية الاحتياجات الضرورية لأبنائه فينعكس ذلك بصفة مباشرة على هذا الموظف فيكون ذلك سبباً في شعوره بالعجز والإحباط عن القيام بدوره كرب أسرة مسؤول عن توفيره متطلبات أبنائه فيلجأ إلى جريمة الرشوة.

ويوضح أحد العلماء^(٢) أثر الفقر فيقول: "أن الفرد قد يصبر على الفقر إذا كان ناشئاً عن قلة الموارد في المجتمع بصفة عامة أما إذا كان هذا الفقر ناشئاً عن سوء توزيع الثروة في المجتمع وسيطرة قلة من الناس على موارد المجتمع فهذا ما لا يصبر عليه بعض الأفراد وقد يدفعهم الإحساس بالظلم إلى محاولة أخذ حقوقهم بأنفسهم".

٢ - مشكلة البطالة وأثرها في انتشار ظاهرة الرشوة:

(١) د. عمر الحسيني، المرجع السابق، ص ١٧٤.

(٢) د. يوسف القرصاوي، مشكلة الفقر وكيفية معالجتها في الإسلام ص ١٨.

البطالة هي: "تعطل الإنسان عن العمل بالرغم من قدرته عليه"^(١)

إن البطالة قبلة موقوفة تهدد بالانفجار في أي وقت كون أثرها لا يقتصر على تعطيل طاقة إنتاجية هائلة في المجتمع فحسب بل أنها تؤدي بالإنسان إلى ارتكاب العديد من التصرفات غير الشرعية على رأسها جريمة الرشوة وتوضيح ذلك: كون أن رب الأسرة وهو الموظف يتعب ويشقى من أجل توفير الاحتياجات الضرورية لأبنائه ليتمكنوا من مواصلة مراحلهم التعليمية ويصير ويتحمل في انتظار اليوم الذي يتخرج فيه أبنائه وينتهون من مراحلهم التعليمية لإعانتة أو إعانة أنفسهم على متطلبات الحياة فيخف حمل الأسرة عن كاهله فالابن الذي أكمل مراحل التعليم يريد أن يتزوج ويكون أسرة ويرفع عن والده جزء من الأعباء وكذلك الفتاة التي أنهت دراستها ويتقدم لها من يرغب في الزواج منها وهو ما يتطلب من رب الأسرة تجهيزها وفقاً للعرف السائد في العصر الحالي وما يتطلبه ذلك من نفقات فتكون البطالة سبباً في جلوس هذا الابن وهذه الفتاة في منزل الأسرة دون عمل فتزداد الأعباء على رب الأسرة ويجد نفسه بعد كل هذا الصبر والعناء طوال سنين عديدة يجد نفسه في مأزق خطير فهو مطالب بالإنفاق عليهم وهم بلا عمل ومعلوم أن نفقات العاطل عن العمل بعد التخرج ليست بالشيء الهين اليسير كما أن هذا الأب مطالب كذلك بتوفير قدر من المال لمساعدتهم في متطلبات الزواج خاصة بالنسبة للفتاة فيدفع ذلك هذا الموظف إلى استخدام كل الوسائل المشروعة وغير المشروعة للحصول على المال اللازم لتوفير هذه الاحتياجات فيقع في أيدي من ينتهزون الفرص من أصحاب المصالح والأعمال فيقدمون له الرشوة فلا يستطيع أمام ضعف الإيمان واحتياجات الحياة مقاومتها.

وفي اعتقادي أن هذه المشكلة أي مشكلة البطالة كانت ولا تزال نتيجة مخططات ومؤامرات استهدفت هذه الأمة العظيمة لإفراغها من ثقافتها الإسلامية وقيمها الأخلاقية وإشغالها بمشاكلها الحياتية واليومية وقد ساعد على نجاح هذه المخططات بعض الجهات الداخلية من الذين اتبعت ضمايرهم وأخلاقهم ولم يعد

(١) د. عمر الحسيني، المرجع السابق، ص ١٧٠.

يهمهم سوى جمع المال والحفاظ على السلطة وقدموا من أجل ذلك الغالي والنفيس فتم عن طريقهم تنفيذ هذه المخططات تحت مسميات عدة تارة تسمى بالانفتاح الاقتصادي وتارة أخرى تسمى بتحرير الاتجار واقتصاد السوق وغيرها من الأسماء فأدى ذلك إلى نجاح هذه المخططات وكان لهذه القوى الداخلية و الخارجية ما أرادت فتمش وكاد ينتهي دور الأمتين العربية والإسلامية وتم إفراغ المجتمعات العربية والإسلامية من عناصر قوتها والتي على رأسها المنظومة القيمية والاجتماعية والثقافية ثم كانت النتيجة انشاء الفقر والبطالة. والتخلف في معظم هذه البلدان العربية والإسلامية وانتشر بها الفساد المالي والإداري ويكفي أن نظرة سريعة على آخر تقارير منظمة الشافية العالمية تعمل لمحاربة الفساد ومكافحته والتي لها موزع في أكثر من ٩٠ دولة وقامت بقياس الفساد في أكثر من ١٥٨ بلداً حول العالم ومن المؤسف أن معظم البلدان العربية المنتجة للنفط لم تحصل إلا على ترتيب منخفض في محاربة الفساد مما يدل على تقشي الفساد في هذه البلدان خاصة في المشاريع الحكومية الكبيرة وتقدر منظمة الشافية العالمية المبالغ التي تهدر سنوياً في العالم بسبب الرشوة بمقدار يزيد عن أربعمئة مليار دولار في مجال المشتريات والعطاءات الحكومية.

خامساً: الأسباب الإعلامية لانتشار ظاهرة الرشوة:

تعريف الإعلام: يعرف الإعلام بأنه: حمل الخبر أو النبأ من جهة إلى أخرى ثم تطور حتى صار مفهومه تبني قضية من القضايا وطرحها من خلال قنوات معينة بقصد إيصالها إلى المتلقي سامعاً أو مشاهداً أو قارئاً^(١).

ويسعى الإعلاميون للوصول إلى عقل الإنسان ووجدانه للسيطرة عليه فأصبح لا يرى إلا ما يرون ولا يسمع غير ما يريدون ولا يحس غير ما يحسون والسلاح الذي يستخدمه الإعلام للسيطرة على الإنسان هو الكلمة وما يتبعها من أداء جذاب

(١) يوسف العظم، رحلة الضياع للإعلام العربي المعاصر، الطبعة الأولى ١٤٠٠ هجرية، ١٩٨٠ م، ص ٩-١٠.

وصورة مثيرة. أما الوسائل التي يتبعها الإعلام لتحقيق أغراضه فهي متعددة منها الصحف والمجلات والإذاعة المسموعة والمرئية ودور العرض الخاصة والعامة وغيرها^(١).

إن الإعلام كان ولا يزال له الدور السلبي الأكبر في اتجاه بعض الناس خاصة المسؤولين منهم إلى الطرق غير المشروعة للحصول على المال، وعلى رأس

هذه الطرق الاتجار بالوظيفة العامة والحصول على الرشوة ويتضح هذا الدور من خلال النظر بدقة إلى ما يقدمه الإعلام من فقرات فنجده يهتم بإظهار أضخم حفلات الزواج والتركيز على المباهاة في تكليفه مما دفع بالكثير من الناس إلى تقليد هذه الحفلات في الوقت الذي لا يملكون فيه الإمكانيات المادية التي تساعدهم على ذلك فيلجئون إلى طرق الثراء السريع والتي على رأسها جريمة الرشوة للحصول على المال الذي يمكنهم من تقليد هذه الحفلات يضاف إلى ذلك ما يقدمه الإعلام من إعلانات سواء في إذاعته المرئية أو المسموعة أو المقروءة والتي يعرض من خلالها الكثير من السلع الاستهلاكية والتركيز على أنها سلع ضرورية مما يجعل الناس يتهافتون على اقتنائها فتقف مقدراتهم المادية حائلاً دون ذلك فيلجئون إلى الطرق غير المشروعة التي تمكنهم من الحصول على المال لتحقيق هذه الأحلام وعلى رأس هذه الطرق بالطبع طريق الاتجار بالوظيفة العامة وهي الرشوة يضاف إلى ما تقدم أيضاً ما يعرضه الإعلام في مسلسلاته وأفلامه من إظهار القصور الفاخرة والأكلات الشهية يشتى أنواعها والأثاث الفاخر التي تشعر الفرد العادي أو الموظف محدود الدخل أنه لا قيمة له في المجتمع وتظهره بمظهر العاجز أما زوجته وأبنائه في تحقيق أحلامهم في اقتناء هذه الأشياء فيصاب بالسخط والإحباط فيستغل أصحاب المصالح والأعمال الخاطئة هذه الظروف ويقدمون له الحل المتمثل في الرشوة فيقع في هذه الجريمة خاصة في ظل ضعف الوازع الديني لديه.

المحور الرابع: الآثار المترتبة على جريمة الرشوة:

(١) يوسف العظم، المرجع السابق ص ١٠.

إذا تمت جريمة الرشوة رتبت العديد من الآثار التي لا تقتصر على الفرد فقط بل تتعدى ذلك إلى الأسرة والمجتمع بل على الأمة بأسرها فتكون العاقبة وخيمة على الجميع وبيان هذه الآثار المترتبة على وقوع هذه الجريمة هي على النحو التالي:

١ - جريمة الرشوة تعرض فاعلها والمشاركين معه للتزوير:

لأنه غالباً ما يضطر فاعل هذه الجريمة إلى التلاعب بالأوراق الرسمية والتزوير فيها لإثبات الأمور على غير حقيقتها حتى يعطي الحق لغير أهله على حساب المصلحة العامة وحقوق الآخرين كأن يتلاعب بدرجات الطلاب بتغييرها أو بكشوفات التعيين لإعطاء الأولوية لأحد المتقدمين على حساب الآخرين و بذلك يرتكب جريمة التزوير بجانب جريمة الرشوة.

٢ - جريمة الرشوة تؤدي إلى عذاب الوجدان:

إن الحالة الطبيعية لمرتكب جريمة الرشوة في حقيقتها توضح كيف أن مرتكب هذا الفعل كان أسيراً لشهوته وخيانتته للأمانة تجعله في حالة نفسية سيئة نتيجة شعوره في حقيقته بالحقارة النفسية ويؤدي ذلك إلى ضياع احترامه وتغير نظرة المجتمع إليه على أنه مرتشي وخائن للأمانة التي أوكلت إليه لصيانتها وتأديتها على أكمل وجه.

٣ - الرشوة تؤدي إلى تعرض فاعلها والمشاركين معه لسوء الظن

بهم:

نظراً لطابع السرية التي تحيط بهذا الفعل المحرم فإنها تعرض فاعلها والمشاركين معه لسوء الظن بهم وتتطلق ألسنة الناس تجاههم بالقول والشك في تصرفاتهم ويتهمون دائماً من قبل الآخرين بالخيانة والسرقة وهذه النظرة وهذه السمعة وضياع الكرامة لهم ولأسرهم.

٤- الرشوة تؤدي إلى إبتزاز الآخرين:

لكون صاحب المصلحة لا يستطيع إنهاء مصلحته والحصول على حقه إلا بتعرضه إلى الكثير من المساومة والابتزاز وإن لم يستجب لهذه المساومات والابتزازات فإنه لن يستطيع إنهاء مصلحته لكون مرتكبي هذه الجريمة يقفون حجر عثرة في سبيل قضاء مصالح المواطنين ويلجئون إلى عرقلتها وتأخيرها كي يصلوا إلى مقاصدهم المتمثلة في حصولهم على الرشوة لقضاء مصالح الآخرين.

٥- الرشوة فيها معصية لله والرسول وخيانة للأمانة التي أمر الله بحفظها وإتمامها على أكمل وجه:

أمر الله عز وجل بأداء الحقوق إلى أصحابها وقضاء حوائج الناس وأمر الرسول صلى الله عليه وسلم بعدم أخذ الرشوة مقابل قضاء مصالح الناس فإن مخالفته ذلك فيه معصية لله ولرسوله ومن يفعل ذلك له عذاب أليم في الدنيا والآخرة ما لم يتدارك أمره بالتوبة ورد المظالم.

٦- الرشوة تعرض فاعلها والمشاركين معه لبعض الناس وعدواتهم:

إن الراشي والمرتشي والوسيط يتعرضون لبعض الناس وكراهيتهم وهذا أمر طبيعي لكون صاحب هذه الجريمة ويُعد إنسان غير مرغوب فيه من قبل أفراد المجتمع خاصة المحيطين به والمتعاملين معه من أصحاب المصالح والحقوق الذين لا يرتكبون هذه الجريمة ولا يقدمون له الرشوة فتتعطل مصالحهم وتضيع حقوقهم ومن الطبيعي أن يبادلهم هذا ويتحين الفرصة للانتقام منهم ومن غيرهم لشعوره بالاحتقار والنبذ من جهتهم.

٧- الرشوة تؤدي إلى هلاك الأمم وضياع الدول:

إن هذا الفعل المشين له آثاره السلبية الخطيرة على الأمة وعلى المجتمع ولنتصور حال أمة من الأمم تنتشر فيها جريمة الرشوة فهل تستطيع هذه الأمة أن تعتمد في نموها وتقدمها وصلاحتها على أفراد يتاجرون بالوظيفة العامة هل ترفع بهؤلاء راية أو تحقق بهم تنمية إن انتشار الرشوة يؤدي إلى شيخوخة الأمة وموتها وتخلفها بين الأمم لكون المرشسي وشركاءه يقابلون نعم الله عليهم وعلى أمتهم بالحد فيكون الجزاء انكسار شوكتهم وزوال دولتهم فضلاً عن عقابهم في الآخرة، وبنظرة إلى الأمم السابقة والحالية نجد أن الأمم التي انتشر فيها وباء الرشوة أدى إلى نهايتها وتخلفها وكان أقربها الإمبراطور العثمانية التي أدت انتشار الرشوة بين موظفي الجهاز الإداري للدولة إلى إفساد الجهاز الإدارة لها مما يُعد سبباً من الأسباب الكثيرة التي أدت إلى تفتت هذه الإمبراطورية ونهايتها فظهور الرشوة بين الناس دون أن يهب المجتمع وتهد الدولة لمحاربتها والقضاء عليها أمراً خطيراً على الجميع فالمعصية وخيانة الأمانة إذا أتاها فرد وأخفى فعلته كان أثرها محدوداً بعض الشيء أما إذا انتشرت بين الناس وتم الجهر بها مع سكوت الدولة والمجتمع عليها فيكون ذلك سبباً في هلاك الدولة والمجتمع. (واتقوا فتنة لا تصيبن الذين ظلموا منكم خاصة واعلموا أن الله شديد العقاب). (١)

٨- انتشار الرشوة يؤدي إلى فقدان روح الجماعة بين أبناء

المجتمع الواحد:-

من العناصر الأساسية التي يقوم عليها المجتمع المسلم صفة التعاون بين أبنائه فالإنسان بطبعة لا يستطيع أن يعيش بمفرده وهذا ما أمر الله به وحثت عليه السنة النبوية المطهرة ولكن الرشوة تؤدي إلى فقدان روح الجماعة بينهم كون هذه الجريمة تقطع الطريق أمام أصحاب الحقوق الشرعية والقانونية في الوصول إلى حقوقهم إلا

(١) سورة الأنفال من الآية ٢٥

بعد ابتزازهم مما يشيع الكراهية والبغضاء ويقضى على روح الجماعة بين أبناء المجتمع الواحد.

٩- إن انتشار ظاهرة الرشوة تؤدي إلى انخفاض معدل النمو الاقتصادي في المجتمع:

إن انتشار الرشوة يؤدي إلى انخفاض معدل النمو الاقتصادي الأمر الذي يؤدي إلى تدهور الأوضاع الاقتصادية في داخل المجتمع وسبب ذلك يرجع إلى كون كمية الأموال المهذرة في الرشوة والفساد الإداري والمالي كميات كبيرة وذات تأثير سلبي كبير على المجتمع ولكون هذا الجريمة تكون سبباً في شغل وظائف الدولة ومؤسساتها من قبل غير الأكفاء الذين تحصلوا على هذه الوظائف عن طريق تقديمهم للرشوة وقد وصل الأمر في بعض البلاد العربية إلى وضع تسعيرة للتعيين في الوظائف الشاغرة التي تتطلب موظفين للعمل بها فأصبحت التعيينات مسعرة لكل وظيفة قيمة مالية تدفع كرشوة حتى يحصل طالب العمل على هذه الوظيفة بصرف النظر عن كفاءته لهذه الوظيفة أم لا وبصرف النظر عن توافر الكفاءة العلمية والمقدرة الإدارية والفنية والعجيب أن هذا الأمر يوجد في جميع الوظائف سواء الوظائف الدنيا أو الوظائف العليا بل إن انتشارها في الوظائف العليا أكبر بكثير مما هي عليه في الوظائف الدنيا وكذلك انتشارها في اللجان الفنية خاصة في لجان العطاءات وهذا بدوره أدى ولا يزال يؤدي إلى إهدار الكثير من الأموال في عطاءات ومشتريات لا يتوفر فيها الحد الأدنى من المواصفات الفنية والمالية لا لشيء سوى دفع الرشي للقائمين على هذه المصالح وبنظرة سريعة على تقارير منظمة الشفافية العالمية يتضح لنا الوضع والترتيب المخزي الذي توجد فيه معظم الدول العربية والإسلامية خاصة الدول النفطية وتصنيفها عالمياً بأنها من أكثر الدول التي ينتشر فيها الاتجار بالوظيفة العامة وانتشار الرشوة على نطاق واسع في جميع المجالات الاقتصادية والإدارية والمالية والعجيب في الأمر أن هذه الجريمة انتشرت في الجهات التي يفترض فيها أنها جهات رقابية كلفت برقابة جميع أجهزة ومؤسسات الدولة لمنع المخالفات والحفاظ على المال العام ومقدرات هذه الدول.

إن الأمر جد خطير إن لم يتم تداركه عن طريق وضع الرجل المناسب في المكان المناسب وتكليف الشرفاء الأكفاء ليكونوا على رأس هذه القطاعات والمؤسسات وهؤلاء ولله الحمد موجودون بكثرة في معظم بل في كل الدول العربية والإسلامية وبعد أن أوضحت أسباب هذه الظاهرة الخطيرة وبينت الآثار السلبية المترتبة عليها سواء على المستوى الفردي أو على مستوى الدول والمجتمعات بل على مستوى الأمة بأكملها آن الأوان لكي نتعرف على أفضل السبل لمواجهة هذه الظاهرة والقضاء عليها في المحور الأخير من هذه البحث وهو المحور المخصص لعلاج ظاهرة الرشوة.

المحور الخامس :- علاج ظاهرة الرشوة

بعد أن أوضحت في المحاور السابقة أهم أسباب انتشار ظاهرة الرشوة، وتأكد لنا أن هناك عدة عوامل تقف وراء تفشي هذه الظاهرة الخطيرة، وأن المسؤولية في تفشي هذه الظاهرة تقع على عاتق جميع فئات المجتمع فالآن قد حان الوقت لبيان كيفية معالجة هذه الظاهرة، وكما أن المسؤولية في تفشي هذه الظاهرة تقع على جميع فئات المجتمع فإن العلاج يتطلب تضافر جهد جميع فئات المجتمع وتكاتفهم وتعاونهم كي يتمكنوا من الوقوف بحزم وقوة في وجه هذه الظاهرة الإجرامية كما أن الأسباب كانت متعددة فإن طرق العلاج هي الأخرى متعددة منها ما هو علاج ديني، ومنها ما هو علاج اجتماعي ومنها ما هو إعلامي واقتصادي وغيرها من طرق العلاج التي سوف نتعرف عليها في البنود التالية وبيانها سوف يكون وفقاً للتالي:-

أولاً :- المعالجة الدينية

للدين الإسلامي منزلة عظيمة في نفوس المسلمين ولم يزل الدين رغم كل ما يحاك له من الدسائس والمؤامرات والتشويه والتشكيك في بعض الأحيان من قبل أعداء الإسلام، لا يزال يمثل مكانة الصدارة في التأثير في المجتمع الإسلامي، فهو مصدر هدى لمن أراد الهداية، وحاجة الناس إليه أعظم من حاجتهم إلى الطعام والشراب، وطاقته أهم وأعظم الطاقات، لذلك نجد أن الباحثين يجمعون على أن العلاج الأول لأي مشكلة اجتماعية أو غير اجتماعية يكون عن طريق الدين

بالدرجة الأولى ولذلك فالعلاج الأول الناجح للتخلص من هذه الجريمة هو التمسك بالتعاليم الدينية واللجوء إلى الله خاصة وأننا قد عرفنا أن من أهم أسباب هذه الظاهرة هو البعد عن الدين والفهم الخاطئ والتفسير المنحرف لبعض آياته بالإضافة إلى التفسير الخاطئ لنصوص السنة النبوية، ولييان كيفية المعالجة الدينية لهذه الظاهرة يتطلب الأمر النقاط التالية :-

الاستفادة من التجارب السابقة التي ساهم فيها الفكر الإسلامي في محاربة ظاهرة الرشوة على مر العصور الإسلامية :-

لقد ساهم الفكر الإسلامي مساهمة عظيمة في محاربة جريمة الرشوة والظواهر السلبية الموجودة في المجتمع قبل الإسلام وبعده وتمثل الفكر الإسلامي فيما نص عليه كتاب الله عز وجل والسنة النبوية الشريفة سواء بالقول أو التقرير وكذا نجد في مصادر أخرى كالإجماع والقياس .

التطبيقات الفعلية لمحاربة الرشوة كأحد الظواهر السلبية الموجودة في المجتمع متعددة ومتنوعة النماذج على طول التاريخ الطويل للدولة الإسلامية الذي بدء في عهد النبوة ثم عهد الخلفاء الراشدين وما تلا ذلك من عهود.

وبناء على ما تقدم فإنني سوف أعرض الكيفية التي حارب بها الإسلام ظاهرة الرشوة من خلال العصور الإسلامية المختلفة ولعل أبرز ما ركز عليه الفكر الإسلامي في محاربة هذه الظاهرة تم عن طريق حسن اختيار القادة وولاة الأمر وعمال الدولة.

فالقُرآن الكريم يؤكد أن الغرض من السعي في الأرض هو الكسب الحلال
(يا أيها الناس كلوا مما في الأرض حلالا طيبا ولا تتبعوا خطوات الشيطان إنه لكم عدو مبين) (١)

ثم يرشدنا الفكر الإسلامي إلى كيفية إنفاق هذا المال فلنا في رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه القدوة الحسنة في المحافظة على أموال المسلمين وشدة

(١) سورة البقرة الآية ١٦٨ .

الحرص عليها، وأعطانا أمير المؤمنين عمر بن الخطاب المثل، وقد بلغ الإحساس بالمسئولية عند الفاروق درجة كبيرة من الحساسية والشدة مع نفسه و أهله فيما يتعلق بأموال المسلمين ويتضح ذلك من خلال تحديد مرتب لأمر المؤمنين ، فطلب عمر بن الخطاب التفرغ لإدارة شئون المسلمين على أن يعطى أجراً عن علمه من بيت مال المسلمين فجمع الناس واستشارهم، قال لهم: إني كنت تاجراً. وقد شغلتموني بأمركم هذا فما ترون أنه يصلح لي من هذا المال، فقال عثمان رضي الله عنه كل وأطعم، وتكلم آخرون، فوجه عمر الكلام إلى علي ابن أبي طالب. وقال له ما تقول أنت في ذلك قال: ما يصلحك ويصلح عيالك بالمعروف، ليس لك من هذا الأمر غيره. فقال القوم: ما قال علي ابن أبي طالب^(١).

وكان عمر بن الخطاب حريصاً على ألا يصل إلى أهله شيء غير ما تقدر له من بيت مال المسلمين، وهو رئيس الدولة، حتى أن عامل بيت المال كان ينظفه في يوم من الأيام فوجد درهماً فأعطاه إلى ابن عمر، فاستدعاه عمر حين علم بالأمر فنهزه وقال له: أوجدت علي في نفسك شيئاً أردت أن تخصمني أمة محمد صلى الله عليه وسلم في هذا الدرهم يوم القيامة!؟

ولا زلنا مع عمر بن الخطاب الذي يضرب لنا المثل أيضاً في الأخذ بأحدث ما توصلت إليه الدول المتقدمة في تنظيم الدولة ومحاربة الفساد فيها ولا عيب في ذلك، وهو يرشدنا إلى ضرورة البحث عن أفضل ما توصل إليه العلم وتوصلت إليه الدول المتقدمة في محاربة الظواهر السلبية وعلى رأسها ظاهرة الفساد الإداري وظاهرة الرشوة، فهذا عمر رضي الله عنه ينشأ الدواوين والديوان يعرفه الماوردي^(٢) بأنه (موضوع لحفظ ما يتطرق بحرق السلطة من الأعمال والأموال ومن يقوم بها من الجيوش والعمال).

(١) د. سليمان الطماوي، عمر بن الخطاب ص ٢٤.

(٢) أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الشهير بالماوردي، الأحكام السلطانية والولايات الدينية، الطبعة الثانية، ١٩٦٦.

كانت هذه الفكرة قد أشار عليه بها أحد الصحابة موضحاً أن هذه الفكرة يعمل بها في بلاد الفرس فأخذ عمر عن الفرس، وهذا ما يدل على مدى حرص عمر على أموال المسلمين والبحث عن أفضل الوسائل والسبل التي تساعد على حفظ هذا المال، وهذا بدوره يلقي على عاتق ولاة أمور المسلمين مسئولية البحث عن أفضل السبل والوسائل التي توصلت إليها الدول المتقدمة في محاربة ظاهرة الرشوة.

* أهم الوسائل التي جاء بها الفكر الإسلامي لمحاربة ظاهرة الرشوة:-

إعمال القاعدة الإسلامية في اختيار القادة وولاة الأمر وعمال الدولة بتولية الأصلح والأجدر إعمالاً لما جاء في كتاب الله (إِنَّ خَيْرَ مَنْ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيَّ الْأَمِينُ)^(١) ويقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم: "من ولي من أمر المسلمين شيئاً فولى رجلاً وهو يجد أصلح منه فقد خان الله ورسوله".

القاعدة السابقة ذكرها تنطبق على كل منصب قيادي في أي موقع من مواقع السلطة والمسئولية، حيث يجب أن يتولى مهام العمل والقيادة من يتمتع بالأمانة والكفاءة ونظافة اليد، مع الأخذ في الاعتبار بطبيعة الحال الشروط الواجب توافرها في كل منصب أو وظيفة.

كما نشير في هذا الصدد إلى قاعدة أخرى من قواعد تولي الوظائف في الإسلام وهي القاعدة التي تنص على عدم تولية الوظيفة لمن يطلبها، وخاصة بالنسبة للوظائف القيادية، فقد طلب رجل من الرسول صلى الله عليه وسلم أن يستعمله، فقال له: (إنا لا نستعمل على عملنا من يريده) وأراد عمر بن الخطاب أن

(١) سورة القصص الآية ٢٦.

يستعمل رجلاً، فبادره الرجل بطلبه منه فقال عمر: "والله لقد أردتكم لذلك ولكن من طلب هذا الأمر لم يعن عليه"^(١) وكان الرسول صلى الله عليه وسلم يدقق في اختيار الولاة وأصحاب المناصب ليتأكد من كفاءتهم وجدارتهم لهذه المناصب قبل أن يضطلعوا بمهامها ومن ذلك أنه لما أرسل معاذ بن جبل إلى اليمن قاضياً قال له: "بما تقضي، قال بكتاب الله قال فإن لم تجد؟ قال: فسنة رسول الله، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن لم تجد؟ قال معاذ: فبرأبي، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله إلى ما يرضي الله ورسوله".

والوظيفة العامة تعرف في الدولة الإسلامية بأنها خدمة عامة وأنها تكليف وليس تشريف. وهذا عمر بن الخطاب يخطب في الناس قائلاً: "إني لم أبعث إليكم الولاة ليضربوا أبشاركم ويأخذوا أموالكم ولكن ليعلموكم ويخدموكم". فقد سار الخلفاء الراشدون على منهج النبوة من حيث الدقة في الاختيار للقادة والولاة، والتأكد من توفر الأمانة والكفاءة في المرشح للوظائف العامة، وفي سبيل ذلك استخدموا العديد من الوسائل منها فكرة الاختيار وقد استخدمها أبو بكر الصديق ويظهر ذلك من خلال قوله ليزيد بن أبي سفيان عندما ولاه على الشام: (إني قد وليتكم لأبلوك وأجربك، فإن أحسنت رددتكم إلى عملك وزدتك، وإن أسأت عزلتكم) أما عمر بن الخطاب فكان يستكتب الولي أو العامل المعين في الوظيفة العامة عهد الولاية، وأعطى الإسلام للعامل أو الولي في الوظائف العامة كل ما يكفل له أداء عمله في أمانة واستقرار ويستدل على ذلك من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (من ولي لنا عملاً وليس له منزل فليتخذ منزلاً أو ليس له زوجة فليتزوج أو ليس له دابة فليتخذ دابة).

هذا بخلاف الأجر الذي يتقاضاه من هذا العمل والهدف من ذلك توفير الحياة الكريمة له ولأسرته حتى لا يتسول له نفسه المساس بأموال المسلمين وأخذ الرشوة لتوفير احتياجاته، وبذلك تسد أمامه جميع أبواب الحرام فإن سولت له نفسه بعد ذلك

(١) شهاب الدين أحمد المعروف بابن عبد ربه الأندلسي في العقد الفريد الطبعة الأولى ١٤٢١ ص

وأخذ الرشوة والاعتداء على أموال المسلمين استحق أشد العقاب، وكانت هناك مراقبة شديدة للقادة والولاة كما كانوا يحاسبون عما يقع منهم من أخطاء وتوقع عليهم أشد العقوبات.

وقد استعمل الرسول صلى الله عليه وسلم رجلاً على الصدقات فلما رجع حاسبه، فقال الرجل: هذا لكم وهذا أهدي إلي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "ما بال الرجل نستعمله على العمل بما ولانا الله فيقول هذا لكم وهذا لي أفلا قعد في بيت أمه وأبيه فنظر أيهدى إليه أم لا". وقال صلى الله عليه وسلم: (من استعملناه على عمل ورزقنا رزقاً فما أخذ بعد ذلك فهو غلول).

وهذا عمر بن الخطاب يحصي أموال من يقدّمهم الوظائف عند تعيينهم، ثم يقوم بإحصائها بعد عزلهم فإن وجد زيادة في أموالهم سأل صاحبها من أين لك هذا؟

ومن أشهر القصص في ذلك ما رواه أبو هريرة عن قصة عزله فقال: لما عزلني عمر بن الخطاب عن البحرين قال لي يا عدو الله وعدو كتابه سرقت مال الله قال فقلت: ما أنا عدو الله ولا عدو كتابه ولكني عدو من عداك ما سرقت مال الله قال: فمن أين اجتمع لك عشرة آلاف درهم قال: خيل تتاجت وعطايا تلاحقت وسهام تتابعت. قال فقبضها مني فلما صليت الصبح استغفرت لأمير المؤمنين فقال لي بعد ذلك ألا تعمل قلت: لا. قال: قد عمل من هو خير منك يوسف صلوات الله عليه. قلت: يوسف نبي وأنا ابن أميمة أخشى أن يشتم عرضي ويضرب ظهري وينترع مالي (١). فالأحرى بنا اليوم أن نأخذ العبر وأن نستفيد من كل هذه التجارب الإسلامية بل أننا الإسلامية السابقة في مجال الوظيفة العامة وفي اختيار أصحاب الوظائف العليا والدنيا في الدولة لمنع الفساد الإداري واستباخة أموال المسلمين وهو ما نعاني منه اليوم.

(١) د. حمدي أمين، نظرية الكفاءة في الوظيفة العامة: ص ٢١٨.

- الوسيلة الثانية: المعالجة عن طريق الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:-

المعروف هو: الترغيب فيما ينبغي عمله أو قوله شرعاً^(١).

أما المنكر فهو: ما أنكره الشرع، وقد يكون اعتداء على حرمة من حقوق الله تعالى شأنه في ذلك شأن القتل والضرب والجرح كون هذه الأفعال اعتداء على الأفراد^(٢).

- أدلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر:

الكتاب الكريم:

تتضح من خلال قوله تعالى (وَلْتَكُنْ مِنْكُمْ أُمَّةٌ يَدْعُونَ إِلَى الْخَيْرِ وَيَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَأُولَئِكَ هُمُ الْمُفْلِحُونَ)^(٣)، ومن قوله عز وجل: (كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ)^(٤) وكذلك من قوله جل شأنه: (وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ)^(٥)، وأيضاً من قوله سبحانه: (الَّذِينَ إِنْ مَكَّنَاهُمْ فِي الْأَرْضِ أَقَامُوا الصَّلَاةَ وَآتَوُا الزَّكَاةَ وَأَمَرُوا بِالْمَعْرُوفِ وَنَهَوْا عَنِ الْمُنْكَرِ وَلِلَّهِ عَاقِبَةُ الْأُمُورِ)^(٦)، فمن خلال هذه الآيات تتضح الأهمية الكبرى للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر في حياة المسلمين

(١) الفخر الرازي مفاتيح الغيب المشتهر التفسير الكبير للإمام محمد الرازي، ابن العلامة ضياء

الدين عمر المشتهر بخطيب الري

(٢) د. يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي ص ٢٦٧.

(٣) سورة آل عمران الآية رقم ١٠٩.

(٤) سورة آل عمران الآية ١١٠.

(٥) سورة التوبة من الآية ٧١.

(٦) سورة الحج الآيتان ٤٠ - ٤١.

- أدلة الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر: السنة النبوية المطهرة:-

يتضح ذلك من خلال قوله صلى الله عليه وسلم (من رأى منكراً فليغيره بيده، فإن لم يستطع فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان)^(١)

وفي بيانه لأهمية الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر يقول أحد العلماء: إن الله عز وجل جعل النجاة من العذاب مترتبة عليها مستشهداً على ذلك بقوله^(٢) تعالى: **فَلَمَّا نَسُوا مَا دُكِّرُوا بِهِ أَنْجَيْنَا الَّذِينَ يَنْهَوْنَ عَنِ السُّوءِ وَأَخَذْنَا الَّذِينَ ظَلَمُوا بِعَذَابٍ بَئِيسٍ بِمَا كَانُوا يَفْسُقُونَ**^(٣) موضحاً أن الله عز وجل قد بين أن النجاة من العذاب كانت بسبب نهيمهم عن السوء.

ويضيف آخر أن ترك الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ترتب عليه وقوع الهلاك لأن المعاصي إذا ارتكبت ولم يعاقب عليها تؤدي إلى نزول المصائب مشيراً إلى أن تركهما يؤدي إلى اجتراء العصاة على أهل الخير وتزيين المعاصي عند الناس، وألفة المسلم لهذه المعاصي ولذلك يجب على كل منا أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، وبما أن المنكر له أشكاله المتعددة فكان لزاماً علينا أن ننكره ونقف بكل ما نملك من قوة ضد فاعله ومن هذا المنكر اليوم الاعتداء على أموال المسلمين ومقدرات بلادهم من قبل هؤلاء العصاة فوجب علينا أن نأمرهم بالمحافظة على هذه الأمانة فالأمر بالمعروف والنهي عن المنكر له دور كبير في معالجة العديد من الأمراض التي توجد في المجتمع وعلى رأسها ظاهرة وجريمة إنتشار الرشوة، لأن في الأخذ بهما وإعمالهما رداً لمن تسول له نفسه ارتكاب مثل هذه الجريمة وغيرها من الجرائم وبذلك نحافظ على أموال المسلمين ونمنع الفساد بكل أنواعه وبستنقر المجتمع وترقى الأمة الإسلامية بين الأمم.

- دور علماء الدين والمؤسسات الدينية في علاج ظاهرة الرشوة:-

(١) رواه مسلم في صحيحه ص ٢١٢.

(٢) عز الدين البياونى - الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

(٣) سورة الأعراف الآية ١٦٥.

لعلماء الدين منزلة عظيمة في نفوس الناس وهم يستطيعون من خلال هذه المنزلة أن يرشدوا الناس إلى الحلال ويبعدوهم عن الحرام، ويبصرونهم بخطوات الشيطان التي قد تأخذهم إلى ما حرم الله، وهذا الدور لا يقتصر على علماء الدين فقط بل يتعداه إلى المؤسسات الدينية التي تتمتع بتأثير فعال لدى أفراد المجتمع وتستطيع علاج هذه الظاهرة الخطيرة التي تسمى بظاهرة الرشوة، ولبيان دور كل من علماء الدين والمؤسسات الدينية في علاج هذه الظاهرة يتطلب الأمر الحديث عن كل دور على حدة على النحو التالي:-

أولاً: دور علماء الدين في علاج ظاهرة الرشوة:-

للعلماء كما سبق القول دور عظيم وفضل كبير في حياة الأمة ومن أجمل ما قيل في فضل العلماء ما قاله الإمام أحمد رحمه الله- حيث يقول في معرض حديثه عن فضل العلماء وأثرهم على الناس وتأثير الناس عليهم: (الحمد لله الذي جعل في كل زمان فترة من الرسل بقايا من أهل العلم، يدعون من ضل إلى الهدى، ويبصرون من هم على الأذى، يحيون بكتاب الله الموتى^(١) ويبصرون بنور الله العمى، فكم من قتيل لإبليس أحيوه، وكم من ضال تائه قد هدوه فما أحسن أثرهم على الناس، وما أفبح أثر الناس عليهم.)^(٢)

ومما لا شك فيه أن من أهم أسباب انتشار جريمة الرشوة في العصر الحاضر هو تراجع العلماء عن القيام بدورهم وواجباتهم، فعلى العلماء المخلصين في هذا العصر واجب لا بد أن يقوموا به إن أرادوا القضاء على ظاهر الرشوة، ومن أهم هذه الواجبات أن يدرك العالم ورجل الدين أن عليه أن يخالط الناس وأن يهتم ببيان العلاج الديني لهذه الظاهرة الضارة الخطيرة، لا أن يكون في حديثه إلى الناس وندواته إليهم بعيداً عن هذه المشكلة الخطيرة، فيجب عليه أن يربط الدين بالواقع،

(١) موتى القلوب.

(٢) العلامة محمد بن أبي بكر أيوب بن سعيد الزرعي الدمشقي المعروف بابن القيم في كتابه أعلام الموقعين ص ٩.

وعليه أن يتطور في حديثه وخطبه وندواته وأفكاره، ولا يخشى في الله لومة لائم، لا يبيع الآخرة بعرض من الدنيا قليل، أن يكون كثير القراءة والتفقه في الدين وقريباً من أبحاث العلماء ومؤلفاتهم، وعليه أن يلتزم في ندواته وخطبه بالموعظة الحسنة وأن يتحرك بين الناس ويذهب لهم في كل مكان يوجدون فيه خاصة الموظفين وأصحاب المسؤوليات ليبين لهم موقف الدين من هذه الجريمة الخطيرة، ويوضح لهم، ويؤكد عليهم في ضرورة تحري الرزق الحلال، والبعد عن الرشوة والاختلاس واستغلال النفوذ لتحقيق مكاسب دنيوية رخيصة تكون نتيجتها معصية الله وضياع مقدرات الدولة، كما أن على رجل الدين أن يقدم إلى الجهات المختصة الأفكار التي تساعد في تطوير المناهج الدينية في المدارس والجامعات ودور العلم حتى يحصل الأبناء منذ نعومة أظفارهم على الجرعات الدينية الكافية التي تربي فيهم الكراهية لهذه الجريمة والحرص على الابتعاد عنها، فتولد لديهم المناعة الدينية القديمة منذ الصغر ضد الاعتداء على أموال الدولة ومقدراتها وتجعل لديهم الحصانة القوية ضد جميع الطرق التي قد تساعد على ارتكاب هذه الجريمة عندما يأتي دورهم في تولي المسؤولية والوظيفة العامة كما أن على رجل الدين أن يقوم بعمل أبحاث خاصة في هذه الظاهرة الخطيرة وأن ينشر هذه الأبحاث خاصة في أماكن العمل للموظفين والمسؤولين حتى يبين لهم رأي الدين في هذه الجريمة البشعة، والآثار التي تترتب عليها سواء على الفرد أو الأسرة أو المجتمع أو الأمة بأسرها.

إن ما أقوله الآن لا يعني بحال من الأحوال أن ننكر الجهد الذي قام به الكثير من العلماء ولا زالوا يقومون به حتى الآن وإنما ننتظر المزيد من هذا الجهد بعد أن انتشرت هذه الجريمة في المجتمع وأهدرت الكثير من مقدرات الأمة وأفقدتنا الثقة في كل شيء حولنا وهذا ليس كثيراً على العلماء فهم ورثة الأنبياء الذين مدحهم الله في كتاب الكريم بقوله (الَّذِينَ يُبَلِّغُونَ رِسَالَاتِ اللَّهِ وَيَخْشَوْنَهُ وَلَا يَخْشَوْنَ أَحَدًا إِلَّا اللَّهَ وَكَفَىٰ بِاللَّهِ حَسِيبًا)^(١).

(١) سورة الأحزاب الآية (٣).

ثانياً: دور المؤسسات الدينية في علاج ظاهرة الرشوة:

إن المؤسسات الدينية يقع عليها عبء كبير في محاربة هذه الجريمة البشعة وتحصين الأمة ضد آثارها الكارثية، ولتوضيح الدور الذي يجب على هذه المؤسسات القيام به يتطلب الأمر تفصيله على النحو التالي:-

أولاً: المسجد:

المسجد هو المؤسسة التعليمية الأولى في حياة المسلمين وكان له دور كبير في الماضي في تعليم الكبار والصغار، وقد حقق الكثير من الأهداف المرجوة منه في الماضي عندما أسند إليه هذا الأمر، فكان المسجد يُعلم الناس كبيرهم وصغيرهم طرق العبادة الصحيحة، ويبصر الناس بالحلال والحرام، و يحارب الأمراض الاجتماعية التي تهدد المجتمع الإسلامي، ولكن بعد أن تلاشى دور المسجد في السنوات الأخيرة واقتصر دوره فقط على أداء الصلاة، وأصبحت الجهات الأمنية في جميع أو معظم البلدان الإسلامية تتدخل في أمور المساجد وتراقب ما يدور فيها، وأصبحت المساجد تغلق بعد أداء الصلاة مباشرة ومنع فيها العلم والندوات والتفقه في الدين ذهب الناس يتخبطون فمنهم من يحصل على أفكار منحرفة بعيدة عن الدين ومنهم من يستقي أمور دينه من أناس غير أهل للخوض في أمور الدين وليس لديهم من العلم إلا قليلاً، فانتشرت الفتن وعم الفساد الإداري والأخلاقي بين أفراد المجتمع وسيطرت الحضارة المادية على القيم والمبادئ الإسلامية، وانصرف الناس عن العلماء الربانيين وأصبح الشغل الشاغل لمعظم الناس إلا ما رحم ربي هو الحصول على المال بصرف النظر عن الطرق المؤدية إليه إن من حلال أو من حرام فأصبحنا أحوج ما نكون في الوقت الحالي إلى العودة للدور الطبيعي للمسجد بل أحوج من ذي قبل إلى عودة هذا الدور، وأن نجعل المساجد مؤسسات مستقلة توجه المسلمين وتراقب أخطائهم وتضع العلاج المناسب لها كما يجب ربط المسجد بالمؤسسات الحكومية والتعليمية، وأن نعود إلى دور المسجد الجامع الذي يضم

بجانب الصلاة والتعليم والعلاج وغيرها من المهام التي تساعد على نهوض المجتمع وتحصينه ضد كل الانحرافات وتساهم في نهضته كما كانت المساجد في العصور السابقة.

ثانياً: دور وزارات الشؤون الدينية في الدول العربية والإسلامية:

إن واقع الأمة الإسلامية اليوم يُلقي على وزارات الشؤون الدينية في المجتمعات العربية والإسلامية عبء التصدي لهذه الظاهرة الخطيرة، فيجب على هذه الوزارات التصدي لهذه الظاهرة بقوة، والطريق إلى ذلك ليس سهلاً بطبيعة الحال ولكنه ليس مستحيلاً، خاصة وأن خطورة هذه الظاهرة تهون في سبيلها وفي سبيل مقاومتها كل الصعاب من أجل إنقاذ المجتمع من آثارها الكارثية، وأولى الخطوات التي يجب على هذه الوزارات القيام بها هو نشر الوعي بآثار هذه الجريمة وبيان الأسباب المؤدية إليها وكيفية محاربتها والتصدي لها ويكون ذلك عن طريق الندوات وطبع الكتب والنشرات والأبحاث التي تُعرف بخطورة هذه الظاهرة، وأن تحرص هذه الوزارات على التنسيق مع الجهات الحكومية وأماكن العمل وتوصيل هذه الكتب والنشرات إلى الموظفين في أماكن أعمالهم، وبيان الحكم الشرعي لها، وحث الموظفين والمسؤولين على ضرورة التمسك بالمبادئ والتعاليم الإسلامية ومواجهة أعباء الحياة بصبر وإيمان والبعد عن رفقاء السوء الذين يزينون لهم المحرمات والاعتداء على مقدرات المجتمع واستغلال الوظائف لمصالحهم الرخيصة.

وبذلك يتضح الدور الكبير الذي ينتظر أن يقوم به العلماء وتقوم به المؤسسات الدينية في محاربة هذه الجريمة الخطيرة، وفي هذا الظرف الحرج وفي ظل المخاطر التي تهدد الأمة من جراء انتشار هذه الجريمة البشعة فإن الجميع مطالب بالتصدي والمساهمة في محاربة هذه الظاهرة وفي هذا الإطار يجب عدم التفريق بين الدعاة الرسميين والدعاة غير الرسميين ممن آتاهم الله العلم وجعل لهم قبولاً بين الناس لأن الأمر على درجة كبيرة من الخطورة التي تهدد الجميع والكل في سفينة واحدة، إما أن ينجو الجميع أو أن يغرق الجميع، ويجب أن يتقي كل فرد من أفراد المجتمع ربه

ويخلص في عمله من أجل إنقاذ المجتمعات العربية و الإسلامية من هذه الجريمة الخطيرة التي تهدد الجميع إذا لم يتكاتف الجميع للتصدي لها بكل الوسائل، وعلى رأسها الوسائل الدينية لتأثيرها الكبير في نفوس المسلمين.

المحور الثاني: المعالجة الاجتماعية لظاهرة الرشوة:

إن حماية الفرد وتحصينه ضد جريمة الرشوة تؤدي في نهاية الأمر إلى حماية المجتمع فتجعله يحيا في أمن واستقرار وعدالة اجتماعية، وعلاج ظاهرة الرشوة من الناحية الاجتماعية يتطلب التصدي للأسباب التي قد تدفع بعض أفراد المجتمع إلى الوقوع في هذه الجريمة، ومن أهم هذه الأسباب ظاهرة التغالي في المهور والتباهي في الحفلات والمناسبات، فإن تم التصدي لهذه الظاهرة فقد يفتح ذلك بالضرورة إنهاء سبب هام من أسباب انتشار ظاهرة الرشوة ونرى أن التصدي لظاهرة التغالي في المهور والتباهي في المناسبات يكون بالدرجة الأولى بالرجوع إلى تعاليم ومبادئ الدين الإسلامي الحنيف الذي كره المغالاة في المهور، وأوضح أن المهر كلما كان قليلاً كان الزواج مباركاً، كما بين أن قلة المهر يمن المرأة^(١)، إلا أنه وللأسف الشديد ما نراه اليوم معاكس تماماً لما أوصى به الإسلام، وبالنظر حولنا نجد أن عادات الجاهلية قد انتشرت بيننا وراح الناس يتسابقون في المغالاة في المهور ظناً من الآباء أن ذلك يظهر قدر هذه المرأة وشرفها، فكانت النتيجة عزوف الشباب عن الزواج، وعنوسة البنات، وانتشار الأمراض للأخلاقية التي لم تكن معروفة من قبل عندما كان الناس يعرفون قدر التمسك بدينهم^(٢).

ويوضح شيخ الإسلام كيف أن السنة النبوية تحث على عدم التغالي في المهور ونفقات الزواج وكره للرجل أن يصدق المرأة صداقاً يضر به إن نقده، ويعجز عن الوفاء به إن كان ديناً مشيراً إلى أن ما يفعله أهل التفاخر والعجب من التغالي في المهور وهم لا ينوون أخذه من الزوج بمعنى أن يقولوا للناس مهراً أكثر بكثير من المتفق عليه ومما يدفعه الزوج بمعنى "أن يكون المهر الموضوع أقل من المهر المسمى" من أجل التفاخر، فيرى أن هذا الأمر خطير وقبيح كونه يشيع الفساد عن طريق إشاعة أرقام خيالية من المهور وهي في واقع الأمر لا تُدفع، وأن هذه

(١) عن أبي هريرة (رضي الله عنه) قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "خيرهن أيسرهن

صداقاً" مسند الإمام أحمد - المجلد السادس - كتاب النكاح - ص ٣٩.

(٢) الشيخ عمر عبد الله، أحكام الأحوال الشخصية الإسلامية ص ٢٦٢.

الأكاذيب تؤدي إلى إحباط الشباب وعدم تفكيرهم في الزواج الشرعي، ويؤكد شيخ الإسلام أن المستحب في المهور هو ألا تزيد على مهر بنات الرسول (صلى الله عليه وسلم) وأزواجه وهن خير خلق الله، وهن أفضل نساء العالمين، وأن من زاد على ذلك فهو جاهل مخالف للسنة، كما أوصى الفقير بالألا يشغل ذمته بما لا يستطيع الوفاء به، موضحاً أن ما نقل عن بعض السلف من تكثير الصداق إنما كان سببه اتساع المال عليهم، وأنهم كانوا يجعلون الصداق كله قبل الدخول فلم يكونوا يؤخرون منه شيئاً، مضيفاً أن من كان له يسار وأحب أن يزيد صداق امرأته فلا بأس بذلك مستشهداً بقوله تعالى: (وَأَتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِطْرًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا)^(١) حتى في نفس الوقت من أن يشغل ذمته بصداق لا ينوي أن يؤديه، أو أن يعجز عن الوفاء به لأن ذلك مكروه موضحاً ومؤكداً أن ذلك ليس من السنة^(٢).

وهذا أيضاً ما أوضحه البخاري في النكاح^(٣) من أن تيسير مهور الزواج من السنة النبوية المطهرة مستشهداً بما حدث به علي بن عبد الله بن سفيان قال سمعت أبا حازم يقول: سمعت سهل بن سعد الساعدي يقول: "إني لفي القوم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ قامت امرأة فقالت: يا رسول الله إنها وهبت نفسها لك، فرفيها رأيك، فلم يجبه شيئاً ثم قامت الثالثة فقالت: إنها وهبت نفسها لك، فرفيها رأيك. فقال رجل يا رسول الله أنكحنيها، قال: هل عندك من شيء؟ قال: لا، قال: "فاطلب ولو خاتماً من حديد، فذهب وطلب ثم جاء فقال: ما وجدت شيئاً ولو خاتماً من حديد، قال هل معك من القرآن؟ قال معي سورة كذا وسورة كذا، قال اذهب فقد أنكحتها بما معك من القرآن".

واستدل كذلك بما رواه أحمد والبيهقي وابن ماجه عن أبي العجفاء السلمي قال: قال عمر بن الخطاب رض الله عنه إياكم والمغالاة في مهور النساء فإنها لو كانت تقوى عند الله أو مكرمة عند الناس لكان الرسول صلى الله عليه وسلم أولاكم بها..

(١) سورة النساء، الآية (٢٠).

(٢) مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية ج ٣٢ ص ١٩٢ - ١٩٥.

(٣) كتاب النكاح للبخاري.

من اثني عشر أوقية، وأن أحكم ليغالي بمهر امرأته حتى تبقى عداوة في نفسه فيقول: كلفت لك علق القربة.. أو عرق القربة^(١).

وقد طالب البعض^(٢) بضرورة تحديد المهور لما نشأت عن التغالي فيها من فساد الأخلاق وعزوف الشباب عن الزواج، مبيناً أنه يجب أن

يتم التحديد بفئات مختلفة تناسب جميع المواطنين، وأن يتم تخفيضها بحيث تصبح رمزية فقط، علماً بأن هذا الحل المتمثل في تحديد المهور قد أخذت به وطبقته المملكة العربية السعودية، فقسمت تحديد المهور إلى فئات، كل فئة تناسب طبقة من المواطنين، بل وذهبت السعودية إلى أبعد من ذلك عندما جعلت أهل الزوجين يتفقون على عمل وليمة واحدة بهدف التقليل من الإسراف والتبذير والبذخ، وقد نجحت هذه التجربة في المملكة العربية السعودية نجاحاً باهراً كونها رفعت الحرج عن المواطنين الذين كان الكثيرين منهم يعانون من المغالاة في المهور ولكنهم لا يستطيعون التقليل منها من تلقاء أنفسهم خوفاً من نزول قدرهم بين القبائل الأخرى، وهذا بدوره يساعد بشكل كبير في إقبال الشباب على الزواج.

ويُعد من أنجح الوسائل في محاربة انتشار جريمة الرشوة، لأننا سبق وأن أوضحنا في أسباب الرشوة أن من هذه الأسباب التغالي في المهور مما دفع بكثير من الشباب وأولياء الأمور إلى المتاجرة بوظائفهم وأخذ الرشوة لتوفير متطلبات الزواج من مغالاة في المهور وبذخ في المناسبات وتجهيز منزل الزوجية، فيجب أن نواجه ظاهرة التغالي في المهور بشتى الطرق سواء بتكثيف حملات التوعية الدينية أو الإعلامية، وأن يسخر لذلك كل الإمكانيات المادية والمعنوية مثل تسخير القنوات الفضائية والمحلية والصحف اليومية والدورية، والمسلسلات الهادفة التي تحترم العادات والقيم الدينية حتى تغلق أحد الأبواب التي تؤدي إلى ارتكاب جريمة الرشوة.

(١) علق القربة: حبل تعلق به القربة، بمعنى تحملت لأجلك كل شيء حتى حبل القربة.

(٢) عبد العزيز المسند، الزواج والمهور ص ٣٥.

المحور الثالث: المعالجة الاقتصادية لظاهرة الرشوة:

بعد أن بينت في أسباب انتشار ظاهرة الرشوة في المجتمعات العربية والإسلامية أن من ضمن هذه الأسباب الاقتصادية فالآن يأتي الدور لنوضح كيف نعالج هذه الظاهرة من الناحية الاقتصادية بما تحويه من فقر وبطالة أدت إلى انخفاض دخل المواطن بصفة عامة مقارنة بالارتفاع المتواصل للأسعار في السلع بشتى أنواعها، لذلك رأيت أنه من الأهمية بمكان أن أحاول أن أوضح بعض الحلول لعلاج هذه الأسباب الاقتصادية.

أولاً: علاج مشكلة الفقر:

وأن من فضل الله على عباده أن الإسلام ليس عقيدة مجردة، بل هو عقيدة وعمل، ومن المميزات التي امتازت بها الشريعة الإسلامية في علاج مشكلة الفقر أنها لم تنتظر إليها على أنها مشكلة منفردة بل نظرت إليه على أنه مشكلة اجتماعية، فالإسلام يعطي لكل فرد الحق في الحياة وفي الحصول على عمل كريم، وهو في نفس الوقت الذي يحترم فيه الملكية الفردية يرفض أن تكون الأموال مكدسة في يد قلة من الناس تتحكم بمصالح الأمة، فالإسلام يدعو إلى البر بالفقراء ومساعدتهم والإحسان إليهم، والإسلام يحارب الفقر بكل ما أوتي من قوة وفي هذا يقول الرسول صلى الله عليه وسلم في دعائه (اللهم إني أعوذ بك من الكفر والفقر) (١) فقد قرن الكفر بالفقر وهذا دليل واضح على كراهية الفقر وضرورة محاربهه لما للفقر من تأثير هدام ومحطم للنفوس، وما يسببه للأسرة من بؤس وحرمان. وهذا الفقر وهذا الحرمان يمد من العوامل الهامة التي تدفع بعض الموظفين إلى سلوك طريق الرشوة للوفاء بالاحتياجات المادية لأسرهم وانتشالهم من الفقر خاصة في حالة نقص الوازع الديني لدى من يرتكب هذه الجريمة.

(١) سنن النسائي، الجزء السابع، باب الاستعاذة من الكفر ص ٢٣٥ - ٢٣٦.

- والإسلام له طرق متعددة لمحاربة الفقر أهمها ما يلي:

- الوسيلة الأولى: أن الإسلام جعل للفقراء حقوقاً في أموال الأغنياء:

فقد جعل للفقير حقاً في بيت مال المسلمين فقال تعالى: (إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسْكِينِ وَالْعَامِلِينَ عَلَيْهَا وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ وَفِي الرِّقَابِ وَالْغَارِمِينَ وَفِي سَبِيلِ اللَّهِ وَابْنِ السَّبِيلِ فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ) (١)، بل ألزم الإسلام الحاكم المسلم بأن يوفر عمل لكل قادر عليه، ومن رحمة الله بعباده أن جعل الزكاة حقاً تؤدي للمساكين الذين ليس لهم أقارب يساعدونهم على الكفاية فجعل لهؤلاء حق معلوم في أموال الأغنياء وذلك في قوله تعالى في وصف عباده المتقين المحسنين (وَفِي أَمْوَالِهِمْ حَقٌّ لِّلسَّائِلِ وَالْمَحْرُومِ) (٢).

ومن الرائع أن نجد أن علماء الإسلام قد أدركوا أن للإنسان غرائز أخرى يجب إشباعها وأن الأمر لا يقتصر على المأكل والمشرب والملبس، بل أدركوا أن هناك غرائز أخرى يجب إشباعها.

- الوسيلة الثانية لمحاربة الفقر: أن جعل الإسلام العمل قيمة أساسية في المجتمع:

أن الإسلام قد حث الناس على العمل في كل المجالات والسعي في الأرض لطلب الرزق وإعمار الأرض، وفي هذا يقول رب العزة جل في علاه: (هُوَ الَّذِي

(١) سورة التوبة الآية رقم ٦٠.

(٢) سورة الذاريات الآية رقم ١٩.

جَعَلَ لَكُمْ الْأَرْضَ نَدْوًا فَامشُوا فِي مَنَاكِبِهَا وَكُلُوا مِنْ رِزْقِهِ (١)، وقوله تعالى: فَإِذَا قُضِيَتِ الصَّلَاةُ فَانْتَشِرُوا فِي الْأَرْضِ وَابْتَغُوا مِنْ فَضْلِ اللَّهِ (٢)

وقوله (صلى الله عليه وسلم): (ما من مسلم يزرع زرعاً أو يغرس غرساً فيأكل منه طيراً أو إنساناً أو بهيمة إلا كان له به صدقة) (٣) فالإسلام جعل العمل من أهم وسائل محاربة الفقر.

- الوسيلة الثالثة: كفالة الموسرين من الأقارب:

لقد ضمن الإسلام حق ذوي القربى والرحم بعضهم لبعض، وجعل ذلك من أعلى درجات الإحسان فأوجب على الأغنياء والموسرين مساعدة أقاربهم المحتاجين وأسرهم وذوي الرحم منهم ويتضح ذلك من قوله تعالى: (وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ) (٤) وقوله تعالى: (إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى) (٥)، وفي حالة وجود العمل وكفالة الموسرين والزام الحاكم أن يوفر الدخل اللازم الذي يكفي احتياجات الأفراد فإن ذلك لكفيل بأن يخلق باباً من أبواب انتشار ظاهرة الرشوة في المجتمع.

- الوسيلة الرابعة: هي ضرورة أن تضع الدولة الخطط التي تضمن زيادة الرواتب والأجور للموظفين بما يضمن التناسب مع زيادة الأسعار في المجتمعات العربية والإسلامية ويحقق حياة كريمة للموظفين ولأسرهم.

إن الوضع الحالي لرواتب وأجور الموظفين في الكثير من البلاد العربية والإسلامية وانخفاض دخل الموظف بشكل كبير عن الاحتياجات المادية وارتفاع الأسعار بشكل متواصل في العديد من البلاد العربية والإسلامية يعد من العوامل

(١) سورة الملك من الآية رقم ١٥.

(٢) سورة الجمعة من الآية رقم ١٠.

(٣) صحيح البخاري ج ٧ ص ٧٨.

(٤) سورة الأنفال من الآية ٧٥.

(٥) سورة النحل من الآية ٩٠.

الهامة التي ساعدت ولا تزال تساعد في انتشار جريمة الرشوة على نطاق واسع في هذه الدول خاصة في الوقت الذي ضعف فيه الوازع الديني، وأصبح الغالبية لا هم له سوى تحسين دخله المادي بصرف النظر عن الطرق الموصلة لذلك إن كانت مشروعة أو غير ذلك، وأصبح الموظف في حيرة من أمره وفي صراع دائم مع المعاناة اليومية المنتشرة اليوم فضعف البعض واستسلم للرشوة لتحقيق طموحاته.

ثانياً: معالجة مشكلة البطالة:

عندما بينت أثر مشكلة البطالة في انتشار ظاهرة الرشوة أوضحت أن البطالة من الأسباب غير المباشرة التي تؤدي إلى انتشار ظاهرة الرشوة، وبينت كيف أن وجود الأبناء بدون عمل بعد انتهاء دراستهم قد سبب مشكلة بالنسبة للأباء وزاد من أعباء الحياة على الآباء الموظفين منهم ذوي الدخل المحدود فأصبح هذا الابن عالة على أبيه وأصبح رب الأسرة ملزماً بالإففاق عليه وهو بدون عمل خاصة بعد أن تزايدت مطالبهم، كما أن رب الأسرة أصبح مطالب بتجهيز بناته بعد إكمال دراستهم فتزايدت الأعباء على رب الأسرة الموظف صاحب الدخل المحدود وأمام هذه الضغوط الاجتماعية أصبح المبدأ المتداول لدى الكثيرين من ضعاف الإيمان أن الغاية تبرر الوسيلة خاصة بعد أن انتشرت الفتن وزادت المغريات المادية.

علماً بأننا جميعاً نتحمل المسؤولية عما وصلت إليه الأمور سواء حاكماً أو محكوماً كون الجميع ساهم في وصول المجتمع إلى حالة التخلف التي نعاني منها وتعاني منها الأمة اليوم فتخلفت المجتمعات العربية عن ركب الحضارة، وكان من نتيجة ذلك أن انعدم القطاع الصناعي أو كاد ينعدم وأهملت الزراعة والاتجار فصاحب ذلك عدم توفر فرص العمل للشباب وزيادة نسبة البطالة بشكل مخيف في معظم الدول العربية والإسلامية، وللخروج من هذه الأزمة يجب استخدام جميع الوسائل العملية والمناهج العلمية في وقت واحد حتى نخرج الشباب من حالة اليأس والإحباط التي تسيطر عليه والتي غيرت طباعه واستبدلتها بطباع الاتكالية على الآباء والبعده عن المسؤولية مما ساعد في زيادة الضغوط على الآباء خاصة

الموظفين منهم فضعف البعض واستسلم للإغراءات المادية وارتكب جريمة الرشوة، كما أن خطورة هذه المشكلة تكمن في النظر إليها على أنها مشكلة اجتماعية على درجة كبيرة من الخطورة والأهمية وليس على أنها مشكلة فردية كما يتطلب الأمر إعادة هيكلة التعليم بما يتماشى والتطورات العالمية واحتياجات سوق العمل والاهتمام بالتعليم الفني وتطويره بإدخال الطرق الحديثة فيه، وفتح أبواب التعليم العالي وفوق العالي لخريجي المدارس الفنية المتفوقين علمياً أثناء ممارستهم العمل، وإعطاء قدر من الاهتمام بالتدريب التحويلي للخريجين شريطة أن يتفق عدد الخريجين في تخصص ما مع احتياجات سوق العمل، بحيث لا يوجد في المستقبل زيادة عدد الخريجين في تخصص ما لا يحتاجه سوق العمل، ونقص عدد الخريجين في تخصص يحتاجه السوق. ويضاف إلى ذلك ضرورة منح قروض للشباب لإقامة مشروعات صغيرة شريطة أن تكون هذه القروض ميسرة وبدون فائدة ربوية وأن يحتفظ المصرف المقرض بملكية هذه المشروعات إلى حين انتهاء الشاب من سداد القرض الممنوح له لضمان عودة هذه الأموال إلى هذه المصارف.

كما أن من الحلول التي قد تساعد في حل هذه المشكلة وهي مشكلة البطالة ضرورة تشجيع الصناعات الملائمة سواء الاستهلاكية أو الزراعية، وعلى الأخص تنمية الثروة الحيوانية والثروة الزراعية عن طريق إمدادها بالقروض اللازمة للنهوض بها، والاهتمام بتنمية روح التصميم والإرادة لدى الشباب، وتوجيههم للعمل اليدوي وتدعيم احترام هذا العمل، ومساعدتهم على تقبل الواقع تقبلاً مقنعاً ويتم ذلك عن طريق القيام بحملات توعية في المجتمع، لأن إيجاد فرص عمل للشباب سوف يخفف الأعباء عن عاتق أولياء الأمور ويخفف الضغوط المادية و المعيشية الواقعة عليهم خاصة الموظفين ذوي الدخل المحدود فيساعد ذلك من مقاومتهم للجريمة الخطيرة التي تهدد المجتمع بأكمله اليوم وهي جريمة الرشوة.

المحور الرابع: المعالجة الإعلامية لظاهرة الرشوة:

اتضح لنا من خلال بيان أسباب انتشار جريمة الرشوة أن الإعلام كان ولا يزال لاعباً مهماً في انتشار هذه الجريمة، وكان من الضروري كذلك أن يكون له دوراً كبيراً في محاربة هذه الظاهرة، والإسلام كان ولا يزال يعترف بدور الإعلام في نشر الدعوة الإسلامية، ونشر الفضيلة ومحاربة الفساد، وفي السطور القادمة سوف أوضح الدور الذي ينبغي على الإعلام القيام به في لتصدي لظاهرة الرشوة والقضاء عليها.

ولكي يتمكن الإعلام من القيام بهذا الدور يجب عليه أن يعمل على تربية النشء في الإسلام كأن تغلف المعلومة الدينية بوسائل ترفيهية كالأناشيد والقصص مع ضرورة التركيز على القدوة الحسنة.

وذلك عن طريق إظهار القدوة من سير الصحابة والتابعين والعظماء في هذه الأمة والذين تركوا لنا الكثير من الدروس والعبر بدلاً من بث برامج ومواد مليئة بالأكاذيب وجعل القدوة من أناس بعيدين كل البعد عن القدوة الحسنة فيبتعد الشباب والأفراد بصفة عامة عن المبادئ والتعاليم والأخلاق الإسلامية، ولذلك فإنني أرى أنه واجب على الإعلام أن يركز على القيم التي تحارب الرشوة بجميع عناصرها، والتركيز على النصوص والأحاديث النبوية التي تحارب الرشوة وتلعن مرتكبيها وكل من يشترك فيها وأن تحث الناس على التمسك بالقيم والمبادئ الإسلامية وتحثهم على ضرورة تحري الرزق الحلال، ولدينا والحمد لله الكثير من العلماء الذين لهم القدرة على مساعدة الناس وتبصيرهم وإبعادهم عن هذه الجريمة البشعة، كذلك ينبغي على الإعلام أن يحذر الناس من المؤامرات التي يكيدها لهم الأعداء لصرفهم وإبعادهم عن مبادئ دينهم وشغلهم بالماديات التي سيطرت للأسف الشديد على عقول وقلوب الكثيرين منهم وجعلتهم يحرصون على جمع المال دون التحري عن مصدره بعد أن شغلهم الإعلام بما تشتهي نفوسهم وعرض جميع الكماليات في الإذاعات المرئية والصحف والمجلات ووضعها في أزهى صورها وجعلها في نظر

المواطن من الضروريات التي لا يمكن الاستغناء عنها سواء من مسكن أو ملابس أو غذاء أو غيرها من الأجهزة والأثاث والسيارات فجعلت الفرد أو المواطن العادي الذي لا يقتني هذه الكماليات يشعر بأنه على هامش الحياة ويصاب بالإحباط والسخط إن لم يستطع جمع كل ما يعرض أمامه على هذه الشاشات والمجلات، ولن يتم مواجهة هذه الظاهرة إلا عن طريق الاستعانة برجال الفكر الإسلامي لكي يقدموا المواد الثقافية والإعلامية الهادفة في صورة جذابة في شكل قصص ديني وتاريخي لعظماء هذه الأمة، وتحصين أفراد المجتمع بشكل عام والموظفين منهم بشكل خاص ضد هذه الجريمة وتقوية الوازع الديني لديهم حتى يساعدتهم على مواجهة المغريات المادية التي تحيط بهم وتحاصرهم، فتزيد مناعتهم فلا يقعون فريسة سهلة أمام الحضارة المادية التي تسعى لتدمير المبادئ والقيم الإسلامية وإفراغ هذا الدين العظيم من محتواه.

ولن يستطيع الإعلام أن يقوم بهذا الدور إلا إذا حسنت النوايا، وأسند الأمر لأهله من رجال الفكر والدين كل في مجاله، خاصة في هذا العصر الذي انتشرت فيه القنوات الفضائية بشكل لم يعد للمواطن مفر منه، وبالتالي فيجب أن تستغل هذه القنوات في توجيه الناس وإرشادهم إلى ما فيه خير البلاد والعباد.

- المحور الخامس: المعالجة القانونية لانتشار ظاهرة الرشوة:

إن المعالجة القانونية ضرورية وهامة لمعالجة هذه الظاهرة، والعلاج القانوني يتمثل في ضرورة تفعيل بعض القوانين الموجودة في قانون العقوبات، وإصدار قوانين أخرى جديدة تساعد في ردع من تسول لهم أنفسهم الخروج على أوامر الله والعبث بتشريعاته وإشاعة الرشوة والفساد في المجتمع، وذلك انطلاقاً من باب السياسة التشريعية لولي الأمر والتي تعطي له الحق في إصدار تشريعات جديدة لتحقيق مصالح الناس ودفع المفساد عنهم، وإن محاربة هذه الجريمة يتطلب إصدار عدة تشريعات تكون عاملاً في محاربة هذه الظاهرة والتصدي لمن تسول له نفسه القيام بها أو المساعدة على ارتكابها.

كما أن المعالجة تتطلب ضرورة وضع لجان رقابية قوية تتمتع بالنزاهة والكفاءة في كل قطاع من قطاعات الدولة تضم من بين أعضائها أو على رأسها عناصر قانونية مشهود لها بالكفاءة ونزاهة اليد، وتكون مهمة هذه اللجان رصد المخلفات القانونية والمالية قبل وقوعها وبعد وقوعها، ورقابة المشتريات والعقود التي تبرمها مؤسسات الدولة والتحقق من مدى مطابقتها للنصوص القانونية ولائحة العقود الإدارية، مع مراعاة حسن الاختيار في تشكيل لجان العطاءات سواء الفرعية أو المركزية بحيث يتم اختيارها من أناس مشهود لهم بالكفاءة والنزاهة والحرص على المال العام، وأن تشكل لجان رقابية خاصة تكون مهمتها متابعة عمل لجان العطاءات والتحقق من مدى مطابقتها للنصوص القانونية واللوائح الإدارية المعمول بها في هذا الشأن، وتشديد العقوبات على من يثبت تورطه في التلاعب بمقدرات الدولة.

كما نقترح إعطاء اختصاصات أوسع لمكاتب الشؤون القانونية في كل قطاع بحيث يُسمح لهم بعقد ندوات لجميع الموظفين في القطاع خاصة ممن لهم صلة بالإعمال المالية والإدارية لتعريفهم بالتشريعات الوظيفية التي لها علاقة بأعمالهم وبيان العقوبات الواجب توقيعها في حال مخالفتهم لهذه التشريعات، وأن يسمح لهذه المكاتب القانونية بمتابعة عمل لجان المشتريات بالقطاع وإعداد تقارير دورية تدون في سجلات خاصة عن عمل هذه اللجان.

وعليه فإنني أرى في إعفاء الراشي والوسيط من العقوبة إذا أخبر السلطات بالجريمة واعترف بها خطوة مهمة على طريق محاربة هذه الجريمة لأن ذلك يشجع أطراف جريمة الرشوة على فضح الموظف المرتشي حتى يمكن معاقبته ليكون عبرة لغيره من الموظفين، وكذلك تخفيف العقوبة للراشي والوسيط إذا اعترف حتى بعد علم السلطات بالجريمة لأن من شأن اعترافهما أو اعتراف أحدهما تسهيل إثبات الجريمة على الموظف حتى يأخذ عقابه، ولكون هذا الاعتراف يجعل الموظف المرتشي في حالة خوف وقلق دائم من افتضاح أمره، وهذا في حد ذاته يجعل الموظف المرتشي يفكر أكثر من مرة قبل إقدامه على ارتكاب هذه الجريمة، ويجعل ذلك عنصراً هاماً

من عناصر الردع لكل من تسول له نفسه الإقدام على هذه الجريمة وفي جميع الأحوال يجب معاقبة كل من يقدم على هذه الجريمة بأشد العقوبات حتى يكون عقابه رادعاً لمن تسول له نفسه التفكير أو الإقدام على ارتكاب هذه الجريمة، وكذلك معاقبة كل من يشترك في هذه الجريمة، وإبعاد كل من تحوم حوله شبّهات الفساد واستغلال الوظيفة عن تولي مقاليد الأمور في الوظائف العامة، كما أن مكافحة هذه الجريمة يتطلب اتخاذ الخطوات التالية:

- مراعاة الدقة في صياغة النصوص القانونية وتسخير كل وسائل الإعلام لتبصير المواطنين بها.

- التوسع في أشكال المساهمة الجنائية وإمكان تطبيق الإجراءات الجنائية على الأشخاص المعنوية.

- تقرير إجراءات إضافية إلى جانب عقوبة الحبس، والغرامة والمصادرة كحظر ممارسة المهنة أو النشاط، واسترداد الربح غير المشروع.

- تحديث قانون العقوبات بما يتوافق مع التطور الاقتصادي.

- تدعيم جهاز الرقابة الإدارية بعناصر ذات كفاءة عالية وسلوك جيد.

- كما ينبغي العمل على منع تعدد التشريعات الخاصة بمكافحة الفساد الإداري وتشتتها بين أكثر من قانون كالقسم الخاص من قانون العقوبات، والقوانين الجنائية الخاصة لكون هذا التعدد يخلق نوعاً من الخلط، مما يجعل عدد كبير من أفراد الشرطة غير ملمين بالقواعد القانونية الواجب اتباعها وهو يحارب هذه الجريمة.

كما أن تعدد التشريعات يترتب عليه في ذات الوقت تعدد الجهات الرقابية المنوط بكل منها مهمة مكافحة هذه الجريمة فيؤدي ذلك إلى استغلال بعض الموظفين لهذا التعدد والتشتت لإخفاء ارتكابهم لجريمة الفساد الإداري مما يؤدي إلى قلة فاعلية الجهات القائمة على محاربة هذه الجريمة.

وعليه فإن الأمر يتطلب سرعة توحيد التشريعات الخاصة بمواجهة جرائم الفساد الإداري كون ذلك سيساهم بشكل كبير في محاربة هذه الجريمة والحد منها.

كما أن الأمر يتطلب تعديلات قانونية لتوفير الحماية الكاملة للشهود والمتعاونين في كشف الجريمة. وإصدار التشريعات اللازمة لإرساء قواعد جديدة لمحاسبة الفاسدين ومنح الشرفاء علاوات مادية وترقيات تشجيعية.

الخاتمة

الإسلام يدعو ويعمل على محاربة جميع الجرائم التي تخل بأمن المجتمع وتهدر مقدرات الدولة، وتهدد العدالة الاجتماعية وعلى رأس هذه الجرائم التي يهتم الإسلام بمحاربتها جريمة الرشوة واستغلال المال العام.

إن انتظام أمر الأمة الإسلامية وحفظ مقدراتها هو أهم مقصد للشرعية الإسلامية، ولأجل هذا جاءت معظم تشريعاتها لحفظ المال الذي هو مقصد من مقاصدها الضرورية لأن الشرعية تهدف بذلك إلى إسعاد الناس في الدنيا والآخرة بوجود مجتمع قوي يحرص على المحافظة على المال العام وحفظ المقدرات المالية للدولة وتحقيق العدالة بين أفرادها حتى يكون مجتمع قوي مرهوب الجانب.

من كل ما سلف يتضح لنا بعض العرض والتحليل أن محاربة جريمة الرشوة أمر ضروري ولا مناص منه لتمكين جميع المجتمعات العربية والإسلامية من استئناف حياتها والمحافظة على ثرواتها ومقدراتها التي وهبها الله لها ومن ثم يعمها الأمان ويسودها العمران ولن يكون ذلك إلا بتسخير كل الجهود للقضاء على هذا الوباء المسمى بالرشوة والفساد الإداري في جميع ربوع الأمة الإسلامية.

■ التوصيات والمقترحات:

- ضرورة نشر الثقافة الإسلامية، وتنوعية المجتمع والاهتمام بنشر المبادئ الإسلامية التي تحرم هذه الجريمة بكل أشكالها وتحت المسلم على تحري الرزق الحلال والرضا بالرزق لأن الرضا من أعظم نعم الله على عباده.

- حث وسائل الإعلام المرئية والمسموعة والمقروءة على تقوية البعد الديني لدى الناس، والرضا بما قسم الله، والبعد عن عرض كل ما من شأنه إحباط الناس وشعورهم بالفقر والحاجة من أمثلة عرض الكماليات على أنها ضروريات وعرض المنازل الفارهة وإظهار البذخ والإسراف في حفلات الزواج وغيره من المناسبات التي

تجعل المواطن يحاول التقليد فلا يستطيع فيشعر بالعجز والفقير ويصاب بالإحباط فيلجأ ضعاف النفوس إلى ارتكاب جريمة الرشوة لتحقيق أحلامهم وما يصور لهم في وسائل الإعلام.

- ضرورة إقامة جهات رقابية قوية وفعالة يتمتع القائمين عليها بالكفاءة والنزاهة، وأن تقام هذه الجهات في جميع قطاعات الدولة لمنع التلاعب بمقدرات الدولة واستغلال الوظيفة العامة من قبل بعض ضعاف النفوس لتحقيق أغراض شخصية رخيصة كما أوصي بضرورة إبعاد كل من ارتكب هذه الجريمة عن الوظيفة العامة وعن موقع المسؤولية فيها على وجه الخصوص.

والله أسأل أن يجعل هذا العمل خالصاً لوجهه الكريم.

قائمة المراجع

- ١) الإمام الحافظ عماد الدين أبو الفداء إسماعيل بن كثير - تفسير ابن كثير.
- ٢) الإمام الكبير محمد الرازي فخر الدين - التفسير الكبير مفاتيح الغيب.
- ٣) الإمام مسلم في صحيحه بشرح النووي.
- ٤) سنن النسائي بشرح جلال الدين السيوطي وحاشية السندي.
- ٥) محمد بن أبي بكر أيوب بن سعيد الزرعي الدمشقي المعروف بابن القيم - إعلام الموقعين.
- ٦) شمس الحق العظيم أبادي - عون المعبود.
- ٧) شهاب الدين أحمد المعروف بن عبد ربه الأندلسي - العقد الفريد.
- ٨) أبي الحسن علي بن محمد حبيب الشهير بالماوردي - الأحكام السلطانية والولايات الدينية.
- ٩) السيد سابق - فقه السنة.
- ١٠) الشيخ عمر عبد الله - أحكام الأحوال الشخصية.
- ١١) د. يوسف قاسم - نظرية الدفاع الشرعي.
- ١٢) عز الدين البيانوني - الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.
- ١٣) د. حمدي أمين - نظرية الكفاءة في الوظيفة العامة.
- ١٤) يوسف العظم - رحلة الضياع في الإعلام العربي المعاصر.

(١٥) د. علياء شكري، د. أمال عبد الحميد - الحياة اليومية لفقراء المدينة.

(١٦) حسين حمودة - جرائم الموظفين الاقتصادية.

- المعاجم:

(١٧) أبي بكر بن عبد القادر الرازي - مختار الصحاح.

(١٨) أحمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي - المصباح المنير في غريب الشرح الكبير.

- المجالات:

(١٩) مجلة المحكمة العليا الليبية سنة ١٠ عدد ١ ص ١٥٩.

الحماية القانونية للحدث المخالف للقانون

" دراسة في القانون اللبناني لحماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين
للخطر ٤٢٢ / ٢٠٠٢ "

الدكتورة

ترتيل تركي الدرويش

الأستاذ المساعد بقسم القانون الجزائري

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة بيروت العربية

المقدمة

لا شك أن نظام العدالة الجنائية الفعال والمنصف، هو الذي يحترم الحقوق الأساسية للمشتبه به والجاني فضلاً عن الحقوق الأساسية للضحية. وإذا كان الطفل في مواجهة نظام العدالة الجنائية ضحيةً أو شاهداً، أو في نزاع مع القانون. فيصبح هذا النظام ذو طابع خاص، لأن الطفل يختلف عن الراشد في نموه البدني والنفسي وفي احتياجاته العاطفية والتعليمية، وتشكل هذه الفوارق وغيرها الأساس الذي يقوم عليه قضاء الأحداث.

ولا تختلف عوامل إجرام الأحداث في جوهرها عن عوامل إجرام البالغين، وهناك حقيقة هامة وهي أن أسباب إجرامهم ترجع لعدة عوامل سواء اعتبرنا انحرافهم ظاهرة متأتية من المجتمع أو متأتية عن طريق شخصيتهم الفردية، ورغم تعدد العوامل الدافعة للجريمة وتشعبها فإنها ليست على درجة واحدة من الأهمية، فقد

١ تعددت المدارس العلمية في تفسير السلوك الإجرامي، أهمها: ١. المدرسة البيولوجية: التي تربط بين الجريمة والتكوين العضوي للمجرم سواء من حيث الشكل الخارجي لأعضاء جسمه أو أداء أعضائه الداخلية لوظائفها. ٢. المدرسة الاجتماعية: وتفسر هذه المدرسة الجريمة باعتبارها لا ترجع فقط إلى تكوين المجرم العضوي، بل إلى التكوين النفسي والعوامل الطبيعية والعوامل الاجتماعية التي تتضافر جميعها في إنتاج الجريمة. ٣. المدرسة النفسية: وتفسر هذه المدرسة الجريمة باعتبارها تعود إلى التكوين النفسي للمجرم. للتفصيل: راجع كل من: الدكتور فتوح الشاذلي، أساسيات الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٤٩ وما بعدها، الدكتور علي عبد القادر القهوجي والدكتور سامي عبد الكريم محمود، أصول علمي الإجرام والعقاب، ص ٤٧ وما بعدها. الدكتور مأمون محمد سلامة، علم الإجرام والعقاب، القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٢٧ وما بعدها. الدكتور عبود السراج، الوجيز في علم الإجرام وعلم العقاب، مطبوعات جامعة دمشق، دمشق، ١٩٨٢، ص ١٤ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

يكون بعض هذه العوامل سبباً رئيسياً للانحراف وقد يكون البعض الآخر من الأسباب الثانوية والمساعدة له^١.

وإن الحدث بنظر بعض الفقهاء، ضحية عوامل شخصية وبيئية أثرت في سلوكه فدفعت به إلى الانحراف دون أن يتمكن من مقاومتها والوقوف في وجهها بالنظر لعدم نضوجه الفكري ولعدم امتلاكه الإدراك والوعي الكافيين اللذين يخولانه التحكم بالظروف والعوامل المؤثرة فيه^٢.

ويعتبر البعض الآخر أن الحدث يصنع ولا يولد، وأن الأغلبية العظمى منهم ما كانوا ليصبحوا مجرمين لو أنهم وجدوا الرعاية والاهتمام من أهلهم ومجتمعهم ومدارسهم^٣.

ويفصل أحد الفقهاء في عوامل إجرام أو انحراف الحدث، فهي تندرج بشكل أساسي ضمن فئتين؛ الفئة الأولى وتتكون من العوامل التي تتصل بذات الحدث وتكوينه العقلي والنفسي وتسمى بالعوامل الداخلية أو العوامل المتصلة بذات الحدث، والفئة الثانية تتكون من ظروف البيئة الخاصة والبيئة العامة للحدث وتسمى بالعوامل البيئية^٤.

^١ راجع الدكتور: علي محمد جعفر، الأحداث المنحرفون، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٤، ص ٢٢ وما بعدها.

^٢ راجع: الدكتور مصطفى العوجي، الحدث المنحرف أو المهدد بخطر الانحراف في التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥، ص ١٥٨.

^٣ راجع: الدكتور غسان رباح، حقوق وقضاء الأحداث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص ١٣.

^٤ راجع الدكتور: علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص ٢٦.

وفي اعتقادنا أن ظاهرة إجرام الحدث^١ هي نتيجة تضافر العوامل البيئية الاجتماعية (الأسرة، المدرسة، الأصدقاء، الحروب)، والعوامل النفسية (الانفعال، العاطفة، الأمراض النفسية)، والعوامل الثقافية (التعليم، ووسائل الإعلام، الفهم الخاطئ للدين)، والعوامل الاقتصادية (الفقر، التشرّد)، فالحدث ما هو إلا طفل إجتمعت ظروف عديدة جعلته يدخل في متاهة الإجرام فيتحوّل من طفل إلى حدثٍ مخالفٍ للقانون، وكما سبق وذكرنا الحدث يُصنع ولا يولد لذلك يحتاج إلى قواعد خاصة ترعاه وتتناسب مع احتياجاته ومتطلباته^٢.

ومراعاةً لطبيعة الحدث الخاصة سابقة الذكر، لحظّ المشرّع اللبناني قواعد قانونية خاصة في قانون العقوبات اللبناني وقانون أصول المحاكمات الجزائية. وأطلق المشرّع اللبناني عدة مسميات على المجرم غير الراشد (الطفل) في قسم مواع العقاب (فصل القصر)، بقوله في المادة ٢٤٠ من قانون العقوبات:

يعني هذا القانون بالولد من أتمّ السابعة من عمره ولما يتمّ الثانية عشرة، وبالمرأق من أتمّ الثانية عشرة ولما يتمّ الخامسة عشرة، وبالفتي من أتمّ الخامسة عشرة ولما يتمّ

^١ الظاهرة الإجرامية هي ظاهرة اجتماعية عامة تختلف في عصر من العصور وفي كل مجتمع من المجتمعات، وتخضع للدراسة من وجهين: ١. الدراسة القانونية للظاهرة الإجرامية حيث تقوم على البحث في مضمون القاعدة القانونية الوضعية التي يترتب على مخالفتها جزاء جنائي، ٢. الدراسة العلمية للظاهرة الإجرامية تتعلق بدراسة أسباب السلوك الإجرامي ودوافعه ومقاومته وعلاجه وتقويمه، فهي دراسة تنظر إلى الجريمة نظرة واقعية لا قانونية تهتمّ بالوقائع والأشخاص دون القواعد القانونية. للتفصيل راجع: الدكتور رمسيس بهنام، علم الإجرام، الجزء الأول، منشأة المعارف، مصر، ١٩٧٠، ص ٢٢ وما بعدها، أيضاً راجع الدكتور علي عبد القادر القهوجي والدكتور سامي عبد الكريم محمود، مرجع سابق، ص ٦ وما بعدها.

^٢ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (ما من مؤلود إلا يولد على الفطرة)، ونحن نقسر ذلك من منطلق القانون الجزائي، أن كل إنسان يولد دون فكر أو تصميم إجرامي ولكن يكتب ذلك ممن حوله (العائلة، المجتمع، المدرسة، رفاق السوء.....).

الثامنة عشرة.

إلى أن صدر المرسوم الاشتراعي رقم ١١٩ بتاريخ ١٦ أيلول ١٩٨٣، المعني بحماية الأحداث المنحرفين؛ ملغياً المادة السابقة^٢، وسمى المجرم غير الراشد بالحدث المنحرف، وفي مستهل الألفية الجديدة صدر قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر بتاريخ ١٣ حزيران ٢٠٠٢؛ ملغياً المرسوم ١١٩ من العام ١٩٨٣، مطلقاً مسمى الحدث المخالف للقانون أو المعرض للخطر على المجرم غير الراشد.

وهو ما درجت عليه تشريعات الدول المختلفة، كمصر التي أصدرت القانون رقم ١٢ لعام ١٩٩٦؛ المعدل بالقانون ١٢٦ لعام ٢٠٠٨؛ والمسمى بقانون الطفل المصري، وسوريا التي أصدرت القانون رقم ١٨ لعام ١٩٧٤؛ المعدل بالمرسوم التشريعي رقم ٥٢ لعام ٢٠٠٣؛ والمسمى بقانون الأحداث الجانحين. وإذا كانت دراستنا تنصب على الحماية القانونية، للحدث المخالف للقانون في قانون حماية الأحداث اللبناني، فإن ذلك يقتضي بدايةً التعريف بالحدث وفقاً لهذا القانون^٣،

^١ نشر هذا القانون في العدد ٤٥ من الجريدة الرسمية اللبنانية بتاريخ ١٠/ تشرين الثاني/ ١٩٨٣.
^٢ ألغى هذا القانون أيضاً المواد ١١٨ إلى المادة ١٢٨ والمادة ١٣٩ والمادة ١٦٧ والمادة ٢٣٧ و٢٣٨ والمادة ٥٣٥ و٥٣٦ والمادة ٦١٦ من قانون العقوبات اللبناني المتعلقة بأحكام القاصر.
^٣ نشر هذا القانون في العدد ٣٤ من الجريدة الرسمية اللبنانية بتاريخ ١٣/ حزيران/ ٢٠٠٢.
^٤ يطلق البعض مسمى الحماية الجنائية لحقوق الحدث، على الحماية القانونية للحدث المخالف للقانون، مُدخلاً بذلك قوانين أخرى تحت لواء القانون الجنائي، راجع الدكتور إيمان محمد الجابري، الحماية الجنائية لحقوق الطفل، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٤، ص ١٣.
^٥ عرّفت المادة الثانية من قانون الطفل المصري لعام ١٩٩٦ الطفل بقولها: يقصد بالطفل في مجال الرعاية المنصوص عليها في هذا القانون كل من لم يتجاوز سنه الثامنة عشرة سنة ميلادية كاملة، ويثبت المادة الأولى من قانون الأحداث الجانحين السوري لعام ١٩٧٤ المقصود

مع الإشارة إلى القانون الدولي.

لقد عرّفت المادة الأولى من قانون حماية الأحداث اللبناني لعام ٢٠٠٢، الحدث بأنه الشخص الذي لم يتم الثامنة عشرة من عمره إذا ارتكب جرماً معاقباً عليه في القانون أو كان معرضاً للخطر في الأحوال المحددة لاحقاً في هذا القانون^١.

• أما فيما خصّ القانون الدولي فقد تعددت الاتفاقيات الدولية التي تبين ما المقصود بالحدث:

بالحدث بقولها: كل ذكر أو أنثى لم يتم الثامنة عشرة من عمره، وعرفه قانون الأحداث الأردني لعام ٢٠١٤ رقم ٣٢ في المادة الثانية بقوله: الحدث هو كل من لم يتم الثامنة عشرة، وعرفه قانون الأحداث الجانحين والمشردين الإماراتي رقم ٩ لعام ١٩٧٦ في المادة الأولى بقوله: يعد حدثاً في تطبيق أحكام هذا القانون من لم يجاوز الثامنة عشر من عمره وقت ارتكابه الفعل محل المساءلة أو وجوده في أحدي حالات التشرد.

^١ كانت المادة الأولى من المرسوم الاشتراعي رقم ١١٩ لعام ١٩٨٣ الملغى، تعرّف الحدث بأنه: من أتم السابعة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة إذا ارتكب جرماً معاقباً عليه في القانون أو وجد متشرداً أو متسولاً أو معرضاً للانحراف أو مهدداً في صحته أو سلامته أو أخلاقه أو تربيته.

^٢ جميع المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان تعتبر ذات صلة في هذا السياق. وينبغي تسليط الضوء بصفة خاصة على البروتوكول الاختياري لاتفاقية حقوق الطفل المتعلق ببيع الأطفال وبغاء الأطفال واستغلالهم في المواد الإباحية، الذي اعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٦٣ الدورة الرابعة والخمسون المؤرخ في ٢٥/٥/٢٠٠٠ ودخل حيز النفاذ في ١٨ يناير ٢٠٠٢، الذي يفرض أيضاً التزامات على الدول بمراعاة مبادئ العدالة المراعية للطفل. كما أن معاهدات حقوق الإنسان الإقليمية - مثل الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان ١٩٦٩؛ والاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية ١٩٥٠؛ وميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي ٢٠٠٠؛ والميثاق العربي لحقوق الإنسان ٢٠٠٤؛ والميثاق الإفريقي لحقوق الإنسان والشعوب ١٩٨١؛ والميثاق الإفريقي لحقوق ورفاه الطفل ١٩٩٠ - تكفل أيضاً حقوق الإنسان ذات الصلة التي تضمن وصول الأطفال إلى العدالة. وتشمل المعايير الدولية والإقليمية غير الملزمة ذات الصلة، قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون قضاء الأحداث ١٩٨٥، وقواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم ١٩٩٠، ومبادئ الأمم المتحدة التوجيهية بشأن العدالة في الأمور المتعلقة بالأطفال ضحايا الجريمة والشهود عليها ٢٠٠٤؛ والقواعد النموذجية الدنيا لمعاملة السجناء ١٩٥٥؛ ومجموعة المبادئ المتعلقة بحماية جميع الأشخاص الذين يتعرضون لأي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أولها وأهمها اتفاقية حقوق الطفل من العام ١٩٨٩، التي عرّفت الطفل بأنه: كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه.

ولحظت قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث (قواعد بكين)^٢، تعريفاً نموذجياً للحدث المجرم بقولها في القاعدة ٢-٢ الآتي:

لأغراض هذه القواعد، تطبق كل دولة من الدول الأعضاء التعاريف التالية على نحو يتناسب مع نظمها ومفاهيمها القانونية:

أ. الحدث هو طفل أو شخص صغير السن يجوز بموجب النظم القانونية ذات العلاقة مساءلته عن جرم بطريقة تختلف عن طريقة مساءلة البالغ.

ب. الجرم هو أي سلوك (فعل أو إهمال) يخضع للعقوبة بحكم القانون بموجب النظم القانونية ذات العلاقة.

١٩٨٨؛ وقواعد الأمم المتحدة لمعاملة السجناء والتدابير غير الاحتجازية للمجرمات ٢٠١١؛ وقواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا للتدابير غير الاحتجازية (قواعد طوكيو) ١٩٩٠؛ والمبادئ الأساسية بشأن استخدام برامج العدالة التصالحية في المسائل الجنائية ٢٠٠٢؛ والمبادئ التوجيهية للرعاية البديلة للأطفال ٢٠١٠؛ ومبادئ الأمم المتحدة وتوجيهاتها بشأن سبل الحصول على المساعدة القانونية في نظم العدالة الجنائية ٢٠١٣؛ والمبادئ التوجيهية للجنة الوزارية لمجلس أوروبا بشأن العدالة المراعية للطفل ٢٠١٠.

^١ اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٥/٤٤ المؤرخ في ٢٠ تشرين الثاني/نوفمبر ١٩٨٩، تاريخ بدء النفاذ: ٢ أيلول/سبتمبر ١٩٩٠. والجدير بالذكر أن الجمهورية اللبنانية قد وقعت على الاتفاقية في ٢٦ كانون الثاني/ ١٩٩٠. وصدقت عليها في ١٤/أيار/ ١٩٩١. ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ في ١٣/ حزيران/ ١٩٩١.

^٢ أوصى باعتمادها مؤتمر الأمم المتحدة السابع لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في ميلانو من ٢٦ آب/ أغسطس إلى ٦ أيلول / سبتمبر ١٩٨٥ واعتمدها الجمعية العامة بقرارها ٢٢/٤٠ المؤرخ في ٢٩ تشرين الثاني / نوفمبر ١٩٨٥. والجدير بالذكر أنها غير ملزمة.

ج. المجرم الحدث هو طفل أو شخص صغير السن تنسب إليه تهمة ارتكاب جرم أو ثبت ارتكابه له.

وفي منحى آخر، عرّفت قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجريين من حريتهم^١، الحدث في القاعدة ١١ بقولها الآتي:

الحدث هو كل شخص دون الثامنة عشرة من العمر. ويحدد القانون السن التي ينبغي دونها عدم السماح بتجريد الطفل من حريته أو الطفلة من حريتها.

يتبين لدينا من خلال التعاريف السابقة الآتي:

١. أن المعيار الأساسي لمعرفة الحدث هو المعيار العمري أو معيار السن، ويتمثل ذلك بتحديد سن أقصى، لاعتبار الشخص حدثاً أم لا، وتم تحديد هذه السن بثمانية عشر عاماً.

٢. عدم تحديد السن الدنيا كبداية لمرحلة الحدث على غرار تحديد السن العليا.

٣. عدم التعرض للحالة العضوية أو الظروف الاجتماعية أو النفسية عند تعريف الحدث.

٤. اعتبار الشخص حدثاً معلق بارتكابه جرمًا يعاقب عليه القانون، مع الأخذ بعين الاعتبار المعيار العمري.

^١ أوصى باعتمادها مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في هافانا من ٢٧ آب/أغسطس إلى ٧ أيلول/سبتمبر ١٩٩٠، وقد نشرت بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٤٥/١١٣ المؤرخ في ١٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٠. والجدير بالذكر أنها غير ملزمة.

^٢ لقد تمّ تحديد هذه السن في معرض شروط المسؤولية الجزائية للحدث. وهو ما سنبينه بالتفصيل في الفصل الأول من هذا البحث.

٥. فرّق قانون حماية الأحداث اللبناني في المادة الأولى منه؛ بين الحدث مرتكب الجرم والحدث المعرض لخطر الإجرام أو للخطر، فقد اعتبر في مادته الخامسة والعشرون الحدث مهدداً بالخطر في الأحوال التالية:

I. إذا وُجد في بيئة تعرّضه للإستغلال أو تهدد صحته أو سلامته أو أخلاقه أو ظروف تربيته.

II. إذا تعرّض لاعتداء جنسي أو عنف جسدي يتجاوز حدود ما يببّحه العرف من ضروب التأديب غير المؤذي.

III. إذا وُجد متسولاً أو مشرداً.

• ويُعتبر الحدث متسولاً في إطار هذا القانون إذا امتهن استجداء الإحسان بأي وسيلة كانت.

• ويعتبر مشرداً إذا ترك مسكنه ليعيش في الشوارع والمحلات العامة أو لم يكن له مسكن ووجد في الحالة الموصوفة آنفاً.

¹ راجع: حكم القاضي المنفرد الجزائي في بيروت الناظر في قضايا جنح الأحداث، رقم ٢٩٧ بتاريخ ٢٠٠٩/١١/٣، وفيه تثبتت المحكمة من وجود حالة خطر بحق حدثين وفق مفهوم المادة ٢٥ من قانون حماية الأحداث اللبناني، متمثلة في بيئة أسرية تفتقر إلى روح المثل العليا والأخلاق الحميدة وعدم أهلية الوالدين لرعاية وتربية ابنتيهما، بسبب انفصال والديهما وطرد الوالد للوالدة من المنزل، ومنعها من رؤية ابنتيهما، وتعرضهما للضرب بصورة وحشية من قبل والدهما، واهماله لهما بصورة كاملة، ولجوء الحدثين إلى الشارع، وإقدامهما على القيام بأعمال تهدد سلامتهما بضوء عدم وجود مراقبة وعناية مطلقة بهما. وبالتالي حكمت المحكمة: بوضع الحدثين بدير راهبات الراعي الصالح، وتكليف هذا الدير بممارسة حق الحراسة والتربية على الحدثين، وتكليف مندوبية الاتحاد لحماية الأحداث بإجراء التحقيقات الاجتماعية في هذا الملف وتقديم تقارير اجتماعية دورية دقيقة وشاملة ومفصلة عن وضع الحدثين كل ثلاثة أشهر أو فور علمها بظروف ووقائع مستجدة تؤثر على حياتهما. حكم منشور في مجلة العدل، العدد الأول، عام ٢٠١٠، الصادرة عن نقابة المحامين في بيروت، ص ٤١٤ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أما القانون الدولي فلم يلحظ تعريفاً للحدث المعرض للخطر، ولكن أشار إلى المبادئ التي تعالج موضوع الحدث المعرض للخطر، فيما يسمى بمبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لمنع جنوح الأحداث (مبادئ الرياض التوجيهية)^١ للحدث المعرض للخطر ليس محور بحثنا، حيث سنكتفي بالبحث في موضوع الحدث المخالف للقانون نظراً لأهمية الموضوع^٢. وهو الحماية القانونية للحدث المخالف للقانون التي اعتمدها المشرع اللبناني في قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون، وأكدها القانون الدولي.

مما يوجب طرح التساؤل التالي: هل لحظ قانون حماية الأحداث اللبناني حقوق خاصة للحدث المخالف للقانون تميّزه عن غيره من المجرمين الراشدين؟ لقد بيّنت المادة الثانية من قانون حماية الأحداث اللبناني، المبادئ والحقوق الأساسية التي ترعى معاملة الحدث بقولها:

١. الحدث بحاجة إلى مساعدة خاصة تؤهله ليلعب دوره في المجتمع.
٢. في كل الأحوال يجب مراعاة صالح الحدث لحمايته من الإنحراف.
٣. الحدث الذي يخالف القانون يستفيد من معاملة منصفة وإنسانية، وتخضع إجراءات ملاحقته والتحقيق معه ومحاكمته إلى بعض الأصول الخاصة، فتحاول ما أمكن تجنيبه الإجراءات القضائية باعتماد التيسيرات والحلول

^١ اعتمدت ونشرت على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٤/١١٤ المؤرخ في كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٠.

^٢ راجع المواد ٢٦/٢٧/٢٨/٢٩ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون في لبنان التي وضحت الوضع القانوني للحدث المعرض للخطر. وسنبحث موضوع الحدث المعرض للخطر في دراسة مستقلة.

الحيية والتدابير غير المانعة للحرية. ويكون للقاضي أكبر قدر مقبول من الإستنباب ضمن نطاق القانون لإتخاذ التدابير الأكثر ملاءمة لوضع الحدث وإمكانية إصلاحه مع الحق بتعديلها أو بالعودة عنها بحسب ما يظهر من نتائج تطبيقها على الحدث. وتكون التدابير المانعة من الحرية آخر الاحتمالات، ولا يتم حجز الأحداث مع الراشدين.

٤. قضاء الأحداث هو الموجب بشؤون الأحداث والمولى أصلاً تطبيق هذا القانون وتولى الوزارات المعنية تأمين كل الوسائل اللازمة لهذا التطبيق.

وإننا نعتقد أن فائدة البحث تقتضي الإشارة إلى القانون الدولي فيما خص حقوق الحدث المخالف للقانون، فقد نُظمت حقوق الحدث والمبادئ التي ترعاه وفقاً لاتفاقية حقوق الطفل وقواعد بكين، وتتلخص فيما يخص بحثنا بالآتي:

١. مبدأ عدم التمييز: نصت المادة الثانية من اتفاقية حقوق الطفل على هذا المبدأ بقولها:

" تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لونهم أو جنسهم أو لغتهم أو دينهم أو رأيهم السياسي أو غيره أو أصلهم القومي أو الإثني أو الاجتماعي، أو ثروتهم، أو عجزهم أو مولدهم، أو أي وضع آخر.

وتتخذ الدول الأطراف جميع التدابير المناسبة لتكفل للطفل الحماية من جميع أشكال التمييز أو العقاب القائمة على أساس مركز والدي الطفل أو الأوصياء

القانونيين عليه أو أعضاء الأسرة، أو أنشطتهم أو آرائهم المعبر عنها أو معتقداته".

واعتبرت لجنة حقوق الطفل أن الحق في عدم التمييز ليس التزاماً سلبياً يحظر جميع أشكال التمييز في التمتع بالحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية فحسب. بل يستلزم أيضاً اتخاذ الدولة تدابير استباقية مناسبة لتوفير الفرص الفعلية ذاتها لجميع الأطفال كي ينعموا بالحقوق التي تنص عليها الاتفاقية. وقد يستوجب ذلك اتخاذ تدابير إيجابية تهدف إلى تصحيح وضع يتسم باللامساواة الحقيقية^١.

٢. مبدأ المصلحة الفضلى للطفل:

نصت المادة الثالثة من اتفاقية حقوق الطفل على المبدأ بقولها:

" في جميع الإجراءات التي تتعلق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرعاية الاجتماعية العامة أو الخاصة، أو المحاكم أو السلطات الإدارية أو الهيئات التشريعية، يولى الاعتبار الأول لمصالح الطفل الفضلى".

ويرمي مفهوم المصلحة الفضلى للطفل إلى ضمان التمتع الكامل والفعلي على السواء بجميع الحقوق المعترف بها في اتفاقية حقوق الطفل. وبيّنت لجنة حقوق الطفل أن مصلحة الطفل الفضلى (ذكراً أم أنثى)، مفهوم ثلاثي الأبعاد على النحو التالي:

^١ التعليق العام رقم ١٤ (٢٠١٣) المتعلق بحق الطفل في إيلاء الاعتبار الأول لمصالحه الفضلى، لجنة حقوق الطفل، وثيقة رقم CRC/C/GC/١٤.

^٢ لا يعد مفهوم "مصالح الطفل الفضلى" مفهوماً جديداً، والواقع أنه سابق لظهور الاتفاقية، وهو مكرس بالفعل في إعلان عام ١٩٥٩ لحقوق الطفل (المادة ٢)، وفي اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (المادتان ٥ (ب) و١٦، الفقرة (د)). وكذلك في الصكوك الإقليمية وفي كثير من القوانين الوطنية والدولية.

- I. **حق أساسي:** وهو حق الطفل، سواء أكان ذكراً أم أنثى في تقديم مصالحه الفضلى وإيلاء الاعتبار الأول لها عندما تبحث المصالح المختلفة للتوصل إلى قرار بشأن مسألة ما.
- II. **مبدأ قانوني تفسيري أساسي:** عندما يكون هناك أكثر من تفسير للحكم القانوني فينبغي أن يقع الخيار على التفسير الذي يخدم مصالح الطفل الفضلى بشكل أكثر فعالية¹.
- III. **قاعدة إجرائية:** كلما اتخذ قرار يكون له تأثير على الطفل، فيجب أن تشمل عملية اتخاذ القرار تقييماً للتأثير المحتمل (الإيجابي أو السلبي) المترتب على القرار للقرار على الطفل. ويقتضي تقييم مصالح الطفل الفضلى وتحديدها ضمانات إجرائية. وإضافة إلى ذلك، فإن مبرر اتخاذ القرار يجب أن يثبت أن حق الطفل قد روعي بشكل صريح.
٣. **حق الطفل في الحياة والبقاء والنماء:** نصت المادة السادسة من اتفاقية حقوق الطفل على حق الطفل في الحياة والبقاء والنماء والبقاء بقولها:
- " تعترف الدول الأطراف بأن لكل طفل حقاً أصيلاً في الحياة، وتكفل الدول الأطراف إلى أقصى حد ممكن بقاء الطفل ونموه".

¹ التعليق العام رقم ١٤ (٢٠١٣) المتعلق بحق الطفل في إيلاء الاعتبار الأول لمصالحه الفضلى (الفقرة ١ من المادة ٣)، لجنة حقوق الطفل، الأمم المتحدة، وثيقة رقم ٤/CRC/C/GC/1. ^٢ أي التفسير الأصح للطفل.

إذن على الدول أن توفر بيئة تحترم الكرامة الإنسانية وتهيئ لنمو كل طفل نمواً شاملاً. وعليها، عند تقييمها مصالح الطفل الفضلى وتحديدتها، أن تحترم كلياً حقه الطبيعي في الحياة والبقاء والنمو.

٤. حق الطفل في أن تسمع أقواله: نصت المادة الثانية عشر من اتفاقية حقوق الطفل على هذا الحق بقولها:

" تكفل الدول الأطراف في هذه الاتفاقية للطفل القادر على تكوين آرائه الخاصة حق التعبير عن تلك الآراء بحرية في جميع المسائل التي تمس الطفل، وتولى آراء الطفل الاعتبار الواجب وفقاً لسن الطفل ونضجه. ولهذا الغرض، تتاح للطفل، بوجه خاص، فرصة الاستماع إليه في أي إجراءات قضائية وإدارية تمس الطفل، إما مباشرة، أو من خلال ممثل أو هيئة ملائمة، بطريقة تتفق مع القواعد الإجرائية للقانون الوطني".

لذا يجب أن يشمل تقييم مصالح الطفل الفضلى احترام حقه في التعبير عن آرائه بحرية، وتقدير تلك الآراء حق التقدير في جميع المسائل التي تهمة.

● أما فيما يتعلق بمقاضاة الأحداث والفصل بقضاياهم، فقد نصت المادة الرابعة عشر في فقرتها الثانية من قواعد بكين على الآتي:

" يتوجب أن تساعد الإجراءات على تحقيق المصلحة القصوى للحدث، وأن تتم في جو من التفهم يتيح للحدث أن يشارك فيها وأن يعبر عن نفسه بحرية".

^١ التعليق العام رقم ١١ (٢٠٠٩) بشأن أطفال الشعوب الأصلية وحقوقهم بموجب الاتفاقية، الفقرة

٣٠.

^٢ التعليق العام رقم ١٠ (٢٠٠٧) المتعلق بحقوق الطفل في قضاء الأحداث، الفقرة ١٠.

إضافةً للحقوق والمبادئ الأساسية السابقة، جاءت المادة ٤٠ من اتفاقية حقوق الطفل مبيّنة لحقوق الحدث في حال مخالفته لقانون العقوبات بقولها:

تُعترف الدول الأطراف بحق كل طفل يدعي أنه انتهك قانون العقوبات أو يتهم بذلك أو يثبت عليه ذلك في أن يعامل بطريقة تتفق مع رفع درجة إحساس الطفل بكرامته وقدره، وتعزز احترام الطفل لما للآخرين من حقوق الإنسان والحريات الأساسية وتراعي سن الطفل واستصواب تشجيع إعادة اندماج الطفل وقيامه بدور بناء في المجتمع.

ويضيف البند الثاني من هذه المادة أنه: تحقيقاً لذلك، ومع مراعاة أحكام الصكوك الدولية ذات الصلة، تكفل الدول الأطراف، بوجه خاص، ما يلي:

- أ. عدم إدعاء انتهاك الطفل لقانون العقوبات أو اتهامه بذلك أو إثبات ذلك عليه بسبب أفعال أو أوجه قصور لم تكن مخطورة بموجب القانون الوطني أو الدولي عند ارتكابها.
- ب. يكون لكل طفل يدعي بأنه انتهك قانون العقوبات أو يتهم بذلك الضمانات التالية على الأقل:

- افتراض براءته إلى أن تثبت إدانته وفقاً للقانون.
- إخطاره فوراً ومباشرةً بالتهم الموجهة إليه، عن طريق والديه أو الأوصياء القانونيين عليه عند الاقتضاء، والحصول على مساعدة قانونية أو غيرها من المساعدة الملائمة لإعداد وتقديم دفاعه.

- قيام سلطة أو هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة بالفصل في دعواه دون تأخير في محاكمة عادلة وفقاً للقانون، بحضور مستشار قانوني أو بمساعدة مناسبة أخرى وبحضور والديه أو الأوصياء القانونيين عليه، ما لم يعتبر أن ذلك في غير مصلحة الطفل الفضلى، ولا سيما إذا أخذ في الحسبان سنه أو حالته.

- عدم إكراهه على الإدلاء بشهادة أو الاعتراف بالذنب، واستجواب أو تأمين استجواب الشهود المناهضين وكفالة اشتراك واستجواب الشهود لصالحه في ظل ظروف من المساواة.

- إذا اعتبر أنه انتهك قانون العقوبات، تأمين قيام سلطة مختصة أو هيئة قضائية مستقلة ونزيهة أعلى وفقاً للقانون بإعادة النظر في هذا القرار وفي أية تدابير مفروضة تبعاً لذلك.

- الحصول على مساعدة مترجم شفوي مجاناً إذا تعذر على الطفل فهم اللغة المستعملة أو النطق بها.

- تأمين احترام حياته الخاصة تماماً أثناء جميع مراحل الدعوى.

أما البند الثالث من ذات المادة فقد حثّ الدول الأطراف على السعي لتعزيز إقرار قوانين وإجراءات وسلطات وإنشاء مؤسسات خصيصاً للأطفال الذين يُدعى أنهم انتهكوا قانون العقوبات أو يتهمون بذلك أو يثبت عليهم ذلك، وخاصة القيام بما يلي:

- تحديد سن دنيا يفترض دونها أن الأطفال ليس لديهم الأهلية لانتهاك قانون العقوبات،

- استصواب اتخاذ تدابير عند الاقتضاء لمعاملة هؤلاء الأطفال دون اللجوء إلى إجراءات قضائية، شريطة أن تحترم حقوق الإنسان والضمانات القانونية احترام كاملاً.

وأشار البند الرابع من ذات المادة على أنه تتاح ترتيبات مختلفة، مثل أوامر الرعاية والإرشاد والإشراف، والمشورة، والاختبار، والحضانة، وبرامج التعليم والتدريب المهني وغيرها من بدائل الرعاية المؤسسية، لضمان معاملة الأطفال بطريقة تلائم رفاههم وتناسب مع ظروفهم وجرمهم على السواء.

وفي إطار حقوق الحدث الأخرى بينت المادة ٣٧ تلك الحقوق، وهي حقوق مرتبطة بكيفية معاملة الحدث أثناء توقيفه احتياطياً، أو حظر بعض العقوبات على الحدث؛ بقولها: تكفل الدول الأطراف:

أ. ألا يعرض أي طفل للتعذيب أو لغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة. ولا تفرض عقوبة الإعدام أو السجن مدى الحياة بسبب جرائم يرتكبها أشخاص تقل أعمارهم عن ثمانية عشر دون وجود إمكانية للإفراج عنهم.

ب. ألا يحرم أي طفل من حريته بصورة غير قانونية أو تعسفية. ويجب أن يجرى اعتقال الطفل أو احتجازه أو سجنه وفقاً للقانون ولا يجوز ممارسته إلا كملجأ أخير ولأقصر فترة زمنية مناسبة،

ج. يعامل كل طفل محروم من حريته بإنسانية واحترام للكرامة المتأصلة في الإنسان، وبطريقة تراعى احتياجات الأشخاص الذين بلغوا سنه. وبوجه خاص، يفصل كل طفل محروم من حريته عن البالغين، ما لم يعتبر أن

مصلحة الطفل تقتضي خلاف ذلك، ويكون له الحق في البقاء على اتصال مع أسرته عن طريق المراسلات والزيارات، إلا في الظروف الاستثنائية. د. يكون لكل طفل محروم من حريته الحق في الحصول بسرعة على مساعدة قانونية وغيرها من المساعدة المناسبة، فضلاً عن الحق في الطعن في شرعية حرمانه من الحرية أمام محكمة أو سلطة مختصة مستقلة ومحايدة أخرى، وفي أن يجرى البت بسرعة في أي إجراء من هذا القبيل.

وتجدر الإشارة أخيراً إلى حكم المادة الرابعة من اتفاقية حقوق الطفل: " تتخذ الدول الأطراف كل التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة لإعمال الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية. وفيما يتعلق بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، تتخذ الدول الأطراف هذه التدابير إلى أقصى حدود مواردها المتاحة، وحيثما يلزم، في إطار التعاون الدولي".

وبينت لجنة حقوق الطفل أن المادة الرابعة يقصد منه إنشاء مؤسسات وطنية مستقلة لحقوق الإنسان تُعزز وتضمن تنفيذ اتفاقية حقوق الطفل، وتعتبر أن إنشاء مثل هذه الهيئات يقع في إطار الالتزام الذي تتعهد به الدول الأطراف عند التصديق على الاتفاقية لضمان تنفيذها والنهوض بالأعمال العالمي لحقوق الطفل¹.

¹ للتفصيل راجع: التعليق العام رقم ٢ (٢٠٠٢) المتعلق بدور المؤسسات الوطنية المستقلة لحقوق الإنسان في تشجيع حماية حقوق الطفل، الفقرة الأولى. ونصت المادة ٥٢ من قانون حماية الأحداث اللبناني على أن: تتولى مصلحة الأحداث لدى وزارة العدل تنظيم العمل في كل شؤون الأحداث المعنيين بهذا القانون ووضع الخطط الوقائية والتأهيلية المناسبة والإشراف عليها والتنسيق مع أي وزارات أخرى معنية في الموضوع ومع القطاع الأهلي الذي تعتمد هذه المصلحة وفقاً للمعايير المعتمدة. وبالفعل تم إنشاء هذه المصلحة وهم جهاز اداري تابع لوزارة العدل يتولى الاشراف والتنسيق مع كافة الجهات المعنية رسمية، وخاصة فر

ومن خلال بيان المقصود بالحدث وحقوقه؛ في القانون اللبناني والقانون الدولي،
نطرح الإشكالية القانونية التالية:

• ما هي القواعد القانونية (الموضوعية والإجرائية) التي تطبق على الحدث
المخالف للقانون حال ارتكابه جرمًا، في ظل تناثر النصوص القانونية
وغياب النص في بعض المواطن؟

وعليه، نعالج هذه الإشكالية من خلال بيان القواعد القانونية الموضوعية والتي تحدد
مسؤولية الحدث المخالف للقانون، والقواعد التي تبين عقوبة الحدث المخالف
للقانون عند ثبوت هذه المسؤولية. وبيان القواعد القانونية الإجرائية التي تحدد كيفية
ملاحقة الحدث المخالف للقانون، وبيان أساليب التحقيق معه، والمرجع القضائي
المختص بمحاكمة الحدث المخالف للقانون، وتنفيذ العقوبة.

وعلى ذلك؛ نقسم هذا البحث إلى فصلين على النحو التالي:

الفصل الأول: الحماية الموضوعية للحدث المخالف للقانون

الفصل الثاني: الحماية الإجرائية للحدث المخالف للقانون

كافة شؤون الأحداث المخالفين للقانون والأطفال ضحايا جرم جنائي. للتفصيل راجع موقع الإلكتروني
المصلحة <http://ahdath.justice.gov.lb>. تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٢/٢٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الفصل الأول

الحماية الموضوعية للحدث المخالف للقانون

إن إنحراف الصغار واجرام البالغين هما وجهان لذات العطل والأمراض الاجتماعية، وكل مرحلة من مراحل السن لا تتناقض مع ارتكاب الجرائم، وإذا كان إجرام البالغ يرجع عادة إلى عوامل تأصلت في نفسه فأصبح من المتعذر إستئصالها، وهذا ما يجعل المشرع يستهدف العقاب والزجر ويرى الإيلام عنصراً أساسياً من عناصر العقوبة. فإن إجرام الأحداث مرجعه غالباً البيئة المهيئة للإجرام المتمثلة بالتأثير المفسد للأبوين أو من يقوم مقامهما، إلى جانب ذلك فإن الأمل في إصلاح الصغير يبقى قائماً، ولذلك يجدر بالمشرع أن يستهدف تقويم الحدث بعيداً عن زجره وإيلامه^١.

^١ راجع الدكتور: علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص ١٤.
^٢ راجع الدكتور: محمود نجيب حسني، أبحاث في علم الإجرام، جامعة القاهرة، ١٩٧٠، ص ٩٨.

لذلك تهدف الحماية الموضوعية للحدث المخالف للقانون إلى تحقيق مبدئين أساسيين هما:

١. السعي إلى تحقيق رفاه الحدث:

هو المحور الرئيسي الذي تركز عليه النظم القانونية التي تقوم فيها محاكم الأسرة أو السلطات الادارية بالنظر في قضايا المجرمين الأحداث. ولكن من الضروري أيضاً إيلاء الاهتمام لمسألة رفاه الحدث في النظم القانونية التي تتبع نموذج المحاكم الجنائية، الأمر الذي يساعد على تجنب الاقتصار على فرض جزاءات عقابية.

٢. مبدأ التناسب:

هذا المبدأ معروف بوصفه أداة للحد من الجزاءات العقابية، ويعبر عنه غالباً بالمناداة بالعقاب العادل المتناسب مع خطورة الجرم.

وينبغي لرد الفعل إزاء المجرمين صغار السن الأيبيى على أساس خطورة الجرم فحسب بل أيضاً على الظروف الشخصية. وينبغي للظروف الشخصية للمجرم (مثل الوضع الاجتماعي أو حالة الأسرة، أو الضرر الذي يسببه الجرم أو العوامل الأخرى المؤثرة في الظروف الشخصية) أن تؤثر على تناسب رد الفعل (مثلاً بمراعاة محاولة المجرم تعويض الضحية أو استعداده للتحويل إلى حياة سوية ونافعة).

^١ راجع قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث (قواعد بكين) للعام ١٩٨٥، القاعدة الخامسة.

^٢ القاعدة الخامسة من قواعد بكين، المرجع السابق.

^٣ القاعدة الخامسة من قواعد بكين، المرجع السابق.

وفي هذا السياق، إن ردود الفعل التي تستهدف كفالة رعاية المجرم الصغير السن قد تتخطى حدود الضرورة فتنتهك الحقوق الأساسية للفرد الصغير السن نفسه، كما لوحظ في بعض نظم قضاء الأحداث، وهنا أيضاً ينبغي الحرص على تناسب رد الفعل مع ظروف كل من المجرم والجرم بما في ذلك الضحية^١.

وبالرغم من وجهة ما سبق ذكره، تتنوع الجرائم التي يرتكبها الأحداث في لبنان^٢، لذلك أتى نص المادة الرابعة من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون اللبناني ليبيّن: أن جرائم الأحداث تتحدد بحسب القوانين الجزائية. إلا أن العقوبات الملحوظة

^١ القاعدة الخامسة من قواعد بكين، المرجع السابق.

^٢ بلغت جرائم الأحداث ما بين العام ٢٠٠٩ إلى ٢٠١٤ إلى (١٦٣٦ و ١٩٤٣ جريمة سنوياً)، وأبرز الجرائم التي ارتكبت في لبنان من قبل الأحداث ما بين ٢٠١٤/١/١ إلى ٢٠١٤/١٢/٣١، تأتي على هذا الشكل: سرقة ٥١٧، أوراق ثبوتية ٥٩، أسلحة ٨٣، ضرب وإيذاء ١٢٠، مخالفات ٣٥، إقلاق راحة ١١، تعذُّ على الممتلكات ٣٧، تهديد ١٣، مخدرات ١٨٥، جرائم تمس أمن الدولة ١٦، أفعال منافية للحشمة ٥٦، إقامة غير مشروعة ٤٥، قتل ٢٥، كحول ٣، التزوير ٤٢، الاغتصاب والاعتداء الجنسي ١٠، دعارة ١٥. إحصائية مصلحة الأحداث على موقع وزارة العدل الإلكتروني <http://ahdath.justice.gov.lb/stats.htm> تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٤/٢٢. وفي المجتمعات العربية توضح التقارير حدوث زيادة في عدد الأطفال المخالفين للقانون، نتيجة ارتفاع معدلات التحضر والتفكك الأسري والفقر والتسرب المدرسي وعمل الأطفال وانخفاض معدلات الالتحاق بالمدارس فقد وصل معدل حالات الأحداث الذين أدينوا بمخالفة القانون من إجمالي الحالات الجنائية المسجلة إلى ١٥% في السعودية، و ١٢% في سلطنة عمان، و ٥,٩% في تونس، و ٢,٣% في ليبيا، و ١,٤% في قطر، و ٠,٨% في السودان. وعلى سبيل المثال في المجتمع السوري أظهر مسح أجري عام ١٩٩٩، أن ٦٩% من الأحداث كانوا أميين، و ٣٥% كانوا أطفالاً لأباء وامهات مطلقين. وفي المجتمع اللبناني في الفترة ما بين ١٩٩٣ و ١٩٩٩ تراوحت أسباب جنوح الأحداث ما بين أثر الحرب الأهلية وسوء معاملتهم وإهمالهم من قبل أسرهم. راجع: أنظمة عدالة لأحداث، إعداد المنظمة الدولية للإصلاح الجنائي، ٢٠١١، متاح على الموقع الإلكتروني التالي: <http://www.primena.org/ar/PUBLICATIONS/٥>، تاريخ الزيارة ٢٠١٦/٤/٢٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

في هذه القوانين أو في غيرها تُخَفَضُ، بالنسبة للحدث، وفقاً لما ينص عليه هذا القانون الذي يلحظ تدابير خاصة تطبق عليه.

يتبين من خلال هذا النص أن الحماية الموضوعية للحدث تتمثل في ما ينص عليه قانون العقوبات العام وقوانين العقوبات الخاصة، إضافة لنصوص قانون حماية

الأحداث اللبناني، وهذا ما نتناوله في بحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: نظام المسؤولية الجزائية للحدث المخالف للقانون

المبحث الثاني: النظام العقابي للحدث المخالف للقانون

المبحث الأول

نظام المسؤولية الجزائية للحدث المخالف للقانون

تعددت المفاهيم التي عبرت عنها كلمة المسؤولية، فتارةً قُصد بها مسؤولية الإنسان عن نفسه وعن أعماله تجاه الله والناس، وطوراً عن مسؤولية الإنسان عن غيره، كما

أنه عني بها مسؤولية الإنسان عن أفعاله والتزامه بنتائجها أو بما تعهد به تجاه الغير، وكذلك إلزام الإنسان القيام بموجب معين^١.

أما المسؤولية الجزائية فيقصد بها تحمّل تبعة الجريمة والالتزام بالخضوع للجزاء الجنائي المقرر لها قانوناً^٢، ويقصد بها أيضاً: إلزام شخص يتحمل نتائج أفعاله المجرمة^٣.

كما عُرِفَت هذه المسؤولية بأنها إلزام يتحمل النتائج القانونية المترتبة على توافر أركان الجريمة وموضوع هذا الالتزام هو العقوبة أو التدبير الاحترازي الذي يُنزله القانون بالمسؤول عن الجريمة^٤.

ولم يلحظ قانون حماية الأحداث نظاماً خاصاً لشروط مسؤولية الأحداث المخالفين للقانون الجزائي، فتطبق شروط المسؤولية الجزائية وفقاً لقانون العقوبات اللبناني العام.

أما فيما يتعلق بتفاصيل المسؤولية الجزائية للحدث المخالف للقانون؛ وأركان جريمته، وكيفية توصيفها، والعقوبات أو التدابير التي تُتخذ على الحدث المسؤول.

^١ راجع الدكتور: مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، المسؤولية الجزائية، دار نوفل، الطبعة الثانية، ١٩٩٢، ص ١١.

^٢ راجع الدكتور: علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام، المسؤولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ٤.

^٣ راجع الدكتور: مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص ١٢. كما عرفها الدكتور سليمان عبد المنعم بأنها: شرط ضروري لإمكان الحديث عن توقيع الجزاء على الفاعل، فلا جزاء دون مسؤولية جنائية قوامها الوعي أو الإدراك من ناحية، والإرادة أو حرية الاختيار من ناحية أخرى. راجع الدكتور سليمان عبد المنعم: النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٦٦١.

^٤ راجع الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة الثالثة، دون تاريخ نشر، ص ٦٤٣.

نكون أمام قواعد قانونية موزعة بين القانون الجزائي العام والخاص، وقانون حماية الأحداث المخالفين للقانون.

وعليه نبيّن شروط المسؤولية الجزائية للحدث المخالف للقانون، والقانون واجب التطبيق عليه، في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: شروط المسؤولية الجزائية للحدث المخالف للقانون

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحدث المخالف للقانون

المطلب الأول

شروط المسؤولية الجزائية للحدث المخالف للقانون

تتخصر شروط المسؤولية الجزائية بالوعي والإرادة. حيث نصت المادة (٢١٠) من قانون العقوبات اللبناني على شرطي المسؤولية الجزائية بقولها: " لا يحكم على أحد بعقوبة ما لم يكن قد أقدم على الفعل عن وعي وإرادة".

وتُعطف هذه المادة على نص المادة الثالثة من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون، التي علّقت مسؤولية الحدث على تمامه سن معينة بقولها: "لا يلاحق جزائياً من لم يتم السابعة من عمره حين اقترافه الجرم".

وعليه نبيّن شروط المسؤولية الجنائية في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: الوعي والإرادة

الفرع الثاني: السن القانوني لمساءلة الحدث المخالف للقانون

الفرع الأول

الوعي والإرادة

يقصد بالوعي قدرة الانسان على إدراك وفهم المعلومات والتصرفات التي تصدر عنه بماهيتها وطبيعتها ونوعيتها، وبالتالي توقع ما ستجره عليه من الآثار المترتبة عليها. أو مجموع العوامل النفسية التي تمكن المرء من الإحاطة بما يجري داخل نفسه.

وقد عرفه الدكتور عبد الوهاب حومد من وجهة نظر العلم الجنائي: " قدرة الانسان على ادراك طبيعة أفعاله المادية وتقدير ما قد يتولد عنها من نتائج ضارة، إدراكاً عقلياً كما هو مألوف في بيئته الاجتماعية، ليكون محاسباً ومسؤولاً عن هذه الأفعال حينما تكون مخالفة للنصوص الجزائية"^١.

أما الإرادة فهي قدرة المرء النفسية على اتخاذ قرار بتوجيه أفعاله الشخصية لتحقيق غرض معين، ولا تستقيم المساءلة إلا اذا كان المرء مسؤولاً عن أفعاله، أي أن تكون

^١ راجع الدكتور عبد الوهاب حومد، المفصل في شرح قانون العقوبات، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٩٠، ص ٢٣٥.

^٢ راجع الدكتور رمسيس بهنام، علم الإجرام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦، ص ٤٣. راجع أيضاً: الدكتور: عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨، ص ٤٣٨ وما بعدها. راجع أيضاً: راجع الدكتور سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص ٦٦٤.

^٣ راجع الدكتور عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص ٢٣٥.

إرادته تتمتع بقدرة الاختيار، فإذا كان لا يتمتع بطاقة الوعي ولا سلطة توجيه الإرادة، أو انعدمت إحدى الملكتين النفسيتين فيه، فإنه لا يعود مسؤولاً جزائياً^١. ويقصد بالإرادة أيضاً توجيه الذهن إلى تحقيق عمل من الأعمال^٢، أو القدرة على توجيه السلوك نحو فعل معين أو امتناع عن فعل معين، دون وجود مؤثرات خارجية تعمل على تحريك الإرادة أو توجيهها بغير رغبة أو رضاء صاحبها^٣. وحسب اصطلاح فقهاء المسلمين يكون الإنسان واعياً أو مدركاً حينما يكون قادراً على فهم ماهية فعله وعلى تقدير نتائجه، وعلى الموازنة بين المحرم والمباح^٤، واعتبرت الشريعة الإسلامية أن الإنسان لا يكون مسؤولاً جزائياً عن فعله إلا إذا كان ناتجاً عن إرادة حرة وواعية، أي أنه أقدم على فعله وهو بكامل وعيه وإدراكه وحريته، وبهذا تكون الشريعة قد اتفقت اتفاقاً كاملاً مع الشرائع الوضعية^٥. ويتوقف توافر الوعي والإرادة وفقاً للتحديد السابق، بلوغ الإنسان سناً معيناً، وهو ما سنبيّنه في الفرع التالي.

^١ راجع الدكتور عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص ٢٣٦. وراجع أيضاً الدكتور حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية في التشريعات العربية، منشورات الجامعة الدول العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، ١٩٧٢، ص ١١ وما بعدها.

^٢ راجع الدكتور علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص ٥٤.

^٣ راجع الدكتور: محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، القاهرة، ١٩٧٤، ص ٤٦٦.

^٤ والجدير بالذكر أن الشريعة الإسلامية لا تساءل الأطفال إلا إذا بلغوا الحلم، لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا كَمَا اسْتَأْذَنَ الَّذِينَ مِنْ قَبْلِهِمْ﴾ [النور: ٥٩]، ولقول الرسول عليه الصلاة والسلام: ((رفع القلم عن ثلاثة: عن الصبي حتى يحتلم، وعن النائم حتى يصحو، وعن المجنون حتى يفيق)).

^٥ راجع الدكتور: عبود السراج، التشريع الجزائري المقارن في الفقه الاسلامي والقانون السوري، مطبعة رياض، دمشق، ص ١٩٨١، ص ٢٠٦ وما يليها.

الفرع الثاني

السن القانوني لمساءلة الحدث المخالف للقانون

حدد قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون اللبناني سن المسؤولية الجزائية في المادة الثالثة منه بقوله: "لا يلاحق جزائياً من لم يتم السابعة من عمره حين اقترافه الجرم." ووفقاً للمادة الأولى من ذات القانون يجري التثبت من السن بالقيود الرسمية المختصة، وإلا بالإستناد إلى خبرة طبية يلجأ إليها المرجع القضائي الواضع يده على القضية، وإذا لم تذكر القيود يوم وشهر الولادة فيعتبر الشخص مولوداً في الأول من تموز من السنة المحددة لميلاده. يجري الأمر على هذا المنوال في حال تعذر تحديد اليوم والشهر بالخبرة الطبية حيث يجب اللجوء إليها. ويعتبر عمر الحدث الذي يبني الحكم على أساسه نهائياً بالنسبة لتنفيذ التدابير أو العقوبات المفروضة في الحكم. ويتبين مما تقدم انتفاء المسؤولية الجزائية عن كل من لم يبلغ السابعة من العمر، باعتباره منعدم الوعي والإرادة وفقاً للقرينة القانونية السابق إيرادها وهي من القرائن القانونية غير قابلة لإثبات العكس.^٢

وباستقراء المعاهدات الدولية ذات الصلة، ولعل أهمها اتفاقية حقوق الطفل لعام ١٩٨٩ نجد عدم تحديد الأخيرة سناً للمسؤولية الجزائية للطفل بل حثت وبشكل

^١ راجع: حكم القاضي المنفرد الجزائي في طرابلس الناظر في قضايا جنح الأحداث قرار رقم ٢٠١٥/١٨٧، بتاريخ ٢٠١٥/٤/١٦، وتتلخص الوقائع بارتكاب طفل من مواليد ٢٠٠٦ جنحة الإقامة على الأراضي اللبنانية بصورة غير مشروعة (مادة ٣٦ من قانون الأجانب)، بتاريخ ٢٠١٢، وحكمت المحكمة بإبطال التعقبات بحق الطفل باعتباره قد ارتكب الجرم وهو بعمر السادسة سناً للمادة الثالثة من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون. (حكم غير منشور)

^٢ راجع الدكتور: علي محمد جعفر، الأحداث المنحرفون، مرجع سابق، ص ١٣٣.

خاص في المادة (٤٠) (أ) الدول الأطراف في الاتفاقية تحديد سن دنياً يفترض دونها أن الأطفال ليس لديهم الأهلية لانتهاك قانون العقوبات. وهذا ما أكده المشرع اللبناني في قانون حماية الأحداث المخالفين بتحديد سن المسؤولية الجزائية بسبع سنوات، على النحو السابق بيانه.

ويلاحظ في هذا الصدد اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية في تعليقها العام رقم ١٧ بشأن المادة ٢٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية^١، شددت على أن السن المحددة للمسؤولية الجزائية " لا ينبغي أن تكون منخفضة بشكل غير معقول وأنه لا يمكن على أية حال لأي دولة طرف أن تعتبر نفسها في حل من التزاماتها بموجب العهد فيما يخص الأشخاص الذين هم دون سن الثامنة عشر، بالرغم من أنهم بلغوا سن الرشد بموجب القانون المحلي السائد".

وهو ما أكدته بشكل خاص القاعدة الرابعة من قواعد الأمم المتحدة النموذجية الدنيا لإدارة شؤون الأحداث (قواعد بكين) لعام ١٩٨٥ بقولها: " في النظم القانونية التي تسلم بمفهوم تحديد سن المسؤولية الجزائية للأحداث لا يحدد هذا السن على نحو

^١ تنص المادة ٢٤ من العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية لعام ١٩٦٦ على الآتي: يكون لكل ولد، دون أي تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو النسب، حق على أسرته وعلى المجتمع وعلى الدولة في اتخاذ تدابير الحماية التي يقتضيها كونه قاصراً، يتوجب تسجيل كل طفل فور ولادته ويعطى اسماً يعرف به، لكل طفل حق في اكتساب جنسية.

^٢ راجع: التعليق العام رقم ١٧ الصادر عن اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية، التعليق على المادة ٢٤ (حقوق الطفل)، الدورة الخامسة والثلاثون، العام ١٩٨٩، وأيضاً راجع: حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل" دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين"، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، ٢٠٠٢، الفصل العاشر "حقوق الطفل في مجال إقامة العدل" ص ٤٧٢.

مفرط من الانخفاض، وتؤخذ في عين الاعتبار حقائق النضوج العاطفي والعقلي والفكري". وجاء التعليق على هذه القاعدة على النحو الآتي:

" يتفاوت السن الأدنى للمسؤولية الجزائية تفاوتاً كبيراً نظراً لعوامل التاريخ والثقافة. والنهج الحديث يتمثل في النظر فيما اذا كان الطفل يستطيع أن يتحمل التبعات المعنوية والنفسية للمسؤولية الجنائية اي هل يمكن مساءلة الطفل مع مراعاة قدرته الفردية على التمييز والفهم، عن سلوك بالضرورة مناوئاً للمجتمع.

فاذا حدد سن المسؤولية الجزائية عند مستوى منخفض جداً أو اذا لم يوضع له حد أدنى على الاطلاق، فان فكرة المسؤولية تصبح بلا معنى. وهناك بوجه عام علاقة وثيقة بين فكرة المسؤولية عن السلوك الجانح أو الاجرامي وغير ذلك من الحقوق والمسؤوليات الاجتماعية الأخرى (مثل الحالة الزوجية وبلوغ سن الرشد المدني، وما إلى ذلك).

ولذلك ينبغي بذل جهود للاتفاق على حد أدنى معقول للسن يمكن تطبيقه دولياً".

وقد أعربت لجنة حقوق الطفل عن قلقها فيما يخص القوانين الجزائية التي تحدد سن المسؤولية الجزائية عند السابعة أو العاشرة فهي سن متدنية جداً بنظرها.

وخلصت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بخصوص تفاوت السن الأدنى للمسؤولية الجزائية بين دول مجلس أوروبا إلى القول: " بالرغم من أن إنكلترا وويلز هما من بين الولايات القضائية الأوروبية القليلة التي أبقّت على سن المسؤولية الجزائية منخفضة، لا يمكن أن يقال أن سن العاشرة صغير إلى الحد الذي تتباين فيه

¹ راجع: حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل" دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين"، مرجع سابق، ص ٤٧٢.

بشكل لا متناسب مع الحد العمري المتوخى في الدول الأوروبية الأخرى والأخذ بسن المسؤولية الجزائية لطفل صغير لا يشكل خرقاً للمادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان التي تنص على أمور منها توفير الحماية من المعاملة والعقوبة اللاإنسانية أو المهينة^١. غير أنه بالاستناد لعمل لجنة حقوق الطفل السابق بيانه يبدو سن العاشرة كحد يخرق اتفاقية حقوق الطفل^٢.

وشجعت لجنة حقوق الطفل في تعليقها العام رقم ١٠، الدول الأطراف على رفع مستوياتها المتدنية المتعلقة بالسن الدنيا للمسؤولية الجنائية إلى سن ١٢ سنة بوصفها السن الدنيا المطلقة وأن ترفعها إلى مستوى أعلى^٣. وقد حددت فرنسا سن المسؤولية الجزائية ب ١٣ سنة، ومصر ب ١٢ سنة، ب ١٠ سنوات^٤.

١. Eur. Court HR, Case of T. v. the United Kingdom, judgment of ١٦ . ١

December ١٩٩٩

٢ راجع: حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل" دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين"، مرجع سابق، ص ٤٧٣.

٣ راجع: التعليق العام للجنة حقوق الطفل رقم ١٠، (حقوق الطفل في قضاء الأحداث)، بتاريخ ٢٠٠٧، ص ١٢.

٤ إن القانون الجنائي الفرنسي ينص في المادة ١٢٢، على أن العقوبات الجنائية لا يمكن تطبيقها إلا على الأحداث البالغين أكثر من ١٣ سنة. وتشير المادة ٢ من قانون الأحداث الجانحين بفرنسا على انه لمحكمة الأحداث ومحكمة الجنايات للأحداث إذا تبين لها من ظروف الفعل المرتكب او شخصية الحدث البالغ ١٣ الى ١٨ سنة ان تدينه جنائياً وبالمقابل فان سن الرشد الجنائي في فرنسا يحدد في ١٨ سنة.

٥ قانون الطفل المصري رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ ، الباب الثامن، المادة ٩٤: " تمتع المسؤولية الجنائية على الطفل الذي لم يجاوز اثنتى عشرة سنة ميلادية كاملة وقت ارتكاب الجريمة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وبذلك نرى وبوضوح أن سن السابعة المنصوص عليها في قانون حماية الأحداث اللبناني كحد أدنى للمسؤولية الجزائية سناً متدنياً جداً وفقاً لمصلحة الحدث (الطفل) الفضلى، ومبدأ عدم التمييز، ولما وصفته لجنة حقوق الطفل خرقاً لاتفاقية حقوق الطفل^٢، ومقارنة بالقوانين الأخرى الغير مختلفة اجتماعياً وثقافياً " مصر وسوريا " عن لبنان، مما يدفعنا لاقتراح تعديل هذه السن ورفعها إلى ١٣ سنة^٣، باعتبار ذلك أكثر ملائمة مع مصلحة الحدث والتزامات لبنان على الصعيد الدولي.

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق على الحدث المخالف للقانون

نصت المادة الرابعة من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون على أن " جرائم الأحداث تتحدد بحسب القوانين الجزائية"، وبالعطف على المادة الأولى من ذات القانون التي نصت على تطبيق قانون الأحداث في حال ارتكاب الحدث جرمًا معاقباً عليه في القانون، نستنتج أن الشريعة الجزائية اللبنانية تطبق على نشاط الحدث

^١ قانون الأحداث الجانحين رقم ١٨ لعام ١٩٧٤، الفقرة أ/ من المادة ٢/ من قانون الاحداث رقم ١٨/ لعام ١٩٧٤ وتعديلاته بحيث تصيح على الشكل الاتي أ / اذا ارتكب الحدث الذي اتم العاشرة ولم يتم الثامنة عشرة من عمره أي جريمة فلا تفرض عليه سوى التدابير الاصلاحية المنصوص عليها في هذا القانون ويجوز الجمع بين عدة تدابير اصلاحية.

^٢ صدّق لبنان على اتفاقية حقوق الطفل في ١٤ ايار ١٩٩١ دون ابداء أي تحفظات.

^٣ والجدير بالذكر: أن قانون الجزاء العثماني الصادر سنة ١٨٥٨ والمطبق سابقاً في لبنان حدد سن المسؤولية الجزائية ب ١٣ سنة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

الجرمي، مع مراعاة النصوص الخاصة في قانون حماية الأحداث^١. وهو ما سنبيّنه في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول : الشريعة الجزائية اللبنانية

الفرع الثاني : قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر لعام

٢٠٠٢

الفرع الأول

الشريعة الجزائية اللبنانية

^١ يوجد بعض المراسيم والتعميم المتعلقة بتطبيق قانون حماية الأحداث اللبناني وهي: المرسوم رقم ١٢٨٣٢ لعام ٢٠٠٤ الصادر عن وزير العدل بخصوص تكليف الجمعيات بمهام معهد التأديب أو الإصلاح وتعديله في العام ٢٠١٣، والرسوم رقم ١١٨٥٩ الخاص بإنشاء معهد تأديب خاص بالسجنات القاصرات لعام ٢٠٠٤، والتعميم الصادر عن النيابة العامة التمييزية المتعلق بتطبيق المادة ٤٧ من قانون حماية الأحداث اللبناني عام ٢٠٠٦، والتعميم الصادر عن النيابة العامة التمييزية المتعلق بإنشاء غرفة خاصة لاستماع الأطفال ضحايا الاعتداءات الجنسية عام ٢٠١٢، والتعميم الصادر عن هيئة التفتيش القضائي المتعلق بالتشديد على حضور المندوب الاجتماعي عند محاكمة الحدث أمام المحاكم العادية عام ٢٠٠٣.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

نقصد بالشرعية الجزائية اللبنانية قانون العقوبات العام وغيره من قوانين العقوبات الخاصة (كقانون المخدرات^١، وقانون الأسلحة والذخائر..) التي تطبق بشكل مباشر على الحدث المخالف للقانون^٢.

وبذلك تتكون جريمة الحدث من ركنين أساسيين^٣:

أولاً: الركن المادي:

يتشكل هذا الركن من فعل ايجابي يرتكبه الفاعل (الحدث) أو من موقف سلبي يتخذه، والفعل الإيجابي نشاط يقع من إحدى حواس الفاعل (الحدث) في الطبيعة فيحدث فيها تغييراً ملموساً أو محسوساً أو مسموعاً، ومثاله: إطلاق النار على شخص وقتله، ومد اليد لسرقة مال الغير، وتوجيه الإهانات أو التهديد^٤.

^١ راجع: حكم محكمة جنايات الأحداث في بيروت رقم ٢٠١٤/١٠ بتاريخ ٢٠١٤/٤/٣، حكمت المحكمة بإدانة حدث بجنحة المادة ١٢٧ من قانون المخدرات اللبناني. (حكم غير منشور).
^٢ راجع: قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة السادسة رقم ٢٠٠٤/٢٧٥ بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/١٩، والذي تم من خلاله إدانة الحدث بجنحة المادة ٧٣ من قانون الأسلحة والذخائر. (قرار غير منشور).

^٣ إن أركان الجريمة هي ثلاثة أركان الركن الشرعي (القانوني) والركن المادي والركن المعنوي وحيث أن الركن الشرعي هو ركن مفترض انطلاقاً من القاعدة الأساسية في قانون العقوبات لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص (راجع المادة الأولى والسادسة من قانون العقوبات اللبناني). للتفصيل راجع: الدكتور سمير عاليه، الوسيط في شرح قانون العقوبات، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٠، ص ٢٣٥.

^٤ راجع كل من: الدكتور عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص ٢٠١ وما بعدها، الدكتور عبود السراج، شرح قانون العقوبات العام، مرجع سابق، ص ٢٧٩ وما بعدها، الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، المجلد الأول، ص ٣٦٥ وما بعدها، الدكتور: رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨، ص ٤٥٤ وما بعدها، الدكتور عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص ٣٩٧ وما بعدها، راجع الدكتور سليمان عبد المنعم، مرجع سابق، ص ٤٧٠ وما بعدها.

والقانون لا يشترط حصول النتيجة الضارة حتى يعاقب الفاعل(الحدث)، ففي الجنايات اطلاقاً وفي بعض الجنح يعاقب على المحاولة، والذي يعني اندفاع الفاعل(الحدث) في طريق الجريمة إلا انه يفشل في الحصول على ثمرتها^١. ومن الضروري أن يقع الفعل المادي من الفاعل(الحدث) شخصياً، أو على الأقل اشترك فيه كشريك^٢ أو كمتدخل^٣ أو محرض^٤. وإذا وقع الفعل المادي فإنه يكفي للمعاقبة ولا يشترط أن يقع على درجة معينة من الجسامة، لأن الركن المادي للجريمة يتوافر أياً كانت درجة الفعل بشرط أن تتحقق معه أركان الجريمة الأخرى.

^١ راجع المواد /٢٠٠-٢٠١-٢٠٢-٢٠٣/ من قانون العقوبات اللبناني. عرف قانون العقوبات المصري الشروع في المادة ٤٥ بقوله: هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة اذا أوقف أو خاب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الفاعل فيها. للتفصيل راجع: الدكتور: عبد الوهاب حومد، المرجع السابق، ص ٤١٨ وما بعدها، الدكتور رمسيس بهنام، المرجع السابق، ص ٦٤٩ وما بعدها، الدكتور: عوض محمد، مرجع سابق، ص ٢٩٧ وما بعدها، الدكتور: عدنان الخطيب، موجز القانون الجزائي، الكتاب الأول المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٣، ص ٢٥٢ وما بعدها، راجع أيضاً: حكم محكمة جنايات الأحداث في لبنان الشمالي رقم ٢٠١٥/٨٠ بتاريخ ٢٠١٥/٢/٢٦، والذي انتهى إلى إدانة حدث بمحاولة سرقة (جناية المادة ٦٣٨ معطوفة على ٢٠١ عقوبات لبناني). (حكم غير منشور).

^٢ راجع: حكم محكمة جنايات الأحداث في بيروت، رقم ٢٠١٤/٢٥، بتاريخ ٢٠١٤/١٠/١٦، والذي انتهى إلى: إدانة حدث بالتدخل (المادة ١١٩ عقوبات) في جرم المادة ٥٤٩. (حكم غير منشور).

^٣ راجع المواد / ٢١٢ إلى ٢٢٢/ من قانون العقوبات اللبناني، والجدير بالذكر: أن المادة ٣٣ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون التي نصت على أنه (إذا كان الحدث مشاركاً مع غير الأحداث في جرم واحد أو في جرائم متلازمة يخضع الحدث مع الراشدين إلى إجراءات الملاحقة والتحقيق والمحاكمة أمام المرجع العادي) وسنعالج هذه الحالة في الفصل الثاني من البحث باعتبارها متعلقة في الإجراءات الجنائية.

غير أن هذا الفعل يجب أن يكون سبباً لحدوث النتيجة الجرمية، أو لمساءلة الفاعل (الحدث) عن المحاولة^١.

وكما تقوم الجريمة بفعل مادي (إيجابي)، فإنها تقوم بامتناع عن القيام بفعل مادي^٢، ولكن لا يعاقب الامتناع إلا كما يعاقب الفعل، أي لا بد أن يكون في التشريع نص يلزم الشخص بالقيام بعمل. فإذا امتنع عن القيام به عوقب بالعقوبة المنصوص عنها في القانون الجزائي إذ لا عقاب بدون نص^٣.

ثانياً: الركن المعنوي:

هو الركن الثاني من أركان الجريمة من دونه لا تعد الجريمة قائمة (جريمة الحدث) حتى لو اكتملت عناصر ركنها المادي فإن أساس التجريم في التجريم ليس هو الفعل المعين في النموذج القانوني فقط، وإنما هو أيضاً إتصال هذا الفعل بإرادة إحدائه من قبل إنسان (الحدث) على النحو الذي يحدده القانون^٤.

ويتحقق الركن المعنوي في إحدى صورتين القصد أو الخطأ^٥.

^١ المادة ٢٠٤ من قانون العقوبات اللبناني التي تنص: (إن الصلة السببية بين الفعل وعدم الفعل من جهة وبين النتيجة الجرمية من جهة ثانية لا ينفصم اجتماع أسباب أخرى سابقة أو مقارنة أو لاحقة سواء جهلها الفاعل أو كانت مستقلة عن فعله. ويختلف الأمر إذا كان السبب اللاحق مستقلاً وكافياً بذاته لأحداث النتيجة الجرمية. ولا يكون الفاعل في هذه الحالة عرضة إلا لعقوبة الفعل الذي ارتكبه).

^٢ راجع المواد ١٨٩-١٩٠-١٩١/ من قانون العقوبات اللبناني.

^٣ للتفصيل راجع كل من: الدكتور عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، من ص ٢٠١ إلى ص ٢٣١.

^٤ المادة من قانون العقوبات اللبناني التي تنص ١٨٨: (النية إرادة ارتكاب الجريمة على ما عرفها القانون).

^٥ راجع الدكتور عبود السراج، شرح قانون العقوبات العام، مطبعة جامعة دمشق، ٢٠١٤، ص ٣٣٩. راجع أيضاً الدكتور طه زاكي صافي، المبادئ الأساسية لقانون العقوبات اللبناني القسم العام، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ١٩٩٣، ص ٢٠٣ وما بعدها.

ففي الصورة الأولى وهي القصد: يكون العلم والإرادة (لدى الحدث) متجهين إلى الفعل والنتيجة فتتكون بذلك الجريمة المقصودة.

ويقوم القصد^١ إذن على عنصرين هما العلم والإرادة، والعلم هو "حالة ذهنية يكون عليها الجاني (الحدث) وقت ارتكاب الجريمة، وتتمثل هذه الحالة في امتلاك الجاني (الحدث) القدر الكافي من المعلومات عن عناصر التي تُكوّن الجريمة على الوجه الذي يحدده القانون، ومن هذه العناصر ما يتعلق بطبيعة الفعل ومنها ما يتعلق بالنتيجة ومنها ما يتعلق في الظروف التي تدخل فيها الجريمة"، والإرادة: "حالة ذهنية ونفسية يكون عليها الجاني (الحدث) وقت إقدامه على ارتكاب الجريمة ويمكن تصوير هذه الحالة بقوة دافعة أو محرّكة تتمثل في عزم الجاني (الحدث) وتصميمه على ارتكاب الجريمة"^٢.

وفي الصورة الثانية وهي الخطأ^٣: يقف العلم والإرادة عند الفعل ولا يتجاوزانه إلى النتيجة إلا بمقدار محدود يتعلق بعدم توقع النتيجة واستطاعة توقعها أو واجب توقعها، فتتكون بذلك الجريمة غير المقصودة^٤.

^١ وللقصد الجرمي عدة أنواع تنطبق بشكل كامل على الحدث أهمها: القصد العام والقصد الخاص والقصد المباشر والقصد الاحتمالي، القصد المتعدي وغير المتعدي والقصد المحدد وغير المحدد. للمزيد راجع الدكتور سمير عاليه، مرجع سابق، ص ٢٩٧ وما بعدها.

^٢ راجع الدكتور عبود السراج، المرجع السابق، ص ٣٤٩ وما بعدها.

^٣ راجع: حكم محكمة الدرجة الأولى في بيروت الناظرة في دعاوى جنائيات الأحداث، رقم ٢٠٠٥/٣ بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٣، حكمت المحكمة من خلاله بإدانة الحدث بجناية (المادة ٥٦٤ عقوبات لبناني) القتل غير المقصود. (حكم غير منشور).

^٤ راجع الدكتور عبود السراج، المرجع السابق، ص ٣٤٠. والمواد /١٩٠-١٩١/ من قانون العقوبات اللبناني: " يكون الخطأ إذا نجم الفعل الضار عن الإهمال أو قلة الاحتراز أو عدم مراعاة الشرائع والأنظمة ". " تكون الجريمة غير مقصودة سواء لم يتوقع الفاعل نتيجة فعله أو عدم فعله

ومما سبق نرى أن قانون العقوبات بقواعده العامة ينطبق على جرائم الأحداث، إلا أن قانون حماية الأحداث قد لاحظ قواعد خاصة في مسؤولية الأحداث وهو ما سنبينه في الفرع الآتي.

الفرع الثاني

قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر لعام

٢٠٠٢

نظراً لخصوصية مسؤولية الأحداث الجزائية باختلافها عن مسؤولية البالغين الجزائية أوجد المشرع اللبناني أصول خاصة في معاملة الحدث المخالف للقانون^١؛ وهي تقسيم مسؤوليته الجزائية إلى ثلاث مراحل وردت في المادة السادسة من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون على الشكل الآتي:

١. إذا أتمّ الحدث السابعة ولم يتم الثانية عشرة بتاريخ ارتكاب الجرم، تُفرض عليه أي من التدابير المنصوص عليها في المادة الخامسة، ما عدا التأديب والعقوبة المخفضة. ولا يُكتفى باللوم في الجنايات.

أو عدم فعله المخطنين وكان في استطاعته أو من واجبه أن يتوقعها وسواء توقعها فحسب أن بإمكانه اجتنابها".

^١ يطلق بعض الفقهاء على هذه الأصول تسمية تدرج مسؤولية الأحداث. راجع: الدكتور علي محمد جعفر، مرجع سابق، ص ١٢٠.

^٢ نصت المادة الخامسة من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون: التدابير والعقوبات التي تفرض على الحدث هي:

١. التدابير غير المانعة للحرية وهي: ١- اللوم، ٢- الوضع قيد الاختيار، ٣- الحماية، ٤- الحرية المراقبة، ٥- العمل للمنفعة العامة أو العمل تعويضاً للضحية.
٢. التدابير المانعة للحرية، وهي من الأخف إلى الأشد وتعتبر أشد من التدابير غير المانعة للحرية:

٢. إذا أتمّ الحدث الثانية عشرة من عمره ولم يتم الخامسة عشرة بتاريخ ارتكابه الجرم، تُفرض عليه أي من التدابير المنصوص عليها في المادة الخامسة ما عدا العقوبات المخفضة. ولا يُكتفى باللوم في الجنايات.

٣. إذا أتمّ الحدث الخامسة عشرة من عمره ولم يتم الثامنة عشرة بتاريخ ارتكابه الجرم يُفرض عليه في كافة الجرائم التي لا تتشكل جنائية أي من التدابير المنصوص عليها في المادة الخامسة أو العقوبات المخفضة. أما في الجنايات فتفرض عليه التدابير المانعة للحرية أو العقوبات المخفضة، باستثناء الجنايات المعاقب عليها بالإعدام فتطبق بشأنها العقوبات المخفضة فقط.

ويتبيّن من نص المادة المذكورة، أن المعيار الأساس في تحديد مراحل مسؤولية الحدث هو تاريخ ارتكابه الجرم، وانطلاقاً من هذا التاريخ ينظر لعمر الحدث الذي يحدد وفقاً للمادة الأولى من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون^١. ويتضح من خلال النص السابق أن هناك ثلاث مراحل لمسؤولية الحدث المخالف للقانون وهي:

١. مرحلة المسؤولية شبه المنعدمة للحدث: وتبدأ هذه المرحلة ببلوغ الحدث سن السابعة دون تجاوز سن الثانية عشرة بتاريخ ارتكابه الجرم، ويطبق

١- الإصلاح، ٢- التأديب، ٣- العقوبات المخفضة.

- في كل الأحوال يجوز للقاضي أن يتخذ تدابير احترازية وفقاً لأحكام هذا القانون. سنقوم بشرح هذه التدابير الخاصة في المبحث الثاني من هذا الفصل.
^١ راجع ما سبق بشأن شرح سن مسؤولية الحدث في الفرع الثاني من المطلب الأول، ص ١٧.

على الحدث في هذه المرحلة العمرية جزءاً من التدابير الملحوظة في قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون^١.

٢. **مرحلة تطبيق التدابير دون العقوبات المخفضة:** وتبدأ هذه المرحلة ببلوغ الحدث سن الثانية عشرة دون تجاوز سن الخامسة عشرة بتاريخ ارتكاب الجرم، ويطبق على الحدث في هذه المرحلة العمرية كافة التدابير الملحوظة في قانون حماية الأحداث دون العقوبات المخفضة^٢.

٣. **مرحلة تطبيق العقوبات المخفضة والتدابير:** وتبدأ هذه المرحلة ببلوغ الحدث سن الخامسة عشرة دون تجاوز سن الثامنة عشرة بتاريخ ارتكاب الجرم، ويطبق على الحدث في هذه المرحلة العمرية كافة التدابير الملحوظة في قانون حماية الأحداث والعقوبات المخفضة^٣.

بعد الاطلاع على النظام الخاص بمسؤولية الحدث المخالف للقانون وحتى يكتمل هذا النظام يجب الاطلاع على النظام العقابي الخاص بالحدث استناداً لمراحله العمرية السابقة الذكر، وهذا ما سنبيّنه في المبحث التالي.

المبحث الثاني

^١ والجدير بالذكر: أن المشرع أطلق سابقاً مسمى (الأولاد) على الاحداث الذين أتموا السابعة ولم يتموا الثانية عشرة في ظل قانون العقوبات اللبناني المادة ٢٤٠، قبل صدور أي قانون خاص بالأحداث.

^٢ والجدير بالذكر: أن المشرع أطلق سابقاً مسمى (المراهقون) على الاحداث الذين أتموا الثانية عشرة ولم يتموا الخامسة عشرة في ظل قانون العقوبات اللبناني المادة ٢٤٠، قبل صدور أي قانون خاص بالأحداث.

^٣ والجدير بالذكر: أن المشرع أطلق سابقاً مسمى (الفتيان) على الاحداث الذين أتموا الخامسة عشرة ولم يتموا الثامنة عشرة في ظل قانون العقوبات اللبناني المادة ٢٤٠، قبل صدور أي قانون خاص بالأحداث.

النظام العقابي للحدث المخالف للقانون

إن الهدف المعلن من النظام العقابي للحدث المخالف للقانون في قانون حقوق الإنسان الدولي هو إعادة تأهيل الطفل (الحدث) وادماجه من جديد في المجتمع^١، ويتضح ذلك بشكل خاص من المادة ٤٠ في فقرتها الأولى من اتفاقية حقوق الطفل التي تنص على ما يلي: " تعترف الدول الأطراف بحق كل طفل يدعي أنه انتهك قانون العقوبات أو يتهم بذلك أو يثبت عليه ذلك في أن يعامل بطريقة تتفق مع رفع درجة إحساس الطفل بكرامته وقدره، وتعزز احترام الطفل لما للأخريين من حقوق الإنسان والحريات الأساسية وتراعي سن الطفل واستصواب تشجيع إعادة اندماج الطفل وقيامه بدور بناء في المجتمع".

وتؤكد لجنة حقوق الطفل، أن الرد على الجريمة ينبغي دائماً ألا يكون متناسباً مع ظروف الجريمة وخطورتها فحسب، بل مع سن الطفل وتخفيف ذنبه وظروفه واحتياجاته أيضاً، فضلاً عن احتياجات المجتمع المتنوعة وطويلة الأمد بصفة خاصة. واعتماد نهج عقابي محض أمر يتعارض والمادة (٤٠) فقرة (١) من الاتفاقية، وتذكر اللجنة بأن العقوبة البدنية تشكل انتهاكاً للمادة ٤٠ والمادة ٣٧ التي تحظر جميع أشكال المعاملة أو العقوبة القاسية واللاإنسانية والمهينة، وفي حالات ارتكاب الأطفال جرائم خطيرة، يمكن النظر في تدابير تتناسب مع ظروف الجاني ومع خطورة الجريمة، بما يشمل مراعاة مستلزمات السلامة العامة وضرورة فرض

^١ راجع: حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل" دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العاميين والمحامين"، مرجع سابق، ص٤٧٨.

عقوبات. وفي حالة الأطفال، يجب الموازنة دائماً بين هذه الاعتبارات وضرورة حماية رفاه الطفل ومصالحه ودعم إعادة إدماجه^١.

وتطبيقاً لما سبق لحظ المشرع اللبناني في قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون تدابير وعقوبات خاصة للحدث، تتحدد وفقاً لسنة عند ارتكاب الجريمة (من ٧ سنوات إلى ١٨ سنة) مع التعليل بشكل وافٍ ببيان سبب اتخاذ التدبير من جهتي صالح الحدث وظروف ارتكاب الجرم^٢، وورد بيان أحكام هذه التدابير والعقوبات في المادة السابعة إلى المادة الثالثة والعشرين من القانون المذكور، الأمر الذي يقتضي بيان ماهية هذه التدابير والعقوبات ونجاعتها، وهل من الممكن تشديد هذه العقوبات وذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: التدابير والعقوبات الخاصة بالحدث المخالف للقانون

المطلب الثاني: مدى امتداد الأسباب المشددة إلى الحدث المخالف للقانون

المطلب الأول

التدابير والعقوبات الخاصة بالحدث المخالف للقانون

قسّم المشرع اللبناني النظام العقابي للحدث المخالف للقانون لثلاثة أقسام هي: التدابير الخاصة بالأحداث، العقوبات المخفضة، التدابير الاحترازية، وسنبيّن أحكامها من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التدابير الخاصة بالأحداث المخالفين للقانون

^١ راجع: التعليق العام للجنة حقوق الطفل رقم ١٠، (حقوق الطفل في قضاء الأحداث)، بتاريخ

٢٠٠٧، ص ٢٠ وما يليها.

^٢ المادة السادسة من قانون حماية الأحداث.

الفرع الثاني: العقوبات المخفضة والتدابير الاحترازية

الفرع الأول

التدابير الخاصة بالأحداث المخالفين للقانون

إن التدابير الخاصة بالأحداث وفقاً لمفهوم قانون الأحداث اللبناني تنقسم إلى تدابير غير المانعة للحرية وتدابير مانعة للحرية^١.

أولاً: التدابير غير المانعة للحرية وهي: اللوم، الوضع قيد الإختبار، الحماية، الحرية المراقبة، العمل للمنفعة العامة أو العمل تعويضاً للضحية. ونبين المقصود بها في ما يلي:

١. اللوم: عرفت المادة السابعة من قانون حماية الأحداث اللوم: بأنه توبيخ

يوجهه القاضي إلى الحدث ويلفته فيه إلى العمل المخالف الذي ارتكبه. ويتم

ذلك شفويّاً وبموجب قرار مثبت لهذا اللوم^٢.

وينصب تطبيق هذا التدبير على الحدث المخالف للقانون فقط في الجنب دون الجنائيات، ويتمثل بلفت انتباه الحدث لخطورة ما ارتكبه من جرم وما قد يترتب عليه من أضرار في حياته بطريقة توجيهية وإصلاحية. ويرى بعض الفقهاء بحق؛

^١ كانت التدابير المقررة للأحداث واردة في قانون العقوبات في المواد ١١٨ إلى ١٢٨ ولكن المشرع ألغى هذه المواد واستبدلها بالمرسوم الاشتراعي رقم ١٩٨٣/١١٩ الخاص بحماية الأحداث المنحرفين، ثم عاد وألغى هذا المرسوم وحلّ محله القانون رقم ٤٢٢ تاريخ ٢٠٠٢/٦/٦ والمسمى قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر.

^٢ راجع: حكم القاضي المنفرد الجزائي في طرابلس الناظر في قضايا جنح الأحداث قرار رقم ٢٠١٥/١٨٩، بتاريخ ٢٠١٥/٤/١٦، وتتلخص الوقائع: بارتكاب طفل من مواليد ١٩٩٧، جرم المادة ٧٧٠ من قانون العقوبات (مخالفة الأنظمة الإدارية) بتاريخ ٢٠١٤/٩/٦، وحكمت المحكمة بإدانته بجرم المادة ٧٧٠ وإنزال تدبير اللوم بحقه في جلسة خاصة. (حكم غير منشور).

بأنه لا يجوز الاكتفاء باللوم في الجرح باعتبار أن بعض الجرح تعتبر خطراً ولا سيما عند ارتكابها خاصةً في جرم السرقة العادية، أو الضرب والإيذاء وأعمال التزوير في مستندات وأوراق خاصة^١.

بينما يذهب البعض الآخر من الفقهاء إلى أن التوبيخ والتأنيب كافيان لردع الحدث المذنب وكانذار له للمستقبل، على اعتبار أن القاضي يستعمل الحكمة في توجيه التوبيخ والتأنيب بصورة يؤثر فيها في نفسية الحدث دون أن يجرح كبريائه أو يمسه بإهانة، علماً أن لكلام القاضي وزنه في ذهن العامة فكيف في ذهن الحدث القاصر الذي يرى في القاضي العدالة المجسدة في شخصه وما تتصف به من هيبة ومهابة^٢.

٢. **الوضع قيد الاختبار:** بيّنت المادة الثامنة من قانون حماية الأحداث اللبناني؛

أن شروط الوضع قيد الاختبار يحددها القاضي، بتعليق إتخاذ أي تدبير آخر بحق الحدث طيلة فترة زمنية تتراوح بين ثلاثة أشهر وسنة، يخضع خلالها للمراقبة من قبل المندوب الاجتماعي وذلك عندما يتبين بوضوح أن ظروف القاصر وشخصيته تبرر هذا التدبير^٣.

^١ راجع: الدكتور غسان رباح، حقوق الحدث المخالف للقانون أو المعرض لغرض الانحراف، دراسة مقارنة في ضوء أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥، ص ٩٠.

^٢ راجع: الدكتور مصطفى العوجي، الحدث المنحرف أو المههد بخطر الانحراف في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص ٨٢.

^٣ راجع: حكم محكمة جنايات الأحداث في بيروت قرار رقم ٢٠١٣/١٣، بتاريخ ٢٠١٣/٤/٤، والذي تتلخص وقائعه: بارتكاب طفل مواليد ١٩٩٨ جناية ارتكاب الفحشاء المادة ٥٠٩ عقوبات لبناني معطوبة على المادة ٢٠١ عقوبات لبناني، بتاريخ ٢٠١٣، حكمت المحكمة بإدانته بالجناية المذكورة ووضعه تحت المراقبة الاجتماعية (الوضع قيد الاختبار) إلى حين بلوغه سن الثامنة عشر من عمره على أن يقدم المندوب الاجتماعي تقريراً دورياً عن وضعه وتطوره على كافة الصعد كل ثلاثة أشهر. (حكم غير منشور).

وإذا خالف الحدث شروط الاختبار المحددة من قبل القاضي أو ارتكب جرمًا آخر، جنحة أو جناية، خلال فترة الاختبار، يسقط حكماً الوضع قيد الاختبار فيتخذ القاضي تدبيراً أشد.

يتبين لدينا من خلال هذا النص أن تدبير الوضع قيد الاختبار يتضمن تحديد القاضي شروط معينة لاختبار الحدث المخالف للقانون خلال فترة زمنية تتراوح بين ثلاثة أشهر وسنة تحت إشراف المندوب الاجتماعي ضمن شروط الاختبار التي حددها القاضي.

وفي حال أخلّ الحدث المخالف للقانون بشروط الاختبار أو ارتكب جنحة أو جنحة ضمن فترة الاختبار يبدل القاضي هذا التدبير بتدبير أشد وفقاً لجسامة المخالفة أو نوع الجريمة.

ويرى بعض الفقه أن المشرع قد غيَّب دور المساعدة الاجتماعية الأساسي أو ما سماه بالمندوب الاجتماعي، وما يجب أن يكون عليه من الاختصاص والدراية وهو أعلم من القاضي في متابعته للقاصر الموضوع قيد الاختبار ليضع له تقريراً حول ظروف تغييره السيء وبالتالي شروط وضعه قيد الاختبار أو اتخاذ التدبير الأشد، كما أن النص لم يحدد الموجبات المطلوبة خلال مدة هذا الاختبار إلى جانب سماع القاضي للقاصر بعد انتهاء الفترة المطلوبة كما كان عليه الأمر في نصوص القانون السابق الملغى^١.

ولكن المشرع هنا تدارك الأمر بنصه في المادة الواحدة والعشرين من الفصل الثاني في القانون الجديد رقم ٢٠٠٢/٤٢٢، المتعلق بالأحكام المشتركة بالتدابير

^١ راجع: الدكتور غسان رباح، مرجع سابق، ص ٩١.

والعقوبات، على موجب المندوب الاجتماعي بمراقبة الحدث وتسليم التقرير عن حالته كل ثلاثة أشهر إلى المرجع الذي اتخذ التدبير.

٣. الحماية: عرفت المادة التاسعة من قانون حماية الأحداث اللبناني تديبر الحماية: بأنه تسليم الحدث إلى والديه أو أحدهما أو إلى وصيه الشرعي أو إلى أسرته شرط أن تتوافر في المسلّم إليه الضمانة الأخلاقية والمقدرة على تربيته تحت إشراف المندوب الاجتماعي المكلف بالأمر^١. وعند عدم وجود أي من هؤلاء الأشخاص في لبنان أو عدم توافر الشروط السابق ذكرها يمكن تسليم الحدث إلى أسرة موثوق بها أو إلى مؤسسة اجتماعية أو صحية معتمدة من الوزارات المختصة أو إلى غيرها إذا كانت لا تتوافر في المؤسسات المعتمدة الاختصاصات المطلوبة^٢.

يتضح من خلال هذا النص أن تديبر الحماية يقصد منه أن يُعهد بالحدث المخالف للقانون إلى أشخاص أو جهات تتمتع بالضمانة الأخلاقية والتربوية حددهم النص أعلاه، تحت إشراف المندوب الاجتماعي.

ويرى بعض الفقه أن المشرع اللبناني تأثر تأثراً واضحاً بشأن هذا التديبر، بطريقة البدائل المعتمدة في المجتمعات الغربية فيما يسمى فيها بال(foster family) ، حيث تُواجه هكذا تدابير بالكثير من الصعوبات والنتائج العكسية

^١ راجع: قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة الثالثة، رقم ٢٠٠٢/٤٩٩، بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/١٨، والذي تتلخص وقائعه: بإدانة حدث بجرم المادة ٦٣٦ (السرقة العادية)، وحكمت عليه بتديبر الحماية بتسليمه إلى والديه. (قرار غير منشور).

^٢ راجع: حكم القاضي المنفرد الجزائي في لبنان الشمالي الناظر بقضايا حماية الأحداث، رقم ٢٠١٥/٢٣١، بتاريخ ٢٠١٥/٥/١٩، والذي حكم بتسليم حدث إلى مؤسسة الأب عفيف عسيران وتكليفه رعايته. (حكم غير منشور).

غير المتوقعة من هكذا تدابير بالنظر لسوء استخدامها في معاودة تأهيل الحدث المنحرف واستغلاله اقتصادياً أو اجتماعياً الأمر الذي يقرب المطلوب من التدبير رأساً على عقب ويدعو بالتالي لصرف النظر عن هذا التوجه لهذه الجهة.

وقد تدارك المشرع هذا الأمر بنصه في المادة الثالثة والعشرين من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون على مسؤولية متسلم الحدث في حال ارتكاب الحدث في عهده جنحةً أو جناية ناتجة عن إهماله في المراقبة والتوجيه والتربية، بغرامة تتراوح بين ستمائة ألف ليرة لبنانية ومليون ليرة لبنانية، هذا ما عدا المسؤولية المدنية التي يمكن أن يتعرضوا لها نتيجة إهمالهم.

ولقاضي الأحداث بناءً على تقرير المسؤول عن الحدث، كمدير المؤسسة أو المعهد الذي سُم إليه، وعلى التحقيق الاجتماعي وبعد الاستماع إلى الحدث، أن يبدل التدبير المتخذ بتدبير آخر أشد أو أخف منصوص عليه في هذا القانون وأن ينهيه أو يعلقه بشروط يحددها إن وجد في الأمر فائدة. وجدير بالذكر أنه في حال سلّمت الحراسة لغير الوالدين أو الوصي، يمارس حق الحراسة والتربية قاضي الأحداث بإسم الشخص أو المؤسسة المسلم الحدث إليهم، ويشرف في هذه الحالة على التربية المندوب الاجتماعي.^٢

^١ راجع: الدكتور غسان رباح، مرجع سابق، ص ٩٢.

^٢ المادة التاسعة عشر من قانون حماية الأحداث.

^٣ المادة العشرين من قانون حماية الأحداث.

٤. الحرية المراقبة : عرفت المادة العاشرة من قانون حماية الأحداث اللبناني الحرية المراقبة: بأنها وضع الحدث تحت مراقبة المندوب الاجتماعي أو المرجع المعين لهذه الغاية تحت إشراف القاضي.

ويشمل هذا التدبير مراقبة سلوك القاصر وسيرته وعمله وتوجيهه التوجيه الصحيح والإشراف على شؤونه الصحية والنفسية والاجتماعية والمهنية، بمدة من سنة إلى خمس سنوات^١.

ويجب على الحدث الموضوع تحت المراقبة أن يستمع إلى إرشادات المندوب الاجتماعي ويتبع جميع تعليماته وأن يحضر إلى مكتبه كلما طلب منه ذلك.

يتبين لنا وبوضوح مما سبق أن لا اختلاف جوهري بين تدبير الحرية المراقبة وتدبير الوضع قيد الاختبار، فكلاهما يُخضع الحدث المخالف للقانون للمراقبة الاجتماعية تحت إشراف قضاء الأحداث ولكن بإجراءات ومدد مختلفة، وهو ما أكده بعض الفقه^٢، باعتبار وجود نظامين للاختبار القضائي أحدهما يقوم على أساس الإدانة أولاً ومن ثم فرض التدبير الاختباري وهو كناية عن وضع الحدث قيد

^١ راجع: حكم محكمة الدرجة الأولى في بيروت الغرفة الثالثة النازرة في دعاوى جنابات الأحداث قرار رقم ٢٠٠٨/١٥، بتاريخ ٢٠٠٨/٧/٣، والذي تتلخص وقائعه: بارتكاب طفل مواليد ١٩٨٥ جنائية السرقة المادة ٦٣٩ عقوبات لبناني، بتاريخ ٢٠٠٣، حكمت المحكمة بإدانته بالجنائية المذكورة، ووضعت تحت المراقبة الاجتماعية (الحرية المراقبة) لمدة سنتين من تاريخ صدور الحكم على أن يقدم المندوب الاجتماعي كل أربعة أشهر تقريراً يبين تطور وضعه العائلي والاجتماعي والاقتصادي. (حكم غير منشور).

^٢ راجع لتفصيل التمييز بين الاختبار القضائي والمراقبة الاجتماعية في القانون اللبناني والتشريعات المقارنة: الدكتور مصطفى العوجي، الحدث المنحرف أو المهدهد بخطر الانحراف في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص ١١٣ وما بعدها.

المراقبة الاجتماعية المشروطة بحسن السلوك تحت طائلة الرجوع عنه واتخاذ تدبير
اصلاحي آخر غالباً ما يكون مؤسسياً.

والثاني يقوم على أساس عدم التصدي للإدانة ووضع الحدث قيد الاختبار لمدة معينة
حتى إذا انقضت هذه المدة وكان لها أثراً إيجابياً على سلوكه حفظت الدعوى
الجزائية بصورة نهائية فلا يصدر فيها حكم وكأنه لم تحصل لم تحصل ملاحقة
جزائية أصلاً. ويرى بعض الفقه ونؤيده في ذلك، أن مدة الخمس سنوات للوضع
قيد المراقبة مدة طويلة وغير عملية وغير مضمونة النتائج وكان الأجدى ترك أمر
تحديدها للقاضي نفسه في ضوء تقرير المندوب الاجتماعي أو من يراه مناسباً
للقيام بمهمة المراقبة الاجتماعية.

٥. العمل للمنفعة العامة أو العمل تعويضاً للضحية: نصت المادة الحادية عشرة
من قانون حماية الأحداث اللبناني: على جواز تقرير القاضي بموافقة
القاصر وموافقة الضحية أن يتم القاصر عملاً للمتضرر أو عملاً ذي منفعة
عامة في مهلة زمنية ولعدد من الساعات اليومية التي يحددها^٢. يُنفذ العمل
تحت إشراف المندوب الاجتماعي المختص. ويعود للقاضي أن يستبدل
التدبير إذا تخلف الحدث عن إتمام العمل وفقاً للشروط المقررة وذلك بعد

^١ انراجع: الدكتور غسان رياح، مرجع السابق، ص ٩٣.

^٢ راجع: حكم محكمة الدرجة الأولى في بيروت الغرفة الثالثة الناظرة في دعاوى جنابات
الأحداث، رقم ٢٠٠٨/١٢ بتاريخ ٢٠٠٨/٥/٢٢، حكمت المحكمة على حدث بوضعه تحت تدبير
العمل للمنفعة العامة في مركز الخدمات الإنمائية برج البراجنة لمدة ٣٠ ساعة بمعدل ٣ ساعات
كل يوم أربعاء من كل أسبوع وحتى انتهاء التدبير وذلك تحت إشراف المندوب الاجتماعي على أن
يقدم هذا الأخير تقريره في هذا الشأن بعد الانتهاء من التنفيذ. (حكم غير منشور).

الإستماع إليه. وفي هذه الحالة تتم ملاحظته بجرم التخلف عن إنفاذ قرار قضائي.

ويرى بعض الفقه¹ ونؤيده فيما يرى، أن هذا النص يثير العديد من الملاحظات بل الاشكاليات في تطبيقه، نذكر منها ما يلي:

● إن الحصول على موافقة القاصر أو ضحيته من قبل القاضي موافقة غير منطقية فهي بشكل أو بآخر من أشكال موافقة الإذعان من قبل الحدث المنحرف، فمهما كانت ظروف هذا الأخير يبقى تحت ضغط مباشر أو غير مباشر من القاضي.

● إن إتمام عمل من قبل الحدث المنحرف للضحية لتعويض الخسارة التي أحدثها له من شأنه أن يعيد إلى ذاكرتنا ما كان يعاني الفاعل المماثل في ظل احكام القانون الروماني الذي يحول المخطئ إلى مستعبد مهان من قبل الضحية يمارس عليه شتى أشكال العنف المادي أو المعنوي ويحول دون إعادة النظر من القاصر في طريقة سلوكه المستقبلية ويمكن أن تولد لديه الكثير من الإحساس بالحدق والضعف على ضحيته ومحيطها. الأمر نفسه ينطبق على حالة عمل القاصر لتحقيق منفعة عامة وهي بحسب ما يعيشه مجتمعنا صعوبة المراقبة وبالتالي التحقيق، إن لم تكن مستحيلة.

¹ راجع: الدكتور غسان رباح، مرجع السابق، ص ٩٤.

ومن وجهة نظر أخرى إن المادة الحادية عشرة من قانون حماية الأحداث اللبناني، تمثل برأينا تطبيقاً مغلوطاً وخاطئاً لحق الطفل في أن تسمع أقواله^١، حيث أن حق الطفل في أن تسمع أقواله لا يعني أن للطفل (الحدث) حق تقرير المصير^٢.

ثانياً: التدابير المانعة للحرية: وتتمثل في الإصلاح والتأديب.

١. الإصلاح: نصت المادة الثالثة عشرة من قانون حماية الأحداث اللبناني على أن: "التدبير الإصلاحي يقضي بوضع الحدث في معهد الإصلاح لمدة أداها ستة أشهر حيث يجري تلقينه الدروس وتدريبه على المهن والإشراف على شؤونه الصحية والنفسية والأخلاقية وفقاً للنظام الذي يرعى المعهد والمحدد في مرسوم تنظيمي".

يقضي هذا التدبير بوضع الحدث في مؤسسة خاصة سواء كانت تربوية أو مهنية حكومية أو غير حكومية، ويتم الإشراف من خلال هذه المؤسسة على شؤون الحدث الصحية والنفسية والأخلاقية.

وإن الحد الأدنى لتدبير الإصلاح هو ستة أشهر بحق الحدث في أي مرحلة من مراحل مسؤوليته.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد: أن المشرع في القانون الجديد قد ألغى^١ أحكاماً هامة كانت موجودة في ظل القانون القديم^٢ أهمها، تقديم مدير المعهد تقريراً للمحكمة بعد

^١ المادة ١٢ من اتفاقية حقوق الطفل.

^٢ راجع: حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل" دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين"، مرجع سابق، ص ٤٧٧.

انقضاء السنة أشهر مقترحاً إما إعفاء الحدث من باقي مدة إيداعه أو فرض تدبير
إصلاحي عليه. واكتفى بذكر واجب مدير المعهد أن يبلغ القاضي المعني بقرب بلوغ
الحدث الثامنة عشرة من عمره وذلك قبل شهرين على الأقل من هذا البلوغ، تحت
طائلة تعرّضه للملاحقة المسلكية.

ولعل هذا النقص التشريعي يُتدارك بواجب المندوب الاجتماعي وفقاً للمادة الواحدة
والعشرين بتقديم تقرير عن حالة الحدث كل ثلاثة أشهر إلى المرجع الذي اتخذ
التدبير.

وبينت المادة السابقة حالة الحدث المحكوم بتدبير الإصلاح بمدة تجاوز الثامنة عشر
بقولها: " إذا حكم على الحدث بتدبير إصلاحي لمدة تجاوز بلوغه الثامنة عشرة من
عمره كان للقاضي أن يقرر، بعد الاستماع إلى الحدث، إما وقف التدبير الإصلاحي
عند بلوغه السن المذكور وإطلاق سراحه مع وضعه تحت إشراف المندوب
الاجتماعي للمدة التي يحددها، وإما وضعه في معهد التأديب حتى انقضاء مدة التدبير
المقرر".

وهنا يتبين أن المشرع في القانون الجديد قد ألغى حكماً هاماً يسري على جميع
فرصيات هذه المادة بانتهاء مدة تدبير الإصلاح ببلوغ الحدث سن الواحدة
والعشرين^٢. استبدله بعد الاستماع إلى أقوال الحدث:

^١ نصت المادة ٥٤ من قانون حماية الأحداث اللبناني على الآتي: يُلغى المرسوم الإشتراعي رقم
١١٩ تاريخ ١٦ أيلول ١٩٨٣ وتعديلاته، كما تلغى أي نصوص أخرى تتعارض وأحكام هذا
القانون أو لا تتألف مع مضمونه.

^٢ راجع قانون حماية الأحداث المنحرفين رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٣ المادة ١٧.

^٣ راجع قانون حماية الأحداث المنحرفين رقم ١١٢ لسنة ١٩٨٣ المادة ١٧.

- إما بوقف التدبير عند بلوغه سن الثامنة عشرة، مع إطلاق سراحه بشرط وضعه تحت إشراف المندوب الاجتماعي للمدة التي يحددها قاضي الأحداث.

- أو بوضعه في معهد التأديب حتى انقضاء مدة التدبير المقررة.

وفي جميع الأحوال إن الغاية من التدبير الإصلاحي هي إخضاع الحدث إلى وسائل تربوية تتناسب مع حاجاته النفسية والثقافية والاجتماعية وذلك انطلاقاً من نتيجة دراسة شخصيته والأسباب التي أدت به إلى الإنحراف^١.

٢. التأديب: نصت المادة الرابعة عشرة من قانون حماية الأحداث على أنه: "يوضع الحدث في معهد التأديب لمدة أدناها ثلاثة أشهر^٢. إذا أتم الحادية والعشرين من عمره وما زال في المعهد المذكور، يمكن للقاضي بناءً على طلب الحدث أو المندوب الاجتماعي، وبعد الاستحصال على تحقيق اجتماعي وعلى تقرير مدير المعهد وبعد الاستماع إلى الحدث، أن يطلق سراحه مع وضعه، إن اقتضى الأمر، تحت الحرية المراقبة لمدة لا تتعدى السنة، وإلا يبقى الحدث في معهد التأديب حتى تنفيذ الأحكام

^١ راجع: الدكتور مصطفى العوجي، الحدث المنحرف أو المهدد بخطر الانحراف في التشريعات العربية، مرجع سابق، ص ١٠٣.

^٢ ورد في الباب الخامس من الأحكام ختامية والانتقالية من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون في المادة الواحدة والخمسون: ينشأ معهد التأديب بموجب هذا القانون ويحدد نظامه ومهامه بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء بناء على اقتراح وزير العدل كما تنشأ وتنظم بالطريقة ذاتها أي معاهد أو مؤسسات يقتضيها تطبيق هذا القانون.

الصادرة بحقه عن قاضي الأحداث أو ينقل إلى السجن الخاص بالأحداث أو إلى السجن العادي بحسب ما يقرره القاضي".^١

يختلف تدبير التأديب عن تدبير الإصلاح بأنه يخضع الحدث لنظام مؤسسي يتصف بصرامة في الرقابة والنظام مع اعتماد نظام تربوي وإصلاحي مناسب لوضع الحدث، فالتدبير التأديبي هو تدبير متوسط بين التدبير الإصلاحي والعقوبة المانعة للحرية وينفذ عادة في معهد للتأديب.^٢

ولكن للأسف لم ينشأ معهد للتأديب في الجمهورية اللبنانية، بل يُحول الأحداث إلى جناح خاص في سجن البالغين.

والجدير بالذكر أنه في حال تمرد الحدث أو هروبه من معهد الإصلاح أو التأديب، يرفع مدير المعهد تقريراً إلى المحكمة التي اتخذت التدبير. وللقاضي أن يقرر بعد الاستماع إلى الحدث، في حال مثوله، وإلى المندوب الاجتماعي، تمديد مدة التدبير أو استبدال المدة المتبقية بتدبير أشد، ويمكن تمديد استثنائياً إلى حد أقصى لا يتجاوز السن الواحدة والعشرين مع بيان الأسباب المبررة لهذا التمديد.

الفرع الثاني

العقوبات المخفضة والتدابير الاحترازية

^١ راجع: حكم محكمة جنايات الأحداث في لبنان الشمالي رقم ٢٠١٥/٢٣٦ بتاريخ ٢٠١٥/٥/٢١، والذي أدان حدثاً بجناية (المادة ٥٤٧ معطوفة على المادة ١٨٩ عقوبات لبناني) القتل المقصود، وفرض تدبير التأديب عليه مدة خمس سنوات، وأدانه أيضاً بجنحة المادة ٧٣ من قانون الأسلحة والذخائر وفرض عليه تدبير التأديب مدة ستة أشهر، أدغمت المحكمة التدبيرين وأمرت بتنفيذ التدبير الأشد أي تدبير الخمس سنوات. (حكم غير منشور).

^٢ راجع: الدكتور مصطفى العوجي، مرجع سابق، ص ١٣٠.

تأكيداً لمبدأ إعادة تأهيل الطفل (الحدث) وادماجه من جديد في المجتمع لحظ المشرع اللبناني في قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون في أحوال معينة تطبيق العقوبات الملحوظة في الشريعة الجزائية اللبنانية، ضمن أصول معينة.

وأجاز المشرع اللبناني لقاضي الأحداث فرض تدابير احترازية على الحدث المخالف للقانون مراعيّاً خصوصية النظام العقابي للحدث، ويقتضي ذلك البحث في العقوبات المخفضة والتدابير الاحترازية:

أولاً: العقوبات المخفضة

عرّفت قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم في القاعدة ١١ الفقرة ب: "التجريد من الحرية : هو أي شكل من أشكال الاحتجاز أو السجن، أو وضع الشخص في إطار احتجازي عام أو خاص لا يسمح له بمغادرته وفق إرادته، وذلك بناء على أمر تصدره أي سلطة قضائية أو إدارية أو سلطة عامة أخرى".

وإن تجريد الطفل (الحدث) من الحرية يثير العديد من الإشكالات حيث أن الطفل (الحدث) لا يزال في مرحلة نمو بالغة الحساسية وقد يلحق به التجريد آثار نفسية خطيرة وربما ضارة بشكل يستعصي علاجها، إذا ما أبعاد عن أسرته لداعي احتجازه. ولهذا السبب يحاول قانون حقوق الانسان الدولي خفض تجريد الطفل (الحدث) من حريته إلى أدنى حد ممكن، وسعيّاً وراء التخفيف من الآثار الضارة

الناجمة عن تجريد الطفل (الحدث) من حريته يوفر القانون الدولي قواعد خاصة تستند إلى المصالح الفضلى للطفل (الحدث)!

فأكدت القاعدة الأولى والثانية من قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم على الآتي:

١. ينبغي أن يساند نظام قضاء الأحداث حقوق الأحداث وسلامتهم، ويعزز خيرهم المادي واستقرارهم العقلي، وينبغي عدم اللجوء إلى السجن إلا كملأخ أخير.

٢. ينبغي ألا يجرّد الحدث من حريته إلا كملأخ أخير ولأقصر فترة لازمة، ويجب أن يقتصر ذلك على الحالات الاستثنائية. وينبغي للسلطة القضائية أن تقرّر طول فترة العقوبة دون استبعاد إمكانية التبكير بإطلاق سراح الحدث^١.

والملاحظ أن المشرع اللبناني لم يبتعد عن القواعد الأخيرة فحصر تطبيق العقوبات المخفضة على الأحداث الذين يتمون الخامسة عشر من العمر ولم يتموا الثامنة عشر من العمر بتاريخ ارتكاب الجرم^٢. وبينت المادة الخامسة عشر من قانون حماية الأحداث أصول تطبيق العقوبات المخفضة على الحدث المخالف للقانون وفقاً للآتي:

^١ راجع: حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل" دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين"، مرجع سابق، ص ٤٨٨.

^٢ انظر في ذات المعنى اتفاقية حقوق الطفل في مادتها ٣٧ الفقرة ب: تكفل الدول الأطراف بأن لا يحرم أي طفل من حريته بصورة غير قانونية أو تعسفية. ويجب أن يجرى اعتقال الطفل أو احتجازه أو سجنه وفقاً للقانون ولا يجوز ممارسته إلا كملأخ أخير ولأقصر فترة زمنية مناسبة.

^٣ راجع المادة السادسة الفقرة الثالثة من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون.

١. تخفض العقوبات الملحوظة في القانون في المخالفات والجنح بما فيها الغرامات إلى النصف.

٢. تخفض العقوبات في الجنايات، إن كانت الجنائية معاقباً عليها بالإعدام أو بالأشغال الشاقة المؤبدة تخفض إلى الحبس من خمس إلى خمس عشرة سنة^٢.

وتخفض في الجنايات الأخرى بحديها الأدنى^٢ والأقصى إلى النصف حسباً.

وجدير بالذكر أن العقوبة يجب أن تنفذ بوضع الحدث في معهد التأديب أو في سجن خاص بالأحداث، وفقاً لما يقرره القاضي، وفي جميع الأحوال لقاضي الأحداث وفقاً

^١ راجع: حكم القاضي المنفرد الجزائي في طرابلس الناظر بدعوى جنح الأحداث، رقم ٢٠١٥/٥٠ بتاريخ ٢٠١٥/٢/١٩، والذي حكم بإدانة حدث بجنحة (٦٣٦ عقوبات لبناني) السرقة، وتغريمه بمئتي ألف ليرة لبنانية، على أن يحبس يوماً واحداً عن كل عشرة آلاف ليرة لبنانية في حال عدم الدفع سنداً للمادة ٥٤ عقوبات لبناني. (حكم غير منشور).

^٢ راجع: حكم محكمة البداية في محافظة الجنوب الناظرة بقضايا جنابات الأحداث، رقم ٢٠١٦/٣ بتاريخ ٢٠١٦/١/٢٨، حكمت المحكمة من خلاله بالاستناد إلى المادة ١٥ فقرة ٢ من قانون حماية الأحداث اللبناني على حدث بإدانتهم (٥٤٩ عقوبات لبناني) بجناية القتل، وجناية (٥٠٣ عقوبات لبناني) الاغتصاب، وجناية (٥١٥ عقوبات لبناني) الخطف، وحكمت عليه بالحبس ١٥ سنة بدلاً من الإعدام أو الأشغال الشاقة المؤبدة. (حكم غير منشور).

^٣ راجع: حكم محكمة جنابات الأحداث في لبنان الشمالي، رقم ٢٠١٥/٢٣٧ بتاريخ ٢٠١٥/٥/٢١، والذي حكمت المحكمة من خلاله بإدانة الحدث بجناية (المادة ٦٣٩ عقوبات لبناني) السرقة وحكمت عليه بالحبس مدة سنة وستة أشهر سنداً للمادة ١٥ الفقرة الثانية من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون اللبناني. (حكم غير منشور).

^٤ الجدير بالذكر: أن القانون السابق لحماية الأحداث المنحرفين لعام ١٩٨٣ في مادته الخامسة كان يقرر قواعد مختلفة للعقوبات المخفضة خاصة في ما يلي: إذا كان جرم الحدث من نوع الجنابة المعاقب عليها بعقوبة الأشغال الشاقة المؤقتة أو الاعتقال المؤقت يحبس مع التشغيل من ثلاث إلى سبع سنوات، وفي الجنابات الأخرى يحبس من سنة إلى ثلاث سنوات.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

المادة السابعة عشرة من قانون حماية الأحداث اللبناني أن يوقف كلياً أو جزئياً تنفيذ العقوبة المخفضة المنصوص عليها في هذا القانون أكانت غرامة أم عقوبة حبس لا يتجاوز حداها الأقصى قبل التخفيض خمس سنوات. ويجب في هذه الحالة، أن يقترن وقف التنفيذ بأحد التدابير غير المانعة للحرية، ما عدا اللوم.

ويفقد المحكوم عليه منحة وقف التنفيذ إذا أقدم، خلال أربع سنوات من تاريخ نفاذ الحكم، على ارتكاب جنحة أو جناية حكم عليه بها أو إذا أخلّ بشروط وقف التنفيذ التي فرضها القاضي.

ثانياً: التدابير الاحترازية:

يُعرّف التدبير الاحترازي بأنه: "إجراء يواجه الخطورة الإجرامية الكامنة في شخصية مرتكب الجريمة بغية إزالتها أو التخفيف منها من جهة ودرئها عن المجتمع من جهة ثانية"^١.

والتدابير الاحترازية في قانون العقوبات اللبناني، لها خصوصية معينة فلا يحكم بها إلا من قبل القضاء، وعلى من كان خطراً على السلامة العامة، ولا يقضى بها إلا

^١ راجع: حكم محكمة جنابات الأحداث في لبنان الشمالي، رقم ٢٠١٥/٢٩٣ بتاريخ ٢٥/٦/٢٠١٥، حكمت المحكمة من خلاله بتعليق تنفيذ ما بقي من تدبير التأديب بحق الأحداث المدعى عليهم على أن ينفذ باقي التدبير بحق المدعى عليهم إن ارتكبوا أي جنابة أو جنحة خلال عشر سنوات من تاريخ صدور هذا الحكم. (حكم غير منشور).

^٢ تعرف الخطورة الاجرامية بأنها حالة يكون عليها المجرم تنبأ عن احتمال ارتكابه جريمة أخرى في المستقبل، راجع: الدكتور عبود السراج، مرجع سابق، ص ٦٥٤.

^٣ راجع: الدكتور محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣، ص ١١٩-١٢١.

^٤ وردت التدابير الاحترازية في قانون العقوبات اللبناني في المادة ٢١١: لا ينزل بأحد تدبير

بعد التثبت من حالة الخطر التي تعد متوافرة لدى كل شخص يقترب جريمة ويخشى أن يُقدم على أفعال أخرى يعاقب عليها القانون^١.

وهو ما أجازته قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون في مادته الثامنة عشرة لقاضي الأحداث بفرض تدابير احترازية خاصة على الحدث المخالف للقانون مهما كان نوع جرمه وتتمثل هذه التدابير في:

١. الحجز في مأوى احترازي أو مؤسسة متخصصة
٢. منع ارتياد بعض المحلات
٣. منع الإقامة والإخراج من البلاد إذا كان الحدث غير لبناني^٢
٤. منع السفر
٥. منع مزاوله عمل ما
٦. منع حمل السلاح والآلات الحادة
٧. المصادرة العينية^٣

احترازي ما لم يكن خطراً على السلام العام. يقضي بالتدابير الاحترازية بعد التثبت من حالة الخطر إلا في الحالات التي يفترض القانون وجود الخطر فيها. يعد خطراً على المجتمع كل شخص أو هيئة معنوية اقترب جريمة إذا كان يخشى أن يقدم على أفعال أخرى يعاقب عليها القانون.

^١ راجع الدكتور سمير عاليه، الوسيط في شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص ٥٢٦.

^٢ راجع: حكم محكمة جنايات الأحداث في بيروت، رقم ٢٠١٣/٢٨ بتاريخ ٢٠١٣/١١/٢١، حكمت المحكمة من خلاله بإخراج الحدث الأجنبي من الأراضي اللبنانية ومنعه من دخولها مدة ١٥ سنة بعد تنفيذ عقوبة الحبس. (حكم غير منشور).

^٣ نصت المادة ٩٨ من قانون العقوبات اللبناني على قواعد المصادرة العينية وتتنطبق على الحدث المخالف للقانون وهي كما يلي: يصادر من الأشياء ما كان صنعه أو اقتناؤه أو بيعه أو استعماله غير مشروع وإن لم يكن ملكاً للمدعى عليه أو المحكوم عليه أو لم تفرض الملاحقة إلى حكم، إذا لم يكن ما تجب مصادرته قد ضبط منح المحكوم عليه أو المدعى عليه مهلة لتقديمه تحت طائل أداء

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٨. منع قيادة الآليات والمركبات.

ولقاضي الأحداث تمديد هذه التدابير إلى سن الواحدة والعشرين إذا كانت ظروف الحدث توجب ذلك.

تحدد مدة هذه التدابير بحسب ما يقرره قاضي الأحداث على أن لا يتجاوز إتمام الحدث الثامنة عشرة. ويمكن للقاضي بصورة استثنائية وبقرار معلل وعلى ضوء طبيعة التدبير المتخذ ومصالحة الحدث تمديد هذا التدبير حتى إتمام سن الواحدة والعشرين.

هذا وبعد عرض التدابير والعقوبات الخاصة بالحدّث المخالف للقانون، فإن التساؤل يثور عن إمكانية إمتداد الأسباب المشددة إلى الحدث ؟ هذا ما سنبينه في المطلب التالي.

ضعفي قيمته حسيما يحددها القاضي.
يمكن للمحكمة عند الاقتضاء الاستعانة بخبير لتقدير القيمة الواجب أدائها وتحصل القيمة بالطريقة المتبعة في تحصيل الغرامة. راجع: حكم المحكمة الابتدائية في لبنان الجنوبي الناظرة بقضايا جنایات الأحداث، رقم ٢٠١٦/٢ بتاريخ ٢٠١٦/١/٢٨، والذي حكم كتدبير احترازي بمصادرة السكن المستعمل في الجنایة.(حكم غير منشور).

المطلب الثاني

مدى امتداد الأسباب المشددة إلى الحدث المخالف للقانون

الأسباب المشددة ظروف قرر القانون وجودها وعلق عليها أهمية خاصة، لأنها إذا رافقت إحدى الجرائم كانت سبباً في رفع العقوبة المنصوص عنها في القانون فوق الحد الأعلى¹.

وتكون الأسباب المشددة إما شخصية أو مادية وإما خاصة أو عامة.

¹ راجع الدكتور عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، ص ٩٢٩. راجع أيضاً الدكتور طه زاكي صافي، مرجع سابق، ص ٣٧٨ وما بعدها.

يكون السبب شخصياً اذا تعلق بشخص الجاني، كالعمد والبنوة في القتل.
ويكون السبب مادياً اذا تعلق بالجريمة، كالليل والكسر والمكان والتسلق والعنف في جرائم السرقة.

ويكون السبب خاصاً اذا تعلق بجريمة معينة بالذات، كالعمد في جرائم الضرب أو العنف أو الشدة اذا وقعت على موظف أو قاضي أثناء ممارسته الوظيفة أو في معرض ممارسته لها^١.

ويكون السبب عاماً اذا كان شاملاً للجرائم كافةً أو لمجموعة معينة منها، كاجتماع الجرائم والتكرار الجرمي واعتياد الإجرام، والدافع الشائن^٢ ودافع الكسب^٣. ونقتصر في هذا المطب على تناول جزءٍ من الأسباب المشددة العامة نظراً لأهميتها وإمكانية انعكاسها على الحدث المخالف للقانون في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: اجتماع جرائم الحدث المخالف للقانون

الفرع الثاني: التكرار الجرمي للحدث المخالف للقانون

^١ راجع الدكتور عبود السراج، شرح قانون العقوبات العام، مرجع سابق، ص ٧٠٤ وما بعدها.
^٢ يقصد بالدافع الشائن الذي نصت عليه المادة ١٩٤ من قانون العقوبات اللبناني: أن يكون الباعث الذي حمل المجرم على جريمته هو ادراك غاية تعتبر في عُرف القيم والمعايير الاجتماعية السائدة غايةً دنيئة بحيث يكون السعي إليها محقراً صاحبه وواصماً إياه بالانعزال عن المجتمع. راجع الدكتور محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة ثالثة، ص ١١٢٢.
^٣ يقصد بدافع الكسب (الريخ) الذي نصت عليه المادة ١٩٥ من قانون العقوبات اللبناني، كجريمة مناجاة الأرواح والتنجيم والتنويم المغناطيسي، للاستزادة راجع الدكتور عبود السراج، مرجع سابق، ص ٣٨٤.

الفرع الأول

اجتماع جرائم الحدث المخالف للقانون

يقصد باجتماع أو تعدد الجرائم الحالات التي يخالف فيها المجرم (الحدث) أكثر من نص جزائي وبالتالي يرتكب عدة جرائم قبل أن يصدر عليه حكم مبرم في إحداها. واجتماع الجرائم على نوعين : اجتماع مادي واجتماع معنوي^١.

يقصد بالاجتماع المادي (الواقعي أو الحقيقي): ارتكاب نفس الجاني عدة أفعال مستقلة يشكل كل منها جريمة مستقلة بذاتها، فكل فعل من هذه الأفعال يتطابق والنموذج القانوني لجريمة من الجرائم ومن ثم تتعدد الجرائم بتعدد الأفعال التي تتطابق مع نماذجها القانونية، نذكر مثلاً ارتكاب جرائم سرقة متعددة^٢.

وفي حال توافر اجتماع الجرائم المادي^٣ قضي بعقوبة لكل جريمة ونفذت العقوبة

^١ راجع: الدكتور سمير عاليه، مرجع سابق، ص ٣١٥ وما بعدها. راجع أيضاً الدكتور طه زاكي صافي، مرجع سابق، ص ٢٢٥ وما بعدها.

^٢ راجع الدكتور علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص ٢٦٩. راجع أيضاً الدكتور محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ٨٩١ وما بعدها.

^٣ راجع: قرار محكمة التمييز الجزائي الغرفة السادسة، رقم ٢٠٠٤/١٤٦ بتاريخ ٢٧/٥/٢٠٠٤، حكمت المحكمة من خلاله بإدانة الحدث بجناية (المادة ٦٣٩ عقوبات لبناني معطوفة على المادة ٦٤٠ عقوبات لبناني) السرقة عن طريق التسلق وأنزلت بحقه تدبير التأديب لمدة سنتين، وإدانته عن فعل آخر يشكل الجرم ذاته معطوفاً على المادة ٢٠١ عقوبات لبناني وأنزلت بحقه تدبير

الأشد على أنه يمكن الجمع بين العقوبات المحكوم بها بحيث لا تزيد مجموع العقوبات المؤقتة على أقصى العقوبة المعينة للجريمة الأشد إلا بمقدار نصفها^١. وأضاف المشرع اللبناني بحتمية جمع العقوبات التكميلية في حال الاجتماع المادي^٢، وجمع العقوبات الإضافية والتدابير الاحترازية وإن ادغمت العقوبات الأصلية ما لم يقضي القاضي بخلاف ذلك، وإذا جُمعت العقوبات الأصلية جمعت حكماً العقوبات الفرعية التابعة لها^٣.

وبقصد بالاجتماع المعنوي للجرائم^٤: ارتكاب الجاني لفعل إجرامي واحد مع خضوع هذا الفعل لأكثر من وصف قانوني ومن ثم انطباق أكثر من نص تجريمي، نذكر مثلاً إجراء غير طبيب عملية غير جراحية يكون جرمي الإيذاء ومزاولة مهنة الطب بدون ترخيص^٥.

التأديب لمدة سنة، وأمرت بإدغام التديبيرين السابقين وتطبيق التديبير الأشد أي التأديب لمدة سنتين سناً للمادة ٤٧ من قانون الأحداث المخالفين للقانون اللبناني. (قرار غير منشور).

^١ راجع المادة ٢٠٥ من قانون العقوبات اللبناني.

^٢ راجع المادة ٢٠٧ من قانون العقوبات اللبناني.

^٣ راجع المادة ٢٠٨ من قانون العقوبات اللبناني.

^٤ راجع: حكم محكمة الدرجة الأولى في بيروت النازرة في دعاوى جنائيات الأحداث، رقم ٢٠٠٥/٣ بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٣، حكمت المحكمة من خلاله بإدانة الحدث بجناية (المادة ٥٦٤ عقوبات لبناني) القتل غير المقصود، واتخذت بحقه تديبير الحرية المراقبة لمدة سنة وتسليمه إلى والده تحت إشراف المندوب الإجتماعي وعلى أن يقدم هذا الأخير تقريراً للمحكمة كل أربعة أشهر، وإدانته بجنحة (المادة ٧٢ قانون الأسلحة والذخائر) حمل سلاح دون ترخيص، وتوجيه اللوم إليه. وحكمت بإدغام التديبيرين المحكوم بهما على أن يطبق بحق الحدث التديبير الأشد وهو تديبير الحرية المراقبة سناً للمادة ٤٧ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون اللبناني. (حكم غير منشور).

^٥ راجع الدكتور علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص ٢٦٥، راجع أيضاً الدكتور محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص ٨٩٥.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

وفي حال توافر الاجتماع المعنوي أي كان للفعل عدة أوصاف ذكرت جميعاً في الحكم على أن يحكم القاضي بالعقوبة الأشد، وفي حال انطبق نص عام من الشريعة الجزائية ونص خاص أخذ بالنص الخاص^١.

وأضاف المشرع اللبناني عدم جواز ملاحقة الفعل الواحد إلا مرة واحدة، غير أنه إذا تفاقمت نتائج الفعل الجرمية بعد الملاحقة الأولى فأصبح قابلاً لوصف أشد لوحق بهذا الوصف وأنفذت العقوبة الأشد دون سواها، فإذا كانت العقوبة المقضي بها سابقاً قد أنفذت أسقطت من العقوبة الجديدة^٢.

وتنعكس النصوص السابقة على الحدث المخالف للقانون وفقاً للمادة السابعة والأربعين من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون على اجتماع الجرائم بنصها على أنه:

للحدث، في حال صدور عدة أحكام جزائية بحقه أن يطلب إدغام العقوبات أو التدابير المحكوم عليه بها، وفقاً لقانون العقوبات، يقدم الطلب إلى المحكمة التي أصدرت الحكم الأخير.

وبالتالي إن اجتماع الجرائم كسبب مشدد، بنوعيه المادي والمعنوي، ينطبق على الحدث المخالف للقانون.

^١ راجع المادة ١٨١ من قانون العقوبات اللبناني.

^٢ راجع المادة ١٨٢ من قانون العقوبات اللبناني.

الفرع الثاني

التكرار الجرمي للحدث المخالف للقانون

يقصد بالتكرار أو ما يطلق عليه العود في بعض القوانين العربية: عودة المحكوم عليه بعقوبة جزائية إلى إقتراف جريمة أو أكثر خلال مهلة زمنية معينة^١. ولكي تشدد العقوبة للتكرار يجب أن تتحقق شروط معينة^٢ وهي:

١. وجود حكم بالإدانة في جريمة سابقة:

ويشترط في هذا الحكم أن يكون مبرماً أي مكتسباً قوة القضية المقضية، ومعنى ذلك أن الجاني لا يكون مكرراً إذا اقترف الجريمة الثانية خلال فترة محاكمته.

أيضاً يشترط أن يكون صادراً بعقوبة نص عليها القانون، فلا يعتد بالحكم الصادر بالبراءة أو بعدم المسؤولية أو بتدبير احترازي، وأن يظل هذا الحكم

^١ يطلق على التكرار في القانون المصري العود، راجع الباب السابع من قانون العقوبات المصري (المواد من ٤٩ إلى ٥٩). وللتفصيل راجع الدكتور رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص ١٠٥١ وما بعدها.

^٢ راجع الدكتور عبود السراج، مرجع سابق، ص ٧٠٥.

^٣ للتفصيل راجع: الدكتور عبود السراج، المرجع السابق، من ص ٧٠٥ إلى ص ٧٠٩. أيضاً راجع: الدكتور عبد الوهاب حومد، مرجع سابق، من ص ٩٤٤ إلى ص ٩٥٤.

قائماً لحين ارتكاب الجرم الثاني، أي لا يكون قد سقط بعفو عام أو بمضي التجربة في وقف التنفيذ دون إلغاء وقف التنفيذ^١.

٢. ارتكاب جريمة جديدة لاحقة للحكم المبرم:

أن يكون تاريخ ارتكاب الجريمة الثانية لاحقاً لتاريخ صدور الحكم على الجريمة الأولى بصورة مبرمة، وأن تكون الجريمة الثانية مستقلة عن الجريمة السابقة، فإذا هرب المحكوم عليه من السجن فلا يعد في حالة تكرار لأن وجوده في السجن كان من أجل الجريمة السابقة.

٣. أن تكون الجريمة الثانية من النوع الذي حدده القانون وأن ترتكب الجريمة الثانية في مدة زمنية حددها القانون:

ورد تحديد هذه الجرائم والمدد في قانون العقوبات اللبناني من المادة ٢٥٨ إلى المادة ٢٦١.

^١ راجع: الدكتور سمير عاليه، مرجع سابق، ص ٥٦١. راجع أيضاً الدكتور طه زاكي صافي، مرجع سابق، ص ٣٨١ وما بعدها.

^٢ المادة ٢٥٨: من حكم عليه بالأشغال الشاقة المؤبدة حكماً مبرماً وارتكب جنائية أخرى توجب العقوبة نفسها قضي علي بالإعدام. ومن حكم عليه حكماً مبرماً بالأشغال الشاقة المؤقتة أو الاعتقال المؤقت وارتكب جنائية أخرى توجب العقوبة نفسها قبل مرور خمسة عشر عاماً على انقضاء العقوبة أو مرور الزمن عليها يحكم عليه بالعقاب الذي يستحقه مع إضافة مثله. ويمكن عند الاقتضاء إبلاغ الحد الأقصى لهذا العقاب إلى ضعفيه أي ثلاثين سنة. وإذا كانت الجريمة الثانية توجب الحكم بالإبعاد أو الإقامة الجبرية أو بالتجريد المدني حكم على الفاعل بالعقوبة التي تعلوها درجة واحدة حسب الترتيب الوارد في المادة ٣٨. المادة ٢٥٩ - من حكم عليه لجنائية حكماً مبرماً بعقوبة جنائية أو جناحية وارتكب، قبل مضي سبعة أعوام على انقضاء العقوبة أو مرور الزمن عليها، جنائية أو جنحة عقابها الحبس، يتعرض لأقصى العقوبة المنصوص عليها حتى ضعفيها. ويكون الأمر كذلك إذا بلغ الحكم الأول سنة حبس على الأقل وقضي به في جنحة من فئة الجنحة الثانية. وإذا كانت العقوبة التي قضي بها قبلاً دون السنة حكم على المكرر بالحبس مدة تعادل على الأقل ضعفي العقوبة السابقة على أن لا يجاوز رفع الحد الأدنى هذا ضعفي العقوبة

ولعل أهم صفة يمتاز بها التشديد في حال التكرار أنه إجباري ويتعلق بالنظام العام، أي أن المحكمة لا تستطيع الامتناع عن تشديد العقوبة إذا ثبت لها أن الفاعل مكرر. ولكن السؤال المطروح هل يمكن تطبيق هذه القواعد والشروط على الحدث المخالف للقانون المكرر؟

بداية نذكر بأنه في حال خلو النص في قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون في لبنان تتطبق الشريعة الجزائية اللبنانية^١. وباستقراء قانون حماية الأحداث المخالفين

التي نص عليها القانون. ويبدل الحبس البسيط من الإقامة الجبرية إذا كان الحكم الأول قد قضى بعقوبة جنائية أو بعقوبة جناحية غير الغرامة. وتضاعف الغرامة إذا كان قد سبقها حكم بأي عقوبة جناحية كانت. وإذا وقع التكرار ثانية أمكن الحكم بالحبس حتى ثلاثة أشهر وبالغرامة معاً. المادة ٢٦٠- تعتبر الجنح المبينة في كل بند من البنود التالية من فئة واحدة لتطبيق عقوبات التكرار الواردة في المادة السابقة، سواء كان لمقترفها صفة الفاعل، أو المحرض أو المتدخل.

- ١) الجنح المقصودة المنصوص عليها في فصل واحد من هذا القانون.
- ٢) الجنح المنافية للأخلاق (الباب السابع).
- ٣) الجنح المقصودة الواقعة على الأشخاص (الباب الثامن).
- ٤) أعمال العنف من جسدية وكلامية الواقعة على الأفراد أو رجال السلطة أو القوة العامة.
- ٥) القتل والجرح غير المقصودين.
- ٦) الجنح المذكورة في باب الأشخاص الخطرين.
- ٧) الجنح المقصودة في واقعة على الملك.
- ٨) إخفاء الأشياء الناجمة عن جنحة أو إخفاء الأشخاص الذين ارتكبوها وتلك الجنحة نفسها.
- ٩) الجنح السياسية أو التي تعد سياسية وفقاً للمادتين ١٩٦ و ١٩٧.
- ١٠) الجنح المقررة بدافع واحد غير شريف. المادة ٢٦١- إن المخالف الذي حكم عليه حكم مبرماً من مدة لم تبلغ السنة للمخالفة نفسها أو من أجل أي مخالفة أخرى لأحكام نظام واحد يعاقب بضعفي العقوبة التي نص عليها القانون.

إذا وقع التكرار ثانية في المدة نفسها أمكن أن يقضي بالتوقيف وبالغرامة معاً في جميع الأحوال التي نص فيها على الغرامة وحدها.

^١ راجع القانون واجب التطبيق على الحدث المخالف للقانون في بحثنا هذا، ص ٢٠.

للقانون اللبناني يتبين أنه جاء خالياً من ذكر التكرار كسبب من الأسباب المشددة وبالتالي تنطبق على الحدث المخالف للقانون القواعد العامة في التكرار.

ويرى بعض الفقه عدم سريان أحكام العود أو التكرار بالنسبة للأحداث وفقاً لنص المادة ١٧ من قانون الأحداث المصري القديم التي تنص على: "لا تسري أحكام العود الواردة في قانون العقوبات على الحدث الذي لا يتجاوز سنه خمسة عشرة سنة"^١.

وبالعودة إلى قانون الطفل المصري رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦ والمعدل بالقانون ١٢٦ لسنة ٢٠٠٨ نجده لاغياً لنص المادة ١٧ من قانون الأحداث المصري القديم، الذي أسس عليه بعض الفقه رأيه بعدم سريان أحكام التكرار على الحدث.

ونعتقد صواب هذا الرأي فقط في حالة الحدث الذي لم يتجاوز عمره الخامسة عشرة سنة باعتبار أن الأخير تطبق عليه التدابير الإصلاحية والتأديبية فقط دون العقوبات المخفضة، وإن الشرط الأول في التكرار هو أن يكون الحكم السابق على ارتكاب الجريمة الثانية صادراً بعقوبة لا بتدبير.

نستنتج مما سبق أنه يطبق على الحدث المخالف للقانون الذي تجاوز الخامسة عشرة التكرار كسبب مشدد لخلو النص وبالتالي انطباق القواعد العامة السابق ذكرها.

^١ راجع: الدكتورة فوزية عبد الستار، معاملة الأحداث، الأحكام القانونية والمعاملة العقابية، جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ٦٤، وقد أخذ بنفس هذه الرأي الدكتور علي محمد جعفر في كتابه الأحداث المنحرفون، مرجع سابق، ص ٢٩٤.

وبالاستناد إلى المادة السابعة والثلاثين فقرة (ب) من اتفاقية حقوق الطفل، التي نصت على أن: "ألا يحرم أي طفل من حريته بصورة غير قانونية أو تعسفية. ويجب أن يجري اعتقال الطفل أو احتجازه أو سجنه وفقاً للقانون ولا يجوز ممارسته إلا كملجأ أخير ولأقصر فترة زمنية مناسبة".

وكذا قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم^١ وبالتحديد القاعدة الثانية التي نصت على: "ينبغي ألا يجرى الحدث من حريته إلا كملأذ أخير ولأقصر فترة لازمة، ويجب أن يقتصر ذلك على الحالات الاستثنائية". والقاعدة الثانية عشرة: "ويكون التجريد من الحرية في أوضاع وظروف تكفل احترام ما للأحداث من حقوق الإنسان".

وبالتالي، ولكي يكون تجريد الحدث المخالف للقانون، متناسباً مع المعايير الدولية السابق ذكرها، يجب أن:

١. يكون قانونياً وغير اعتباطي.

٢. أن يفرض كملجأ أخير، أي لا تتاح أي تدابير بديلة ملائمة تكون في متناول السلطات ويمكن لها أن تتخذها من أجل التصدي للحدث المعني.

٣. أن يمتد لأقصر فترة زمنية ممكنة ومتناسبة مع الجرم.

^١ اتفاقية حقوق الطفل اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٥/٤٤ المؤرخ في ٢٠ تشرين الثاني/ ١٩٨٩ تاريخ بدء النفاذ: ٢ أيلول/ ١٩٩٠، وفقاً للمادة ٤٩.

^٢ قواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم التي أوصى باعتمادها مؤتمر الأمم المتحدة الثامن لمنع الجريمة ومعاملة المجرمين المعقود في هافانا من ٢٧ آب/أغسطس إلى ٧ أيلول/سبتمبر ١٩٩٠ كما اعتمدت ونشرت علي الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ١١٣/٤٥ المؤرخ في ١٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٩٠.

وعليه، يُشدد قاضي الأحداث اللبناني العقوبة على الحدث المكرر وفقاً للقواعد العامة كلما كان هذا التشديد لمصلحة الحدث وكما لا يخير.

الفصل الثاني

الحماية الإجرائية للحدث المخالف للقانون

يرتبط قضاء الأحداث بمفهوم وصول الأطفال إلى العدالة، فهو يتعلق تحديداً بالأطفال الذين انتهكوا قانون العقوبات أو يتهمون بذلك أو يثبت عليهم ذلك. ويشير هذا القضاء أيضاً إلى القوانين والسياسات والمبادئ التوجيهية والقواعد العرفية والنظم والمهنيين والمؤسسات، والمعاملة التي تطبق تحديداً على الأطفال المخالفين للقانون^١.

لذلك تهدف الحماية الإجرائية للحدث المخالف للقانون إلى تحقيق العدالة، وإن كانت عدالة من نوع خاص تتناسب وحالة الحدث كما سبق وعرضنا؛ الأمر الذي يدفعنا إلى طرح التساؤل عن حقيقة المقصود بهذه العدالة ومضمونها وأبعادها المختلفة؟

^١ اقتبس مصطلح " انتهاك " من نص اتفاقية حقوق الطفل المادة ٤٠: الفقرة (ب) يكون لكل طفل يدعي بأنه انتهاك قانون العقوبات.
^٢ راجع: دليل قياس مؤشرات قضاء الأحداث، ٢٠٠٦، مكتب الأمم المتحدة المعني بالمخدرات والجريمة/اليونيسيف، ص ٥٤.

إن مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية بشأن العدالة في الأمور المتعلقة بالأطفال ضحايا الجريمة والشهود عليها تُعرّف مفهوم العدالة المراعية للأطفال على أنه: "النهج الذي يوازن بين حق الطفل في الحماية ويراعي الاحتياجات الفردية للطفل وآرائه".^١ ويُعرّف مجلس أوروبا، العدالة المراعية للأطفال بأنها: إنشاء نظام عدالة يكفل احترام جميع حقوق الطفل وإعمالها بفعالية، ويضع في الاعتبار مستوى نضج الطفل وإدراكه وملابسات القضية. وتكون على وجه الخصوص، عدالة يمكن الوصول إليها وتناسب سن الطفل وسريعة وحازمة وملائمة لاحتياجات وحقوق الطفل وتركز عليها وتحترم حقوقه، بما في ذلك الحق في محاكمة حسب الأصول القانونية، وتمكن الطفل من المشاركة في الإجراءات وفهمها، وتحترم الخصوصية الشخصية والأسرية وسلامة الطفل وكرامته.^٢

وفيما يتعلق بالجهة أو الهيئة التي تراعي تطبيق هذه العدالة، فقد حددتها المادة ٤٠ من اتفاقية حقوق الطفل في فقرتها الثانية (ب) "٣" بأنها: قيام سلطة أو هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة بالفصل في دعواه دون تأخير في محاكمة عادلة وفقا للقانون، بحضور مستشار قانوني أو بمساعدة مناسبة أخرى وبحضور والديه أو الأوصياء القانونيين عليه، ما لم يعتبر أن ذلك في غير مصلحة الطفل الفضلى ولا سيما إذا أخذ في الحسبان سنه أو حالته.

^١ قرار المجلس الاقتصادي والاجتماعي ٢٠٠٥/٢٠، المادة ٩ (د)، متوافر على الموقع الإلكتروني للمجلس: <https://www.un.org/ecosoc/ar/documents/resolutions>.

^٢ المبادئ التوجيهية للجنة الوزارية لمجلس أوروبا بشأن العدالة المراعية للأطفال، المادة الثانية فقرة ألف. للتفصيل: راجع تقرير مجلس حقوق الإنسان بعنوان " وصول الأطفال إلى العدالة "، رقم الوثيقة A/HRC/٢٥/٣٥ صادرة بتاريخ ١٦ كانون الأول ٢٠١٣، ص ٤ ومايليها.

ويتجسد مفهوم عدالة بالنسبة للأحداث في لبنان في نص المادة الواحدة والثلاثون من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون، والتي ورد بها: "تجري ملاحقة الأحداث والتحقيق في الجرائم الملاحقين فيها وفقاً للأصول المقررة في قانون أصول المحاكمات الجزائية، كما تجري محاكمتهم وفقاً للأصول المتبعة أمام محاكم الدرجة الأولى الجزائية مهما كان نوع الجرم، كل ذلك مع مراعاة الاستثناءات الواردة في هذا القانون".

ويتبين من ذلك أن قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني يطبق كأصل عام على الملاحقة والتحقيق والمحاكمة في جرائم الحدث المخالف للقانون، ما لم يوجد نص خاص في قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون.

وعليه نبين في هذا الفصل أحكام الملاحقة والتحقيق والمحاكمة في جرائم الأحداث المخالفين للقانون في مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: أصول الملاحقة والتحقيق في جرائم الحدث المخالف للقانون

المبحث الثاني: أصول محاكمة الحدث المخالف للقانون

المبحث الأول

أصول الملاحقة والتحقيق في جرائم الحدث المخالف للقانون

تُعرف الدعوى العامة بأنها: " إجراء يتخذ من قبل السلطة القضائية المكلفة بملاحقة مرتكبي الجرائم بغية جمع الأدلة بحقهم وتقديمهم للمحاكمة لإدانتهم ونيل العقاب المناسب بحقهم".¹

وتختص الدعوى العامة أو دعوى الحق العام بالخصائص التالية:

١. ترمي إلى ملاحقة مرتكبي الجرائم والمساهمين فيها.
 ٢. تعمل على تطبيق العقوبات والتدابير في حقهم.
 ٣. تناط بإقامتها بقضاة النيابة العامة.
- أما دعوى الحق الشخصي بالتعويض عن الضرر الناتج عن الجرائم فهي حق لكل متضرر.

- كل شخص تقام عليه دعوى الحق العام يسمّى مدعى عليه، ويسمى ظنياً إذا ظنّ فيه بجنحة ومتهماً إذا إنهم بجناية.

والملاحظ أن ما سبق ينطبق بكليته على الحدث المخالف للقانون، وبالتالي تناط إقامة دعوى الحق العام بقضاة النيابة العامة بحق الحدث المخالف للقانون في حال ارتكابه لأي فعل يجرمه القانون.

والجدير بالذكر أن قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني قد فصل سلطة الملاحقة عن سلطة التحقيق، فأوكل سلطة الملاحقة للنيابة العامة ويساعدها في ذلك الضابطة العدلية، وأعطى وظيفة التحقيق لقضاة التحقيق والهيئة الاتهامية. ويراعى فيما سبق:

¹ راجع الدكتور: مصطفى العوجي، دروس في أصول المحاكمات الجزائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة ٢٠١٥، ص ٤٣.

١. الحالة التي يضبط فيها الجرم ((الجريمة المشهودة والجريمة غير المشهودة)).

٢. نوع تلك الجريمة ((مخالفة، جنحة، جناية)).

ما سبق يقتضي بيانه في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: سلطة النيابة العامة والضابطة العدلية

المطلب الثاني: سلطة قاضي التحقيق والهيئة الاتهامية

المطلب الأول

سلطة النيابة العامة والضابطة العدلية

إن النيابة العامة^١ والضابطة العدلية^٢ تضطلع بوظيفة ملاحقة الحدث والتحقيق معه، وفقاً لنص المادة الواحدة والثلاثين من قانون حماية الأحداث، وقد حدد الأخير

^١ وقد بينت المادة ١١ من قانون أ.م.ج تنظيم النيابة العامة في لبنان على الشكل الآتي:

١. نائب عام محكمة التمييز نائب عام يعاونه محامون عامون.

٢. نائب عام مالي يعاونه محامون عامون.

٣. نائب عام استئنافي يعاونه محام عام أو أكثر.

٤. مفوض حكومة يخضع لسلطة النائب العام التمييزي يعاونه محام عام أو أكثر.

^٢ وحددت المادتين ٣٨ و ٣٩ من قانون أ.م.ج أشخاص الضابطة العدلية كما يلي:

أولاً: يقوم بوظائف الضابطة العدلية، تحت إشراف النائب العام لدى محكمة التمييز، النواب العامون والمحامون العامون.

ثانياً: يساعد النيابة العامة، ويعمل تحت إشرافها في إجراء وظائف الضابطة العدلية، كل في حدود اختصاصه وفقاً لقانون أصول المحاكمات الجزائية وفي القوانين الخاصة به، وهم:

أ. المحافظون والقائمقامون.

ب. مدير عام قوى الأمن الداخلي وضباط قوى الأمن الداخلي والشرطة القضائية والرتباء العاملون في القطاعات الإقليمية ورؤساء مخافر قوى الأمن الداخلي.

ج. مدير عام الأمن العام وضباط الأمن العام ورتباء التحقيق في الأمن العام. ومدير

عام أمن الدولة، ونائب المدير العام، وضباط أمن الدولة ورتباء التحقيق في أمن الدولة.

د. مختارو القرى.

هـ. قادة السفن البحرية وقادة الطائرات والمركبات الجوية.

• ولنواطير القرى وموظفي المراقبة في وزارة الصحة ومراقبي الأجرأ وحماية المستهلك وللموظفين المختصين بالمراقبة في الجمارك وإدارة حصر التبغ والتبناك وفي المرافء والمطارات وفي وزارة السياحة والحراس الليليين أن يضبطوا، كل في حدود اختصاصه ووفق الأنظمة المنوط به تطبيقها، المخالفات ويثبتوها في محاضر منظمة أصولاً ويودعوها القاضي المنفرد المختص.

الاختصاص المكاني للنيابة العامة والضابطة العدلية في إطار ملاحقتها للحدث على النحو التالي:

- أ. محل وقوع الجرم.
- ب. محل إقامة الحدث أو محل سكنه أو سكن أهله أو محل إلقاء القبض عليه.
- ج. مكان وجود معهد الإصلاح أو التأديب أو المؤسسة التي وضع فيها أو الشخص الذي سلم إليه.

وتختلف اجراءات النيابة العامة والضابطة العدلية عند ملاحقتها للحدث المخالف للقانون في نطاق جرمه المشهود وجرمه غير المشهود وفق ما سنبينه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: في نطاق الجرم المشهود للحدث

الفرع الثاني: في نطاق الجرم غير المشهود للحدث

الفرع الأول

في نطاق الجرم المشهود للحدث

أسبغ المشرع اللبناني صفة الجرم المشهود على الجرم الذي يرتكب في الحالات التالية التي وردت في المادة ٢٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني:

١. الجرم الذي يشاهد عند وقوعه.

^١ ويكون التحقيق تحت مسمى التحقيق الأولي.

٢. الجرم الذي يقبض على فاعله أثناء أو فور ارتكابه.

٣. الجرم الذي يلاحق فيها المشتبه فيه بناءً على صراخ الناس.

٤. الجرم الذي يتم اكتشافه فور الانتهاء من ارتكابه في وقت تدل آثاره عليه بشكل واضح.

٥. الجرم الذي يضبط فيها مع شخص أشياء أو أسلحة أو أوراق يستدل منها على أنه مرتكبها، وذلك في خلال الأربع والعشرين ساعة من وقوعه.

٦. ينزل منزل الجرم المشهود ذلك الذي يقع داخل بيت فيطلب صاحبه أو أحد شاغليه، في مهلة أربع وعشرين ساعة من تاريخ إكتشافه، من النيابة العامة التحقيق فيه سواء أكان جنائية أو جنحة.

• ويعتبر جرم الحدث مشهوداً وفقاً للحالات السابقة.

وعند ضبط الحدث في حالة الجرم المشهود، سواء أمام النيابة العامة أو الضابطة العدلية يراعى أحكام خاصة ورد ذكرها في المادة الرابعة والثلاثين من قانون حماية الأحداث تتمثل في الآتي:

١. أن يُعلم فوراً أهله أو أوليائه أو المسؤولين عنه، إذا كان ذلك متيسراً.

٢. وأن يتصل فوراً بالمندوب الاجتماعي المعتمد ويدعوه إلى حضور التحقيق!

• ويجب على المندوب الاجتماعي حضور التحقيق خلال ست ساعات من تاريخ دعوته. ولا يجوز البدء بالتحقيق ما لم يكن المندوب حاضراً تحت طائلة ملاحقته مسلكياً!

• وفي حال تعذر حضور المندوب الاجتماعي فعلى النيابة العامة أو مصلحة الأحداث في وزارة العدل أن تعين مندوباً اجتماعياً من إحدى الجمعيات المصنفة في هذه المصلحة ليحضر مع الحدث أثناء التحقيق.

^١ راجع: حكم المحكمة الابتدائية في لبنان الجنوبي الناظرة في قضايا جنایات الأحداث، الصادر بتاريخ ١٩٩٦/٤/٢٢، المنشور في مجلة العدل، العدد الأول، لعام ١٩٩٦، ص ٢٥٧، والذي إلى إبطال التحقيقات الأولية التي أجرتها الضابطة العدلية لعدم استدعاء المندوب الاجتماعي لحضور التحقيق. (حكم غير منشور).

^٢ ويقوم المندوب الاجتماعي بعدة خطوات خلال التحقيق الأولي منها:

- يُعرّف عن نفسه للحدث ويشرح له سير التحقيق وحقوقه وواجباته.
- ملء الإستمارة الإجتماعية للحدث من قبله، وتتضمّن معلومات عن الحدث، عن عائلته وعن سوابقه.
- يطرح المحقق الأسئلة على الحدث ويتأكد المندوب الاجتماعي من أنّ الحدث فهم الأسئلة الموجهة إليه.
- يتأكد المندوب الاجتماعي من أنّ ما ورد في المحضر مطابق لأقوال الحدث. يمكن للمندوب الاجتماعي أن يرفض التوقيع على المحضر، في حال لم تراعى أصول التحقيق وبدون سبب امتناعه عن التوقيع؛ على سبيل المثال: إذا تمّ الضغط على القاصر أو تمّ ضربه أو تحريف كلامه. راجع موقع مصلحة الأحداث، وزارة العدل، <http://ahdath.justice.gov.lb/file-chart-Proc.htm> تاريخ الزيارة: ٢٠١٦/٢/٢٢.

• ولا تقف واجبات المندوب الاجتماعي حضور التحقيق فقط بل يجب عليه أن

يباشر بحثاً اجتماعياً ويقدم نتائجه إلى من يقوم بالتحقيق مع الحدث.

والجدير بالذكر أن الإجراءات السابقة تحاط بالسرية مراعاة لمصلحة الحدث.

وتنقسم إجراءات النيابة العامة في جرم الحدث المشهود إلى:

إجراءات خاصة بالأشخاص (كالإستماع إلى الأشخاص الذين شاهدوا الجريمة أو

توافرت لديهم معلومات عنها بعد تحليفهم يمين الشاهد القانونية)، وإجراءات خاصة

بالأشياء (كضبط الأسلحة وسائر المواد الجزمية المستعملة في ارتكابها وجميع

الأشياء التي تساعد على كشف الحقيقة، وبإستجواب المشتبه فيه عن الأشياء

المضبوطة بعد عرضها عليه).^٢

ويقوم النائب العام بأي إجراءات تحقيقية أخرى يراها ضرورية لجمع المعلومات

المفيدة عن الجناية ولتوفير الأدلة عليها ولكشف فاعليها أو المتدخلين فيها. يجب أن

تكون الإجراءات مشروعة وغير مشوبة بعيوب الإكراه المعنوي أو المادي.

وعليه أن يثبت في المحاضر التي يضعها جميع الإجراءات التي قام بها وأن يحدد

في هذه المحاضر وقت بدء الإجراء ووقت انتهائه وكل وسيلة استعملت في تنفيذه.

ثم يوقع كل محضر من المحاضر مع الكاتب الذي استعان به.

والجدير بالذكر أنه وفقاً للمادة ٣٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية على النائب

العام أن يتوقف عن متابعة تحقيقاته في الجريمة المشهودة عند حضور قاضي

^١ المادة ٤٠ من قانون حماية الأحداث اللبناني.

^٢ للتفصيل راجع المواد ٣١/٣٢/٣٣/٣٤ من قانون أصول محاكمات جزائية لبناني.

التحقيق وأن يسلمه المحاضر التي نظمها والمواد التي ضبطها ما خلا منها تلك التي لا تتعلق بالجريمة والتي صار ضبطها لكونها ممنوعة بطبيعتها.

ومن الأهمية أن نشير إلى دور القاضي المنفرد في حالة الجريمة المشهودة في حال عدم حضور النائب العام أو قاضي التحقيق، وفقاً للمادة ٣٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية بنصها على مهام القاضي المنفرد عند وقوع جريمة مشهودة ضمن نطاق دائرته، بأن ينتقل إلى المكان لمباشرة التحقيق فيها، وأن يتبع الأصول المقررة للنائب العام في هذا المجال، ويتوقف عن متابعة تحقيقاته عند حضور أي منهما. وعندما يكمل تحقيقاته يحيلها إلى النائب العام.

الفرع الثاني

في نطاق الجرم غير المشهود للحدث

يعتبر جرم الحدث غير مشهود في حال وقوعه في غير الحالات التي تمّ بيانها في الفرع السابق، وتضطلع الضابطة العدلية في الاستقصاء والتحري عن هذه الجرائم تحت إشراف ورقابة النيابة العامة^١، ويطلق على هذه المرحلة مسمى التحقيق الأولي^٢. والملاحظ أن قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون اللبناني لم يلاحظ

^١ نصت على ذلك المادة ١٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية بقولها: للنائب العام التمييزي الحق بإجراء التحقيق مباشرة أو بواسطة معاونيه من قضاة النيابة العامة الملحقين به أو أفراد الضابطة العدلية التابعين له دون أن يكون له حق الادعاء.

^٢ يختلف التحقيق الأولي المجرى من الضابطة العدلية أو النائب العام عن التحقيق الابتدائي الذي يقوم به قاضي التحقيق. ويسمى التحقيق الابتدائي بخصائص ثلاثة: ١. أنه مكتوب برمته يتولاه كاتب يملئ عليه القاضي جميع ما يستمع إليه من إفادات أو يقرأ على الملف من معاملات أو إجراءات. ٢. إنه سري لا يسمح لأحد بالاطلاع على مضمونه حتى ولو كانوا من الفرقاء بالدعوى،

تنظيماً لجرم الحدث غير المشهود ولا لإجراءات أو ضمانات التحقيق الأولى، لذلك يُطبق قانون أصول المحاكمات الجزائية^١، باعتباره الشريعة الإجرائية العامة في هذا الخصوص:

- وبناء على ذلك، ومن خلال نصوص هذا القانون، يمكن تلخيص إجراءات الضابطة العدلية في جرم الحدث غير المشهود بما يلي^٢:
- جمع المعلومات.

- القيام بالتحريات الرامية إلى كشف الفاعلين والمساهمين في إرتكابه عبر ما يلي:

إلا أن هذه السرية لا تشمل النائب العام الذي عليه متابعة الدعوى باستمرار وابداء مطالبه ومطالعته فيها ومراقبة ما يتخذه قاضي التحقيق من قرارات حتى اذا شاء طعن بها طالباً فسخها. ويؤدي افتشاء سرية ملف التحقيق أو نشر وثيقة من وثائقه إلى الملاحقة الجزائية عملاً بالمادة ٤٢٠ من قانون العقوبات والمادة ١٢ من قانون المطبوعات والمادة ٥٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية^٣. يقوم قاضي التحقيق بدور مزدوج، فهو كقاض محقق يجمع الأدلة ويتثبت منها، من جهة ويقرر من جهة أخرى إتخاذ القرارات بهدف إدارة الملف أو من أجل البت بالمطالب والدفع التي يدلى بها أمامه؛ ومن ثم يتخذ قراره النهائي بعد ختام التحقيق بمنع المحاكمة أو بالإحالة إلى المرجع المختص. راجع: عفيف شمس الدين، أصول المحاكمات الجزائية، بيروت، ٢٠٠١، ص ٢٠٥ وما بعدها.

^١ من الأفضل أن تطبق الإجراءات الواردة في المادة ٣٤ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون مراعاة لمصلحة الحدث الفضلى.

^٢ راجع المادة ٤٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني. للتفصيل: راجع: إلياس أبو عيد، أصول المحاكمات الجزائية بين النص والاجتهاد والفقه، دراسة مقارنة، الجزء الثاني، من المواد ١١ إلى ٥٠، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢، ص ٣٩٦ وما بعدها، راجع الدكتور: مصطفى العوجي، دروس في أصول المحاكمات الجزائية، مرجع سابق، ص ١٢٩ وما بعدها، راجع: عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص ١٩٢ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

((جمع الأدلة، ضبط المواد الجرمية، إجراء كشوفات حسية على أماكن وقوع الجرائم، دراسة علمية وتقنية على آثار ومعالم الجريمة، سماع لإفادات الشهود دون تحليفهم اليمين ولأقوال المشكو منهم أو المشتبه فيهم)).

- اطلاع النيابة العامة على ما يقومون به من إجراءات ويتقيدوا بتعليماتها.

- يحظر عليهم إحتجاز الحدث المشتبه فيه في نظاراتهم إلا بقرار من النيابة العامة وضمن مدة لا تزيد على ثماني وأربعين ساعة. يمكن تمديدها مدة مماثلة فقط بناءً على موافقة النيابة العامة، وتحسب فترة إحتجازه من مدة توقيفه.

- لا يحق لهم تفتيش منزل أو شخص إلا بعد إستحصلهم على إذن مسبق من النيابة العامة.

• ويتمتع الحدث المشتبه فيه أو المشكو منه، فور إحتجازه لضرورات التحقيق الأولى، بالحقوق الآتية:

١. الإتصال بأحد أفراد عائلته أو بصاحب العمل أو بمحامٍ يختاره أو بأحد معارفه.

١ راجع المادة ٤٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني. للتفصيل: راجع: إلياس أبو عيد، المرجع السابق، ص ٣٩٦ وما بعدها، راجع الدكتور: مصطفى العوجي، دروس في أصول المحاكمات الجزائية، المرجع السابق، ص ١٢٩ وما بعدها، راجع: عفيف شمس الدين، المرجع السابق، ص ١٩٢ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٢. مقابلة محام يعينه بتصريح يدون على المحضر دون الحاجة إلى وكالة منظمة وفقاً للأصول.

٣. الاستعانة بمترجم مجلف إذا لم يكن يحسن اللغة العربية.

٤. تقديم طلب مباشر، أو بواسطة وكيله أو أحد أفراد عائلته إلى النائب العام، بعرضه على طبيب لمعاينته. ويعين النائب العام له طبيباً فور تقديم الطلب إليه. على الطبيب أن يجري المعاينة دون حضور أي من الضباط العدليين، وأن يرفع تقريره إلى النائب العام في مدة لا تتجاوز الأربع والعشرين ساعة. يبلغ النائب العام المستدعي نسخة عن هذا التقرير فور تسلمه إياه، وللمحتجز ولأي ممن سبق ذكرهم، إذا مدد إحتجازه، تقديم طلب معاينة جديدة.

• ويجب على الضابطة العدلية أن تبلغ الحدث المشتبه فيه، فور إحتجازه، بحقوقه المدونة آنفاً وأن تدون هذا الإجراء في المحضر.

ووفقاً للمادة ٤٩ من قانون أصول المحاكمات اللبناني، للنائب العام أن يتولى التحقيق الأولي بنفسه. وإن فعل فيكون لوكيل الحدث المشتبه فيه أن يحضر مع موكله أثناء إستجوابه. وفي ما خلا إستجواب المشتبه فيه أو المشكو منه إذا لم يتول التحقيق بنفسه فإنه يدقق في التحقيقات الأولية التي يجريها الضابط العدلي.

يتبين لنا مما سبق أن الحدث المخالف للقانون يعامل كالراشد في مرحلة التحقيق الأولى، ولا شك أن ذلك يعد انتهاكاً صارخاً لحقوق الحدث المخالف للقانون، وأهمها حقه في حضور مندوب الاجتماع خلال التحقيق معه، وفقاً للمادة ٣٤ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون، أمام الضابطة العدلية أو النيابة العامة في نطاق جرمه غير المشهود.

إضافة إلى ما تقدم فإن مؤدى ما سبق أن:

الحدث المخالف للقانون يُحتجز في نظارات الضابطة العدلية كما يحتجز الراشد، وهذا انتهاك صارخ أيضاً لحق الحدث بقواعد احتجاز خاصة أهمها فصله عن الراشدين، والتي أكدت عليها المادة ٣٧ من إتفاقية حقوق الطفل، وقواعد الأمم المتحدة بشأن حماية الأحداث المجردين من حريتهم^١.

ويلاحظ في هذا الصدد أن لجنة حقوق الطفل قد أكدت على ضرورة أن يسلم أي طفل موقوف ومحروم من حريته إلى سلطة مختصة تنظر في شرعية (استمرار)

^١ نصت المادة ٣٧ من إتفاقية حقوق الطفل :

ب. ألا يحرم أي طفل من حريته بصورة غير قانونية أو تعسفية. ويجب أن يجرى اعتقال الطفل أو احتجازه أو سجنه وفقاً للقانون ولا يجوز ممارسته إلا كملجأ أخير ولأقصر فترة زمنية مناسبة، ج. يعامل كل طفل محروم من حريته بإنسانية واحترام للكرامة المتأصلة في الإنسان، وبطريقة تراعى احتياجات الأشخاص الذين بلغوا سنه. وبوجه خاص، يفصل كل طفل محروم من حريته عن البالغين، ما لم يعتبر أن مصلحة الطفل تقتضي خلاف ذلك، ويكون له الحق في البقاء على اتصال مع أسرته عن طريق المراسلات والزيارات، إلا في الظروف الاستثنائية.

^٢ نصت القاعده ١٧ من القواعد على الآتي: يفترض أن الأحداث المقبوض عليهم أو الذين ينتظرون المحاكمة (الذين لم يحاكموا بعد) أزياء ويحكمون على هذا الأساس، ويجتنب، ما أمكن، احتجازهم قبل المحاكمة، ويقصر ذلك على الظروف الاستثنائية. ولذلك يبذل قصارى الجهد لتطبيق تدابير بديلة. ولكن إذا استخدم الاحتجاز الوقائي، تعطى محاكم الأحداث وهينات التحقيق أولوية عليا للتعجيل إلى أقصى حد بالبت في هذه القضايا لضمان أقصر فترة ممكنة للاحتجاز. ويفصل بين الأحداث المحتجزين الذين لم يحاكموا، والذين أدينوا.

حرمانه من الحرية في غضون ٢٤ ساعة. وتوصي اللجنة أن تكفل الدول الأطراف، بأحكام قانونية صارمة استعراضاً منتظماً لشرعية الاحتجاز قبل المحاكمة، ويحذر أن يكون ذلك كل أسبوعين.

وإذا تعذر الإفراج عن الطفل بشروط، بتطبيق تدابير بديلة مثلاً، ينبغي اتهام الطفل رسمياً بالجرائم المدعى ارتكابها وإحالاته إلى المحكمة أو سلطة أو هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة أخرى، في غضون فترة أقصاها ثلاثون يوماً بعد بدء نفاذ احتجازه قبل المحاكمة^١.

وأكدت اللجنة على حق الطفل المحروم من حريته بأن يُفصل عن البالغين. ولا يودع طفل محروم من حريته في سجن أو أي مرفق للبالغين. ويوجد كم وافر من الدلائل على أن إيداع الأطفال في سجون أو مرافق حبس البالغين يضر بسلامتهم ورفاههم الأساسيين وقدرتهم مستقبلاً على الخلاص من الجريمة والاندماج مجدداً في المجتمع. وينبغي أن تفسر حالة الإستثناء المباحة لفصل الأطفال عن البالغين الواردة في المادة ٣٧ فقرة ج من إتفاقية حقوق الطفل، أي " ما لم يعتبر أن مصلحة الطفل تقتضي خلاف ذلك"، تفسيراً ضيقاً؛ فمصلحة الطفل لا تعني ما يناسب الدول الأطراف. وينبغي أن تنشئ الدول الأطراف مرافق مستقلة للأطفال المحرومين من حريتهم، تتميز بموظفيها المكرسين لرعاية الأطفال وبأفرادها وسياساتها وممارساتها. ولا تعني هذه القاعدة أنه ينبغي نقل الطفل المودع في مرفق للأطفال إلى مرفق البالغين حال بلوغه الثامنة عشرة. وينبغي أن يتسنى بقاءه في مرفق

^١ راجع: التعليق العام للجنة حقوق الطفل رقم ١٠، (حقوق الطفل في قضاء الأحداث)، بتاريخ ٢٠٠٧، ص ٢٣.

الأطفال إذا كان ذلك من مصلحته ولم يتعارض ومصالح الأطفال الأصغر منه في المرفق^١.

فحرّيّ بالمشرع اللبناني تدارك هذا النقص التشريعي في مجال التحقيق الأولي مع الحدث؛ ومجال احتجاز الحدث لضرورات التحقيق الأولي.

• بعد الانتهاء من التحقيق الأولي مع الحدث المخالف للقانون وفقاً للقواعد آنفة البيان، أي سواء قام أحد أفراد الضابطة العدلية بالتحقيق أو النائب العام بنفسه، فللنائب العام عند توصيف جرم الحدث جنائية أو جنحة؛ ورأى لزوم التوسّع في التحقيق فيدّعي بها أمام قاضي التحقيق. وإذا رأى أن التحقيق الأولي في الجنحة كافياً فيدّعي بها أمام القاضي المنفرد المختص^٢.

وللنائب العام أن يقرر حفظ أوراق التحقيق الأولي إذا تبين له أن الفعل لا يؤلف جريمة أو أن الأدلة على وقوع الجريمة غير كافية أو أن الدعوى العامة قد سقطت لسبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون أصول المحاكمات الجزائية^٣.

^١ راجع: التعليق العام للجنة حقوق الطفل رقم ١٠، (حقوق الطفل في قضاء الأحداث)، بتاريخ ٢٠٠٧، ص ٢٣.

^٢ راجع المادة ٤٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني. للتفصيل راجع أيضاً: إلياس أبو عيّد، مرجع سابق، ص ٤٥٧ وما بعدها.

^٣ راجع المادة ٥٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية. ونصت المادة العاشرة من ذات القانون على الآتي: تسقط دعوى الحق العام لسبب من الأسباب الآتية:

أ. بوقاة المدعى عليه.

ب. بالعفو العام.

ولعل ما يهمنا في هذا السياق هو إدعاء النائب العام أمام قاضي التحقيق إن وجد فعل الحدث يشكل مخالفةً أو جنحةً أو جناية. وهو ما سنبيّنه في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

سلطة قاضي التحقيق والهيئة الاتهامية

نظم قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني دوائر التحقيق على الشكل التالي وفقاً لنص المادة ٥١:

"في مركز ونطاق كل محكمة إستئناف دائرة تحقيق مؤلفة من قاضي تحقيق أول وقضاة تحقيق، يرأس دائرة التحقيق قاضي التحقيق الأول".

وتتولى غرفة مدنية لدى محكمة الاستئناف وظائف الهيئة الاتهامية وفقاً للمادة ١٢٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

وتنيط سلطة التحقيق بجرم الحدث بكل من قاضي التحقيق والهيئة الاتهامية حسب إختصاص كل منهما المحدد. وفقاً لقانون أصول المحاكمات الجزائية مع مراعاة

ج. بمرور الزمن مدة عشر سنوات في الجناية وثلاث سنوات في الجنحة وسنة في المخالفة.

د. بسقوط دعوى الحق الشخصي في الحالات المنصوص عليها في القانون. راجع أيضاً: إلياس أبو عيد، المرجع السابق، ص ٤٦٧ وما بعدها.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

الإستثناءات الواردة في قانون الأحداث المخالفين للقانون، وهو سنينيه في فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: في نطاق مخالفات وجنح الحدث المخالف للقانون

الفرع الثاني: في نطاق جنابات الحدث المخالف للقانون

الفرع الأول

في نطاق مخالفات وجنح الحدث المخالف للقانون

يضع قاضي التحقيق يده على الدعوى العامة بناء على إدعاء النيابة العامة أو على شكوى مباشرة يتخذ فيها المدعي المتضرر صفة الادعاء الشخصي أو على قرار تعيين المرجع^١ أو قرار نقل الدعوى^٢.

^١ تنص المادة ٣٣٥ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني على أنه: تتولى الغرفة الجزائية لدى محكمة التمييز مهمة تعيين المرجع المختص عند الاختلاف على إختصاص بين المراجع القضائية. إذا وقعت جريمة وياشر التحقيق فيها محققان أو شرع في رؤيتها محكمتان بعدما اعتبر كل مرجع منهما نفسه مختصاً للنظر فيها أو قرر كل من المحققين أو المحكمتين عدم إختصاصه للنظر فيها أو إذا قررت محكمة عدم إختصاصها للنظر في دعوى أحييت إليها بموجب قرار صادر عن قاضي التحقيق أو الهيئة الإتهامية، ونجم عن الخلاف حول الإختصاص وقف لسير العدالة من جراء إنبرام القرارين المتناقضين في القضية عينها، فيُصار إلى حل هذا الخلاف عن طريق تعيين المرجع المختص. يجري حكم هذه المادة إذا وقع خلاف بين محكمة عادية ومحكمة إستثنائية.

^٢ تنص المادة ٣٤٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني على أنه: تتولى إحدى الغرف الجزائية لدى محكمة التمييز مهمة الفصل في طلب نقل الدعوى من مرجع قضائي إلى مرجع قضائي آخر. تقرر رفع يد مرجع قضائي، في التحقيق أو الحكم، عن الدعوى وتحيلها إلى مرجع آخر من الدرجة نفسها لمتابعة النظر فيها إما لتعذر تشكيل المرجع المختص أصلاً أو لوقف سير التحقيق أو المحاكمة أو للمحافظة على السلامة العامة أو لداعي الحرص على حسن سير العدالة أو لسبب الإرتياب المشروع. للنايب العام التمييزي وحده أن يطلب نقل الدعوى لسبب المحافظة على السلامة العامة. إذا كان المرجع القضائي المطلوب رفع يده عن الدعوى هو

وفي جميع الأحوال يضع قاضي التحقيق يده على الدعوى العامة بصورة موضوعية، وله أن يستجوب بصفة مدعى عليه كل حدث مشتبه في ارتكابه الجريمة فاعلاً كان أم شريكاً أم متدخلأً أم محرضاً دون أن يتوقف في ذلك على إدعاء النيابة العامة. وإذا إكتشف أثناء التحقيق أفعالاً جرمية غير متلازمة مع الفعل المدعى به فيحيل الملف إلى النائب العام ليدعي بهذه الأفعال. أما إذا كانت الأفعال المكتشفة متلازمة مع الفعل المدعى به فلا يلزمه للتحقيق فيها إدعاء مسبقاً.

ويُلزم قاضي التحقيق باتباع الوسائل المشروعة أثناء قيامه بجميع الإجراءات التحقيقية التي تؤدي إلى كشف الحقيقة. عليه أن يثبت خطياً كل ما يجريه منها. وإذا استدعى التحقيق إجراء كشف حسي على موقع الجريمة فينتقل قاضي التحقيق إليه مصطحباً معه كاتب دائرته. ويعلم النائب العام بانتقاله دون أن ينتظره ويجري الكشف وفقاً للأصول^١.

وسوف نعالج من خلال هذا الفرع إدعاء النيابة العامة على الحدث المخالف للقانون أمام قاضي التحقيق وشكوى المتضرر مع إتخاذ صفة المدعي الشخصي أمام قاضي التحقيق.

إحدى غرف التمييز الجزائية فتبت الهيئة العامة لمحكمة التمييز في الطلب. للنائب العام التمييزي أن يستدعي نقل الدعوى عفواً أو بناءً على طلب النائب العام الإستئنافي أو النائب العام المالي أو المدعي الشخصي أو المدعى عليه أو وزير العدل للأسباب الواردة في الفقرة الأولى. يجب أن يُبلغ طلب النقل إلى جميع فرقاء الدعوى. لكل منهم أن يجيب عليه خلال عشرة أيام من إبلاغه إياه. لا يوقف تقديم الاستدعاء السير في الدعوى إلا إذا قررت محكمة التمييز خلاف ذلك.

^١ راجع المادة ٦٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

^٢ راجع المادة ٦١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

أولاً: إدعاء النيابة العامة على الحدث المخالف للقانون أمام قاضي التحقيق

يقوم النائب العام بالإدعاء أمام قاضي التحقيق الأول على الحدث بموجب ورقة طلب، إذا وجد من خلال تحقيقاته أو تحقيقات الضابطة العدلية أن فعل الحدث يشكل جنحة أو جنائية تستلزم التوسع في التحقيق، وعلى النائب العام أن يبين في إدعائه أمام قاضي التحقيق الأول وصف الجريمة وهوية كل من المسهمين في ارتكابها وأن يعين مكان وقوع الفعل الجرمي وزمانه وأن يحدد طلباته.

وتتحرك بإدعائه دعوى الحق العام سواء تولى ذلك بنفسه أم قام به أحد المحامين العاميين. وعلى النائب العام أن يشفع إدعائه بالأوراق والمحاضر والمستندات التي تؤيده^١.

ومن خلال هذا الإدعاء يضع قاضي التحقيق يده على الدعوى بصورة موضوعية، ويراعي قاضي التحقيق الأحكام الخاصة التي ورد ذكرها في المادة الرابعة والثلاثين من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون وهي:

١. أن يُعلم فوراً أهله أو أولياءه أو المسؤولين عنه، إذا كان ذلك متيسراً.

٢. وأن يتصل فوراً بالمندوب الاجتماعي المعتمد ويدعوه إلى حضور التحقيق.

^١ وفقاً للمواد ٥٠، ٥١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

^٢ وفقاً للمادة ٦٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

ويجب على المندوب الاجتماعي حضور التحقيق خلال ست ساعات من تاريخ دعوته. ولا يجوز البدء بالتحقيق ما لم يكن المندوب حاضراً تحت طائلة ملاحقته مسلكياً.

وفي حال تعذر حضور المندوب الاجتماعي فعلى النيابة العامة أو مصلحة الأحداث في وزارة العدل أن تعين مندوباً اجتماعياً من إحدى الجمعيات المصنفة في هذه المصلحة ليحضر مع الحدث أثناء التحقيق.

ولا تقف واجبات المندوب الاجتماعي بحضور التحقيق فقط بل يجب عليه أن يباشر بحثاً اجتماعياً ويقدم نتائجها إلى من يقوم بالتحقيق مع الحدث. والجدير بالذكر أن إجراءات السابقة تحاط بالسرية^١ مراعاة لمصلحة الحدث.

ولقاضي التحقيق وفقاً للمادة ٣٥ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون عند الشروع بالتحقيق مع الحدث، أن يتبع الاجراءات الواردة في المادة ٣٤. وله بحسب الظروف وحاجات التحقيق وسلامته والحفاظ على الادلة والحؤول دون هرب محتمل، توقيف الحدث الذي أتم الثانية عشرة من عمره في الأماكن المحددة لتوقيف الاحداث وذلك في الجرائم المعاقب عليها بسنة حبس على الأقل.

كما له أن يضع الحدث في دار الملاحظة وفقاً لما تنص عليه المادة ٢٤١.

^١ المادة ٤٠ من قانون حماية الأحداث اللبناني.

^٢ تنص المادة ٤١ من قانون حماية الأحداث اللبناني: إذا لم يكن قد وضع ملف اجتماعي للحدث في إطار الاجراءات السابقة، على محكمة الأحداث أن تستحصل، قبل صدور الحكم، على تحقيق اجتماعي يقوم به المندوب الاجتماعي المعتمد أو من تكلفه المحكمة بذلك من العاملين في الحقل

ولقاضي التحقيق أن يخلي سبيل الحدث إذا كان محل إقامته ثابتاً أو تسليمه إلى شخص له محل إقامة ويتعهد بتقديمه إلى المراجع القضائية كلما طلب منه ذلك، بعد إفهامهما منطوق المادة ٣٦ من هذا القانون. وله أن يقرر، مع إخلاء السبيل منع الحدث مؤقتاً من السفر للمدة التي يراها. ويسقط قرار منع السفر حكماً إذا صدر قرار مبرم بمنع المحاكمة والا بقرار يصدره قاضي الحكم المحالة إليه الدعوى.

ويشترط في محل الإقامة الثابت المذكور في هذه المادة أن يكون في نطاق محكمة الأحداث المعنية. يجري التثبت من وجوده عند الاقتضاء بمحضر ينظمه رجال الأمن.

هذا ولم ينظم ولم يلحظ قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون مدة التوقيف، وبذلك يتعين إعمال قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني الذي حدد مدة التوقيف في الجنحة لا تتعدى شهرين، يمكن تمديدتها مدة مماثلة كحد أقصى في حالة الضرورة

الاجتماعي. يشتمل التحقيق على المعلومات اللازمة عن أحوال ذوي الحدث المادية والاجتماعية وعن محيطه الاجتماعي والمدرسي والمهني وعن أخلاقه ودرجة ذكائه وحالته الصحية والعقلية وسوابقه الإجرامية، مع التدبير المناسب لإصلاحه. كل ذلك بحسب الوضع عند ارتكاب الجرم وعند المحاكمة. للمحكمة أن تأمر عند الاقتضاء بأي معاملة طبية سواء كانت جسدية أو نفسية أو عقلية. للمحكمة أن تضع الحدث في دار الملاحظة لمدة أقصاها ثلاثة أشهر قبل صدور الحكم إذا اقتضى التحقيق الاجتماعي أو المعينة مثل هذا التدبير ولا تمدد هذه المهلة الا بقرار معلل.

^١ تنص المادة ٣٦ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون على أنه: يجري إبلاغ الحدث موعد المحاكمة والأحكام الصادرة بحقه بواسطة وليه أو المسؤول عنه قانوناً إذا تعذر ذلك فيجري التبليغ إلى الحدث بالذات، أو إلى وصي خاص تعيينه المحكمة لغرض المحاكمة وإجراءاتها متى كان هناك حقوق مراجعة تفتح أمام الحدث من جراء التبليغ وتحتاج ممارستها إلى أهلية قانونية معينة. في حال تعذر تبليغ القاصر وولييه أو وصيه، تطبق أصول التبليغ المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية لمثل هذه الحالة.

القصوى. وفي ما خلا جنايات القتل والمخدرات والإعتداء على أمن الدولة والجنايات ذات الخطر الشامل وحالة الموقوف المحكوم عليه سابقاً بعقوبة جنائية، لا يجوز أن تتعدى مدة التوقيف في الجناية ستة أشهر، يمكن تجديدها مرة واحدة بقرار معتل^١.

مؤدى ما سبق أن عدم وجود نص خاص بشأن مدة توقيف الحدث، يجعله يعامل معاملة الراشد دون الأخذ بعين الاعتبار خصوصية الحدث مما يشكل انتهاكاً لحقوقه، فقد لاحظت لجنة حقوق الطفل بقلق أن الأطفال في بلدان كثيرة يبقون في الاحتجاز قبل المحاكمة شهوراً بل سنين، وهو ما يشكل انتهاكاً خطيراً للمادة ٣٧ فقرة (ب) من اتفاقية حقوق الطفل. ويجب أن تتاح للدول الأطراف مجموعة من البدائل الفعالة كي تفي بالتزاماتها بموجب المادة ٣٧ فقرة (ب) من اتفاقية حقوق الطفل فيما يتعلق بعدم استعمال الحرمان من الحرية إلا كملجأ أخير، ويجب تنظيم هذه البدائل تنظيمياً دقيقاً يهدف الحد من اللجوء إلى الاحتجاز قبل المحاكمة أيضاً، بدلاً من توسيع شبكة الأطفال المعاقبين^٢. وإضافة إلى ذلك، ينبغي أن تتخذ الدول الأطراف تدابير تشريعية وغيرها من التدابير المناسبة للحد من استخدام الاحتجاز قبل المحاكمة. فاستخدام الاحتجاز قبل المحاكمة كعقوبة أمر ينتهك إفتراض قرينة

^١ راجع المادة ١٠٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبنانية.

^٢ وفقاً لإحصائيات مصلحة الأحداث في وزارة العدل في لبنان في عام ٢٠١٤ بلغ عدد الأحداث الموقوفين ٦١٧ من أصل ١٨٢٢. راجع الموقع الإلكتروني لمصلحة الأحداث في وزارة العدل في لبنان:

<http://ahdath.justice.gov.lb/Excel/Full/٢٠٢٠١٤/t/٢٠٠٧.pdf> تاريخ الزيارة

٢٠١٦/٢/٢٢

البراءة. وينبغي أن ينص القانون صراحة على الشروط اللازمة لتحديد ما إذا كان يتعين إيداع الطفل أو إبقاؤه رهن الاحتجاز قبل المحاكمة، بغية ضمان مثوله أمام القاضي خاصة، وما إذا كان يشكل خطراً مباشراً على نفسه أو غيره. وينبغي أن تكون مدة الاحتجاز قبل المحاكمة محددة قانوناً، وأن تخضع لإستعراض منظم. وتوصي اللجنة بأن تكفل الدول الأطراف تسريح الأطفال من الاحتجاز قبل المحاكمة في أقرب وقت ممكن، وبشروط معينة إذا لزم الأمر. وينبغي أن تتخذ القرارات المتصلة بالاحتجاز قبل المحاكمة، بما في ذلك مدة الاحتجاز، سلطة أو هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة، وينبغي أن يزود بالمساعدة القانونية وغيرها من أشكال المساعدة الملزمة^١.

هذا ومن خلال التحقيق الذي يجريه قاضي التحقيق يتحدد وصف الجريمة والفاعلين والمساهمين فيها، ثم يحيل قاضي التحقيق الملف إلى النيابة العامة، لتبدي فيه مطالعتها النهائية، وعليها أن تبدي مطالعتها في خلال أسبوع على الأكثر^٢.

ولقاضي التحقيق أن يصدر قراره بمنع المحاكمة عن الحدث المخالف للقانون، ويبنى قراره إما على سبب قانوني وإما على سبب واقعي.

• ويكون السبب قانونياً إذا كان:

^١ الجدير بالذكر أن قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون لم ينظم طلبات إخلاء السبيل للأحداث، بل أشار في المادة ٣٥ إلى دور قاضي التحقيق بتخليّة سبيل الحدث. وبالتالي تطبق قواعد إخلاء السبيل الواردة في قانون أصول المحاكمات الجزائية في المواد ١١٣ إلى ١٢٠.

^٢ راجع: العام للجنة حقوق الطفل رقم ١٠، (حقوق الطفل في قضاء الأحداث)، بتاريخ ٢٠٠٧، ص ٢٢ وما بعدها.

^٣ راجع المادة ١٢١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

- الفعل المدعى به لا ينطبق على أي وصف قانوني جزائي.
- أو إذا صدر، بعد الادعاء بالفعل قانون جديد يجردّه من أي وصف جرمي.
- أو إذا كانت الصفة الجرمية لهذا الفعل قد زالت عنه لسبب من أسباب التبرير القانونية.
- أو إذا سقطت الدعوى العامة عن الفعل المدعى به بأحد أسباب السقوط المحددة قانوناً.

• ويكون السبب واقعياً إذا لم يثبت التحقيق أن:

- الجرم المدعى به قد وقع فعلاً.
- أو إذا لم تتوافر الأدلة على قيام صلة سببية بين الجرم المدعى به وبين المدعى عليه.
- أو إذا كانت الدعوى العامة قد حُرِّكت في حق مجهول لم يتوصل التحقيق إلى كشفه أو إلى معرفة هويته، وفي هذه الحالة الأخيرة يقرر قاضي التحقيق تسطير مذكرة بالتحري الدائم توصلاً لمعرفة الفاعل أو لكشف هويته.

وفي حال لم تطالب النيابة العامة بالتوسع في التحقيقات، ولم يصدر قرار بمنع المحاكمة، يصدر قاضي التحقيق قراره بالظن بالمدعى عليه (الحدث المخالف

للقانون) إذا تبين له أن الفعل مخالفة أو جنحة، ويحيل الملف إلى القاضي المنفرد
الجزائي ليحاكم أمامه.

وإذا قرر قاضي التحقيق أن الفعل المدعى به من نوع المخالفة أو الجنحة التي لا
تستوجب الحبس فيطلق سراح المدعى عليه فوراً إذا كان موقوفاً ويحيل ملف
الدعوى إلى القاضي المنفرد بواسطة النيابة العامة.

وعلى النائب العام، في القضية التي اقترنت بقرار ظني بجنحة أو مخالفة، أن يرسل
ملف الدعوى إلى القاضي المنفرد المختص في خلال ثلاثة أيام من إيداعه إياه
مرفقاً بقائمة مفردات تضعها دائرة التحقيق.

وإذا اعتبر قاضي التحقيق أن الفعل الذي حقق فيه من نوع الجناية فيصدر قراراً
يعرض فيه وقائع القضية والأدلة المتوافرة فيها والوصف القانوني الذي ينطبق
عليها. يحيل الملف إلى النيابة العامة لتودعه الهيئة الاتهامية بوصفها صاحبة سلطة
الاتهام¹.

والجدير بالذكر أخيراً أن الهيئة الاتهامية هي المرجع الاستئنافي الصالح للنظر في
الطعن الذي يوجه ضد قرارات قاضي التحقيق على النحو التالي²:

¹ راجع المواد ١٣٠، ١٢٥، ١٢٤، ١٢٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.
² للتفصيل راجع المواد ١٣٦، ١٣٥، ١٣٩، ١٣٨، ١٣٧ من قانون أصول المحاكمات الجزائية
اللبناني.

١. للنيابة العامة أن تستأنف جميع قرارات قاضي التحقيق الصادرة خلافاً لطلبها، سواء منها الادارية والتحقيقية والقضائية، والقرار القاضي بإسترداد قرار التوقيف لعدم توافر شروطه، وذلك ضمن مهلة أربع وعشرين ساعة من تاريخ صدور القرار.

٢. للمدعى عليه أن يستأنف من قرارات قاضي التحقيق:

أ. قرار رد طلب تخلية سبيله.

ب. قرار رد دفع أو أكثر من الدفوع المنصوص عليها في المادة ٧٣ من

قانون أصول المحاكمات الجزائية.

^١ تنص المادة ٧٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني على أنه: يحق لكل من المدعى عليه أو لوكيله دون حضور موكله، ومن النيابة العامة أن يدلي مرة واحدة قبل إستجواب المدعى عليه بدفع أو أكثر من الدفوع الآتية:

١ - الدفع بانتفاء الصلاحية.

٢ - الدفع بسقوط الدعوى العامة بأحد أسباب السقوط المحددة قانوناً.

٣ - الدفع بعدم قبول الدعوى لسبب يحول دون سماعها أو السير بها قبل البحث في

موضوعها.

٤ - الدفع بكون الفعل المدعى به لا يشكل جرماً معاقباً عليه في القانون.

٥ - الدفع بسبق الادعاء أو بالتلازم.

٦ - الدفع بقوة القضية المحكوم بها.

٧ - الدفع ببطلان إجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٣. للمدعي الشخصي أن يستأنف القرارات الآتية:

أ. القرار القاضي بقبول دفع أو أكثر من الدفوع المنصوص عليها في المادة ٧٣ من هذا القانون إذا كان مضرًا بمصلحته.

ب. القرار القاضي بترك المدعى عليه أو باخلاء سبيله بحق أو بكفالة.

ج. قرار منع المحاكمة عن المدعى عليه.

د. القرار القاضي بوصف الفعل المدعى به من نوع المخالفة.

هـ. القرار القاضي بإسترداد مذكرة توقيف المدعى عليه إذا كان مخالفاً للأصول.

• ليس للمسؤول بالمال أو الضامن أن يستأنف من قرارات قاضي التحقيق سوى القرار الفاصل في الصلاحية.

ثانياً: شكوى المتضرر مع إتخاذ صفة المدعي الشخصي أمام قاضي التحقيق أو إبداءه مباشرة

أمام القاضي المنفرد الجزائي مع إتخاذ صفة المدعي الشخصي:

ولي قاضي التحقيق، بعد أن يستمع إلى المدعي الشخصي ويستطلع رأي النيابة العامة، أن يبيت في الدفع خلال أسبوع من تاريخ تقديمه ولكل من الفرقاء في الدعوى أن يستأنف قراره.

إن قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون لم يلحظ تحريك دعوى الحق العام بوجه الحدث عن طريق إتخاذ صفة المدعي الشخصي الأمر الذي يستتبع تطبيق القواعد العامة في قانون أصول المحاكمات الجزائية. ومؤدى هذه القواعد أنه:

• يحق لكل متضرر من جنائية أو جنحة أن يتقدم بشكوى مباشرة إلى قاضي التحقيق الأول التابع له محل وقوع الجريمة أو مقام المدعى عليه أو مكان إلقاء القبض عليه وأن يتخذ فيها صفة الإدعاء الشخصي. والشكوى التي يتخذ فيها الشاكي صفة الإدعاء الشخصي ويدفع ما يكلف به، ما لم يُعَفَ منه، تحرك دعوى الحق العام تلقائياً. وإذا لم يتوافر فيها أحد هذين الشرطين فتُعدّ بمثابة إخبار وتحال إلى النائب العام ليتخذ موقفاً من تحريك الدعوى العامة^١.

• لكل متضرر من جنحة أن يتقدم بشكوى مباشرة يتخذ فيها صفة الإدعاء الشخصي أمام القاضي المنفرد الواقع ضمن نطاق دائرته مكان وقوع الجرم أو محل إقامة المدعى عليه أو مكان إلقاء القبض عليه^٢.

^١ راجع المادة ٦٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

^٢ راجع المادة ١٥٥ من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي جاء بها: "تسجل الشكوى في قلم القاضي المنفرد الذي يقرر تكليف مقدمها بدفع سلفة معجلة تتضمن الرسوم والنفقات القضائية على أن لا تزيد عن واحد في المئة من قيمة الدعوى. علاوة على ذلك يكلف الشاكي، إذا كان أجنبياً، بأن يقدم كفالة يعيّن نوعها ومقدارها في قراره. وللقاضي أن يعفي الشاكي من دفع السلفة إذا كان وضعه المالي لا يمكنه من الدفع. وله أيضاً أن يعفي الشاكي الأجنبي من دفع الكفالة للسبب عينه بقرار معلل. وإن الشكوى التي يتخذ فيها الشاكي صفة الأعداء الشخصي ويدفع ما يكلف به، ما لم يعف منه، تحرك دعوى الحق العام. إذا لم يتوافر فيها أحد هذين الشرطين فتعد بمثابة إخبار

بيننا من خلال هذا الفرع تحريك دعوى الحق العام بوجه الحدث بشأن المخالفات والجنح، وسلطة قاضي التحقيق والقاضي المنفرد الجزائي فيهما، ودور الهيئة الاتهامية في ذلك.

ما يدفعنا لبيان سلطة كل من قاضي التحقيق والهيئة الاتهامية في نطاق الجنايات، وهذا ما سنبينه في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني

في نطاق جنايات الحدث المخالف للقانون

إن قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون لم يلاحظ دور الهيئة الاتهامية كسلطة اتهامية بوجه الحدث المخالف للقانون الأمر الذي يستتبع تطبيق القواعد العامة في قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني ذات الصلة، مع مراعاة ضمانات التحقيق مع الحدث المخالف للقانون بشأن الجرم المشهود للحدث.

فإذا اعتبر قاضي التحقيق في قراره النهائي أن الفعل المدعى به على الحدث المخالف للقانون من نوع الجناية فيحيل ملف الدعوى إلى النيابة العامة لتودعه الهيئة الاتهامية، فتتظم النيابة العامة في خلال خمسة أيام تقريراً توضح فيه مطالبها. ولكل

على القاضي في هذه الحال أن يقرر إحالتها إلى النائب العام ليتخذ موقفاً من تحريك الدعوى العامة".

من المدعي الشخصي ومن الظنين أن يتقدم (الحدث بواسطة وكيله أو وليه)، خلال المهلة عينها، بمذكرة يعرض فيها وقائع القضية والأدلة والوصف القانوني وما يخلص إليه من مطالب.

وبعد أن يرفع النائب العام ملف الدعوى، مشفوعاً بتقريره، إلى الهيئة الاتهامية وتضع الأخيرة يدها بصورة موضوعية عليه.

• وإذا رأت أن الدعوى مكتملة التحقيق وأن لا جدوى من التوسع فيه فتصدر أحد القرارات الآتية:

ا. قراراً بمنع المحاكمة عن المدعى عليه (الحدث المخالف للقانون) وبإطلاق سراحه إذا تبين لها أن الأدلة غير كافية لاتهامه بالجناية، أو أن الفعل المسند إليه لا يؤولف جرماً أو أن الصفة الجرمية قد زالت عنه لسبب من أسباب التبرير أو بصدر قانون جديد يعدل القانون السابق أو أن الدعوى العامة قد سقطت لسبب من أسباب السقوط المحددة في القانون.

ب. قراراً باعتبار الفعل جنحة أو مخالفة تحيل بموجبه المدعى عليه (الحدث المخالف للقانون) على القاضي المنفرد الجزائي وتطلق سراحه إذا اعتبرت الفعل مخالفة أو جنحة لا تستوجب عقوبة الحبس أكثر من سنة.

ج. قراراً بإتهام المدعى عليه (الحدث المخالف للقانون) إذا تبين لها أن الوقائع والأدلة عليها كافية لاتهامه بعد أن تُعطي الفعل المسند إليه وصفاً جنائياً.

وتقضي في قرارها بإحالة المتهم على محكمة الجنايات لمحاكمته بما اتهم به،
وتصدر مذكرة إلقاء قبض في حقه^١.

المبحث الثاني

أصول محاكمة الحدث المخالف للقانون

من الضروري لتحقيق نظام عدالة الأحداث الجنائية إناطة تطبيقها بجهة قضائية مستقلة ونزيهة يضمن من خلالها تحقيق مصلحة الحدث الفضلى، وصون كامل حقوق الحدث الواردة في اتفاقية حقوق الطفل وقانون حماية الأحداث المخالفين للقانون.

لذلك نصت المادة ٣١ من قانون حماية الأحداث لمخالفين للقانون على أن:

^١ راجع المواد من ١٢٩ إلى ١٣٤ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

تجري محاكمة الأحداث المخالفين للقانون وفقاً للأصول المتبعة أمام محاكم الدرجة الأولى الجزائية مهما كان نوع الجرم، مع مراعاة الاستثناءات الواردة في هذا القانون.

يتضح من خلال هذا النص أن أصول محاكمة الحدث المخالف للقانون لا تختلف بحسب الأصل عن أصول محاكمة الراشد أمام محاكم الدرجة الأولى الجزائية^١.

ولكن قانون الأحداث المخالفين للقانون لحظ عدة استثناءات: منها ما ارتبط في المرجع المختص ذاته^٢، ومنها ما ارتبط بأصول المحاكمة أمام هذا المرجع ومنها ما ارتبط بطرق المراجعة أو الطعن بأحكام هذا المرجع^٣، ومنها ما ارتبط بتنفيذ أحكام هذا المرجع^٤.

ولكن القاسم المشترك بين المراجع القضائية كافة هو الاختصاص المكاني الذي يتحدد؛ وفقاً للمادة ٣٢ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون كما يلي:

^١ إن محاكم الدرجة الأولى الجزائية في لبنان تتمثل بالقاضي المنفرد الجزائي، راجع المواد ١٦٣-١٧٠ و ١٧٥-١٩١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني. راجع قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة السادسة رقم ٢٠٠٣/٣٠٧ بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/١٦، حيث أكدت المحكمة من خلال هذا القرار على أن محاكمة الأحداث تخضع للأصول المتبعة لدى القاضي المنفرد الجزائي. راجع أيضاً قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة السادسة رقم ٢٠٠٧/١٩٣ بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/٩ حيث قررت المحكمة من خلال هذا القرار بطلان إجراءات المحاكمة أمام محكمة جنابات الأحداث لمخالفتها إجراءات المحاكمة أمام القاضي المنفرد الجزائي. وفي ذات المعنى أيضاً قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة السابعة رقم ٢٠١٠/٢١٠ بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢١. (القرارات السابقة غير منشورة)

^٢ راجع المادة ٣٠ من قانون حماية الأحداث اللبناني.

^٣ راجع المواد من ٣٦ إلى ٥٠ من قانون حماية الأحداث اللبناني.

أ. محل وقوع الجرم.

ب. محل إقامة الحدث أو محل سكنه أو سكن أهله أو محل إلقاء القبض عليه.

ج. مكان وجود معهد الإصلاح أو التأديب أو المؤسسة التي وضع فيها أو الشخص الذي سلم إليه.

وعلى ما تقدم، نعرض فيما يلي؛ المرجع المختص بنظر دعاوى الحدث المخالف للقانون، وطرق الطعن بالأحكام الصادرة بحق هذا الحدث، وذلك في مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: المرجع القضائي المختص بالنظر في دعاوى الحدث المخالف للقانون

المطلب الثاني: طرق المراجعة أو الطعن بالأحكام الصادرة بحق الحدث المخالف للقانون وتنفيذها

المطلب الأول

المرجع القضائي المختص بالنظر في دعاوى الحدث المخالف للقانون

نصت المادة ٣٠ من قانون الأحداث المخالفين للقانون على أن:

يتألف قضاء الأحداث من قاضي منفرد ينظر في المخالفات والجنح، ومن الغرفة الابتدائية لدى محكمة الدرجة الأولى التي تنظر في الجنايات.

ونصت المادة ٣٣ من ذات القانون على أن:

إذا كان الحدث مشاركاً مع غير الأحداث في جرم واحد أو في جرائم متلازمة يخضع الحدث مع الراشدين إلى إجراءات الملاحقة والتحقيق والمحاكمة أمام المرجع العادي، ويكون على هذا المرجع أن يطبق بالنسبة له الضمانات المتعلقة بمحاكمة الحدث.

يتبين من خلال النصوص السابقة تعدد المراجع القضائية المختصة في النظر بدعوى الحدث المخالف للقانون، ويختلف اختصاص هذه المراجع باختلاف:

١. نوع الجرم فإذا كان الجرم جنحة أو مخالفة اختص بنظرها القاضي المنفرد الجزائي، وإذا كان الجرم جنائية اختصت بنظرها الغرفة الابتدائية لدى محكمة الدرجة الأولى).

٢. كيفية ارتكاب الجريمة (تلازم جرم الحدث مع جرم الراشد "جنح متلازمة أمام قاضي منفرد جزائي، جنائيات متلازمة أمام محكمة الجنائيات، مشاركة الحدث مع الراشدين في جرم واحد أو جرائم متلازمة "جنح قاضي منفرد جزائي، جنائيات محكمة الجنائيات").

وعليه نبين فيما يلي كيفية محاكمة الحدث أمام المراجع القضائية السابقة وذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: القاض المنفرد الجزائي والغرفة الابتدائية لدى محكمة الدرجة الاولى

الفرع الثاني: القاض المنفرد الجزائي ومحكمة الجنايات(حالة التلازم)

الفرع الأول

القاض المنفرد الجزائي والغرفة الابتدائية لدى محكمة الدرجة الاولى

عند إحالة الحدث المخالف للقانون إلى المحاكمة وفقاً للقرار الظني من قاضي التحقيق، أو بإدعاء النيابة العامة، يمثل الحدث أمام القاضي المنفرد الجزائي، أما إذا أحيل الحدث المخالف للقانون وفقاً للقرار الاتهامي الصادر عن الهيئة الاتهامية، إلى الغرفة الابتدائية لدى محكمة الدرجة الأولى الناظرة بجنايات الأحداث، فإنه أمام كلا المرجعين يحاكم الحدث بإجراءات المحاكمة أمام محاكم الدرجة الأولى الجزائية (القاضي المنفرد الجزائي) مع مراعاة الاستثناءات التي أوردها قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون ووفقاً لنصوص المواد (٣٦ و ٤٠ و ٤١ و ٤٢ و ٤٣).

فيجري إبلاغ الحدث موعد المحاكمة بواسطة وليه أو المسؤول عنه قانوناً. وإذا تعذر ذلك يجري التبليغ إلى الحدث بالذات، أو إلى وصي خاص تعينه المحكمة

لغرض المحاكمة وإجراءاتها متى كان هناك حقوق مراجعة تفتح أمام الحدث من جراء التبليغ وتحتاج ممارستها إلى أهلية قانونية معينة.

وفي حال تعذر تبليغ القاصر ووليه أو وصيه، وجب اتباع أصول التبليغ المنصوص عليها في المادة ١٤٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية والتي جاء بها أنه: إذا لم يكن للشخص المطلوب إبلاغه محل إقامة أو سكن، أو إذا لم يجد مأمور التبليغ من يتبَّع عنه في محل إقامته أو سكنه، فيجري تبليغه بالصاق نسخة عن وثيقة التبليغ على باب سكنه الأخير بشكل ثابت وبتسليم نسخة ثانية عنها إلى المختار التابع له سكنه الأخير وبالصاق نسخة ثالثة على باب المرجع القضائي الأمر بالتبليغ. على مأمور التبليغ أن يدوّن هذه الإجراءات على النسخة الأصلية من الوثيقة ويردها إلى مرجعها. إذا لم يكن للمطلوب إبلاغه سكن أخير فيكتفي مأمور التبليغ بالصاق نسخة عن وثيقة التبليغ على باب المرجع القضائي الأمر بالتبليغ.

ويؤخذ على أصول تبليغ الحدث المخالف للقانون في حال تعذر تبليغ وليه أو المسؤول عنه، تبليغ الحدث بذاته، فكيف لحدث بعمر السبع سنوات مثلاً أن يستلم أوراق تبليغه بحضور محاكمة بشأن جرم ارتكبه، فهنا قام المشرع بإغفال خصوصية الحدث القانونية (نقص الأهلية)، علماً أن قانون أصول المحاكمات الجزائية قد نصّ في مادته ١٤٧ ((إذا كان الشخص المقصود بالتبليغ غير موجود في محل إقامته أو سكنه فيجري تبليغه بواسطة أحد أفراد عائلته أو خدمه أو أي شخص آخر من المقيمين معه في سكن واحد شرط أن يُستدل من ظاهر حاله أنه

راشد)).

واستناداً إلى حق الطفل في الإخطار الفوري والمباشر بالتهم الموجهة إليه، بينت لجنة حقوق الطفل المقصود بهذا الحق بقولها: يحق لأي طفل يُدعى انتهاكه قانون العقوبات أو يتهم بذلك أن يخطر فوراً ومباشرةً بالتهم الموجهة إليه. وتعني عبارة فوراً ومباشرةً في أقرب وقت ممكن أي عندما يبدأ المدعي العام أو القاضي في إجراءات ضد الطفل. لكن عندما تقرر السلطات أيضاً البت في القضية دون اللجوء إلى إجراءات قضائية يجب إخطار الطفل بما قد يبرر هذا النهج من التهم؛ وهذا جزء من الشرط الوارد في الفقرة ٣ (ب) من المادة ٤٠ من اتفاقية حقوق الطفل، وهو أن الضمانات القانونية ينبغي أن تحترم بالكامل. وينبغي إخطار الطفل بلغة يفهمها. وقد يستدعي ذلك تقديم المعلومات بلغة أجنبية فضلاً عن ترجمة لغة القانون الرسمية التي غالباً ما تستخدم في التهم الجنائية/الموجهة إلى الأحداث إلى لغة يستطيعها الطفل.

ولا يكفي تزويد الطفل بوثيقة رسمية، وغالباً ما يتعين تقديم شرح شفوي وينبغي ألا تترك السلطات هذه المهمة للوالدين أو الأوصياء القانونيين أو لم يقدم إلى الطفل مساعدة قانونية أو غير ذلك من أشكال المساعدة. ومن واجب السلطات (مثل الشرطة والمدعي العام والقاضي) التأكد من فهم الطفل لكل تهمة موجهة إليه. وترى

^١ نصت المادة ٤٠ من اتفاقية حقوق الطفل فقرة ٢ "ب" ٢: إخطاره فوراً ومباشرةً بالتهم الموجهة إليه، عن طريق والديه أو الأوصياء القانونيين عليه عند الاقتضاء، والحصول على مساعدة قانونية أو غيرها من المساعدة الملائمة لإعداد وتقديم دفاعه.

^٢ نصت المادة ٤٠ من اتفاقية حقوق الطفل فقرة ٣ "ب": استصواب اتخاذ تدابير عند الاقتضاء لمعاملة هؤلاء الأطفال دون اللجوء إلى إجراءات قضائية، شريطة أن تحترم حقوق الإنسان والضمانات القانونية احترام كاملاً.

اللجنة أن تقديم هذه المعلومات إلى الوالدين أو الأوصياء القانونيين ينبغي ألا يستعاض عن إحالة تلك المعلومات إلى الطفل. والأنسب أن يتلقى الطفل والوالدان أو الأوصياء القانونيون المعلومات بحيث يتسنى لهم فهم التهم وما قد يترتب عنها من نتائج ممكنة^١.

إن المشرع اللبناني أرسى مبدأً هاماً يحكم محاكمة الحدث المخالف للقانون وهو سرية المحاكمة^٢؛ فلا يحضر محاكمة الحدث إلا الحدث ووالداه ووليه أو الشخص المسلم إليه والمدعي الشخصي والشهود والمثدوب الاجتماعي المعتمد والمحامون وأي شخص ترخص له المحكمة بالحضور.

ومراعاةً لمصلحة الحدث أعطى المشرع للمحكمة الحق في إعفائه من حضور المحاكمة أو من بعض إجراءاتها كلما كان ذلك يصب في مصلحة الحدث المخالف للقانون. ويكتفى عندئذ بحضور وليه أو وصيه أو وكيله وتعتبر المحاكمة وجاهية بحقه، ومع ذلك لا يحول دون متابعة إجراءات المحاكمة بوجه الحدث منفرداً إذا اقتضت مصلحته الإسراع في إتخاذ التدبير المناسب بحقه وتعتبر المحاكمة في هذه الحالة بمثابة الواجهة في حال تغيب ولي الحدث أو وصيه أو وكيله عن المحاكمة بعد دعوته إليها أصولاً.

^١ راجع: التعليق العام للجنة حقوق الطفل رقم ١٠، (حقوق الطفل في قضاء الأحداث)، بتاريخ ٢٠٠٧، ص ١٥ وما يليها.

^٢ راجع قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة الأولى رقم ٢٠٠٧/١٩ بتاريخ ٢٠٠٧/١/٢٥ والذي قررت من خلاله المحكمة بطلان استجواب محكمة الجنايات للمتهم القاصر لعدة غلج حصوله بصورة السرية. (قرار غير منشور).

يؤخذ على هذا الإجراء انتهاك صارخ لحقوق الحدث؛ وذلك لتعارضه مع إجراء آخر من ذات القانون ألا وهو إلزامية حضور المحامي^١.

وبينت لجنة حقوق الطفل ذلك بقولها، ينبغي أن يكون الوالدان أو الأوصياء القانونيين حاضرين في الإجراءات لأن بإمكانهم تزويد الطفل بمساعدة نفسية وعاطفية عامة.

ولا يعني حضور الوالدين أن باستطاعتهم الدفاع عن الطفل أو أن يشاركا في عملية صنع القرار. غير أن للقاضي، أو السلطة المختصة؛ أن يقررا بطلب من الطفل أو من مساعده القانوني أو غيرهم من مقدمي المساعدة الملانمة أو إذا تعارض الأمر مع مصالح الطفل الفضلى (المادة ٣ من اتفاقية حقوق الطفل)، تقييد حضور الوالدين في الإجراءات أو الحد منه أو منعه^٢.

^١ نصت المادة ٤٢ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون على وجوب: وجود محام إلى جانب الحدث إلزامي في المحاكمة الجنائية والمحاكمات الأخرى. إذا لم يبادر ذوو الحدث أو المعنيون بشؤونه إلى تأمين محام حيث يجب، للمحكمة أن تكلف محامياً أو تطلب ذلك من نقيب المحامين. ونصت المادة ٤٠ من اتفاقية حقوق الطفل فقرة ٢ "ب" ٢: إخطاره فوراً ومباشرة بالتهم الموجهة إليه، عن طريق والديه أو الأوصياء القانونيين عليه عند الاقتضاء، والحصول على مساعدة قانونية أو غيرها من المساعدة الملانمة لإعداد وتقديم دفاعه.

^٢ راجع: التعليق العام للجنة حقوق الطفل رقم ١٠، (حقوق الطفل في قضاء الأحداث)، بتاريخ ٢٠٠٧، ص ١٧.

^٣ نصت المادة ٤٠ فقرة ٢ (ب) ٣ على: قيام سلطة أو هيئة قضائية مختصة ومستقلة ونزيهة بالفصل في دعواه دون تأخير في محاكمة عادلة وفقاً للقانون، بحضور مستشار قانوني أو بمساعدة مناسبة أخرى وبحضور والديه أو الأوصياء القانونيين عليه، ما لم يعتبر أن ذلك في غير مصلحة الطفل الفضلى، ولا سيما إذا أخذ في الحسبان سنه أو حالته.

وفي إطار محاكمة الحدث وضع المشرع حكماً يراعي حالة الحدث الذي لم يُنظم بحقه ملفاً اجتماعياً، بوجوب استحصال أي مرجع قضائي مختص بمحاكمة الحدث على:

تحقيق اجتماعي يقوم به المندوب الاجتماعي المعتمد أو من تكلفه المحكمة بذلك من العاملين في الحقل الاجتماعي.

ويشتمل التحقيق على المعلومات اللازمة عن أحوال ذوي الحدث المادية والاجتماعية وعن محيطه الاجتماعي والمدرسي والمهني وعن أخلاقه ودرجة نكاته وحالته الصحية والعقلية وسوابقه الإجرامية، مع التدبير المناسب لإصلاحه. كل ذلك بحسب الوضع عند ارتكاب الجرم وعند المحاكمة.

وللمحكمة أن تأمر عند الاقتضاء بأي معاينة طبية للحدث سواء كانت جسدية أو نفسية أو عقلية، خلال عقد المحاكمة.

وإن المشرع اللبناني مراعاة لمصلحة الحدث، أوجب وجود محامي الحدث أثناء محاكمة الحدث أمام أي مرجع قضائي مختص.

وفي حال لم يبادر ذوي الحدث أو المعنيون بشؤونهم إلى تأمين محام، للمحكمة أن تكلف محامياً أو تطلب ذلك من نقيب المحامين.

¹ راجع المادة ٤١ من قانون حماية الأحداث اللبناني.

² راجع المادة ٤٢ من قانون حماية الأحداث اللبناني.

وعلى المرجع القضائي المختص بمحاكمة الحدث أن تستمع إليه منفرداً تحقياً لمصلحته.

والجدير بالذكر أن المشرع أجاز محاكمة الحدث غيابياً بطريقة ضمنية وذلك بتنظيمه الإعتراض على الأحكام الغيابية الصادرة بحق الحدث في المادة ٤٥ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون^١.

وذلك أصاب أصول محاكمة الحدث المخالف للقانون بعموض وتناقض، حيث أن المشرع قد نص في المادة (٣٦) على أصول تبليغ الحدث موعد المحاكمة عن طريق والديه وفي حال تعذر ذلك يبلغ الحدث شخصياً وإن تعذر ذلك يبلغ بحسب المادة (١٤٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية (التبليغ لصقاً)، ونص في المادة ٤٠ من ذات القانون على وجوب حضور الحدث المحاكمة، وإمكانية إعفائه من حضور المحاكمة إن كانت مصلحته تقتضي ذلك، ونصت المادة (٤٢) التي أوجبت حضور محام محاكمة الحدث، ونصت المادة (٤٣) التي اعتبرت محاكمة الحدث بمثابة الوجاهية إن لم يحضر وحضر محاميه أو والده.

بذلك نخلص بأنه ليس من الممكن محاكمة الحدث غيابياً، لتعارض ذلك أولاً مع نصوص قانون حماية الأحداث اللبناني، وثانياً مع حقوق الحدث المخالف للقانون (حضوره محاكمته وسماع أقواله).

^١ راجع حكم محكمة جنايات الأحداث في بيروت رقم ٢٠١٤/١٠/٤٣ بتاريخ ٢٠١٤/٤/٣ حيث صدر الحكم بصورة غيابية بحق حدثين، وحكم عليهما بالحبس مدة سنتين. (حكم غير منشور).
^٢ راجع حكم القاضي المنفرد الجزائي في لبنان الشمالي، رقم ٢٠١٥/٢٢٦، بتاريخ ٢٠١٥/٥/١٤، والذي تم من خلاله إلغاء حكم غيابي صادر بحق الحدث من نفس القاضي المنفرد، وتم تقديم الاعتراض من قبل الحدث. (حكم غير منشور).

ولعل التناقض الأكبر في القانون بشأن محاكمة الحدث غيابياً هو أن قواعد محاكمة الحدث المخالف للقانون هي قواعد المحاكمة أمام القاضي المنفرد الجزائي (محاكم الدرجة الأولى الجزائية) وفي حال تمت محاكمة الحدث غيابياً يحاكم بحسب قواعد المحاكمة الغيابية أمام القاضي المنفرد الجزائي، ولكن نص المادة (٤٥) في فقرتها الأخيرة ذكرت قواعد المحاكمة الغيابية أمام محكمة الجنايات بشأن جنایات الأحداث، علماً أن المحاكمة الوجيهة بشأن جنایات الأحداث يطبق فيها أصول المحاكمة أمام القاضي المنفرد الجزائي مهما كان نوع جرم الحدث، فهنا طبقت دون جدوى قواعد المحاكم الغيابية أمام محكمة الجنايات المختصة بجنایات الأحداث باعتباره فارقاً من العدالة.

والجدير بالذكر أن قانون حماية الأحداث قد أحال بشأن كيفية الإدعاء الشخصي أمام المرجع القضائي المختص بمحاكمة الحدث المخالف للقانون، إلى قانون أصول المحاكمات الجزائية^١. ولكنه قد نظم حالة تغيب المدعي الشخصي عن محاكمة الحدث في المادة (٣٩) والتي تقول:

^١ المحاكمة الغيابية تفترض تبليغ الشخص وعدم حضوره شخصياً وعدم حضور من يمثله، وتبين ذلك المادة (١٦٥) من قانون أصول المحاكمات الجزائية بقولها: " على المدعي عليه أن يحضر بالذات أو أن يرسل محامياً عنه إذا كان الحد الأقصى لعقوبة الجرم المسند إليه لا يزيد عن سنة حبس. في هذه الحال تعتبر المحاكمة وجاهية في حقه، إذا لم يحضر بالذات أو لم يتمثل بمحام فيحاكم غيابياً. وإذا وجد القاضي ضرورة لمثول المدعي عليه شخصياً أمامه فيبلغه بواسطة وكيله تاريخ الجلسة المعدة لإستجوابه، على أن يتضمن قراره موعد الجلسة باليوم والساعة. إذا غاب المدعي عليه عنها فللقاضي أن يتخذ من غيابه قرينة على صحة ما هو مسند إليه. وإذا كانت عقوبة الجرم المسند إلى المدعي عليه تزيد عن الحبس سنة، ولم يحضر بالذات على رغم إبلاغه موعد الجلسة، فيحاكم غيابياً ".
^٢ راجع المواد ٦٨ و ١٥٥ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

إذا تبلى المدعي الشخصي موعد المحاكمة وتخلف عن الحضور دون عذر مشروع تجري المحاكمة بالصورة الغيابية بحقه، ولا يحق له الاعتراض على الحكم الصادر بحقه غيابياً إلا فيما خص التعويضات الشخصية، غير أن تغيبه لا يجرول دون الحكم له بالتعويضات الشخصية المتوجبة إذا كان قد بين مطالبه في ادعائه. وإذا حضر المدعي الشخصي المحاكمة ثم تغيب دون عذر مقبول فيحاكم كالوجهي^١.

فيما خلا من إجراءات خاصة تم ذكرها سابقاً والمتعلقة بمحاكمة الحدث، وفيما تبقى من إجراءات محاكمة كسماع الشهود مثلاً أو التثبيت من الأدلة ... الخ. يطبق فيها قانون أصول المحاكمات الجزائية فيما خص المحاكمة أمام القاضي المنفرد الجزائي.

الفرع الثاني

القاضي المنفرد الجزائي ومحاكمة الجنايات (حالة التلازم)

نصت المادة ٣٣ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون على أنه: " إذا كان الحدث مشاركاً مع غير الأحداث في جرم واحد أو في جرائم متلازمة يخضع الحدث مع الراشدين إلى إجراءات الملاحقة والتحقيق والمحاكمة أمام المرجع العادي.

^١ الجدير بالذكر أن للمدعي الشخصي المحاكم غيابياً له حق الاستئناف لا الاعتراض وفقاً للمادة ٢٦٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية: " إذا تخلف المدعي الشخصي، دون عذر مقبول عن جلسة المحاكمة ولم يتمثل بمحام رغم إبلاغه أصولاً فيحاكم غيابياً ويتابع السير بالدعوى العامة. لا يقبل الحكم الذي يصدر بنتيجة المحاكمة الإعتراض منه وإنما يقبل الاستئناف".

ويكون على هذا المرجع أن يطبق بالنسبة له الضمانات الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون ومن ضمنها سرية المحاكمة عند استجواب الحدث. وينحصر دور المحكمة العادية هنا بتحديد نسبة الجرم إلى الحدث ومسؤوليته والوصف القانوني والالتزامات المدنية على أن يعود إلى محكمة الأحداث بعد إنبرام حكم المحكمة العادية بحق الحدث الإستماع إليه وفرض التدابير والعقوبات بحسب ما يقنضيه هذا القانون".

وكما يتضح من النص السابق فإن الحدث يُحاكم أمام المرجع العادي المختص (القاضي المنفرد الجزائي" في حالة الجرح والمخالفات") و(محكمة الجنايات" في حالة الجنايات)". بشرط:

● اشترك الحدث المخالف للقانون مع راشد بجرم واحد، أو تلازم جرم الحدث المخالف للقانون مع جرم الراشد.

ويقصد بالشريك وفقاً لقانون العقوبات العام اللبناني بمادته ٢١٢، كل من ساهم مباشرة في تنفيذ الجريمة.

وتكون الجرائم متلازمة وفقاً لنص المادة (١٣٣) من قانون أصول المحاكمات الجزائية:

^١ راجع حكم محكمة الجنايات في بيروت، رقم ٢٠٠٧/٢١٤، بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٩، ومن خلال الوقائع انعقد الاختصاص لمحكمة الجنايات للنظر بجريمة قتل اشترك فيها الحدث مع راشد. (حكم غير منشور).

ا. إذا ارتكبتها عدة أشخاص مجتمعين في آن واحد.

ب. إذا ارتكبتها أشخاص متعددون في أوقات وأماكن مختلفة تنفيذاً لاتفاق بينهم.

ج. إذا كان بعضها تهيئة للبعض الآخر أو تمهيداً لوقوعه أو تسهياً أو تنفيذاً له أو لإخفاء نتائجه الجرمية أو لإبقاء منفذها دون ملاحقة.

د. إذا اشترك عدة أشخاص في إخفاء الأشياء الناتجة عن الجريمة كلياً أو جزئياً.

ويعاب على الشرط الأخير بفقرته الأولى اقتصراره على حالة كون الحدث شريكاً في جرم واحد مع راشد لمحاكمته أمام المرجع العادي المختص دون النص على حالة الحدث المتدخل! فكان من الأفضل ذكر مساهمة الحدث مع غيره بشكل يشمل التدخل والاشتراك!

¹ لم يُعرف قانون العقوبات اللبناني المتدخل وإنما عدد حالات التدخل في المادة ٢١٩ منه: يُعد متدخلاً في جناية أو جنحة:

١- من أعطى إرشادات لاقترافها وإن لم تساعد هذه الإرشادات على الفعل.

٢- من شدد عزيمة الفاعل بوسيلة من الوسائل.

٣- من قبل، ابتغاء لمصلحة مادية أو معنوية، عرض الفاعل أن يرتكب الجريمة.

٤- من ساعد الفاعل أو عاونه على الأفعال التي هيأت الجريمة أو سهلتها.

٥- من كان متفقاً مع الفاعل أو أحد المتدخلين قبل ارتكاب الجريمة وساهم في إخفاء معالمها أو تخيئة أو تصريف الأشياء الناجمة عنها، أو إخفاء شخص أو أكثر من الذين اشتركوا فيها عن وجه العدالة.

٦- من كان عالماً بسيرة الأشرار الجنائية الذين دأبهم قطع الطرق أو ارتكاب أعمال العنف ضد أمن الدولة أو السلامة العامة، أو ضد الأشخاص أو الممتلكات وقدم لهم طعاماً أو مأوى أو مخبأ أو مكاناً للاجتماع.

ويعرف الدكتور محمد الفاضل المتدخل بقوله: يعد متدخلاً في الجريمة من يساعد على وقوعها

وبالتالي، إن اشترك الحدث مع الراشد بجرم واحد، أو تلازم جرمه مع جرم راشد يحاكم أمام المرجع العادي المختص، ولكن يجب على الأخير الالتزام بالضوابط التالية:

١. الالتزام بأصول محاكمة الحدث المخالف للقانون الخاصة (كالسرية والتحقيق الاجتماعي).^٢

٢. اقتصار دوره على توصيف جرم الحدث المخالف للقانون وتحديد مسؤولية عنه والإلزامات المدنية في حال الإدعاء الشخصي.

٣. إحالة ما توصل إليه بشأن الحدث المخالف للقانون^٢، إلى المرجع القضائي المختص بمحاكمة الحدث (مخالفات وجنح " قاضي منفرد جزائي ")، (جنايات "الغرفة الابتدائية لدى محكمة الدرجة الأولى")، ليحكم الأخير على الحدث المخالف للقانون بعد الاستماع إليه بالتدابير أو العقوبات بحسب ما نص عليه قانون حماية الاحداث المخالفين للقانون.

دون أن تكون مساعدته عملاً من الأعمال التنفيذية التي تجعل مرتكبها فاعلاً. راجع الدكتور محمد الفاضل، المبادئ العامة في قانون العقوبات، بلا دار نشر، الطبعة الثانية، دمشق، ١٩٦٣، ص ٣٦٨.

^١ راجع حكم محكمة جنبايات الأحداث في بيروت رقم ٢٠١٤/٢٥ بتاريخ ٢٠١٤/١٠/١٦، حيث تمت إحالة ملف حدث من قبل محكمة الجنبايات في بيروت وكان الحدث متدخلًا عن طريق شد عزيمة شخص راشد. (حكم غير منشور).

^٢ راجع الفرع السابق من المطلب الأول.

^٢ يجب أن يكون الحكم مبرماً أي قد استنفذ طرق الطعن كافة.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

ومؤدى ما سبق أنه وللأسف تتم محاكمة الحدث أمام المحكمة العسكرية وفقاً لنص المادة ٣٣ من قانون حماية الأحداث اللبناني.

أخيراً يؤخذ على أصول محاكمة الحدث المخالف للقانون، تعقد وتشتم إجراءاتها وطول مدتها، خصوصاً في حالة مساهمة الحدث بجرم راشد أو تلازم جرمه مع جرم راشد. فحرى بالمشرع اللبناني إنشاء قضاء متخصص للنظر بقضايا الأحداث الأمر المتوافق مع مصلحة الحدث الفضلى.

يبقى أخيراً بيان كيفية المراجعة أو الطعن بالأحكام الصادرة بحق الحدث المخالف للقانون وتنفيذها، وهو ما سنبينه من خلال المطلب الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

طرق المراجعة أو الطعن بالأحكام الصادرة بحق الحدث المخالف للقانون

وتنفيذها

يحق للطفل أن يطعن في قرار إدانته بالتهم الموجهة إليه وفي التدابير الموجهة إليه وفي التدابير المفروضة نتيجة لقرار الإدانة. وينبغي أن تثبت في هذا الطعن سلطة

^١ راجع قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة السادسة رقم ٢٠١٠/٢٠١ بتاريخ ٢٠١٠/١١/٤ والذي ردت من خلاله المحكمة طلب المستدعي باعتبار المحكمة العسكرية غير مختصة بمحاكمة الحدث وإن كان مشتركاً مع غيره وانعقد الاختصاص للمحكمة العسكرية، بقولها أن الغاية من محاكمة القاصر المشترك مع راشد أمام المحاكم العادية بما فيها المحكمة العسكرية كامنة في عدم صدور أحكام قضائية متناقضة أو متعارضة عن مرجعين قضائيين في جريمة واحدة. (قرار غير منشور).

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

أو هيئة قضائية مختصة أعلى تتسم بالاستقلال والنزاهة، أي هيئة تستوفي المعايير والمتطلبات ذاتها التي تستوفيها الهيئة التي تناولت القضية في الدرجة الأولى.

ويتماهى هذا الحق مع ما ورد في الفقرة ٥ من المادة ١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية. ولا يقتصر حق الطعن هذا على أخطر الجرائم.

وفيما خص قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون نصت المادة ٣٣ على أنه: تخضع الأحكام الصادرة في قضايا الأحداث عن المحاكم العادية لنفس طرق المراجعة المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية، أما القرارات الصادرة عن محاكم الأحداث بشأن التدابير والعقوبات وفقاً لأحكام هذه المادة فتخضع لطرق المراجعة المنصوص عليها في هذا القانون.

وبالعطف على هذه المادة نصت المادة ٤٤ من ذات القانون على أنه: يصدر قاضي الأحداث أحكامه في الدرجة الأخيرة في ما خص دعوى الحق العام. وتبقى هذه الأحكام قابلة للطعن عن طريق إعادة المحاكمة وفقاً للأصول المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية.

أما الأحكام الصادرة في الجنايات فتخضع للمراجعة أمام محكمة التمييز في الحالات المنصوص عليها في القانون العادي.

راجع: التعليق العام للجنة حقوق الطفل رقم ١٠، (حقوق الطفل في قضاء الأحداث)، بتاريخ ٢٠٠٧، ص ١٨.

^٢ نصت المادة ١٤ الفقرة ٥ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على: لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء، وفقاً للقانون، إلى محكمة أعلى كي تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

نستنتج مما سبق أنه في حال انعقد الاختصاص للمحاكم العادية للنظر في دعاوى الأحداث تبقى أحكام تلك الأخيرة قابلة للمراجعة وفقاً لقانون أصول المحاكمات الجزائي^١.

^١ تختص محكمة الاستئناف كمرجع استئنافي لأحكام وقرارات القاضي المنفرد الجزائي، راجع المادة ٢١٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية وقد جاء بها:
تقبل الاستئناف الأحكام الصادرة في قضايا الجنج. ولا تقبل الاستئناف الأحكام الصادرة في المخالفات إلا إذا قضت: أ- بالحبس أو بالتوقيف التكميري أو بغرامة تزيد على الخمسمائة ألف ليرة ب- بعقوبة إضافية أو فرعية أو بتعويضات شخصية تزيد على الخمسمائة ألف ليرة ج- برد دفع من الدفوع المنصوص عليها في المادة ٧٣ من هذا القانون. د- بعقوبة لمخالفة متلازمة مع جنحة. وراجع المادة ٢١٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية:
لا يجوز إستئناف القرارات غير الفاصلة في أساس النزاع إلا مع الحكم النهائي. تستثنى من هذا المبدأ القرارات التي تبنت في دفع أو أكثر من الدفوع المنصوص عليها في المادة ٧٣ من هذا القانون وقرارات إخلاء السبيل والقرارات التي يُنهي بها القاضي المنفرد الدعوى دون التعرض للأساس.

وتختص محكمة التمييز في مراجعة أحكام وقرارات القاضي المنفرد الجزائي، راجع المادة ٣٠٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية وقد ورد بها:
ما خلا حالة صدور الحكم عن هيئة لم تشكل وفقاً للقانون والقرارات المتعلقة بالصلاحية وبسقوط الحق العام بمرور الزمن أو بالعفو العام أو في إمتناع الإدعاء في القضية المحكمة، لا يقبل النقض في قضايا الجنج إلا لأحد الأسباب المنصوص عليها في المادة ٢٩٦ من هذا القانون بشرط توافر الإختلاف في الوصف القانوني للفعل بين قضاة الدرجة الأولى وقضاة الدرجة الثانية. تختص محكمة التمييز في مراجعة أحكام محكمة الجنايات، راجع المادة ٢٩٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية: إن الأحكام التي تصدرها محاكم الجنايات تقبل التمييز لسبب من الأسباب الآتية:

أ- صدور الحكم عن هيئة لم تُشكل وفقاً لأحكام القانون. ب- مخالفة القانون أو الخطأ في تفسيره أو في تطبيقه. ج- مخالفة قواعد الإختصاص. د- إغفال الأصول المفروضة تحت طائلة الإبطال أو الإخلال بالقواعد الجوهرية في المحاكمة. هـ- الحكم بفعل جرمي لم يتناوله قرار الإتهام أو في حق شخص لم يُتهم فيه. و- عدم البت في دفع أو سبب دفاع أو طلب تقدم به أحد فرقاء الدعوى أو الحكم بأكثر مما طلب. ز- عدم تعليل الحكم أو التناقض بين تعليله وبين الفقرة الحكيمية أو التناقض في الفقرة الحكيمية ذاتها. ح- تشويه الوقائع أو المضمون الواضح للمستندات المبرزة في ملف الدعوى. ط- فقدان الأساس القانوني. ي- الأحكام القاضية بالإعدام.

أما أحكام قاضي الأحداث تصدر بالدرجة الأخيرة فيما خص الحق العام (أي الحكم الصادر بعقوبة أو بتدبير بحق الحدث). ولكن تقبل الأحكام الأخيرة الطعن عليها بطريق إعادة المحاكمة بحسب قانون أصول المحاكمات الجزائية. أما الأحكام الصادرة في الجنايات تخضع للمراجعة أمام محكمة التمييز وفقاً لقانون أصول المحاكمات الجزائية. وهو ما سنبيّنه في الفرعين الأول والثاني من هذا المطلب. أما فيما يخص تنفيذ الأحكام الأخيرة نبيّنه في الفرع الثالث من هذا المطلب.

الفرع الأول: إعادة المحاكمة

الفرع الثاني: الطعن أمام محكمة التمييز

الفرع الثالث: تنفيذ الأحكام الخاصة بالحدث المخالف للقانون

الفرع الأول

إعادة المحاكمة

قد يحكم على شخص، ثم يتبين بعد فترة من الزمن أنه كان بريئاً، لأسباب لم تكن قد اكتشفت أثناء المحاكمة الأولى ولكنها تكتشف بعد ذلك. ومن أجل رفع الظلم عن المظلوم شرعت إعادة المحاكمة!

¹ راجع: عفيف شمس الدين، مرجع سابق، ص ٤٤٥.

وتعتبر طريقة إعادة المحاكمة الطريقة الوحيدة لمراجعة الأحكام الصادرة عن قاضي الأحداث.

وتختص محكمة التمييز بالنظر في طلبات إعادة المحاكمة، ويجوز طلب إعادة المحاكمة، في القضايا الجنائية والجنحية للأحداث المخالفين للقانون، في الحالات الآتية:

أ. إذا حكم على حدث بجريمة قتل وظهرت بعد ذلك أدلة كافية على أن المدعى قتله ما زال حياً.

ب. إذا حكم على حدث جنائية أو بجنحة ثم حكم فيما بعد على شخص آخر بالجرم ذاته وبالصفة نفسها شرط أن ينتج عن ذلك دليل على براءة أحد المحكوم عليهما.

ج. إذا حكم على حدث بالإستناد إلى شهادة شخص آخر ثبت فيما بعد أنها كاذبة بحكم مبرم.

د. إذا وقع أو ظهر بعد الحكم فعل جديد أو مستندات كانت مجهولة أثناء المحاكمة وكان من شأنها أن تشكل دليلاً على براءة المحكوم عليه الحدث.

• وتتلخص إجراءات تقديم طلب إعادة المحاكمة بالخطوات التالية:

¹ راجع المادة ٢٩٥ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

^٢ راجع المادة ٣٢٨ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

يُقدم الطلب إلى الغرفة الجزائية لدى محكمة التمييز من قبل المحكوم عليه بواسطة النائب العام التمييزي؛ ويمكن أن يقدمه ممثله الشرعي إذا كان فاقد الأهلية أو إذا كانت غيبته ثابتة بحكم قضائي أو أحد ورثته أو أحد الموصى لهم في حال وفاته. ويجب أن يرفق بالطلب صورة طبق الأصل مصدقة معفاة من الرسم عن الحكم المطلوب إعادة المحاكمة ضده وعن الدليل الذي يتذرع به وصورة عن وكالة المحامي الذي وقّع الطلب وإيصالاً مالياً بدفع تأمين قدره مائتا ألف ليرة. ثم يحيل النائب العام التمييزي الطلب إلى الغرفة الجزائية المختصة لدى محكمة التمييز مشفوعاً بمطالعه خلال مدة أسبوعاً^١.

● وتتلخص إجراءات النظر بطلب إعادة المحاكمة بما يلي:

ابتداءً يجب أن تقبل محكمة التمييز طلب إعادة المحاكمة شكلاً، ثم تنظر في أساس الدعوى. ولها أن تقوم بإجراء تحقيق إضافي عند الإقتضاء^٢.

وإذا أبطلت المحكمة الناظرة في طلب الإعادة الحكم المطعون فيه في حق أحد المحكوم عليهم الأحياء بسبب زوال الصفة الجرمية عن الفعل المحكوم به أو لكون المحكوم عليه معفى من العقاب فتكتفي بهذا الإبطال.

وإذا كان الإبطال مبنياً على زوال الصفة الجرمية عن الفعل فيستفيد منه سائر المحكوم عليهم^٣.

^١ راجع المادة ٣٢٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

^٢ راجع المادة ٣٣٠ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

^٣ راجع المادة ٣٣١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

وفيما خص تقديم طلب إعادة المحاكمة إذا قدم طلب الإعادة بعد وفاة المحكوم عليه أو فقده أهليته، بواسطة أحد الأشخاص المذكورين في المادة ٣٢٩ من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، فتتظر المحكمة في الطلب.

وإذا قُضي بإبطال الحكم المطعون فيه وبإعلان براءة المحكوم عليه أو بإبطال التعقبات في حقه فنقضي بنشر حكمها على لوحة إعلانات المحكمة وفي محل وقوع الجريمة وفي محل إقامة المحكوم عليه وفي الجريدة الرسمية وفي صحيفتين يوميتين محليتين. تتحمل الدولة نفقات النشر^١.

وإذا قضي ببراءة المحكوم عليه أو بإبطال التعقبات في حقه فيكون للحكم مفعول رجعي تلغى بموجبه جميع مفاعيل الحكم السابق ما خلا منها الحقوق المكتسبة عن حسن نية

وللمحكمة أن تقضي بناءً على طلب مستدعي الإعادة بالتعويض عليه عن الضرر الذي لحق به من الحكم السابق. وإذا توفي المحكوم عليه فينتقل الحق بطلب التعويض إلى ورثته أو الموصى لهم.

وتقدر المحكمة التعويض وفقاً للقواعد المنصوص عليها في قانون الموجبات والعقود.

^١ راجع المادة ٣٣٢ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

وتتحمل الدولة التعويض المحكوم به، ولها أن ترجع به على كل من كان السبب في صدور الحكم السابق^١.

يؤخذ على ما سبق توضيح حق الحدث في مراجعة الحكم الصادر بجنحة، وحصر ذلك فقط بإعادة المحاكمة وهو أمر منافي لحقوق الإنسان بشكل عام وحقوق الطفل بشكل خاص^٢.

الفرع الثاني

الطعن أمام محكمة التمييز

إن الأحكام الصادرة في جنايات الأحداث تقبل المراجعة أمام محكمة التمييز وفقاً لقانون أصول المحاكمات الجزائية وذلك لأي سبب من الأسباب الآتية:

- أ. صدور الحكم عن هيئة لم تُشكّل وفقاً لأحكام القانون.

- ب. مخالفة القانون أو الخطأ في تفسيره أو في تطبيقه.

- ج. مخالفة قواعد الإختصاص.

- د. إغفال الأصول المفروضة تحت طائلة الإبطال أو الإخلال بالقواعد الجوهرية في المحاكمة.

^١ راجع المادة ٣٣٣ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

^٢ راجع: المادة ١٤ من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والمادة ٤٠ من اتفاقية حقوق الطفل.

هـ. الحكم بفعل جرمي لم يتناوله قرار الإتهام أو في حق شخص لم يُتهم فيه.

و. عدم البت في دفع أو سبب دفاع أو طلب تقدم به أحد فرقاء الدعوى أو الحكم بأكثر مما طلب.

ز. عدم تعليل الحكم أو التناقض بين تعليله وبين الفقرة الحكمية أو التناقض في الفقرة الحكمية ذاتها.

ح. تشويه الوقائع أو المضمون الواضح للمستندات المبرزة في ملف الدعوى.

ط. فقدان الأساس القانوني¹.

ولعل ما يهمنا هو مهلة طلب نقض الحكم الوجيه الصادر عن المرجع المختص بالنظر في جنایات الأحداث والتي تتحدد خلال خمسة عشرة يوماً من صدوره.

أما ما يخص باقي إجراءات أمام محكمة التمييز كتقديم النقص من قبل النيابة العامة وتوقيع محامي الاستئناف بطلب التمييز وغيرها تطبق الأصول الجزائية المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية.

والجدير بالذكر أخيراً أنه تقبل الأحكام في ما خص الإلزامات المدنية الاستئناف أمام محكمة الاستئناف في المهل ووفقاً لأصول الاستئناف المنصوص عليها لمثل هذه الدعوى في قانون الأصول الجزائية¹.

¹ راجع المادة ٢٩٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

ونضيف أن لجنة حقوق الطفل قد بيّنت أنه ينبغي على الدول الأطراف إتاحة حق الطعن لكل طفل مُحاكم " الذي ثبتت إدانته"، وهو الأمر المتوافق مع نصوص اتفاقية حقوق الطفل. علماً أن حق الطعن للطفل المُحاكم "الذي ثبتت إدانته"؛ الوارد في نص المادة ٤٠ غير قابل للتحفظ من قبل الدول الأطراف المصدقة على الاتفاقية^١. الأمر الذي لم يحترمه لبنان بحصره أولاً حق الحدث في مراجعة أحكامه المتعلقة بالجرح، بطريق إعادة المحاكمة، ثانياً حق الحدث في مراجعة أحكامه المتعلقة بالجنايات، بطريق التمييز. علماً أن الأحكام التي يصدرها المرجع المختص في حالة التلازم قابلة لجميع طرق الطعن!!!

يبقى أخيراً معالجة كيفية تنفيذ أحكام الأحداث وهذا ما سنبيّنه في الفرع التالي.

الفرع الثالث

تنفيذ الأحكام الخاصة بالحدث المخالف للقانون

نصت المادة ٤٩ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون على الآتي:

تقوم محكمة الأحداث بإنفاذ الأحكام التي تصدرها بواسطة القلم التابع لها وتكلف المنسوب الاجتماعي المعتمد مرافقة الحدث إلى المعهد أو المؤسسة التي حكم بوضعه فيها إلا إذا تعذر ذلك أو كان الحدث قد بات راشداً فتكلف عناصر قوى الأمن الداخلي بذلك.

^١ راجع المواد من ٢٠٨ إلى ٢١١ من قانون أصول المحاكمات الجزائية، والمواد من ٣١٤ إلى ٣١٦ من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

^٢ راجع: التعليق العام للجنة حقوق الطفل رقم ١٠، (حقوق الطفل في قضاء الأحداث)، بتاريخ ٢٠٠٧، ص ١٨.

ويتبين من النص السابق أن الأحكام الصادرة بحق الحدث المخالف للقانون تنفذ بواسطة قلم المرجع القضائي المختص بالنظر بدعاوى الأحداث وفقاً لما تمّ بيانه سابقاً.

وأوجب النص الأخير على المرجع القضائي المختص، تكليف المندوب الاجتماعي المعتمد مرافقة الحدث إلى المعهد أو المؤسسة التي حكم بوضعه فيها إلا إذا تعذر ذلك، وفي حال كان الحدث راشداً يُكلف عناصر قوى الأمن الداخلي بذلك. والجدير بالذكر أخيراً أنه يحظر نشر صورة الحدث ونشر وقائع التحقيق والمحاكمة أو ملخصها في الكتب والصحف والسينما، وأية وسيلة إعلامية أخرى. ويمكن نشر الحكم النهائي على أن لا يذكر من إسم المدعى عليه وكنيته ولقبه إلا الأحرف الأولى، وكل مخالفة لهذه الأحكام تعرّض المخالف لعقوبة السجن من ثلاثة أشهر إلى سنة وللغرامة من مليون إلى خمسة ملايين ليرة أو لإحدى هاتين العقوبتين^١.

وإن الأحكام الصادرة بحق الحدث المتضمنة عقوبة تدرج في السجل العدلي الخاص به، ولا تظهر إلا في البيان رقم (٢) و (٣) من هذا السجل، ولا تدرج في السجل العدلي للحدث للتدابير المتخذة بحقه^٢،

^١ راجع المادة ٤٨ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون.

^٢ راجع المادة ٥٠ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون.

الخاتمة

تجلّت العدالة الخاصة بالأحداث بالحماية القانونية الخاصة بهم، وحاوّلنا من خلال هذا البحث؛ بيان هذه الحماية؛ سواء من الناحية الموضوعية أم من الناحية الإجرائية، وفقاً لقانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر اللبناني.

وإجمالاً لما تقدم عبر صفحات هذا البحث يمكن القول بأن أهم مظاهر هذه الحماية تجلّت فيما يلي:

• من الناحية الموضوعية:

١. اعتماد سن دنيا قانونية لمساءلة الحدث المخالف للقانون (٧ سنوات).
 ٢. نظام قانوني خاص قسم مسؤولية الحدث لثلاث مراحل:
 - أ. مرحلة المسؤولية شبه المنعدمة. (٧-١٢ سنة).
 - ب. مرحلة تطبيق التدابير دون العقوبات المخفضة. (١٢-١٥ سنة).
 - ج. مرحلة تطبيق العقوبات المخفضة والتدابير. (١٥-١٨ سنة).
 ٣. نظام قانوني عقابي خاص بالحدث المخالف للقانون وهو:
 - أ. التدابير الخاصة بالأحداث (تدابير غير ممانعة للحرية ، تدابير ممانعة للحرية).
 - ب. العقوبات المخفضة؛
 - ج. التدابير الاحترافية.
- ### • من الناحية الإجرائية:

١. وضع أصول خاصة لملاحقة جرائم الحدث المخالف للقانون والتحقيق فيها؛
وتتمثل في :

أ. إعلام أهل الحدث أو وصيه القانوني.

ب. الاتصال الفوري بالمندوب الاجتماعي.

٢. اعتماد أصول خاصة تتعلق بمحاكمة الحدث المخالف للقانون؛ وتتجلى في:

أ. اختصاص القاضي المنفرد الجزائي بالنظر في جنح الأحداث.

ب. اختصاص المحكمة الابتدائية لدى محكمة الدرجة الأولى في جنایات الأحداث.

ج. اختصاص القاضي المنفرد الجزائي (العادي) في حالة مشاركة الحدث بجرم راشد أو تلازم جرمه مع جرم راشد.

د. اختصاص محكمة الجنایات حالة مشاركة الحدث بجرم راشد أو تلازم جرمه مع جرم راشد.

٣. النص على أصول خاصة بمراجعة الأحكام الصادرة بحق الحدث المخالف للقانون؛ وتمثلت في:

أ. قابلية الأحكام الصادرة بحق الحدث المخالف للقانون (الجنح) للمراجعة بطريق إعادة المحاكمة.

ب. قابلية الأحكام الصادرة بحق الحدث المخالف للقانون (الجنایات) للطعن أمام محكمة التمييز.

ج. قابلية الأحكام الصادرة بحق الحدث المخالف للقانون غيابياً للاعتراض.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

د. قابلية الأحكام الصادرة بحق الحدث المخالف للقانون الصادرة عن المراجع العادية لكافة طرق المراجعة أو الطعن المنصوص عنها في قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

➤ هذا ومن خلال دراستنا لقانون حماية الأحداث اللبناني نبدي الملاحظات والتوصيات التالية، ونقسمها إلى قسمين؛ القسم الأول يتعلق بالملاحظات من ناحية الحماية الخاصة بالحدث، والقسم الثاني يتعلق بالملاحظات من ناحية الصياغة القانونية لقانون حماية الأحداث اللبناني:

أولاً: من الناحية الخاصة بالحماية الخاصة بالحدث:

١. إن السن القانونية لبدء المسؤولية الجزائية للأحداث سن متدنية جداً بالنظر إلى القواعد الدولية واتفاقية حقوق الطفل وقوانين الدول المجاورة، لذلك نقترح تغيير سن السابعة كسن لبدء مسؤولية الأحداث واستبداله بسن الثالثة عشر.

٢. إن تدبير الحرية المراقبة وتدابير الوضع قيد الاختبار وجهين لعملة واحدة، أي ما من اختلاف جوهري بينهما، فكلاهما يُخضع الحدث للمراقبة الاجتماعية تحت إشراف القضاء مما أدى إلى حصول خلط فقهي قضائي بين هاذين التدبيرين مما دفعنا إلى اقتراح إلغاء أحد التدبيرين واعتماد نظام مراقبة اجتماعية موحد تحت إشراف قضاء الأحداث.

٣. إعادة النظر في تدبير العمل للمنفعة العامة أو العمل تويضاً للضحية استناداً لغياب البيئة الحاضنة لهكذا تدابير في الجمهورية اللبنانية. مع التأكيد على أن الأمر يعتبر كنوع من أنواع السخرة.

٤. تفعيل المادة ٥١ من قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون التي نصت على إنشاء معهد تأديب خاص بالأحداث.

٥. إن الأحداث المخالفين للقانون يعاملون كالراشدين عند احتجازهم أمام الضابطة العدلية أو النيابة العامة، سواء من ناحية المدة أو من ناحية مكان الاحتجاز. مما يدفعنا إلى اقتراح إضافة مدة خاصة لاحتجاز الحدث لا تتجاوز ٢٤ ساعة في مكان خاص يتناسب وطبيعة الأحداث، ولعل الأفضل الاستعاضة عن احتجاز الحدث الإسراع في الإجراءات تحقيقاً لمصلحة الحدث الفضلى.

٦. إن الأحداث المخالفين للقانون يعاملون كالراشدين عند حالة التوقيف الاحتياطي سواء من ناحية المدة أو من ناحية مكان التوقيف، مما يدفعنا إلى اقتراح إضافة نص يحدد مدد توقيف الحدث احتياطياً بما يتناسب وطبيعته.

٧. إن قضاء الأحداث في الجمهورية اللبنانية يتمتع بطبيعة قانونية هجينة فلا هو قضاء متخصص ينظر فقط في دعاوى الأحداث، ولا هو بالقضاء الذي يعامل الأحداث كالراشدين، والأمر يتجلى في اختصاص المراجع القضائية العادية في حالة تلازم جرم الحدث مع جرم الراشد أو اشتراك الحدث بجرم راشد؛ وعلّة هذا الاختصاص الكامنة في تقادي تعارض الأحكام يمكن تجنبها بإجراءات إدارية توافقية تمنع ذلك الأمر. مما دفعنا إلى اقتراح تعديل نص القانون لناحية قضاء الأحداث بإناطة جميع دعاوى الأحداث في جميع الحالات إلى مرجع قضائي واحد.

٨. إن المشرع قد نص في حال تعذر تبليغ ولي القاصر أو المسؤول عنه قانوناً موعداً المحاكمة، تبليغ القاصر بنفسه ذلك الموعد، وهو أمر محل نقاش على اعتبار إن كان الحدث في عمر ١٥ أو أقل ويستلم أوراق قانونية تدفعه لتعيين محامي ودفع ما وُجه إليه من تهم. مما دفعنا إلى اقتراح إلغاء هذا النص وحصر التبليغ بالوالدين أو المسؤول القانوني أو المحامي، مع التأكيد على حق الحدث أن يعلم ما وُجه إليه من تهم.

٩. إن المشرع قد وقع في تناقض بنصه بالزامية حضور محامي محاكمة الحدث، وحالة غياب والديّ الحدث أو المسؤول عنه قانوناً أو المحامي باستمرار المحاكمة بوجه الحدث منفرداً، مما دفعنا إلى اقتراح إلغاء النص الأخير والإبقاء على حضور المحامي إلزامياً ووالديّ الحدث أو المسؤول عنه قانوناً.

١٠. إن المشرع قد أجاز المحاكمة الغيابية بوجه الحدث علماً أن نصوص قانون الأحداث اللبناني لا تفترض تبليغ الحدث أو والديه أو المسؤول عنه قانوناً أو محاميه وعدم حضورهم، وذلك بوجود حضور محاكمة الحدث من قبل المحامي، وإن قانون حماية الأحداث اللبناني فيما خصّ محاكمة الحدث تعتبر الأخرى بمثابة الوجاهية إن حضرها محامي الحدث وفق ما نصت عليه المادة ٤٣.

١١. إن المشرع قد اختصر طرق مراجعة الأحكام الصادرة بجنح بحق الأحداث بإعادة المحاكمة فقط، و اختصر طرق مراجعة الأحكام الصادرة بجنايات بحق الأحداث بالطعن أمام محكمة التمييز فقط. وهذا الأمر يتناقض

وحق الحدث بمراجعة الأحكام الصادرة بحقه، مع العلم أن المشرع قد أتاح جميع طرق المراجعة والظعن بالأحكام التي تصدرها المراجع العادية (حالة التلازم). مما يدفعنا إلى اقتراح تعديل هذا النص بـإتاحة كل طرق الظعن والمراجعة على جميع الأحكام الصادرة بحق الأحداث.

ثانياً: من ناحية الصياغة القانونية لقانون حماية الأحداث اللبناني:

١. إن المشرع في قانون حماية الأحداث لم يعتمد تسمية موحدة للجهة المختصة بمحاكمة الحدث، فتارة يطلق عليها قضاء الأحداث، وتارة يطلق عليها المرجع العادي، وتارة يطلق عليها المراجع القضائية، وتارة يطلق عليها المحكمة العادية، وتارة يطلق عليها قاضي الأحداث، وتارة يطلق عليها محكمة الأحداث. مما دفعنا إلى اقتراح اعتماد تسمية موحدة منعاً للخلط ومراعاة لدقة القواعد القانونية الجزائية.

٢. إن المشرع في قانون حماية الأحداث لم يعتمد تسمية موحدة للمسؤول عن الحدث، فتارة يطلق عليه والد الحدث، وتارة يطلق عليه ولي الحدث، وتارة يطلق عليه وصف الأهل، مما دفعنا إلى اقتراح اعتماد تسمية موحدة منعاً للخلط ومراعاة لدقة القواعد القانونية الجزائية.

٣. إن المشرع في قانون حماية الأحداث لم يعتمد تسمية موحدة للوكيل القانوني للحدث، فتارة يطلق عليه الوصي، وتارة يطلق عليه المسؤول القانوني، مما دفعنا إلى اقتراح اعتماد تسمية موحدة منعاً للخلط ومراعاة لدقة القواعد القانونية الجزائية.

٤. إن المشرع في قانون حماية الأحداث لم يعتمد تسمية موحدة للوكيل الاتفاقي، فتارة يطلق عليه مسمى الوكيل، وتارة يطلق عليه مسمى المحامي، مما دفعنا إلى اقتراح اعتماد تسمية موحدة منعاً للخلط ومراعاة لدقة القواعد القانونية الجزائرية.

٥. إن المشرع في قانون حماية الأحداث عند تنظيم حالة مشاركة الحدث مع الراشد بجرم واحد قد أطلق مصطلح المشاركة وهو مصطلح غير مألوف في قانون العقوبات اللبناني مما أدى إلى حصول لبس في مدلول هذا المصطلح، هل يقصد منه الشريك أم المتدخل؟ مما دفعنا إلى اعتماد مصطلح موحد منعاً لللبس ومراعاة لدقة القواعد القانونية الجزائرية.

في ختام بحثنا هذا نؤكد ونشدد على أهمية الحماية القانونية للأحداث، لأن المعنى بهذه الحماية هم الأطفال، مستقبل الأوطان، وجيل الأمة الصاعد. وفي ظل ما تمر به دولنا من ظروف اقتصادية واجتماعية وسياسية قاسية، وجب حماية أطفالنا فهم الأمل في إعادة بناء هذه الأوطان، وإن لم نستطع تأمين الحماية القانونية لهم بما يتفق وخصوصية أوضاعهم النفسية والاجتماعية والعمرية؛ سمحنا بضيايعهم مرتين وعندها حقّ المأخذ على (المشرع والقاضي والفقهاء).

انتهى بعونه تعالى

قائمة المراجع

أولاً: المراجع العامة:

١. حسن صادق المرصفاوي، قواعد المسؤولية في التشريعات العربية، منشورات الجامعة الدول العربية، قسم البحوث والدراسات القانونية، ١٩٧٢.
٢. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٨.
٣. رمسيس بهنام، علم الإجرام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٨٦.
٤. سليمان عبد المنعم: النظرية العامة لقانون العقوبات، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
٥. سمير عاليه، الوسيط في شرح قانون العقوبات، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠١٠.
٦. طه زاكي صافي، المبادئ الأساسية لقانون العقوبات اللبناني القسم العام، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ١٩٩٣.
٧. عبد الرؤوف مهدي، شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١.
٨. عبد الوهاب حومد، المفصل في شرح قانون العقوبات، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٩٠.
٩. عبود السراج، التشريع الجزائي المقارن في الفقه الاسلامي والقانون السوري، مطبعة رياض، دمشق، ١٩٨١.
١٠. عبود السراج، الوجيز في علم الإجرام وعلم العقاب، مطبوعات جامعة دمشق، دمشق، ١٩٨٢.

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

١١. عبود السراج، شرح قانون العقوبات العام، مطبعة جامعة دمشق، ٢٠١٤.
١٢. عدنان الخطيب، موجز القانون الجزائي، الكتاب الأول المبادئ العامة في قانون العقوبات، مطبعة جامعة دمشق، ١٩٦٣.
١٣. عفيف شمس الدين، أصول المحاكمات الجزائية، بيروت، ٢٠٠١.
١٤. علي عبد القادر القهوجي وسامي عبد الكريم محمود، أصول علمي الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
١٥. علي عبد القادر القهوجي، شرح قانون العقوبات القسم العام، المسؤولية الجنائية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
١٦. عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، ١٩٩٨.
١٧. فتوح الشاذلي، أساسيات الإجرام والعقاب، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
١٨. فيلومين نصر، أصول المحاكمات الجزائية دراسة وتحليل، الطبعة الأولى، لبنان، ١٩٩٢.
١٩. مأمون محمد سلامة، علم الإجرام والعقاب، القاهرة، ١٩٧٥.
٢٠. محمود نجيب حسني، أبحاث في علم الإجرام، جامعة القاهرة، ١٩٧٠.
٢١. محمود نجيب حسني، النظرية العامة للقصد الجنائي، القاهرة، ١٩٧٤.

٢٢. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة ثالثة، دون تاريخ نشر.
٢٣. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، المجلد الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة ثالثة.
٢٤. محمود نجيب حسني، علم العقاب، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣.
٢٥. مصطفى العوجي، القانون الجنائي العام، المسؤولية الجزائية، دار نوفل، الطبعة الثانية، ١٩٩٢.
٢٦. مصطفى العوجي، دروس في أصول المحاكمات الجزائية، منشورات الحلبي، بيروت، طبعة ٢٠١٥.

ثانياً: المراجع الخاصة:

١. إيمان محمد الجابري، الحماية الجنائية لحقوق الطفل، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠١٤.
٢. حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل" دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين"، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، ٢٠٠٢، الفصل العاشر "حقوق الطفل في مجال إقامة العدل".
٣. رندة البخري عون، الطفل والجريمة في ظل قانون الأحداث والقواعد الدولية دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٣.

٤. علي محمد جعفر، الأحداث المنحرفون، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ١٩٨٤.

٥. غسان رباح، حقوق الحدث المخالف للقانون أو المعرض لغرض الإنحراف، دراسة مقارنة في ضوء أحكام اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٥.

٦. غسان رباح، حقوق وقضاء الأحداث، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٢.

٧. فوزية عبد الستار، معاملة الأحداث، الأحكام القانونية والمعاملة العقابية، جامعة القاهرة، ١٩٧٨.

٨. مصطفى العوجي، الحدث المنحرف أو المهدد بخطر الانحراف في التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٥.

٩. نجاه جرجس جدعون، جرائم الأحداث في القانون الدولي والداخلي دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.

ثالثاً: الأحكام والقرارات القضائية غير المنشورة

١. حكم القاضي المنفرد الجزائي في طرابلس الناظر في قضايا جنح الأحداث قرار رقم ٢٠١٥/١٨٧.

٢. حكم محكمة جنايات الأحداث في بيروت رقم ٢٠١٤/١٠ بتاريخ ٢٠١٤/٤/٣.

٣. قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة السادسة رقم ٢٧٥/٢٠٠٤ بتاريخ ٢٠٠٤/١٠/١٩.
٤. حكم محكمة جنايات الأحداث في لبنان الشمالي رقم ٨٠/٢٠١٥ بتاريخ ٢٠١٥/٢/٢٦.
٥. حكم محكمة جنايات الأحداث في بيروت، رقم ٢٥/٢٠١٤، بتاريخ ٢٠١٤/١٠/١٦.
٦. حكم محكمة الدرجة الأولى في بيروت الناظرة في دعاوى جنايات الأحداث، رقم ٣/٢٠٠٥ بتاريخ ٣/٢/٢٠٠٥.
٧. حكم القاضي المنفرد الجزائي في طرابلس الناظر في قضايا جنح الأحداث قرار رقم ١٨٩/٢٠١٥.
٨. حكم محكمة جنايات الأحداث في بيروت قرار رقم ١٣/٢٠١٣.
٩. قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة الثالثة، رقم ٤٩٩/٢٠٠٢، بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/١٨.
١٠. حكم القاضي المنفرد الجزائي في لبنان الشمالي الناظر بقضايا حماية الأحداث، رقم ٢٣١/٢٠١٥.
١١. حكم محكمة الدرجة الأولى في بيروت الغرفة الثالثة الناظرة في دعاوى جنايات الأحداث قرار رقم ١٥/٢٠٠٨.
١٢. حكم محكمة الدرجة الأولى في بيروت الغرفة الثالثة الناظرة في دعاوى جنايات الأحداث، رقم ١٢/٢٠٠٨ بتاريخ ٢٢/٥/٢٠٠٨.

١٣. حكم محكمة جنابات الأحداث في لبنان الشمالي رقم ٢٠١٥/٢٣٦ بتاريخ ٢٠١٥/٥/٢١.
١٤. حكم القاضي المنفرد الجزائي في طرابلس الناظر بدعاوى جنح الأحداث، رقم ٢٠١٥/٥٠ بتاريخ ٢٠١٥/٢/١٩.
١٥. حكم محكمة البداية في محافظة الجنوب الناظرة بقضايا جنابات الأحداث، رقم ٢٠١٦/٣ بتاريخ ٢٠١٦/١/٢٨.
١٦. حكم محكمة جنابات الأحداث في لبنان الشمالي، رقم ٢٠١٥/٢٣٧ بتاريخ ٢٠١٥/٥/٢١.
١٧. حكم محكمة جنابات الأحداث في لبنان الشمالي، رقم ٢٠١٥/٢٩٣ بتاريخ ٢٠١٥/٦/٢٥.
١٨. حكم محكمة جنابات الأحداث في بيروت، رقم ٢٠١٣/٢٨ بتاريخ ٢٠١٣/١١/٢١.
١٩. حكم المحكمة الابتدائية في لبنان الجنوبي الناظرة بقضايا جنابات الأحداث، رقم ٢٠١٦/٢ بتاريخ ٢٠١٦/١/٢٨.
٢٠. قرار محكمة التمييز الجزائي الغرفة السادسة، رقم ٢٠٠٤/١٤٦ بتاريخ ٢٠٠٤/٥/٢٧.
٢١. حكم محكمة الدرجة الأولى في بيروت الناظرة في دعاوى جنابات الأحداث، رقم ٢٠٠٥/٣ بتاريخ ٢٠٠٥/٢/٣.
٢٢. قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة السادسة رقم ٢٠٠٣/٣٠٧ بتاريخ ٢٠٠٣/١٢/١٦.

٢٣. قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة السادسة رقم ٢٠٠٧/١٩٣ بتاريخ ٢٠٠٧/١٠/٩
٢٤. قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة السابعة رقم ٢٠١٠/٢١٠ بتاريخ ٢٠١٠/١٢/٢١
٢٥. قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة الأولى رقم ٢٠٠٧/١٩ بتاريخ ٢٠٠٧/١/٢٥
٢٦. حكم محكمة جنابات الأحداث في بيروت رقم ٢٠١٤/١٠ بتاريخ ٢٠١٤/٤/٣
٢٧. حكم القاضي المنفرد الجزائي في لبنان الشمالي، رقم ٢٠١٥/٢٢٦، بتاريخ ٢٠١٥/٥/١٤
٢٨. حكم محكمة الجنابات في بيروت، رقم ٢٠٠٧/٢١٤، بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٩
٢٩. حكم محكمة جنابات الأحداث في بيروت رقم ٢٠١٤/٢٥ بتاريخ ٢٠١٤/١٠/١٦
٣٠. قرار محكمة التمييز الجزائية الغرفة السادسة رقم ٢٠١٠/٢٠١ بتاريخ ٢٠١٠/١١/٤

رابعاً: التعليقات والتقارير الدولية والوطنية:

١. إحصائيات مصلحة الأحداث على موقع وزارة العدل الإلكتروني:

<http://ahdath.justice.gov.lb/stats.ht>

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الاسكندرية العدد الاول ٢٠١٦

٢. التعليق العام رقم ١٠ (٢٠٠٧) المتعلق بحقوق الطفل في قضاء الأحداث،
رقم الوثيقة CRC/C/GC/١٠، بتاريخ ٢٥/٤/٢٠٠٧.

٣. التعليق العام رقم ١١ (٢٠٠٩) بشأن أطفال الشعوب الأصلية وحقوقهم، رقم
الوثيقة CRC/C/GC/١١.

٤. التعليق العام رقم ١٤ (٢٠١٣) المتعلق بحق الطفل في إيلاء الاعتبار الأول
لمصالحه الفضلى، وثيقة رقم CRC/C/GC/١٤.

٥. التعليق العام رقم ١٧ الصادر عن اللجنة المعنية بالحقوق المدنية والسياسية،
التعليق على المادة ٢٤ (حقوق الطفل)، الدورة الخامسة والثلاثون، العام
١٩٨٩. موجود على الموقع الإلكتروني لمكتب المفوض السامي لحقوق
الإنسان التابع للأمم المتحدة: <http://www.ohchr.org>.

٦. التعليق العام رقم ٢ (٢٠٠٢) المتعلق بدور المؤسسات الوطنية المستقلة لحقوق
الإنسان في تشجيع حماية حقوق الطفل. رقم الوثيقة CRC/GC/٢٠٠٢/٢.

٧. تقرير أنظمة عدالة لأحداث، إعداد المنظمة الدولية للإصلاح
الجنائي، ٢٠١١، متاح على الموقع الإلكتروني التالي:
<http://www.primena.org/ar/PUBLICATIONS/٥>

٨. تقرير مجلس حقوق الإنسان بعنوان " وصول الأطفال إلى العدالة "، رقم
الوثيقة A/HRC/٢٥/٣٥، صادرة بتاريخ ١٦ كانون الأول ٢٠١٣.

الفهرس

العنوان

رقم الصفحة

(٢)

الفصل الأول: الحماية الموضوعية للحدث المخالف

للقانون..... (١٣)

المبحث الأول: نظام المسؤولية الجزائية للحدث المخالف

للقانون..... (١٥)

المطلب الأول: شروط المسؤولية الجزائية للحدث المخالف

للقانون..... (١٦)

الفرع الأول: الوعي

والإرادة.....

(١٦)

الفرع الثاني: السن القانوني لمساءلة الحدث المخالف

للقانون..... (١٧)

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على الحدث المخالف

للقانون..... (٢٠)

الفرع الأول: الشريعة الجزائية

اللبنانية..... (٢١)

الفرع الثاني: قانون حماية الأحداث المخالفين للقانون أو المعرضين للخطر لعام

٢٠٠٢..... (٢٣)

المخالف	للحدث	العقابي	النظام	الثاني:	المبحث
					للقانون.....(٢٥)
المخالف	بالحدث	العقوبات	التدابير	الأول:	المطلب
					للقانون.....(٢٦)
المخالفين	بالأحداث	الخاصة	التدابير	الأول:	الفرع
					للقانون.....(٢٦)
		المخفضة	العقوبات	الثاني:	الفرع
					واللتدابير
					الاحترافية.....(٣٣)
المخالف	إلى الحدث	المشدة	أسباب	الامتداد	المطلب الثاني:
					للقانون.....(٣٧)
المخالف	الحدث	جرائم	اجتماع	الأول:	الفرع
					للقانون.....(٣٨)
المخالف	للحدث	الجرمي	التكرار	الثاني:	الفرع
					للقانون.....(٤٠)
المخالف	للحدث	الاجرائية	الحماية	الثاني:	الفصل
					للقانون.....(٤٣)
المخالف	الحدث	جرائم	والتحقيق	أصول	المبحث الأول:
					للقانون.....(٤٤)
والضابطة	العامة	النيابة	سلطة	الأول:	المطلب
					العقدية.....(٤٦)

- الفرع الأول: في نطاق الجرم المشهود
للحدث..... (٤٧)
- الفرع الثاني: في نطاق الجرم غير المشهود
للحدث..... (٤٩)
- المطلب الثاني: سلطة قاضي التحقيق والهيئة
الاتهامية..... (٥٣)
- الفرع الأول: في نطاق مخالفات وجح الحدث المخالف
للقانون..... (٥٣)
- الفرع الثاني: في نطاق جنائيات الحدث المخالف
للقانون..... (٦٠)
- المبحث الثاني: أصول محاكمة الحدث المخالف
للقانون..... (٦٢)
- المطلب الأول: المرجع القضائي المختص بالنظر في دعاوى الحدث المخالف
للقانون..... (٦٣)
- الفرع الأول: القاض المنفرد الجزائي والغرفة الابتدائية لدى محكمة الدرجة
الأولى..... (٦٤)
- الفرع الثاني: القاض المنفرد الجزائي ومحكمة الجنائيات(حالة
التلازم)..... (٦٩)
- المطلب الثاني: طرق المراجعة أو الطعن بالأحكام الصادرة بحق الحدث المخالف
للقانون وتنفيذها..... (٧١)

الفرع

الأول:

إعادة

المحاكمة.....

(٧٣)

الفرع

الثاني:

الطعن

أمام

محكمة

التمييز.....

(٧٥)

الفرع

الثالث:

تنفيذ

الأحكام

الخاصة

بالحدث

المخالف

للقانون.....

(٧٦)

الخاتمة.....

(٧٧)

قائمة

المراجع.....

(٨١)

الفهرس.....

(٨٦)

الواقعيون وتحليل العلاقات الدولية من مورجانتو إلى ميرشايمر

"دراسة تحليلية للنظرية الواقعية عبر ستة عقود"

د. أحمد محمد وهبان

أستاذ العلوم السياسية المشارك بجامعة الإسكندرية والملك سعود

ظهرت النظرية الواقعية في أعقاب الحرب العالمية الثانية بمواكبة أجواء دولية حبلت بالتوتر والصراع، وارتباطاً بتغيرات عميقة طالت بنية النسق الدولي وولجت به عصر الثنائية القطبية، بعد أن عصفت الحرب بالقوى القطبية الأوربية التقليدية؛ مفسحة المجال أمام القطبين الأمريكي والسوفييتي لتصدر المشهد والإمساك بلجام السياسة الدولية. واعتبرت النظرية الواقعية حين ظهرت بمثابة الثورة على التوجهات المثالية التقليدية التي هيمنت على تحليل العلاقات الدولية منذ نهاية الحرب العالمية الأولى؛ والتي كانت تدور إجمالاً حول البحث عن واقع عالمي يسوده السلام وتحكمه قيم التعاون الإنساني بمنأى عن الأناية وقيم الشر التي جرّت على البشرية ويلات حرب عالمية مدمرة كان ينبغي عليها، حسب التحليل المثالي، بذل كل الجهود الممكنة لتجنب تكرار حدوثها. وبرغم الصدمة التي أحدثتها النظرية الواقعية في صفوف المنظرين المثاليين فور ظهورها إلا أنها سرعان ما أئمنت، وبرز نجمها في أفق التحليل السياسي، واعتبرت النظرية الأقدر والأكثر مصداقية وفعالية في تحليل عالم السياسة الدولية، والكشف عن جملة القواعد الآلية الأزلية الحاكمة له والكامنة فيه. ولقد مرت الواقعية خلال العقود الستة المنصرمة بتطورات هائلة واستحدثت منظرها صوراً عديدة لها في محاولات دائمة لإبقاء توجههم التحليلي في موقع الصدارة، والتصدي لحمات النقد العاصفة التي لاحقت نظريتهم طيلة كل هذه العقود. وعليه تتمحور مادة بحثنا هذا حول تحليل وتقويم النظرية الواقعية عبر تاريخها بدءاً من إسهامات مؤسسها هانز مورجانتو وحتى أطروحات جون ميرشايمر والذي يعد أحد أبرز منظريها في حقبة ما بعد الحرب الباردة ورائد ما يعرف بالواقعية الهجومية.

وتأسيساً على ما تقدم تأتي العديد من التساؤلات التي تشكل مجتمعة مشكلة البحث، ويأتي في مقدمة هذه التساؤلات تساؤل رئيسي قوامه: ما أبرز التطورات الفكرية النوعية التي لحقت بالنظرية الواقعية عبر العقود الستة المنصرمة؟. وتندرج تحت هذا التساؤل الرئيسي عدة تساؤلات فرعية لعل من أبرزها:

ماهي الجذور التاريخية للنظرية الواقعية المعاصرة؟، ومن هم أبرز روادها؟، وماذا كان المحتوى الفكري للنظرية الواقعية في صورتها الأولى؟، وما أهم الصور التي استحدثها المنظرون الواقعيون خلال العقود الستة المنصرمة؟، وما أهم التطورات النوعية التي أدخلت على التحليل الواقعي للسياسة الدولية ارتباطاً بتلك الصور المستحدثة؟، وهل الواقعية هي مجرد نظرية أم أنها نموذج فكري وتيار تنظيري أشمل؟

وبناءً عليه فإن هذا البحث يستهدف الإجابة عن جملة التساؤلات التي طرحناها سلفاً، حيث نسعى إلى التعريف بالنظرية الواقعية برمتها؛ أو بالأحرى النموذج الفكري الواقعي في تحليل السياسة الدولية، وأبرز النظريات التي يتضمنها هذا النموذج، وأهم التطورات الفكرية التي لحقت به خلال العقود الستة الماضية.

وارتباطاً بمشكلة البحث وهدفه رأينا أن يتضمن ثلاثة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

المبحث الأول: النظرية الواقعية الكلاسيكية

المبحث الثاني: النظرية الواقعية الجديدة

المبحث الثالث: الاتجاهات التنظيرية المستحدثة للواقعية البنوية

وأما الخاتمة فتتضمن بطبيعة الحال أظهر ما خلصنا إليه من نتائج تتعلق بهدف البحث.

المبحث الأول: النظرية الواقعية الكلاسيكية

يرى هولستي Holsti أن ثمة أمريكيين عديدين في الماضي كألكسندر هاميلتون Alexander Hamilton قد ارتبطوا بمنظور واقعي في تصورهم للعلاقات الدولية، غير أن الجذور الفكرية المعاصرة للواقعية كانت أوروبية إلى حد كبير. وكانت أبرز ثلاث شخصيات في هذا الصدد الدبلوماسي والمؤرخ إدوارد

هاليت كار Edward Hallet Carr، والجغرافي نيكولاس سبيكمان Nicholas Spykman، والمنظر السياسي هانز مورجانثو Hans Morgenthau. وهناك أورييون آخرون أسهموا بنصيب وافر في الفكر الواقعي مثل جون هيرز John Herz، وريمون آرون Raymond Aron، وهيدلي بول Hedley Bull، بينما يتمثل الأمريكيون البارزون ممن ينتمون إلى المدرسة الواقعية، كما يقول هولستي، في كل من العالمين أرنولد ولفرز Arnold Wolfers، ونورمان جريبنر Norman Graebner، والدبلوماسي جورج كينان George Kennan، والصحفي والتر ليبمان Walter Lippmann، واللاهوتي رينولد نيبور Reinhold Niebuhr^(١). وقد ترسخت النظرية الواقعية غداة انتهاء الحرب العالمية الثانية كتيار فكري رافض للتيار الليبرالي الذي هيمن على تحليل السياسة الدولية خلال حقبة ما بين الحربين العالميتين، حيث ازدهرت الليبرالية من خلال تحليلات مؤرخين شهيرين حال سيدني فاي Sidney Fay، وكاميلي بلوخ Camille Bloch، وبير رينوفان Pierre Renouvin، وغيرهم. وقد ظهرت هذه النظرية استجابة للحاجة إلى فهم المسألة التي شكلها الصراع العالمي الأكثر تدميراً حتى ذلك الحين، وفي إطار محاولة لإيجاد طريقة تُجَنَّب العالم هكذا كارثة مادية وبشرية في المستقبل^(٢).

وتوصّف الذهنية الليبرالية الإنسان كمخلوق يتميز بالعقل ولديه قدرات تؤهله للتغلب على أسوأ المظاهر السيئة التي تنطوي عليها بينته الطبيعية والاجتماعية من خلال إعمال حصيلته المعرفية المتنامية دوماً. أما المشاكل الاجتماعية كالحرب مثلاً فمردّها إما لعدم توافر المعلومات أو لأخطاء (وإن كانت قابلة للإصلاح) في البنى المؤسسية. إن الإنسان بطبيعته هو باحث عن الكمال حسب النظرية الليبرالية أو على أقل تقدير هو كائن إصلاحي أو راغب دوماً في الإصلاح حسب بعض الآراء الأكثر تشاؤماً بين الليبراليين مثل كيكاثيس Kukathas^(٣). وعليه فإن الليبرالية تتأسس على تقييم متفائل للإنسان وقدراته كما يقول ديفيد سيدورسكي David Sidorsky^(٤).

وفي ذات سياق هذا التيار المثالي جاءت فكرة للرئيس الأمريكي ويلسون طرحها في ثانيا نفاطه الأربع عشرة إبان سنوات الحرب العالمية الأولى، حيث دعا إلى أعمال نظام الأمن الجماعي كبدليل لنظام ميزان القوة الذي حكم السياسة الدولية منذ إنشاء المحالفة المقدسة عام ١٨١٥. وقد تجسدت هذه الفكرة في منظمة عالمية تأسست بمقتضى مقررات فرساي عام ١٩١٩؛ هي منظمة عصبة الأمم^(٥). ويعتبر البعض فكرة الأمن الجماعي بمثابة ولادة جديدة للتيار الليبرالي كأول توجه أيديولوجي في تحليل العلاقات الدولية ربما يجد أحد أهم أصوله التاريخية في كتاب الفيلسوف الألماني إيمانويل كانط Immanuel Kant؛ السلام الدائم Perpetual Peace عام ١٧٩٥، وهو الكتاب الذي تناول كانط من خلاله فكرة السلام العالمي بمختلف زواياها. لقد كانت النظرية المثالية طوباوية إلى حد ما، حيث تأسست على قناعة أساسية بأن البشر ذوو طبيعة خيرة، وليست لديهم الرغبة في الدخول في صراعات من أي نوع. ثم إن السلبيات التي جلبتها الحرب سوف تدفع الناس إلى حل خلافاتهم عبر التفاوض والحوار^(٦).

وعلى النقيض من هذا الطرح راح الواقعيون يؤكدون على أن أي تحليل موضوعي للشئون الدولية يتعين أن يركز على علاقات القوة بين الدول، وهذا يعني الابتعاد عن الخطاب السياسي الطوباوي والتركيز على حقائق الواقع القائم. وتلكم، على حد قول البعض، هي نقطة الانطلاق القوية التي يتميز بها الواقعيون^(٧). وكان المؤرخ والدبلوماسي الإنجليزي إدوارد كار من أوائل المفكرين الذين شككوا في الفكر المثالي إلى حد اعتباره نوعاً من التقنيع السياسي لخدمة مصالح بعض الدول، حيث أوضح في ثانيا نقده لليبرالية، خلال حقبة ما بين الحربين العالميتين، أن مقولات السلام والعدالة التي عبر عنها ويلسون وإيدن وبرياند كانت تمثل صنلب المصلحة القومية للحلفاء المنتصرين، كما أن المثل التتويرية الإنسانية والكونية التي تأسست عليها الليبرالية والتي تم تطويرها خلال القرنين السابع عشر والثامن عشر؛ لم تكن تهدف سوى إلى الحفاظ على الأوضاع الدولية القائمة المواتية للملكية الفرنسية حينذاك^(٨).

يشار كذلك إلى أن كار، والذي يعتبره البعض إلى جانب مورجانتو أحد أبوي النظرية الواقعية، راح في كتابه الشهير أزمة العشرين سنة The Twenty Years' Crisis؛ يؤكد على أن العلاقات الدولية يتعين أن تقوم على أساس توازن القوى باستلزام الدور المحوري الذي لعبته بريطانيا العظمى في السياسة العالمية^(٩). كما كان يعتبر أن التاريخ هو سلسلة من الأسباب والنتائج يمكن فهمها بطبيعة الحال من خلال الجهد الفكري؛ لكنها أبداً ليست من محض الخيال، وأن النظرية لا تخلق التطبيق أو الممارسة، ولكن التطبيق هو الذي يخلق النظرية، وكذا أن الأخلاق لا تحكم السياسة وإنما السياسة هي التي تحدد الأخلاق^(١٠).

ولا يفوتنا في هذا المقام أن نشير إلى دور جورج كينان في نقد النظرية المثالية وترسيخ الفكر الواقعي، والذي استناداً إليه أسس سياسة الاحتواء Containment التي انتهجتها الولايات المتحدة خلال الحرب الباردة، والتي دعا إليها من خلال مقالته الشهيرة المنشورة في يوليو عام ١٩٤٧ بمجلة الشؤون الدولية Foreign Affairs، والتي عنوانها: مصادر السلوك السوفييتي The Sources of Soviet Conduct، حيث طالب باتخاذ سياسة متشددة تجاه الاتحاد السوفييتي والتخلص من الموروث المثالي الذي حكم السياسة الخارجية الأمريكية طويلاً وتسبب في كثير من المتاعب^(١١).

ومهما يكن الأمر فإنه يُنظر على نطاق واسع إلى هانز مورجانتو باعتباره مؤسس النظرية الواقعية الكلاسيكية. ومورجانتو ذلك الرمز البارز في السياسة الدولية خلال القرن العشرين؛ هو المحلل السياسي الأمريكي، ألماني المولد، ومستشار وزارة الخارجية الأمريكية في شؤون السياسة الخارجية. وقد قدم مورجانتو عدة كتب في العلاقات الدولية كان الأشهر بينها كتاب السياسة بين الأمم Politics Among Nations الذي صدرت طبعته الأولى عام ١٩٤٨، واعتبر من قبل الكثيرين التدشين الحقيقي للنظرية الواقعية في تحليل السياسة العالمية^(١٢). والناظر في كتاب مورجانتو سرعان ما يكتشف اثنين من العناصر الرئيسية التي تقوم عليها الواقعية، يتمحوران حول كون الدولة الفاعل الدولي الأهم في مضمار

السياسة الدولية، واتسام سلوكها بالعقلانية أو الرشد. وبرغم ذلك فإن هذه المسائل تبدو هامشية في تحليل مورجانتو مقارنة بالمسائل التي ركز عليها حال القوة، والصراع، والطبيعة البشرية، كما يتضح أن رؤية مورجانتو لدور القوة في السياسة الدولية لا يمكن فصله عن دورها في تحريك سلوك الإنسان. كما أن الطبيعة البشرية التي هي صلب نظريته في السياسة الدولية هي من وراء كل شيء آخر، أو على حد قوله: "في الطبيعة البشرية تجد القوانين الحاكمة للسياسة الدولية جذورها"، وكذلك: "العالم هو نتاج للقوى الكامنة في الطبيعة البشرية". والطبيعة البشرية لديه تتسم بالأنانية، والرغبة الجامحة في القوة إلى حد الشهوة، كما أن جوانب الفجور المتأصلة في النفس الإنسانية تهيمن على كل أعمال الإنسان. أو على حد قوله: "إن الرغبة الخالدة في القوة تجعل من الشر مهيمناً أبدياً على كل أعمال الإنسان. هنا حيث الفساد والخطيئة التي تقحم نفسها حتى في أطيب النوايا ولو بقطرة من الشر فتفسدها. إذ تستحيل الكنائس منظمات سياسية، وتتحول الثورات إلى ديكتاتوريات، وحب الوطن يُعبر عنه من خلال السلوك الإمبريالي"^(١٣).

وعليه فقد مثلت الطبيعة البشرية، التي هي شريرة، عنصراً مركزياً في المنظور الواقعي الكلاسيكي للعلاقات الدولية، فطبيعة البشر حسب هذه النظرية قوامها الأنانية والجشع، كما تتسم بالاندفاع العاطفي وشهوة القوة. أو كما يشير مايكل جوزيف سميث Michael Joseph Smith في تحليله الأخير عن الفكر الواقعي؛ فإن الواقعيين يفترضون تمكّن نزعات الشر من النفس الإنسانية، وشيوع حالة دائمة من العداء الشامل بين بني البشر رجالاً ونساءً. وهذا التحليل يتفق عليه الواقعيون، حسب سميث، ابتداءً من ثيوسيديس Thucydides^(١٤). وفي ذات السياق يؤكد ديفيد ميرس في دراسته عن كينان أن الواقعيين الأبرز المتمثلين في كل من نيبور، ومورجانتو، وكينجر، وكذلك كينان؛ تتطابق تحليلاتهم بصدد السياسة الدولية، إذ تتطرق كلها من افتراض تشاؤمي عن الطبيعة البشرية. وهذا الافتراض لم يُشر إليه عرضاً في ثنايا التحليل وإنما هو يمثل حجر الزاوية في التحليل الواقعي الكلاسيكي قاطبة منذ ثيوسيديس (٤٦٠ ق.م. - ٣٩٥ ق.م.)؛ الذي أكد أنه "في وقت الحرب فإن الطبيعة البشرية تُظهر استعداداً دائماً للأعمال المشينة والدوس على أية

قوانين قائمة، حيث تسفر عن وجهها الحقيقي بكل جلاء وفخر ككيان غير قادر على التحكم بالعواطف، متجاوز لقيمة العدالة، وعدو لكل شيء حاكم له^(١٥).

يشار كذلك إلى أن مكيا فيللي (١٤٦٩ : ١٥٢٧) كان من أبرز الواقعيين التاريخيين الذين أكدوا على الطبيعة الشريرة للنفس الإنسانية وأثرها في عالم السياسة^(١٦). وعلى ذات المنوال سار توماس هوبز Thomas Hobbes (١٥٨٨ : ١٦٧٩) حين وصف حالة الطبيعة بأنها حالة شر وتعدي، تسودها الحرب الدائمة بين الفرد والفرد والكل والكل، وحيث الإنسان ذئب لأخيه الإنسان^(١٧).

كذلك فإن رينولد نيبور (١٨٩٢ : ١٩٧١) برغم لاهوتيته كان يتبنى نفس تصور الواقعيين الكلاسيكيين، من قدامى ومحدثين، بصدد الطبيعة الشريرة للنفس الإنسانية، فحسب نيبور تتجذر مأساة الطبيعة البشرية في عزيزة الأنانية في الإنسان ورغبته في القوة. حيث إن انقياد العقل للتعصب والعاطفة والأنانية غير العقلانية لاسيما في سلوك الجماعات؛ كلها أمور تجعل من الصراع الاجتماعي حتماً في التاريخ الإنساني ربما إلى نهايته البعيدة^(١٨).

وفي ذات السياق كان باترفيلد Butterfield يرى أنه: في داخل الدولة يتم ترويض الطبيعة البشرية من قبل السلطة السياسية القائمة، أما في البيئة الدولية فإن الفوضى لا تسمح فحسب بظهور آثار طبيعة البشر بل إنها تحفز أسوأ جوانب الطبيعة البشرية لكي تعبر عن نفسها^(١٩).

يشار كذلك إلى أن جورج كينان كان يعتبر أن الإنسان لا يزال حيواناً يعتمد بحكم طبيعته الفطرية على القتال^(٢٠). كما يذكر البعض أن ثمة ساسة معاصرين أعلاماً قد التزموا في سياساتهم بنهج الواقعية وانطلقوا من ذات النظرة التشاؤمية بصدد الطبيعة البشرية. ومن أبرز هؤلاء ونستون تشرشل رئيس وزراء بريطانيا^(٢١)، وجورج كليمنصو رئيس وزراء فرنسا إبان مؤتمر فرساي والملقب بالنمر^(٢٢).

وجملة القول في شأن ما تقدم أن المنطلق الرئيسي للواقعيين الكلاسيك، على حد قول البعض، يتأسس على كون البشر أنانيين وصراعيين بطبيعتهم،

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

وبالتالي فإنه يتعين علينا أن نركز على كيفية مطاردة البشر لمصالحهم، وكيف يكتسبون القوة كي يحققوا هذه المصالح. إن المؤكد أن البشر سيسعون دوماً إلى تحقيق مصالحهم ولن يترددوا في استخدام كل قوة متاح لهم من أجل ذلك. وكذلك الحال على صعيد الدول حيث تسعى كل دولة إلى تحقيق مصالحها في ضوء عناصر القوة المتاحة لها، فالدولة القوية سوف تسعى إلى فرض إرادتها وإملاء شروطها في السياسة الدولية باستخدام قوتها البحرية أو النووية أو حتى مقدراتها السياسية والاقتصادية^(٢٣). أما الاستقرار الدولي، وفقاً للمنطق الواقعي، فيمكن تحقيقه من خلال نوع من التوافق بين القوى الدولية بما يؤدي إلى الحفاظ على ميزان القوة Balance of Power^(٢٤).

وعلى صعيد المعالم الفكرية الأساسية للواقعية الكلاسيكية تركز دراسات عديدة على المبادئ الستة التي أوردها هانز مورجانتو في كتابه السياسة بين الأمم، باعتبارها الدعائم الرئيسية في التحليل الواقعي للسياسة الدولية. وتتمثل هذه المبادئ في^(٢٥):

أولاً: أن الظواهر السياسية، شأنها شأن غيرها من الظواهر الاجتماعية، تحكمها قوانين موضوعية تجد جذورها في الطبيعة الإنسانية ذاتها.

ثانياً: الدعامة البارزة التي تستند إليها الواقعية في فهم وتحليل بيئة السياسة الدولية تتمثل في مفهوم المصلحة القومية، والتي يمكن تمثيلها في القوة. أو بتعبير آخر يورده البعض؛ المصلحة محددة في إطار القوة هي غاية موضوعية لدى كل الدول وإن كانت ليست ذات مضمون ثابت ونهائي.

ثالثاً: تفترض الواقعية أن مفهومها المحوري المتمثل في استهداف القوة يعد معياراً موضوعياً صالحاً لتفسير سلوك الدول على المستوى العالمي.

رابعاً: تدرك الواقعية أهمية القيم الأخلاقية، إذ بينما قد يضحى الفرد بحياته في سبيل مبدأ أخلاقي؛ تجد الدولة أعظم مبادئها الأخلاقية في ضمان البقاء أو الاستمرارية. أو على حد قول البعض^(٢٦) فإنه لا يتصور التزام الدول في تفاعلاتها

مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية بكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية العدد الأول ٢٠١٦

بالقيم الأخلاقية العالمية في صورتها المجردة، إذ يتم تحديد معايير للقيم تأخذ في الحسبان الظروف الزمانية والمكانية لكل موقف.

خامساً: ترفض الواقعية فكرة التزام الدول في علاقاتها بالقواعد الأخلاقية المعروفة في الكون، ذلك بأنها قد تعلم ما هو خير وما هو شر في السياسة الدولية، لكنها تظل دائمة ملتزمة بتحقيق مصلحتها المتمثلة في بلوغ القوة بمنأى عن أي تزيد أخلاقي أو حماقة سياسية. وبالتالي فإنه، على حد قول البعض^(٢٧)، يتعين التمييز بوضوح بين التطلعات الأخلاقية المتعلقة أحياناً بدولة ما والقوانين الأخلاقية الشائعة.

سادساً: تحرص الواقعية على استقلالية المجال السياسي كما يحرص الاقتصاديون والقانونيون والأخلاقيون على مجالاتهم. كما أن سائر المجالات الأخرى، على حد قول البعض^(٢٨)، يتعين أن تكون تابعة للمجال السياسي.

وفي ذات السياق يذكر ويليامز Williams أن قوام واقعية مورجانثو يمكن إيجازه في التأكيد على أن ثمة قوانين موضوعية حاکمة لعالم السياسة، والاعتقاد في إمكانية تطوير نظرية عقلانية تعكس هذه القوانين الموضوعية. كما أنها تعتقد أيضاً، بناءً عليه، في إمكانية التمييز داخل عالم السياسة بين الحقائق والآراء، أي بين الحقيقة الموضوعية العقلانية المدعومة بالأدلة والمنطق السببي من جهة؛ والأحكام الذاتية غير المرتكزة على الحقائق والتي يحكمها التحيز والتمني من جهة أخرى^(٢٩).

ويذكر إسماعيل صبري مقلد أن الواقعية ترى نفسها أكثر النظريات اتصالاً بالواقع الدولي وتعبيراً عن أوضاعه. ودعامتا التحليل في النظرية الواقعية لمورجانثو هما فكرة المصلحة وفكرة القوة. والقوة السياسية Political Power التي تعنيها هذه النظرية هي مدى التأثير النسبي الذي تمارسه الدول في علاقاتها المتبادلة، وهي النتاج النهائي في لحظة ما—لعدد كبير من المتغيرات المادية وغير

المادية، والتفاعل الذي يتم بين هذه العناصر والمكونات هو الذي يحدد في النهاية حجم قوة الدولة^(٣١).

ويرى ساتش وإلياس Sutch and Elias أنه على الرغم من وجود اختلافات دقيقة عديدة بين أنصار النظرية الواقعية فإن العناصر المشتركة بين الواقعيين تتمثل في: حالة الفوضى الملازمة لحالة الطبيعة، والسعي المحموم من جانب اللاعبين إلى القوة تحقيقاً للمصلحة الذاتية، وأولوية القوة على العدالة والقيم الأخلاقية، واعتبار الدولة الفاعل الرئيسي في السياسة الدولية، والادعاء بأن هذه العناصر تؤدي إلى دراسة موضوعية أو علمية بحق للعلاقات الدولية^(٣٢).

ووفقاً لهذه القناعات الواقعية فإن الجماعات (الدول)، حسب شوارزنبرجر Schwarzenberger، تعتبر بقاءها هو غاية المنتهى، كما أن كل الوسائل التي تلجأ إليها الدول في سبيل الحفاظ على الذات مبررة، ثم إن للقانون والأخلاق مكانة ثانوية في العلاقات الدولية^(٣٣).

إن السياسة الدولية، حسب مورجانتو، شأنها شأن عالم السياسة قاطبة ليست إلا حالة صراع من أجل القوة، كما أن العلاقات بين الدول هي علاقات قوى لا يحكمها سوى قانون واحد هو قانون المصلحة القومية. إن القوة والمصلحة والصراع ظواهر لصيقة بالبيئة الدولية، وهي كلها ترتد إلى أصل واحد هو الطبيعة البشرية التي قوامها الشر والأنانية. ومن هنا كان اصطدام النظرية الواقعية الطبيعي بالنظرية الليبرالية. فلقد انتقد أنصار الواقعية نظام الأمن الجماعي مجسداً في عصبه الأمم واعتبروه نظاماً فاشلاً، كما اعتبروا أن توازن القوى هو أفضل السبل لاستقرار العلاقات الدولية. لذلك فقد ركزوا تحليلاتهم على هذا المفهوم وقدموا عدداً من النقاط الحيوية اعتبرت أساس نظريتهم. ولعل أهم هذه النقاط أن الواقعيين يرون أن ميزان القوة هو أمر ضروري جداً لمنع هيمنة قوة وحيدة على النسق الدولي. وتوازن القوى قد يحدث تلقائياً أو مصادفة أو حتى وفقاً لاستراتيجية تقوم على التقارب الواعي للدول في سبيل الحفاظ على الوضع الراهن للقوة في السياسة العالمية بكافة الوسائل الممكنة. ويدللون على ذلك بموقف القوى الدولية خلال

مؤتمر برلين عام ١٨٧٨ والذي تم عقده على أثر الحرب الروسية التركية، حيث لم تسمح القوى العظمى وقتذاك لروسيا بالاحتفاظ بمكاسها الإقليمية الكبرى جراء الحرب سواء في منطقة البلقان أو مضيقي البوسفور والدردينل، وهي المكاسب التي لو استمرت لهددت الوضع القائم حسب رؤية القوى الدولية المؤتمرة في برلين^(٣٣).

وفي ذات السياق يذكر ستيفن والت أن الواقعيين الكلاسيكيين حال مورجانتو ونيبور يرون أن الدول، مثل البشر، لديها رغبة فطرية في الهيمنة على الآخرين، وأن هذه الرغبة هي ما يدفع الدول نحو الحرب. وقد ركز مورجانتو أيضاً على مفردات الواقعية الكلاسيكية مثل، التعددية القطبية، ومنظومة ميزان القوة، وقال بأن منظومة القطبية الثنائية القائمة على التنافس بين الولايات المتحدة والاتحاد السوفييتي تتسم بالخطورة مقارنة بغيرها^(٣٤).

وتتبعين الإشارة إلى أن أفكار مورجانتو قوبلت باستياء بالغ من قبل الباحثين الليبراليين، وعلى سبيل المثال فقد علق الليبرالي جستن روزنبرج Justin Rosenberg متعضاً على مقولات هانز مورجانتو بقوله: "اننقى مورجانتو بعض وجهات النظر السطحية عن خصائص الطبيعة البشرية دون أن ينفذ إلى لب هذه الطبيعة وجوانبها المتطورة، وراح يستند إلى هذه الخصائص غير الواضحة كأساس فلسفي للنظرية الواقعية"^(٣٥).

وفي المقابل اعتُبرت الواقعية، على الأقل في نظر أتباعها وأشياعها الكثر، الاتجاه التنظيري المهيمن خلال حقبة الحرب الباردة، كما سادت بصفة عامة نظرة الواقعية التفاوضية بصدد احتمالات التخلص من الصراع والحرب. حيث قدمت تفسيراً اتسم بالبساطة مع العمق للحرب والتحالفات والإمبريالية ومعوقات التعاون وغيرها من الظواهر الدولية، ذلك إلى جانب أن تركيزها على فكرة التنافس أو الصراع كان متناعماً مع نمط العلاقات السائد آنذاك بين القطبين الأمريكي والسوفييتي^(٣٦).

وفي ذات سياق الشد والجذب تباينت مواقف الفريقين الواقعي والليبرالي حول كنه النظرية الأكثر تأثيراً في السياسة الخارجية الأمريكية. فالواقعيون يطلقون من أن التقاليد الليبرالية أثرت في التفكير الأمريكي بصدد السياسة الدولية لحقبة طويلة، والتحليل الأكثر شيوعاً في هذا السياق هو أن قيم الأخلاقية والتزام القانون وحسن النوايا قد حكمت السياسة الخارجية الأمريكية طيلة فترة ما قبل الحرب العالمية الثانية. غير أن الولايات المتحدة، حسب هذا التحليل، اضطرت رغم أنها عادة تلك الحرب إلى التخلي عن الليبرالية والتزام الواقعية، بحيث ذهبت قيم ويلسون وسادت المشهد قيم مورجانتو^(٣٧). ويشكك البعض من الليبراليين في هذا الطرح مستنكفاً أن تحل الواقعية محل الليبرالية المتجذرة تقليدياً في التفكير الأمريكي المحافظ بطبيعته، معتبراً أن الأسس الأولية للواقعية الكلاسيكية تم إرساؤها في المقام الأول بفعل تحليلات العلماء الأمريكيين المهاجرين من أوروبا حال مورجانتو وسيكمان وليسكا وكيسنجر، وهو الفكر الذي لم يجد صدى لدى معظم المفكرين أمريكيي الجذور. أو على حد قول روبرت كوكس Robert Cox فإن هذا الفكر وقد عن طريق المفكرين ذوي التكوين الفكري الأوربي حال نيبور، ومورجانتو الذي قدم صورة أكثر تشاؤماً عن الجنس البشري الذي توجهه القوة، وهي الصورة التي تم إقحامها في المشهد الأمريكي الذي كان مفعماً بالنزعة التفاضلية للقرن الثامن عشر، وطموحات الاعتقاد في التقدم التي سادت منذ القرن التاسع عشر. وبرغم أن خطاب الواقعية القائم على أفكار القوة، وميزان القوة، والصراع، إلخ، لاقى بعض القبول في أوساط المعارضين والمؤيدين للسياسة الأمريكية على حد سواء، إلا أن هذا الاتجاه، حسب كوكس، لم يتجذر في الواقع الأمريكي بالصورة التي يروج لها على نطاق واسع^(٣٨).

وهكذا فبرغم الرواج الكبير الذي صادفته النظرية الواقعية لاسيما خلال حقبة الحرب الباردة، ظل الليبراليون يرفضون الاعتراف بتراجع نظريتهم، وظلوا مصرين على توجيه سهام نقدهم إلى النظرية الواقعية واضمين إياها بالأخلاقية التي ياباها الضمير الأمريكي المفعم بالمثالية على حد زعمهم، وأكدوا دوماً أن هذه النظرية هي بدعة أوروبية وخلصوا عنها كل لباس أمريكي. ولم يقتصر هذا النقد على

الواقعية الكلاسيكية وإنما طال الصور المستحدثة للنظرية الواقعية على نحو ما سنعرض في المباحث التالية.

المبحث الثاني: النظرية الواقعية الجديدة

تمثل الواقعية الجديدة Neorealism المرحلة الأبرز بين مراحل تطور النظرية الواقعية. وقد تأسست هذه النظرية على يد كينيث والتز Kenneth Waltz، حيث أودعها كتابه الشهير المعنون بنظرية السياسة الدولية Theory of International Politics؛ والصادر عام ١٩٧٩. ويتمثل المنطلق الفكري الأساسي للواقعية الجديدة في البنية الفوضوية للنسق الدولي باعتبار أن هذه البنية، وليست الطبيعة البشرية، هي المحدد والموجه لسلوكيات الدول وخياراتها. وعلى ذلك يطلق علي هذه النظرية أيضاً الواقعية البنوية Structural Realism، وأحياناً الواقعية النسقية Systemic Realism.

وإذا كانت الفرضية الأساسية في واقعية مورجانثو تتمثل في انعكاس الطبيعة البشرية المتسمة بالأثانية على صانع السياسة الخارجية ومن ثم على سلوك الدولة الخارجي؛ فإن الواقعية البنوية ترفض هذا التصور باعتبار أنه من الصعوبة بمكان تحديد الطبيعة البشرية وفق معايير علمية صارمة، وأن التركيز على الجوانب الشخصية لصناع القرار ليس من شأنه أن يقودنا إلى فهم صحيح لحقائق العلاقات الدولية. والأحرى في هذا الصدد أن نركز على طبيعة بنية النسق Structure of the System، لأنه حتى وإن اتسمت الشخصيات القائمة على صنع القرار بالسخاء على المستوى الشخصي فإنها ستكون مضطرة للتعامل بأثانية في مضمار السياسة الدولية باعتبار أن الأثانية هي طبيعة هذه السياسة^(٣٩).

وعليه فعلى خلاف الواقعية الكلاسيكية تجاهلت الواقعية الجديدة فرضية الطبيعة البشرية وركزت على تأثير طبيعة بنية النسق الدولي، والذي يتكون، حسب والتز، من عدد من القوى العظمى يسعى كل منها إلى البقاء. ولما كان النسق يتسم بالفوضى نظراً لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول تحميها من بعضها

البعض؛ فإن كل دولة تسعى ذاتياً للحفاظ على بقائها. ويرى والتر أن هذه الحال سوف تقود الدول الأضعف لإحداث التوازن بكل الطرق مع منافسيها الأقوى. وخلافاً لمورجانثو رأي والتر أن منظومة القطبية الثنائية تعد أكثر استقراراً من منظومة التعددية القطبية^(٤٠). ويعتبر ميريو وسور Miroiu and Soare أن الواقعية الجديدة هي نسخة منقحة من الواقعية، وأنه على الرغم من توقعات البعض بأن تنهار النظرية الواقعية كنظرية رئيسية لتحليل العلاقات الدولية في ظل تطورات الواقع الدولي المتلاحقة، فقد ظل النهج الواقعي مسيطرأ في هذا المجال. ويشيران إلى أن رؤية الواقعية الجديدة تتداخل مع الواقعية الكلاسيكية بصدد التركيز على الأمن، والطبيعة الفوضوية للنسق الدولي كنقطة انطلاق، وهي الطبيعة الناتجة عن عدم وجود سلطة عليا فوق الدول تضبط سلوكها. ويضاف إلى ما تقدم أن الدولة باعتبارها الفاعل الرئيسي في السياسة الدولية تضع نصب عينها في المقام الأول الحفاظ على بقائها وصيانة أمنها على المستوى الدولي من خلال السعي المتواصل لدعم قوتها بصورة تراكمية^(٤١).

ويعتبر المنظر الواقعي البارز جون ميرشايمر John Mearsheimer أن كينيث والتر هو أبرز منظري العلاقات الدولية خلال النصف الثاني من القرن العشرين، وأن نظريته تقوم على افتراضين بسيطين؛ أولهما أن الدول هي الكيانات الفاعلة الرئيسية في السياسة الدولية، كما أنها تعمل في ظل نسق فوضوي؛ حيث لا سلطة عليا فوقها. وأما الافتراض الثاني فقوامه أن الدافع الأساسي للدول هو البقاء، والذي يمكن ترجمته بسعي الدول إلى حماية سيادتها. وبالتالي فإن كل دولة معنية كثيراً بموقفها في ميزان القوة الدولي، حيث تسعى دوماً إلى أن تكون في حال تفوق نسبي إزاء منافسيها المحتملين، إذ أن من شأن ذلك أن يعزز من فرصها في البقاء^(٤٢).

وفي إطار التمييز بين الواقعتين الكلاسيكية والبنوية يضيف ميرشايمر: يعتقد الواقعيون أن القوة تعد بمثابة العملة المقبولة في المنافسة الدولية، فالقوى العظمى، التي هي الفاعل الرئيسي، تولي اهتماماً بالغاً لقوتها الاقتصادية والعسكرية

النسبية مقارنة بغيرها، إنه ليس من المهم فقط حيازة الدولة لمقومات قوة كبيرة ولكن المهم أيضاً التأكد من أن دولاً أخرى ليس بمقدورها إحداث تحول حاد في ميزان القوى لصالحها. فحسب الواقعيين؛ تعد السياسة الدولية مرادفاً لسياسة القوة^(٤٣). ومع ذلك فهناك اختلافات جوهرية بين الواقعيين، وتتمثل الفجوة الأساسية بينهم في الإجابة عن تساؤل بسيط ولكنه مهم ألا وهو لماذا تريد الدول القوة؟. بالنسبة للواقعيين الكلاسيكيين من أمثال مورجانتو تتمثل الإجابة في الطبيعة البشرية، حيث يولد البشر والرغبة في القوة ماثلة داخلهم، وهذا يعني عملياً أن القوى العظمى يحكمها أشخاص جُبلوا على السعي إلى جعل دولهم تهيمن على منافسيها، وليس ثمة ما يمكن فعله لتغيير هذا السعي الحتمي الدائم نحو وضعية الأقوى. أما عند الواقعيين البنويين فإن الطبيعة البشرية ليست لها علاقة تذكر برغبة الدول في القوة. ذلك بأن بنية النسق الدولي هي التي تفرض على الدول مواصلة السعي إلى القوة. ففي ظل نسق، حيث لا سلطة عليا فوق القوى العظمى وحيث ليس ثمة ضمانات بأن أيّاً من القوى لن تهاجم الأخرى؛ يصبح من المنطقي تماماً أن تسعى كل دولة إلى أن تصبح قوية بما يكفي لحماية ذاتها في حال تعرضها للهجوم. فجوهر الحقيقة أن القوى العظمى هي حبيسة قفص حديدي حيث ليس ثمة لديها، إن هي أرادت البقاء، سوى خيار واحد هو أن تتنافس مع بعضها البعض من أجل القوة^(٤٤).

وفي إطار المقارنة بين النظريتين كذلك؛ يرى ستيفن لامي Steven Lamy أن هناك بعض الاختلافات الجوهرية، بين واقعية والتر واقعية مورجانتو، بصدد الطريقة التي تتفاعل بها الدول مع حالة الفوضى على المستوى الدولي، فبالنسبة للكلاسيك تمثل الفوضى حالة النسق والدول تتفاعل في ظلها معتمدة على حجمها، وموقعها، وقوتها الداخلية، وقدرات القيادة السياسية. بينما يرى الواقعيون الجدد أن الفوضى تسود النسق وتفيد تصرفات كافة الدول على حد سواء وأياً كان حجم قدراتها. ويستدرك لامي قائلاً إنه على الرغم من وجود هذه الاختلافات بل ووجود عدة نظريات واقعية؛ فإن ثمة عناصر عديدة موحدة تجمع بينها أهمها كون الهاجس المحوري للدول هو ضمان أمنها^(٤٥).

ويوضح كيجيل جولدمان Kjell Goldman الفارق بين واقعية مورجانتو الكلاسيكية و الواقعية الجديدة فيما أسماه نسبية القوة التفسيرية Explanatory power لفكرتي الفوضى والطبيعة البشرية لدى كل من النظريتين، حيث تسعى الواقعية الجديدة إلى تفسير الصراع الدولي والحرب في سياق الضغوطات المفروضة على الدول من قبل بيئة فوضوية وغير آمنة بحكم طبيعتها، وهذا تفسير يختلف جذرياً، كما يقول جولدمان، عن تفسير سلوك الدولة ارتباطاً بالطبيعة البشرية^(٤٦).

وفي ذات السياق يذكر هولستي أنه حسب الواقعية البنوية فإن الحرب يتعين أن يتم تفسيرها ارتباطاً بالنسق الدولي (أو ما أسماه والتر الصورة الثالثة من الواقعية)، وليس فقط نظريات الطبيعة البشرية (الصورة الأولى)، وخصائص الدولة (الصورة الثانية). ببساطة حسب هذا التصور فإن الحرب تقوم لأنه لا يوجد في بنية النسق الدولي ما يحول دون منعها^(٤٧). ويضيف هولستي: وتتطلق نظرية العلاقات الدولية من القياس على أحد سياقات الاقتصاد الجزئي؛ حيث يتم تشبيه العلاقة بين السياسة الدولية والسياسة الخارجية بالعلاقة بين الأسواق والشركات العاملة داخلها. كما تستخدم نظرية احتكار القلة لتوضيح التفاعلات بين الإيرادات والخيارات المستقلة في ظل نسق فوضوي يقوم على مبدأ مساعدة الذات-Self help. وقد قصر والتر اهتمامه على نظرية بنوية للنسق الدولي ولم يهتم بربط هذه النظرية بأية نظرية للسياسة الخارجية. بل وشكك في إمكانية الجمع بين هكذا نظريتين في نظرية واحدة ووجه الانتقادات لمن قدموا محاولات في هذا السياق حال مورتون كابلان Morton Kaplan، وستانلي هوفمان Stanley Hoffmann، وريتشارد روزكرينس Richard Rosecrance، وكارل دويتش Karl Deutsch، وديفيد سنجر David Singer وآخرين؛ معتبراً أنهم أخطأوا حين سعوا إلى توصيف طبيعة النسق الدولي وفق خصائص أو تفاعلات الوحدات (أي الدول)^(٤٨).

يبقى أن نشير إلى أن والتر ومعظم الواقعيين البنويين، على العكس من مورجانتو، اعتبروا أن الولايات المتحدة كانت تتمتع بالأمن المفرط خلال معظم

سنوات الحرب الباردة. وكان أكثر ما يخشونه هو أن تتخلى عن هذا الوضع المواتي بتبني سياسة مفرطة في العدوانية^(٤٩).

ومهما يكن من أمر أوجه التشابه أو الاختلاف بين النظريتين الكلاسيكية والبنوية فإن ثمة دعائم تحليلية عديدة ارتكزت إليها الواقعية الجديدة في تحليل السياسة الدولية، وهي دعائم تتباين الدراسات التي عالجتها بصددها ودرجة أهمية كل منها. وفيما يلي نجتهد في عرض أبرز هذه الدعائم بشيء من التفصيل:

(١) اعتبار أن الفاعلين الأساسيين في النسق الدولي هم جماعات متباينة بتباين وحداتها الإقليمية(دول)، ففي حقب ما قديمة كانت هناك الدولة المدينة وكذا الإمبراطورية؛ لكن على الأقل منذ معاهدة وستفاليا ١٦٤٨ صارت الدول القومية ذات السيادة هي المهيمن على التفاعلات الدولية^(٥٠). أو على حد قول دويتش(١٩٨٨) : "الآن ولعقد قادم أو ربما لعقود قادمة تظل الدول القومية هي المراكز الرئيسية للقوة في العالم". أو كما أكد كيتنج (١٩٩٠) Keating : إن نظام الدولة كوحدة سياسية؛ أخذ في الازدهار وليس التلاشي، إن ثمة ما يربو على ١٦٠ دولة تمارس مستويات عالية من النشاط السياسي سواء على الصعيد الداخلي أو على المستوى الدولي^(٥١). وترتكز تحليلات الواقعيين عموماً على الدور المحوري للقوى العظمى داخل النسق باعتبارها الموجه لدفة السياسة العالمية، والمحقق لتوازن القوى الدولي.

(٢) اعتبار أن سلوك الدول يتسم بالرشد أو العقلانية، أو ما كان يطلق عليه مورجانتو افتراض العقلانية **Rational Hypothesis**، بمعنى أن الدول تعمل دوماً وفقاً لمنطق المصلحة القومية والتي تتجسد عادة في أهداف كالبقاء، والأمن، والقوة، والتفوق النسبي. صحيح أن مضمون المصلحة القومية قد يتغير بتغير الظروف؛ لكن يظل الشاغل الأساسي لصانعي القرار في كافة الدول على السواء هو السعي إلى تحقيق المصلحة القومية، وبغض النظر عن أية دوافع أخرى، أو اعتبارات أيديولوجية، أو غير ذلك^(٥٢). وفي هذا الصدد يُشبه البعض

الدولة بالشركات التي تعمل في الأسواق، فالدولة تعمل على الصعيدين الداخلي والخارجي، وليست لديها قرارات أو إجراءات نمطية تتخذها إزاء كافة المواقف، وإنما تتبدل وتتغير هذه القرارات أو الإجراءات حسب طبيعة الموقف الذي تواجهه الدولة، فمثلاً حال شعورها بالتهديد العسكري يتطلب الأمر اتخاذ قرارات أكثر حزمًا من المواقف الأخرى الأقل أهمية. ويلاحظ أن الواقعية عموماً تركز على معضلة الأمن (the security dilemma) (على نحو ما سنعرض لاحقاً)، ومن ثم إعطاء أهمية خاصة لتفسير تفاعلات الدول أثناء الأزمات والحروب، وقد لاحظ كل من بوينو دي ميسكيثا (1981) Bueno de Mesquita، وجيمس James (1988)، وسبانير وبوزلانر (1989) Spanier and Uslaner، وزورك (1990) Rourke، أن خيارات الحكومات تكون أكثر رشداً وتحقيقاً للتوجه المجتمعي بصددتها في وقت الأزمات، حيث يدفع ضيق الوقت القائمين على اتخاذ القرار إلى تجاوز بعض المشاورات غير الرسمية التي تلجأ إليها تقليدياً في غير أوقات الأزمة، وهي إجراءات قد تتسبب أحياناً في إعاقة صانع القرار عن اتخاذ القرار الحاسم والأكثر رشداً^(٥٣).

(٣) اعتبار الدولة وحدة واحدة كفاعل دولي، بمعنى أنه طالما أن المشاكل المحورية للدولة ترتبط ارتباطاً وثيقاً بطبيعة النسق الدولي فإن تصرفاتها ستأتي، بطبيعة الحال، استجابة لسلوكيات القوى السياسية الدولية لا الداخلية. أو كما يقول ستيفن كراسنر Stephen Krasner، على سبيل المثال، يتعين أن نتعامل مع الدولة كفاعل مستقل يسعى إلى تحقيق أهداف تتعلق بالقوة والمصلحة العليا للمجتمع. وتجدر الإشارة إلى أن بعض الواقعيين قد يلجأون إلى تحليل البيئة السياسية الداخلية بغية إيجاد تفسير لبعض سلوكيات الدول التي تتحرف عن العقلانية أو الرشد^(٥٤).

(٤) أن النسق الدولي يتسم دوماً بالفوضى التي هي خاصة لصيقة ببنيته نظراً لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول. فالنسق الدولي عند والتر أشبه بحالة الطبيعة الهويزية التي قوامها الفوضى، وحيث القوى العظمى في حالة صراع دائم. ويرى والتر أنه على طول التاريخ الحديث لم تتغير بنية السياسة الدولية سوى

مرة واحدة، تتمثل في تبدل القوى الذي حدث بنهاية الحرب العالمية الثانية وتحول النسق الدولي من نسق متعدد الأقطاب إلى نسق ثنائي القوى القطبية، ومع ذلك ظلت حالة الفوضى ملازمة للنسق باعتبارها حالة أصيلة لصيقة بالسياسة الدولية^(٥٥). ويؤكد جيلبين (١٩٨١) Gilpin على أن الطبيعة الأساسية للعلاقات الدولية لم تتغير منذ آلاف السنين، لقد كانت دوماً تمثل صراعاً متواصلًا من أجل الثروة والقوة بين وحدات سياسية مستقلة تتفاعل في حالة فوضى. وفي سياق عرض تصوره عن الفروض الأساسية للواقعية أشار جريكو (١٩٨٨) Grieco إلى أن الفوضى هي القوة الرئيسية الحاكمة لدوافع وسلوكيات الدول. وفي إطار هكذا وضع دولي فوضوي تصبح الضمانة الرئيسية لبقاء الدولة ضمن النسق الدولي هي قوتها. أو على حد قول والتز (١٩٨٦) فإن دور اعتبارات القوة في توجيه سلوك الدولة يفوق دور أي اعتبارات أخرى^(٥٦).

ويشير هولستي إلى أن والتز أسس نظريته على ثلاثة افتراضات رئيسية تتعلق بطبيعة بنية النسق الدولي: أما الافتراض الأول فيتعلق بالمبادئ التي يعمل النسق وفقاً لها حيث يتسم بالفوضى واللامركزية، أما الافتراض الثاني فيتعلق بطبيعة الوحدات (الدول)، وفي ظل نسق فوضوي يتكون من وحدات ذات سيادة يكون من الطبيعي أن تتصرف كافة الوحدات بذات الطريقة، إذ تسعى الدول قاطبة، على سبيل المثال، إلى تحقيق أمنها. وأما الافتراض الثالث فيتمثل في وجود توزيع معين للقدرات (عناصر القوة) بين مختلف وحدات النسق (الدول). ويؤكد والتز على أن أي تغيير يطرأ على أي من هذه العناصر الثلاثة سيؤدي إلى تغيير بنية النسق^(٥٧). وارتباطاً بما تقدم انصب اهتمام دراسات الواقعية الجديدة عموماً على دراسة النسق الدولي. ولقد ركز العديد من الدراسات المعنية ببنية النسق على متغيرين أساسيين يتمثلان في عدد القوى القطبية المتواجدة، وتوزيع القوة فيما بينها في ظل واقع السياسة الدولية المتسم دوماً بالفوضى حسب هذه الدراسات قاطبة. فمثلاً دراسة جيلبين (١٩٨١) تركز على تحليل الصور المختلفة للأنساق الدولية، ولاسيما أوجه الاختلاف بين سمات النسق متعدد الأقطاب والنسق ثنائي القوى القطبية من حيث توزيع القوة بين القوى الرئيسية (القطبية) الأعضاء في النسق. في حين ركزت دراسة

بريكر وين يهودا (١٩٨٥) Brecher and Ben Yehuda على المحاور التي تؤسسها القوى الدولية في مواجهة بعضها البعض. وعلى ذات المنوال من حيث تحليل النسق وفقاً لعدد قواه القطبية ونمط توزيع القوة فيما بينها؛ جاءت دراسة هولستي (١٩٨٨)، ودراسة سنايدر وديزينج (١٩٨٩) Snyder and Diesing (٥٨).

(٥) التركيز في التحليل على معضلة الأمن باعتبارها الهاجس الأساسي للدول قاطبة والذي يمثل إفراراً بديهيّاً لطبيعة النسق الفوضوية. ففي ظل غياب السلطة العليا الحاكمة لسلوكها تدرك الدول، ولاسيما القوى العظمى، أنها تتفاعل في ظل نسق دولي يقوم على مبدأ مساعدة الذات Self-help، بمعنى أن على كل دولة أن تعتمد على نفسها للتأمين بقائها، نظراً لأن الدول الأخرى تمثل مصدراً للتهديد المحتمل. وهذا لا ينفي إمكانية أن تلجأ الدول إلى تشكيل التحالفات التي هي غالباً وسيلة فعالة في التضدي للخصوم الخطرين. ومع ذلك وفي التحليل الأخير؛ فإن الدول ليس لديها أي خيار سوى أن تضع مصالحها الخاصة فوق مصالح الدول الأخرى قاطبة، وكذا فوق مصالح ما يسمى بالمجتمع الدولي International Community (٥٩). غير أن بحث دولة ما عن الأمن غالباً ما يدع الخصوم الحاليين والمحتملين غير آمنين، وكل دولة تسعى إلى تحقيق الأمن المطلق ستجعل الدول الأخرى في النسق قاطبة غير آمنة على نحو مطلق، وهذا يفتح المجال واسعاً أمام انخراط الدول في سباقات تسلح وغير ذلك من التفاعلات العدائية. ولن يقدر البقاء للدول التي لا تتعامل بفهم مع هذا الواقع (٦٠). ففي ظل هكذا عالم يتسم بمعادلة صفرية سيكون من الصعب على أية دولة دعم فرصها في البقاء دون تهديد بقاء الدول الأخرى. وبطبيعة الحال فإن الدول المعرض بقاؤها للتهديد ستتخذ ما هو ضروري من خطوات لتعزيز بقائها، وهي الخطوات التي بدورها ستمثل تهديداً لدول أخرى كل منها، بالمثل، منخرطة في منافسة دائمة مع نظيراتها من أجل الأمن (٦١).

وعلى الجملة؛ يرى ميرشايمر أن تنافس الدول فيما بينها من أجل القوة وبحثها المتواصل عن الأمن يمكن تفسيرهما، حسب الواقعية البنوية، استناداً إلى خمسة افتراضات مجتمعة تتعلق بالنسق الدولي (٦٢): الافتراض الأول هو أن القوى

العظمى تمثل الفاعلين الأساسيين في السياسة العالمية كما أنها تتفاعل في ظل نسق فوضوي، نظراً لعدم وجود سلطة عليا فوق الدول. وأما الافتراض الثاني فيتمثل في أن كافة الدول تمتلك بعض القدرات العسكرية الهجومية، بمعنى أن كل دولة قادرة على إلحاق الضرر بجارتها، وإن كانت قدرات الدول، بطبيعة الحال، متباينة في هذا الصدد، كما أن قدرات الدولة ذاتها تختلف من زمن لآخر. ويتمثل الافتراض الثالث في أن كل دولة ليس بمقدورها التأكد على نحو يقيني من نوايا الدول الأخرى، فكل دولة ترغب في معرفة ما إذا كانت دول أخرى ستستخدم قوتها في تغيير توازن القوى القائم (دول متمردة أو طامحة إلى التغيير Revisionist States)، أم أنها ليست لديها أية مصلحة في استخدام القوة لتغيير هذا التوازن؛ وبالتالي فهي راغبة بما يكفي في الحفاظ على الوضع القائم (دول الوضع القائم Status Quo States). وأما الافتراض الرابع فهو أن الهدف الرئيسي للدولة هو البقاء، حيث تسعى الدول إلى الحفاظ على سلامتها الإقليمية واستقلالية قرارها السياسي. وهي قد تسعى إلى أهداف أخرى كالرخاء مثلاً؛ لكن كل هذه الأهداف تأتي في المرتبة الثانية من حيث الأهمية بعد البقاء، لأنه إذا لم تتمكن الدولة من الاستمرار فلن يكون بمقدورها، بطبيعة الحال، تحقيق أية أهداف أخرى. وأخيراً فإن الافتراض الخامس هو أن الدول تمثل فاعلين عقلانيين، بمعنى أنها قادرة على اتباع استراتيجيات سليمة تعظم من فرصتها في البقاء. وإن كان هذا لا يمنع أن حساباتها قد تكون خاطئة أحياناً، بل وربما ترتكب أخطاءً فادحة في ظل نقص المعلومات وتفاعلها في عالم يتسم بالتعقيد.

وهكذا فقد تخلصت الواقعية الجديدة من موروث نظيرتها الكلاسيكية الثقيل والجانب للانتقادات؛ المتمثل في كون سياسات الدول تمثل انعكاساً للطبيعة البشرية القائمة على الشر والأنانية. وهو الافتراض الذي فتح باباً كبيراً لنقد الواقعية من قبل خصومها الليبراليين وصل إلى حد نعتها بالأخلاقية. وعلى الرغم من ذلك فلم تنج الواقعية الجديدة من الانتقادات العديدة، والتي أفردت لها دراسات كثيرة خطتها أيدي الليبراليين وغيرهم. فبرغم جهود والتز في إثراء النظرية الواقعية إلا أن إسهاماته لاحقتها الانتقادات، حيث تركز الجدل في هذا الصدد على أربعة من أوجه

القصور قال بها المنتقدون تتعلق بالمصالح والتفضيلات، وتغير النسق، والخلط بين المتغيرات المتعلقة بالوحدات (الدول) وتلك المتعلقة بمستوى النسق، وأيضاً عدم القدرة على تفسير النتائج. بمعنى أن والتز أخفق في تحديد طبيعة ومصادر تحديد مصالح وتفضيلات الدولة، إذ ربطها ببنية النسق فحسب في حين أن ثمة عوامل داخلية ذات تأثير حاسم في هذا الصدد مثل البيئة السياسية داخل الدولة وأيديولوجيتها وغير ذلك، وإلا فما تفسير التغيرات التي تحدث لمصالح الدولة وتفضيلاتها. كما اعتبر البعض أن العناصر الثلاثة لبنية النسق كما حددها والتز غير كافية لتفسير مصادر وعمليات تغير النسق، وأن هذا التحديد يتسم بالجمود الشديد إلى حد أنه يؤكد على حدوث تغير وحيد في بنية النسق الدولي خلال القرون الثلاثة الماضية. كما أن والتز اعتبر خصائص مثل القمرة التدميرية للأسلحة النووية، وظاهرة الاعتماد المتبادل ضمن الخصائص المتعلقة بمستوى الوحدات، في حين يرى بعض منتقديه أنها في حقيقة الأمر تتعلق ببنية النسق الدولي. وأخيراً فإن توزيع القدرات داخل النسق يقدم تفسيراً للشئون الدولية يتسم بالعمومية ويعجز عن تقديم الإجابة عن كثير من التساؤلات المحورية التي تهم المحللين، فمثلاً توزيع القوة غداة الحرب العالمية الثانية أسفر عن حرب باردة بين القطبين الأمريكي والسوفييتي، ولكن التحليل الواقعي البنيوي لا يفسر لماذا لم تحدث احتمالات أخرى بديلة حال انسحاب إحدى القوتين إلى سياسة العزلة، أو تقسيم العالم بينهما إلى مناطق نفوذ، أو حتى قيام حرب عالمية ثالثة. وهذه أمور كان يمكن تفسيرها، حسب المنتقدين، من خلال تحليل الأوضاع السياسية داخل كلتي الدولتين^(٦٣). وعلى الرغم من كل الانتقادات التي لاحقتها لم تتوقف النظرية الواقعية عن تطوير ذاتها فظهرت لها صور عديدة مستحدثة سنعرض لأظهرها في ثنايا المبحث التالي.

المبحث الثالث: الاتجاهات النظرية المستحدثة في الواقعية البنوية

تتابعت، على نحو ما أسلفنا الإشارة، جهود علماء السياسة الدولية الواقعيين من بعد كينيث والتز، واستحدثت صور جديدة عديدة للنظرية الواقعية في

إطار التصدي لحملة النقد القاسية والعنيفة التي واجهتها النظرية، وكذا ارتباطاً بالتطورات الهائلة والمتلاحقة التي شهدتها عالم السياسة الدولية؛ والتي يأتي في مقدمتها انتهاء الحرب الباردة، وما استتبعه من تغييرات في بنية النسق الدولي، واختفاء العديد من الدول وولادة أخرى جديدة. وهي كلها أمور طرحت تساؤلات عميقة بشأن الفعالية التفسيرية للنظرية الواقعية ناهيك عن طبيعة المستقبل الذي ينتظرها. وفيما يلي نعرض لأبرز صور النظرية الواقعية خلال مرحلة ما بعد بنوية والتز:

أولاً: واقعية جيلبين Gilpinian Realism:

يرى ويليم ولفرز William Wohlforth أن روبرت جيلبين Robert Gilpin هو أحد أبرز علماء الواقعية الجديدة، وأنه ربما يقف في هذا الصدد على قدم المساواة مع كينيث والتز إن لم يكن يفوقه من حيث الأهمية. كما أن إسهامات جيلبين في تطوير النظرية الواقعية لم تتل التقدير الكافي واللائق من جانب الباحثين والعلماء الذين انصب الجانب الأكبر من اهتمامهم على إسهامات والتز. ويضيف ولفرز أن كتاب جيلبين (١٩٨١) الحرب والتغيير في السياسة العالمية War and Change in World Politics يعد بمثابة بعث جديد للنظرية الواقعية على نحو جعلنا بصدد ما يمكن أن نطلق عليه واقعية جيلبين Gilpinian Realism^(١٤).

على أية حال فإن جيلبين يعد بحق أحد أبرز علماء الواقعية الجديدة، وهو كغيره من الواقعيين يؤكد على أن الوحدة الأساسية في الشؤون السياسية بل والشؤون الاجتماعية قاطبة هي الجماعة صراعية الطابع، وأن هذه الوحدة بالنسبة للسياسة الدولية تتمثل في الدولة، كما أن المصالح القومية هي ما يحرك الدول في المقام الأول، وأن علاقات القوة هي سمة أساسية للشؤون الدولية^(١٥). كذلك يعد روبرت جيلبين أحد الواقعيين الجدد الذين حاولوا معالجة الانتقادات التي واجهت نظرية والتز وذلك من خلال دراسته المشار إليها: الحرب والتغيير في السياسة العالمية، والتي ركز فيها على تحليل عمليات التغيير في النسق الدولي محاولاً التخلص من الانتقاد الموجه إلى نظرية والتز والذي مفاده أنها تفنقر إلى التأسيس التاريخي. ومن خلال

الاعتماد على النظرية الاقتصادية والاجتماعية أسس جيليين نموذجي على خمسة افتراضات أساسية: أما الافتراض الأول فقوامه أن النسق الدولي يظل في حالة توازن طالما أن ليس ثمة دولة تعتقد أنها ستربح من تغييره. وأما الافتراض الثاني فمؤداه أن الدولة سوف تحاول تغيير الوضع القائم في النسق الدولي إذا ارتأت أن المكاسب المتوقعة من وراء ذلك تفوق التكاليف. وارتباطاً بذلك يأتي الافتراض الثالث وهو أن الدولة ستسعى للتغيير من خلال التوسع الإقليمي والسياسي والاقتصادي طالما أن التكاليف الحدية للتغيير الإضافي لم تبلغ مستوى المنافع الحدية أو تتجاوزها، مع ملاحظة أنه عندما يتم الوصول إلى نقطة التوازن بين التكاليف والمنافع المترتبة على إحداث التغيير أو التوسع الإقليمي الإضافي؛ فإن التكاليف الاقتصادية للحفاظ على الوضع القائم تتجه نحو الارتفاع بمعدل أسرع من الموارد اللازمة لإحداث التغيير. كما أن التوازن، حسب افتراض جيليين الرابع، يحدث حينما لا يكون ثمة دولة قوية تعتقد أن تغييراً في النسق سيعود عليها بأرباح صافية إضافية. وأخيراً أو الافتراض الخامس؛ فإنه إذا لم توجد الحلول للمشكلات الناتجة عن اختلال التوازن بين القوى المهيمنة داخل النسق الدولي وإعادة توزيع القوة؛ فإن النسق سوف يتغير ويتأسس توازن جديد يعكس توزيع القدرات النسبية الفعلي. وعليه فإن جيليين لم يتجاهل في تحليله العملية السياسية داخل كل دولة وتأثيرها على سلوكها الدولي^(٦٦).

وجملة القول في شأن ما تقدم أن جيليين كان أول الواقعيين الجدد أو النيويين الذين استندوا في تفسيرهم للسلوك الخارجي للدول على الدمج بين الاعتبارات البنوية المتعلقة ببنية النسق والعوامل المتعلقة بمستوى الوحدة أو العناصر الداخلية التي تؤثر على عملية صنع السياسة الخارجية؛ وبالتالي سلوك الدولة في المجال الدولي. وذلكم هو التوجه الذي حذا حذوه واقعيون جدد كثيرون آخرون على نحو ما سنعرض في سطور لاحقة.

ثانياً: الواقعية الدفاعية Defensive Realism والواقعية الهجومية Offensive Realism :

يعتبر ستيفن والت أن التطوير المفاهيمي الأكثر إثارة في إطار النموذج الواقعي يتمثل في التقسيم الفكري إلى واقعية هجومية وواقعية دفاعية^(٦٧). وبصدد التمييز بين التوجهين الواقعيين يرى جون ميرشايمر (رائد الواقعية الهجومية)، بادئ ذي بدء، أن ثمة اختلافاً بين الواقعيين الدفاعيين ونظرائهم الهجوميين حول مستوى القوة الذي يتعين على الدول بلوغه. فالواقعيون الدفاعيون مثل كينيث والتز (١٩٧٩) يؤكدون على أنه ليس من الحكمة أن تسعى الدول إلى تعظيم حصتها من القوة العالمية؛ ذلك بأن النسق سوف يعاقب الدول التي تسعى لاكتساب حجم هائل من القوة، لاسيما تلك الدول التي تسعى بتهور إلى الهيمنة. حيث ستسعى الدول العظمى الأخرى إلى تشكيل تحالفات مناوئة بغية تحقيق التوازن مع هذه القوة المتعظمة، على نحو سيجعل هذه الأخيرة أقل أمناً؛ وربما ينتهي الأمر بتدميرها على غرار ما حدث مع فرنسا النابليونية (١٧٩٢-١٨١٥)، وألمانيا الإمبراطورية (١٩٠٠-١٩١٨)، وألمانيا النازية (١٩٣٣-١٩٤٥). وهكذا فإن القوى المتعظمة الساعية إلى الهيمنة هُزمت في نهاية المطاف من قبل تحالف مضاد من القوى العظمى الأخرى. وهنا يشار إلى عبقرية أتوفون بسمارك الذي أدرك أن القوة المبالغ فيها لألمانيا لن تحقق لها الأمن لأنها ستجلب لها عداة القوى الأخرى التي ستسعى حتماً للتحالف في مواجهتها، لذلك فقد عمد بكل حكمة إلى كبح جماح الرغبة في تعظيم القوة بعد انتصاراته العسكرية المذهلة لاسيما في الحرب البروسية النمساوية (١٨٦٦)، والحرب البروسية الفرنسية (١٨٧٠-١٨٧١)^(٦٨).

بينما يتخذ الواقعيون الهجوميون كجون ميرشايمر (٢٠٠١) موقفاً مخالفاً. إذ يعتبرون من قبيل المنطق الاستراتيجي الجيد سعى الدول إلى زيادة مستوى قوتها كلما استطاعت إلى ذلك سبيلاً، بل وعليها إن وانتها الظروف أن تسعى إلى الهيمنة. إن الهجوم أو الهيمنة لا يمثلان أمراً جيداً في حد ذاته، غير أن امتلاك الدول لإمكانات القوة الهائلة هو أفضل السبل لتأمين بقائها. بالنسبة للواقعيين الكلاسيكيين فإن القوة تمثل غاية في حد ذاتها، بينما يراها الواقعيون النيويون أداة لتحقيق غاية، والغاية النهائية في هذا الصدد هي البقاء. وترتكز قوة الدولة على الإمكانيات المادية التي تحوزها. كما أن ميزان القوة يعمل بصفة أساسية وفقاً لقدرات

الدول العسكرية حال ما تمتلكه من فرق مدرعة وأسلحة نووية مثلاً. غير أنه على الدول امتلاك صنف آخر من صنوف القوة ألا وهو القوة الكامنة *latent power* والتي هي دعامة القوة العسكرية، وتتشكل القوة الكامنة من مكونات اجتماعية اقتصادية مثل ثروة الدولة، وإمكاناتها البشرية، وقدراتها التقنية. وعليه فإن الحرب ليست هي الوسيلة الوحيدة أمام الدولة للحصول على القوة، وإنما قد تحقق الدول ذات الغاية من خلال زيادة حجمها السكاني وحصلتها من الثروة العالمية على نحو ما فعلت الصين خلال العقود القليلة الماضية^(٦٩).

وفي سياق مشابه يشرح ستيفن والت حقيقة اختلاف الواقعيين الدفاعيين والهجوميين حول جدوى السياسات التوسعية. فالواقعيون الدفاعيون من أمثال والتر وفان إيفرا وجاك سنايدر يرون أن الدول ليس لها مصلحة جوهريّة تذكر في الغزو أو التوسع كما أن تكاليف السياسات التوسعية تفوق عموماً الفوائد التي قد تجنيها الدولة من ورائها. وتبعاً لذلك فإنهم يؤكدون على أن انجرار القوى العظمى إلى الحرب يحدث في الأغلب الأعم جراء مبالغة الجماعات الداخلية في تقييم التهديدات الخارجية، مع ترسخ الإيمان العميق بفعالية القوة العسكرية في التعامل مع هذه التهديدات^(٧٠).

وعلى العكس من ذلك نجد الواقعيين الهجوميين؛ فمثلاً بيتر ليبرمان (١٩٩٨) Peter Liberman في كتابه المعنون هل الغزو مريح؟ Does Conquest Pay؟؟ يحلل عدداً من الأوضاع التاريخية مثل الاحتلال النازي لأوروبا الغربية والهيمنة السوفييتية على أوروبا الشرقية، لينتهي إلى القول بأن الفوائد المتحصلة من الغزو تفوق تكاليفه، وبالتالي يشكك في الادعاء بأن التوسع العسكري لم يعد ذا جدوى من الناحية الاقتصادية. كذلك فإن واقعيين هجوميين آخرين مثل إريك لابس وجون ميرشايمر وفريد زكريا لا يزالون يؤكدون على أن الفوضى تحفز كافة الدول على السعي إلى تعظيم قوتها النسبية لأنه ببساطة لا أحد يوقن أنه لن تظهر قوة توسعية جديدة في أي وقت^(٧١).

ومن هنا، حسب والت، كان الاختلاف بين الواقعيين الدفاعيين والهجوميين حول بعض القضايا كمستقبل أوروبا. فمثلاً يعتقد إيفرا أن الحشد العسكري في القارة قد تقلص كثيراً خلال مرحلة ما بعد الحرب الباردة وأن المنطقة مقبلة على السلام. في حين يرى ميرشايمر وغيره من الهجوميين بأن الفوضى ستجبر القوى العظمى على مواصلة الصراع وبالتالي فإن الصراع على الأمن سيعود إلى أوروبا سريعاً^(٧٢).

وفي إطار إصراره على أفضلية الواقعية الهجومية للبالغ حد التحيز لنظريته؛ يؤكد ميرشايمر على أن الواقعيين الهجوميين، إجمالاً، لا يتفقون مع دفع نظرائهم الدفاعيين، نعم هم (الواقعيون الهجوميون) يدركون أن الدول التي تتعرض للتهديد عادة ما تسعى إلى تحقيق التوازن مع الأعداء الخطيرين إلا أن هذا التوازن، حسب الواقعيين الهجوميين، غالباً ما يكون غير فعال لاسيما حينما يتخذ شكل التحالفات الموازنة، وعدم الفعالية هذه تهيئ الفرص أمام المعتدي أو المهاجم الذكي لتحقيق المكاسب على حساب خصومه. علاوة على ذلك فإن الدول المعرضة للتهديد أحياناً تلجأ إلى سياسة تجنب المسؤولية Buck-passing عوضاً عن الارتباط بالتحالفات الموازنة. بمعنى أنها قد تحاول أن تبقى بعيداً عن المواجهة تاركة عبء التصدي للتهديد على عاتق الدول الأخرى، وهو سلوك شائع بين القوى العظمى لكنه أيضاً قد يخلق الفرص للعدوان. وإذا كان الواقعيون الدفاعيون يرون أن الطرف المدافع تكون له مزايا في مواجهة المهاجم؛ فإن ملاحظة التاريخ، في رأي الواقعيين الهجوميين، تشير إلى أن الطرف البادئ بالحرب غالباً هو المنتصر. أما عن قول الدفاعيين بصعوبة تحقيق الهيمنة فيرى الهجوميون أن الولايات المتحدة حققت الهيمنة الكاملة على نصف الكرة الغربي خلال القرن التاسع عشر، كما أن ألمانيا الإمبراطورية كانت قاب قوسين أو أدنى من تحقيق الهيمنة في أوروبا خلال الحرب العالمية الأولى. وعليه فإن الواقعيين الهجوميين يتوقعون أن الدول العظمى تظل دوماً في حالة بحث عن الفرص لتحقيق المكاسب على حساب نظيراتها، عساها في نهاية المطاف تحقق الجائزة الكبرى المتمثلة في الهيمنة^(٧٣).

كما يؤكد ميرشايمر على أن سلوك القوى العظمى في الماضي يتماشى مع افتراضات الواقعية الهجومية أكثر منه مع افتراضات الواقعية الدفاعية، فخلال النصف الأول من القرن العشرين كانت هناك حربان عالميتان سعت خلالهما ثلاث قوى عظمى إلى تحقيق الهيمنة الإقليمية وإن كانت قد فشلت في ذلك، وهذه القوى هي ألمانيا الإمبراطورية، واليابان الإمبراطورية، وألمانيا النازية. كما سادت الحرب الباردة خلال النصف الثاني من القرن العشرين حيث انخرط القطبان الأمريكي والسوفييتي في منافسة محمومة من أجل تحقيق الأمن والهيمنة، وهي المنافسة التي كادت أن تصل إلى حد الصدام المباشر خلال أزمة الصواريخ الكوبية عام ١٩٦٢ (٧٤).

ثالثاً: نظرية الدفاع الهجومي Offense-defense Theory

ثمة تطور هام آخر طرأ على الواقعية يتمثل في طرح النظرية التي عرفت بنظرية الدفاع الهجومي Offense-defense Theory والتي قدمها كل من روبرت جيرفيز Robert Jervis ، وجورج كويستر George Quester، وستيفن فان إيفرا Stephen Van Evera. حيث يرى هؤلاء العلماء بأن الحرب تصبح أكثر احتمالاً حينما تكون الدول قادرة على قهر نظيراتها بسهولة. فحينما يكون الدفاع أيسر من الهجوم يصبح الأمن أكثر رسوخاً، وتتقلص حوافز التوسع، ويمكن للتعاون أن يزدهر. وإذا كانت الأفضلية للدفاع وكانت الدول قادرة على التمييز بين الأسلحة لهجومية والأسلحة الدفاعية؛ حينئذ يمكن للدول امتلاك الوسائل اللازمة للدفاع عن نفسها دونما تهديد للآخرين، وهذا من شأنه أن يقلل من آثار الفوضى التي يتسم بها النسق الدولي. ووفقاً لهؤلاء الواقعيين الدفاعيين فإن الدول تسعى لمجرد البقاء، والدول العظمى يمكنها ضمان أمنها من خلال إنشاء تحالفات موازنة وتبني مواقف عسكرية دفاعية (مثل امتلاك قوة نووية كافية للانتقام) (٧٥).

رابعاً: الواقعية الكلاسيكية الجديدة Neoclassical Realism

صاغ جيدون روز Gideon Rose مصطلح الواقعية الكلاسيكية الجديدة Neoclassical Realism في مقاله المعنون بالسياسة العالمية World Politics عام ١٩٩٨. وهو يوضح معناها فيما يلي: إن الواقعية الكلاسيكية الجديدة تتضمن صراحة كلاً من المتغيرات الخارجية والداخلية في إطار عملية تحديث وترتيب منهجي لبعض الأفكار المستمدة من الفكر الواقعي الكلاسيكي. ويرى معتقو الفكر الجديد أن نطاق وطموح السياسة الخارجية للدولة يتحددان في المقام الأول وفق مكانتها في النسق الدولي وبصفة أساسية حجم إمكاناتها من القوة النسبية، وبالتالي فهم واقعيون. وهم يرون كذلك من ناحية أخرى أن تأثير إمكانات القوة على السياسة الخارجية هو غير مباشر ويتسم بالتعقيد، ذلك بأن ضغوط النسق هي انعكاس لمتغيرات تتعلق بمستوى الوحدات (الدول)؛ أي عوامل داخلية، ومن هنا فهم واقعيون كلاسيكيون جدد^(٧٦).

ويعتبر جيدون أن الواقعية الكلاسيكية الجديدة أحد الضروب المستحدثة في التيار الواقعي إلى جانب كل من الواقعية الهجومية، والواقعية الدفاعية، وما يمكن أن نطلق عليه اتجاه "محلية السياسة" Innenpolitik، والذي يضع العوامل الداخلية ذات الصلة بالبنية السياسية للدولة (كضغوطات الرأي العام وجماعات المصالح مثلاً) في المقدمة كمؤثر على سلوك الدولة الخارجي، على عكس المدرستين الهجومية والدفاعية اللتين تفسران سلوك الدولة الخارجي وفقاً لضغوطات النسق الدولي؛ إذ تنتميان صراحة إلى الواقعية البنوية أو النسقية. كما يعتبر جيدون أن النظريات الثلاث ربما تتسم بالوضوح والجرأة والقدرة على التنبؤ، غير تنبؤاتها تتسم بالتبسيط المفرط وعدم الدقة. ويؤكد جيدون على أن نظريته تتفوق على النظريات الثلاث الأخرى بدمجها في التحليل للمتغيرات المتعلقة ببنية النسق مع تلك المتأصلة في البيئة السياسية الداخلية للدولة، باعتبار أن سلوك الدولة الخارجي هو محصلة تضافر كل هذه المتغيرات^(٧٧).

وعلى ذلك يهدف الواقعيون الكلاسيكيون الجدد إلى تحليل كيفية تأثير ضغوط النسق الدولي وكذا المتغيرات المتعلقة بمستوى الوحدة (مثل البنية السياسية

الداخلية وتصورات صناع القرار) على السياسة الخارجية للدولة. وفي هذا الإطار تبرز إسهامات كل من راندال إشلر (Schweller ١٩٩٨ ، Randall ، ٢٠٠٤) ، وتوماس كريستسن (Thomas Christensen ١٩٩٦) ، وجاك سنايدر Jack Snyder (١٩٩١) ، و ويليم ولفرز (William Wohlforth ١٩٩٣) ، وأرون فريديبرج Aaron Friedberg. وكلها دراسات تؤكد على فكرة أن سلوك السياسة الخارجية للدولة هو نتاج لضغوط النسق الدولي وقد تأثرت بالعوامل الداخلية المتعلقة بمستوى الوحدة أو الدولة. إنه الإطار التحليلي الشامل الذي تمثله الواقعية الكلاسيكية الجديدة في تفسير سلوك السياسات الخارجية للدول. وعلى الرغم من ذلك تظل الواقعية الكلاسيكية الجديدة، كإطار نظري عام، في بؤرة التمحيص لأغراض التحليل التطبيقي وخصوصاً فيما يتعلق بأمر أهمها: (١) كيف تؤثر معتقدات القادة في سلوكهم؟، و (٢) كيف يمكننا قياس ذلك؟، و (٣) ماهي العوامل الداخلية التي تؤثر في تقييم القادة لتحديات السياسة الخارجية؟^(٧٨).

خامساً: الواقعيون المتفائلون والواقعيون المتشائمون

تتعين الإشارة كذلك إلى أن ثمة من يميز بين صنفين من الواقعيين بصدد نظرتهم إلى إمكانية معالجة آثار الواقع الدولي. فإذا كان الليبراليون الجدد يؤكدون على أهمية المنظمات الدولية في الحد من حالة الفوضى على الصعيد الدولي وبالتالي تقليل احتمالات وقوع الحروب؛ فإن الواقعيين الجدد يضعون التعاون من خلال المنظمات الدولية في مرتبة ثانية من حيث أهميته. ذلك بأن الحرب هي، تبعاً لهم، حالة خالدة على المستوى الدولي، بينما التعاون، وإن كان غير مستحيل التحقق، هو أمر مؤقت لأن الدولة دائماً ما تكون معنية بتحقيق المكاسب النسبية لا المطلقة. بمعنى أن الدولة سوف لا تختار التعاون حينما تكون هناك إمكانية لدى الدول الأخرى لتحقيق مكاسب نسبية أكبر جراء هذا التعاون، الأمر الذي قد تنظر إليه تلك الدولة باعتباره ضاراً بأمنها. وتتعين الإشارة كذلك في هذا الصدد إلى ما يقول به جون بيليس John Baylis من وجود اختلاف بين الواقعيين الجدد المتشائمين ونظرائهم المتفائلين حول أهمية المنظمات الدولية والتعاون الدولي بعامة.

حيث يرى المتشائمون أن ثمة دوافع لدى الدولة قد تعوق التعاون مثل مخاطر تعرض الدولة للخداع، وكذلك حرصها على مكاسبها النسبية. في حين يرى المتفائلون من الواقعيين الجدد أن التعاون ليس ممكناً فحسب، بل ويمكن أيضاً أن يؤدي دوراً بارزاً في خلق حالة من الأمن بالنسبة للدولة والحفاظ عليها. ومن جانب آخر يرى المتشائمون أن المنظمات الدولية لا يمكن أن يكون لها دور في منع الحرب لأنها ببساطة كيانات من صنع الدول ذاتها، بينما يعتبر المتفائلون أن التنظيم الدولي يمكن أن يقود إلى تحقيق الأمن الدولي والحفاظ عليه^(٧٩).

على أية حال فإنه برغم التكهات المتفائلة بتغيير السياسات والقيم الحاكمة للسياسة الدولية في ظل عالم ما بعد الحرب الباردة؛ راح ميرشايمر في ثنايا تحليله للواقع الدولي المستجد يؤكد على استمرارية سياسات القوة استناداً إلى الأسس النظرية التي تشكل رؤية الواقعية الجديدة للعلاقات الدولية^(٨٠).

كما تجدر الإشارة إلى أن ميرشايمر يعتبر أن نظريات الواقعيين الدفاعيين من أمثال باري بوسن Barry Posen، وجاك سنايدر Jack Snyder، وستيفن فان إيفرا Stephen Van Evera، تنتمي إلى ذات قالب والتز البسيط. وكل منهم يرى أن المنطق النبوي يمكن أن يفسر قدراً معقولاً من سلوك الدولي غير أن قدراً كبيراً من هذا السلوك لا يمكن تفسيره من خلال الواقعية البنوية. وعليه فإن ثمة حاجة إلى نظرية بديلة تفسر المواقف التي تتصرف فيها الدول بطريقة غير استراتيجية. وتحقيقاً لهذه الغاية اعتمد بوسون (١٩٨٤) على النظرية التنظيمية، في حين ركز سنايدر (١٩٩١) على نمط النظام الداخلي، أما فان إيفرا (١٩٩٩) فقد ركز على النزعة العسكرية. فاقترح كل منهم نظرية في السياسة الخارجية تستخدم نفس لغة والتز. فصفوة القول أن الواقعيين الدفاعيين يرون ضرورة تجاوز الواقعية البنوية لتفسير كيفية تفاعل الدول في النسق الدولي. حيث يتعين مزج النظريات التي تعالج النظام الداخلي مع تلك التي تركز على النسق الدولي بغية تقديم تفسير لكيف تدور الأمور في العالم^(٨١). بينما الواقعيون الهجوميون، من ناحية أخرى، يميلون، كما يؤكد ميرشايمر، إلى الاعتماد الحصري على الحجج البنوية في شرح

السياسة الدولية، إنهم ليسوا بحاجة إلى نظرية منفصلة للسياسة الخارجية، ذلك بأن واقع العالم يبدو مشابهاً كثيراً لتوصيف الواقعيين الهجوميين. وهذا يعني أن تصبح القضية هل كان من المنطق الاستراتيجي أن تسعى ألمانيا إلى الهيمنة في أوروبا خلال الفترة ١٩٠٠ : ١٩٤٥، وأن تفعل اليابان الشيء ذاته في آسيا خلال الفترة ١٩٣١ : ١٩٤٥؟. ويدرك الواقعيون الهجوميون بطبيعة الحال، حقيقة أن الدول تتصرف أحياناً بنوع من الحماسة (استراتيجياً)، وهي حالات تتعارض مع نظريتهم^(٨٢).

الخاتمة

استهدف هذا البحث التعريف بالنموذج الفكري الواقعي في تحليل السياسة الدولية، وأبرز النظريات التي يتضمنها هذا النموذج، وأهم التطورات الفكرية التي لحقت به خلال العقود الستة الماضية. وارتباطاً بما تقدم فقد ضمنا بحثنا ثلاثة مباحث على النحو المتقدم؛ حيث عرفنا في ثنايا المبحث الأول بالنظرية الواقعية الكلاسيكية، ثم عرضنا في المبحث الثاني للواقعية الجديدة أو البنوية، ومن ثم أفردنا المبحث الثالث للتعريف بأبرز الاتجاهات النظرية المستحدثة في الواقعية البنوية. ويمكن إيجاز أبرز النتائج التي خلصنا إليها من خلال هذا البحث فيما يلي:

- ظهرت النظرية الواقعية المعاصرة غداة الحرب العالمية الثانية ارتباطاً ببداية حقبة الحرب الباردة، حيث كانت بمثابة الثورة على النموذج المثالي الليبرالي الذي كان يهيمن على تحليل السياسة الدولية خلال حقبة ما بين الحربين العالميتين. غير أن تاريخ الفكر السياسي عبر مراحل المختلفة عرف العديد من المفكرين الواقعيين حال ثيوسيديوس الإغريقي في زمن الحضارة اليونانية القديمة، ومكيافيللي الإيطالي في عصر النهضة، وهوبز الإنجليزي في القرن السابع عشر، وغيرهم.
- على الرغم من تعدد رواد النظرية الواقعية المعاصرة من منظرين ومؤرخين وصحفيين ولاهوتيين؛ إلا أنها ترتبط على نطاق واسع باسم هانز مورجانتو كمؤسس لها وتحديداً في ثنايا كتابه الشهير " السياسة بين الأمم " الصادر عام ١٩٤٨.

ويطلق على النسخة الأولى من النظرية الواقعية (واقعية مورجانثو) الواقعية الكلاسيكية.

- شايح الفكر الواقعي في تحليل عالم السياسة مفكرون علمانيون حال مورجانثو ومكيافيللي، كما اعتنقه لاهوتيون مثل المفكر التاريخي القديس أوغستين، والأمريكي المعاصر رينولد نيبور.

- تتمثل دعائمنا التحليل الرئيسيتان لدى الواقعيين عموماً في القوة والمصلحة القومية، باعتبار أن العلاقات الدولية هي علاقات قوى تحركها مصالحها القومية، كما أن صلب السياسة الدولية هو الصراع من أجل القوة. وتعتبر الواقعية الكلاسيكية أن طبيعة السياسة الدولية بعامة هي انعكاس للطبيعة البشرية التي هي أنانية وصراعية بالأساس.

- شهدت النظرية الواقعية تطورات عديدة تتابعت عبر تاريخها تمثل أبرزها في ظهور الواقعية البنوية أو الواقعية الجديدة على يد كينيث والتز في ثانيا كتابه الشهير نظرية السياسة الدولية الصادر عام ١٩٧٩.

- تخلت الواقعية الجديدة عن فرضية تأثير الطبيعة البشرية في السياسة الدولية، واعتبرت أن الطبيعة الفوضوية للبيئة الدولية هي انعكاس لطبيعة بنية النسق الدولي، التي هي في التحليل الأخير الموجه للسياسات الخارجية للدول، والحاكم لسلوكها إزاء نظيراتها في البيئة الدولية.

- ولدت من رحم الواقعية الجديدة نظريات عديدة يأتي في مقدمتها الواقعية الدفاعية والواقعية الهجومية، وهما النظريتان اللتان وإن اتفقتا حول المبادئ الرئيسية للواقعية إلا أنهما اختلفتا حول العديد من المسائل البارزة حال مستوى القوة الذي يتعين على الدول بلوغه، وكذا مدى جدوى السياسات التوسعية. وعلى حين يعتبر والتز رائداً للواقعية الدفاعية؛ يمثل جون ميرشايمر أبرز أعلام الواقعية الهجومية.

- إلى جانب الواقعتين الهجومية والدفاعية ظهرت صور أخرى للواقعية حال واقعية جيلبين، والواقعية الكلاسيكية الجديدة، ونظرية الدفاع الهجومي، وهي نظريات كلها حاولت الدمج بين تأثير بنية النسق الدولي ودور العوامل الداخلية المتصلة بالواقع السياسي داخل الدولة على سياستها الخارجية وسلوكها الدولي برمته.

وتأسيساً على كل ما تقدم؛ يمكن القول إن الواقعية لا تمثل مجرد نظرية واحدة وإنما هي نموذج تحليلي Paradigm أعم ينطوي على العديد من النظريات التحتية. وبالتالي فإن الواقعية لم تكن أبداً بمثابة البحيرة راكدة المياه، وإنما كانت أشبه بالنهر المتدفق. حيث تتابعت جهود المنظرين الواقعيين في تطوير نموذجهم التحليلي على النحو المتقدم في مواجهة كل سهام النقد التي طالت هذا النموذج من ناحية، وتعاطياً مع سائر التطورات التي طالت بنية النسق الدولي لاسيما خلال مرحلة ما بعد الحرب الباردة من ناحية أخرى.

الهوامش

(١) Holsti, Ole R., Theories of International Relations, pp. ٣-٤, available at:

<http://people.duke.edu/~pfeaver/holsti.pdf>

(٢) Serban, Ionut, Theories and Concepts in International Relations from Idealism to Realism, Revue des Sciences Politiques, (No. ٤٠ • ٢٠١٣), p. ٥٥.

(٣) Shimko, Keith L., Realism, Neorealism, and American Liberalism, The Review of Politics, Vol. ٥٤, No. ٢ (Spring, ١٩٩٢), p. ٢٨٥.

(٤) ibid.

(٥) Serban, op. cit. pp. ٥٥-٥٦.

(٦) ibid.

(٧) Sutch, Peter and Elias, Juanita, International Relations: the Basics, (New York, ٢٠٠٧, Routledge), p. ١٤٢.

(٨)ibid.

(٩)Serban, op. cit. p. ٥٦.

(١٠)Donnelly, Jack, Realism and International Relations,(Cambridge University Press,٢٠٠٠),p.٨.

(١١) Mearsheimer, John J., "Introduction," in George F. Kennan, American Diplomacy, expanded ed. (Chicago: University of Chicago Press, ٢٠١٢), pp. vii-xlvii, available online at: <http://mearsheimer.uchicago.edu/pdfs/Kennan.pdf>

(١٢)Serban, op. cit. p. ٥٧.

(١٣)Shimko, op. cit. pp. ٢٩١-٢٩٢.

(١٤)ibid., p. ٢٨٦.

(١٥)ibid., p. ٢٨٧.

(١٦)Donnelly, op. cit. p. ٩.

(١٧) أنظر في هذا الصدد تفصيلاً على سبيل المثال:

Rossello, Diego, Hobbes and the Wolf-Man: Melancholy and Animality in Modern Sovereignty, New Literary History, Volume ٤٣, Number ٢, Spring ٢٠١٢, pp. ٢٥٥-٢٧٩.

(١٧)Shimko, op. cit., P. ٢٨٨.

(١٩)Donnelly, op. cit. p. ١٠.

(٢٠) Shimko, op. cit., P. ٢٩٠.

(٢١) Serban, op. cit. p. ٥٧.

(٢٢) ibid.

(٢٣) Sutch and Elias, op. cit., pp. ٤٨-٤٩.

(٢٤) ibid.

(٢٥) ibid., p. ٤٧.

(٢٦) Lasan, Nicoleta, International Relations Theories and Security, The Public Administration and Social Policies Review IV Year, No. ٢(٩) / December ٢٠١٢, pp. ٣٩-٤٠.

(٢٧) ibid.

(٢٨) ibid.

(٢٩) Williams, Michael C., Neo-Realism and the Future of Strategy, Review of International Studies, Vol. ١٩, No. ٢ (Apr., ١٩٩٣), p. ١٠٦.

(٣٠) إسماعيل صبري مقاد، العلاقات السياسية الدولية: دراسة في الأصول والنظريات (الكويت، الطبعة الخامسة ١٩٨٧، منشورات ذات السلاسل)، ص ص ١٨، ١٩.

(٣١) Sutch and Elias, op. cit., p. ٤٤.

(٣٢) Donnelly, op. cit. p. ٨.

(٣٣) Serban, op. cit. p. ٥٧.

(٣٤)Walt, Stephen M., International Relations: One World, Many Theories, Foreign Policy, No. ١١٠, Special Edition: Frontiers of Knowledge. (Spring, ١٩٩٨),p.٣١.

(٣٥)Shimko, op. cit., P. ٢٩٢.

(٣٦)Walt, op. cit., P.٣١.

(٣٧)Shimko, op. cit. pp. ٢٨٢-٢٨٣.

(٣٨)ibid.

(٣٩)Sutch and Elias, op. cit.,p. ٤٩.

(٤٠)Walt, op. cit., P.٣١.

(٤١)Lasan, op. cit., P.٣٩.

(٤٢)Mearsheimer, John J., Reckless States and Realism, International Relations June ٢٠٠٩ vol. ٢٣ no. ٢,pp. ٢٤١-٢٤٢.

(٤٣)Mearsheimer, John, Structural Realism, in Tim Dunne, Milja Kurki, and Steve Smith, eds., International Relations Theories: Discipline and Diversity, ٣rd Edition (Oxford: Oxford University Press, ٢٠١٣),p. ٧٢.

(٤٤)ibid.

(٤٥)Lasan, op. cit., P.٤٠.

(٤٦)Shimko, op. cit., P. ٢٩٣.

(٤٧)Holsti, op. cit., P.٧.

(٤٨) *ibid.*, p. ٨.

(٤٩) Walt, *op. cit.*, pp. ٣١-٣٢.

(٥٠) *ibid.*, p. ٤.

(٥١) James, Patrick, Neorealism as a Research Enterprise: Toward Elaborated Structural Realism, *International Political Science Review / Revue internationale de science politique*, Vol. ١٤, No. ٢ (Apr., ١٩٩٣), pp. ١٢٥-١٢٦.

(٥٢) Holsti, *op. cit.*, P.٥.

(٥٣) James, *op. cit.* pp. ١٢٦-١٢٧.

(٥٤) Holsti, *op. cit.*, P.٥.

(٥٥) James, *op. cit.* p. ١٢٤.

(٥٦) *ibid.*, pp. ١٢٧-١٢٨.

(٥٧) Holsti, *op. cit.*, P.٨.

(٥٨) James, *op. cit.* pp. ١٢٤-١٢٥.

(٥٩) Mearsheimer, Structural Realism, *op. cit.*, P.٧٤.

(٦٠) Holsti, *op. cit.*, P.٤.

(٦١) Mearsheimer, Structural Realism, *op. cit.*, P.٧٥.

(٦٢) *ibid.*, pp. ٧٣-٧٤.

(٦٣) Holsti, op. cit., pp. ٩-١٠.

(٦٤) Wohlforth, William C., *Gilpinian Realism and International Relations*, *International Relations*, ٢٥/٤, (December ٢٠١١), pp. ٤٩٩-٥١١.

(٦٥) Donnelly, op. cit. p. ٧.

(٦٦) Holsti, op. cit., pp. ١٠-١١.

(٦٧) Walt, op. cit., p. ٣٧.

(٦٨) Mearsheimer, *Structural Realism*, op. cit., pp. ٧٢-٧٥.

(٦٩) *ibid.*, pp. ٧٢-٧٣.

(٧٠) Walt, op. cit., p. ٣٧.

(٧١) *ibid.*

(٧٢) *ibid.*

(٧٣) Mearsheimer, *Structural Realism*, op. cit., pp. ٧٦-٧٧.

(٧٤) *ibid.*, p. ٧٧.

(٧٥) Walt, op. cit., pp. ٣١-٣٢.

(٧٦) Devlen, Balkan and Ozdamar, Ozgur, "Neoclassical Realism and Foreign Policy Crises," in Annette Freyberg-Inan, Ewan Harrison, and Patrick James, eds., *Rethinking Realism in International Relations: Between Tradition and Innovation* (Baltimore, MD: Johns Hopkins University Press, ٢٠٠٩), p. ١٣٧.

(٧٧) Rose, Gideon, Neoclassical Realism and Theories of Foreign Policy, World Politics, Vol. ٥١, No. ١ (Oct., ١٩٩٨), pp. ١٤٧-١٥٣.

(٧٨) Devlen and Ozdamar, op. cit., pp. ١٣٧-١٣٨.

(٧٩) Lasan, op. cit., pp. ٤٠-٤١.

(٨٠) Williams, op. cit., pp. ١٠٣-١٠٤.

(٨١) Mearsheimer, Structural Realism, op. cit., p. ٧٧.

(٨٢) ibid: pp. ٧٧-٧٨.

١ - مدى تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام

الاستاذ الدكتور/ عوض محمد عوض استاذ القانون الجنائي كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

المبدأ القانوني:

(١) لما كان مفاد نص المادتين ٩٥ و٢٠٦ مكررا من قانون الإجراءات الجنائية أن القانون خول أعضاء النيابة العامة بدرجة رئيس نيابة على الأقل سلطات قاضي التحقيق في أمور معينة، من بينها الأمر بإجراء التسجيلات في الجنايات المنصوص عليها في الباب الثالث من الكتاب الثاني من قانون العقوبات، ومنها جناية الرشوة- لما كان ذلك وكان الطاعن يسلم بأن الإذن الصادر من النيابة العامة بالتسجيل صدر من عضو نيابة من درجة رئيس نيابة، فإن تلك التسجيلات تكون قد تمت وفق صحيح القانون، هذا فضلا عن أن البين من محاضر جلسات المحاكمة أن أيا من الطاعن أو المدافع عنه لم يثر شيئا بشأن بطلان إذن النيابة العامة بالتسجيل لعدم صدوره من القاضي الجزئي، فإنه لا يقبل منه إثارة الدفع ببطلان الإذن لهذا السبب أمام محكمة النقض، لأنه من الدفوع القانونية المختلطة بالواقع وتقتضى تحقيقا موضوعيا تنحسر عنه وظيفة محكمة النقض، ومن ثم فإن ما يثيره الطاعن في هذا الخصوص يكون غير مقبول.

(٢) لما كان ذلك وكانت المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر به القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ قد اختصت هذه المحكمة دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح، وكان النص في المادة ٢٩ من هذا القانون على أن

"تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي:

(أ) (ب) إذا دفع أحد الخصوم أثناء نظر الدعوى أمام إحدى المحاكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ورأت المحكمة ... أن الدفع جدى أجلت نظر الدعوى وحددت لمن أثار الدفع ميعادا لايجاوز ثلاثة أشهر لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، فإذا لم ترفع الدعوى فى الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن"- مفاده أن الدفع بعدم دستورية نص فى قانون أو لائحة غير متعلق بالنظام العام، ومن ثم فلا يجوز لصاحب الشأن إثارته أمام محكمة النقض مالم يكن قد أبداه أمام محكمة الموضوع، وكان البين من محاضر جلسات المحاكمة- على ما سلف- أن الطاعن أو المدافع عنه لم يدفع أحدهما بعدم دستورية المادة ٢٠٦ مكررا إجراءات جنائية، فإن إبداء هذا الدفع أمام هذه المحكمة- محكمة النقض- يكون غير مقبول، لما كان ما تقدم فإن الطعن يكون على غير أساس متعينا رفضه موضوعا. (نقض ٢٠١٠/٢/٢٢ الطعن رقم ٨٥٤ لسنة ٧٩ق).

التعليق:

(١) اشتمل الحكم محل التعليق على مبدئين:

الأول: عدم قبول الدفع ببطلان تسجيل المحادثات الخاصة لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه من الدفوع القانونية المختلطة بالواقع، وأن الفصل فيه يقتضى تحقيقا موضوعيا تنحسر عنه وظيفة هذه المحكمة.

والثانى- وهو المهم- عدم قبول الدفع بعدم الدستورية لأول مرة أمام محكمة النقض لأنه غير متعلق بالنظام العام.

وكلا المبدأين محل نظر؛ أما الأول فإنه مقيد بقيد تخلف فى خصوص الدعوى التى صدر فيها الحكم المطعون فيه، وأما الثانى فلتعارضه مع مبادئ كلية- من جهة- ولأن محكمة النقض نفسها- من جهة أخرى- لم تلتزم هذا المبدأ- بشكل مطرد- فى ممارساتها، بل قضت فى عدد غير قليل من أحكامها بخلافه. وهذا إجمال يقتضى التفصيل.

المبدأ الأول:

(٢) يتضح من استقراء أحكام محكمة النقض أن إثارة البطلان- أيا كان سببه- أمامها لأول مرة لايجوز إلا بشرطين: الأول أن يكون البطلان متعلقا بالنظام العام، والثانى ألا يقتضى الفصل فيه تحقيقا فى الوقائع. فإن كان البطلان غير متعلق بالنظام العام لم يجز الدفع به لأول مرة أمام محكمة النقض، ولو كان الحكم المطعون فيه يحمل فى مدوناته مقومات هذا البطلان، وذلك لسقوط الحق فيه بعدم إثارته فى أوانه. ولهذا لا يجوز إثارة البطلان لأول مرة أمام محكمة النقض بسبب إغفال محكمة الموضوع سماع شهود الإثبات أو إغفال تحليفهم اليمين أو إسماع من لا يتكلم العربية دون مترجم ولو كانت هذه المخالفة ثابتة من مجرد الإطلاع على الحكم ولا تقتضى إجراء أى تحقيق، وذلك مادام الثابت من الحكم ومن محضر الجلسة أن المتهم لم يطلب من المحكمة سماع الشهود أو تحليفهم اليمين أو الاستعانة

بعضها

بمترجم، لأن هذه المخالفة- على ما استقر عليه قضاء النقض- لا يترتب عليها بطلان يتعلق بالنظام العام.

وإذا كان الفصل في البطلان يقتضى تحقيقاً في الوقائع التي يقوم عليها لم تجز إثارته أمام محكمة النقض لأول مرة ولو كان متعلقاً بالنظام العام، لأنه ليس من سلطاتها- بوصفها محكمة نقض- إجراء تحقيق في الموضوع، بل هي تتلقى الوقائع التي أثبتها الحكم المطعون فيه باعتبارها حقيقة واقعية مسلمة دون أن تعيد فحصها وتمحيصها، ودون أن تتصدى لفحص وتمحيص وقائع أخرى خلا منها الحكم فلم يرد لها ذكر فيه. ولهذا لا يجوز إثارة البطلان لأول مرة أمام محكمة النقض بدعوى أن الحكم المطعون فيه عول في إدانة المتهم على اعتراف لم يصدر عنه- أو عن غيره- إلا نتيجة لما وقع عليه من إكراه، أو بدعوى أن وكيل النيابة الذي أجرى التحقيق غير مختص مكانياً، أو أن القاضى الذى أصدر الحكم أو اشترك فى إصداره قريب من الدرجة الثانية للمدعى المدنى؛ فعلى الرغم من تعلق البطلان فى هذه الأحوال بالنظام العام، فإنه لا تقبل إثارته ابتداءً أمام محكمة النقض إذا كانت الوقائع التى يقوم عليها غير ثابتة بالحكم، وكان الفصل فى الدفع يقتضى إجراء تحقيق لا تملك محكمة النقض سلطة القيام به.

(٣) ولما كان مبنى الدفع- الذى صدر بشأنه الحكم محل التعليق- أنه لم يصدر من القاضى الجزئى المختص كما تقتضى بذلك المادة ٢٠٦ من قانون الإجراءات، بل صدر من رئيس نيابة، وكانت واقعة الصدور هذه ثابتة من مدونات الحكم المطعون فيه، ولم تكن مجحودة من جانب الطاعن، فقد أضحى دفعه بذلك دفعا قانونيا خالصا

لايخالطه واقع يقتضى أى تحقيق. ولهذا فإن الحكم محل التعليق لم يُصب حين
قضى بعدم قبول هذا الدفع للسبب الذى ذكره بل لعله فضلا عن ذلك- لم يسلم من
التناقض، لأنه قبيل الدفع قبل ذلك شكلا ثم رفضه موضوعا، وذلك بقوله إن
التسجيلات التى جرت بناء على الإذن الصادر من رئيس النيابة "قد تمت وفق
صحيح القانون".

المبدأ الثانى:

(٤) بين الحكم محل التعليق سنده القانونى فى اعتبار الدفع بعدم الدستورية غير
متعلق بالنظام العام، وكان هذا السند هو الفقرة (ب) من المادة ٢٩ من القانون رقم
٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا؛ فقد حددت هذه المادة
الكيفية التى ترفع بها الدعاوى إلى المحكمة الدستورية العليا، وحصرتها فى
طريقتين اثنتين: أحدهما الإحالة عن طريق إحدى المحاكم أو الهيئات ذات
الاختصاص القضائى، والآخر رفعها إليها من قبل شخص كان خصما فى دعوى
منظورة أمام إحدى المحاكم أو تلك الهيئات ودفع فى أثناء نظر الدعوى بعدم
دستورية نص فى قانون أو لائحة ورأت المحكمة أو الهيئة أن الدفع جدى فأجلت
الدعوى وحددت له ميعادا لرفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا. وكان
وجه استشهاد الحكم محل التعليق بهذه الفقرة أنها رتبته جزاء على عدم قيام من
أثار الدفع برفع الدعوى فى الميعاد، إذ اعتبرت دفعه كأن لم يكن.

وربما كان لاستشهاد الحكم بهذه الفقرة وجه لو أن المادة السالف ذكرها قد اقتصرت عليها، أو كانت هذه المادة قد استغرقت كل الطرق التي تتصل بها المحكمة الدستورية العليا بالنص الذي تثار الشبهة في عدم دستوريته. لكن الواقع غير ذلك. فقد كان القرار بقانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ بإصدار قانون المحكمة العليا يرسم لرفع الدعوى الدستورية طريقاً واحداً هو طريق الدفع أمام المحاكم بعدم دستورية نص قانوني وذلك أثناء نظر الدعوى الموضوعية، فإذا تبينت المحكمة جديته كلفت صاحب الشأن برفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية. ولما صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ بإصدار قانون المحكمة الدستورية العليا أضاف طريقين آخرين، أولهما تحويل أى محكمة أو جهة ذات اختصاص قضائي- إذا تراءى لها عدم دستورية نص لازم للفصل في النزاع المطروح عليها- سلطة وقف الدعوى وإحالة الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية للفصل في المسألة الدستورية، والثاني تحويل المحكمة الدستورية العليا في جميع الحالات سلطة القضاء بعدم دستورية أى نص في قانون أو لائحة يعرض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصها ويتصل بالنزاع المعروض عليها، وذلك طبقاً للمادة ٢٧ من قانونها.

وإضافة الطريقين الأخيرين قاطع الدلالة على أن الدفع بعدم الدستورية يتعلق بالنظام العام، وليس شأننا خاصاً ببعض الخصوم حتى وإن تعلق له مصلحة به. ولو صح اعتبار هذا الدفع غير متعلق بالنظام العام ما جاز للمحكمة التي تنظر الدعوى الموضوعية أن تتصدى من تلقاء نفسها لإثارة دفع يخص بعضهم، ولا جاز للمحكمة الدستورية العليا بدورها أن تتصدى من تلقاء نفسها للفصل في دستورية

نص لا يحقق مصلحة لأى من الخصوم. ولا شك فى أن تخويل تلك السلطة لكل من محكمة الموضوع والمحكمة الدستورية العليا دليل على أن الدفع بعدم دستورية أحد النصوص هو من صميم النظام العام. ولهذا فمن حق محكمة الموضوع أن تتصدى للمسألة الدستورية من تلقاء نفسها ودون طلب من أحد الخصوم، بل ولو اتفق الخصوم على عدم إثارة المسألة الدستورية وارتضوا الفصل فى الدعوى بناء على النص الذى تراهى للمحكمة أو الهيئة عدم دستوريته، إذ تملك كل منهما مع ذلك أن تقف الدعوى وتحيل النص إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مدى دستوريته. وهذا دليل على تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام.

بل إنه ليس فى القانون ما يمنع المحكمة أو الهيئة التى قررت جدية الدفع وصرحت للخصم الذى أثاره برفع الدعوى إلى المحكمة الدستورية فلم يرفعها فى الميعاد الذى حددته له أن تقوم هى من جانبها بإحالة المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل فيها، وتكون إحالتها صحيحة. وفى هذه الحالة لا يثور أدنى شك فى تعلق المسألة بالنظام العام.

وما ذهب إليه الحكم محل التعليق يؤدى إلى قيام تناقض بين فقرتى المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، إذ يكون الفصل فى المسألة الدستورية طبقاً للفقرة الأولى متعلقاً بالنظام العام، فى حين أنه طبقاً للفقرة الثانية غير متعلق به، وذلك رغم وحدة المسألة. وليس من المقبول مع وحدتها أن تختلف طبيعتها القانونية باختلاف صفة من يطلب من المحكمة الدستورية الفصل فيها، لأن اختلاف الصفة فى هذا المقام غير معتبر.

(٥) وفضلا عن ذلك فإن الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية لا تستمد أساسا من نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا، بل تستمد قبل ذلك من طبيعة الحق الذي يحميه الدفع ومن الغاية منه. وقد عرضت المادة ٣٣٢ من قانون الإجراءات للبطان المتعلق بالنظام العام، فنصت على أنه "إذا كان البطان راجعا لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلقة بتشكيل المحكمة أو بولايتها بالحكم في الدعوى، أو باختصاصها من حيث نوع الجريمة المعروضة عليها، أو بغير ذلك مما هو متعلق بالنظام العام، جاز التمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى، وتقضى به المحكمة ولو بغير طلب". ويلفت النظر أن المشرع لم يشأ في هذا النص حصر كل حالات هذا البطان، بل قصد التمثيل لها بذكر بعضها، ولهذا فقد أضافت المذكرة الإيضاحية للقانون حالات أخرى لم تقصد بها الإحاطة بكل حالات هذا البطان، بل قصدت توسيع دائرة التمثيل لها فحسب. وما يسرى على الدفع بالبطان من حيث مدى تعلقه بالنظام العام يسرى على سائر الدفوع، ومنها الدفع بعدم الدستورية.

(٦) وقد ثار الخلاف في بيان الضابط الذي يتحدد على أساسه مدى تعلق الدفع بالنظام العام، فذهب رأى إلى أن هذا الضابط يتمثل في نوع المصلحة التي يهدف الدفع إلى حمايتها؛ فإن كانت مصلحة عامة كان الدفع متعلقا بالنظام العام، وإن كانت خاصة بالخصوم كان الدفع غير متعلق به. وذهب رأى إلى أن الضابط الصحيح هو أهمية المصلحة التي يتغيا الدفع حمايتها بصرف النظر عما إذا كانت عامة أو خاصة بالخصوم، وأن قاضى الموضوع هو الذى يقدر أهمية هذه المصلحة فى كل حالة على حدة. وذهب رأى ثالث- وهو ما نراه- إلى أن الفيصل

فى تحديد مدى تعلق الدفع بالنظام العام هو مدى قابلية الحق الذى يُقصد بالدفع حمايته للتصرف فيه؛ فإن كان هذا الحق لا يقبل التصرف فيه- وعلى الأخص بالتنازل عنه- كان متعلقا بالنظام العام، وإلا لم يكن متعلقا به. وعلى هذا الأساس فالدفع المبنى على مخالفة قواعد قانونية تحمى حقوقا أو مصالح عامة يعتبر دفعا متعلقا بالنظام العام، لأن هذه الحقوق أو المصالح لا تقبل التصرف فيها. ومن هذا القبيل الدفوع المبنية على مخالفة نصوص التجريم أو علانية الجلسات أو إيداع الأحكام أو إجراءات ومواعيد الطعن فيها. أما الدفوع المبنية على مخالفة النصوص التى تحمى حقوقا أو مصالح شخصية للخصوم فيصح أن يكون بعضها متعلقا بالنظام العام والبعض غير متعلق به، وذلك تبعا لمدى قابلية الحق للتصرف فيه. وعلى هذا الأساس فالدفع ببطلان تفتيش الأنثى فى موضع عفة بواسطة مأمور الضبط القضائى، وكذلك الدفع ببطلان محاكمة المتهم بجناية دون أن يكون معه محام، أو لمحاكمته عن واقعة غير التى رفعت بها الدعوى- هذه الدفوع جميعا تتعلق بالنظام العام، لأنها وإن وقع المساس فى كل منها بحق شخصى للمتهم، إلا أن المساس لم يقتصر على حقه وحده، بل وقع على حق آخر من الحقوق العامة، فكان الدفع لهذا السبب متعلقا بالنظام العام. ولهذا يصح التمسك به من قبل كل ذى مصلحة ومن قبل المتهم نفسه حتى ولو سبق له التنازل عنه صراحة أو ضمنا. أما الدفوع المتعلقة بحقوق شخصية خالصة للخصوم فإنها لا تتعلق بالنظام العام. ولهذا يصح لهم التنازل عنها صراحة أو ضمنا، ويسقط الدفع بهذا التنازل. ومن قبيل ذلك الدفوع المتعلقة ببطلان إجراءات التحقيق الابتدائى التى تباشرها النيابة فى غيبة الخصوم ودون إخطارهم بميعاد ومكان مباشرتها. ومنها تفتيش منزل المتهم دون

حضوره أو حضور من ينيبه ولو كان حضور أحدهما ممكنا، وكذلك عدم سماع المحكمة شهود الإثبات أو سماع من لا يحسن العربية دون مترجم.

ولا خلاف في أن الدفع بعدم الدستورية- وفقا للضوابط المتقدمة جميعا- يعد متعلقا بالنظام العام؛ فهو- من جهة- يتعلق بحق عام لا بحق شخصي لمن يثير الدفع، وهذا الحق- من جهة أخرى- بالغ الأهمية لتعلقه بالدستور، وهو القانون الأسمى الذي يجب على كل سلطات الدولة، ومنها السلطة التشريعية النزول على أحكامه. وأخيرا فهذا الحق- لكونه على هذا القدر من الأهمية، وكونه يهم الشعب بأسره- لا يجوز لأى فرد من أفراده التنازل عن حكم من أحكامه إذا تعلق له به مصلحة تهمة بوصفه مواطنا، لأنها تهم سائر المواطنين، ولأن أحكام المحكمة الدستورية فى دعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة، وأنه يترتب على الحكم بعدم دستورية أى نص فى قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم، وإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى فإن الأحكام التى صدرت استناداً إلى ذلك النص تعتبر كأن لم تكن (م ٤٩ من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩).

ولهذا فالدفع بعدم الدستورية، سواء بالنظر إلى طبيعة الحق الذى يهدف إلى حمايته أو بالأثر الذى يترتب على قبوله، يحتل المرتبة الأولى بين الدفوع المتعلقة بالنظام العام، لأنه يتعلق "بالوجود الدستورى" للنص الذى يراد تطبيقه للفصل فى النزاع المطروح على جهة القضاء. ولا يختلف الدفع بانعدام النص دستوريا عن الدفع بنسخه تشريعا، بل هو مثله من باب أولى، بل هو أقوى منه أثرا وأبعد مدى؛

ذلك أن نسخ التشريع بأداة في مرتبته يكفه عن العمل من تاريخ هذا النسخ، في حين أن الحكم بعدم دستورية النص- وعلى الأخص إذا كان جنائيا- يحدث أثرا أبعد مدى، إذ تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إليه كأن لم تكن ولو كانت قد أصبحت باثة، وتلتزم هيئة مفوضى المحكمة الدستورية العليا بتبليغ النائب العام بهذا الحكم فور النطق به لإجراء مقتضاه. ولا يقتصر هذا الأثر على الدعوى التي رفعها من أثار الدفع، بل يشمل كل دعوى قائمة وكل حكم صدر في حالة مماثلة. فكيف يتصور أن يكون الدفع الذي يترتب على قبوله هذه الآثار غير متعلق بالنظام العام! ولما كانت المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن بالنقض تخول محكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون أصلح للمتهم، وكانت أحكام النقض تجرى على معاملة الحكم الصادر بعدم دستورية نص جنائي. بنيت عليه إدانة المتهم معاملة القانون الأصلح له، فما ينبغي أن تختلف طبيعة الدفع بعدم الدستورية من حيث تعلقه بالنظام العام عن طبيعة الدفع بالقانون الأصلح.

(٧) وقد تغاضت محكمة النقض عند تحديد طبيعة الدفع بعدم الدستورية عن هذا كله، وتعلقت بسبب شكلي هو نص الفقرة ب من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا التي نصت في عجزها على أنه إذا لم يرفع من أبدى الدفع الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا في الميعاد اعتبر الدفع كأن لم يكن؛ فقد أولت هذه العبارة على أنها تدل على أن الدفع بعدم الدستورية لا يتعلق بالنظام العام. وهذا التأويل فيه بُعد، وذلك لسببين: الأول أن الفقرة أ من تلك المادة لم تقيد إبداء الدفع

بعدم الدستورية بأن يكون أمام محكمة الموضوع، بل جاء نصها عاما مطلقا يتسع للمحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها، بل ولسائر الهيئات ذات الاختصاص القضائي، فيكون التقييد أو التخصيص بغير سند. والسبب الثاني أن المادة ٣٥ من القانون الخاص بحالات وإجراءات الطعن بالنقض تنص على أن لمحكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا تبين لها مما هو ثابت فيه أنه مبني على مخالفة القانون. وإذا كانت تملك هذه السلطة في تلك الحالة فكيف تقف مغولة اليد إذا تبين لها مما هو ثابت فيه أنه مبني على مخالفة الدستور، وهو أعلى مرتبة من القانون! وإذا كانت محكمة النقض لا تملك أن تنقض الحكم لهذا السبب- مع أنه أولى- لأنها ممنوعة بنص الدستور من الفصل في مدى دستورية القوانين واللوائح، إلا أنه إذا كان الطاعن قد دفع أمامها بعدم دستورية النص الذي بنيت عليه إدانته، وكان دفعه جديا، فعليها أن تقبل دفعه وأن تقف طعنه وتصرح له برفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية ذلك النص، أو أن تحيل هي هذا النص إليها! وإذا هي لم تفعل ذلك، بل رفضت قبول الدفع ولم تحل الطعن إلى المحكمة الدستورية العليا، فالنتيجة الحتمية لذلك هي إعمال نص معيب دستوريا وتغليب على الدستور ذاته، وهو ما ينبغي لمحكمة النقض أن تنزه نفسها عن الوقوع فيه.

(٨) وإذا تجاوزنا عن الاعتبارات السابقة جميعا واستقرأنا أحكام النقض فإننا نجد فيها ما يدل على عدم التزامها هي نفسها بما رددته في عامة أحكامها من أن الطاعن إذا لم يكن قد دفع أمام محكمة الموضوع بعدم دستورية أحد النصوص

المنتجة في الدعوى التي كان طرفا فيها، فليس من حقه أن يثير هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض بدعوى أنه من الدفع غير المتعلقة بالنظام العام. وتجرى محكمة النقض في هذه الأحوال، ومنها حالة الحكم محل التعليق على القضاء بأنه لما كان الطاعن أو المدافع عنه لم يدفع أحدهما بعدم دستورية النص أمام المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه، فإن إبداء هذا الدفع أمامها هي- بعد ذلك- يكون غير مقبول. وهذا القضاء يستقيم مع مذهبها في عدم تعلق الدفع بعدم الدستورية بالنظام العام. غير أنها في أحكام أخرى لم تكتف بذلك، بل أضافت العبارة التالية: ولما كان ما يثيره الطاعن أمام هذه المحكمة من دفع بعدم الدستورية، فإنها لا ترى من جانبها موجبا لإحالة الطعن إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية المثارة (يراجع على سبيل المثال نقض ٢٠٠٦/٥/١٨ أحكام النقض س٥٧ ص٦٣٦ رقم ٦٩ و ٢٠٠٧/١١/١٧ أحكام النقض س٥٨ ص٧٢١ رقم ١٣٥ و ٢٠١٥/٤/١٤ الطعن رقم ١٨٦٣٧/١٨٤ ق غير منشور).

ولا تخلو العبارة الواردة في هذه الأحكام من دلالة، بل إن بعض هذه الأحكام لا يخلو من مفارقة. أما الدلالة فهذه العبارة تعنى أن محكمة النقض- وهي ليست محكمة موضوع- تملك سلطة الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا، وأنها لو رأت في خصوص الطعن المرفوع إليها موجبا للإحالة لفعلت، وهو ما يثبت أن الدفع بعدم الدستورية يتعلق بالنظام العام، وهذا يتعارض مع ما اطرده عليه قضاؤها من أنه لا يتعلق به.

وأما المفارقة فتبدو من سياق الحكم الصادر في ٢٠٠٧/١١/١٧. وكانت الواقعة التي صدر فيها الحكم المطعون فيه أن النيابة العامة اتهمت الطاعنين بأنهما عرضا وتداولوا أسطرة تسجيلات للمصحف الشريف مخالفة لقواعد التلاوة دون ترخيص من الجهة المختصة، وأحالتهم إلى محكمة الجنايات لمعاقبتهما طبقا للقيود والوصف الواردين بأمر الإحالة. وقضت المحكمة المذكورة- حضوريا- عملا بالمادتين ١٠٢/٢، ١٠٢/٢ من القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٥ في شأن تنظيم طبع المصحف الشريف والأحاديث النبوية مع إعمال المادة ١٧ من قانون العقوبات- بمعاقبة كل منهما بالحبس مع الشغل مدة سنة واحدة وتغريمه ثلاثة آلاف جنيه ومصادرة الأسطرة المضبوطة، فطعن كلاهما في هذا الحكم بطريق النقض. وكان مما نعياه عليه القصور في التسبيب والفساد في الاستدلال، وكذلك عدم دستورية نص الفقرة قبل الأخيرة من المادة الثانية من القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٥ التي دين بها الطاعنان والتي لا تجيز الحكم بوقف التنفيذ. وكان الظاهر من سياق الحكم المطعون فيه أن وجه الدفع بعدم الدستورية لم يكن متحققا أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة التي أصدرته، ولكنه طرأ مباشرة عقب صدور هذا الحكم. ومع ذلك فلم تر محكمة النقض التخلي عن مذهبها، وهو عدم جواز إبداء الدفع بعدم الدستورية أمامها لأول مرة رغم أن الدفع كان صحيحا وكان متعين القبول حتى مع التزامها بما اطرده عليه قضاؤها، وذلك لخصوصية في هذا الطعن كانت تقتضى قبول الدفع. لكن محكمة النقض عرضت لهذا الدفع وردت عليه بأن "ما يثيره الطاعن أمام هذه المحكمة- محكمة النقض- من دفع بعدم دستورية نص الفقرة قبل الأخيرة من المادة الثانية من القانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٨٥ بشأن تنظيم طبع المصحف الشريف

والأحاديث النبوية، فإن المحكمة لا ترى من جانبها موجبا لإحالة الطعن إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية المثارة".

ولم يكن هذا الرد سديدا. صحيح أن الطاعنين لم يسبق لهما الدفع أمام محكمة الجنايات بعدم دستورية نص الفقرة المشار إليها، وإنما أثارا هذا الدفع لأول مرة أمام محكمة النقض. غير أن ما فعلاه كان طبيعيا، لأن العقوبة المقررة للجريمة التي كانت مسندة إليهما في أمر الإحالة كانت السجن؛ فلم يكن معقولا ولا مقبولا أن يدفعوا أمام محكمة الجنايات بعدم دستورية نص يحظر الحكم بوقف تنفيذ عقوبة الحبس، إذ لم تكن لهذا النص حينذاك علاقة بعقوبة الجريمة المسندة إليهما. ولم يكن في وسعهما - كذلك - التنبؤ بما كانت ستقضى به المحكمة في دعواهما. فلما عاملتهما بالمادة ١٧ من قانون العقوبات ونزلت بالعقوبة إلى الحبس سنة، وهي عقوبة كان من الممكن - لولا نص الفقرة المدفوع بعدم دستورتها - أن تأمر المحكمة بوقف تنفيذها عملا بالمادة ٥٥ من قانون العقوبات. ومن هنا كان دفع الطاعنين في محله، وكان توقيت إيدائه مناسباً، إذ لم يكن من الممكن إيدائه قبل ذلك أمام محكمة الموضوع. ويلفت النظر أن محكمة النقض بنت ردها على أنها لم تر موجبا لإحالة الطعن إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية المثارة، مع أن هذا الموجب كان قائما بالفعل، وكانت محكمة النقض تعلمه يقينا، فقد تواترت أحكام المحكمة الدستورية العليا - حتى بات معلوما بالضرورة - على القضاء بعدم دستورية أى نص يعرض عليها يتضمن غل يد المحكمة عن الحكم بوقف تنفيذ العقوبة لما في ذلك من إهدار لسلطانها في تقديرها، ومن إخلال بأهم خصائص الوظيفة

القضائية، وهي تقدير العقوبة بما يناسب ظروف الجريمة وحال مرتكبها. ولو أن النص الذي دفع الطاعنان بعدم دستوريته عرض على المحكمة الدستورية العليا لكان من المحقق أن تقضى بعدم دستوريته، وهو ما يعنى أن موجب الإحالة كان قائما، خلافا لما قرره حكم النقض.

(٩) ومع ذلك فقد مارست محكمة النقض بالفعل سلطة الإحالة، فأحالت في ٢٤ يناير ٢٠٠٠ إلى المحكمة الدستورية العليا نص المادة ١٥٧ من قانون الزراعة الصادر بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٦٦، وذلك للفصل في دستورية ما نصت عليه هذه المادة في عجز فقرتها الأولى من عدم جواز وقف تنفيذ عقوبة الغرامة. وقضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية ما تضمنته هذه الفقرة (الدستورية العليا ٢٠٠١/٢/٣ القضية رقم ٤٩ لسنة ٢٢ قضائية دستورية- ج ٩ ص ٨٥٧ رقم ١٠٣).

ولا يعترض على ذلك بأن محكمة النقض عندما أصدرت قرار الإحالة هذا فقد أصدرته بصفتها محكمة موضوع، إذ كانت قد نقضت الحكم للمرة الثانية، وكانت تنظر الدعوى لابصفتها محكمة نقض بل بصفتها محكمة موضوع، ومن ثم فقد كان من حقها أن تحيل المسألة الدستورية إلى المحكمة الدستورية العليا، شأنها في ذلك شأن سائر محاكم الموضوع.

غير أن هذا الاعتراض مردود لسببين: الأول أن نص الفقرة أ من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا- كما أسلفنا- ورد عاما مطلقا لا يجعل

سلطة الإحالة مقصورة على محاكم الموضوع دون محكمة النقض، والثاني أن إثبات هذه السلطة لمحكمة النقض أولى وأوجب لاتساقه مع الغاية من إنشائها، وهي الرقابة على صحة أحكام محاكم الموضوع والتحقق من عدم مخالفتها للقانون بمعناه الواسع وعلى رأسه الدستور بطبيعة الحال. هذا فضلا عن أن الدفع بعدم الدستورية دفع قانوني خالص لا يخالطه واقع يقتضى إجراء أى تحقيق.

(١٠) ومع ذلك فقد مارست محكمة النقض بالفعل سلطة الإحالة إلى المحكمة الدستورية العليا استنادا إلى المادة ٢٩/أ في أكثر من حالة، لا باعتبارها محكمة موضوع- في الأحوال التي تنظر فيها بعض الدعاوى بهذه الصفة- بل باعتبارها محكمة نقض، وليس بمناسبة نظرها طعونا غير جنائية فحسب، بل وبمناسبة نظرها طعونا جنائية أيضا. ومن قبيل ذلك ما قضت به في ١٩٩٩/٩/٢٨ في الطعن رقم ٦٤/١٢٩٩٦ (غير منشور)؛ فقد جاء في هذا الحكم ما يلي:

"... لما كان مبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم الذي قررته الفقرة الثانية من المادة الخامسة من قانون العقوبات إنما يترد إلى أصل دستوري في المادتين ٤١ و٦٦ (من دستور ١٩٧١) مما لا يجوز للتشريع العادي أن يخرج على هذا المبدأ، وإذ كان ما ورد في الفقرتين الثانية والثالثة من المادة الأولى من مواد إصدار قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ من إرجاء إلغاء نص المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات حتى أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠ وإلغاء كل حكم يتعارض مع أحكام القانون المرافق، وما نص عليه في المادة الثالثة من مواد إصداره من إرجاء العمل بالأحكام الخاصة بالشيك إلى أول أكتوبر سنة ٢٠٠٠، وأن تطبق على الشيك الصادر قبل هذا التاريخ

الأحكام القانونية المعمول بها في تاريخ إصداره إذا كان ثابت التاريخ، فيه تعطيل لمبدأ رجعية القانون الأصلح للمتهم، وكانت هذه المحكمة ترى أن ما ورد في هاتين المادتين في هذا الخصوص يكون مخالفا للدستور، ولما كان الفصل في هذه المسألة الدستورية لازما للفصل في الطعن المائل ويخرج عن اختصاص هذه المحكمة، وإنما تختص به المحكمة الدستورية العليا- اختصاصا انفراديا استثنائيا، لا يشاركها فيه سواها- وذلك عملا بنص الفقرة أولا من المادة ٢٥ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩، لما كان ما تقدم فإنه يتعين وقف نظر الطعن المائل وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية سالفة البيان، وذلك عملا بالفقرة الأولى من المادة ٢٩ من قانونها سالف الإشارة".

(١١) ولم تكن الحالة التي أوردناها حالة فريدة- وإن كان الحكم الصادر فيها لم ينشر ضمن ما ينشر من أحكام النقض- بل كانت لها نظائر أخرى أفصحت عنها أحكام عديدة أصدرتها المحكمة الدستورية العليا، وتم نشرها في مجموعات الأحكام التي يشرف على إصدارها مكتبها الفني، ومن بينها الحكم الصادر في ١٢ مايو ٢٠٠٢، فقد جاء به في معرض تحصيله للوقائع التي صدر فيها هذا الحكم أن النيابة العامة طعنت بطريق النقض في حكم صدر من محكمة الجناح المستأنفة بمعاقبة أحد المتهمين بتغريمه ألف جنيه لمخالفته أحكام المادتين ٢٨ مكررا و١٦٩ مكررا من قانون العمل رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨١ وأمرت بوقف تنفيذ العقوبة لمدة ثلاث سنوات، وقضت محكمة النقض- من تلقاء نفسها- بإيقاف نظر الدعوى وبإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية ما تضمنته

المادة ١٧٥ من قانون العمل من عدم جواز وقف تنفيذ العقوبات المالية المنصوص عليها فيه. وقضت المحكمة الدستورية العليا بأن النص المطعون عليه قد أهدر- من خلال إلغاء سلطة القاضي في تفريد العقوبة- جوهر الوظيفة القضائية، وأنه جاء منطويا على تدخل في صميم شئونها، نائيا عن ضوابط المحاكمة المنصفة، وتردى بذلك في مخالفة أحكام المواد ٤١ و٦٧ و٦٥ و١٦٦ من الدستور النافذ حينذاك (وهو دستور ١٩٧١)، وبناء على ذلك حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية ما نصت عليه المادة ١٧٥ من قانون العمل من عدم جواز الحكم بوقف التنفيذ في العقوبات المالية (أحكام المحكمة الدستورية العليا- ح. ١٠ ص ٣٥٧ القضية رقم ٢٣/٣٢٦ قضائية دستورية- القاعدة رقم ٥٩).

(١٢) وإذا كانت محكمة النقض قد جرى قضاؤها على اعتبار الدفع بعدم الدستورية غير متعلق بالنظام العام، فإن قضاء المحكمة الدستورية- على النقيض من ذلك- مستقر على أنه متعلق به. وكان مستند محكمة النقض- كما بينا- حجة شكلية مستمدة من دلالة الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا. أما المحكمة الدستورية فقد أقامت قضاءها على أسس موضوعية. خالصة وقد أفصحت عن مذهبها هذا في عديد من أحكامها، ولعل أكثرها شمولا ما قضت به في دعوى أحيلت إليها من محكمة النقض نفسها بمناسبة طعن كان مرفوعا إليها في حكم صادر من إحدى محاكم الاستئناف في دعوى تتعلق بالأحوال الشخصية. وكان الطاعنون قد دفعوا أمام محكمة النقض بعدم دستورية إحدى مواد القانون رقم ٥٥ لسنة ١٩٦٠ بقسمة الأعيان التي انتهى فيها الوقف. وإذ قدرت المحكمة جدية هذا

الدفع فقد صرحت للطاعين باتخاذ إجراءات الطعن بعدم الدستورية، فأقاموا دعواهم أمام المحكمة الدستورية العليا.

ودفعت هيئة قضايا الدولة بعدم قبول تلك الدعوى قولا منها بأنها لم تتصل بالمحكمة الدستورية وفقا للأوضاع المنصوص عليها في قانونها، باعتبار أن الدفع بعدم الدستورية أثير أمام محكمة النقض التي لاتعتبر محكمة موضوع، ولا يعد النزاع المعروض عليها متصلا بتقرير الحق أو نفيه، بل تقتصر مهمتها على مراقبة صحة تطبيق القانون على الوقائع التي فصل فيها الحكم المطعون فيه، وبالتالي لايجوز لمحكمة النقض أن تحيل مسألة دستورية تتصل بطعن معروض عليها إلى المحكمة الدستورية العليا، ولا أن تقدر جدية دفع بعدم الدستورية أثير أمامها بمناسبة فصلها في هذا الطعن، إذ لا يعتبر هذا الدفع متعلقا بالنظام العام، ولا يجوز أن يثار أمامها لأول مرة. وظاهر أن دفع هيئة قضايا الدولة كان تعبيراً دقيقاً. وربما تأصيلاً- لما جرت به أحكام النقض.

غير أن المحكمة الدستورية العليا ردت على هذا الدفع بما يفنده، وجعلت عمدتها في ذلك أمرين: أحدهما هو الغاية من الشرعية الدستورية، والثاني هو الطبيعة القانونية للدفع بعدم الدستورية.

(١٣) أما بالنسبة للأمر الأول فقد قررت أن الشرعية الدستورية التي تقوم المحكمة الدستورية على مراقبة التقيد بها، غايتها أن تكون النصوص التشريعية مطابقة لأحكام الدستور، وتتبوأ هذه الشرعية من البيان القانوني في الدولة القمة من

مدارجه، وهى فرع من خضوع الدولة للقانون والتزامها بضوابطه، ولا يجوز بالتالى لاية محكمة أو هيئة اختصاصها المشرع بالفصل فى نزاع معين فصلا قضائيا، وأيا كان موقعها من الجهة القضائية التى تنتمى إليها، إعمال نص تشريعى لازم للفصل فى النزاع المعروض عليها إذا بدا لها مصادمته للدستور من وجهة مبدئية؛ ذلك أن قيام هذه الشبهة لديها يلزمها أن تستوثق من صحتها عن طريق عرضها على المحكمة الدستورية العليا التى تتولى دون غيرها الفصل فى المسائل الدستورية لتقول كلمتها القاطعة فيها، بما مؤداه أنه كلما بدا لاية جهة أو هيئة أولاها المشرع سلطة الفصل فى الخصومة بأكملها أو فى بعض جوانبها، أن التعارض المدعى به أمامها بين النص التشريعى الأدنى والقاعدة الدستورية التى تحتل مرتبة الصدارة بين قواعد النظام العام، محمول على أسس تظاهره من وجهة مبدئية غير متعمقة دخائل المطاعن الدستورية، فلا يجوز لهذه الجهة أو الهيئة أن تتجاهل مظنة الخروج على أحكام الدستور، ولا أن تتحيزها جانباً، بل يتعين عليها- ولو كان بحثها منحصرا فى مسائل القانون دون غيرها- إما أن تحيل بنفسها ما ارتأته من تعارض بين نص تشريعى وقاعدة دستورية إلى المحكمة الدستورية العليا ليكون قضاؤها فى شأن هذا التعارض قولا فصلا، وإما أن توفر للخصم الذى دفع أمامها بعدم دستورية نص تشريعى وكان دفعه جديا، مكنة عرض دعواه على المحكمة الدستورية العليا عن طريق تخويلها إياه حق رفعها إليها خلال الأجل الذى تحدده.

(١٤) وأما بالنسبة للأمر الثاني فقد قررت أن الدفع بعدم الدستورية ليس من الدفوع التي يخالطها واقع، ولا تعتبر المجادلة فيه مجادلة موضوعية مما تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، وإنما ينحلّ إلى ادعاء بمخالفة نص تشريعي لحكم في الدستور، وهو ادعاء لا يرتبط الفصل فيه بأية واقعة تكون محكمة الموضوع قد حققتها، ومن ثم تجوز إثارته ولو لأول مرة أمام محكمة النقض- التي تعتبر من المحاكم التي عنتها المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا والتي يجوز إثارة مثل هذا الدفع أمامها- ذلك أن إعراضها عن بحثه على ضوء ظاهر الأمر فيه بمقولة إن رقابتها منحصرة في مسائل القانون وحدها، مؤداه أن يكون مرجعها في هذه الرقابة إلى النصوص التشريعية المعمول بها عند الفصل في الطعن المعروض عليها ولو كانت معيبة في ذاتها لمخالفتها للدستور، وهو ما يؤول إلى إنزالها لهذه النصوص دوماً على الواقعة التي حصلها الحكم المطعون فيه أيا كان وجه تعارضها مع الدستور، ويناقض ذلك دون ريب التزامها بالخضوع للقانون- والدستور في مدارجه العليا- وبضرورة أن تكون الشرعية الدستورية متكاملة حلقاتها، وأن تكون لأحكام الدستور الصدارة على ما دونها في المرتبة. ومحصلة ما تقدم أن طبيعة الرقابة التي تباشرها محكمة النقض على محكمة الموضوع، لا تحول بذاتها دون إثارة الدفع بعدم الدستورية أمامها، بل إن إجالتها لبصرها في هذا الدفع يعكس جوهر رقابتها القانونية، ويعتبر أوثق اتصالاً بها؛ ذلك أن تقرير ما إذا كان النص التشريعي المطعون بعدم دستوريته يعد لازماً أو غير لازم للفصل في الحقوق المدعى بها، وكذلك ما إذا كان التعارض الذي يثيره الدفع بين هذا النص وحكم في الدستور يعدّ- من وجهة مبدئية- مفتقراً إلى ما يظاھره أو مرتكناً إلى ما يبرره،

كلاهما من مسائل القانون التي يدخل الفصل فيها في ولاية محكمة النقض التي عهد إليها المشرع بمراقبة صحة تطبيقه على الوقائع التي خلص إليها الحكم المطعون فيه (الدستورية العليا ١٩٩٣/٦/١٩ حـ ٢/٥ ص ٣٤٣ القضية رقم ١٢/١٠٢ قضائية دستورية القاعدة رقم ٢٩).

(١٥) بل إن محكمة النقض نفسها ذهبت إلى مدى أبعد، إذ تصدت مباشرة للمسألة الدستورية في أحد أحكامها، وكان ذلك بمناسبة طعن للمرة الثانية رفعه المتهم إليها في حكم قضى بإدانته. وكانت الجريمة المنسوبة إليه أنه استغل صفته الوظيفية فطرات على ثروته زيادة لا تتناسب مع موارده وعجز عن إثبات مصدر مشروع لها. وكان وجه الطعن هو الخطأ في تطبيق القانون. وقررت محكمة النقض أن المادة الثانية من قانون الكسب غير المشروع التي يحاكم بناء على الفقرة الثانية منها أقامت قرينة نقلت بمقتضاها إلى المتهم عبء إثبات براءته، وأن هذه القرينة تخالف المبادئ الأساسية المقررة بالدستور وفقا لقضاء كل من محكمة النقض والمحكمة الدستورية العليا في النصوص التشريعية المشابهة، والتي انتهت محكمة النقض إلى عدم إعمالها وإهمالها لمخالفتها للدستور، بينما انتهت المحكمة الدستورية العليا إلى القضاء بعدم دستورية تلك النصوص لمخالفتها أيضا للدستور. وخلصت محكمة النقض إلى أن الحكم المطعون فيه إذ دان الطاعن لعجزه عن إثبات مصدر مشروع لما طرأ على ثروته من زيادة لا تتناسب مع موارده يكون قد أخطأ في تطبيق القانون لأنه قام على افتراض ارتكابه للفعل المؤثم، وهو الكسب غير المشروع لمجرد عجزه عن إثبات مصدر الزيادة في ثروته، فقلب بذلك عبء

الإثبات مستندا إلى دليل غير مشروع وقرينة فاسدة تناقض الثوابت الدستورية التي تقضى بافتراض أصّل البراءة ووجوب بناء الحكم بالإدانة على الجزم واليقين لا على الافتراض والتخمين. وأضافت المحكمة أنه لما كان العيب الذي شاب الحكم مقصورا على الخطأ في تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها في الحكم، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه وبراءة الطاعن (نقض ٢٨/٤/٢٠٠٤ س ٥٥ ص ٤٥٤ رقم ٦١).

وعلى الرغم من أن محكمة النقض في هذا الحكم مارست رقابة الإمتناع، وقد تكون محل خلاف، إلا أننا إذ نستشهد بهذا الحكم فإنما نقصد بذلك إثبات أن الدفع بعدم الدستورية يتعلق بالنظام العام؛ ذلك بأن الحكم المذكور نقض الحكم المطعون فيه لمخالفته القانون، ونقض الحكم لهذا السبب يفيد التسليم بأن الدفع بعدم الدستورية يتعلق بالنظام العام، إذ تقضى به محكمة النقض حتى وإن لم يثره الطاعن في أسباب طعنه عملا بنص المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ الخاص بحالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض.

(١٦) وتذهب المحكمة الإدارية العليا مذهب المحكمة الدستورية العليا في اعتبار الدفع بعدم الدستورية من الدفوع المتعلقة بالنظام العام. ولذلك فهي لا ترى بأسا من إيدائه أمامها لأول مرة ولو لم يكن قد سبق إيدأؤه أمام محاكم القضاء الإداري. وقد استجابت في حالات كثيرة لذوى الشأن ممن دفعوا أمامها بعدم دستورية بعض النصوص، وقررت وقف الدعوى المنظورة أمامها وصرحت لهم برفع الدعوى إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية المثارة، كما أنها في حالات

غير قليلة عندما كان يترأى لها وجود شبهة. عدم دستورية أحد النصوص كانت تقرر من تلقاء نفسها وقف الدعوى وإحالة الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في مدى دستورية النص الذي أثار لديها تلك الشبهة.

(١٧) وبهذا صرنا الآن إلى وضع غريب؛ فلدينا ثلاث محاكم عليا، اثنتان منها وهما الدستورية العليا والإدارية العليا تريان أن الدفع بعدم الدستورية يتعلق بالنظام العام، والثالثة وهي محكمة النقض ترى أنه لا يتعلق به. ولما كان محل الخلاف بين المحاكم الثلاث مسألة مشتركة لاتحتمل الرأيين، لا سيما أن الخلاف فيها لا يقتصر على مجرد التكيف ولا تترتب عليه آثار عملية، بل هو خلاف تترتب عليه آثار بالغة الخطورة تمس مصالح المتقاضين، فإنه لا ينبغي التهور من شأنه ولا الاضطراب عليه، لأن المحاكم العليا الثلاث إنما تربعت على قمة السلطة القضائية لتوحيد المبادئ التي تسيّر على هديها المحاكم الدنيا ضمانا لتحقيق الأمن القضائي للمواطنين. وهي بعد ليست جزرا منعزلة، وإنما هي أعضاء في جسد واحد هو السلطة القضائية، فلا ينبغي أن تستبد واحدة منها يراها في المسائل المشتركة بما ينال من مبدأ المساواة ويرهق المواطنين من أمرهم عسرا. ولهذا فقد آن للوضع القائم أن ينتهي، وأن يستقر الأمر على رأى واحد. ونحن نطمح أن تعيد محكمة النقض النظر فيما جرت به أحكامها؛ فليس صحيحا أنها ثابتة باطمئنان على المبدأ الذى وصفناه بأنه مذهبها، وإنما الصحيح أنها وإن كانت تردده غالبا إلا أنها لاتلتزمه دائما، وقد يكون من الأوفق - والحال هذه- أن يعرض الأمر على الهيئة

بمجلس

٢ - أو كلما جاز القبض جاز التفتيش؟

الاستاذ الدكتور/ عوض محمد عوض استاذ القانون الجنائي كلية الحقوق - جامعة الاسكندرية

المبدأ القانوني:

لما كان قانون الإجراءات الجنائية قد نص بصفة عامة في المادة ٤٦ منه على أنه في الأحوال التي يجوز فيها القبض على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه، اعتباراً بأنه كلما كان القبض صحيحاً كان التفتيش الذي يجريه من خول إجراءه على المقبوض عليه صحيحاً أي كان سبب القبض أو الغرض منه، وذلك لعموم الصيغة التي ورد بها النص، ولما كانت المحكمة قد جانبت هذه الوجوه من النظر فإنها تكون قد أخطأت في تطبيق القانون.

(نقض ٢٠٠١/٥/١٤ أحكام النقض س ٥٢ ص ٤٨٩ رقم ٨٦).

توضيح:

كانت النيابة العامة قد اتهمت المطعون ضدّهما بأن المتهمة الأولى ارتكبت جريمة الزنا مع المتهم الثاني حال كونها زوجة للمدعى بالحقوق المدنية، وأن المتهم الثاني اشترك معها بطريقي الاتفاق والمساعدة على ارتكاب جريمة الزنا بأن انفق معها وساعدها على ارتكابها، بأن توجه إليها في المنزل الخاص بها في غيبة زوجها وواقعها، فوقعت الجريمة بناء على هذا الاتفاق وتلك المساعدة. وطلبت النيابة العامة معاقبتهم بمواد الاشتراك والزنا الواردة في قانون العقوبات، وادعى

المجنى عليه مدنيا قبل المتهمين بمبلغ ١٠١ اجنيه على سبيل التعويض المؤقت. ومحكمة الجرح قضت حضوريا ببراءة المتهمين مما أسند إليهما ورفض الدعوى المدنية، فاستأنف كل من النيابة والمدعى بالحقوق المدنية، والمحكمة الاستئنافية قضت حضوريا بقبول الاستئنافين شكلا، وفي الموضوع برفضهما وتأييد الحكم المستأنف، فطعن المدعى بالحقوق المدنية في هذا الحكم بطريق النقض.

وكان مما نعه المدعى بالحقوق المدنية على الحكم المطعون فيه أنه إذ قضى ببراءة المطعون ضدهما مما هو مسند إليهما قد شابه الفساد في الاستدلال و الخطأ في تطبيق القانون. وكان الحكم المطعون فيه قد اقام قضاءه ببراءة المطعون ضدهما ورفض الدعوى المدنية قبلهما على أن الوطاء لم يقع فعلا، وأن المضبوطات التي أسفر عنها تفتيش المطعون ضده الثاني من عوازل طيبة ومناديل ورقية ثبت تلوثها بالحيوانات المنوية كانت نتيجة تفتيش باطل لصدور إذن النيابة العامة بالقبض فقط، وإذ استبعد الحكم المطعون فيه هذه المضبوطات لأنها ثمرة تفتيش باطل، ولم يكن في الدعوى دليل آخر، فقد خلص الحكم إلى خلو الواقعة من دليل صحيح على حصول الوطاء، ولهذا فقد قضى بما قضى به.

التعليق:

نقرر بادی الرأي أنه وإن كانت الواقعة التي صدر فيها المبدأ محل التعليق مستفزة من الناحية الخلقية، إلا أننا نستبعد تماما أن يكون لهذا الاعتبار دخل فيما قضت به محكمة النقض من نقض الحكم المطعون فيه والإعادة، لا لأن الجانب

الخلقى لا يعينها، بل لأنها- وهى محكمة قانون- تحرض فى المقام الأول على تطبيق القانون على وجهه الصحيح. كل ما هنالك أنه تصادف أن المبدأ القانونى الذى بنت عليه قضاءها بنقض الحكم المطعون فيه كان متوافقا مع القيم الخلقية السائدة فى المجتمع. والدليل على ذلك أن استقراء أحكام النقض يدل على أنها تلتزم هذا المبدأ بصفة مطردة فى عامة الطعون على مدى عقود عديدة، فلم ننع ضمن أحكامها على حكم خرجت فيه على هذا المبدأ وقضت بخلافه. وقد حدث أن أحد المتهمين طعن بطريق النقض فى حكم قضى بإدانته بإحراز مخدر، وكان من أسباب طعنه بطلان ما وقع عليه من تفتيش أسفر عن ضبط المخدر معه، وأن أمر النيابة العامة كان مقصورا على ضبطه وإحضاره إلى المحقق فقط، لكن مأمور الضبط القضائى الذى قبض عليه تجاوز هذا الأمر فقام بتفتيشه. وقد رفضت محكمة النقض هذا الطعن، وأسست رفضها على أن الأمر بالضبط والإحضار هو فى حقيقته أمر بالقبض لا يفترق عنه إلا فى مدة الحجز فحسب، وأنه فى سائر الأحوال التى يجوز فيها القبض قانونا على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائى أن يفتشه مهما كان سبب القبض أو الغرض منه كما هو مقتضى المادة ٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية (نقض ١٩٥٦/١٢/٣ أحكام النقض س٧ ص ١٢٢٣ رقم ٣٣٨). وفى واقعة أخرى مماثلة كان وجه الطعن أن إذن النيابة العامة كان مقصورا على ضبط الطاعن وتفتيش محله ولم يرد به التصريح بتفتيش شخصه، وأن الحكم المطعون فيه استند فى رفض هذا الدفع إلى أن التفتيش تم صحيحا طبقا لنص المادة ٤٦ من قانون الإجراءات الجنائية، وأن هذا الرد ينطوى على خطأ فى تطبيق القانون، لأن إذن النيابة بالتعرض لحرية شخص فى ناحية معينة لا يبيح

التعرض لحرية من ناحية أخرى، كما أن الأمر بالقبض على متهم لا يبيح لمأمور الضبط القضائي تفتيشه إلا إذا وجد في حالة تلبس بالجريمة وهو مالم يتوافر قيامه في الدعوى. وقد رفضت محكمة النقض هذا السبب وردت عليه بترديد ذات المبدأ (نقض ١٩٦٧/١٢/١١ أحكام النقض س ١٨ ص ١٢٤٢ رقم ٢٦٣).

(١) وواضح من الحكم محل التعليق أن السند القانوني لمذهب محكمة النقض شكلي خالص، وهو عموم الصيغة التي وردت بها المادة ٤٦ من قانون الإجراءات، فقد نصت في فقرتها الأولى على أنه "في الأحوال التي يجوز فيها القبض قانوناً على المتهم يجوز لمأمور الضبط القضائي أن يفتشه". وقد ذهب رأى في الفقه عادة صدور قانون الإجراءات- في محاولة للحد من سلطة رجال الضبط القضائي- إلى وصف التفتيش المنصوص عليه في المادة ١/٤٦ بأنه تفتيش وقائي قصد به تجريد المتهم مما قد يكون معه من سلاح خشية أن يستعمله في مقاومة من قبض عليه أو في الاعتداء على غيره أو على نفسه. وينبنى على هذا التكييف أنه ينبغي على مأمور الضبط القضائي عندما يفتش المقبوض عليه أن يقصر عمله على البحث الظاهري عما يحتمل أن يكون معه من سلاح، وألا يجاوز ذلك إلى البحث عما قد يكون معه من أدلة تتعلق بالجريمة التي استوجبت القبض. غير أن هذا الرأي لم يلق قبولا في الفقه ولا في القضاء، وكان الرأي السائد فيهما ولا يزال هو أن التفتيش المنصوص عليه في المادة ١/٤٦ هو التفتيش بمعناه الإجرائي العام، وهو الذي يخول القائم به سلطة البحث عن أدلة الجريمة مع المتهم أساساً، وتجريده من

وسائل العدوان احتياطاً، أما قصره على التفتيش الوقائي فتأويل يقع دون صيغة التعميم التي ورد بها النص.

وعلى الرغم من أن الرأي الأول يحقق للمتهم ضمانات أكبر، إلا أنه - في رأينا - لا يعد تعبيراً دقيقاً عن قصد المشرع. والواقع أن الخلاف بين هذا الرأي ورأي الجمهور ينحصر في مسألة أساسية، وهي مدى استقلال هذا التفتيش عن القبض. وقد انطلق الرأي الأول من فكرة مؤداها أن هذا التفتيش هو من توابع القبض، فكان منطقياً أن يحدد نطاقه بالغاية منه، وهي تأمين هذا القبض. وهذا المنطلق في اعتقادنا غير صحيح؛ فالتفتيش المنصوص عليه في المادة ١/٤٦ ليس تابعاً للقبض، وإنما هو سلطة موازية له ومستقلة عنه. وكان يمكن أن تكون حجة الرأي الأول أقوى لو أن النص علق جواز التفتيش على مباشرة القبض، إذ كان يسع القائلين به عندئذ أن يتمسكوا بفكرة التبعية. لكن النص يبيح التفتيش حيث يجوز القبض لا حيث يقع؛ فهو لم يقصد بذكر القبض غير الإحالة على أحواله المبينة في المادة ٣٤، وذلك من باب الإيجاز وتفادي التكرار، وهو أسلوب في فن التشريع غير معيب. ولهذا فإنه لا يشترط لإجراء التفتيش المقرر في المادة ٤٦ أن يكون مسبقاً بالقبض على المتهم، بل يكفي لصحته أن يتوفر موجب القبض. وفي هذه الحالة يكون رجل الضبط القضائي بالخيار: إما أن يبدأ بالقبض ثم يتبعه بالتفتيش، أو يلجأ إلى التفتيش مباشرة دون حاجة إلى سبق القبض. وإذا كانت عبارة النص - على هذا النحو - تفصم عرى التبعية بين الإجراءين، فإن قصر

التفتيش الوارد فيه على ما كان منه وقائياً فحسب يكون- كما قررت محكمة النقض-
تأويلاً يقع دون صيغة التعميم التي ورد بها النص.

على أن اختلافنا مع الرأي الذي يقصر التفتيش الجائز في حالة القبض على
التفتيش الوقائي لا يعنى بالضرورة اتفاقنا بصفة مطلقة مع ما ذهبت إليه محكمة
النقض وسائرها فيه الفقه السائد، وهو جواز تفتيش المتهم كلما جاز القبض عليه
قانوناً. وإنما الذي نتفق معهما فيه هو نوع التفتيش الجائز فقط؛ فهو التفتيش
الإجرائي فعلاً، أى الذى يتغيا البحث عما يفيد فى كشف الحقيقة بشأن الجريمة التى
وقعت. أما التفتيش الوقائي فإن قانون الإجراءات لم يكن فى حاجة للنص عليه لأن
الضرورة تقتضيه. بل إنه لا يعد من إجراءات الدعوى أصلاً، وإنما هو مجرد عمل
مادى يلجأ إليه القائم بالقبض إما لتيسير تنفيذه أو لتأمينه، شأنه شأن دخول البيت
الذى يتحصن فيه من يراد القبض عليه، سواء بتحطيم قفله أو كسر بابه أو تسور
أحد جُدره. أما ما نختلف فيه فهو تحديد "الأحوال" التى يجوز فيها القبض الذى
يسوغ هذا التفتيش؛ فهو- فى رأينا- لا يشمل أحوال القبض فى عمومها، بل يقتصر
على أحوال التلبس وحدها.

(٢) ولا محل للاعتراض علينا بما استدلت به محكمة النقض من عموم الصيغة
التي ورد بها نص المادة ١/٤٦ وأن هذا العموم يتنافى معه قصر حكمها على
بعض أحوال القبض دون سائر أحواله. وعندنا أن المشرع لم يقصد فى هذه المادة
تقرير قاعدة مطلقة تسرى فى كل أحوال القبض المنصوص عليه فى القانون، سواء
ما ورد قبل المادة ٤٦ وما نص عليه بعدها. وإنما يدل سياق المادة ٤٦ وظاهر

عبارتها على أن القبض المقصود فيها هو القبض الذى خول القانون لمأمور الضبط القضائى مباشرته من تلقاء نفسه ودون توقف على إذن من المحقق، وهو الذى نصت عليه المادة ٣٤ السابقة عليها. فالمادة ٤٦ حين تحدثت عن الأحوال التى يجوز فيها القبض، كانت تعنى تحديدا الأحوال المنصوص عليها فى المادة ٣٤، وهذا من باب حمل المطلق على المقيد كما يقول الأصوليون؛ فالمطلق عندهم هو ما دل على فرد أو أفراد شائعة بدون قيد مستقل لفظا مثل رجل، والمقيد هو ما دل على فرد أو أفراد شائعة بقيد مستقل لفظا، مثل رجل طويل. والقاعدة أنه إذا جاء فى أحد النصوص لفظ مطلق فى موضع، وجاء مقيدا فى موضع آخر، حمل المطلق على المقيد إذا اتحدا حكما وسببا. والمطلق فيما نحن بشأنه هو "الأحوال" الواردة فى المادة ١/٤٦، أما المقيد فهى "أحوال التلبس..." الواردة فى المادة ٣٤، فحملت "الأحوال" المطلقة فى المادة ١/٤٦ على "الأحوال" المقيدة فى المادة ٣٤.

وقد عمد المشرع إلى صياغة المادة ٤٦ فى صورتها الراهنة من باب الإيجاز وهو من أصول فن التشريع؛ ذلك أن المادة ٣٤ كانت لدى صدور قانون الإجراءات- وقبل أن يجرى تعديلها فى سنة ١٩٧٢- طويلة العبارة فيها إسهاب وتفصيل، إذ كانت تجيز القبض فى حالات عديدة، وكان نصها كما يلى: "لمأمور الضبط القضائى أن يأمر بالقبض على المتهم الحاضر الذى توجد دلائل كافية على اتهامه فى الأحوال الآتية (أولا) فى الجنايات (ثانيا) فى أحوال التلبس بالجرح إذا كان القانون يعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر (ثالثا) إذا كانت الجريمة معاقبا عليها بالحبس وكان المتهم موضوعا تحت مراقبة البوليس، أو كان

قد صدر إليه إنذار باعتباره متشردا أو مشتبهاً فيه، أو لم يكن له محل إقامة ثابت معروف في مصر (رابعاً) في جنح السرقة والنصب والتفالس والتعدى الشديد ومقاومة رجال الشرطة العامة بالقوة أو بالعنف والقيادة والاتجار بالنساء والأطفال وانتهاك حرمة الآداب، وفي الجنح المنصوص عليها في قانون تحريم زراعة المواد المخدرة أو الاتجار فيها أو حيازتها أو استعمالها". وقد رأى المشرع وهو ينظم أحكام التفتيش الجائز لمأمور الضبط القضائي أن يمنحه- إلى جانب سلطة القبض- سلطة التفتيش أيضاً في نفس الحالات التي قرر له فيها سلطة القبض وبنفس شروطها، وهي توافر دلائل كافية ضد المتهم. وراعى المشرع في تقرير هذا الحكم أن ترك المقبوض عليه بلا تفتيش يؤدي إلى انعدام الفائدة من القبض عليه. وقد أثر المشرع عند صياغة المادة ٤٦ أن يحيل في بيان الحالات التي يجوز فيها التفتيش إلى الحالات المبينة في المادة ٣٤ بدلا من تكرار النص عليها على ما بها من طول وتفصيل، ولهذا فالقراءة الصحيحة للمادة ١/٤٦ يجب أن تكون كما يلي: في الأحوال التي يجيز فيها القانون لمأمور الضبط القضائي القبض على المتهم يجوز له أن يفتشه. ونخلص من هذا إلى أن مجال انطباق المادتين واحد، وأنه لا محل لإجازة تفتيش المتهم لمجرد صدور أمر من المحقق بالقبض عليه، لأن القبض في هذه الحالة لا يقع وفقا للمادة ٣٤، بل وفقا لمواد أخرى، هما المادتان ١٢٦ و١٣٠ من قانون الإجراءات. ولا سبيل إلى تفتيش المتهم في هذه الحالة إلا إذا نص الأمر على القبض عليه وعلى تفتيشه أيضا. فإن اقتصر على القبض وحده امتنع التفتيش استنادا إليه.

(٣) ويرجع امتناع التفتيش في حالة القبض المأمور به إلى سببين: الأول أن التفتيش ليس مجرد تنقيب عشوائي في ملابس المتهم وأمتعته أو في سيارته ومتجره أو في مكتبه أو محل عمله بوجه عام، بل هو إجراء هادف غايته البحث عن أشياء تفيد في كشف الحقيقة عن جريمة يجري التحقيق فيها؛ فإن افتقدت هذه الغاية أو تجاوزها وقع باطلا وبطل ما أسفر عنه. وهذا يقتضى أن يكون القائم بالتفتيش على علم بالجريمة المرتكبة وعلى وعى بما يبحث عنه وأن تكون قد قامت لديه الدلائل على أن مع المتهم أو لديه ما يفيد في كشف الحقيقة. وقد لا يعلم من ينفذ أمر القبض بالجريمة المسندة إلى من صدر الأمر بالقبض عليه، بل قد لا تكون هناك علاقة البتة بين القبض والتفتيش، كأن يكون الأمر بالقبض على المتهم صادرا لاستجوابه أو لمواجهته بالشهود أو بالمتهمين الآخرين، أو لتنفيذ أمر صادر بحبسه احتياطيا أو لتنفيذ حكم جنائي صادر ضده، بل قد يكون لضبط وإحضار شاهد تخلف عن الحضور أمام المحقق رغم تكرار طلبه. فكيف يسوغ إطلاق القول بجواز التفتيش في هذه الأحوال، وكيف تتحدد الغاية منه! وإذا انتفت الغاية وقيل مع ذلك بجوازه كان عدوانا محضا على الحرية الشخصية.

ومما يدل على شفوذ النتائج التي تترتب على المبدأ الذي قرره محكمة النقض أن قضاءها اطرد على أن القبض على من صدر عليه حكم واجب النفاذ، سواء لكونه نهائيا أو لأنه من الأحكام التي يجوز تنفيذها قانونا وإن لم تصبح نهائية بعد. هذا القبض يخول مأمور الضبط القضائي تفتيش المحكوم عليه لا تفتيشا وقائيا فحسب لتجريده مما يحتمل أن يكون معه من سلاح، بل يخوله كذلك أن يفتشه

تفتيشا إجرائيا، ويكون ما يسفر عنه هذا التفتيش صحيحا إذا افضى إلى ضبط أشياء
تعد حيازتها جريمة. وإجازة هذا التفتيش تسمح لمأمور الضبط القضائي إذا كان
المقبوض عليه وقت ضبطه موجودا في متجره أو في مكتبه أن يفتش شخصه
وكذلك المكان الذي ضبط فيه تفتيشا دقيقا لأقصى حد دون خشية من اتهامه بتجاوز
حدود الغرض من التفتيش، لأنه لا يبحث عن شيء محدد، بل عما يمكن أن تكون
حيازته جريمة أو متصلا بأى جريمة، حتى وإن لم تكن هناك علاقة بين ما يضبطه
وبين الجريمة التي صدر بشأنها الحكم الذي استوجب القبض. وهذه هي النتيجة
الطبيعية التي تترتب على ما قررته محكمة النقض من أن التفتيش الذي يجريه
مأمور الضبط القضائي في هذه الأحوال يكون صحيحا " أيا كان سبب القبض أو
الغرض منه".

أما السبب الثاني فلأن أمر القبض لا يوجه إلى معين، إذ لا يلزم لصحته
تحديد من يكلف بتنفيذه بالذات، بل إن المادة ١٢٧ من قانون الإجراءات تنص على
أن أمر القبض والإحضار يشتمل على تكليف رجال السلطة العامة بالقبض على
المتهم وإحضاره أمام المحقق إذا رفض الحضور طوعا في الحال، وتنص المادة
١٢٩ على أن أوامر القبض تكون نافذة في جميع أراضى الدولة. فلا يشترط فيمن
يكلف من قبل سلطة التحقيق بالقبض على المتهم أن يكون من مأموري الضبط
القضائي- المختصين أو حتى غير المختصين- بل يصح أن يتولى تنفيذه أى من
رجال السلطة العامة دون تحديد. ولما كانت المادة ١/٤٦ تشترط فيمن يجوز له
تفتيش المتهم أن يكون من مأموري الضبط القضائي، فهذا يعنى- تطبيقا لمذهب

النقض- أنه إذا كان القائم بالقبض على المتهم من مأموري الضبط القضائي جاز له تفتيشه، أما إذا لم يكن منهم، بل كان من رجال السلطة العامة، فإنه يتمتع عليه تفتيشه. ولما كانت الحاجة إلى تفتيش من يأمر المحقق بالقبض عليه لا ترتفع بصفة من يقوم بهذا القبض، بل تفرضها اعتبارات موضوعية تختلف تبعاً لظروف الحال، فإن قصر التفتيش في المادة ١/٤٦ على مأموري الضبط القضائي دليل على أن القبض الذي عنته هذه المادة لا يقصد به القبض الذي تأمر به سلطة التحقيق، بل يقتصر على القبض الذي يثبت الحق في إجرائه لمأموري الضبط القضائي مباشرة بنص القانون، وهو ينحصر في القبض في حالة التلبس.

(٤) وقد ذهب بعض الفقهاء تبريراً لمذهب النقض إلى القياس بالأولى. وعبروا عن ذلك بأنه إذا كان تفتيش المتهم ينطوي على مساس بحريته الشخصية، فإن مساس القبض بهذه الحرية أشد وأخطر. ويرى هؤلاء الفقهاء أنه إذا جاز القبض قانوناً على المتهم في حالات معينة، فإن تفتيشه في هذه الحالات يكون جائزاً من باب أولى. وعندهم أن هذا الحكم بديهى، وما كان تقريره يقتضى نصاً خاصاً، وأن محكمة النقض كانت تجرى عليه قبل صدور قانون الإجراءات الحالى رغم خلو قانون تحقيق الجنايات السابق عليه من نص يقرره. ويستشهدون على صحة هذا الرأى بما جاء بالمذكرة الإيضاحية للمادة ١/٤٦؛ فقد ورد بها أن نصها "يقرر المبدأ الذى سارت عليه محكمة النقض والإبرام باستمرار، وهو تخويل مأموري الضبط القضائي حق تفتيش المتهم فى الأحوال التى يجوز فيها قانوناً القبض عليه".

ولدينا أن هذه الحجة لا غناء فيها لأنها تقوم على قياس لا يستقيم؛ فليس صحيحا أنه إذا جاز القبض- وهو في نظرهم- أشد وطأة من التفتيش- جاز التفتيش من باب أولى. وربما كان هذا القول يستقيم ظاهرا لو أن التفتيش قصد به أن يكون بديلا من القبض وعضا عنه، لكنه لا يستقيم قطعا إذا كان مضافا إليه. ذلك أن إجازة المساس بحرمة في حال معينة لا يتأدى منه بحكم اللزوم إجازة المساس بحرمة أخرى- ولو كانت أدنى منه مرتبة- في تلك الحال المعينة. فضلا عن ذلك فالأصل في الحرمان المنع، ولا محل للمفاضلة بينها. ومقتضى المنع أن كل حرمة مصونة لذاتها، فلا يجوز المساس بالأدنى منها لمجرد أن القانون يجيز المساس بالأعلى، بل لا بد من نص في القانون يجيز المساس بكل حرمة مهما تكن مرتبتها. والدليل على صحة ما نراه أن حرمة المنزل فرع من حرمة صاحبه، ومع ذلك فالمقرر قانونا أن الإذن بتفتيش الشخص لا يجيز بذاته تفتيش منزله، كما أن الإذن بتفتيش المنزل لا يجيز تفتيش صاحبه.

وما ينبغي أن يختلف الحكم بعد ذلك في حالة صدور أمر بالقبض على المتهم، إذ يتعين على من ينفذ الأمر أن يلتزم حدوده فلا يفتش المقبوض عليه- لأقبل القبض ولا بعده- للبحث عن أدلة الجريمة التي جرى التحقيق فيها، إذ لو أراد المحقق تفتيش من أمر بالقبض عليه لصرح بذلك في ذات الأمر الصادر منه بالقبض عليه.

(٥) ومع ذلك فليس صحيحا بإطلاق أن تفتيش الشخص أقل خطورة من القبض عليه بدعوى أن القبض ينطوى على انتهاك لحرية في التنقل، أما التفتيش فلا يعدو

أن يكون مجرد مساس بحرمة حياته الخاصة. ولا ندري على أى أساس يرى أصحاب الرأى المخالف أن المساس بحرية التنقل أشد وطأة من المساس بحرمة الحياة الخاصة. وعلة هذا التساؤل أن المسألة فى رأينا نسبية؛ فهى تختلف باختلاف تقدير الأشخاص من جهة، وبمدى جسامة المساس من جهة ثانية، وبنتيجة هذا المساس من جهة ثالثة. ثم إن تفتيش الشخص دون رضاه يقتضى بالضرورة تقييد حريته والتعرض له بإمساكه وحجزه ولو لفترة يسيرة- وفقا لتعريف محكمة النقض للقبض- وذلك للتمكن منه وتفتيشه. وهذا يعنى أن تفتيش الشخص أشد وطأة على نفسه من القبض المجرد. فكيف يقال مع ذلك إن التفتيش أقل خطورة من القبض! وما ينبغى أن يعزب عنا كذلك أن القبض يزول أثره بإخلاء سبيل المقبوض عليه، أما التفتيش فلا ينتهى أثره دائما بالفراغ منه، لأنه إجراء منتج للدليل، وقد يكون ما يسفر عنه التفتيش هو الدليل الوحيد على المتهم. ولهذا فمن النادر أن يدفع محامى المتهم عند محاكمته ببطلان القبض عليه، إذ لا تأثير لذلك على مصير الدعوى وأدلتها. أما التفتيش فالدفع ببطلانه شائع فى عامة الدعاوى. وحتى إذا دفع ببطلان القبض فإنما يكون ذلك توطئة للدفع ببطلان التفتيش بغية إهدار الدليل الناتج عنه. ومن هنا لم تكن مقدمة الرأى المخالف صحيحة، وبطلانها يبطل النتيجة التى بنيت عليها.

أما الاستشهاد بالمذكرة الإيضاحية فلا حجة فيه لما هو معلوم من أن المذكرة الإيضاحية لا تنشئ حكما، وقصارى ما تفيدته هو الكشف عن قصد

المشروع. وهى- حتى فى هذه الحدود- قد تصيب وقد لا توفق، وهى لم تصب فيما نحن بصدده للأسباب التى بسطناها.

(٦) وإذا جاز تفتيش المتهم لمجرد صدور أمر بالقبض عليه دون أن ينص الأمر على ذلك، فهذا التفتيش لا يخلو أن يكون تفسيراً لإرادة المشرع أو لإرادة المحقق الذى أمر بالقبض. وقد استبعدنا أن يكون تفسيراً لإرادة المشرع، فلم يبق إلا أن يكون تفسيراً لإرادة المحقق، وفيه بُعد، إذ لو أراد ذلك لصرح به فى أمر القبض.

ولو صح ما ذهب إليه الرأى المخالف لكان النص على تفتيش المتهم فى أى من أوامر القبض عليه تزيدها بل لغوا، ما دام الأمر بالقبض يتضمن الأمر بالتفتيش دائماً. ولا ندرى ما الذى يسع المحقق عمله إذا لم يقصد تفتيش المتهم، بل قصد فقط مجرد ضبطه وإحضاره! وفضلاً عن ذلك فالرأى المخالف ينطوى على قلب للأوضاع، لأنه ينسب إلى المشرع أنه قصد بالمادة ١/٤٦ تفسير إرادة المحقق فى سائر الأحوال، مع أن تفسير هذه الإرادة ليس من شأنه، بل هو من شأن المحكمة التى تنظر الدعوى.

(٧) وأخيراً فلو جازت المجادلة فى كل ما قدمناه من حجج لتوجيه حظر التفتيش بحثاً عن الأدلة عند صدور الأمر بالقبض على المتهم، فثم حجة أخرى يصعب دحضها لأنها حاسمة؛ ذلك أن التفتيش الذى يجيزه الرأى المخالف لا يستمد سنده المباشر من إرادة من أمر بالقبض، بل من نص المادة ٤٦. وحمل التفتيش على هذا السند يتعارض مع نص المادة ٥٤ من الدستور (وكان من قبل يتعارض مع

المادة ٤١ من دستور ١٩٧١ ثم مع المادة ٣٥ من دستور ٢٠١٢، وكلتا المادتين تكاد تكون مطابقة لما نص عليه الدستور الحالي). وقد درجت الدساتير المصرية منذ دستور ١٩٧١- وعلى خلاف الدساتير السابقة عليه- بعد النص على كفالة الحرية الشخصية على تحديد الحالات التي يجوز فيها تقييدها، وكانت حريصة على النص على حظر تفتيش الأشخاص بغير إذن القضاء أو النيابة العامة إلا في أحوال التلبس. فإذا كانت حالة التلبس غير قائمة، ولم يكن هناك إذن يصرح بالتفتيش لم يجز لمأمور الضبط القضائي أن يباشره وإلا وقع التفتيش باطلا. ولا يدرأ عنه هذا البطلان أن يكون الإذن صادرا بالقبض مالم يصرح بالتفتيش.

(٨) وهذا لايعنى القول بأن المادة ١/٤٦ من قانون الإجراءات مخالفة للدستور، لأن شرط المخالفة أن يكون النص القانوني في كل أحواله مخالفا للنص الدستوري بحيث يستحيل الجمع بينهما في أى حال. أما حيث تقتصر المخالفة على حال دون حال فإن النص لا يكون مشوبا بعيب عدم الدستورية. والتعارض بين نص المادة ١/٤٦ من قانون الإجراءات ونص المادة ٥٤ من الدستور الحالي لا يتأتى إلا إذا حمل النص الأول على إطلاقه فشمّل القبض في كل أحواله. أما إذا جرى تقييده بالقبض الجائز في حالة التلبس وحدها فإن التعارض لا يقوم. فالمسألة إذن تتوقف على الكيفية التي يفسر بها النص الإجرائي. والمقرر في أصول التفسير أن المطلق يؤخذ على إطلاقه حتى يرد ما يقيدده. والتقييد إما أن يكون بالنص ذاته أو بنص آخر مستقل عنه. وإذا كان تقييد النص ممكنا بنص يماثله في مرتبته، فهو ممكن- من باب أولى- بنص يعلوه في المرتبة. ولما كان الدستور قد سلب المشرع العادي

سلطة تحديد الأحوال التي يجوز فيها القبض والتفتيش وخص نفسه بتحديدھا، ولم يترك للمشرع العادی سوى سلطة تنظيم أحكامھا، وكانت المادة ٥٤ من الدستور قد حصرت التفتيش الجائز فی حالتین، فإنها تكون قد قيدت إطلاق المادة ١/٤٦ من قانون الإجراءات، وهو ما يلزم منه استبعاد ما عداھما، وهاتان الحالتان هما التلبس والإذن بالتفتيش. ومؤدى ذلك امتناع التفتيش عند القبض تنفيذاً لأمر صادر بالقبض وحده.