

جامعة الإسكندرية
ALEXANDRIA
UNIVERSITY



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الثاني ٢٠٠٨



مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية

مجلة علمية فصلية محكمة

العدد الثاني 2008



مجلة كلية الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية مجلة فصلية محكمة

توجه جميع المراسلات إلى رئيس تحرير المجلة على العنوان التالي :

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبي -

الإسكندرية جمهورية مصر العربية

تليفون : 4863964 - 4846616

فاكس : 4876611

البريد الإلكتروني : journal.law@alexu.edu.eg

رقم التصنيف الدولي 1901-1687

رقم الإيداع 301/75

تأسست عام 1943

قواعد النشر

مجلة كلية الحقوق مجلة علمية محكمة تصدر عن كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية منذ عام 1943 ، يقبل النشر فيها باللغة العربية و الفرنسية و الإنجليزية، وهى تعنى بنشر كل ما يتصل بميادين العلم القانوني و الاقتصادى و من ذلك:

- البحوث والدراسات. - التعليق على احكام قضائية.

- ملخصات الرسائل العلمية - التقارير عن الندوات والمؤتمرات.

وذلك وفق القواعد التالية:

- 1- التعهد من الباحث بان البحث او الدراسة لم يسبق نشرها.
- 2- ان يتسم البحث بالعمق والاصالة و الإضافة الجديدة الى المعرفة.
- 3- الالتزام باصول البحث العلمى و قواعده العامة ، و مراعاة التوثيق العلمى الدقيق لمواد البحث.
- 4- الآراء الواردة بالأبحاث العلمية المنشورة بالمجلة تعبر عن آراء أصحابها ولا تعبر بالضرورة عن رأى الكلية والجامعة .
- 5- ألا يكون البحث او الدراسة جزء من رسالة الدكتوراه الماجستير التي تقدم بها الباحث او جزء من كتاب سبق نشره .
- 6- ألا يزيد عدد صفحات البحث أو الدراسة عن 100 صفحة ويجوز في بعض الحالات التغطاي عن هذا الشرط إذا كان يؤدي إلى الاخلال بوحدة البحث .
- 7- لن ينشر البحث الابعد قبول نشره من لجنة تحكيمية محايدة تتعهد إدارة المجلة بتشكيلها و عرض البحث عليها.
- 8- لا يجوز نشر البحث في مجلة علمية أخرى بعد إقرار نشره في مجلة الحقوق الا بعد الحصول على إذن كتابى بذلك من رئيس التحرير.
- 9- أصول البحوث التي تصل الى إدارة المجلة لا ترد سواء نشرت او لم تنشر
- 10- ان يرفق الباحث نبذة تعريفية عنه.
- 11- ان يرفق الباحث ملخصا عن بحثه في حدود الصفحة الواحدة باللغة العربية و الإنجليزية.

- 12- يجب ان يقد البحث مطبوعا على ان يرفق به القرص المدمج CD المحتوى على البحث على ان يكتب على هيئة كتاب (بنط 14 - الهامش 12 - طول الكتابة بالصفحة 21سم- عرض الكتابة بالصفحة 12.5)
- 13- يرفق بالبحث بيانات عم البحث الاسم/ العنوان/ التلفون/ E-mail/ السيرة الذاتية.
- 14- يمنح كل باحث نسخة من العدد مع خمس مستلا من بحثه.
- 15- ترسل البحوث بعنوان رئيس التحرير مجلة الحقوق شارع مصطفى مشرفه سوتير الشاطبى - الإسكندرية - جمهوريه مصر العربية.

محتويات العدد

- دراسة تحليلية للمحددات الرئيسية للتنمية الزراعية الأفقية في جمهورية مصر العربية

د/ أحمد بن محمد توفيق الفيل

- العمل الفكري في أحكام قانون العمل - دراسة مقارنة

د/ أسامة أحمد بدر

- MGF EN EGYPTE UNE VIOLENCE CONTRE LA FEMME
EGYPTIENNE

د/ فتوح عبد الله الشاذلي

- LIMITATION OF SHIPOWNERS LIABILITY A COMPARATIVE STUDY

د/ عبد الله حسن محمد

- التفويض في مباشرة الاختصاصات الإدارية وفقا للنظام القانوني العماني

د/ طارق بن هلال البوسعيدي

- حقوق الطفل المخطئة [صح المختلطة] إبان السلم و النزاعات المسلحة

د/ ندى يوسف محمد الدعيج

دراسة تحليلية للمحددات الرئيسية للتنمية الزراعية الأفقية في جمهورية مصر العربية
أ. د. أحمد محمد توفيق الفيل أ. د. منيرة طه الحاذق
قسم الاقتصاد الزراعي - كلية الزراعة (بالشاطبي) - جامعة الإسكندرية

ملخص

يعتبر اختلال التوازن بين معدلات ازدياد الموارد البشرية ومعدلات ازدياد الإنتاج الزراعي وما ترتب عليه من مشاكل الأمن الاقتصادي الغذائي والاجتماعي والسياسي هو أهم المؤشرات التي تعكس أهمية التنمية الزراعية بصفة عامة والأفقية بصفة خاصة. ونظراً لأن التنمية الاقتصادية الزراعية الرأسية رغم أهميتها في المدى القصير فإن لها حدود قصوى بعدها تحدث النتائج المترتبة على قانون تناقص الغلة مما يبرز أهمية التنمية الزراعية الأفقية في المدى الطويل. يؤيد ذلك أن متوسطات إنتاج الفدان من المحاصيل الزراعية كالأرز والقمح في جمهورية مصر العربية تعتبر من أعلى المتوسطات في العالم.

وعلى الرغم من هذا لا يزال الإنتاج الزراعي المصري دون مستوى إشباع الحاجات الإنسانية من الغذاء إذ لا تزال مصر تعاني من نقص كبير في إنتاجها من السلع الغذائية مثل الحبوب والبقول والزيوت النباتية والسكر نتيجة الزيادة المستمرة في أعداد السكان وعدم الاستقرار النسبي للمعرض من الغذاء. الأمر الذي ترتب عليه زيادة الاعتماد في توفير الغذاء على الخارج عن طريق استيراد ما يلزم لسد احتياجات السكان من السلع الغذائية والاستراتيجية وهو الأمر الذي أدى إلى حدوث عجز في الموازين العامة وبصفة خاصة ميزان المدفوعات الغذائي وبالتالي حدوث ضغوط تضخمية على المقتصد المصري بصفة عامة.

ويستهدف هذا البحث بصفة أساسية: (١) دراسة المبررات الرئيسية للتوسع في استصلاح واستزراع الأراضي الجديدة بجمهورية مصر العربية، (٢) تحديد أهم العوامل التي تحدد المعرض من إجمالي الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة في مصر في ضوء النظرية الاقتصادية والدراسات السابقة و(٣) تحديد أهم المشاكل التي تعوق عملية التنمية الزراعية في الأراضي الصحراوية وغير

الصحراوية حديثة الاستصلاح ومختلف الأساليب المقترحة للتغلب عليها، (٤) وضع استراتيجية لتوفير مياه الإرواء اللازمة لبرامج التوسع الأفقي في جمهورية مصر العربية.

وقد أسفرت النتائج البحثية أن أهم المحددات الاقتصادية الرئيسية تأثراً على إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة بجمهورية مصر العربية هي إجمالي القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية إذ تبين أن هناك علاقة موجبة ومغزوية إحصائياً بين إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة وبين إجمالي القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية. وقد بلغ معامل المرونة ٠,٧٥٠ الأمر الذي يعني أن تغييراً مقداره ١٠% في إجمالي القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية يؤدي إلى تغير مماثل في الاتجاه في إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة يبلغ حوالي ٧,٥%. وأمر هذا شأنه يعني أن توفير القدرة الميكانيكية الآلية من جرارات وآلات ري وآلات حرث وآلات دراس وآلات حصاد (كومباين) يعتبر من أهم العوامل في إحداث وتعجيل التنمية الزراعية الأفقية في الأراضي القديمة والجديدة المستصلحة. ويرجع ذلك إلى أن (١) أنشطة استصلاح واستزراع الأراضي الجديدة وإنشاء مجتمعات عمرانية جديدة فيها ليست بالأنشطة السهلة وتحتاج إلى عمالة مدربة متخصصة، وفي نفس الوقت يصعب جذب عمال زراعيين من المناطق البعيدة في ظل المعوقات البيئية السائدة فيها والعجز الشديد في المرتفعات التعزيزية الأمر الذي يبرز أهمية الاعتماد على النظم الآلية الميكانيكية في الاستصلاح والاستزراع، (٢) مشكلة عدم كفاية مياه الري ومشكلة سوء الصرف الزراعي الأمر الذي يبرز ضرورة الاعتماد على نظام الري الآلي في الأراضي القديمة والجديدة المستصلحة مع توفير ماكينات الري بالقدر الكافي والإيجار المناسب، (٣) مشكلة النقل التي تتمثل في ارتفاع تكاليف النقل لبعدها عن مناطق الأراضي الجديدة المستصلحة عن الأسواق الأمر الذي يبرز أهمية الاعتماد على النظم الآلية الميكانيكية في تحقيق

الاستخدام الأمثل للمساحات المستصلحة والمستزرعة ويساعد على حل مشاكل التوطن والاستقرار في الأراضي الجديدة في جمهورية مصر العربية.

ويكتنف أنشطة استصلاح واستزراع الأراضي مجموعة من المعوقات تؤدي إلى خفض معدلات إنجاز الخطط المستهدفة منها. وبإجراء دراسة ميدانية في تلك الأراضي المستصلحة لعينة تمثل ١٠% من الحائزين تبين أن أهم المعوقات التي تواجه التنمية الزراعية في الأراضي الجديدة تتمثل في تضخم التكاليف الراهنة لاستصلاح واستزراع هذه الأراضي، يضاف إلى هذا المعوقات الإنتاجية والتسويقية والتمويلية والاجتماعية التي يواجهها الزراع في هذه المناطق الجديدة.

كما تبين أنه لا جدوى من إنتهاج سياسة استزراعية تقضي بتمليك أو تأجير الأراضي وهي مازالت في مرحلتها الاستزراعية أي تحت الحدية، ويحسن أن يكون في نظام البيع أو التمليك والتأجير أن يكفي صافي الدخل المزرعي في المرحلة فوق الحدية لتغطية إجمالي الأقساط السنوية المستحقة للهيئات الاستزراعية والتمويلية العامة والخاصة مع بقاء فائض يكفي لإعالة الزراع وأفراد عائلته على مستوى نعيم يعادل على الأقل نظيره الراهن بالرقعة المزروعة حالياً.

ولما كانت مياه الإرواء هي العنصر الاستراتيجي في الزراعة وأساس التوسع الأفقي ونظراً لمحدوديتها فلا مناص من التطوير الشامل والجزري لأساليب استخدام مياه الإرواء من خلال: (١) استراتيجية لترشيد استهلاك مياه الإرواء، (٢) استراتيجية تطوير وترشيد أساليب الإرواء، (٣) استراتيجية تنمية الموارد الإروائية في مصر ودول حوض النيل.

الكلمات الدالة على البحث

التنمية الزراعية الأفقية - تبوير وتجريف الأراضي الزراعية - مناطق استصلاح واستزراع الأراضي - المرحلة الاستزراعية الحدية - المرحلة الاستزراعية تحت الحدية - المرحلة الاستزراعية فوق الحدية - تكاليف استصلاح واستزراع الأراضي الجديدة - المقننات الإروائية للمحاصيل - الري بالتنقيط والري بالرش والري بالغمر - معوقات التنمية الزراعية الأفقية.

١. المشكلة البحثية

يعتبر اختلال التوازن بين معدلات ازدياد الموارد البشرية ومعدلات ازدياد الإنتاج الزراعي وما ترتب عليه من مشاكل الأمن الاقتصادي الغذائي والاجتماعي والسياسي هو أهم المؤشرات التي تعكس أهمية التنمية الزراعية بصفة عامة والأفقية بصفة خاصة. ونظراً لأن التنمية الاقتصادية الزراعية للرأسية رغم أهميتها في المدى القصير فإن لها حدود قصوى بعدها تحدث النتائج المترتبة على قانون تناقص الغلة مما يبرز أهمية التنمية الزراعية الأفقية في المدى الطويل. يؤيد ذلك أن متوسطات إنتاج الفدان من المحاصيل الزراعية كالأرز والقمح في جمهورية مصر العربية تعتبر من أعلى المتوسطات في العالم.

وعلى الرغم من هذا لا يزال الإنتاج الزراعي المصري دون مستوى إشباع الحاجات الإنسانية من الغذاء إذ لا تزال مصر تعاني من نقص كبير في إنتاجها من السلع الغذائية مثل الحبوب والبقول والزيوت النباتية والسكر نتيجة الزيادة المستمرة في أعداد السكان وعدم الاستقرار النسبي للمعروض من الغذاء. الأمر الذي ترتب عليه زيادة الاعتماد في توفير الغذاء على الخارج عن طريق استيراد ما يلزم لسد احتياجات السكان من السلع الغذائية والاستراتيجية وهو الأمر الذي أدى إلى حدوث عجز في الموازين العامة وبصفة خاصة ميزان المدفوعات الغذائي وبالتالي حدوث ضغوط تضخمية على المقتصد المصري بصفة عامة.

وتبين من البيانات الواردة بالجدول رقم (١) أن جمهورية مصر العربية تعاني من مشكلة الزيادة السكانية حيث تراوح عدد السكان خلال الفترة ١٩٩٠-٢٠٠٦ بين حد أدنى بلغ حوالي ٥٦,٣ مليون نسمة عام ١٩٩٠ وحد أقصى بلغ حوالي ٧٦٧ مليون نسمة عام ٢٠٠٦ وبحساب معادلة الاتجاه العام الزمني خلال نفس تلك الفترة الزمنية تبين أن أفضل النماذج الرياضية هو النموذج الخطي ومنه يتضح أن إجمالي عدد السكان يتخذ اتجاهاً عاماً صعودياً بمعدل سنوي بلغ حوالي ١,٢٢ مليون نسمة. واستناداً إلى معادلة الاتجاه العام يتوقع أن يبلغ إجمالي عدد

السكان حوالي ٨٠,٦ مليون نسمة عام ٢٠١٠ وحوالي ٨٦,٧ مليون نسمة عام ٢٠١٥. وقد ثبت مغزوية هذا التقدير عند المستوى ٠,٠١ (جدول ٥).

كما تبين من استعراض بيانات جدول (١) أن إجمالي الرقعة الأرضية السطحية المزروعة خلال الفترة ١٩٩٠-٢٠٠٦ قد تراوحت بين حد أدنى بلغ حوالي ٦,٩٢ مليون فدان عام ١٩٩٠ وحد أقصى بلغ حوالي ٨,٤٣ مليون فدان عام ٢٠٠٦. وبحساب معادلة الاتجاه العام الزمني خلال تلك الفترة الزمنية يتبين أن أفضل النماذج الرياضية هو النموذج الخطي ومنه يتضح أن إجمالي المساحة الأرضية السطحية المزروعة يتخذ اتجاهها عاماً صعودياً بمعدل سنوي يبلغ حوالي ٩٣,٢ ألف فدان واستناداً إلى معادلة الاتجاه العام يتوقع أن تبلغ إجمالي المساحة المزروعة حوالي ٨,٨٣ مليون فدان عام ٢٠١٠ وحوالي ٩,٢٩ مليون فدان عام ٢٠١٥ وقد ثبت مغزوية هذه النتائج عند مستوى المغزوية ٠,٠١ (جدول ٥).

كما يتبين من استعراض بيانات جدول رقم (١) أن الرقعة الأرضية السطحية الزراعية (المحصولية) خلال الفترة ١٩٩٠-٢٠٠٦ قد تراوحت بين حد أدنى بلغ حوالي ١٢,٣١ مليون فدان عام ١٩٩٠ وحد أقصى بلغ حوالي ١٤,٨٤ مليون فدان عام ٢٠٠٦. وبحساب معادلة الاتجاه العام الزمني خلال تلك الفترة الزمنية يتبين أن أفضل النماذج الرياضية هو النموذج الخطي ومنه يتضح أن إجمالي المساحة الأرضية السطحية الزراعية (المحصولية) يتخذ اتجاهها عاماً صعودياً بمعدل سنوي يبلغ حوالي ١٤٩ ألف فدان. واستناداً إلى معادلة الاتجاه العام يتوقع أن تبلغ إجمالي المساحة الزراعية حوالي ١٥,٥ مليون فدان عام ٢٠١٠ وحوالي ١٦,٢ مليون فدان عام ٢٠١٥ وقد ثبت مغزوية هذه النتائج عند مستوى المغزوية ٠,٠١ (جدول ٥).

كما تبين من استعراض بيانات جدول (١) أن النصيب الفردي من الرقعة الأرضية السطحية المزروعة قد اتخذ اتجاهها عاماً هبوطياً خلال الفترة ١٩٩٠ -

٢٠٠٦ حيث تراوح بين حد أدنى بلغ حوالي ٠,١٠٩ فدان عام ٢٠٠٦ (أي أن الفدان الواحد يعول حوالي ١٠ أفراد) وحد أقصى بلغ حوالي ٠,١٢٣ فدان عام ١٩٩٠ وبحساب معادلة الاتجاه العام الزمني خلال نفس تلك الفترة الزمنية يتبين أن أفضل النماذج الرياضية هو النموذج الخطي ومنه يتضح أن النصيب الفردي من الرقعة الأرضية السطحية المزروعة اتخذ اتجاهًا عامًا هبوطياً بمعدل سنوي بلغ حوالي ٠,٠٠٠٩ فدان. واستناداً إلى معادلة الاتجاه العام يتوقع أن يبلغ النصيب الفردي من الرقعة المزروعة حوالي ٠,١٠٥ فدان عام ٢٠١٠ وحوالي ٠,١٠٠ فدان عام ٢٠١٥. وقد ثبت مغزوية هذه النتائج عند مستوى المغزوية ٠,٠١ (جدول ٥).

ولما كان مستوى رقي الأمم يقاس بمستوى أمنها الغذائي والكسائي والدوائي.... إلخ والذي يستند على طاقتها الإنتاجية الزراعية وغير الزراعية. الأمر الذي يحررها من التبعية الاقتصادية والسياسية والثقافية ويحقق مستويات معيشية مرتفعة لأفرادها. فلا ريب أن كل ذلك يستلزم اتخاذ كل ما من شأنه زيادة مقدرة المقتصد الزراعي المصري على الوفاء باحتياجات السكان الغذائية ومتطلبات برامج التنمية الاقتصادية والاجتماعية القومية بصفة عامة والتغلب على الاختلالات بين معدلات ازدياد الموارد البشرية ومعدلات ازدياد الإنتاج الزراعي بجمهورية مصر العربية.

يضاف إلى كل ذلك تفاقم مشكلة الفاقد المباشر من الأراضي السطحية المزروعة فهو من أهم مبررات التنمية الزراعية الأفقية وهو يتمثل في الاعتداء العشوائي على الأراضي الزراعية واستقطاع مساحة من هذه الأراضي بالتبوير^(١) أو التجريف

١- التبوير يقصد به استقطاع جزء من الأراضي وتركها بدون زراعة وذلك باستخدام وسائل من شأنها إخراج الأراضي من حيز الإنتاج الزراعي من خلال إغلاق قنوات الصرف الموصلة إليها أو تشوين مواد البناء أو غمر الأرض بالمازوت. وقد انتشرت هذه الظاهرة بعد بناء السد العالي وعدم وصول طمي النيل المستخدم في صناعة الطوب على ضفته انظر في ذلك:

جدول (١): المساحة المزروعة والمحصولية ونصيب الفرد منها خلال الفترة
١٩٩٠-٢٠٠٦:

السنوات	عدد السكان* (مليون نسمة)	المساحة المزروعة		المساحة المحصولية	
		النصيب الفردي (فدان)	الإجمالي (مليون فدان)	النصيب الفردي (فدان)	الإجمالي (مليون فدان)
١٩٩٠	٥٦,٣١٢	٦,٩٢٠	٠,١٢٣	١٢,٣٠٥	٠,٢١٩
١٩٩١	٥٧,٦٤٩	٧,٠٢٠	٠,١٢٢	١٢,٥٦٦	٠,٢١٨
١٩٩٢	٥٨,٩٨٨	٧,١٢٠	٠,١٢١	١٢,٦٠٦	٠,٢١٤
١٩٩٣	٦٠,٣١٩	٧,١٨٠	٠,١١٩	١٢,٨٠٧	٠,٢١٢
١٩٩٤	٦١,٦٣٦	٧,١٧٠	٠,١١٦	١٣,٢٧٩	٠,٢١٦
١٩٩٥	٦٢,٥٩١	٧,١٨٠	٠,١٢٥	١٣,٧٥٠	٠,٢٢٠
١٩٩٦	٦٣,٢٢٨	٧,٥٦٠	٠,١٢٠	١٣,٦٥٠	٠,٢١٦
١٩٩٧	٦٤,٤٦٥	٧,٥٦٠	٠,١٢٠	١٣,٧٦٠	٠,٢١٣
١٩٩٨	٦٥,٩٧٨	٧,٧٦٠	٠,١١٨	١٣,٧٩٠	٠,٢٠٩
١٩٩٩	٦٦,٩٣١	٧,٨٥٠	٠,١١٧	١٣,٨٧٠	٠,٢٠٧
٢٠٠٠	٦٧,٨٨٤	٧,٧١٩	٠,١١٤	١٣,٨٥٠	٠,٢٠٤
٢٠٠١	٦٩,٠٨٠	٧,٩٤٦	٠,١١٥	١٣,٩٦٠	٠,٢٠٢
٢٠٠٢	٧٠,٥٠٦	٨,١٤٨	٠,١١٦	١٤,٢٨٠	٠,٢٠٣
٢٠٠٣	٧١,٩٣١	٨,١١٣	٠,١١٣	١٤,٤٠٠	٠,٢٠٠
٢٠٠٤	٧٣,٣٩٠	٨,٢٧٩	٠,١١٣	١٤,٤٧٠	٠,١٩٧
٢٠٠٥	٧٤,٩٠٠	٨,٣٨٥	٠,١١٢	١٤,٨٢٠	٠,١٩٨
٢٠٠٦	٧٦,٦٩٩	٨,٤٣٠	٠,١٠٩	١٤,٨٤٠	٠,١٩٣

* تشمل أعداد السكان بالداخل والخارج

المصدر:

- ١- الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء - الكتاب الإحصائي السنوي -
أعداد متفرقة - القاهرة.
- ٢- البنك الأهلي المصري - النشرة الاقتصادية - أعداد متفرقة - القاهرة.

فرج عبد العزيز عزت - مشاكل الإنتاج الزراعي والغذائي ونمط التركيب المحصولي الأمثل
للزراعة المصرية - المؤتمر العلمي السنوي الثاني عشر للاقتصاديين المصريين - الجمعية
المصرية للاقتصاد السياسي للإحصاء والتشريع - القاهرة - نوفمبر ١٩٨٧.

لاستعمالها في صناعة الطوب الأحمر أو عن طريق الامتداد العمراني بإقامة المباني والمنشآت على الأراضي المزروعة سواء كانت تلك المنشآت مصرح بإقامتها رسمياً بواسطة الجهات المختصة كالمصانع أو المباني أو المخازن أو ما شابه ذلك أو قيام الأهالي بالبناء حيث يقوم سكان القرى ببناء مساكن جديدة لهم على أطراف القرية تاركين منازلهم القديمة وسط القرية مستقطعين بذلك مساحة من الرقعة الأرضية السطحية المزروعة دون اعتبار للأسس التخطيطية العمرانية، هذا علاوة على إقامة المشروعات التي تفوق أرباحيتها الأنشطة الإنتاجية النباتية كمزارع الدواجن والثلجات وغيرها. ويقدر مقدار النقص في الأراضي المزروعة بحوالي ٢٠ ألف فدان سنوياً من أخصب أراضي الوادي بسبب الزحف العمراني، كما تقدر المساحات التي تجرف سنوياً بأكثر من ٥ آلاف فدان، وذلك رغم التشريعات التي تصدرها الحكومة لمنع التجريف^(١). كما تبين من استعراض جدول (٢) أن عدد حالات التعدي على الأراضي الزراعية في محافظات مصر منذ عام ١٩٩٦ حتى ٢٠٠٥/٩/٣٠ قد بلغ حوالي ٥٨٠ ألف حالة مخالفة على مساحة تقدر بحوالي ٤٢,٥ ألف فدان وقد احتلت محافظة البحيرة المركز السابع بين محافظات الجمهورية حيث بلغ عدد المخالفات بها حوالي ٢٠ ألف حالة على مساحة تقدر بحوالي ٢,٢ ألف فدان بينما كانت محافظة السويس أدنى المحافظات حيث بلغ عدد المخالفات بها حوالي ٠,٣٤٧ ألف حالة على مساحة تقدر بحوالي ٢٧ فدان. ويمكن أن يعزى ازدياد عدد المخالفات في محافظة البحيرة إلى ارتفاع سعر قيراط المباني مما شجع المزارعين على تجريف أراضيهم وبيعها كأراضي مباني.

١- السيد محمد السريتي - الأمن الغذائي والتنمية الاقتصادية - دار الجامعة الجديدة للنشر
بالإسكندرية - الإسكندرية - ٢٠٠٠. وكذلك:
وزارة الزراعة واستصلاح الأراضي - الإدارة المركزية لحماية الأراضي - بيانات غير
منشورة - القاهرة.

جدول (٢): عدد حالات التعدي على الأراضي الزراعية في محافظات مصر ١٩٩٦ -
٢٠٠٦:

المحافظة	عدد المخالفات		المساحة	
	سهم	قيراط	فدان	سهم
الفيوم	٣٧٨٣	٨	١٤٣	٣
كفر الشيخ	٨٧٢٠	-	٥٩٨	-
المنيا	٥٩٨٥٥	١٣	٤٠٨٦	٣
بني سويف	٣٣٠٩	١٧	١٦٨	٣
الإسماعيلية	٢٥٨٧	١٣	١٤٠	٢١
أسوان	١٨٧٧	٢١	٢٣٥	٢٣
البحيرة	٢٠٠١١	٢	٢١٨١	-
الأقصر	٥٢٩٨	١٠	٣٧٧	٩
قنا	٦٣٧٥٩	٢٣	٤٧٣٠	٧
السويس	٣٤٧	١٢	٢٧	٢٢
الجيزة	٤١٣٨٣	٢٠	٢٠٥١	٢٠
الشرقية	٥٩٥٣٥	٢٣	٣١٨٦	١
القليوبية	٣٨٠٤٥	٢٠	٤٣٦٢	١٩
أسيوط	٦٣٥٤٠	٩	٢٥٠١	١١
سوهاج	٥١٢٤٩	١٨	٣٣١٨	١٨
المنوفية	١٥٦٠٢	١٣	٤٥٥	١٠
الدقهلية	٤٩٢٢٦	٦	٧١٧	٦
لقاهرة	٨٧٧٨	١٤	٣٨٦١	١٦
الغربية	٥٦٨٤٩	٩	٣٢١١	٤
الإسكندرية	١٦٠٥٨	١٠	٤٠٤٠	١
دمياط	٩٩٧٣	٥	١٠٩٦	١١
الإجمالي	٥٧٩٧٨٤	٢٠	٤٢٤٩٢	٣

المصدر:

محمد سامي الطباخ - دراسة اقتصادية تحليلية لمظاهر أسباب التلوث البيئي في مصر - رسالة ماجستير - قسم اقتصادي زراعي - كلية الزراعة - جامعة اسكندرية - ٢٠٠٧ - ص ٤٦.

وقد امتدت مشكلة الفاقد المباشر إلى الأراضي الجديدة أيضاً^(١)، ويحصر الفقد الرقعي بهذه الأراضي في كل من عاملي المنافع العامة والخاصة والتبوير لموسم زراعي أو أكثر، حيث أنه نظراً لاتساع الرقعة والانخفاض النسبي لأثمان وإيجارات هذا النوع من الأراضي الجديدة، يميل المزارع إلى التوسع في المنافع الخاصة كالأجران وأحواش السكن ومنشآت الثروة الحيوانية وأماكن إيواء السيارات والمعدات والطرق الداخلية العريضة مع زيادة مسافات الزراعة وتقليل كثافة النباتات المخصصة للمنافع العامة بالأراضي الجديدة بما يعادل ٢٠ - ٢٥% من إجمالي الرقعة المزروعة البالغة حوالي ٩٦٤,٨ ألف فدان خلال الفترة ١٩٩١ - ٢٠٠٦ أي ما يعادل رقعة مزروعة تتراوح من حوالي ٩٦,٥ إلى ١٩٢,١ ألف فدان بمتوسط يبلغ حوالي ١٤٤,٣ ألف فدان خلال فترة الدراسة بمتوسط فقد سنوي يقدر بحوالي ٩ ألف فدان خلال فترة الدراسة.

ولما كانت ربحية الجنيه المستثمر في الزراعة تتراوح بين ٣ - ٤%^(٢) فأمر هذا شأنه يعني أن أنشطة استصلاح واستزراع الأراضي الجديدة ليست بالأنشطة ذات الربحية المرتفعة ولكنها تتسم بضعف الحافز على الاستثمار وانخفاض العائد منها خاصة وأن المرحلة الاستزراعية التي تلي مرحلة الاستصلاح

١- يقصد بالأراضي الجديدة تلك الرقعة من الأراضي الصحراوية أو غير الصحراوية التي تم استصلاحها واستزراعها سواء بالصحراء الغربية أو الصحراء الشرقية أو شبه جزيرة سيناء بعد توفير مصدر الري لها عن طريق توصيل مياه النيل من الترع الجديدة المنشأة مثل ترعة النصر وترعة النوبارية وترعة بهيج بالصحراء الغربية أو ترعة السلام وترعة الإسماعيلية أو عن طريق الحفر في الآبار الجوفية على الأعماق المختلفة أو الري بالآبار الطبيعية والعيون أو عن طريق مياه الأمطار. انظر في ذلك:

محمد عبد النبي دسوقي عثمان - التنمية الزراعية بالأراضي الجديدة بجمهورية مصر العربية - المجلة المصرية للاقتصاد الزراعي - المجلد العاشر - العدد الثاني - سبتمبر ٢٠٠٠.

٢- هذا في حين تبلغ حوالي ٨% في ودائع التوفير وحوالي ٩,٥% في الشهادة البنلانتينية وحوالي ١٠% في شهادات الاستثمار. انظر في ذلك:

البنك الأهلي المصري - النشرة الاقتصادية - مجلد ٦٠ - العدد ١ - ٢٠٠٧.

يكون فيها الإيرادات سالبة لفترة تتراوح بين (٧ - ١٠ سنوات) وهذا يعني أن استصلاح واستزراع الأراضي بصفة عامة والصحراوية منها بصفة خاصة يتطلب على الدولة أن تزيد من جهودها في هذا المجال.

ولا شك أن التعرف على العوامل التي تحدد عرض الأراضي المستصلحة في مصر أي على المتغيرات التي يتوقف عليها مقدار التوسع في الأراضي المستصلحة ومعرفة الأثر الكمي لتلك المتغيرات وكذلك تحديد المشاكل التي تعوق عملية التنمية الزراعية الأفقية في تلك المناطق يعتبر أمراً ذا أهمية بالغة لأنه يعطي صورة واضحة لمتخذي القرارات وراسمي السياسات وواضعي البرامج الاقتصادية المتعلقة باستصلاح وتنمية الأراضي المستصلحة صحراوية كانت أو غير صحراوية.

٢. الأهداف البحثية

يهدف هذا البحث إلى: (١) دراسة المبررات الرئيسية للتوسع في استصلاح واستزراع الأراضي الجديدة بجمهورية مصر العربية، (٢) تحديد أهم العوامل التي تحدد المعروض من إجمالي الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة وكذلك المعروض من إجمالي الأراضي الزراعية الجديدة المستصلحة في مصر في ضوء النظرية الاقتصادية والدراسات السابقة، (٣) تحديد أهم المشاكل التي تعوق عملية التنمية الزراعية في الأراضي الصحراوية وغير الصحراوية حديثة الاستصلاح ومختلف الأساليب المقترحة للتغلب عليها، (٤) وضع استراتيجيات لتوفير مياه الإرواء اللازمة لبرامج التوسع الزراعي الأفقي في جمهورية مصر العربية.

٣. الأسلوب البحثي

اعتمد هذا البحث على الأسلوب الكمي والوصفي في التوصل إلى النتائج البحثية. فقد استخدم تحليل الانحدار البسيط والمتعدد والمرحلي لبيانات السلاسل

الزمنية وذلك لتقدير معالم النماذج القياسية ذات المتساوية الواحدة* بهدف تحديد الأثر الكمي للمتغيرات المستقلة التي يتوقع أن تؤثر في كل من مقدار المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة في مصر. كما استخدمت المؤشرات الإحصائية المناسبة للحكم على جودة تمثيل هذه النماذج للبيانات ومعنوية معاملات الانحدار وضمان عدم تواجد الارتباط الذاتي بين البواقي** أو الارتباط الخطى بين المتغيرات المفسرة في النموذج*** وتم استخدام طريق المربعات الصغرى لتقدير معالم النماذج الاقتصادية القياسية كذلك استخدم التحليل الوصفي في عرض المشاكل التي تعوق التنمية الزراعية في الأراضي المستصلحة واقتراح الحلول المناسبة.

٤. مصادر البيانات

اعتمد هذا البحث في إجرائه على بيانات السلاسل الزمنية التي ينشرها الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء ووزارة الزراعة وكذلك النشرات الاقتصادية للبنك الأهلي المصري وكذلك البيانات التي تنشرها وزارة التخطيط. كما تم الاستعانة بالدراسات والمراجع المنشورة في مجال استصلاح الأراضي ومشاكل التنمية الزراعية بها بما في ذلك بيانات بحث ميداني أجري في منطقة قطاع جنوب مديرية التحرير للتعرف على مشاكل التنمية الزراعية بالأراضي الجديدة.

٥. الفروض والتوقعات البحثية

تهدف التنمية الاقتصادية الزراعية إلى زيادة الناتج الزراعي عن طريق التوسع الأفقي أو نظيره الرأسي أو هما معاً. والتوسع الأفقي يعني إضافة مساحات زراعية جديدة أو زيادة عناصر الإنتاج الأخرى المستثمرة من عمال وروؤس أموال وإداريون. بينما يعني التوسع الزراعي الرأسي تكثيف نشاط الإنتاج الزراعي

* Single equation models

** Autocorrelation

*** Multicolinearity

من خلال تغيير نسب عوامل الإنتاج بالنسبة للوحدة الأراضية وما يترتب عليه من تركيز في الاستثمارات والعمالة وعناصر الإنتاج الأخرى كما يؤدي إلى زيادة الكفاءة الإنتاجية.

وبناء على ما سبق يفترض في هذه الدراسة أن المحددات الاقتصادية الرئيسية ذات التأثير على أنشطة التوسع الزراعي الأفقي ومقاسه بمقدار إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة أنها تنحصر في المتغيرات المستقلة أي التفسيرية التالية^(١): (١) مقدار رؤوس الأموال الائتمانية بالمليون جنيه (س١)، (٢) إجمالي الاستثمارات الزراعية الحكومية بالمليون جنيه (س٢)، (٣) الموارد المائية الإروائية الزراعية بالمليون متر مكعب (س٣)، (٤) إجمالي القوة البشرية العاملة الزراعية بالآلاف عامل (س٤)، (٥) القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية بالآلاف حصان (س٥)^(٢)، (٦) عدد خريجي كليات الزراعة (س٦).

يفترض في هذه الدراسة أن: (١) مقدار رؤوس الأموال الائتمانية تؤثر تأثيراً موجباً، إذ يتوقع بافتراض إحصائية أثر كل من المتغيرات المستقلة الأخرى أن هناك ثمة علاقة ارتباطية موجبة أي طردية بين كل من ما يستثمر من أموال مقترضة وما يتم إضافته من أراضي تدخل في الاستخدام الزراعي بأنشطته المختلفة وذلك يعزى إلى قصور التمويل الذاتي عن الوفاء بمهام عمليات استصلاح الأراضي الأمر الذي يقضي الالتجاء إلى رأس المال الائتماني. وتشمل رؤوس الأموال الائتمانية إجمالي القروض الاستثمارية المقدمة في صورة قروض قصيرة

1- Barlowe Raleigh, Land Resource Economics, Prentice – Hall, Inc. Engle Wood – Cliffs, N. J. August, 1961. P7, and:

General Authority for rehabilitation projects and Agricultural Development, Land Master Plan, Draft Final Report, Main Report, October, 1985.

٢- تتضمن الجرائد الزراعية وآلات الحرث والدراس والري والحصاد انظر في ذلك:

إبراهيم سليمان - إدارة نظم الزراعة الآلية - دار الفكر العربي - القاهرة - الطبعة الأولى -

١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م

ومتوسطة وطويلة الأجل ، (٢) إجمالي الاستثمارات الزراعية الحكومية تؤثر تأثيراً موجباً، إذ يتوقع بافتراض استاتيكية أثر كل من المتغيرات المستقلة الأخرى أن هناك ثمة علاقة ارتباطية موجبة أي طردية بين إجمالي الاستثمارات الزراعية الحكومية والمساحة الأرضية السطحية المستصلحة والتي يتم إدخالها في الاستخدام الزراعي والذي يعزى إلى ارتفاع تكلفة إضافة وحدة أرضية سطحية جديدة لكل ما تتطلب من استثمارات البنية الأساسية ومراحل التقنية المختلفة، (٣) الموارد المائية الإروائية الزراعية تؤثر تأثيراً موجباً، إذ يتوقع بافتراض استاتيكية أثر كل من المتغيرات المستقلة الأخرى أن هناك ثمة علاقة ارتباطية موجبة أي طردية بين كل من المتاح من الموارد المائية الإروائية الزراعية وما يتم إضافته من أراضي جديدة يتم تحديدها سلفاً ووفقاً لأساليب الري، (٤) إجمالي القوة البشرية العاملة الزراعية تؤثر تأثيراً موجباً، إذ يتوقع بافتراض استاتيكية أثر كل من المتغيرات المستقلة الأخرى أن هناك ثمة علاقة ارتباطية موجبة أي طردية بين إجمالي القوة البشرية العاملة الزراعية وما يتم إضافته من أراضي جديدة تدخل في الاستخدامات الزراعية. وذلك لأهمية تواجد عمالة زراعية عائلية يتم استيطانها واستقرارها في المجتمعات الزراعية الجديدة فضلاً عن متطلبات الأنشطة الإنتاجية الزراعية إلى عمالة مأجورة، ونظراً لانخفاض ما يتم إضافة من أراضي جديدة فإن أثر التغير في أعداد القوة البشرية الزراعية العاملة كمتغير تفسيري غير معنوي في ظل انخفاض النسبة الأرضية السكانية، (٥) عدد خريجي كليات الزراعة تؤثر تأثيراً موجباً، إذ يتوقع بافتراض استاتيكية أثر كل من المتغيرات المستقلة الأخرى أن هناك ثمة علاقة ارتباطية موجبة أي طردية بين خريجي الكليات والمعاهد العليا الزراعية وما يتم إضافته من أراضي جديدة إلا أنه في ضوء محدودية تلك الإضافة وزيادة أعداد خريجي كليات الزراعة فإنه يتوقع ظهور تأثيراً سالباً لهذا المتغير، (٦) القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية تؤثر تأثيراً موجباً، إذ يتوقع بافتراض استاتيكية أثر كل من المتغيرات المستقلة الأخرى أن هناك ثمة علاقة ارتباطية موجبة أي طردية من كل من القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية وما يتم إضافة من

أراضي زراعية خلال السنوات المتتالية كي يمكن أن تشير هذه العلاقة إلى مدى احتياج نشاط استصلاح الأراضي لنظم متطورة من أعمال الميكنة الزراعية.

٦. النتائج البحثية

٦.١. تمهيد

تم استخدام النماذج الاقتصادية القياسية ذات المتساوية الواحدة بمعنى أنه كلما زاد عدد المتغيرات التفسيرية في هذا النموذج كلما قل مقدار الخطأ المتوقع إلا أنه من ناحية أخرى تبين أن هناك عاملين أساسيين يحدان من إمكانية استخدام عدد كبير من هذه المتغيرات وهما: (١) النسبة بين عدد المتغيرات التفسيرية وعدد الملاحظات (السنوات) فزيادة عدد المتغيرات يقلل من درجات الحرية المتاحة اللازمة لاختبار وجود علاقات معنوية إحصائية، (٢) زيادة عدد المتغيرات التفسيرية التي بينها ارتباط عالي يؤدي إلى ظهور مشاكل اقتصادية قياسية من شأنها الحصول على تقديرات متحيزة وغير كفوءة لمعالم النموذج.

وقد أدى هذين العاملين إلى عدم إمكانية استخدام بعض المتغيرات المستقلة مع بعضها البعض في نفس النموذج الأمر الذي كان من شأنه تكوين نماذج قياسية تدخل فيها بعض المتغيرات التفسيرية مع استبعاد البعض الآخر للتغلب على مشكلة الارتباط الخطي المتعدد. وباستخدام أسلوب الانحدار الخطي المتعدد ذو المراحل* وباستخدام المربعات الصغرى العادية لتقدير معاملات الانحدار لتلك النماذج أمكن اختيار أفضل النماذج الاقتصادية القياسية التي تمثل العلاقة بين كل من: (١) مقدار إجمالي المعروض الأراضي من الزراعة القديمة والجديدة (المستصلحة) (ص١)، (٢) مقدار المعروض من الأراضي الزراعية الجديدة المستصلحة (ص٢) وبين أهم المتغيرات المفسرة سألقة الذكر وذلك استناداً إلى موافقة إشارات معاملات الانحدار للمنطق الاقتصادي ومعنوية معالم الدالة المقدره استناداً إلى اختبار (ت) وكذلك

* Stepwise Regression

مدى معنوية تأثير المتغيرات التفسيرية مجتمعة على المتغير التابع استناداً إلى قيمة (ف) وكذلك استناداً إلى قيمة معامل التحديد للنموذج (ر^٢). وفيما يلي أهم النماذج الاقتصادية القياسية المقدرّة.

٦. ٢. قياس العلاقة بين مقدار إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة (ص١) وبين المتغيرات التفسيرية

يتضح من البيانات الواردة بالجدول رقم (٥) أنه في حين تتخذ إجمالي المعروض من الأراضي الجديدة المستصلحة (ص٢) اتجاهًا عامًا سالبًا بمعدل هبوط سنوي يبلغ حوالي ٧,٦ ألف فدان فإن المتغيرات المفسرة لهذا المتغير (ص٢) تتخذ اتجاهًا عامًا صعودياً بمعدل صعود سنوي يبلغ ٣١ ألف عامل لإجمالي القوة البشرية العاملة الزراعية (س١) وحوالي ٥٣٨,٢ مليون جنيه لإجمالي الاستثمارات الزراعية الحكومية (ص٢) وحوالي ٥٢٦,٩ مليون جنيه لإجمالي رؤوس الأموال الائتمانية الزراعية الاستثمارية (س٣) وحوالي ٤١٧,٨ ألف وحدة حضان للقدرة الميكانيكية الآلية الزراعية (س٥) وحوالي ٧٠ مهندس زراعي لأعداد خريجي كليات الزراعة (س٦) وأمر هذا شأنه يتوقع أن تكون نتائج تحليل الانحدار غير متمشية مع المنطق الاقتصادي ولذلك استخدمت متغير تابع إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة (ص١).

وباستخدام تحليل الانحدار المرحلي للعلاقات الاقتصادية التي تضمنتها الدراسة في صورتها الخطية واللوغاريتمية المزدوجة والنصف لوغاريتمية، يتبين من استعراض النماذج المقدرّة في الجدول رقم (٣) أن أفضل النماذج الاقتصادية القياسية المقدرّة هو النموذج النصف لوغاريتمي في (ص) رقم (٦) ومنه يتبين أن أهم المتغيرات التفسيرية تأثيراً على إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة بجمهورية مصر العربية المقدرّة بالمليون فدان (ص١) هو إجمالي القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية مقدرّة بالألف حضان (س٥) وهو الذي توضحه المعادلة التالية:

لوص ١ = ١,٧١٣ + ٠,٠٠٠٠٢٧١٩ س.ه

(١٠,٥١٧) (٥٤,٤٨٣)

ر ٢ = ٠,٨٨١ ف = ١١٠,٦

وباستعراض تقديرات معاملات الارتداد الانحدار الجزئي يتضح أن: (١) هناك علاقة موجبة بين إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة بجمهورية مصر العربية وبين إجمالي القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية، (٢) معامل المرونة للقدرة الميكانيكية الآلية الزراعية تبلغ حوالي ٠,٧٥٠ الأمر الذي يعني أن تغيراً مقداره ١٠% في إجمالي القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية يؤدي إلى تغير مماثل في الاتجاه في المتغير التابع يبلغ حوالي ٧,٥%.

وهذه النتائج مغزوية إحصائياً حيث يتضح: (١) أنه قيمة (ت) المحتسبة للمتغير (س.ه) تبلغ حوالي ٥٤,٤٨٣ وهي مغزوية التأثير عند مستوى مغزوية ٠,٠١، (٢) قيمة (ت) المحتسبة لثابت المعادلة تبلغ حوالي ١٠,٥١٧ وهي مغزوية التأثير عند مستوى مغزوية ٠,٠١. وقد بلغ معامل التحديد (ر^٢) حوالي ٠,٨٨١ الأمر الذي يعني أن المتغير التفسيري في النموذج السابق يعتبر مسئولاً عن تفسير حوالي ٨٨,١% من التباين في المتغير التابع في جمهورية مصر العربية من سنة إلى أخرى. كما بلغت قيمة (ف) حوالي ١١٠,٦ مما يعني مغزوية تأثير المتغيرات المستقلة في المعادلة على المتغير التابع عند مستوى المغزوية ٠,٠١.

وأمر هذا شأنه يعني وفقاً للنتائج البحثية أن توفير القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية من الجرارات وآلات ري وآلات الحرث وآلات الدراس وآلات الحصاد (الكومباين) تعتبر من أهم محددات التوسع الزراعي الأفقي في جمهورية مصر العربية ويرجع ذلك إلى أن (١) أنشطة استصلاح واستزراع الأراضي الجديدة وإنشاء مجتمعات عمرانية جديدة فيها ليست بالأنشطة السهلة وتحتاج إلى عمالة مدربة متخصصة، وفي نفس الوقت يصعب جلب عمال زراعيين من المناطق

البعيدة في ظل المعوقات البيئية السائدة فيها والعجز الشديد في المرتفعات التعزيزية الأمر الذي يبرز أهمية الاعتماد على النظم الآلية الميكانيكية في الاستصلاح والاستزراع^(١)، (٢) مشكلة عدم كفاية مياه الري ومشكلة سوء الصرف الزراعي الأمر الذي يبرز ضرورة الاعتماد على نظام الري الآلي في الأراضي القديمة والجديدة المستصلحة مع توفير تلك الآلات بالقدر الكافي والإيجار المناسب^(٢)، (٣) مشكلة النقل التي تتمثل في ارتفاع تكاليف النقل لبعدها عن مناطق الأراضي الجديدة المستصلحة عن الأسواق الأمر الذي يبرز أهمية الاعتماد على النظم الآلية الميكانيكية في تحقيق الاستخدام الأمثل للمساحات المستصلحة والمستزرعة ويساعد على حل مشاكل التوطين والاستقرار في الأراضي الجديدة في جمهورية مصر العربية^(٣).

ولكل هذا يوصي الباحثان باستخدام النظم الآلية في التوسع الزراعي الأفقي بدلاً من النظام اليدوي مع تفعيل الدور الحالي لجهاز الإرشاد الزراعي فيما يتعلق بالميكنة الزراعية مع توفير التوعية الضرورية والتدريب الكافي على النواحي الفنية اللازمة للقائمين على أداء الخدمة الآلية إذ أن أداء الخدمة الآلية ليس مرتبطاً بالآلة فقط وإنما مرتبط بالعامل وأدائه أيضاً.

١- كمال عبد الحميد الدالي - دراسة اقتصادية لاستصلاح الأراضي الصحراوية في جمهورية مصر العربية - رسالة ماجستير - قسم الاقتصاد الزراعي - كلية الزراعة - جامعة الأزهر - ١٩٩٦.

٢- محمود عبد التواب عرفة - دراسة تحليلية اقتصادية لكفاءة استخدام الموارد المائية في الزراعة المصرية - رسالة ماجستير - قسم الاقتصاد الزراعي - كلية الزراعة - جامعة القاهرة - ٢٠٠٧.

٣- محمد نصري بكري - تحليل اقتصادي مقارنة للمشكلات الاقتصادية والاجتماعية للأراضي المستصلحة الموزعة على الخريجين بمنطقتي مريوط وشمال التحرير - رسالة ماجستير - قسم الاقتصاد الزراعي - كلية الزراعة - جامعة الإسكندرية - ١٩٩٨.

ويمكن معرفة مدى الانتشار النسبي للعمل الآلي في الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة من خلال قياس نصيب الفدان من القدرة المحركة الآلية، إذ يتبين من الأرقام الواردة بالجدول رقم (٦) أن متوسط نصيب الفدان من القدرة الميكانيكية الآلية خلال الفترة من ٩٠-٢٠٠٦ تتراوح بين حد أدنى يبلغ حوالي ١,٣ حصان عام ١٩٩٠ وحد أقصى يبلغ ١,٨٨ حصان عام ٢٠٠٦. وبحساب معادلة الاتجاه العام الزمني لهذا المتغير خلال تلك الفترة الزمنية يتبين أن أفضل النماذج الرياضية هو النموذج الخطي ومنه يتضح أن متوسط نصيب الفدان من القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية يتخذ اتجاهًا عامًا صعودياً بمعدل صعود سنوي يبلغ حوالي ٠,٠٣٦ حصان، واستناداً إلى معادلة الاتجاه العام يتوقع أن يبلغ متوسط نصيب الفدان من القدرة الميكانيكية الآلية في الأراضي الزراعية القديمة والجديدة في جمهورية مصر العربية حوالي ١,٩٧ حصان عام ٢٠١٠ وحوالي ٢,١٦ حصان عام ٢٠١٥ وثبت مغزوية هذا التقدير على المستوى ٠,٠١.

ويؤيد ذلك أن الدراسات الخاصة بالميكنة الزراعية تشير إلى أن عمليات إعداد الأرض واستصلاحها واستزراعها زاد انتشارها من حوالي ٦٢% في الثمانينات من القرن الماضي إلى حوالي ١٠٠% الآن، كما ازدادت درجة انتشار ميكنة العمليات الزراعية من حوالي ١٦% في الثمانينات إلى أكثر من ٨٣% في الوقت الراهن، أما نظام الري الآلي قد أصبح يستخدم حالياً بنسبة تصل إلى ٧٠-٧٥%^(١).

١- إبراهيم سليمان - مرجع سبق ذكره.

جدول (٣) - نتائج تحليل الاحذار المرحلي لأهم محددات إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة بجمهورية مصر العربية خلال الفترة ١٩٠٦ - ٢٠٠٦.

ر	النماذج				
٠,٩٢٩	(٢,١٤٧-)	(١,٥١٥)	(١,١٨٠)	(٠,٤١٢)	(٠,٨٨١)
٠,٩٢٩	(٢,٢٦٠-)	(١,٨٥٣)	(١,٢٢١)	(٠,٣٨٦)	(٠,٩٣٨)
٠,٩٢٨	(٢,٣٢٠-)	(٥,٧٣١)	(١,٢١٨)	(٢,٠٧١)	(٢٥,٠٩١)
٠,٩١٩	(٢,٦١٩-)	(٥,٥٠٣)	(١,٦٨٠)	(٤٣,٦٣٥)	(٤٣,٦٣٥)
٠,٩٠١	(١,٦٩٦-)	(١٠,٨٧٩)	(٥٤,٨٨٣)	(١٠,٨٧٩)	(٥٤,٨٨٣)
٠,٨٨١	(١٠,٥١٧)	(٥٤,٤٨٣)	(١٠,٥١٧)	(٥٤,٤٨٣)	(١٠,٥١٧)

المصدر: جمعت وحسبت من جدول (٤)

٧. المعوقات التي تعوق التنمية الزراعية الأفقية في مناطق الأراضي المستصلحة

والمستزرعة

١.٧. تمهيد

بالرغم من الأهمية القصوى للتوسع الزراعي الأفقي ووعي المسؤولين بذلك، إلا أن الحماس والبعد السياسي في عملية استصلاح واستزراع الأراضي والرغبة في الإعلان عن إنجازات كبيرة في هذا المجال قد يؤدي إلى تراكم مشاكل فنية واقتصادية واجتماعية تعوق عملية التنمية الزراعية في الأراضي الجديدة. يضاف إلى هذا أن توزيع الأراضي المستصلحة والمستزرعة يتم بواسطة الدولة قبل بلوغها المرحلة الإنتاجية الحدية التي يتساوى فيها العائد مع التكاليف وبالتالي فإن معظم تلك الأراضي دخولها المزرعية ضئيلة لا تكفي لسداد أقساط التملك أو الإيجار أو الديون، فتستمر الدولة في دعم الزراع المنفعين لمدد طويلة، وفي النهاية قد تقوم الدولة بإعفائهم من بعض أو كل الأقساط وتقديم المعونات لهم. كما أن بعض من هذه الأراضي تتدهور وتصبح بوراً مهجوراً بسبب ضعف إنتاجيتها

جدول (٤): أهم العوامل المحددة للتوسع الزراعي الأفقي بالأراضي الجديدة
والقديمة بجمهورية مصر العربية خلال الفترة ١٩٩٠-٢٠٠٦:

السنوات	ص ١	ص ٢	س ١	س ٢	س ٣	س ٤	س ٥	س ٦
١٩٩٠	٦,٩٢	١٥٨,٠	٤٦٦٤	٢١٤٢,٧	٢٥٠٢,٦	٤٢٧٢٠	٨٩٨٥,٦	٥٤٩٦
١٩٩١	٧,٠٢	١٠٠,٠	٤٥٠٠	١٧٩٨,٩	٢٧٣٧,١	٤٦٦٤٧	٩٤٥٠,٥	٤٩٩٥
١٩٩٢	٧,١٢	٨٥,١	٤٥٨٥	١٩٩٢,٠	٢٣٤١,٢	٤٩٥٩٤	٩٤٦٥,٩	٤٤٩٥
١٩٩٣	٧,١٨	٢٠٠,٠	٤٦٢٠	٢٢٩٦,٠	٢٨١٦,٩	٤٩٢٤٦	٩٩٦,٠	٣٥٥٦
١٩٩٤	٧,١٧	١٨٠,٠	٤٦٨٢	٢٧١٥,٠	٦٠,٨٣٠	٣٤٨٩٦	١٠٥٣٧,٦	٢٨٢٩
١٩٩٥	٧,٨١	١٢٢,٤	٤٧٤٤	٣٣٩٩,٠	٣٥٨٧,٣	٤٨٠٦٦	١٠٦٠٥,٤	٢٨٠٩
١٩٩٦	٧,٥٦	٥٧,٠	٤٨١٢	٣٧٤٢,٠	٤٢٢٥,٥	٣٦٦٤٢	١٠٨٥٩,٧	٢٨٥٦
١٩٩٧	٧,٦٦	٢٤,٥	٤٧٤٧	٤٨٥٦,٠	٥٠٣٣,٨	٣٤٨٥٧	١١٢٨٩,٨	٢٨٨٩
١٩٩٨	٧,٧٦	٢٧,٩	٤٨٢٠	٦٨٣٧,٠	٦٢٥٢,٥	٣٤٩٤٩	١١٥٩٤,٢	٤٥٣٧
١٩٩٩	٧,٨٦	٤٠,٥	٤٩٠٤	٨٢٢٦,٠	٦٩٣٣,٠	٣٤٤٩٣	١٢٠٧٧,٥	٤٠٩٠
٢٠٠٠	٧,٧٢	٢٢,٠	٤٩٨٥	٩٨٩٣,٠	٧٥١٣,٤	٣٤٦٧٨	١٢٤٣٦,١	٤٤١٨
٢٠٠١	٧,٩٥	١٢,٧	٥٠٦٩	١١٦١,٠	٧٩٠٣,٤	٣٤٧٥٧	١٣٠٢٩,٠	٤٣٤٩
٢٠٠٢	٨,١٥	٢٨,٧	٥١١٩	١١٠٦٦,٠	٨٩٠٣,٦	٣٥٣٧٣	١٣٥٢٦,٩	٤٧٤٣
٢٠٠٣	٨,١١	١٨,٠	٥١٥٣	٨٩٧٠,٧	٨١٤٥,٦	٣٦٥٥٢	١٤٣٠٤,٤	٥٦٦٩
٢٠٠٤	٨,٢٨	٢٣,٥	٥٢٠٦	٩٤٩٢,٤	٨٤٦٧,٤	٣٧٨٥٠	١٤٧٤١,٨	٥٩٤٩
٢٠٠٥	٨,٢٩	١٤,٥	٥٢٨٢	٩٠٠٣,٠	٩٣٠٥,٢	٢٩٧٧٥	١٥٢٣١,١	٥٣٣٠
٢٠٠٦	٨,٣٣	٧,٨	٥٣٩٥	٩,٠٧٩٢	١٠١٠,٣	٣٧٩٠٧	١٥٦٦٨,٩	٤٣٢٠
المتوسط	٧,٦٩	٦٦,٥	٤٨٩٩,٢	٦٢٣٣,٥	٥٣١٥,٣	٣٨٧٦٤,٨	١١٩٨٦,٢	٤٣١٣,٥

إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة بالمليون فدان (ص ١)، إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية الجديدة المستصلحة بالألف فدان (ص ٢)، إجمالي القوة البشرية العاملة الزراعية بالألف عامل (س ١)، إجمالي الاستثمارات الزراعية الحكومية بالمليون جنيه (س ٢)، إجمالي مقدار رؤوس الأموال الائتمانية الزراعية بالمليون جنيه (س ٣)، إجمالي الموارد المائية الإروائية الزراعية عند الحقل بالمليون متر مكعب (س ٤)، إجمالي القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية بالألف حصان (س ٥)، أعداد خريجي كليات الزراعة (س ٦).

المصدر:

- ١- البنك الأهلي المصري - النشرة الاقتصادية - العدد الأول - أعداد متفرقة - القاهرة.
- ٢- الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء - الكتاب الإحصائي السنوي - أعداد متفرقة - القاهرة
- ٣- الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء - نشرة الري والموارد المائية - أعداد متفرقة - القاهرة
- ٤- وزارة الزراعة واستصلاح الأراضي - مركز البحوث الزراعية - سجلات الإدارة المركزية لمحطات البحوث والتجارب الزراعية - أعداد متفرقة - القاهرة.

جدول (٥): - أفضل النماذج الرياضية للاتجاهات العامة للمتغيرات البحثية:

ف	ر	النموذج الرياضي	المتغيرات البحثية
٢٤٤,٦	٠,٩٤٢	ص = ١٢,٣٥٨ + ٠,١٤٩ س (١٢٦,٦) (١٥,٦٤)	الرقعة المحصولية
٢٢٩,٦	٠,٩٣٩	ص = ٦,٨٧١ + ٠,٩٣٣ س (١٠٦,١٩) (١٤,١٨٠)	إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة (الرقعة المزروعة) ص ^١
٣١,٢	٠,٦٧٥	لوص = ٥,٧٨٥ - ١,٠٤١ لوس (١٤,٦٦٢) (٥,٥٨٧-)	إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية الجديدة المستصلحة ص ^٢
٣٩,٩	٠,٧٢٧	لوص = ٨,٣٨١ + ٠,٥٧٩ لوس (٤٣٢,١١) (٦,٣١٧)	إجمالي القوة البشرية العاملة الزراعية
٦٦,٨	٠,٨١٧	لوص = ٧,٠٢٨ + ٠,٧٧٧ لوس (٣٤,٩٣٠) (٨,١٧٦)	إجمالي الاستثمارات الزراعية الحكومية
٣٣١,٧	٠,٩٥٧	ص = ١١٣٠,٥٩٠ + ٥٢٦,٨٧ س (٣,٨١٤) (١٨,٢١٢)	إجمالي رؤوس الأموال الائتمانية الزراعية الاستثمارية
١٢,٨	٠,٤٦	ص = ٤٦١٠٧,١٦٩ - ٨١٥,٨٢ س (١٩,٧٠٩) (٣,٥٧٣-)	إجمالي الموارد المائية الإروائية الزراعية
٨١٩,٦	٠,٩٨٢	ص = ٨٢٢٥,٦٨٨ + ٤١٧,٨٣٠ س (٥٥,٠٠٢) (٢٨,٦٢٩)	إجمالي القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية
٢,٠	٠,٢١	ص = ٣٦٧٧,٦٤ + ٧,٠٩٥٤ س (٧,٢٧٥) (١,٤٣٢)	أعداد خرجي كليات الزراعة
٣٢١٨,١	٠,٩٩٥	ص = ٥٥٠٣٣,٤٣ + ١٢١٧,٧٧ س (٢٥٠,١٨٦) (٧٦,٧٢٨)	إجمالي عدد السكان
٢٦,٣٣	٠,٦٣٧	ص = ٠,١٢٥ - ٠,٠٠٠٩٧ س (٦٤,٠٣٣) (٥,١٣١-)	نصيب الفرد من الرقعة المزروعة
٩٣,٧	٠,٨٦٢	ص = ٠,٢٢٣ - ٠,٠٠١٥٨ س (١٣٣,٧٠) (٩,٦٨٣-)	نصيب الفرد من الرقعة المحصولية

المصدر:

جمعت وحسبت من جدول رقم (٤).

جدول رقم (٦): نصيب الفدان من القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية بالألف
حصان:

السنوات	إجمالي المساحة المزروعة مليون فدان	القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية بالألف حصان	نصيب الفدان من القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية بالحصان
١٩٩٠	٦,٩٢	٨٩٨٥,٦	١,٣٠
١٩٩١	٧,٠٢	٩٤٥٠,٥	١,٣٥
١٩٩٢	٧,١٢	٩٤٦٥,٩	١,٣٣
١٩٩٣	٧,١٨	٩٩٦٠,٥	١,٣٩
١٩٩٤	٧,١٧	١٠٥٣٧,٦	١,٤٧
١٩٩٥	٧,٨١	١٠٦٠٥,٤	١,٣٦
١٩٩٦	٧,٥٦	١٠٨٥٩,٧	١,٤٤
١٩٩٧	٧,٦٦	١١٢٨٩,٨	١,٤٧
١٩٩٨	٧,٥٦	١١٥٩٤,٢	١,٤٩
١٩٩٩	٧,٧٦	١٢٠٧٧,٥	١,٥٤
٢٠٠٠	٧,٧٢	١٢٤٣٦,١	١,٦١
٢٠٠١	٧,٩٥	١٣٠٢٩,٠	١,٦٤
٢٠٠٢	٨,١٥	١٣٥٢٦,٩	١,٦٦
٢٠٠٣	٨,١١	١٤٣٠٤,٤	١,٧٦
٢٠٠٤	٨,٢٨	١٤٧٤١,٨	١,٧٨
٢٠٠٥	٨,٢٩	١٥٢٣١,١	١,٨٤
٢٠٠٦	٨,٣٣	١٥٦٦٨,٩	١,٨٨

المصدر: جمعت وحسبت من:

١- الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء - الإحصاء السنوي العام - أعداد متفرقة.

٢- وزارة الزراعة واستصلاح الاراضي - مركز البحوث الزراعية - سجلات الإدارة المركزية لمحطات البحوث والتجارب الزراعية - أعداد متفرقة - القاهرة.

وضالة رأس المال المتاح للزراع المنتفعين. لذلك فإن الشطر الثاني من هذا البحث يهتم بتوصيف أهم المعوقات الراهنة في مناطق الأراضي الجديدة المستصلحة خاصة الحديثة منها وتحليل الأسباب والنتائج المترتبة على تلك المشاكل.

وبإجراء الدراسات الميدانية في تلك الأراضي المستصلحة الجديدة لعينة تمثل ١٠% من الحائزين تبين أن أهم المعوقات التي تواجه التنمية الزراعية في الأراضي الجديدة تتمثل في تضخم التكاليف الراهنة لاستصلاح واستزراع هذه الأراضي يضاف إلى هذا المعوقات الإنتاجية والتسويقية والتمويلية والاجتماعية التي يواجهها الزراع في هذه المناطق الجديدة وفيما يلي عرض موجز لكل مجموعة من هذه المعوقات:

٧.٢. تضخم التكاليف الراهنة لاستصلاح واستزراع الأراضي:

إن أنشطة استصلاح واستزراع الأراضي الجديدة وإنشاء مجتمعات عمرانية جديدة فيها ليست بالأنشطة ذات الربحية المرتفعة ولكنها تتسم بضعف الحافز على الاستثمار وانخفاض العائد منها خاصة في المرحلة تحت الحدية حيث تفوق التكاليف العائد الذي يحصل عليه المنتج ويرجع ذلك إلى تضخم التكاليف الراهنة لاستصلاح الأراضي إذ يتبين من الجدولين (رقم ٧ ورقم ٨) أن متوسط إجمالي تكاليف الاستصلاح الداخلي للفدان بالأراضي الجديدة وفقاً لتقديرات عام ٢٠٠٦ يبلغ حوالي ١٣ ألف جنيه كما يبلغ متوسط تكاليف أعمال البنية الأساسية للفدان الواحد حوالي ١١,٣٢٠ ألف جنيه. وهذا يعني أن متوسط تكلفة استصلاح الفدان بالأراضي الجديدة يبلغ حوالي ٢٤,٣٢٠ ألف جنيه في حين كانت تبلغ عام ١٩٨٦ حوالي ٤٣٠٠ ألف جنيه فقط أي بزيادة تبلغ حوالي ٦ أضعاف ما كان عليه عام ١٩٨٦.

جدول رقم (٧): تقديرات متوسط تكاليف استصلاح الفدان بالأراضي الجديدة بالجنيه لعام ١٩٨٦، ولعام ٢٠٠٦ في جمهورية مصر العربية.

٢٠٠٦		١٩٨٦		البيان
ري متطور	ري سطحي	ري متطور	ري سطحي	
١- تكلفة أعمال الاستصلاح الداخلي: (جنيه)				
٥٦٦	٤٢٥٠	١٠٠	٧٥٠	- تسوية
٢٥٤٧	٢٨٣٠	٤٥٠	٥٠٠	- شبكة ري
٥٦٦	١١٣٢	١٠٠	٢٠٠	- شبكة الصرف
٥٦٦	١١٣٢	١٠٠	٢٠٠	- الأعمال الصناعية
١٤١٥	٢٨٣	٢٥٠	٥٠	- محطات الرفع (أو الضغط) الداخلية
٤٢٥٠	٥٦٦	٧٥٠	١٠٠	- أجهزة ومعدات الري
١٤١٥	١٤١٥	٢٥٠	٢٥٠	- مصدات الرياح
-	٢٨٣	-	٥٠	- غسيل
١١٣٢	١١٣٢	٢٠٠	٢٠٠	- زرعة استصلاحية واحدة
١٢٤٥٧	١٣٠٢٣	٢٢٠٠	٢٣٠٠	- إجمالي أعمال الاستصلاح الداخلي
٢- تكلفه اعمال البنية الاساسيه				
١١٣,٢		٢٠		- تكاليف بحوث ودراسات
٤٨١١		٨٥٠		- تكاليف مرافق الري والصرف
٣٩٦٢		٧٠٠		- تكاليف نقل وتوزيع الطاقة الكهربائية
٣٣٩,٦		٦٠		- تكاليف الطرق
١١٣,٢		٢٠		- تكاليف الاتصالات
١٤٧١,٦		٢٦٠		- تكاليف مباني الخدمات العامة والإسكان الإداري
٥٠٩,٤		٩٠		- تكاليف مياه الشرب
١١٣٢٠		٢٠٠٠		- إجمالي أعمال البنية الأساسية
٢٣٧٧٧	٢٤٣٤٣	٤٢٠٠	٤٣٠٠	- إجمالي التكاليف

المصدر:

- ١- الهيئة العامة لمشروعات التعمير والتنمية الزراعية - تقرير عن ما تم استصلاحه خلال الخطة الخمسية ٨٧/٨٢ للعام الأول من الخطة الخمسية ٩٢/٨٧ - للقاهرة.
- ٢- وزارة الزراعة واستصلاح الأراضي - سجلات الإدارة المركزية للاقتصاد الزراعي - أعداد متفرقة - للقاهرة.
- ٣- الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء - النشرة السنوية للأراضي المستزرعة - أعداد متفرقة - للقاهرة.

جدول رقم (٨): تقديرات متوسط تكاليف استصلاح الغدان بالأراضي الجديدة في (توشكى)
بالجنيه لعام ٢٠٠٠.

البيان	عام ٢٠٠٠
نظم الري والصرف	٨٢٢٠
البنية الأساسية والمباني المزرعية	٣٤٢
المعدات المزرعية	٢١٢٠
معدات النقل	٤٢٤
تعبئة المنتجات والتخزين	٤٤٧٦
الطرق بالمشروع	٢٢٠
نظم الكهرباء	٢٥١٤
سكن للعاملين	١٣٠٨
التعامل مع المقاولين	١٠٢
إجمالي رأس المال	١٩٧١٠
احتياطي ١٠%	١٩٧١
رأس المال الكلي	٢١٦٨١
مصاريف شراء إدارية وهندسية ١٠%	٢١٦٨,١
إجمالي التكاليف	٢٣٨٤٩,١

المصدر جمعت وحسبت من:

- ١- وزارة الموارد المائية للري - المركز القومي لبحوث المياه - توشكى -
البادرة الأولى للتنمية الشاملة بجنوب الوادي - عام ٢٠٠٠.
- ٢- أحمد فاروق سعد الدين محمد ٠ دراسة اقتصادية لإمكانيات التنمية للمشروعات
الزراعية لمنطقة جنوب الوادي (مشروع توشكى) - ماجستير - قسم الاقتصاد
الزراعي - كلية الزراعة - جامعة عين شمس - عام ٢٠٠٣.

يتعرض الإنتاج الزراعي في الأراضي الجديدة للعديد من المعوقات التي تؤدي إلى انخفاض الكفاءة الإنتاجية لهذه الأراضي الزراعية ومن أهمها^(١): (١) معوقات العمالة الزراعية وتتمثل في عدم توافر العمالة الزراعية الكافية وارتفاع أجور العمل البشري وعدم توفر العمالة الماهرة في جمع وتعبئة المحاصيل وعدم توفر المواصلات لنقل العمال يضاف إلى ذلك عدم وجود الآلات الزراعية التي يمكن تأجيرها والاستفادة منها، ويضاف إلى ذلك أن القوة البشرية العاملة في الأراضي الجديدة تضم فئات غير متخصصة في العمل الزراعي مثل خريجي كليات الزراعة مما أدى إلى تدهور إنتاجية مورد الأرض الزراعية ومورد العمل بتلك المناطق الحديثة وفي نفس الوقت يصعب جلب عمال زراعيين من المناطق البعيدة في ظل المعوقات البيئية السائدة فيها والعجز الشديد في المرتفعات التعزيزية الضرورية، (٢) معوقات مستلزمات الإنتاج الزراعي وهي تتمثل في مشكلة ارتفاع أسعار مستلزمات الإنتاج خاصة بعد رفع الدعم عنها مما يؤدي إلى الابتعاد عن زراعة المحاصيل التي تحتاج إلى أسمدة ومبيدات كثيرة لعدم القدرة على دفع مصاريفها، كما تتمثل في مشكلة عدم توفر مستلزمات الإنتاج في مواعيد إضافتها وعدم توفر الأسمدة البلدية وصعوبة الحصول عليها وفي عدم وجود مصدر موثوق فيه للحصول على التقاوي والشتلات، (٣) معوقات الري والصرف الزراعي وتتمثل في مشكلة التبعيات على المياه والسرقات نتيجة لعدم تعود المنتج الزراعي على القيام بالأنشطة الجماعية التي تتطلب نوع من الإيثار والرغبة في مساعدة الآخرين. كما تتمثل في إهمال العمال الفنيين لتنفيذ عمليات الصيانة في مرفق الري بالشكل المطلوب وفي الوقت المناسب مما يؤدي إلى سرعة وكثرة حدوث الأعطال، يضاف إلى كل ذلك مشكلة عدم كفاية مياه الري التي تتمثل في نقص

١- إhsan محمد عيسى - دراسة تحليلية للسياسة الإنتاجية الزراعية في بعض المناطق المستصلحة في ج.م.ع - رسالة ماجستير - كلية الزراعة - جامعة القاهرة - ١٩٨١.

المياه بالترع وانخفاض منسوب المياه ومشكلة سوء الصرف الزراعي نتيجة لعدم وعي الزراع بأساليب الري الحديثة خاصة القدامى منهم والمنتهجين الجدد حيث يغلب عليهم أسلوب الري بالغمر وبالتالي انخفاض الكفاءة الإنتاجية، (٤) معوقات العمل الآلي وتتمثل في عدم كفاية الآلات الزراعية بالقدر المناسب بالجمعيات الزراعية وعدم كفاية معظم الآلات والجرارات وارتفاع متوسط الإيجار لهذه الآلات والجرارات في الساعة، يضاف إلى كل هذا مشكلة كثرة الأعطال بالآلات الموجودة وعدم وجود محطات لصيانتها.

٧. ٤. المعوقات التسويقية

تأتي المعوقات التسويقية في مقدمة المعوقات التي تواجه الزراع بالأراضي الجديدة. ويرجع ذلك إلى الاهتمام بالجوانب الإنتاجية دون غيرها من الجوانب الأخرى وما ينتج عن ذلك من مشاكل عديدة تؤثر على النشاط الإنتاجي وعلى ما تم تحقيقه من تنمية زراعية في تلك الأراضي الجديدة. ومن أهم هذه المعوقات التسويقية^(١): (١) المعوقات التي يتعرض لها الزراع عند بيع المحصول على باب المزرعة وتتمثل في احتكار التجار وسيطرتهم على الأسعار في الأسواق بمناطق الاستصلاح وعدم توافر المعلومات التسويقية لدى الزراع، وانخفاض الأسعار نتيجة وجود فائض في الإنتاج يفوق الطلب عليه في موسم الحصاد، قلة تردد التجار على الأسواق في مناطق الاستصلاح، عدم توفر الخبرة لدى المنتهجين من الزراع للقيام بعملية البيع، (٢) المعوقات المتعلقة بجمع المحصول حيث يتم جمع المحاصيل يدوياً بالاعتماد على العمالة الزراعية ولهذا تتمثل تلك المعوقات في مشكلتين رئيسيتين هما عدم توفر العمالة المدربة لجمع المحاصيل من ناحية وارتفاع تكاليف

١- أحمد إسماعيل عبده وآخرون - الكفاءة التسويقية للمنتجين الزراعيين في الأراضي المستصلحة حالياً - المجلة المصرية للاقتصاد الزراعي - المجلد الثامن - العدد الثاني -

الحصاد من ناحية أخرى يضاف إلى ذلك ارتفاع نسبة التآلف من المحصول وعدم وجود أسواق جملة ومراكز تجميع بالأراضي الجديدة وبعد الأسواق الجملة التي تخدم تلك المناطق الجديدة عن مراكز الإنتاج، (٣) المعوقات المتعلقة بعملية الفرز والتدريج التي تتمثل في ارتفاع تكلفة الفرز والتدريج نسبياً وعدم مناسبة طرق الفرز والتدريج المستخدمة وعدم وجود محطات متخصصة في عملية الفرز، (٤) المعوقات المتعلقة بعملية التعبئة التي تتمثل في ارتفاع تكلفة التعبئة التي ترجع إلى ارتفاع تكلفة المواد الخام التي تصنع منها العبوات مثل العبوات البلاستيكية والخشبية. الأمر الذي من شأنه عدم توافر العبوات وارتفاع نسبة الفاقد أثناء التعبئة بسبب العبوات الغير مناسبة^(١)، (٥) المعوقات المتعلقة بعملية التخزين، فالتخزين يعتبر بصفة عامة من أهم المراحل التسويقية حيث تتصف السلع الزراعية بالموسمية في الإنتاج، والتخزين يتيح الفرصة لاستهلاكها في غير موسم إنتاجها واستقرار أسعارها على مدار السنة. وتتمثل أهم المعوقات المتعلقة بعملية التخزين في مشكلة عدم توافر التلجّات في مناطق الإنتاج ومشكلة عدم كفاية أماكن التخزين. يضاف إلى هذا مشكلة ارتفاع تكاليف التخزين، (٦) المشاكل المتعلقة بعملية النقل، تعد عملية النقل من أهم الخدمات التسويقية التي تضيف منفعة مكانية للسلع الاقتصادية بصفة عامة والتي تعمل على تحويل المحاصيل الزراعية من مناطق إنتاجها إلى مناطق استهلاكها. وتتمثل أهم المعوقات المتعلقة بالنقل في ارتفاع تكاليف النقل لبعدها عن الأراضي الجديدة عن الأسواق وصغر الكميات المسوقة وعدم توفر وسيلة مباشرة للقيام بعملية النقل. يضاف إلى هذا عدم توفر

١- حسين عبد الوهاب إبراهيم وآخرون - مشاكل الخدمات التسويقية الراهنة والمتوقعة للحاصلات الزراعية في الأراضي الجديدة ودور الإرشاد الزراعي في التغلب عليها - المجالس الإقليمية المتخصصة - ١٩٩٧.

الطرق الممهدة للنقل. الأمر الذي يؤدي إلى زيادة نسبة الفاقد والتالف من المحاصيل المسوقة وارتفاع تكاليف نقل السلع الزراعية الناتجة^(١).

٥.٧. المعوقات التمويلية

إن نقص التمويل أي نقص رؤوس الأموال الائتمانية اللازمة لصغار الزراع تعتبر من أعقد المشاكل في الأراضي الجديدة. فالزراعة صناعة تحتاج إلى رأس مال ثابت كبير خاصة في بدايتها بالإضافة إلى رأس المال الجاري اللازم لتمويل العمليات الزراعية المختلفة وتسويق الزروع الناتجة وهذا يعني أن نقص الموارد التمويلية التي تتمثل في صعوبة الحصول على القروض وانخفاض قيمة القروض الممنوحة للزراع يترتب عليه ضعف معدلات الإنجاز في مرحلة الاستزراع خاصة مع انخفاض قدرة الزراع على تسديد القروض بل وعلى التمويل الذاتي أيضاً نتيجة لانخفاض الدخل وضآلة المدخرات المزرعية لدى صغار المزارعين اللذين يشكلون الغالبية العظمى من المنتجين الزراعيين^(٢).

يضاف إلى كل ذلك انتهاج الدولة سياسة استزراعية تقضي بتملك أو تأجير الأراضي الجديدة وهي مازالت في مرحلتها الاستزراعية تحت الحدية أي قبل أن تبلغ المرحلة فوق الحدية أي المرحلة المزرعية التي تربو فيها الدخول على التكاليف المزرعية. ليس هذا فحسب بل وقبل التأكد من أن الحيازات المزرعية المملكة للمنتفعين أو المباعة لصغار المشترين تغل دخولاً مزرعية صافية تكفي لتغطية إجمالي الأقساط السنوية المستحقة مع بقاء فائض منها يساوي علي الأقل

١- مصطفى السيد عبد العزيز - دراسة المشاكل التسويقية للمنتجات والمدخلات الزراعية في الأراضي الجديدة - المؤتمر الدولي السابع عشر للإحصاء وعلوم الحاسب وتطبيقاته العلمية والاجتماعية - جامعة حلوان - ١٩٩٢.

٢- حسني عبد الحميد محسن - تمويل التنمية الزراعية في جمهورية مصر العربية - الندوة القومية حول تمويل التنمية الزراعية في الدول العربية - المنظمة العربية للتنمية الزراعية - جامعة الدول العربية - الأردن - ديسمبر ١٩٩٥ - ص ٣٠١.

الدخل النفري الحقيقي للقوة العاملة الزراعية في الأراضي الزراعية القديمة وذلك لإعالة الزارع وأفراد أسرته، كما أن الدخول المزرعية في الأراضي الجديدة حتى لو بلغت المرحلة فوق الحدية غالباً ما تكون ضئيلة لا تكفي لتغطية إجمالي الأقساط السنوية المستحقة للهينات الاستزراعية والتمويلية العامة والخاصة. وأمر هذا شأنه يعني عجز الزارع عن سداد الأقساط المستحقة ويتدهور بالتالي مستوى نعميهم أي معيشتهم عن نظائرهم في الأراضي القديمة المزروعة حالياً أو عن ما كانوا عليه قبل حيازتهم لمثل هذه الأراضي الجديدة بالتمليك أو التأجير^(١).

٧. ٦ المعوقات الاجتماعية

تتمثل في عدم توافر مياه الشرب النقية، وعدم توافر الخدمات الصحية الكافية مستشفيات وأطباء وسيارات إسعاف وحتى الموجود منها لا يعمل بكفاءة. يضاف إلى كل هذا أن الخدمات الأمنية غير كافية وكذلك الخدمات التعليمية من المدارس والمدرسين المؤهلين تعتبر غير كافية أيضاً. وأمر هذا شأنه يعني معاناة الزارع في الأراضي الجديدة من هذه المعوقات المعيشية الأمر الذي يكون له أثراً سلبياً على كفاءة استغلال هذه الأراضي وبالتالي على التوسع الزراعي الأفقي^(٢).

٨. استراتيجية توفير مياه الإرواء في جمهورية مصر العربية

ولما كان قطاع الزراعة يعتبر في الوقت الحالي أكثر القطاعات المستهلكة للمياه^(٣)، كما أن هناك انحراف في الاستخدام الراهن للموارد المائية في الزراعة

١- كمال عبد الحميد الدالي - مرجع سبق ذكره.

٢- محمد نصري بكري - تحليل اقتصادي مقارن للمشكلات الاقتصادية والاجتماعية بالأراضي المستصلحة الموزعة على الخريجين بمنطقتي مريوط وشمال التحرير - رسالة ماجستير - قسم اقتصاد زراعي - كلية الزراعة - جامعة الإسكندرية - ١٩٩٨.

٣- حيث تقدر الاحتياجات المائية الراهنة للقطاع الزراعي عند أسوان حوالي ٥٤,٦٥ مليار م^٣ أي حوالي ٨٢,٤% من إجمالي الاستخدامات الراهنة للموارد المائية في مصر البالغة حوالي ٦٦,٣٤ مليار م^٣. انظر في ذلك:

المصرية عن الاستخدام الكفء الذي يتحقق معه أقصى عائد للوحدة المائية المستهلكة، كما يؤدي الإسراف في استخدام المياه إلى عدم وجود فائض مائي يسمح بري مساحات جديدة من الأراضي الزراعية. يضاف إلى ذلك الإضرار بالمساحات المزروعة حالياً عن طريق رفع مستوى الماء الأرضي وظهور مشكلة تطييل وتمليح التربة. ولما كانت مياه الإرواء هي العنصر الاستراتيجي في الزراعة وأساس التوسع الزراعي الأفقي ونظراً لمحدوديتها فيجب ترشيد استخدامها والعمل على رفع كفاءة هذا الاستخدام من خلال وضع استراتيجية رشيدة لتوفير مياه الإرواء في جمهورية مصر العربية^(١).

ولكي يتم التطوير الشامل والجزري لأساليب استخدام مياه الإرواء فلا بد من اتخاذ بعض الوسائل والسياسات التي تؤدي إلى تحقيق أهداف التنمية في محاورها المختلفة وذلك من خلال: (١) استراتيجية ترشيد استهلاك مياه الإرواء، (٢) استراتيجية تطوير وترشيد أساليب إرواء، (٣) استراتيجية تنمية الموارد المائية.

٨. ١. استراتيجية ترشيد استهلاك مياه الإرواء

المنطق السليم لترشيد استخدام مياه الإرواء بما يحقق أكثر منفعة اقتصادية على المستوى القومي هو تشجيع زراعة المحاصيل الأقل استهلاكاً للمياه وأكثرها عائداً قومياً. وهذا يقتضي إحلال المحاصيل ذات الاستهلاك المنخفض للمياه وتقليص المحاصيل ذات الاستهلاك المرتفع للمياه، وهذا يتطلب إعادة النظر في التركيب المحصولي الراهن من خلال مفهوم صافي دخل وحدة مياه الإرواء وليس صافي دخل وحدة المساحة الأرضية الزراعية.

محمود عبد التواب عرفة - مرجع سبق ذكره.

١- حيث تبلغ كفاءة الري نحو ٦٠% لمعظم المحاصيل. ويرجع انخفاض كفاءة الري إلى أنه لا يزال ينظر للمياه على أنها مورد متوفر وحر وليس له ثمن ولا يمثل تكلفة تذكر من وجه نظر مستخدميه انظر في ذلك:

محمود عبد التواب عرفة - مرجع سبق ذكره.

ويتبين من استعراض جدول (٩) أن أقل صافي دخل من وحدة مياه الإرواء للمحاصيل الصيفية يمثلها محصول الأرز وقصب السكر حيث يبلغ صافي عائد وحدة مياه الإرواء لهما حوالي ٢٤٠، ٢٩٨ جنيهه/م^٢ على التوالي. وفي المقابل يتبين من نفس الجدول أن محصول الأرز وقصب السكر يستهلكان من مياه الإرواء حوالي ١٧,٩ مليار م^٣ أي حوالي ٤٧,٢% من إجمالي مياه الإرواء المتاحة للزراعة البالغة حوالي ٣٧,٩ مليار م^٣ وفقاً لأرقام عام ٢٠٠٦.

وأمر هذا شأنه يعني أنه بتقليص المساحة المنزرعة بالأرز وقصب السكر يمكن زراعة مساحات هائلة بالمحاصيل المرتفعة العائد الصافي لوحدة مياه الإرواء في الأراضي الجديدة.

كما يتبين من استعراض جدول (٩) أيضاً أن وحدة مياه الإرواء (١م^٣) يمكن بها زراعة ٠,١٢ فدان من محصول الأرز، ٠,٠٨ فدان من محصول قصب السكر، ٠,٢٩ فدان من محصول القطن، ٠,٤٢ فدان من محصول الذرة، ٠,٥ فدان من محصول القمح. وهذه المحاصيل ذات أهمية اقتصادية واستراتيجية قصوى فالقطن محصول تصديري هام وسكر البنجر البديل الأمثل لسكر القصب، والقمح والذرة من أهم المحاصيل الغذائية التي يتم استيرادها من الخارج لسد الفجوة الغذائية المتزايدة من الحبوب بهدف تحقيق الأمن الغذائي.

كما تشير الدراسات أن إنتاج طن سكر القصب يلزمه حوالي ٤٨٩٧ م^٣ من مياه الإرواء في حين يلزم إنتاج طن سكر البنجر حوالي ١١٤٥ م^٣ من مياه الإرواء، كما أن إنتاج طن سكر القصب يلزم لإنتاجه ٠,٢٥٨ فدان، في حين يلزم لإنتاج طن سكر البنجر حوالي ٠,٠٩ فدان. وأمر هذا شأنه يعني أن إنتاج كمية معينة من سكر البنجر يمكن أن يؤدي إلى وفر في المساحة الأرضية تقدر نسبتها من ٢٦% - ٣٤%. كما يؤدي إلى وفر في مياه الإرواء تقدر نسبته بحوالي

٣٢.٠% - ٣٧.٥%. وهذا يساعد على إحداث تنمية زراعية أفقية من خلال زيادة المساحات التي سيتم استزراعها واستصلاحها في الأراضي الجديدة^(١).

٨.٢. استراتيجية ترشيد وتطوير أساليب الري

تحدد طريقة الري المتبعة في الإنتاج الزراعي حجم الاحتياجات المائية اللازمة للأنشطة الزراعية، إذ أن طريقة الري التقليدية أي الري بالغمر تختلف عن طرق الري الحديثة مثل الري بالتنقيط والري بالرش. ونظراً لأن طريقة الري بالغمر هي المتبعة في الأراضي القديمة وتغطي حوالي ٨٥% من إجمالي الرقعة الزراعية فإنها تستهلك كميات كبيرة جداً من المياه مما ينعكس أثره على زيادة الاحتياجات المائية اللازمة للأنشطة الزراعية، وعلى ذلك فإن تطوير نظم الري المتبعة حالياً يؤدي إلى ترشيد وخفض استهلاك المياه بالزراعة المصرية^(٢).

ويتطلب الاستخدام الأمثل لمياه الإرواء ترشيد أساليب الري والحد من الأساليب التقليدية (الري بالغمر) وإدخال مياه الري في إطار المحاسبة الاقتصادية وتحديد قيمة لها. ومن ناحية أخرى يتطلب تطوير استخدام مياه الإرواء توفير وسائل ومعدات الري الحديث وإعداد جهاز فني وإرشادي كفاء ومصادر تمويلية لإمداد الزراع بالتمويل اللازم لاستخدام تلك المعدات.

١- سعد مسعد شحاتة - حماية الموارد المائية العذبة والتنمية الاقتصادية في مصر (دراسة اقتصادية قانونية) - رسالة دكتوراه - قسم الاقتصاد والقانون - معهد الدراسات والبحوث البيئية - جامعة عين شمس - ١٩٩٧.

٢- وفيها الري بالغمر تصل المياه فيه إلى عمق حوالي ١,٥ متر من سطح الأرض في حين أن جذور النباتات توجد في ٣٠ سم الأولى من سطح الأرض مما يؤدي إلى ارتفاع منسوب الماء الأرضي وملوحة الأرض وفقدان خصوبتها. انظر في ذلك:

محمد سامي الطباخ - مرجع سبق ذكره.

جدول رقم (٩): حساب العوائد الاقتصادية لوحدة مياه الإرواء (٢٠٠٠م) لمختلف الحاصلات الزراعية في جمهورية مصر العربية عام ٢٠٠٦:

المحصول	المساحة المحصولية بالفدان	المقنن المائي بأسلوب الأرواء التقليدي م/الفدان	المقنن المائي بأسلوب الأرواء الحديث م/الفدان	الاحتياجات المائية بأسلوب الأرواء التقليدي مليون م ^٣	الاحتياجات المائية بأسلوب الأرواء الحديث مليون م ^٣	صافي مياه إرواء جنية/مياه إرواء م ^٣	المساحة المزروعة بوحد مياه إرواء م ^٣ /فدان/١٠٠٠م ^٢
القمح	٣٠٦٣٧٠١	١٩٩٠	١٢٨٠	٦٠٩٦	٣٩٢١	٧١٤	٠,٥
الشعير	٢١٤٤٧٤	١٥٠٠	٩٦٤	٣٢١	٢٠٦	٦٧١	٠,٦٧
الفول	١٩٨٣٧٧	١٧٥٠	١١٢٥	٣٤٧	٢٢٣	٦٠٢	٠,٥٧
الطما	١٥١٥	١٣٦٠	٨٧٣	٢,١	١,٣٢	٧٢١	٠,٧٠
الحلبة	١٤٧٧١	٢١٥٠	١٣٨٠	٣١,٨	٢٠,٤	٥٠٣	٠,٤٦
الحمص	١٥٢١٤	٢٢٦٠	١٤٥٠	٣٤,٤	٢٢,٠٦	٤٩٤	٠,٤٤
الترمس	٣٤١٧	٢٥٦٠	١٦٤٠	٨,٨	٥,٦٠	٤٨٩	٠,٣٩
الكتان	١٥٦١٣	٢١٤٠	١٣٧٠	٣٣,٤	٢١,٣٩	٥٦٦	٠,٤٦
البصل	٦٥٤٨٩	٢١٣٠	١٠٣٥	١٣٩,٥	٦٧,٧	٣٨٣٥	٠,٤٧
البرسيم	٢١٢٧٠٧٠	٢٥٩٠	١٦٦٥	٥٥٠٩	٣٥٤١	٥٢٠	٠,٣٨
البنجر	١٨٦٣٩٦	٢٣٠٠	١٥٠٣	٤٢٨,٧	٢٨٠,١	٥٢٦	٠,٤٣
ب عصرية	٧٦٧١١	٢٠٠٠	١٣٢٢	١٥٧,٢	١٠١,٤	١٠٥١	٠,٤٨
المحاصيل الشتوية	-	-	-	-	-	-	-
القطن	٥٣٦٣٩٦	٣٥٠٠	٢٢٥٠	١٨٧٧	١٢٠٦	٥٧٢	٠,٢٩
سب السكر	٣٢٦٨٧٥	١٢٤٩٠	٨٠٣٠	٤٠٨٢,٧	٢٦٢٤	٢٩٨	٠,٠٨
الأرز	١٥٩٢٨٢٢	٨٦٤٦	٨٦٤٨	١٣٧٧١	١٣٧٧١	٢٤٠	٠,١٢
ة الشامية	١٥٦٩١٦٣	٣٦٨٠	٢٣٦٠	٥٧٧٤	٣٧٠٣	٣٧٥	٠,١٢
ة الرفيعة	٣٦٧٥٤٠	٣٢٩٠	٢١١٠	١٢٠٩	٧٧٥	٣٢٤	٠,٣٠
السوداني	١٣٢٠٨١	١٥٩٠	٢٠٢٥	٢١٠	١٣٥	٢٦١٠	٠,٦٣
السمسم	٧٣٣٥٥	٢٣٧٠	١٥٢٠	١٧٤	١١١٩	٥٠٤	٠,٤٣
البصل	١٨٢٨٧	٢٨٩٠	١٤٩٠	٥٢,٨	٢٧,٣	٣٧٥٩	٠,٣٤
الفجل	١٨٢	٣٠٠٠	١٩٢٠	٠,٥٤٦	٠,٣٤٩	١٥٧١	٠,٣٢
صيل أخرى	١٠٧٢٠٥	٢٥٥٠	١٦٠٠	٧٧٣,٤	١٧١,٥	٣٧٣	٠,٣٩
المحاصيل الصيفية	-	-	-	-	-	-	-
ة الشامية	٢٤٦٢٦٥	٣٤٦٠	٢٢٢٠	٨٥٢,١	٥٤٦,١	٣٣٣	٠,٢٩
ة الرفيعة	٤٤٧٩	٣٠٢٠	١٩٤٠	١٣,٥	٨,٥	٢٧٨	٠,٣٣
الأرز	٣٥٤٦	٨٧٩٠	٨٧٩٠	٣١,٢	٣١,٢	١١٨	٠,١١
البصل	٩٦٨٧	٢٨٦٠	١٣٩٠	٢٧,٧	١٣,٥	١٢٥٦	٠,٣٤
الخضار	١١٦٦٨٧٢	٢٧١٠	١٣١٠	٣١٦٢	١٥٢٨	١٤٨١	٠,٣٧
الفأهة	١٠٠٢٤٧٩	٥٠٥٠	٢٤٥٠	٥٠٢٢	٢٤٥٦,١	٦٦٨	٠,٢٠
إجمالي	٢٦٦٠	٤٩,٦٨١	٣٦,٤٩٢	٥١٩	٣٦,٤٩٢	٥١٩	٠,٢٦

* يعرف المقنن المائي بأنه العلاقة بين كمية المياه المستعملة والزماء المنزرع.
المصدر:

- ١- الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء - نشرة الري والموارد المائية - القاهرة - ٢٠٠٦.
- ٢- الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء - الكتاب الإحصائي السنوي - القاهرة - ٢٠٠٧.
- ٣- وزارة الزراعة واستصلاح الأراضي - دراسة لتقدير الدخل الزراعي القومي - قطاع الشؤون الاقتصادية - القاهرة - إبريل - ٢٠٠٧.

وأمر هذا شأنه يعني أن إحلال الأساليب الحديثة في الإرواء (الري بالرش والري بالتنقيط) في الأراضي القديمة والحديثة أو كلاهما سوف يساعد على زيادة المساحات التي سيتم استزراعها واستصلاحها من خلال الوفر المرتقب في المياه الذي يمكن من إضافة مساحات مروية جديدة إلى الأراضي الزراعية الحالية وبالتالي زيادة في الناتج الزراعي والغذائي والحد من الفجوة الغذائية.

ويتبين من استعراض جدول رقم (٩) أن الاحتياجات المائية لمختلف المحاصيل في جمهورية مصر العربية عام ٢٠٠٦ تبلغ حوالي ٣٦,٥ مليار م^٣ باستخدام أساليب الري الحديثة وتبلغ حوالي ٤٩,٧ مليار م^٣ باستخدام أساليب الري التقليدية. وأمر هذا شأنه يعني أن الوفر المرتقب في مياه الإرواء باستخدام أساليب الري الحديثة تبلغ حوالي ١٣,١ م^٣ يمكن أن يساهم في استصلاح واستزراع أراضي جديدة تقدر بحوالي ٥,٨ مليون فدان إلى المساحة الراهنة حيث يبلغ متوسط المقنن المائي للفدان حوالي ٢٦٦٠ م^٣. وأمر هذا شأنه يعني إحداث توسع زراعي أفقي هائل يساهم في زيادة الناتج الزراعي وزيادة معدلات التنمية الزراعية.

٨. ٣. استراتيجية تنمية الموارد المائية الراهنة

المقصود بالتنمية هو إما العمل على عدم حدوث فاقد في الموارد المائية أو زيادة الوارد منها، وهذا يتحقق إما عن طريق الاستخدام الاقتصادي الأمثل لهذه الموارد أو عن طريق تقليل أو منع حدوث الفاقد منها من بداية دخولها لمصر وحتى توزيعها واستخدامها في المناطق المختلفة، وهناك عدة أساليب لتنمية الموارد المائية الحالية منها^(١):

١- حمدي محمود موسي خضر - دراسة اقتصادية لكفاءة استخدام الموارد المائية في الزراعة المصرية - رسالة دكتوراه - قسم الاقتصاد الزراعي - كلية الزراعة - جامعة القاهرة - ٢٠٠٣ وكذلك:

غادة صالح حسن صالح - دراسة في اقتصاديات التنمية الزراعية بجمهورية مصر العربية - رسالة دكتوراه - قسم اقتصاد زراعي - كلية الزراعة - جامعة الإسكندرية - ٢٠٠٦.

٨ . ٣ . ١ . التغلب على فواقد مياه النيل

وهي تشمل فواقد يمكن تقليل جزء منها عن طريق مشروعات أعالي النيل، وهي توفر حوالي ٨ مليار متر مكعب في السنة، وفواقد يمكن تقليلها كلها عن طريق الاستفادة من مياه السدة الشتوية في زراعة محاصيل شتوية ذات فترة نمو قصيرة أو في زراعة المراعي على الشاطئ الشمالي أو سيناء، بالإضافة إلى الاستفادة من المياه التي تصرف للمحافظة على فرق التوازن المائي المسموح به عن طريق تخزينها في بحيرات المنزلة والبرلس وإكو ومريوط، ويبلغ هذا المقدار بين ٢ مليار متر مكعب سنوياً.

٨ . ٣ . ٢ . تطوير الري بالأراضي الزراعية القديمة

وهي تهدف إلى رفع كفاءة الاستخدام والمحافظة على المياه والحد من فواقدها المختلفة الناتجة من التسرب والرشح في الأراضي الزراعية ومجاري الري وقنوات الصرف الزراعي، وكذلك التغلب على مشاكل توزيع المياه بين المزارعين. ويتم مشروعات تطوير الري عن طريق الإحلال والتجديد لمرافق الري وتعميم الصرف المغطى، تسوية الأراضي بالليزر، تطوير البوابات ومنشآت التحكم، تكوين روابط مستخدمي المياه^(١) (وهي منظمات خاصة مملوكة وتدار بمعرفة أعضائها من المنتفعين على المجري المائي من أجل فائدتهم وتعمل في مجال توزيع المياه واستخداماتها وجميع الأنشطة التنظيمية الخاصة بهم في مجال الري وذلك من أجل رفع الإنتاجية الزراعية) ويتم تكوين روابط مستخدمي المياه على مستوى المساقى الخصوصية، ويتم تدريبهم على جدولة المياه فيما بينهم من خلال إدارة التوجيه المائي، ومن المتوقع أن يتم توفير حوالي ٣ مليار متر مكعب عام ٢٠١٧ عن طريق تطوير نظم الري ورفع كفاءتها. جدول رقم (١٠).

٨ . ٣ . ٣ . زيادة الاستفادة من مياه الأمطار مستقبلاً

1- Water users associations.

يمكن زيادة الاستفادة من مياه الأمطار عن طريق إنشاء بعض السدود ووسائل جمع المياه مثل مخزات السيول، حيث من المتوقع أن تزيد الاستفادة من مياه الأمطار عام ٢٠١٧ لتصل إلى حوالي ٢ مليار متر مكعب سنوياً، منها ٨٢٠ مليون متر مكعب بالسواحل، ٦٤٠ مليون متر مكعب في سيناء، ٥٤٠ مليون متر مكعب بالدلتا. جدول رقم (١٠).

٨. ٣. ٤. التوسع في استخدام المياه الجوفية

يتم التوسع في استخدام المياه الجوفية بشرط مراعاة السحب الآمن، وإلا تسربت مياه البحر في شمال الدلتا وتداخلت مع المياه العذبة، ومن المتوقع أن تصل المياه الجوفية عام ٢٠١٧ حوالي ٥,٦ مليار متر مكعب سنوياً منها حوالي ٢,٤ مليار متر مكعب من المياه الجوفية العميقة وحوالي ٣,٢ مليار متر مكعب من المياه الجوفية في الوادي والدلتا. جدول رقم (١٠).

٨. ٣. ٥. التوسع في إعادة استخدام مياه الصرف الزراعي المعالجة

حيث يمكن تحسين نوعية مياه الصرف الزراعي وذلك بمعالجة مياه المصارف الكبيرة قبل خلطها أو على الأقل الحفاظ على نوعيتها، وكذلك الالتزام بصرف نسبة لا تقل عن ٥٠% من إجمالي كميات مياه الصرف إلى البحر وذلك للمحافظة على التوازن المائي والملحي لدلتا النيل، ومن المنتظر أن تصل كميات مياه الصرف الزراعي المعاد استخدامها إلى نحو ٩ مليار متر مكعب عام ٢٠١٧. جدول رقم (١٠).

٨. ٣. ٦. التوسع في إعادة استخدام مياه الصرف الصحي المعالجة

ويقدر حجم مياه الصرف الصحي المعالجة بعد تنفيذ مشروعات التنقية على مستوى القاهرة والإسكندرية بحوالي ٢,٥ مليار متر مكعب، منها ١,٥ مليار متر مكعب بالقاهرة ستكون جاهزة للاستخدام بحلول عام ٢٠١٠ وستصل الكمية المستغلة من مياه الصرف الصحي المعالجة لحوالي ٤,٥ مليار متر مكعب سنوياً عام ٢٠١٧. جدول رقم (١٠).

٨ . ٣ . ٧ . استخدام مياه البحر كمصدر للري

يستخدم هذا الأسلوب بعد الاستفادة من الموارد المائية الحالية، وتعتبر طريقة فصل الملح عن الماء بواسطة التجميد هي أفضل طرق التحلية وأقلها تكلفة حيث لا تحتاج إلى طاقة كهربائية كالطرق الأخرى ، ويعتمد استخدام مياه البحر في ري المحاصيل على نجاح معالجة النبات باستخدام الهندسة الوراثية لإنتاج أصناف عالية التحمل للملوحة الشديدة.

جدول (١٠): توزيع الموارد المائية المتوقعة وفقاً لمصادرها المختلفة بالمليار متر مكعب في جمهورية مصر العربية عام ٢٠١٧

المصدر	الموارد المائية المستقبلية ٢٠١٧
نهر النيل	٥٥,٥
الأمطار	٢,٠
مياه الينابيع	٢,٠
مياه جوفية عميقة	٢,٤
مياه جوفية بالوادي والدلتا	٣,٢
مياه الصرف الزراعي	٩,٠
مياه الصرف الصحي	٤,٥
الاستفادة من الشدة الشتوية	٢,٣
تطوير نظم الري	٣,٠
الجملة	٨٣,٩

المصدر: جمعت وحسبت من

وزارة الموارد المائية والري - استراتيجية الموارد المائية لمصر حتى عام ٢٠١٧ - أكتوبر ١٩٩٧.

٨. ٤. الاحتياجات المائية المتوقعة لخطة التوسع الزراعي الأفقي عام ٢٠١٧

تبين من استعراض جدول رقم (١١) أن إجمالي الاحتياجات المائية المتوقعة في جمهورية مصر العربية عام ٢٠١٧ تبلغ حوالي ٨٦,٧ مليار م^٣ منها حوالي ٦٧,١٣ مليار م^٣ في قطاع الزراعة بالأراضي القديمة والأراضي الجديدة المستصلحة أي حوالي ٧٧,٤% منه وحوالي ١٠,٥٦ م^٣ في قطاع الصناعة أي حوالي ١٢,٢٠% منه وحوالي ٦,٦ مليار م^٣ في أغراض الشرب والاستخدامات الصحية أي حوالي ٧,٦% منه وحوالي ٢,٣ مليار م^٣ فاقد البخر أي حوالي ٢,٦٥% منه وحوالي ٠,١٥ مليار متر مكعب قطاع الملاحة النهرية أي حوالي ٠,١٧% منه.

كما تبين من استعراض جدول (١٢) أن إجمالي الاحتياجات المائية المتوقعة لخطة التوسع الزراعي الأفقي حتى عام ٢٠١٧ تبلغ حوالي ٢٠,٨ مليار م^٣ منها حوالي ٦,٢٥ مليار م^٣ أي حوالي ٣٠,١% منه لإرواء ١,٢ مليون فدان بالوادي والدلتا وحوالي ٤,١ مليار م^٣ أي حوالي ١٩,٧% لإرواء ٦٠٠ ألف فدان في مصر العليا وغرب الدلتا وحوالي ٣,٥ مليار م^٣ أي حوالي ١٦,٨% منه لإرواء ٦٠٠ ألف فدان في الصحراء الغربية وسيناء وحوالي ٣,٥ مليار م^٣ أي حوالي ١٦,٨% منه لإرواء ٥٠٠ ألف فدان في الوادي الجديد وحوالي ١,٨ مليار م^٣ أي حوالي ٨,٤% منه لإرواء ٢٥٠ ألف فدان في وسط سيناء وحوالي ١,٧ مليار م^٣ أي حوالي ٨,٢% منه لإرواء ٢٥٠ ألف فدان في القاهرة والإسكندرية.

وأمر هذا يعني أن الموارد المائية المتوقعة وفقاً لمصادرها المختلفة في جمهورية مصر العربية عام ٢٠١٧ تبلغ حوالي ٨٣,٩ مليار متر مكعب هذا في حين تقدر الاحتياجات المائية المتوقعة في قطاع الزراعة والصناعة والشرب... إلخ عام ٢٠١٧ بحوالي ٨٦,٧٤ مليار متر مكعب أي بمقدار عجز يبلغ حوالي ٢,٨٤ مليار متر مكعب (جدول ١٠، ١١، ١٢). وأمر هذا شأنه يعني ضرورة الإسراع

في التطور الشامل والجذري لأساليب استخدام مياه الإرواء من خلال الاستراتيجيات الثلاثة السابقة.

جدول رقم (١١): الاحتياجات المائية المتوقعة في جمهورية مصر العربية عام ٢٠١٧

الاحتياجات المائية	الكمية (مليار م ^٣)	%
قطاع الزراعة	٦٧,١٣	٧٧,٣٩
في الأراضي القديمة	٤٦,٣٣	--
في الأراضي الجديدة	٢٠,٨	--
قطاع الصناعة	١٠,٥٦	١٢,١٨
الشرب والاستخدامات الصحية	٦,٦	٧,٦١
الفاقد بالبخار	٢,٣	٢,٦٥
قطاع الملاحة النهرية	٠,١٥	٠,١٧
الإجمالي	٨٦,٧٤	١٠٠

المصدر: وزارة الموارد المائية والري - الشكل العام للسياسة المائية في عام ٢٠١٧ - القاهرة - يناير ٢٠٠٠

جدول رقم (١٢): الاحتياجات المائية المتوقعة وفقاً لخطة التوسع الأفقي حتى عام ٢٠١٧ في جمهورية مصر العربية:

مناطق الاستصلاح	المساحة (ألف فدان)	الاحتياجات المائية (مليار م ^٣)	%
الوادي والدلتا	١٢٠٠	٦,٢٥	٣٠,٠٥
مصر العليا وغرب الدلتا	٦٠٠	٤,١	١٩,٧١
الصحراء الغربية وسيناء	٦٠٠	٣,٥٠	١٦,٨٣
الوادي الجديد	٥٠٠	٣,٥٠	١٦,٨٣
وسط سيناء	٢٥٠	١,٧٥	٨,٤١
القاهرة والإسكندرية	٢٥٠	١,٧٠	٨,١٧
الإجمالي	٣٤٠٠	٢٠,٨	١٠٠

المصدر: وزارة الموارد المائية والري - الشكل العام للسياسة المائية في عام ٢٠١٧ - القاهرة - يناير ٢٠٠٠

٩. الخلاصة والنتائج

يعتبر اختلال التوازن بين معدلات ازدياد الموارد البشرية ومعدلات ازدياد الإنتاج الزراعي وما ترتب عليه من مشاكل الأمن الاقتصادي الغذائي والاجتماعي والسياسي هو أهم المؤشرات التي تعكس أهمية التنمية الزراعية بصفة عامة والأفقية بصفة خاصة. ونظراً لأن التنمية الاقتصادية الزراعية الرأسية رغم أهميتها في المدى القصير فإن لها حدود قصوى بعدها تحدث النتائج المترتبة على قانون تناقص الغلة مما يبرز أهمية التنمية الزراعية الأفقية في المدى الطويل. يؤيد ذلك أن متوسطات إنتاج الفدان من المحاصيل الزراعية كالأرز والقمح في جمهورية مصر العربية تعتبر من أعلى المتوسطات في العالم.

وعلى الرغم من هذا لا يزال الإنتاج الزراعي المصري دون مستوى إشباع الحاجات الإنسانية من الغذاء إذ لا تزال مصر تعاني من نقص كبير في إنتاجها من السلع الغذائية مثل الحبوب والبقول والزيوت النباتية والسكر نتيجة الزيادة المستمرة في أعداد السكان وعدم الاستقرار النسبي للمعروض من الغذاء. الأمر الذي ترتب عليه زيادة الاعتماد في توفير الغذاء على الخارج عن طريق استيراد ما يلزم لسد احتياجات السكان من السلع الغذائية والاستراتيجية وهو الأمر الذي أدى إلى حدوث عجز في الموازين العامة وبصفة خاصة ميزان المدفوعات الغذائي وبالتالي حدوث ضغوط تضخمية على المقتصد المصري بصفة عامة.

ويستهدف هذا البحث بصفة أساسية إلى: (١) دراسة المبررات الرئيسية للتنمية الزراعية الأفقية في جمهورية مصر العربية، (٢) قياس أثر المحددات الاقتصادية الرئيسية للتنمية الزراعية الأفقية في إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة وفي إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية المستصلحة الجديدة، (٣) دراسة معوقات التنمية الزراعية الأفقية المصرية، (٤) دراسة وتحديد استراتيجية تنمية الموارد المائية المصرية.

وقد أسفرت النتائج البحثية أن أهم المحددات الاقتصادية الرئيسية تأثيراً على إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة (المستصلحة) بجمهورية مصر العربية هي إجمالي القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية. إذ تبين أن هناك علاقة موجبة ومغزوية إحصائياً بين إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة والمستصلحة وبين إجمالي القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية. وقد بلغ معامل المرونة لهذا المتغير ٠,٧٥٠ . الأمر الذي يعني أن تغييراً مقداره ١٠% في إجمالي القدرة الميكانيكية الآلية الزراعية يؤدي إلى تغير مماثل في الاتجاه في إجمالي المعروض من الأراضي الزراعية القديمة والجديدة المستصلحة يبلغ حوالي ٧,٥%. وأمر هذا شأنه يعني أن وفقاً للنتائج البحثية أن (١) أنشطة استصلاح واستزراع الأراضي الجديدة وإنشاء مجتمعات عمرانية جديدة فيها ليست بالأنشطة السهلة وتحتاج إلى عمالة مدربة متخصصة، وفي نفس الوقت يصعب جلب عمال زراعيين من المناطق البعيدة في ظل المعوقات البيئية السائدة فيها والعجز الشديد في المرتفعات التعزيزية الأمر الذي يبرز أهمية الاعتماد على النظم الآلية الميكانيكية في الاستصلاح والاستزراع، (٢) مشكلة عدم كفاية مياه الري ومشكلة سوء الصرف الزراعي الأمر الذي يبرز ضرورة الاعتماد على نظام الري الآلي في الأراضي القديمة والجديدة المستصلحة مع توفير ماكينات الري بالقدر الكافي والإيجار المناسب، (٣) مشكلة النقل التي تتمثل في ارتفاع تكاليف النقل لبعدها عن مناطق الأراضي الجديدة المستصلحة عن الأسواق الأمر الذي يبرز أهمية الاعتماد على النظم الآلية الميكانيكية في تحقيق الاستخدام الأمثل للمساحات المستصلحة والمستزرعة ويساعد على حل مشاكل التوطين والاستقرار في الأراضي الجديدة في جمهورية مصر العربية.

أما فيما يتعلق بالسياسة الاستزراعية فقد تبين أن فلسفة الدولة خلال الفترة ١٩٥٢ - ١٩٧٠ كانت تتمثل في إدارة الأراضي للمستصلحة كمزارع حكومية تستخدم فيها وسائل الإنتاج الكبير وتطبق عليها الأساليب العلمية التكنولوجية الحديثة بهدف تحويلها إلى مجتمعات زراعية صناعية إلا أنه عند التطبيق ثبت

قصور الأجهزة الإدارية في القطاع العام والحكومي مما انعكس في انخفاض إنتاجية الرقعة المستزرعة بالإضافة إلى ترك مساحات كبيرة دون استزراع الأمر الذي أدى بالدولة ابتداء من العقد الأخير من القرن الماضي إلى التوسع في الاتجاه نحو بيع مساحات كبيرة من هذه الأراضي بالمزاد العلني وتوزيع مساحات أخرى على المنتفعين وشباب الخريجين.

ويكتنف أنشطة استصلاح واستزراع الأراضي مجموعة من المعوقات تؤدي إلى خفض معدلات إنجاز الخطط المستهدفة منها: (١) ضعف الكفاءة الإدارية والتخطيطية للأجهزة المسؤولة عن استصلاح الأراضي وعدم إخضاعها للمعايير الفنية والاقتصادية، و(٢) الافتقار إلى الترابط والتنسيق فيها بين أعمال البنية الأساسية وأعمال الاستصلاح مما يعوق الاستغلال الأمثل للمساحات المستصلحة، و(٣) نقص الموارد التمويلية يؤدي إلى ضعف معدلات الإنجاز في مرحلة الاستصلاح، و(٤) عدم كفاية المرتفعات الخاصة بالري والصرف، و(٥) غياب التنسيق بين الأجهزة المسؤولة والمشاركة في عمليات استصلاح الأراضي. الأمر الذي كان من شأنه ضعف معدلات الأداء في أعمال البنية الأساسية وبالتالي محدودية أنشطة استصلاح الأراضي، و(٦) أدت مشاكل التوطن والاستقرار في الأراضي الجديدة إلى عدم استقرار العمالة الزراعية بالمنطقة، و(٧) عدم توافر مستلزمات الإنتاج وقصور الأجهزة الائتمانية وانعزال بعض المناطق عن المراكز التسويقية، و(٨) تضخم تكاليف استصلاح الأراضي مما أدى إلى زيادة عبء الاستثمارات على الدولة إذ أن متوسط تكاليف استصلاح الفدان في عام ٢٠٠٦ يبلغ ٦ أضعاف ما كان عليه عام ١٩٨٦ وبالتالي أصبحت الاحتياجات الاستثمارية السنوية لأنشطة استصلاح الأراضي بما تتطوي عليه من تكاليف الاستصلاح الداخلي وأعمال البنية الأساسية غير جاذبة للقطاع الخاص.

كما تبين أنه لا جدوى من انتهاج سياسة استزراعية نقضي بتمليك أو تأجير الأراضي وهي مازالت في مرحلتها الاستزراعية أي تحت الحدية أو وهي مازالت

في المرحلة الحدية أي قبل أن تبلغ المرحلة فوق الحدية أي المرحلة المزرعية التي تربو فيها الدخول على التكاليف المزرعية. ليس هذا فحسب بل وقبل التأكد من أن الحيازات المزرعية المملكة للمنتفعين أو المبيعة لصغار المشتريين تغل دخولاً مزرعية صافية تكفي لتغطية إجمالي الأقساط السنوية المستحقة مع بقاء فائض منها يساوي على الأقل الدخل الفردي الحقيقي للقوة العاملة الزراعية بالرقعة القديمة المزروعة حالياً وذلك لإعالة الزارع وأفراد أسرته. وهذا يعني أنه من الخطأ توقف الهيئات الاستزراعية عن استكمال العمليات الاستزراعية لأن أراضي استزراعية هذا شأنها غالباً ما يطول بها الأمد وتظل فترة طويلة في المرحلة الاستزراعية أي تحت الحدية. كما أن الدخول المزرعية منها حتى لو بلغت المرحلة فوق الحدية غالباً ما تكون ضئيلة. وهذا أيضاً يعني أنه يحسن أن يراعى في نظام البيع والتملك والتأجير أن يكفي صافي الدخل المزرعي في المرحلة الحدية كافياً لتغطية إجمالي الأقساط السنوية المستحقة للهيئات الاستزراعية والتمويلية العامة والخاصة مع بقاء فائض يكفي لإعالة الزارع وأفراد عائلته على مستوى نعيم (معيشة) يعادل على الأقل نظيره الراهن بالرقعة المزروعة حالياً أي دون أن يكون في ذلك إرهاق للزارع حتى لا يعجزون عن سداد الأقساط المستحقة وحتى لا يندهور مستوى نعيمهم عن نظرائهم بالرقعة القديمة المزروعة حالياً أو عما كانوا عليه قبل حيازتهم لمثل هذه الأراضي بالتمليك أو بالتأجير.

ورغماً عن ذلك يمكن تمليك أو تأجير أو بيع هذه الأراضي قبل السنة التي يكفي فيها صافي الدخل لتغطية الأقساط السنوية وإعالة الزارع وأفراد أسرته بل وحتى خلال المرحلة الاستزراعية التي لا تغل فيها تلك الأرض دخولاً صافية حيث يربو فيها إجمالي التكاليف على إجمالي الدخول المزرعية. وفي حالة انتعاج مثل هذه السياسة فلا مناص من استمرار الهيئات الاستزراعية في مباشرة كامل توجيهها الفني والإداري للعمليات المزرعية بمستزراعات الأراضي المملكة أو المؤجرة لقاء ما تقدمه من قروض أو معونات أو ما تقرره من إعفاءات وذلك ضماناً لنجاح برامج التنمية الزراعية الأفقية في المرحلة الاستزراعية وضمناً لنجاح برامج

التنمية الزراعية الرأسية في المرحلة المزرعية حتى يمكن تقصير المرحلة الاستزراعية وتبكير موعد بلوغ إجمالي الدخل أقصى مداه في المرحلة المزرعية فتحقق بكل ذلك ما تهدف إليه السياسة الزراعية من ازدياد في الأنتجة والدخول القومية والفردية والشخصية ويرتفع المستوى الاجتماعي وهو ما لا يمكن تحقيقه بالجهود الفردية غير المتجانسة وغير المتناسقة للمنتفعين والمشتريين والمستأجرين نظراً لقصور طاقاتهم الاقتصادية والإدارية والاجتماعية وبدائية أجهزتهم وأساليبهم التكنولوجية.

ولما كان قطاع الزراعة يعتبر في الوقت الحالي أكثر القطاعات المستهلكة للمياه، كما أن هناك انحراف في الاستخدام الراهن للموارد المائية في الزراعة المصرية عن الاستخدام الكفء الذي يتحقق معه أقصى عائد للوحدة المائية المستهلكة، كما يؤدي الإسراف في استخدام المياه إلى عدم وجود فائض مائي يسمح بري مساحات جديدة من الأراضي الزراعية. يضاف إلى ذلك الإضرار بالمساحات المزروعة حالياً عن طريق رفع مستوى الماء الأرضي وظهور مشكلة تطييل وتمليح التربة. ولما كانت مياه الإرواء هي العنصر الاستراتيجي في الزراعة وأساس التوسع الزراعي الأفقي ونظراً لمحدوديتها فيجب ترشيد استخدامها والعمل على رفع كفاءة هذا الاستخدام من خلال وضع استراتيجية رشيدة لتوفير مياه الإرواء اللازمة لبرامج التوسع الأفقي في جمهورية مصر العربية. ولكي يتم التطوير الشامل والجذري لأساليب استخدام مياه الإرواء فلا بد من اتخاذ بعض الوسائل والسياسات التي تؤدي إلى تحقيق أهداف التنمية في محاورها المختلفة وذلك من خلال: (١) استراتيجية ترشيد استهلاك مياه الإرواء، (٢) استراتيجية تطوير وترشيد أساليب لإرواء، (٣) استراتيجية تنمية الموارد المائية.

١٠. التوصيات

في ضوء ما أسفرت عنه نتائج هذا البحث فإنه يمكن التوصية بما يلي بالنسبة لسياسة استصلاح الأراضي الصحراوية وغير الصحراوية:

- ١- أن عملية استصلاح الأراضي تعتمد أساساً كما أوضحت النتائج على توافر استثمارات وقروض ضخمة ولذلك يوصي بفتح الباب أمام الشركات الخاصة الكبيرة وتسهيل إجراءات حيازة الأراضي خاصة في الصحراء مع توفير حوافز مثل الإعفاء الضريبي والإيجار الرمزي.
- ٢- استمرار الحكومة في عمليات الاستصلاح بالتوازي مع القطاع الخاص وإذا استمرت سياسة توزيع قطع صغيرة فلا بد من إعادة النظر في نوعية الملاك بحيث تعطي الأولوية لخريجي الكليات والمعاهد الزراعية وبمساحات تحقق صافي دخل حقيقي يحقق مستوى معيشة لائق مع اشتراط إقامتهم واحترافهم للزراعة.
- ٣- عدم توزيع الأراضي قبل بلوغها المرحلة الحدية وبشرط استكمال البنية الأساسية والمرافق والخدمات اللازمة لاستقرار المستوطنين الجدد.
- ٤- تشجيع التعاونيات لاستصلاح الأراضي وتملكها مع وضع قوانين ثلاثم هذه التعاونيات بما لا يعوقها كما حدث في القرى القديمة.
- ٥- تنقية ميدان استصلاح الأراضي من المضاربين والتجار وعدم اللجوء إلى البيع بالمزاد العلني إلا عند الضرورة القصوى.
- ٦- إزالة المعوقات في الأراضي الجديدة وأهمها توفير المياه بالكميات المناسبة في الوقت المناسب وإعطاء الزراع قروض تسدد على آجال طويلة لشراء ماكينات رفع المياه أو إنشاء الآبار وتوفير الميكنة الزراعية اللازمة.
- ٧- تشجيع تنويع مصادر الدخل بالمناطق حديثة الاستيطان الأمر الذي يقضي على كثير من المشاكل مع الاهتمام بتوفير السلع والخدمات الاستهلاكية.
- ٨- تشجيع أساليب الري الحديثة لتوفير مياه الإرواء ومحاولة إنشاء شركات لإنتاج وبيع المعدات اللازمة بأسعار مناسبة يمكن أن تدعمها الدولة في البداية.
- ٩- تنفيذ استراتيجية مناسبة لتوفير الموارد المائية وترشيد استخدامها.

١١. المراجع

١. إبراهيم سليمان - إدارة نظم الزراعة الآلية - إدارة الفكر العربي - القاهرة.
٢. إحسان محمد عيسى - دراسة تحليلية للسياسة الإنتاجية الزراعية في بعض المناطق المستصلحة في ج.م.ع - رسالة ماجستير - كلية الزراعة - جامعة القاهرة - ١٩٨١.
٣. أحمد إسماعيل عبده وآخرون - الكفاءة التسويقية للمنتجين الزراعيين في الأراضي المستصلحة حالياً - المجلة المصرية للاقتصاد الزراعي - المجلد الثامن - العدد الثاني - ١٩٩٨.
٤. أحمد فاروق سعد الدين محمد - دراسة اقتصادية لإمكانيات التنمية للمشروعات الزراعية بمنطقة جنوب الوادي (مشروع توشكى) - ماجستير - قسم اقتصاد زراعي - كلية الزراعة - جامعة عين شمس - ٢٠٠٣.
٥. البنك الأهلي المصري - النشرة الاقتصادية - مجلد ٦٠ - العدد ١ - الطبعة الأولى ١٤٢٨ هـ / ٢٠٠٧ م.
٦. الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء - الكتاب الإحصائي السنوي - أعداد متفرقة - القاهرة.
٧. الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء - نشرة الري والموارد المائية - أعداد متفرقة - القاهرة.
٨. الجهاز المركزي للتعبئة العامة والإحصاء - النشرة السنوية للأراضي المستزرعة - أعداد متفرقة - القاهرة.
٩. السيد محمد السريتي - الأمن الغذائي والتنمية الاقتصادية - دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية - الإسكندرية - ٢٠٠٠.
١٠. حسني عبد الحميد محسن - تمويل التنمية الزراعية في جمهورية مصر العربية - الندوة القومية حول تمويل التنمية الزراعية في الدول العربية -

المنظمة العربية للتنمية الزراعية - جامعة الدول العربية - الأردن - ديسمبر ١٩٩٥ - ص ٣٠١.

١١. حسين عبد الوهاب إبراهيم وآخرون - مشاكل الخدمات التسويقية الراهنة والمتوقعة للحاصلات الزراعية في الأراضي الجديدة ودور الإرشاد الزراعي في التغلب عليها - المجالس الإقليمية المتخصصة - ١٩٩٧.

١٢. حمدي محمود موسي خضر - دراسة اقتصادية لكفاءة استخدام الموارد المائية في الزراعة المصرية - رسالة دكتوراه - قسم الاقتصاد الزراعي - كلية الزراعة - جامعة القاهرة - ٢٠٠٣.

١٣. سعد مسعد شحاتة - حماية الموارد المائية العذبة والتنمية الاقتصادية في مصر (دراسة اقتصادية قانونية) - رسالة دكتوراه - قسم الاقتصاد والقانون - معهد الدراسات والبحوث البيئية - جامعة عين شمس - ١٩٩٧.

١٤. غادة صالح حسن صالح - دراسة في اقتصاديات التنمية الزراعية بجمهورية مصر العربية - رسالة دكتوراه - قسم اقتصاد زراعي - كلية الزراعة - جامعة الإسكندرية - ٢٠٠٦.

١٥. فرج عبد العزيز عزت - مشاكل الإنتاج الزراعي والغذائي ونمط التركيب المحصولي الأمثل للزراعة المصرية - المؤتمر العلمي السنوي الثاني عشر للاقتصاديين المصريين - الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي للإحصاء والتشريع - القاهرة - نوفمبر ١٩٨٧.

١٦. كمال عبد الحميد الدالي - دراسة اقتصادية لاستصلاح الأراضي الصحراوية في جمهورية مصر العربية - رسالة ماجستير - قسم الاقتصاد الزراعي - كلية الزراعة - جامعة الأزهر - ١٩٩٦.

١٧. محمد عبد النبي نسوقي عثمان - التنمية الزراعية بالأراضي الجديدة بجمهورية مصر العربية - المجلة المصرية للاقتصاد الزراعي - المجلد العاشر - العدد الثاني - سبتمبر ٢٠٠٠.

١٨. محمد سامي الطباخ - دراسة اقتصادية تحليلية لمظاهر أسباب التلوث البيئي في مصر - رسالة ماجستير - قسم الاقتصاد الزراعي - كلية الزراعة - جامعة الإسكندرية - ٢٠٠٧.
١٩. محمد نصري بكري - تحليل اقتصادي مقارنة للمشكلات الاقتصادية والاجتماعية للأراضي المستصلحة الموزعة على الخريجين بمنطقتي مريوط وشمال التحرير - رسالة ماجستير - قسم الاقتصاد الزراعي - كلية الزراعة - جامعة الإسكندرية - ١٩٩٨.
٢٠. محمود عبد التواب عرفة - دراسة تحليلية اقتصادية لكفاءة استخدام الموارد المائية في الزراعة المصرية - رسالة ماجستير - قسم الاقتصاد الزراعي - كلية الزراعة - جامعة القاهرة - ٢٠٠٧.
٢١. مصطفى السيد عبد العزيز - دراسة المشاكل التسويقية للمنتجات والمدخلات الزراعية في الأراضي الجديدة - المؤتمر الدولي السابع عشر للإحصاء وعلوم الحاسب وتطبيقاته العلمية والاجتماعية - جامعة حلوان - ١٩٩٢.
٢٢. وزارة الزراعة واستصلاح الأراضي - الإدارة المركزية لحماية الأراضي - بيانات غير منشورة - أعداد متفرقة - القاهرة.
٢٣. وزارة الزراعة واستصلاح الأراضي - مركز البحوث الزراعية - سجلات الإدارة المركزية لمحطات البحوث والتجارب الزراعية - أعداد متفرقة - القاهرة.

24. Barlowe Raleigh, Land Resource Economics, Prentice - Hall, Inc. Engle Wood - Cliffs, N. J. August, 1961. P7.
25. General Authority for rehabilitation projects and Agricultural Development, Land Master Plan, Draft Final Report, Main Report, October, 1985.

Summary

The Main Economic Determinants of the Agricultural Horizontal Development in EAR

A number of factors emerged recently, which restrained economic, social, political, and food security. In the first place, the consumption needs of the rapidly growing population largely exceeded the production capacity of the basic strategic food commodities, due to the ever widening gap between the rate of population growth and the rate of increase in the amount of cultivated lands, coupled with the overall decline in agricultural productivity. Moreover, more than 20 thousand feddans of the best agricultural lands are lost annually due to urbanization and population growth.

The objectives of this investigation include studying: (1) the main economic determinants of supply of newly reclaimed and settled lands, (2) the main obstacles which hinder horizontal expansion of agricultural lands, (3) the minimum farm size to be distributed by the government to landless and jobless college graduates and other unemployed categories.

The data used for the statistical and economic analysis was secondary data from different government agencies, and primary data from those who bought or rented these new lands.

The major findings of the study are: (1) The area of the newly reclaimed lands has a strong downward trend, (2) The main determinant of the total supply of the old and new reclaimed lands is the available agricultural mechanical resources measured by thousands of mechanical horse. The results indicate that a 10% increase in the available agricultural mechanical resources, lead to a 7.5% increase in the total supply of the old and newly reclaimed lands, (3) The future of government strategy for land reclamation tends to depend more and more on the private sector. The role of the government will be restricted to initiation of infrastructure projects in the newly reclaimed lands.

The main obstacles facing programs of horizontal agricultural economic development in ARE include: (1) The lack of infrastructure, (2) The lack of trained agricultural labourers, (3) The shortage of water resources especially in the desert areas, (4) The lack of coordination between the plans of different government agencies carrying out reclamation projects, and (5) The ever rising costs of land reclamation per feddan.

It is highly recommended that the distribution of newly reclaimed land should not happen before it reaches the supper marginal stage. The distribution of sub marginal lands which does not yield net income is hard to maintain by such new settlers, who lack almost everything.

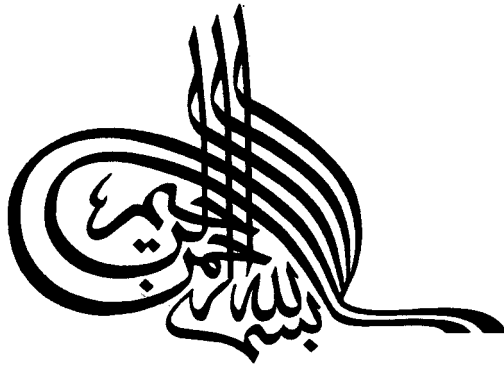
العمل الفكري فى أحكام قانون العمل

«دراسة مقارنة»

دكتور
أسامة أحمد بدر

أستاذ القانون المدنى المساعد

بكلية الحقوق - جامعة طنطا



مقدمة

١- موضوع البحث وأهميته :

يعد الاقتصاد الإبداعي^(١) سبباً ومسبباً في ذات الوقت للتقدم التقني والاجتماعي والثقافي في أية دولة من الدول^(٢).

وقوام الاقتصاد الإبداعي هو «العمل الفكري» « Le travail intellectuel » ، أو «العمل الأدبي» « Le travail de l'esprit » ، كشكل جديد للعمل يركز على الإبداع والابتكار ، ويقود إلى الإنتاج الفكري للعامل ، وليس على مادية أداء العامل لعمله الذي يؤدي إلى الإنتاج المادي ، هذا من

(١) قد يبدو للوهلة الأولى أن الجمع بين كلمتي «الاقتصاد» و «الإبداع» أمر غير مناسب ، إلا أن التدبر في واقع الاقتصاد العالمي الآن ينهئ عن حتمية هذا الجمع ، ذلك أن عوائد «الصناعات الإبداعية» على مستوى العالم تقدر بـ ٢.٢ تريليون دولار أمريكي عام ١٩٩٩م ، وتشكل ٧.٥٪ من إجمالي الناتج القومي العالمي .
راجع :

See: **HOWKINS (J.): The Creative Economy: How people make money from ideas. Allen Lane, LONDON 2001, N° 116.** □

(٢) ❖ في الولايات المتحدة الأمريكية - على سبيل المثال - ، تقدر مساهمة الصناعات الإبداعية بـ ٧.٧٥٪ من إجمالي الناتج المحلي في سنة ٢٠٠١م ، وبـ ٥.٩٪ من التوظيف القومي ، وبـ ٨٨,٩٧ بليون دولار من الصادرات .
راجع :

See: **MITCHELL (w.), INOUE (A.) and BLUMENTHAL (M.): Beyond productivity: Information technology, Innovation and Creativity, National Academies Press, Washington, DC., 2003, N°: 20.**

جانب^(١).

ومن جانب آخر، فمن بين العمال نجد «العامل المؤلف» «L'auteur» و «العامل المخترع» «L'inventeur salarié»، ولئن كان هذا الأخير يحظى بأهمية تشريعية تخاطبه بالإسم، سواء فى القانون المدنى^(٢) أو

(١) مما حدا بدول عديدة، كالمملكة المتحدة، وكندا، واستراليا، ونيوزيلندا، وتايوان، وكوريا، وهونج كونج، وسنغافورة، إلى وضع إستراتيجية تطوير الصناعات الإبداعية بوصفها جزءاً من إستراتيجية الابتكار القومى.

ويقرر جانب من الاقتصاديين فى هذا الصدد «أننا الآن فى اقتصاد إبداعى، حيث تتحول الأسهمالية من الداخلى من نظام أقدم يتمحور حول المشاركة، تجسده شركات كبيرة، إلى نظام يلعب الناس دوراً أكبر فى تسييره». و «حيث يكون للأفكار والمبتكرات الجديدة اليد العليا».

راجع : جون هارتلى، «الصناعات الإبداعية»، ترجمة : بدر السيد سليمان الرفاعى، إصدارات عالم المعرفة، الإصدار رقم (٣٣٩)، مايو سنة ٢٠٠٧م، الجزء الثانى، ص ١٦٨.

مع الإشارة إلى المراجع التالية :

- See : **FLORIDA (R.)**: The rise of the creative class, and How it's transforming work, Leisure, Community and Everyday life. Basic Books, New York 2002. N° 6.
- ; **LEADBEATER (C.)**: Living on thin air: The New Economy. Penguin, LONDON, 2000.
- ; **CAVES (R.)**: Creative industries: contracts between art and commerce, Harvard, University press, Cambridge, Mass, 2000.

(٢) راجع : نص المادة ٦٨٨ مدنى مصرى والتى تنص على أنه : «١- إذا وُفق العامل إلى اختراع جديد فى أثناء خدمة صاحب العمل، فلا يكون لهذا أى حق فى ذلك الاختراع ولو كان العامل قد استنبطه بمناسبة ما قام به من أعمال فى خدمة صاحب العمل».

قديماً فى قانون براءات الاختراع^(١) وحديثاً فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م^(٢)، إلا أن العامل المؤلف وإن كانت

٢- على أن ما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق صاحب العمل، إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده فى الابتداء، أو إذا كان صاحب العمل قد اشترط فى العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات.

٣- وإذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية، جاز للعامل فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة، ويراعى فى تقدير هذا المقابل مقدار المعونة التى قدمها صاحب العمل وما استخدم فى هذا السبيل من منشأته.

(١) وهو القانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩، وكان يحكم براءة الاختراع الخاصة بالعامل فى المواد من ٦ إلى ٩ (الوقائع المصرية، العدد ١١٣ الصادر فى ٢٥ من أغسطس من سنة ١٩٤٩)، وقد تم تعديل هذا القانون بقوانين متعاقبة، وصولاً إلى اللائحة الصادرة بقرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٣٦٦ لسنة ٢٠٠٣ (الجريدة الرسمية، العدد ٣٣ مكرراً فى ١٦ من أغسطس من سنة ٢٠٠٣)، ثم قرار وزير التعليم العالى والبحث العلمى رقم ٣٤٤ لسنة ٢٠٠٣ الخاص بتقدير أتعاب الخبراء ومصروفات الفحص للطلبات المقدمة للحصول على براءة اختراع (الوقائع المصرية، العدد ١٩٢ تابع فى ٢٥ من أغسطس من سنة ٢٠٠٣).

ومن الجدير بالذكر أن مصر قد انضمت إلى اتفاقية التعاون بشأن البراءات ويرمز لها بـ (PCT) أى: Patent Cooperation Treaty بالقرار الجمهورى رقم ٣٠٣ لسنة ٢٠٠٢ (الجريدة الرسمية، العدد ٣٤ تابع فى ٢١ من أغسطس سنة ٢٠٠٢، وبعد حين، صدر قرار وزير الخارجية رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٢ بنشر هذه الاتفاقية ولائحتها التنفيذية فى الجريدة الرسمية على أن يعمل بها اعتباراً من ٦ من سبتمبر سنة ٢٠٠٣.

(٢) نُشر فى الجريدة الرسمية، عدد ٢٢ مكرر بتاريخ ٢ من يونيو سنة ٢٠٠٢، وذلك فى المادتين رقمى ٧ و ٨ من الكتاب الأول من القانون المذكور، ولاسيما الباب الأول منه والخاص ببراءات الاختراع ونماذج المنفعة.

ونصت المادة رقم (٧) على أنه :

«إذا كلف شخص آخر الكشف عن اختراع معين، فجميع الحقوق المترتبة على هذا = =

الحماية القانونية لمؤلفاته ولابتكاراته الإبداعية تستهدفه إلا أنها تقصده أصلاً لا وصفاً.

٢. محاولة التوفيق بين مبادئ متباينة :

يعد الواقع العملي ناطق البيان في إثبات القصور في حماية العامل المؤلف قانوناً، لا لسبب سوى أنه موصوف بوصفين تتناقض مبادئهما القانونية تمام التناقض: فهو «عامل» بما يعنيه ذلك من تعهده بأن يعمل في خدمة صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه مقابل أجر يتعهد به هذا الأخير^(١)، وهو في ذات

= = = الاختراع تكون للأول، وكذلك لصاحب العمل جميع الحقوق المترتبة على الاختراعات التي يستحدثها العامل أو المستخدم أثناء قيام رابطة العمل أو الاستخدام، متى كان الاختراع في نطاق العقد أو رابطة العمل أو الاستخدام.

ويذكر اسم المخترع في البراءة، وله أجره على اختراعه في جميع الحالات، فإذا لم يتفق على هذا الأجر، كان له الحق في تعويض عادل عن كلفه الكشف عن الاختراع أو من صاحب العمل.

وفي غير الأحوال السابقة، وعندما يكون الاختراع ضمن نشاط المنشأة العامة أو الخاصة للملحق بها المخترع، يكون لصاحب العمل الخيار بين استغلال الاختراع، أو شراء البراءة مقابل تعويض عادل يدفعه للمخترع، على أن يتم الاختيار في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الإخطار بمنح البراءة.

وفي جميع الأحوال يبقى الاختراع منسوباً إلى المخترع».

وقررت المادة الثامنة من القانون المذكور بأن :

«الطلب المقدم من المخترع للحصول على براءة اختراع في خلال سنة من تاريخ تركه المنشأة الخاصة أو العامة، يعتبر كأنه قدم في خلال تنفيذ العقد أو قيام رابطة العمل أو الاستخدام، ويكون لكل من المخترع وصاحب العمل جميع الحقوق المنصوص عليها في المادة السابقة تبعاً للأحوال.

وتزداد المدة إلى ثلاث سنوات إذا أنشأ العامل أو التحق بمنشأة منافسة، وكان

الاختراع نتيجة مباشرة لنشاطه وخبرته السابقة بالمنشأة التي كان يعمل بها».

(١) راجع الفقرة (أ) من المادة رقم (١) الباب الأول من الكتاب الأول من قانون العمل المصري =

الوقت «مؤلف» بما توصل إليه من عمل مبتكر أدبي أو فني أو علمي يحمل بصمات طابعه الشخصي الإبداعي، وما ينبغي أن يفترضه ذلك من ممارسته لعمله بحرية كاملة دونما خضوع لرقابة أو إشراف من أحد^(١).

وتكمن حقيقة المشكلة في التساؤل عن كيفية التوفيق بين هاتين الطائفتين من المبادئ المتباينة بما يحقق مصالح كل من الطرفين صاحب العمل في جانب، والعامل المبتكر في جانب آخر^(٢)؟

= رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م (الجريدة الرسمية، العدد ١٤ (مكرر) في ٧/٤/٢٠٠٣م) والتي تحدد «العامل» بأنه: «كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه».

(١) راجع : البنود رقم (١) ، (٢) ، (٣) فقط من المادة رقم (١٣٨) من الكتاب الثالث (حقوق المؤلف والحقوق المجاورة) من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م (بإصدار قانون حماية حقوق الملكية الفكرية - الجريدة الرسمية، العدد (٢٢) مكرر في ٢/٦/٢٠٠٢م والتي تضمنت تحديد المعنى الخاص بالمصطلحات الآتية :

١- المصنف : كل عمل مبتكر أدبي أو فني أو علمي أياً كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه.

٢- الابتكار : الطابع الإبداعي الذي يسبغ الأصالة على المصنف.

٣- المؤلف : الشخص الذي يتكر المصنف إلخ

(٢) وهذا ما تم تأكيده عالمياً بأننا بصدد صراع أو تنازع بين المبادئ التي تحكم قانون العمل، وتلك التي تحكم قانون حماية حقوق الملكية الأدبية والفنية، وهنا تكمن صعوبة البحث في هذه المسألة :

«Le conflit entre les principes du droit du travail et ceux de la propriété intellectuelle».

**V. Réunion tripartite sur l'auteur et l'inventeur salariés ,
Genève 1987. p. 9.**

وعلى الصعيد العالمي عُقدَ في جنيف اجتماع دولي في الفترة من ٢٤
نوفمبر إلى ٢ ديسمبر من سنة ١٩٨٧م لبحث مسألة: «حماية العامل المؤلف،
والعامل المخترع»^(١).

وأظهرت نتائج هذا الاجتماع بأن الحماية القانونية الواجبة للعامل المؤلف
على مصنفه تظل بعيدة عما ينبغي أن تكون عليه، حيث لا يوجد شكل عالمي
يعالج الموقف العملي لهذا العامل المؤلف^(٢)، رغم ما يؤكد الإعلان العالمي
لحقوق الإنسان من أن لكل إنسان الحق في حماية حقوقه المعنوية والمادية الناتجة
عن كل إنتاج علمي أو أدبي أو فني مادام أنه يعد مؤلفاً له^(٣).

(١) راجع: إصدارات مكتب العمل الدولي في جنيف سنة ١٩٨٧.

V. Réunion tripartite sur l'auteur et l'inventeur salariés,
Genève 1987.

وكان محوراً لمناقشة موضوع:

« La protection de l'auteur et de l'inventeur salariés»

وجاء في مقدمة أعمال هذا الاجتماع: «أن العمال يمثلون اليوم جانباً متنامياً ومتزايداً
من مبدعي أو مبتكري المصنفات».

«Les salariés représentent aujourd'hui une part croissante
des créateurs d'oeuvres».

(٢) «A Ce Jour, aucune norme internationale du travail ou
autre ne traite cependant de la situation particulière
du créateur salarié».

V. LE cadre de la protection, chapitre I, p. 5, de la
Réunion tripartite sur l'auteur et l'inventeur
salariés, Genève, 1987.

(٣) «Chacun a droit à la protection des intérêts moraux
et matériels découlant de tout production = =

٣- محاولة ضبط مفردات المشكلة :

إن ظهور «العمل الفكرى» «Le travail intellectuel» كشكل جديد من العمل. وتزايد أهميته فى الوقت الراهن^(١)، لا ينبغى أن يظل دونما تحديد وضبط لأحكامه القانونية^(٢)، فالقواعد القانونية القائمة بالفعل لم توجد لتبقى أسيرة المدونات القانونية، فسنحاول أن نسبر أغوارها لتبين هل تنطق ببيان وتنظيم الأحكام الخاصة بالروابط القانونية للعمال المبدعين، أم أن الأمر فى حاجة إلى تنظيم قانونى جديد؟

= = scientifique, littéraire ou artistique don't il est l'auteur».

V. Article 27, paragraphe 2. Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels reprend les mêmes termes (art. 15, paragr. I, alinéa C).

Par: **La Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée en 1948.**

(١) وتفصيل أكثر عن صور وتصورات العمل المادى والعمل الفكرى فى فرنسا، بين الماضى والحاضر، راجع :

V. CALDERON RODRIGUEZ (E.): Images et concepts du travail manuel et du travail intellectuel en France au début du 20^e siècle, Th. dactyl, Paris 8, 1976, p. 193.

; WINOCK (M.): Le siècle des intellectuels, éd. du seuil, 1999.

(٢) راجع :

V. POLLAUD-DULIAN (F.): Propriétés intellectuelles et travail salarié, RTD com. 2000, p. 273.

ويشكل بحث موضوع «العمل الفكري» أهمية اقتصادية فائقة، ذلك أن «البحث العلمي» والتطور التقني في مجال «الاتصالات والشبكات» من الأسلحة التجارية الهامة في ظل اقتصاد العولمة^(١).

كما أن العمال المبتكرين أولئك الأفراد المتفردون، والذين على عبقريتهم، تقوم وتنهض الشركات العظيمة، من طريق تنويع أصناف منتجاتها في الأسواق، والاستثمار الأمثل لهذه المنتجات^(٢).

أما عن الأهمية القانونية :

فالواقع أن «عقد العمل الفكري» غير منظم قانوناً في قانون العمل سواء في مصر أو في فرنسا. نعم، ثمة تنظيم للعمل التابع للمأجور^(٣)، غير أن

(١) راجع :

V. RAY (J-E.): De Germinal à Internet: Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail Dr. soc. 1995, p. 634.

(٢) أنظر :

V. LANGLOIS (P.): La hiérarchie des salariés, in tendances du droit du travail contemporain, Etudes offertes à G.H. Camerlinck, Dalloz, 1978, p. 185.

(٣) حيث أن القضاء الفرنسي اعتمد معيار «علاقة التبعية» منذ مطلع القرن العشرين، وبالتحديد منذ قانون ١٣/٧/١٩٧٣ الخاص بعقد العمل لينظم بعض أحكامه، وأوجد مصطلح «عقد العمل»، «Contrat de travail»، ليحل محل مصطلح «إيجار الخدمات» «Louage de services»، في تقنين العمل الفرنسي راجع في هذا :

V. AUBERT- MONPEYSSEN (T.): Subordination juridique et relation de travail, CNRS, 1988, p. 18.

❖ = وهكذا، وُجِدَت «رابطة التبعية»، «Le lien de subordination»، كمعيار =

خصوصية هذا العمل الذهني أو الفكري والذي يتميز عماله بألمعية فذة وذكاء عملي، قد لا تستقيم النصوص القانونية التقليدية التي لا تقصدهم بالذات، مع وضعهم القانوني كمؤلفين، ومن ثم، وُجِدَ التردد، الذي دفع الفقهاء إلى ضرورة الرجوع إلى فروع قانونية أخرى كقانون حماية الملكية الفكرية لأجل تأمين نطاق كامل يحكم «العمل الفكري».

وحتى في ظل هذا القانون الأخير، لاحظنا أنه ينطبق على المؤلفين بصرف النظر عن صفاتهم أو مهنتهم أو وظائفهم الأخرى، ومن ثم، سيجد له مجالاً للتطبيق بحسبانه الشريعة العامة في مادة الملكية الفكرية، في حين أن ثمة تنظيماً قانونياً كاملاً للعمال المخترعين ولفنانى الأداء، أما العمال المؤلفين فلا تقصدهم النصوص القانونية في تقنين حماية حقوق الملكية الفكرية بالوصف، بل تنطبق عليهم بحسب الأصل دوناً مراعاة لخصوصية وضعهم القانوني كعمال تابعين يتقاضون أجوراً بسبب أدائهم لأعمالهم، وخضوعهم عندئذ لنطاق سلطة صاحب العمل في الإدارة.

ورابطة التبعية بين العامل وصاحب العمل هي المعيار الحاسم والمميز لوجود

= = = محدد للعمل التابع للأجور.

راجع في الفقه :

V. DURAND (P.): Traité de droit du travail, T. 2, Dalloz, 1950, n° 127

; BRUN (A.) et GALLAND (H.): Traité de droit du travail, T. I, Sirey, 1978, no 281.

; MAZEAUD (A.): Droit du travail, MONTCHRESTIEN, Coll. Domot, 2^e éd., 2000, p. 239.

عقد عمل^(١)، فوقاً لما استقرت عليه محكمة النقض المصرية يكون: «الناطق في تكييف عقد العمل، وتمييزه عن غيره من العقود، هو توافر عنصر التبعية التي تتمثل في خضوع العامل لصاحب العمل وإشرافه ورقابته»^(٢).

ويبدو فهم رابطة التبعية وفق تحديدها السابق بشكل جامد يتعارض

بالضرورة مع العمل الفكري، فكيف تستقيم الحرية مع التبعية؟!

ويقرر البعض وبحق، بأن العمال المبدعين بما يملكونه من ملكات ابتكارية يكون بالضرورة في استطاعتهم تنظيم أعمالهم على الوجه الأكمل، وينبغي ألا يكثرثوا بالإجراءات أو الملاحظات التي قد تحيط بأعمالهم، فهم لا يؤدون شيئاً مصطنعاً تحت ضغط، بل يلتزمون بتحقيق نتيجة، وهذا يقتضى حرمتهم بحساباتها

(١) راجع: في شرح هذه الرابطة والمقصود بها وتطبيقاتها د/محسن عبد الحميد اليه، قانون العمل المصري، وفقاً للقانون رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ٢٠٠٤/٢٠٠٥م، من فقرة رقم (٥) إلى رقم (١١)، ص ١٤ وما بعدها. و د/همام محمد محمود زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردي، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧م، من ص ٣٩ إلى ص ٤٩.

(٢) أنظر: نقض مدني ١٩٧٢/٢/٢٣، طعن رقم ٣٨ لسنة ٣٣ ق ومشار إليه لدى د/محسن اليه، المرجع السابق، هامش (١) من ص ١٤.

♦ وعن تطورات رابطة التبعية في الفقه الفرنسي، راجع:

V. BREDON (G.): L'évolution de la notion de subordination comme critère du contrat de travail, th dactyl. Paris 2, 1998.

; GROUDEL (H.): Le critère du contrat de travail, in tendances du droit du travail Français contemporain, Etudes offertes à G.H Comerlinck, Dalloz, 1978, p. 49.

المكافأة التي ينبغي أن تختزل وتستقطب كل أنماط التبعية^(١).
وأحياناً، اعتمدت محكمة النقض الفرنسية معيار: الانضمام إلى مرفق
منظم لاسيما بالنسبة للعمال المبتكرين^(٢)، غير أن جانباً آخر من أحكامها أظهر
معيار: التبعية القانونية^(٣)، ورغم تردد أحكام القضاء الفرنسي ما بين المعيارين،

(١) راجع في هذا الرأي المتفرد :

V. RAY (J.E.): Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, Dr. Soc. 1992, p. 525.

(٢) «au sein d'un service organisé par autrui».

واستحسن بعض الفقه هذا التصور من قبل محكمة النقض، وبتقرير أن هذه الصياغة لم
تعد بحسب الأصل إلا لفائدة العمال المبتكرين ومراعاة لخصوصيتهم.

V. Cass. Ass. Plén, 18-6-1976 Bull. Civ. I, p. 13, Jurisp. P. 173.

; Cass. Soc. 9-12-1970, Bull. Civ. V, p. 576.

; Cass. Soc. 13-10-1971, Bull. Civ. V. p. 475.

ولعله كان الثابت آنذاك أن هذا المعيار هو المعتمد من قبل محكمة النقض في دائرتها
الاجتماعية بمناسبة تطبيقها لقانون الضمان الاجتماعي على العمال.

(٣) راجع :

V. Cass. Soc. 15-11-1990, RJS 1/91 n° 81, p. 46.

; Cass. Soc. 13-11-1986, D. 1986, I.R. n° 442.

; Cass. Soc. 6-11-1985, Bull. civ., v. p. 373.

وعلق جانب من الفقه على هذه الأحكام بأن حالة التبعية القانونية تعد حقيقة رغما عن
ظهورها الغامض.

راجع في هذا المعنى :

V. En ce sens: FIESCHI-VIVET (P.): Les éléments constitutifs du contrat de travail, RJS 7/91, p. 417. =

جاء قضاء النقض الفرنسي فى حكم ١٣ نوفمبر سنة ١٩٩٦ وجمع بين المعيارين، ليوحد بينهما، فى إشارة إلى أن العمل فى مرفق منظم يحمل دلالة على وجود رابطة التبعية^(١).

وفى تطور لاحق عمد القضاء الفرنسى فى تفسيره لرابطة التبعية إلى سبر أغوار الفكرة من طريق محاولة تحديد رؤية حديثة لصفة صاحب العمل، من زاوية أنه يمثل سلطة اقتصادية، لأنه الشخص الذى يملك المشروع وأدواته، ومن ثم يتحمل بمفرده عبء المخاطر الاقتصادية التى قد تلحق بمنشأته، وفضلاً عن ذلك فإن نجاح هذا المشروع مرهون بمراعاة البعد الإنسانى لعماله، وبما يحقق مصالحهم فى إطار مصلحة العمل أى أن سلطته فى الإدارة والإشراف والرقابة مجرد وسيلة لتحقيق غرض وظيفى^(٢).

= ; PRADELLE (L.): Qu'est-ce qu' un salarié? RPDS 1997, n° 623, p. 83.

(١) راجع فى هذا القضاء البام :

V. Cass. Soc. 13-11-1996, «Sté générale c/ URSSAF de Haute Garonne», Bull. Civ., V. n° 386.

; DRAI (L.): Le droit du travail intellectuel, thèse, Lille 2, L.G.D.J., 2005.

(٢) وتطبيقاً لذلك، فإن الموسيقى الذى حصل على وكالة مكتوبة من الموسيقيين مجتمعين لأجل أن يتعاقد بإسمهم مع منظمى الحفلات والعروض، وأن يتقاضى كل منهم مبلغ (كذا)، فما كان من أحدهم إلا أن طالب بمبلغ (أكبر) عن الحفلة الواحدة. غير أن الموسيقىار استبدله بغيره بشكل مؤقت. فطالب الموسيقى بالتعويض عن الأضرار التى أصابته بسبب الفصل التعسفى، فما كان من قضاة الموضوع إلا أن أقروا له بالحق فى ذلك.

وفى قضاء النقض: رؤى بأن قضاة محكمة الموضوع لا يمكنهم أن يحكموا بدون بحث

= =

مسألة وجود عقد عمل بين الموسيقى والموسيقار من علمه.

== وقررت محكمة النقض بأن الموسيقار قد تدخل فى عمل الموسيقى دون وجه حق بمقتضى ما له من سلطة الإدارة عليه والرقابة.

وينبغى بحث مسألة ما إذا كان هذا الموسيقار قد أعطى أوامراً أو توجيهات للموسيقى =
والتي كان يجب عليه إطاعتها.

= ومن ثم ، فإن قضاء النقض قد رفض الوسيلة التي لجأ إليها قضاة الموضوع ، وثبت لدى =
النقض وجود رابطة من التبعية ، واستخدم القضاء هنا مصطلح «dépendance» ولم
يستخدم مصطلح «subordination».

وفى تقديرى : أن مصطلح dépendance يعنى الفعل الذى بمقتضاه يعتمد شخص
على شخص آخر أو شئ ما.

«Fait pour un personne de dépendre de qqn ou de qqch.

أو حالة كون شخص فى تبعية لآخر

Etre dans sous la dépendance de qqn.

أما مصطلح «subordination» الذى لم تستخدمه المحكمة ، فيعنى إبراز فكرة السلطة ..

Fait d'être soumis à une autorité

Or : qui est soumis à une autorité.

حاصل القول : أن رابطة التبعية لا تعنى الخضوع للسلطة ، مجرد الخضوع ، بل يعنى الاعتماد

على وظيفة هذه السلطة ، وبما يحقق النفع فى ضوء مراعاة مصلحة العامل ومصلحة العمل.

وهنا ، فى هذا القضاء ، أُقرَّ بوجود رابطة التبعية بين الموسيقى والموسيقار ليس لوجود سلطة

للثانى على الأول ، بل مجرد أن الأول يعتمد فى عمله على الثانى ، أى وفقاً لما يقرره له.

راجع القاموس الفرنسى :

V. LE ROBERT pour tous: imprimé en France, en mai

1995, «pour subordination» v. p. 1066.

Et pour «Dépendance» v. p. 302.

V. Cass. Soc. 7-6-1979, Bull. Civ. V. n° 490.

الفصل الأول الحق المالى للعامل المؤلف

المبحث الأول : أصل نشأة الحق المالى.

المطلب الأول : ملكية المؤلف لمصنفه.

المطلب الثانى : الاستثناءان التشريعيان من مبدأ ملكية المؤلف لمصنفه.

المبحث الثانى : مصير الحق المالى للعامل المؤلف.

المطلب الأول : نقل العامل المؤلف لحقه المالى على مصنفه إلى صاحب

عمله.

المطلب الثانى : حق العامل المبتكر فى مقابل مالى لقاء تنازله عن حقه

المالى على مصنفه.

الفصل الثانى

الحقوق الأدبية للعامل المؤلف

المبحث الأول : الحقوق الأدبية للعامل المؤلف بين الإطلاق والتقييد.

المطلب الأول : عدم قابلية الحقوق الأدبية للتصرف فيها.

المطلب الثانى : محاولات تخفيف أو تقييد مبدأ عدم قابلية الحقوق الأدبية

للتصرف فيها.

المبحث الثانى : الأثر المتبادل بين الحقوق الأدبية للعامل المؤلف وسلطة

صاحب العمل فى الإدارة.

المطلب الأول : العلاقة بين الحقوق الأدبية للعامل المؤلف وسلطة صاحب

العمل فى الإدارة.

المطلب الثانى : التعسف من قبل العامل المؤلف فى ممارسة حقوقه الأدبية.

الفصل الأول

الحق المالى للعامل المؤلف

د. تعديد وتقسيم :

رغم اليقين القانونى بثبوت الحق المالى للمؤلف على مصنفه على وجه الاستثاء، إلا أن جانباً من الفقه قد استند على بعض تطبيقات القضاء ليؤكد نسبة هذا الحق إلى صاحب العمل، بسبب وجود «عقد» بينه وبين العامل المؤلف. وما بين «المنطق الشخصى لقانون الملكية الفكرية، والمنطق الاقتصادى لقانون العمل»، سنبهن - إن شاء الله - على أصل نشأة الحق المالى للعامل المؤلف دون سواه مع مناقشة آراء الفقه، والتدبر فى تطبيقات القضاء، فضلاً عن تحليل الاستثناءات التشريعية من مبدأ ملكية المؤلف لمصنفه ومبررات هذه الاستثناءات.

ويحق لنا عندئذ، الاستفسار عن مصير الحق المالى للعامل المؤلف، وكيف خول له القانون مكنة الاستثاء به وإمكانية التصرف فيه، وهل يحصل فى الواقع العملى على مقابل مالى لقاء تنازله عن حقه المالى على مصنفه إلى صاحب عمله؟

٦- وعلى هدى من ذلك تقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى :-

المبحث الأول : أصل نشأة الحق المالى.

المبحث الثانى : مصير الحق المالى للعامل المؤلف.

المبحث الأول أصل نشأة الحق المالى

٧- تعيين الحق المالى :

إن ثمة تبايناً متناقضاً بالنسبة للعامل المؤلف بين إقرار قانون حماية الملكية الفكرية بالحق المالى لهذا المؤلف بصرف النظر عن كونه عاملاً من عدمه ، وبين تفعيل تمتعه بهذا الحق فى الواقع العملى الذى يصطدم برابطة عقد العمل^(١) . مما يشير التساؤل عن تحديد هذا الحق المالى ما بين العامل المؤلف وصاحب عمله^(٢) ؟ ولمن تثبت ملكية المصنف ، للعامل المبتكر au salarié créateur أم لصاحب العمل المستثمر لأمواله au à l'employeur investisseur^(٣) ؟

(١) راجع :

V. CUVILLIER (R.): «Salarariat et droit d'auteur» Le droit d'auteur (Genève, OMPI), avril 1979, et Limperg, th.: Les droits des employés en leur qualité d'auteurs, ibid., sept. 1980.

(٢) وكما تساءل جانب من الفقه :

«Les droits patrimoniaux sur une création de salarié naissent – ils sur la tête du créateur ou sur celle de l'employeur?».

V. DRAI (L.): Le droit du travail intellectuel, thèse, précité, n° 333, p. 147.

(٣) راجع :

V. LALIGANT (O.): La divulgation des oeuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif Français, thès, paris, L.G.D.J. 1983.

DFRIEUX (E.): œuvre de commande, Liberté de création et droit moral d'auteur, R.I.D.A. 1987, p. 199.

٨- وسوف تقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :-

المطلب الأول : مبدأ ملكية المؤلف لمصنفه «ملكية معنوية».

المطلب الثانى : الاستثناءان التشريعيان من مبدأ ملكية المؤلف لمصنفه.

المطلب الأول

مبدأ ملكية المؤلف لمصنفه

[ملكية معنوية]

٩- قررت المادة رقم (1-111.L) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى بوضوح تام

أن مؤلف المصنف الأدبى يتمتع بحق ملكية معنوية propriété

incorporelle مانع وحصرى على مصنفه ، ويمكنه الاحتجاج بهذا الحق

فى مواجهة الكافة.

ولهذا الحق مظهران : مظهر أدبى ، ومظهر مادى^(١).

١٠- وسوف نعرض لأراء الفقه ، ثم لتطبيقات القضاء فى صدد مبدأ ملكية العامل

(١) ❖ راجع : نص المادة (1-111.L) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى كما يلى :

«L'auteur d'une oeuvre de l'esprit jouit sur cette oeuvre du sel fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. Ce droit comporte des attributs d'ordre intellectuel et moral, ainsi que des attributs d'ordre patrimonial....».

❖ وبالمقارنة مع قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى وهو القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م. نلاحظ خلوه من نص قانونى مباشر يقر بهذه الملكية المعنوية التى تثبت للمؤلف على مصنفه. غير أنه يفهم من مجموع نصوصه ثبوت هذه الملكية المعنوية للمؤلف وحده دون سواه ، فالمادة رقم ١٤٧ تخوله حقاً استثنائياً ولا تذكر المصنف إلا مقروناً بلام الملكية التى تثبت بالضرورة للمؤلف وتعود عليه بحيث يقال : «يتمتع المؤلف (.....) بحق استثنائى فى الترخيص أو المنع لأى استغلال لمصنفه إلخ...» نص المادة ١٤٧ ملكية فكرية مصرى.

المؤلف لمصنفه ملكية معنوية على النحو التالي:-
الفرع الأول : موقف الفقه من مبدأ ملكية المؤلف لمصنفه فى ضوء قانون
العمل.

الفرع الثانى : ملكية المؤلف لمصنفه فى تطبيقات القضاء.

الفرع الأول

موقف الفقه من مبدأ ملكية المؤلف لمصنفه

فى ضوء قانون العمل

١١- لا يتوافق بداية المبدأ الذى قرره المادة رقم 1-111.L من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى مع «المنطق الاقتصادى لعقد العمل» « La logique économique du contrat de travail » والذى بمقتضاه يكون صاحب العمل مالكا لثمار أنشطة عماله مقابل حصولهم على الأجر المثلث فى عقد العمل كأثر طبيعى لأمواله المستثمرة فى مؤسسته الصناعية.
وأعتقد أن إبداع العامل فى ظل أموال صاحب عمله المستثمرة، لا ينبغى أن يتمثل وفعلى الإنتاج الصناعى العادى^(١) هذا من جانب.
ومن جانب آخر، فإن ملكية صاحب العمل للمنتج المصنوع، لا يجب بالضرورة أن يستتبع ملكيته لمحتوى الإبداع الفكرى لعماله كأثر لسلطان استقلال الأسباب^(٢).

(١) قريب من هذا المعنى راجع:

V. GAUDRAT (P.): «Le point de vue d'un auteur sur la titularité, in varii auctores, le droit d'auteur aujourd'hui, CNRS, 1991, pp. 127 ss.

(٢) ولاسيما وأن الفكر الاقتصادى المنطور الآن ينطلق من فكرة البروة التى تركز إلى ملكية =

وبسبب المنطق الاقتصادي الذى يقف بالمسألة عند فكرة حصول العامل على أجره لقاء عمله ، ومن ثم يكون من حق صاحب العمل التمتع بحقوق مالية على ما ابتكره عماله ، لأن ثمة تنازلاً تلقائياً منهم عن هذه الحقوق لمجرد وجود عقد عمل أكدت محكمة السين المدنية هذا المنطق وأثاره^(١).

وعلق البعض على هذا القضاء ، معتبراً أنه وفقاً لعقد العمل يكون ثمة تنازل كلى وتام عن الحقوق المالية لأعمال المبدعين لمصلحة صاحب العمل ، وأن نطاق هذا التنازل يمتد إلى كل نماذج الاستغلال التى يرتضيها صاحب العمل وليس للعامل إلا حصوله على أجره^(٢).

= = الأصول الملموسة (مصنع ، معدة ، مخزون إلخ..) إلى إنتاج له مصادره الخارجية ، وتحقيق الثروة من خلال الفوز بأصول غير ملموسة أبرزها الأفكار والعلامات التجارية وحقوق النشر والبراءات والموهبة والخبرة (وفوق ذلك كله فى تقديرى تهيمن فكرة الإبداع الفكرى).

راجع :

See: RIFKIN (J.): The age of access: How the shift from ownership to access is transforming economic life, penguin, LONDON, 2000, 138.

(١) راجع :

V. Trib. Civ. Seine, 28-6-1954, JCP 1955, éd. G., 11, 8692, obs. PLAISANT.

وكان نص الحكم :

«du fait du contrat de louage de service [...] les droits patrimoniaux afférents à ces oeuvres sont acquis à l'employeur».

(٢) أنظر تعليق الأستاذ PLAISANT على هذا القضاء ، المرجع السابق ، ويلاحظ أن هذا القضاء والتعليق عليه كان قبل صدور قانون ١١ مارس لسنة ١٩٥٧ الخاص بحماية حقوق =

١٢. ثم جاء قضاء محكمة استئناف باريس ليؤكد ذلك مقررًا بأن العامل المؤلف يُعد مفترضاً في حقه التنازل عن حقوقه المالية فيما يتعلق باستغلال مصنفه لمصلحة صاحب عمله لمجرد وجود عقد عمل بينه وبين هذا الأخير^(١). وقضى كذلك بأنه «من الثابت أن عقد العمل يعنى موافقة العامل المبتكر على تنازله عن حقوقه المالية كمؤلف لمصلحة صاحب عمله»^(٢).
وذهب جانب من الفقه إلى تأييد هذا القضاء مقررًا أن المنح التلقائي La dévolution automatique للحقوق المالية على المصنف الذي ابتكره العامل لمصلحة صاحب عمله يبدو منطقياً بالأخذ في الحسبان طبيعة رابطة

= الملكية الأدبية والفنية الفرنسية، والذي نص في مادته الأولى على مبدأ الملكية المعنوية للمؤلف على مصنفه، وتلك المادة التي أصبحت فيما بعد تحمل رقم L.111-1 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسية الحالي، إلا أنه لا يستتج من هذا العرض أن القضاء السابق والتعليق عليه أصبح مهجوراً، فما زال بعض الفقه والقضاء يسمح بوجود تنازل تلقائي يستفاد من مجرد وجود عقد عمل ويراجع في هذا :
 قضاء محكمة استئناف باريس بتاريخ ١٩٧٤/٣/٢٠.

(١) راجع :

V. CA paris 20-3-1974, JCP, 1975, éd. G. IV, p. 43.

وعبارات هذا القضاء هي :

«L'auteur lié par un contrat de louage de service est présumé avoir cédé par l'effet de son contrat les droits patrimoniaux sur l'exploitation de son oeuvre».

(٢) «Il est constant que: le contrat de travail consenti à un créateur salarié entraîne la cession des droits patrimoniaux d'auteur à son employeur».

V. CA paris 5-10-1989, juris-data n° 25280.

العقدية ذاتها مع صاحب عمله (١).

ويقرر البعض في ذات الاتجاه بأن عقد العمل سيكون بلا سبب إذا لم يتمكن صاحب العمل من الاستفادة المالية لحاجات مؤسسته من المصنفات التي يتكرها عماله لقاء ما يحصلون عليه من أجر مثبت في عقد العمل (٢).

وتأييداً لمنطق هذا الرأي يقرر البعض بأنه بمثابة المبدأ أن تكون ثمرة العمل لمصلحة صاحب العمل لقاء الأجر الذي يدفعه للعامل وإلا غدا عقد العمل باطلاً لانعدام السبب «Nul faute de cause» (٣).

(١) راجع :

V. BERTRAND (A.): Le droit d'auteur et les droits voisins, Dalloz, 2^e éd. 1999, p. 325.

وفي نفس الاتجاه راجع كذلك :

V. CATALA (P.): La propriété de l'information, in Mélanges offerts à Raynaud (P.), Dalloz, 1985, pp. 106 ss.

(٢) راجع :

V. GREFFE (P. et F.): Traité des dessins et modèles, Litec, 6^e éd, 2000, p. 294, qui disait:

«Le contrat de travail serait sans cause si l'employeur ne pouvait disposer pour les besoins de son entreprise des oeuvres de ses salariés».

(٣) راجع :

V. PLAISANT (R.): Le droit des auteurs, artistes-interprètes et exécutants, Delmas, 1970, n° 85 ss.

; Obs. Sous cass. Crim. 11-4-1975, JCP 1976, éd. G., 11, 18348 qui disait: «Il est de principe que le fruit du travail du salarié appartient à l'employeur en contrepartie du salaire; à défaut le contrat serait nul faute de cause».

١٢- تقييم الاتجاه الفقهي المؤيد لأحقية صاحب العمل في الحصول على الحقوق المالية على المصنف الذي يبتكره أحد عماله:

أعتقد أن منطق هذا الاتجاه يتوافق كلية مع نظام نسخ المصنفات المعمول به في الدول الأنجلوسكسونية والذي يجعل الأولوية للناسر أو المنتج أو صاحب العمل وليس المؤلف، وفق منطق اقتصادي بحث لا يأخذ في الحسبان البصمة الشخصية للمؤلف، وصلته الروحية بمصنفه^(١).

ومن المستقر عليه قانوناً أن يتم تحديد جنس العمل المتفق عليه ويترتب على عدم هذا التحديد البطلان المطلق لعقد العمل^(٢) ويبدأ العامل في أدائه للعمل بنفسه^(٣) بعناية تتوافق مع درجة العناية المطلوبة لتنفيذ الالتزام بعمل^(٤)،

(١) وفي نفس المعنى راجع :

V. DRAI (L.): Le droit du travail intellectuel, thésé, précité, n° 349, p. 153.

وكذلك، الدراسة المقارنة بين الاتجاهين اللاتيني والأنجلوسكسوني الصادرة عن منظمة العمل الدولية في بحث مشكلة «حماية العامل المؤلف والعامل المخترع»:

V. L'étude comparative publiée par l'Organisation Internationale du travail: La protection de l'auteur et de l'inventeur salarié OIT, 1987.

(٢) ويكفي مجرد تحديد جنس العمل ولو لم يحدد نوعه (راجع المادة رقم ٦٨٢ مدني مصري في فقرتها الأولى والثانية).

(٣) راجع : «يجب على العامل: (أ) أن يؤدي العمل بنفسه، وأن يبذل في تأديته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد. (ب) ... إلخ ... (ج) ... إلخ ... (د) ... إلخ ...» م ٦٨٥ مدني مصري.

وكذلك المادة ٥٦ من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، حيث جاء في فقرتها رقم (أ) أنه يجب على العامل: (أ) أن يؤدي بنفسه الواجبات المنوطة به بدقة وأمانة، وذلك وفقاً لما هو محدد بالقانون ولوائح العمل وعقود العمل الفردية والجماعية، وأن ينجزها في الوقت المحدد، وأن يبذل فيها عناية الشخص المعتاد.

(٤) «في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشئ أو أن يقوم بإدارته =

ومقتضى ذلك كما يقرر جانب من الفقه - وبحق - أن على العامل أن يبذل فى تادية عمله من العناية ما يبذله العامل العادى كماً وكيفاً من نفس درجته وكفاءته وخبرته، بحيث لا يطلب منه أن يكون أشد حرصاً كما لا يقبل منه أن يهبط دون المستوى المعتاد^(١).

والعامل المبتكر ليس كالعامل العادى، ولا جرم أنه أدى عمله بنفسه وبالعناية المطلوبة غير أن ملكاته الإبداعية قد حققت مصنفاً مبدعاً، فكيف لا يكون مالكاً ملكية معنوية لمصنفه، ومن ثم تثبت له - وفقاً لمبادئ قانون حق المؤلف - كل الحقوق على هذا المصنف؟ وإذا كان هذا المصنف قد أثر فى المنتج الذى يصدر عن المؤسسة التى يعمل فيها بحيث زادت جودته، أو زاد خط إنتاجه، لا لسبب سوى هذا المضمون الإبداعى الذى كان بمثابة قيمة مضافة إلى هذا المنتج، فعلى أى أساس يتملك صاحب عمله هذا المضمون الإبداعى ويباشر حقوق المؤلف عليه ولاسيما الحقوق المالية، دوئماً أدنى اعتبار لحقوق هذا العامل المؤلف، الذى أدى عمله كغيره من العمال، وبمستوى العناية المعتادة لقاء الأجر الذى يتقاضاه من صاحب عمله، أما الإضافة الإبداعية لمضمون مصنفه، فهى ملك له دون سواه^(٢).

= أو أن يتوخى الحيلة فى تنفيذ التزامه، فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل فى تنفيذ من العناية كل ما يبذله الشخص العادى، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك» م ٢١١ مدنى مصرى.

(١) راجع: د/همام محمد محمود زهران، قانون العمل، عقد العمل الفردى، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧م، ص ٣٤٢.

ود/محسن عبد الحميد البيه، قانون العمل المصرى، وفقاً للقانون رقم (١٢) لسنة ٢٠٠٣، الناشر، مكتبة الجلاء الجديدة - المنصورة، ٢٠٠٤/٢٠٠٥، ص ٢٢٨ وما بعدها.

(٢) راجع: =

وحتى لو كان التزام العامل بأداء العمل بنفسه التزاماً بتحقيق نتيجة، فلن يقود هذا إلى نقل ملكية مصنفه إلى صاحب عمله^(١)، لأن النتيجة قد تحققت بأدائه لعمله وحصول صاحب العمل على المنتج بطريقة عادية، وشأنه في ذلك كشأن أى عامل آخر، أما القيمة الإبداعية المضافة إلى المنتج، فلم تكن محلاً للتعاقد بصددتها وتثبت للعامل حقوق المؤلف عليها دون صاحب عمله، ولا يستقيم قانوناً القول بالتنازل التلقائي لحقوقه المالية كمؤلف لمصلحة صاحب عمله، فهذا بمثابة اختلاق لمسألة خارجة عن نطاق عقد العمل، ولا يمكن بأى حال من الأحوال استنتاج وجودها من مجرد وجود عقد العمل، هذا من جانب. ومن جانب آخر، فالادعاء بأن عقد العمل يصبح بلا سبب مما يؤدي إلى بطلانه إذا لم يحصل صاحب العمل على الحقوق المالية التي تثبت للعامل الذي يعمل لديه على مصنفه، فهو قول غير مبرر ذلك أن السبب يكمن في عقد العمل نفسه.

= = V. POLLAUD-DULLIAN (F.): Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés, JCP, 1999, éd. G. 1, p. 150.

; SIRINELLI (P.): note sous cass. Civ. 1^{re}, 16-12-1992, RIDA, avril 1993, jurisp. P. 197.

(١) في نفس المعنى راجع:

V. En ce sens: Lucas (A.): Les droits d'auteur sur les créations salariées, op. cit., p. 44.

. Lucas (A. et H.-J.): traité de la propriété littéraire et artistique, Lietc 2^e éd. 2001, p. 150.

الفرع الثانى

ملكية المؤلف لمصنفه فى

تطبيقات القضاء

١٤ - تقسيم :

سوف نعرض لاتجاه القضاء نحو إقرار مبدأ ملكية العامل المؤلف لمصنفه ، ورفضه لتطبيق هذا المبدأ وبقما يكون هذا العامل موظفاً فى إحدى إدارات الدولة ، أو فى مراقفها العامة وذلك على النحو التالى :

أولاً : اتجاه القضاء إلى إقرار مبدأ ملكية العامل المؤلف لمصنفه.

ثانياً : مناقشة اتجاه القضاء الرافض لحقوق العامل الموظف وبقما يكون مؤلفاً.

أولاً

اتجاه القضاء إلى إقرار مبدأ ملكية العامل المؤلف لمصنفه

١٥- بدأ القضاء الفرنسى رويداً رويداً يميل إلى إقرار ملكية العامل المؤلف لمصنفه.

فبمناسبة النزاع بين مؤلف لقطعة موسيقية «Opus» من إجمالى مصنف ، قررت محكمة النقض الفرنسية بأن المؤلف يعد مالكاً ملكية معنوية للقطعة الموسيقية التى أبداعها ، وأن وجود عقد عمل بينه وبين الطرف الآخر لا أثر له فيما يتعلق بملكيتة للحقوق المالية بوصفه مؤلفاً.

وأن عقد العمل ينبغى أن يحدد فيه بدقة مدى ونطاق تنازله عن حقه المالى لمصلحة صاحب عمله ، وأن يتقاضى أجراً مناسباً لقاء هذا التنازل ، أما الادعاء بأى اتفاق آخر بينهما بمناسبة حقوقه المالية على مصنفه فلا يمكن أن ينتج إلا من

اتفاق مثبت كتابة بينهما^(١).

غير أن قضاء النقض الجنائي السابق كان بمناسبة الابتكارات العملية في نطاق الصناعات، والتي كان يحكمها قانون ١٢ من مارس لسنة ١٩٥٢، هذا القانون الذي طرحت قراءة نصوصه تساؤلاً حول نطاق تطبيق هذه النصوص؟ وهل يشمل كل الابتكارات في كافة المجالات أم هو قاصر على مجال الصناعات فقط^(٢)؟

ورغبة في اجتناب التردد ومحاولة للاهتمام إلى الحقيقية القانونية قررت محكمة النقض الفرنسية مبدأً هاماً في قضاء ١٦ من ديسمبر سنة ١٩٩١، تمثل في أن وجود عقد عمل بين مؤلف المصنف الأدبي وصاحب العمل لا يقود إلى مخالفة المبدأ القانوني القاضى بملكية المؤلف لمصنعه ملكية معنوية، وأن التنازل من جانب هذا المؤلف (العامل) عن حقوقه المالية على مصنعه لمصلحة صاحب عمله لا يتم إلا وفقاً لما هو منصوص عليه في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، ولا شأن لعلاقة التبعية بمثل هذا التنازل^(٣).

(١) راجع :

V. Cass. Crim. 11-4-1975, D. 1995 Juris. p. 759, note:
DESBOIS ; JCP 1976, éd G. 11, 18348 obs:
PLAISANT.

(٢) راجع :

V. PLAISANT (R.): obs. Sous Cass. Crim. 11-4-1975, JCP
1976, éd. G. 11, 18348.

والذي طرح التساؤل في تعليقه على هذا القضاء وهو: ماذا لو أن محكمة النقض الفرنسية الدائرة الجنائية، كانت بصدد قانون ١١ من مارس لسنة ١٩٧٥ وهو قانون حماية حقوق الملكية الأدبية الفرنسى وقتها، هل كانت ستصدر نفس الحكم؟

(٣) راجع :

V. Cass. Civ. 1^{re} 16-12-1992, RIDA avr. 1993, juris, p. 193 =

من منطلق عدم تقبل أى حكم إلا بعد التساؤل عن قيمته، يبدو القضاء السابق مسائراً لمنطق تحسين رأس المال الإنسانى، وانتصاراً للاقتصاد الجديد الذى يولى أهمية متزايدة للأفكار والإبداع الذى يمكن تطبيقه، ليدرك العامل المبتكر أن حقه فى ملكية مصنفة ملكية معنوية حقيقية ثابتة قانوناً ويطبقها القضاء^(١).

= note: SIRINELLI.

وبسبب أهمية هذا القضاء لأنه بمثابة إرساء لمبدأ فى غاية الأهمية، كانت حقوق العامل المؤلف قبله حيناً من الدهر هباءً متثوراً سنورده بمباراته كما يلى :

«L'existence d'un contrat de travail conclu par l'auteur d'une oeuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance de ses droits de propriété incorporelle, don't la transmission est subordonnée à la condition que le domine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée».

(١) وهكذا اكتسب الإبداع شرعيته، وأصبح الفن أكثر من مجرد تجربة جمالية صرفة فهو يحقق بالضرورة قيمة مضافة عالية.

وإن كان فى الثمانينيات من القرن الماضى شاع القول بأن التكنولوجيا الجديدة تصوغ مستقبلاً يعمل فيه المال من دون عمال، وهذا هو المنطق الاقتصادى التقليدى الذى كان يعتد بمصلحة صاحب العمل المستثمر دوغماً أدنى حساباً لعماله الذين قد يعدون قوة بشرية للإنتاج الإبداعى إلا أن المستقبل الآن لمنتجات الابتكار الإنسانى ولاسيما العمال.

ثانياً

مناقشة اتجاه القضاء الرافض لحقوق العامل الموظف

على ما ابتكره

١٧- ومهما يكن من أمر، فإن مبدأ الملكية المعنوية كحق للمؤلف على مصنفه - وفقاً لمطلق نص المادة 1-111.L من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي - يجب أن يستفيد منه كل مبدع، حتى ولو كان خاضعاً لعلاقة تبعية قانونية لصاحب عمله فيما لو كان يعمل في مؤسسته، وأيضاً لو كان من الموظفين Fonctionnaires الذين يعملون في مرفق عام من مرفق الدولة (١).

غير أن هذا الرأي لم يستحسنه جانب من فقهاء القانون العام، على سند من أن العمل في مرفق عام تديره الدولة يعنى تحقيق النفع العام لكافة أشخاص المجتمع، ومما يوجبه حسن سير العمل به بانتظام واضطراد تجرد من يعملون فيه من أية مصلحة خاصة أو غرض شخصي، فمنطق الحياد يوجب القول بعدم استفادتهم مادياً وشخصياً من أى عمل يحققونه في نطاق أدائهم لوظائفهم بدعوى أنه يتضمن ابتكاراً (٢).

(١) راجع في نفس المعنى :

V. CEDRAS (J.): L'universitaire et le droit d'auteur, in mélanges en l'honneur de FRANÇON (A.), Dalloz, 1995, p. 43.

(٢) راجع في هذا الرأي :

V. DE LAUBADERE (A.) et GAUDEMET (Y.): traité de droit administrative-tome 5: La Fonction publique, LGDJ, 12^e éd., 2000, p. 190.

وتطبيقاً لذلك رفض قضاء مجلس الدولة الفرنسي إضفاء صفة المبدع على موظف عام قام بابتكار «لوحة إشارات» «Un panneau de signalisation» على سند من أن هذا الموظف العام لم يفعل ذلك إلا تنفيذاً لما هو واجب عليه بحكم وظيفته وواجباتها، وأن الأصالة L'originalité التي تتعلق باللوحة المذكورة لا تعد إلا من قبيل التنفيذ الجيد لعقده مع المرفق العام»^(١).

ومن ثم فليس له من حق قبالة جهة الإدارة التي تتولى تسيير المرفق العام. وأكد مجلس الدولة الفرنسي ذلك في قضاء آخر حديث نسبياً، على سند من أن ضرورات تسيير المرفق العام تستلزم أن تحصل جهة الإدارة التي تتولى تسييره على حقوق استغلال حقوق المؤلف الموظف لديها على مصنفاته الأدبية^(٢).

(١) راجع قضاء مجلس الدولة الفرنسي :

V. Ce, avis, 14-3-1958 cité in GATREAU (M.), un principe contesté: Le droit pécuniaire de l'auteur salarié ou Fonctinaire. RIDA 1975, n° LXXXIV, p. 138.

= وكانت عبارات الحكم على النحو التالي :

= «ne Faisait qu'accomplir les devoirs de sa tache, dans le cadre de ses attributions et que l'originalité dont il avait fait prevue ne constituait que la bonne exécution de son contrat».

(٢) راجع قضاء مجلس الدولة الفرنسي :

V. CE, avis, 21-11-1972, non publié, extraits in Gaz. Pal. 1978, doct. P. 50.

== وكانت عبارات هذا القضاء أكثر صراحة من سابقه على النحو التالي :

١٨- ويبدو في تقديري أن هذا القضاء يناقض نصوص قانون حماية الملكية الفكرية، ولاسيما نص المادة (1-111.L ملكية فكرية فرنسي)، فضلاً عن أنه يقر صراحة وبعبارة لا تحتمل التأويل بأن ثمة ميلاداً لحقوق المؤلف لمصلحة الدولة أي لمصلحة الشخص الاعتباري، على خلاف ما يجمع عليه الفقه من أن المؤلف لا يتصور أن يكون إلا شخصاً طبيعياً هذا من جانب. ومن جانب آخر، فإن إبداع الموظف العام ينبغي أن يكون غير متصل بالمرفق العام Détachable du service public ليكون هذا الموظف المبتكر عندئذ مالكاً لحقوق المؤلف على مصنفه^(١).

= = «Les nécessités du service exigent que l'administration soit investie des droits de l'auteur sur les oeuvres de l'esprit».

♦♦ وأعتقد أن القضاء الإداري بذلك يشبط نشاط الموظف المبدع، ويناقض بصورة صارمة المبدأ الذي أقرته المادة 1-111.L ملكية فكرية فرنسي، والذي يهدف إلى حماية حقوق المؤلف على مصنفه بصورة مطلقة.

(١) راجع في هذا المعنى :

V. En ce sens: GOTZEN (F.) et JANSSENS (M-C.): Les chercheurs dans les universités et les centres de recherché: Un cas particulier du droit d'auteur des salariés? RIDA 1995, n° 165, p. 151.

المطلب الثانى

الاستثناءان التشريعيان من مبدأ ملكية العامل

المؤلف لمصنفه

١٩- تعديد وتقسيم :

أورد المشرع الفرنسى استثناءين من مبدأ ملكية العامل المؤلف لمصنفه ملكية معنوية، على الرغم من أن عقد العمل بينه وبين صاحب عمله لا يتضمن بنداً عقدياً يفيد بتنازله عن حقوقه المالية لمصلحة صاحب عمله.

ويتعلق الاستثناء الأول بنطاق الإبداع متمثلاً فى مصنف «الكيانات المنطقية» "LE LOGICIEL" الذى يتم تحقيقه من قبل عامل فرد أو مجموعة من العمال (١).

(١) ومن الكيانات المنطقية «برامج الحاسب الآلى» التى عرفها جانب من الفقه بأنها: «تعليمات مكتوبة بلغة ما، موجهة إلى جهاز تقنى معقد، يسمى الحاسب الإلكتروني، بغرض الوصول إلى نتيجة أو مهمة معينة» راجع: د/محمد حسام لطفى، الحماية القانونية لبرامج الحاسب الإلكتروني، دار الثقافة للطباعة والنشر، سنة ١٩٨٧، ص ٧.

ويراجع: د/ خالد حمدى عبد الرحمن، الحماية القانونية للكيانات المنطقية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٢ و د/عزت محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية فى مواجهة فيروس الحاسب الآلى، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٩٤.

♦♦ وبرامج الحاسب الآلى فى تعريف المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) هو أنها: «مجموعة من التعليمات التى تسمح، بعد نقلها على دعامة تستطيع الآلة قراءتها، ببيان أو أداء أو إنجاز وظيفة أو مهمة أو نتيجة معينة بواسطة آلة معالجة المعلومات».

ويراجع: معجم مصطلحات حقوق المؤلف والحقوق المشابهة، صادر عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو)، سنة ١٩٨١، رقم ٤٥، ص ٥٥.

♦♦ وعن برامج الحاسب الآلى فى ظل التأليف المشترك راجع: د/ محمد سامى عبد الصادق، حقوق مؤلفى المصنفات المشتركة، رسالة دكتوراه، جامعة =

ويتعدد الاستثناء الثاني بالشروط العملية لتحقيق المصنف، كما هو الحال

فى نموذج المصنف الجماعى.

ومن ثم، تقسم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالى:

الفرع الأول : الكيانات المنطقية .

الفرع الثانى : المصنف الجماعى.

الفرع الأول

الكيانات المنطقية (*)

٢٠- منذ مطلع السبعينيات من القرن الماضى «ومع تطور المعلوماتية»

"l'développement de l'informatique" استفسر الفقه الفرنسى عن

مدى إمكانية امتداد النطاق الحماى لحقوق الملكية الأدبية والفنية إلى الكيانات

المنطقية (١).

= = القاهرة، دار نشر المكتب المصرى الحديث، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٢، ص ٤٠٧ وما

بعدها.

(*) أثر المشرع الفرنسى فى قانون ٣ من يوليو سنة ١٩٨٥ أن يستخدم مصطلح «الكيانات المنطقية»

"Le logiciel" بدلاً من مصطلح «برامج الحاسب» "programme"

"d'ordinateur" رغبة منه الاستفادة من عمومية المصطلح، بحيث يشمل فضلاً عن برامج

الحاسب الآلى، كل الوثائق التى تتضمن ابتكاراً يتعلق بالكترونيات عمل برامج الحاسب،

وكل تطور تقنى جديد يمكن أن تستفيد منه هذه البرامج.

(٢) راجع فى هذا المعنى: د/محمد سامى عبد الصادق، حقوق مؤلفى المصنفات المشتركة، رسالة

سابقة، ص ٤٣٣. والذى حلل الموقف الفرنسى بصدها من حيث الحماية إلى ثلاث مراحل:

المرحلة الأولى بدأت منذ السبعينيات - وفق تصورنا - واستمرت حتى صدور قانون ٣ من

يوليو سنة ١٩٨٥م، وأما المرحلة الثانية فشملت الفترة ما بين سنتى ١٩٨٥م و ١٩٩٢م،

وتحديداً تاريخ صدور تقنين الملكية الفرنسى الحالى فى الأول من يوليو سنة ١٩٩٢، ثم المرحلة

الأخيرة التى تستمر من التاريخ الأخير إلى وقتنا الراهن.

وعلى مستوى التطبيق القضائي، رفضت أحكام قضائية آنذاك^(١) شمولها بحماية قانون حق المؤلف، لأنها لا تمثل - في تقدير القضاء - مصنفات أدبية^(٢)، فالكيانات المنطقية لا تتضمن طابعاً إبداعياً جمالياً سواء في طبيعتها أو محتواها^(٣).

وتردد الفقه الفرنسي بصدده هذه الكيانات المنطقية، وهل يمكن اعتبارها مصنفات أدبية وفنية - في غياب النص التشريعي الصريح بصددها - بحيث تستفيد من النطاق الحمائي لقواعد قانون حماية حق المؤلف، أم أنها لا تعد كذلك بسبب عدم تمييزها بطابع شخصي إبداعي كبصمة لشخص طبيعي مبتكر^(٤).

(١) أى قبل حسم هذا الانقسام الفقهى والقضائي بصدور قانون ٣ من يوليو سنة ١٩٨٥.

(٢) راجع :

V. CA paris, 4-6-1984, JCP, 1985, éd. C.I., 11, 14409, note:
VIVANT.

(٣) راجع :

V. CA paris, 20-2-1985, Gaz. Pal. 1985, I, p. 345, note:
BONNEAU.

وكانت عبارات هذا القضاء كما يلي :

«Le concepteur n'était habité d'aucune "préoccupation de recherche esthétique au artistique"».

(٤) أثر البعض القول بتردد بأنها لا تمثل عدم توافق يتجاوز حد الاعتدال مع قانون حماية حق المؤلف أى يمكن اعتبارها من قبيل المصنفات الأدبية والفنية.

راجع فى هذا الرأى الأستاذ: BONNEAU فى تعليقه على حكم استئناف باريس الصادر فى ٢-١١-١٩٨٢.

V. CA paris 2-11-1982, Gaz. Pal. 1983, I, p. 117, note:
BONNEAU. = =

ويصدر قانون ٣ من يوليو سنة ١٩٨٥ لم يعد ثمة مجالاً للتردد بعد النص الصريح على اعتبار الكيانات المنطقية من قبيل المصنفات الأدبية وتخضع لحماية القانون المذكور^(١)، وتؤكد نفس الحكم في تقنين الملكية الفكرية الفرنسية الحالي وهو الأول من يوليو سنة ١٩٩٢، ثم المرسوم الذي نُقل إلى التشريع الفرنسي بصدها بواسطة قانون ١٠ من مايو سنة ١٩٩٤^(٢) والذي أدخل تعديلات على نظام حماية الكيانات المنطقية وفقاً لمنطق المرسوم الأوروبي الذي تم التصويت عليه من قبل الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي في ١٤ من مايو سنة ١٩٩٢ من قبل (المجلس الأوروبي)^(٣).

= = وكذلك في تعليقه على محكمة أول درجة بباريس كما يلي:

; TGI paris, 21-9-1983, Gaz. Pal. 1984, I, p. 51 note: BONNEAU.

❖ في حين رفض البعض الآخر إدخال البرمجيات وعلى العموم الكيانات المنطقية في نطاق حماية حقوق المؤلف لأنها لا تمثل في نظره إبداعاً يحمل بصمة شخصية للمبدع.

V. PLAISANT (R.): La protection du logiciel par le droit d'auteur Gaz. Pal. 1983, doct. P. 348.

(١) راجع:

V. L n° 85-660 du 3-7-1985 relative aux droits d'auteur et aux droits des artistes – interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes et des entreprises de communication audiovisuelle: JO du 4-7-1985, p. 7495.

(٢) وهو القانون المنشور كما يلي:

V. L n° 94-361 du 10-5-1994 portant mise en oeuvre de la directive n° 91-250-CEE,: JO du 11-5-1994, p. 6863.

(٣) راجع هذا المرسوم الصادر عن الاتحاد الأوروبي كما يلي:

V. Dir. 91-250- CEE du 14-5-1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, JOCE n° L 122 =

وإذا كانت «الكيانات المنطقية للحاسب وكل ما يتصل بها من أدوات» تعد من المصنفات الفكرية في القانون الفرنسي^(١). فإن «برامج الحاسب الآلى» وهى بالضرورة فرع أساسى من أصل «الكيانات المنطقية» تعد أيضاً من المصنفات الأدبية والفنية وفقاً لعبارات المشرع المصرى فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الحالى^(٢).

٢١- والتساؤل المثار هو: ما هى حقوق العامل المبتكر لهذه المصنفات؟ وما هو نطاق الاستثناء التشريعى بصدها بالنسبة للعامل المبتكر فى علاقته بصاحب عمله؟

بداية تعد الكيانات المنطقية مصنفات فكرية كسائر المصنفات الأدبية والفنية، ويتمتع المؤلفون لهذه المصنفات بحق ملكية معنوية عليها، حتى ولو

= = du 17-5-1991, p. 42.

(١) راجع نص المادة L.112-2 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى الحالى وهو قانون الأول من يوليو سنة ١٩٩٢.

وفى إطار التعديلات التى تمت بمقتضى قانون ١٠ من مايو سنة ١٩٩٤م.

V. Art. L.112-2 «Sont considérés notamment comme oeuvres de l'esprit au sens du présent code: 13- Les logicieles, y compris le materiel de conception préparatoire».

(٢) راجع نص المادة ١٤٠ من الكتاب الثالث الخاص بـ (حقوق المؤلف والحقوق المجاورة) من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م الخاص بحماية حقوق الملكية الفكرية.

♦♦ ومن الجدير بالذكر، أن بداية ظهور مصنفات الحاسب الآلى كمحل للحماية فى القانون المصرى كانت من خلال التعديلات التى قررها المشرع بقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢م، وبالتحديد من خلال إضافة فقرة جديدة إلى المادة الثانية من قانون ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤.

وجاء نص المادة الثانية على النحو التالى :

وتشمل الحماية المنصوص عليها فى هذا القانون مؤلفى : مصنفات الحاسب الآلى من برامج وقواعد بيانات وما يماثلها من مصنفات تحدد بقرار من وزير الثقافة.»

كانوا من العمال وفقاً لنص الفقرة الثالثة من المادة L.111.1 من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي (١).

ثم جاءت المادة رقم 9-113.L من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي وقررت بصريح اللفظ بأنه ما لم توجد نصوص قانونية مخالفة أو اتفاقات مخالفة فإن الحقوق المالية على الكيانات المنطقية وكل ما يتصل بها من وثائق مبتكرة من قبل واحد أو أكثر من العمال في إطار ممارستهم لعملهم أو وفقاً لتعليمات صاحب العمل، تكون مكتسبة أو مستحقة لهذا الأخير (أي لصاحب العمل) فهو الوحيد القادر على ممارسة هذه الحقوق (٢).

ويتضح من هذا النص القانوني أنه يوضع أولاً مبدأ استحقاق الحقوق المالية على الكيانات المنطقية المبتكرة من قبل عامل أو أكثر لمصلحة صاحب العمل هذا من جانب.

ومن جانب آخر، يقر بإمكانية وجود تنظيم عقدي بخصوص الحقوق المالية على الكيانات المنطقية بين العامل وصاحب العمل.

(١) راجع:

V. DRAI (L.): Le droit du travail intellectuel, thésé, précité, n° 353, p. 155.

(٢) راجع:

V. Art. L.113-9 «Sauf dispositions statutaires ou stipulations contraires, les droits patrimoniaux sur les logiciels et leur documentation créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leur fonctions ou d'après les instructions de leur employeur sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer».

٢٢- وهذا ما سوف نتناوله كما يلي :

أولاً : مبدأ استحقاق الحقوق المالية على الكيانات المنطقية لصاحب العمل.
ثانياً : التنظيم العقدي للحقوق المالية على الكيانات المنطقية بين العامل وصاحب عمله.

أولاً

مبدأ استحقاق الحقوق المالية

على الكيانات المنطقية لصاحب العمل

٢٢- **وجوب توافر شرطين أساسيين** وفقاً لنص المادة 9-113.L من تقنين الملكية الفكرية الفرنسية لاستحقاق صاحب العمل للحقوق المالية على مصنف الكيانات المنطقية وهما:

الشرط الأول : أن يكون المبتكر عاملاً.

الشرط الثاني : أن يتحقق الابتكار في نطاق ممارسة العامل لعمله أو وفقاً لتعليمات صاحب عمله.

الشرط الأول

أن يكون المبتكر عاملاً

٢٤- **يقصد بالعامل كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه** (١).

(١) وصاحب العمل هو: كل شخص طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر. والأجر هو: كل ما يحصل عليه العامل لقاء عمله، ثابتاً كان أو متغيراً، نقداً كان أو عيناً.... إلخ....

راجع نص المادة الأولى من الباب الأول الخاص بالتعاريف من الكتاب الأول من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م «الجريدة الرسمية - العدد ١٤ (مكرر) في ٧/٤/٢٠٠٣م».

ولا يستدعى هذا الشرط الأول - كما يقرر جانب من الفقه وبحق -
تطوراً عملياً^(١)، فلفظة عامل يجب أن تفهم بمدلول موسع وبطريقة مجردة وفقاً
لطبيعة عقد العمل ومدته^(٢).

فيمكن أن يبرم عقد العمل لإنجاز تحقيق كيان منطقي بين عامل أو أكثر
وصاحب عمل ليوم واحد يكفي لتحقيق هذا الكيان^(٣).

(١) راجع:

V. DRAI (L.): Le droit du travail intellectuel, thésé précité,
n° 355, p. 156.

(٢) سواء كان هذا العمل يدخل بطبيعته فيما يزاوله صاحب العمل من نشاط، وتقتضى طبيعة
إنجازه مدة محددة، أو ينصب على عمل بذاته وينتهي بانتهائه أي (العمل المؤقت).
أو كان هذا العمل لا يدخل بطبيعته فيما يزاوله صاحب العمل من نشاط، ولا يستغرق إنجازه
أكثر من ستة أشهر (وهذا هو العمل العرضي).

راجع نص المادة الأولى من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م.

(٣) «إذا أبرم عقد العمل لإنجاز عمل معين، انتهى العقد بإنجاز هذا العمل، فإذا استغرق هذا
الإنجاز مدة تزيد على خمس سنوات لا يجوز للعامل إنهاء العقد قبل تمام إنجاز العمل».
راجع نص المادة ١٠٧ من الباب السابع من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م.

◆ والقاعدة أنه: «ينتهي عقد العمل محدد المدة بانقضاء مدته... إلخ...» م ١٠٤ من قانون العمل
المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣.

◆ و «إذا انتهى عقد العمل المحدد المدة بانقضاء مدته، جاز تجديده باتفاق صريح بين طرفيه،
وذلك لمدة أو لمدد أخرى.

فيإذا زادت مدة العقد الأصلية المجددة على خمس سنوات، جاز للعامل إنهاؤه وفقاً
لأحكام المادة ١٠٤ من هذا القانون».

راجع: نص المادة ١٠٦ من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م.

الشرط الثانى

أن يتحقق الابتكار فى نطاق ممارسة العامل لعمله

،أو، وفقاً لتعليمات صاحب عمله

٢٥- يغول هذا الشرط خيارين متتابعين لإمكانية تحقيق ابتكار الكيانات المنطقية، يتحدد الخيار الأول بأن يتم هذا الابتكار فى نطاق ممارسة «العامل» أو العمال لعملهم، والخيار الثانى هو أن يتحقق هذا الابتكار وفقاً لتعليمات أو أوامر صاحب العمل^(١).

ويمكننا تصور جملة من الاستفسارات، حاصلها ما هى دلالة عبارة فى طار ممارسة العامل لعمله؟ والتي توحى بأن العامل هنا يجب أن يكون متخصصاً فى أداء هذا العمل أى فى تحقيق ابتكار الكيانات المنطقية، أى أن يكون مبرمجاً programmeur هذا من جانب.

بمىث يمكننا التأكيد على أن هذا الخيار الأول يقتضى أن تكون «برمجة المعلومات» «La programmation informatique» نشاطاً متأسلاً فى هذا العامل دون غيره، بمعنى أنه متخصص فى هذا النوع من العمل.

ولعل هذا يبرر أن العامل المبتكر هنا يستحق أجره لأدائه لعمله، ومن ثم فإن نتيجة عمله أى تحقيق ابتكار الكيان المنطقى هو ثمرة لأداء عمله بنفسه كواجب يفرضه عقد العمل على عاتقه، ولقاء ذلك يحصل على أجره من صاحب العمل، مما يعنى أن الأجر هنا مقابل للعمل بصرف النظر عن النمط

(١) راجع نص المادة «9-113.L» ملكية فكرية فرنسى وجاء بها:

«... Créés par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leur fonctions (ou) d'après les instructions de leur employeur etc ...».

الإبداعى الذى يتخذ منه هذا العمل الذى تم إنجازه^(١).

ومن جانب آخر، تثير عبارة «ممارسة العامل لعمله» مشكلة العمال الذين يعملون فى تحقيق الكيانات المنطقية فى غير الأماكن المخصصة لممارسة العمل فى المنشأة. وهل ثمة ترابط حتمى بين مصطلح «ممارسة العامل لعمله» ومصطلح «نطاق المنشأة أو المؤسسة التى تعاقدها»؟

فما يستتبع الاستفسار عن تطبيق مبدأ استحقاق صاحب العمل للحقوق المالية على مصنف الكيانات المنطقية التى يبتكرها عماله فى غير أوقات العمل بالمنشأة، وفى أماكن أخرى غير المنشأة من عدمه؟
٢٦- وفى رأينا: يمكننا تصور الفروض التالية:-

أولاً: وفقاً لمنطق ارتباط السبب بالمسبب فإن ابتكار المبرمج informaticien للكيان المنطقى فى غير أوقات عمله، أو بعيداً عن مكان عمله، ولا علاقة لما ابتكره بالهدف الذى حدده صاحب عمله، يكون مملوكاً لهذا المبرمج وحده ملكية معنوية، ويمارس وحده حقوق المؤلف على ما حققه من ابتكار.

ثانياً: أما إذا تم تحقيق ابتكار كيان منطقى من مبرمج فى نطاق نشاط المنشأة التى يعمل بها، أى فى أثناء ممارسته لعمله فإن المادة 9-113.L يجب تفسيرها بشكل موسع، بحيث تُستحقَّ الحقوق المالية على هذا الكيان المنطقى لصاحب العمل.

ويبدو أن القضاء يعتقد بهذا الاتجاه فقد قُضى بأن الكيانات المنطقية يجب

(١) راجع، قريب من هذا المعنى :

V. RAYNARD (J.): note sous TGI Paris, 3^e ch, 6-3-2001,
JCP 2001, éd. E, p. 1956.

أن تكون مملوكة لصاحب العمل ملكية معنوية وقتما يكون تحقيقها قد تم من العمال الذين يعملون في منشأته في نطاق ممارستهم لعملهم، حتى ولو تم تحقيق هذا الابتكار في محل إقامتهم^(١).

وتم تأكيد هذا القضاء حديثاً، فقد قُضِيَ بأن صاحب العمل يملك الحقوق المالية على كيانات منطقية مبتكرة من قبل عاملين لديه في منشأته، رغم ما لوحظ من أنهما يتمتعان بحرية واسعة في هذه المنشأة لأجل إنجاز عملهم، حتى أنهما كانا يتابعان تحقيق هذا الابتكار في محل إقامتهما^(٢).

وإن كان المنطق القضائي السابق يتوافق كلية مع مبادئ قانون العمل، إلا أنه لا يستجيب لمبادئ حق المؤلف ولاسيما وفقاً للتصور اللاتيني، وربما - كما يقرر جانب من الفقه - فإن هذا الاتجاه القضائي يمكن فهمه فيما وراء الواقعية^(٣)،

(١) راجع :

V. CA Paris 29-10-1987, JCP 1988 éd. E. II, 15297 obs.:
VIVANT et LUCAS.

(٢) راجع :

V. TGI Paris, 3e ch. 6-3-2001, JCP 2001, éd. E., p. 1952 note
RAYNARD.

ونص الحكم كما يلي :-

«Les informaticiens jouissent dans cette société d'une grande liberté pour la réalisation de leur travail, que cette pratique est courante dans le milieu professionnel où les salariés poursuivent à domicile les travaux commencés dans leurs locaux professionnels»

(٣) وقد عبر عن ذلك بلفظ «سيريالية» "Surréalistes" راجع :

V. Varii auctores, Les créations immatérielles et le droit, sous la direction de M. Vivant, Ellipses, 1997, p. 50.

أما بالنسبة لتحويل صاحب العمل الحقوق المالية على الكيانات المنطقية التي يبتكرها عماله تحت إدارته وإشرافه كخيار ثان، يبدو خياراً مبرراً وأكثر ترابطاً من سابقه (١).

ذلك أن تحقيق مصنف الكيان المنطقي من قبل العمال يستند إلى أوامر وتعليمات صاحب العمل، بحيث يكون هذا الأخير قد عهد إلى عماله بالعناصر الفكرية إن صح التعبير فضلاً عن العناصر المادية ليهيئ لهم سبل تنفيذ مهمة الابتكار على الوجه التام (٢).

وفي هذا الفرض يجد المنطق الاقتصادي لقانون العمل مجال تطبيقه، ويتصور تطبيقه وبقا يكون صاحب العمل في حوزته مضمون ابتكاري ككل ليس متكامل، فيعهد إلى أحد عماله بابتكار جزء مكمل لهذا المضمون ويعهد إلى الآخر بجزء آخر وهكذا، ومن ثم يصدق القول بأنه يعهد إلى عماله أو أحدهم بالعناصر الفكرية التي تهيئ له سبيل تحقيق الجزء من الكيان المنطقي (٣).

وفي هذا النطاق، إذا ما قام العامل المبرمج من تلقاء نفسه بتحقيق كيان

(١) حيث تستقيم هذه الصورة مع مقتضيات تعريف العامل بأنه كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب العمل وتحت إدارته أو إشرافه هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإن من واجبات العامل أن ينفذ أوامر وتوجيهات وتعليمات صاحب العمل الخاصة بتنفيذ الواجبات التي تدخل في نطاق العمل المنوط به. (راجع نص المادة رقم ٥٦ من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣م).

(٢) وعلى العامل أن يحافظ على ما يسلمه إليه صاحب العمل من أدوات أو أجهزة أو مستندات أو أية أشياء أخرى، وأن يقوم بجميع الأعمال اللازمة لسلامتها، ويلتزم بأن يبذل في ذلك عناية لسلامتها، ويلتزم بأن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد (راجع نص المادة السابقة).

(٣) قريب من هذا المعنى راجع :

V. DRAI (L.): thésé, précité, n° 357, p. 157.

منطقي في غير أوقات عمله وفي محل إقامته، فإن الحقوق المالية على هذا المصنف تظل مملوكة لصاحب العمل، ذلك أن النشاط الإبداعي للعامل هنا ليس مرتبطاً بالنشاط المباشر له، وإنما هو يقوم بتنفيذ أوامر وتعليمات صاحب العمل في ظل البرنامج الابتكاري الذي عهد إليه هذا الأخير بعناصره الفكرية فضلاً عن المادة^(١).

ومن ثم، فإننا نستحسن ما قرره القضاء الفرنسي في هذه المسألة وقتما قرر بأن الحقوق المالية على الكيانات المنطقية التي ابتكرها العامل تكون ملكاً لصاحب عمله، حتى ولو تم تحقيق ابتكارها في غير ساعات العمل المأجور، مادام أن هذا الابتكار قد تم تحقيقه بمساهمة العناصر الفكرية التي عهد إليه بها من قبل صاحب عمله فضلاً عن العناصر المادية^(٢).

٢٧- رأينا الخاص :

أولاً: إن التدبير في عبارات نص المادة 9-113 L. من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي، يكشف لنا أن المشرع قد استخدم لفظة استحقاق «dévolus» لتحويل صاحب العمل الحقوق المالية على الكيانات المنطقية التي

(١) ثمة استجابة مطلقة لهذا الغرض مع الواجبات المفروضة على العامل بمقتضى نص المادة ٥٦ من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ م.

(٢) راجع :

V. CA NANCY, 13-9-1994, JCP 1996 éd. E., p. 559, obs.:
VIVANT et LE STANC.

وكان نص هذا القضاء كما يلي :

«Les droits sur le logiciel devraient revenir à l'employeur quand ledit logiciel, même réalisé en, dehors des heures de travail du salarié, l'avait été à l'aide du matériel de l'entreprise et donc avec son concours».

يبتكرها عماله ، مما يدل بوضوح عن أن هذه الحقوق لا تنشأ بحسب الأصل إلا للعامل المبتكر، ثم تدخل بعد ذلك فى الذمة المالية للمنشأة من طريق حيلة التنازل القانونى ، هذا من جانب.

ثانياً: ومن جانب آخر، يبدو متقدماً إضافة حالة استحقاق الحقوق المالية لمصلحة صاحب العمل فى الغالب الأعم من الحالات التى ذكرناها، فلا أقل من القول بأنها حالة لا مبرر لها سوى نص القانون.

ثالثاً: وحيث أن مبدأ الملكية المعنوية للمبتكر على مصنفه يظل محلاً للتطبيق على المستوى النظرى وإن كان عملياً تستحق الحقوق المالية لصاحب العمل وليس للعامل المبتكر، فلا تعد إذن هذه الحالة استثناء من الناحية القانونية من مبدأ الملكية المعنوية المذكور. بل هى محض تطبيق للمنطق الاقتصادى فى قانون العمل.

رابعاً: وبناء عليه فإننا بحاجة إلى تنازل مكتوب من قبل العامل المبتكر عن حقوقه المالية، وأن يكون محدداً على وجه الدقة من حيث تناول كل حق يتم التنازل عنه على حده، مع بيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه، ويظل العامل المؤلف مالكا لكل ما لم يتنازل عنه صراحة من حقوق مالية، ولا يعد ترخيصه باستغلال أحد هذه الحقوق ترخيصاً منه باستغلال أى حق مالى آخر يتمتع به على المصنف نفسه^(١). وعندئذ يمكننا فهم ما قرره المادة 9-113.L من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى وقتما احتفظت بشكل تام بإمكانية وجود تنظيم عقدى بين العامل وصاحب عمله لكيفية الاستفادة من الحقوق المالية على الكيان المنطقى الذى يبتكره العامل المؤلف، ولعل فى هذا الفرض محاولة من قبل المشرع لتحقيق توازن عقدى بين العامل وصاحب عمله.

(١) راجع: نص المادة ١٤٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة

غير أنني أتصور أن المشرع وقتما ترك الأمر على مستوى النص القانوني وفق منطق الخيار متصوراً أن يكون للعامل مطلق الخيار بين الفرضين على خلاف الواقع الاقتصادي الذي ينبئ عن المركز الاقتصادي الضعيف للعامل المبتكر قبالة صاحب المنشأة الصناعية المحترف، مما يجعل الأول غير قادر على التفاوض العقدي مع هذا الأخير لأن قدرته على تحديد شروط عقده مع المحترف (صاحب العمل) تحدت بقدراته الاقتصادية المحدودة.

ثانياً

التنظيم العقدي للحقوق المالية

على الكيانات المنطقية بين العامل وصاحب العمل

٢٨- إن مبدأ استحقاق صاحب العمل للحقوق المالية على الكيانات المنطقية التي يبتكرها عامل أو أكثر من عماله، يجد مجال تطبيقه «ما لم يوجد اتفاق عقدي مخالف»

"Sauf Stipulations Contraires" (١)

فمنص المادة 9-113.L من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي ليس من طبيعة قانونية أمرة، فلأطراف العقد حرية تنظيم الحقوق المالية على الكيانات المنطقية بينهم (٢).

فللمؤلف - وفقاً لنص المادة رقم ١٤٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م - أن ينقل إلى الغير كل أو بعض حقوقه المالية المبينة

(١) راجع نص المادة 9-113.L من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي.

(٢) راجع :

V. MOUSSERON (J-M.): Nouvelles technologies et créations de salariés, Dr. Soc. 1992, p. 567.

; MOUSSERON (J-M.) et SCHMIDT (J.): Les créations d'employés, in mélanges dédiés à pauld MATHÉly, Litec 1990, p. 283.

فى هذا القانون، ويشترط لانعقاد التصرف أن يكون مكتوباً، وأن يحدد فيه صراحة وبالتفصيل كل حق على حدة يكون محلاً للتصرف، مع بيان مده والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، للمؤلف - وفقاً لنص المادة ١٥٠ - من القانون المذكور - أن يتقاضى المقابل النقدي أو العيني الذى يراه عادلاً نظير نقل حق أو أكثر من حقوق الاستغلال المالى لمصنّفه إلى الغير، على أساس مشاركة نسبية فى الإيراد الناتج من الاستغلال، كما يجوز له التعاقد على أساس مبلغ جزافى أو بالجمع بين الأساسين.

وبناء عليه يتصور أن يطلب عامل متخصص فى برمجة المعلومات informaticien من صاحب عمله بتعيين حقوقه المالية على الكيان المنطقى الذى سيكلف عقدياً بتحقيقه، ويدرج هذا الاشتراط العقدي فى عقد عمله (١).
٢٩- وفى رأينا : أن هذا النظام القانونى يحاكي ما هو معمول به فى نظام الاختراعات الخاصة بالعمال (٢) وبقما يقوم صاحب العمل بالتعاقد مع أحد

(١) راجع :

V. CF. : Liaisons Sociales, Les Clauses du Contrat de travail, suppl. Au no 12990 du 17-9-1999.

(٢) راجع :

V. Cf. note.: RAYNARD (J.) note sous TGI Paris 6-3-2001, JCP 2001 éd. E, p. 1952.

; POLLAUD - DULIAN (F.): Ombre et lumière sur le droit d'auteur des salariés, JCP 1999, éd. G., I, 150, n° 3.

** وفى الفقه العربى، راجع د/خالد الحرى، التنظيم القانونى

لاختراعات العاملين، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، الناشر، دار

النهضة العربية، سنة ٢٠٠٧، ص ٣١ و ٣٢.

العمال، ويكون مضمون عقد العمل هنا قيام العامل بأداء عمل فكري يتضمن إذن مهام إبداعية لفائدة المنشأة التي يكون لنشاطها ارتباط بموضوع الاختراع، حيث تؤول الحقوق المرتبطة بالاختراع في هذه الحالة لصاحب العمل، ولا يوجد ما يمنع قانوناً من تنظيم حق هذا العامل المخترع في ضوء النصوص القانونية المنظمة لاختراعات العمال^(١).

(١) حيث تنص المادة ٦٨٨ مدنى مصرى على أنه :

١- إذا وفق العامل إلى اختراع جديد فى أثناء خدمة صاحب العمل، فلا يكون لهذا الأخير أى حق فى ذلك الاختراع، ولو كان العامل قد استنبطه بمناسبة ما قام به من أعمال فى خدمة صاحب العمل.

٢- على أن ما يستنبطه العامل من اختراعات فى أثناء عمله يكون من حق صاحب العمل، إذا كانت طبيعة الأعمال التى تعهد بها العامل تقتضى منه إفراغ جهده فى الابتداء، أو إذا كان صاحب العمل قد اشترط فى العقد صراحة أن يكون له الحق فيما يهتدى إليه من المخترعات.

٣- وإذا كان الاختراع ذا أهمية اقتصادية جدية، جاز للعامل فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة السابقة أن يطالب بمقابل خاص يقدر وفقاً لمقتضيات العدالة. ويراعى فى تقدير هذا المبلغ مقدار المعونة التى قدمها صاحب العمل وما استخدم فى هذا السبيل من منشأته.

ونلاحظ أن جانباً من الفقه المصرى قد أعطى تفسيراً موسعاً لهذه المادة إلى حد القول بإمكانية تطبيقها أيضاً على ما يضعه المؤلف من مصنفات، على أساس أن مصطلح «الاختراعات» الوارد بها إنما يمتد ليشمل الإنتاج الأدبى والفنى فضلاً عن الإنتاج العلمى.

راجع فى هذا : د/ عبد الرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الثامن، حق الملكية مع شرح مفصل للأشياء والأموال، طبعة منقحة ومزودة بإشراف المستشار: مصطفى الفقى، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، سنة ١٩٩١، فقرة ١٩٠ و ١٩١، ص ٤٠٨ وما بعدها.

؛ د/ أبو اليزيد على المتيت، الحقوق على المصنفات الأدبية والفنية والعلمية، منشأة المعارف - الإسكندرية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٨٦، ص ٥٠.

ويفاء عليه، «.... لصاحب العمل جميع الحقوق المترتبة على الاختراعات التى يستحدثها العامل أو المستخدم أثناء قيام رابطة العمل أو الاستخدام متى كان الاختراع فى نطاق العقد أو رابطة العمل أو الاستخدام.

ويذكر اسم المخترع فى البراءة، وله أجره على اختراعه فى جميع الحالات، فإذا لم يتفق على هذا الأجر كان له الحق فى تعويض عادل من كلفه الكشف عن الاختراع أو من صاحب العمل.

وفى غير الأحوال السابقة، وعندما يكون الاختراع ضمن نشاط المنشأة العامة أو الخاصة الملحق بها المخترع، يكون لصاحب العمل الخيار بين استغلال الاختراع أو شراء البراءة مقابل تعويض عادل يدفعه للمخترع، على أن يتم الاختيار فى خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الإخطار بمنح البراءة.

وفى جميع الأحوال يبقى الاختراع منسوباً إلى المخترع»^(١).

غير أن هذه المعاكاة تصطدم بمبادئ حقوق المؤلف، ولا أدل على ذلك من عدم وجود أى نص قانونى فى الكتاب الثالث الخاص بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة يتعلق بنصوص قانون العمل.

ويكون واجباً علينا والحال كذلك أن نحاول ملاءمة نصوص قانون حقوق

(١) راجع : نص المادة رقم (٧) من الكتاب الأول من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢. وقررت المادة رقم (٨) من القانون المذكور أن «الطلب المقدم من المخترع للحصول على براءة اختراع فى خلال سنة من تاريخ تركه المنشأة الخاصة أو العامة، ويعتبر كأنه قدم فى خلال تنفيذ العقد أو قيام رابطة العمل أو الاستخدام، ويكون لكل من المخترع وصاحب العمل جميع الحقوق المنصوص عليها فى المادة السابقة تبعاً للأحوال. وتزداد المدة إلى ثلاث سنوات إذا أنشأ العامل أو التحق بمنشأة منافسة، وكان الاختراع نتيجة مباشرة لنشاطه وخبرته السابقة بالمنشأة التى كان يعمل بها».

المؤلف والحقوق المجاورة مع وضع العامل المؤلف فى ضوء القواعد القانونية التى تحكمه فى قانون العمل ومنطقها الخاص الذى لا يراعى مسألة الملكية الفكرية. ومن ثم، فالعدالة العقدية تحتم علينا التدبر كثيراً عند صياغة بنود وشروط عقد العمل رغم ما يفرضه الواقع العملى من عقود نموذجية معدة سلفاً من قبل المركز الاقتصادى القوى لصاحب العمل^(١)!!.

الفرع الثانى

الاستثناء المتعلق بشروط تحقيق المصنف

«نموذج المصنف الجماعى»

٣٠- إن نموذج المصنف الجماعى يعد قوة جذب لمقتضيات قانون العمل بحيث يفضل صاحب العمل، هذا النموذج دون سواه بسبب ماهيته^(٢) وأحكامه

(١) وسيبدو لنا التناقض واضحاً تمام الوضوح وقتما نتدبر نص المادة 7-121.L من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى التى تحتفظ للعامل المأجور بكل خصائص الحق الأديب بوصفه صاحب حق مؤلف !!!

(٢) هو «المصنف الذى يضعه أكثر من مؤلف بتوجيه شخص طبيعى أو اعتبارى يتكفل بنشره باسمه وتحت إدارته، ويندمج عمل المؤلفين فيه فى الهدف العام الذى قصد إليه هذا الشخص بحيث يستحيل فصل عمل كل مؤلف وتمييزه على حدة». راجع: نص المادة الأولى من الكتاب الثالث من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م.

- وجاء بالفقرة الثالثة من المادة (2-113.L) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى أن المصنف الجماعى هو «المصنف الذى ينشأ بمبادأة من شخص طبيعى أو اعتبارى، يقوم بنشر المصنف تحت إدارته ويأسسه وتمتج فيه الأنصباء التى يقدمها المؤلفون ... إلخ...».

Art. (L.113-2) al. 3 «Est dite collective l'oeuvre créée sur l'initiative d'une personne physique ou morale qui l'édite, la publie, et la divulgue sous sa direction et son nom et dans

القانونية (١).

والواقع، أن أصحاب الأعمال لا يملكون تحديد الوصف القانوني للمصنف بأنه جماعى بطريقة مرسلة ليس لها سند من حيث النموذج القانونى الذى حدده له المشرع، ومن ثم، يلجأون إلى تنظيم عملية ابتكاره بواسطة العقود التى يقومون بإبرامها مع عمالهم (٢).

laquelle la contribution personnelle des divers auteurs participant à son élaboration se fond dans l'ensemble en vue duquel elle est conçue etc.....».

(١) مع ملاحظة أن مضمون اندماج مساهمات المؤلفين فى هذا المصنف يختلف فى القانون المصرى عن القانون الفرنسى، حيث أنه ينصرف فى الأول إلى: (.... استحالة فصل عمل كل مؤلف وتمييزه على حدة...)، بينما يتحدد = فى القانون فى: (.... عدم إمكان تحويل كل واحد منهم حقاً مميّزاً على مجموع المصنف).

- (.... Sans qu'il soit possible d'attribuer à chacun d'eux un droit distinct sur l'ensemble réalisé).

V. Art. (L.113-2) préc.

وجاء بالمادة (L.113-5) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى (أن المصنف الجماعى يعتبر - ما لم يثبت العكس - ملكاً للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى ينشر المصنف تحت إسمه).

- (L'oeuvre collective est, sauf prevue contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée)

V. Art. (L. 113-5).

(٢) راجع: فى نفس المعنى، تصورنا عن أسباب تفضيل المنتجين لنموذج المصنف الجماعى، مؤلفنا، «تداول المصنفات عبر الإنترنت»، دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦م، ص ١٢٣ وما بعدها.

وهم يعمدون إلى إبرام مجموعة من العقود الثنائية بين صاحب العمل الذي يضطلع بالمبادأة إلى تحقيق المصنف، وبين كل عامل مشارك على حدة، ويكون ذلك إذن في صورة عقد عمل^(١)، والذي بمقتضاه يلتزم العمال المساهمون في أن يضعوا نشاطهم الفنى الإبداعي تحت تصرف صاحب العمل، بحيث يعملون تحت إدارته وإشرافه ولمصلحته، لقاء أجور يلتزم هذا الأخير بأدائها لهم.

وقضى بأن صاحب العمل لا يكفي أن يتخذ المبادأة إلى تحقيق المصنف فقط، بل يجب أن تكون إدارته وإشرافه على عمليات تحقيق هذا المصنف ممارسة بطريقة فعالة في كل مراحل إبداعه^(٢)، إلى أن يتم اندماج مساهمات العمال

(١) أو في صورة «عقد مقالة» *Contrat d'entreprise*، وقما يكون المتعاقد معهم ليسوا عمالاً يعملون في مؤسسته، أى أنهم مستقلون لا تربطهم بصاحب العمل علاقة تبعية وإن كان يملك سلطة فعلية - بمقتضى أحكام المصنف الجماعى - على كافة الأشخاص المساهمين والمتعاقد معهم وفق صورة عقد العمل *Contrat de travail* أو صورة عقد المقالة. وعقتضى هذه الصورة الأخيرة يلتزم المساهمون بتنفيذ العمل المعهد إليهم وفقاً لشروط العقد، وببذل عناية الرجل المعتاد *bon bère de Famile*، على أن يتم إنجاز العمل، أى المساهمة الفنية الإبداعية فى الميعاد المتفق عليه، وتستحق نهم الأجرة عند تسليم العمل. ويراعى، أن صاحب العمل لا يجبر على دفع الأجرة مرة واحدة، بل الغالب أن يتم دفعها على دفعات، وهى فى جملتها تحدد فى أجرة مقدرة بشكل جزافى بالنسبة لكل عامل مبتكر تم التعاقد معه على حدة.

راجع : مؤلفنا «تداول المصنفات عبر الإنترنت»، مرجع سابق، ٢٠٠٦م، ص ١٢٧.

(٢) راجع :

V. CA Paris 25-9-1987, D. 1988 som. Com. P. 205, obs.:
COLOMBET.

; CA Lyon, 9-12-1999, JCP 2000, éd. G. II, 102080 note.:
DERIEUX.

«Il ne suffit pas que l'entrepreneur affirme être à = =

المؤلفين في مصنف جديد، بحيث لا يمكن تحويل أحدهم حقاً مميّزاً على مجموع المصنف^(١).

بما يعنى إمكانية قيام العامل المؤلف بنشر مساهمته الإبداعية في مصنف

= = l'origine de la création. Il doit démontrer son rôle actif dans l'élaboration».

راجع : عبارات الحكم القضائي.

(١) راجع :

V. DRAI (L.): thésé précité, qui disit:

«Les oeuvres des différents auteurs doivent se fonder dans une oeuvre nouvelle et il doit y avoir impossibilité d'attribuer à chacun des contributeurs un droit distinct sur l'ensemble».

تعليق : إن القول السابق المتمثل في عدم تحويل أحد المساهمين في المصنف الجماعي حقاً مميّزاً على مجموع المصنف هو الصواب فيما أعتقد، على خلاف ما توحي به عبارة «استحالة الفصل بين عمل كل مؤلف» الواردة في البند الرابع من المادة ١٣٨ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ وذلك لأن العبرة في المصنف الجماعي هي بمدى إمكانية تحويل أحد المساهمين حقاً مميّزاً على مجموع المصنف من عدمه، وليست العبرة بكون المساهمات قابلة للفصل من عدمه، ومن ثم، يمكن لأحد العمال المؤلفين أن يستفيد من مساهمته الإبداعية، كان ينشرها في مصنف خاص به.

وهذا ما تم تأكيده من جانب أحكام القضاء الفرنسي كما يلي :-

V. CA Paris, 12-1-2000, Juris- data n° 107201.

; CA Paris 10-5-2000, JCP 2000, éd. E. p. 923.

وعلى عكس الاتجاه القضائي السابق، أقرت بعض الأحكام القضائية القليلة مسألة استحالة الحق في فصل عمل كل مؤلف على حدة ومثال ذلك:

V. CA Reims, 15-9-1992 Gaz. Pal. 1993, I, p. 295.

; CA Paris 4-2-1998, Juris-data n° 021862.

خاص به، وتم تأييد هذا الحق سواء للعامل المؤلف، أو أى مؤلف مساهم فى تحقيق مصنف جماعى من قبل جانب من تطبيقات القضاء^(١).

٣١- غير أن الاتجاه الحديث لمحكمة النقض الفرنسية قد اعتمد التفسير الحرفى الضيق لنص المادة 2-113.L من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى مقررأ عدم السماح لأى مؤلف مساهم فى تحقيق المصنف الجماعى بالحق فى الاستقلال بمساهمته على حده^(٢).

٣٢- وبعد ... نتساءل عن ماهية حقوق العامل المؤلف فى ظل أحكام المصنف الجماعى؟

ثم نعرض لرأينا الخاص فى فلسفة هذا المصنف، وذلك على التوالى كما يلى:-

أولاً : حقوق العامل المؤلف فى ظل أحكام المصنف الجماعى.

ثانياً: رأينا الخاص فى فلسفة المصنف الجماعى.

(١) مثال ذلك :

V. CA Paris, 12-1-2000 Juris-data n° 107201.

; CA Paris, 10-5-2000, JCP 2000 éd. E. p. 923.

(٢) ❖ راجع :

V. Cass. Civ. I^{re}, 3-4-2002.

Bull. Civ. I, n° 109.

❖ وسبق هذا القضاء، اتجاه محكمة النقض الفرنسية إلى المطالبة بإعادة صياغة نص المادة

(2-113.L) الخاصة بتعريف المصنف الجماعى.

V. Cass. Civ. I^{re} 24-3-1993 RIDA 1993, n° 158, p. 203.

; JCP 1993, éd. G. 22085, note. GREFFE.

; Cass. Civ. I^{re} 8-12-1993, RIDA, 1994, n° 161, p. 303.

; Cass. Com. 7-4-1987, Bull. Civ., IV, no 85, JCP 1987

éd. G, II, 20818 note: FRANÇON.

أولاً

حقوق العامل المؤلف فى ظل أحكام المصنف الجماعى

٣٢- تختلف الصياغة التشريعية لأحكام المصنف الجماعى فى القانون المصرى عنه فى القانون الفرنسى، فقد أثر هذا القانون الأخير أن ينظم هذه الأحكام بتحويل الشخص الطبيعى أو الاعتبارى (صاحب المبادرة إلى تحقيق المصنف) ملكية هذا المصنف^(١).

فى حين فضل القانون المصرى أن ينظم هذه الأحكام من طريق تمكين الشخص الطبيعى أو الاعتبارى (المبادر إلى تحقيق المصنف) التمتع وحده بالحق فى مباشرة حقوق المؤلف على المصنف^(٢).

ويستفاد بداءة من القانونين المصرى والفرنسى أن المشرع قد آثر فى كل منهما أن يتجنب تحويل صفة المؤلف للشخص الاعتبارى، فهى تثبت للشخص الطبيعى فقط. ومن ثم تثبت للمساهمين من العمال فى تحقيق هذا المصنف، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإن حقوق المؤلف الأدبية والمالية تثبت - بقوة القانون

(١) حيث يؤكد المشرع الفرنسى فى المادة (L.113-5) من تقنين الملكية الفكرية على أن : «المصنف الجماعى - فيما عدا حالة إثبات العكس - ملكاً للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى ينشر المصنف تحت إسمه».

V. Art. (L.113-5): «L'oeuvre collective est, sauf prevue contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée».

(٢) فالمادة رقم (١٧٥) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، تقرر أنه: «يكون للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى وجه إلى ابتكار المصنف الجماعى التمتع وحده بالحق فى مباشرة حقوق المؤلف عليه».

- للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يادر إلى تحقيق المصنف، ومن ثم لا تثبت للعامل أو العمال المؤلفين الذين أوجدت مساهماتهم الإبداعية هذا المصنف، وليس لهم إذن الحق في الاعتراض على ممارسة أى حق من هذه الحقوق.

٣٤- رأينا الخاص :-

إن إطلاق القول السابق سواء بعبارة ملكية المصنف للشخص المبادر (في القانون الفرنسى) أو بعبارة تتمتع المبادر وحده بحقوق المؤلف على المصنف (في القانون المصرى) لا يستقيم من وجهة نظرنا على الأقل بالنسبة للحقوق الأدبية على المصنف، إلا ما معنى احترام النص في القانونين للمساهم المبدع بصفة المؤلف. وهل هو كمؤلف يتجرد من كل حق؟ وما جدوى احتفاظ النص القانونى له بصفة «المؤلف» مع تجريده من كل حق (١)؟

ويؤيدنا في هذا التصور ما قرره قضاء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية من أنه يبدو منطقياً القول بأن كل مؤلف ساهم بإبداعه في تحقيق هذا المصنف يتمتع بامتيازات وخصائص الحق الأدبي على مساهمته (٢)، وسواء أكان

(١) كملك تَوَجَّه القانون على عرش إبداعه دونما سلطات حتى أدبية على ما ابتكره وأبدعه؟! ..

(٢) وهذه هي عبارات القضاء :

«Chaque contributeur est investi des prerogatives de droit moral sur sa contribution».

V. Cass. Civ. I^{re} 15-4-1986, Bull. Civ. I, n° 89.

♦ مع وجوب التذكير بأن الحقوق الأدبية تظل محدودة بنطاق الخاصية الجماعية للمصنف وهكذا، فالحق في احترام المصنف مثلاً يتحدد في إطار التنسيق الضروري للمصنف في مجمله ... وهذا ما حدده أيضاً قضاء النقض الفرنسى في دعوى أخرى ويراجع كما يلي :-

V. Cass. Civ. I^{re} 8-10-1980, D. 1981, I.R., p. 85, obs.

COLOMBET.

; Cass. Civ. I^{re} 16-12-1986, D. 1988 Jurisp. P. 173, note EDELMAN.

مرتبطاً مع المبادر بعقد عمل أو بعقد مقاوله^(١).

وحتى فيما يتعلق بالحق المالى على المصنف الجماعى والذي يثبت قانوناً للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى بادر إلى تحقيق هذا المصنف، نجد أن أحكام القضاء الفرنسى بصدده تفتقر إلى الوضوح على النحو التالى :-
فمن جانب، نجد محكمة استئناف باريس^(٢) وكذلك محكمة أول درجة بباريس أيضاً^(٣) قد سمحت لكاتب المقال الصحفى، وهو مساهم مبتكر فى تحقيق الجريدة أو الصحيفة كمصنف جماعى، بأن ينشر مساهمته الإبداعية أى مقاله فى مصنف آخر خاص به، وذلك على سند من نص المادة رقم (8-121.L) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى فى فقرتها الثانية، والتي تحتفظ بهذا الحق للمؤلف الذى تم نشر مساهمته الإبداعية فى جريدة أو صحيفة Recueil.
ومن جانب آخر، رفضت الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية اعتبار ما قرره القضاء السابق بمثابة مبدأ واجب التطبيق فى كل حالات المصنف الجماعى، معتبرة بصورة عامة أن المؤلف المساهم فى تحقيق المصنف الجماعى، ليس له أو لأحد المساهمين معه أن يستثمر مالياً مساهمته فى مصنف مستقل^(٤).

(١) لأنه من المعلوم أن المبادر إلى تحقيق المصنف الجماعى يتعاقد مع العمال وآخرين بمقتضى عقود ثنائية إما فى صورة عقد عمل أو عقد مقاوله.

(٢) راجع :

V. CA Paris 12-12-1989 Legipresse 1991, I, p.4.

; CA Paris 6-3-1981, D.1982, I.R. p.46 obs. COLOMBET.

(٣) راجع :

V. TGI Paris 14-4-1999, JCP 1999 éd. E. p.1481, obs. GRÉGOIRE.

(٤) راجع :

Cass. Civ. 1^{re}, 20-12-1982 éd. G. II, 20102 not. FRANÇON.

ويمكننا أن نستنتج من ذلك عدم السماح كذلك للشخص الطبيعي أو الاعتباري المبادر إلى تحقيق المصنف الجماعي بأن يستثمر مالياً المساهمات بصورة منفصلة، أى كل مساهمة إبداعية على حده، إلا بموافقة كتابية صريحة من مؤلفيها، وكلّ على حده، ذلك أن منطق المصنف الجماعي يقوم على اندماج مساهمات المؤلفين المشاركين ليتحقق المصنف الجماعي ويكون له الوجود.

ومهما يكن من أمر، فيبدو - في رأى البعض - أن الفقرة الثانية من نص المادة (L.121-8) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي تعد بمثابة استثناء من أحكام المصنف الجماعي^(١).

ولا جرم أن أحكام المصنف الجماعي - وبحق - تعد مصدراً للعديد من المشكلات القانونية^(٢). لاسيما بالنسبة للمساهمين المبدعين فى تحقيق هذا المصنف من العمال، الذين لا ينبغي أن ينظر القانون إلى مساهماتهم الابتكارية وكأنها «تقنيات فكرية» !!

٢٥- ويبقى تساؤل: إذا كانت ذاتية المصنف الجماعي تتحدد فى اندماج

(١) راجع فى هذا المعنى ... تعليق الأستاذ : COLOMBET على قضاء استئناف باريس الصادر فى ١٩٨١/٣/٦ (مشار إليه سابقاً). وكذلك تعليق الأستاذ : GRÉGOIRE على قضاء محكمة باريس (أول درجة) فى ١٩٩٩/٤/١٤ (مشار إليه سابقاً).

(٢) راجع فى انتقادات الفقه للمصنف الجماعي ما يلى :-

V. GAUTIER (P-Y.): op. cit., pp. 572 ss.

; **COLOMBET (C.): propriété littéraire et artistique et droits voisins, précis Dalloz, 9^e éd. 1999 pp. 106 ss.**

; **GAUDRAT (P.): Le point de vue d'un auteur sur la titularité, in le droit d'auteur aujourd'hui, CNRS, 1991, pp. 56 ss.**

مساهمات العمال المؤلفين المشاركين فى تحقيقه كأثر لمجرد مبادرة تمت من شخص طبيعى أو اعتبارى يقوم بتوجيه عمل المشاركين، ثم يُنشرُ المصنف تحت إدارته وبإسـمه، فهل يستأهل المبادر أن يجنى كل حقوق المؤلف وكأنه أبداع وابتكر من طريق الإمساك بأيدي المؤلفين المشاركين؟!
 وكأن صاحب العمل (المبادر) هو الوجه لملكات الإبداع لعماله، رغم أن عقولهم هى بالضرورة الوجه الوحيد لملكاتهم الابتكارية!؟

ثانياً

رأينا الخاص فى فلسفة المصنف الجماعى

٣٦- إذا كانت الرابطة أو العلاقة القانونية تخضع لقانون العمل متى اشتملت على عنصرين جوهرين هما: رابطة التبعية، والأجر^(١)، فإن المصنف الجماعى يعد تطبيقاً لهذه العلاقة القانونية بحسبانه يستلزم توافر شرطين أساسيين لا خلاف بشأنهما فى كافة تشريعات حماية الملكية الفكرية فى مختلف دول العالم:

أولهما يتمثل فى مبادرة شخص طبيعى أو اعتبارى يقوم بتوجيه عمل المشاركين، ثم ينشر المصنف تحت إدارته وبإسـمه،

وثانيهما يتعلق باندماج مساهمات المؤلفين المشاركين بحيث لا يمكن تخويل أحدهم حقاً مميزاً على مجموع المصنف^(٢).

(١) راجع: د/ محسن عبد الحميد البيه، قانون العمل المصرى، مرجع سابق، ص ١٤.

د/ اسماعيل غانم، قانون العمل، بدون ناشر، ١٩٦١ - ١٩٦٢م، بند ٤.

د/ همام محمد محمود زهران، مرجع سابق، ص ٣٧، و ص ٤١ وما بعدها.

د/ فتحى عبد الرحيم عبد الله و د/ أحمد شوقى عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٣، و ص ١٠ وما بعدها.

(٢) راجع: د/ عبد الرشيد مأمون و د/ محمد سامى عبد الحميد، مرجع سابق، ص ١٨٢ وما

= =

بعدها.

فالعمال المشاركون في تحقيق هذا المصنف يؤدون عملهم الفكري لحساب صاحب العمل، وتحت إشرافه ورقابته^(١)، ونادراً ما يقوم صاحب العمل بفعل شئ يخالف ما ابتكره المساهمون. أو حتى يساهم مساهمة ابتكارية مثلهم - على خلاف ما تطلبه القضاء الفرنسي^(٢) - وبعد تحقيق المصنف يجنى هو ثمرته حيث يُنشر المصنف تحت إدارته ويأسمه ويتمتع وحده بالحق في مباشرة حقوق المؤلف عليه^(٣)، لأنه مالك له^(٤)، وعلى الرغم من إقرار القانون بملكية المصنف المعنوية لمؤلفه دون سواه^(٥). وإن كانت حماية الاستثمارات المالية تعد خصوصية توجبها مبادئ قانون العمل^(٦)، فإن حماية حق الإنسان في الابتكار هي أساس وغاية مبادئ حقوق المؤلف.

== د/ مختار القاضي، مرجع سابق، ص ١٥٧.

د/محمد حسام محمود لطفى، حقوق الملكية الفكرية، المفاهيم الأساسية، مرجع سابق، ص ٦٠.
 (١) «لأن قانون العمل يحدد مجال تطبيقه بصرف النظر عن نوع العمل، إذ يستوي أن يكون عقلياً أو يدوياً، فنياً أو غير فنى، ولا أهمية لكونه مستمراً يؤديه العامل باعتباره حرفة له أو عرضياً، كما لا يؤثر في هذا الشأن طريقة احتساب الأجر أو مقداره أو مواعيد دفعه، ولا أهمية للتسمية التي تطلق على العامل...» راجع: د/ محسن عبد الحميد البيه، مرجع سابق، بند ٥، ص ١٤، وهامش رقم (٢) من نفس الصفحة في إشارة إلى د/إسماعيل غانم، مرجع سابق، بند ٤.

(٢) راجع: قضاء محكمة استئناف ليون في حكم ١٩٩٩/١٢/٩ وقضاء محكمة استئناف باريس في حكم ١٩٨٧/٩/٢٥ (مشار إليهما سابقاً).

(٣) وفقاً لنص المادة رقم (١٧٥) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م.

(٤) وفقاً لنص المادة رقم (5-113.L) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسية.

(٥) وفقاً لنص المادة رقم (1-111.L) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسية.

(٦) راجع في هذه الفكرة وتفصيلاتها:

V. GAUDRAT (P.): Les délmêlés intemporels d'un couple à success: Le créateur et l'investisseur, op. cit pp. 207 ss.

المبحث الثانى

مصير الحق المالى للعامل المؤلف

٣٧- إن التدبير المبدئى فى نصوص قانون حماية الملكية الفكرية سواء فى فرنسا أو مصر ينبئ عن أن المؤلف يتمتع بحق استثنائى du droit exclusive فى الترخيص أو المنع لأى «استغلال لمصنّفه بأى وجه من الوجوه» «d'exploiter son oeuvre sous quelque forme que ce soit»^(١).

غير أن هذا الحق القانونى الاستثنائى يكفى لإرساء أسس التعارض والتناقض بين مبادئ قانون العمل ومبادئ حقوق المؤلف، فهل يتوارى حق العامل المؤلف المالى الاستثنائى خلف نصوص قانون العمل^(٢)؟ وهل الجوانب الاقتصادية لعقد العمل يمكنها أن تدفع العامل المبدع إلى نقل حقه المالى الاستثنائى إلى مصلحة صاحب عمله^(٣)؟

(١) وبخاصة عن طريق النسخ أو البث الإذاعى أو إعادة البث الإذاعى أو الأداء العلنى أو التوصيل العلنى، أو الترجمة أو التحوير أو التأجير أو الإعارة أو الإتاوة للجمهور، بما فى ذلك إتاحتها عبر أجهزة الحاسب الآلى أو من خلال شبكات الإنترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصالات وغيرها من الوسائل إلخ راجع: نص المادة رقم (١٤٧) من الكتاب الثالث «حقوق المؤلف والحقوق المجاورة» من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى.
وفى القانون الفرنسى راجع :

V. L'article L. 123-1 du code de la propriété intellectuelle.

(٢) راجع :

V. DRAI (L.): Le droit du travail intellectuel, thèse, L.G.D.J., 2005, p. 147.

(٣) راجع :

V. CALDERON RODRIGUEZ (E.): Images et concepts =

أم أن الرابطة العقدية بين العامل وصاحب عمله تقود إلى وجود كل منهما كمساهم في المصنف الذي تم إبداعه، بحيث تكون المساهمة المادية من جانب صاحب العمل، والمساهمة الابتكارية من جانب العامل، وتكون النتيجة في النهاية أن أحدهما سيستفيد من الآخر، أو بمعنى آخر ستكون المعالجة لصالح نصوص قانون العمل التي ستفيد صاحب العمل، وتهيئ نصوص قانون حماية الملكية الفكرية لصالحه (١)؟
ولتأكيد ذاتية الملكية المعنوية التي تثبت يقيناً للمؤلف على مصنفه، قررت المادة رقم (L.111-3) ملكية فكرية فرنسية بأن الملكية المعنوية التي قررتها المادة L.111-1 تعد مستقلة عن ملكية الشئ المادى (يُقصد الدعامة التي يثبت عليها المصنف) (٢).

وإذا كان العامل (المبدع) يستعمل الأدوات والمواد المملوكة لصاحب عمله

= du travail manuel et du travail intellectuel en France au début du 20^e siècle, thèse, Paris 8, 1976.

(١) راجع :

V. HUGUET (A.): Ordre public et contrat d'exploitation du droit d'auteur. L.G.D.J., 1961.

(٢) ❖ راجع عبارات نص الملكية المذكورة كما يلي :

«La propriété incorporelle définie à l'article L.111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matérielle [...]».

Art. L. 111-3 C. propr. Intell.

❖ وهذه الدعامة **Le support** ليست سوى الشكل المادى الذى احتوى مضمون

الإبداع الذى تم التعبير عنه ... راجع فى هذا :

V. GAUDRAT (P.): Les démêlés intemporels d'un couple à success: Le créateur et l'investisseur, RIDA 2001, no 109, pp. 128 ss.

فى تحقيق إبداعه، إلا أن هذه الأشياء مجرد دعامة مادية لمضمون إبداعه يتم
تثبيت المصنف عليها ومهما كانت قيمتها المادية فلا يمكن أن تتكافئ مع قيمة
المضمون الإبداعي، ولذلك كان نص المادة (L.111-1) ملكية فكرية فرنسية
واضحاً وتماماً قرر للمؤلف «حق ملكية معنوية».

«Un droit de propriété incorporelle»

فحق الملكية هنا يتميز بطبيعته المعنوية – وكما يقرر جانب من الفقه وبحق

– كنموذج لحق الملكية^(١).

وإذا كان القانون المصرى – وكذلك الفرنسى – رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢
يسمى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية، فينبغى أن يفهم من هذه العبارة أن
هدف القانون ليس حماية المصنف فى حد ذاته، وبصفة مجردة، ولكن حماية
المصنف لصالح مؤلفه^(٢).

فالمصنف إذن لا يتفصل عن مؤلفه ولا يهدف القانون إلى الاكتفاء بحماية
حقوق هذا المؤلف بأن يضمن له حصوله على حقه المالى دفعة واحدة، ثم لا

(١) راجع ماقرره الأستاذ : (BERGE (J-S).

«Le droit d'auteur a donc comme modèle le droit de propriété.

V. BERGE (J-S.): Nature du droit d'auteur – objet matériel
J.CL. prop. Litt. Et art., Fasc 1130, 50/2001, n° 5.

(٢) راجع فى نفس المعنى :

V. PONTIER (J.- M.): «La notion d'oeuvre d'art», Revue de
droit public, 1990, p. 1405, qui disait: Le droit de la
propriété littéraire et artistique se propose de protéger
non l'oeuvre en elle- meme mais (L'oeuvre au profit de
son auteur).

شأن له بالمصنف بعد ذلك^(١) وعلى الوجه الآخر، فلا يتصور القول بحماية المصنف مجرداً عن حماية مؤلفه^(٢).

وما يستفاد - كما يقرر جانب من الفقه وبحق - من نص الفقرة الأولى من المادة رقم L.111-1 ملكية فكرية فرنسي أنها أثر للفلسفة الشخصية التي تسيطر على مبادئ حماية الملكية الفكرية في القانون الفرنسي على وجه الخصوص، والاتجاه اللاتيني على وجه العموم، فحقوق المؤلف بمقتضى ملكيته المعنوية على مصنفه الأدبي « L'auteur d'une oeuvre de l'esprit » تتأتى من مجرد ابتكاره « du seul fait de sa création » وهكذا، فحيث تولد هذه الحقوق كأثر لفعل الابتكار الذي تم التعبير عنه فلا حاجة بعد ذلك لنظام الإيداع القانوني ليمارس حقه المالى الاستثنائي على مصنفه على عكس القواعد الخاصة بنظام براءة الاختراع De brevet d'invention^(٣).

(١) وتأكيداً لذلك، جاء فى المادة رقم ١٤٩ - من الكتاب الثالث (حقوق المؤلف والحقوق المجاورة) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ - التى تنظم مسألة تنازل المؤلف عن كل أو بعض حقوقه المالية إلى الغير بأنه (... ويكون المؤلف مالكا لكل ما لم يتنازل عنه صراحة من حقوق مالية ...).

(٢) ولذلك نجد فى نص المادة رقم ١٣٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى أن المشرع بعد أن أوضح معنى «المصنف» ومعنى «الابتكار» حدد معنى «المؤلف» بأنه الشخص الذى يتكر المصنف، ولتأكيد الدمج الختمى بين المصنف والمؤلف له: قرر أنه (... يُعد مؤلفاً للمصنف من يذكر اسمه عليه أو ينسب إليه عند نشره باعتباره مؤلفاً له ما لم يقم الدليل على غير ذلك ... إلخ ...) وللتأكيد على الفكرة المطروحة فى المتن قرر بأنه (... ويعتبر مؤلفاً للمصنف من ينشره بغير اسمه أو باسم مستعار بشرط ألا يقوم شك فى معرفة حقيقة شخصه ... إلخ ...).

(٣) راجع :

V. DRAI (L.): thèse précitée, N° 337, p. 148 et «sur = = =

ويعتقد جانب من الفقه بأن نص المادة (L.111-1) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسية يشكل محوراً جوهرياً يعبر عن فلسفة حق المؤلف بصرف النظر عن تباين النماذج الإبداعية، وكيفما يكون الإبداع المعبر عنه، وأن هذا النص ينبغي أن ينطبق دون لبس أو غموض باعتباره في مستوى المبادئ التي تحكم حقوق المؤلف^(١).

ويضيف البعض تحديداً - وبحق - بأن هذه الحقوق التي قررها النص لا تثبت إلا للشخص الطبيعي^(٢).

l' "inutilité d'un depot pour bénéficiaire du droit d'auteur:
CA Aix-en province, 5^e ch., 30-11-1987, Juris-data n°
49969. sur la nécessité d'un dépôt en matière de brevet
d'invention: art. L. 612-1 ss. C. propr. Intell.

♦♦ ويراجع كذلك: أ/ عماد الدين يوسف إمام حسن التومي «التشريعات العربية لإبداع المصنفات»، الطبعة الأولى، القاهرة، سنة ٢٠٠٠م، بدون ناشر. ويقرر الأستاذ الدكتور/ محمد حسام محمود لطفى في تقديمه لهذا الكتاب «التويه بقيمة الإبداع لتوفير قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس على أسبقية المبدع إلى إبداعه، إذا ما نازعه في ذلك منازع حيث يحصل المبدع على رقم إبداع محلى وآخر دولى من جهة إدارية معينة تتولى مهمة منح الأرقام وفهرسة وتصنيف الإبداعات الفكرية طبقاً للقواعد للتعرف عليها في هذا الصدد».

(١) راجع :

V. DRAI (L.): LE droit du travail intellectuel, thèse, précité,
N° 335, p. 148.

; DERVENOAEI (S. L.): L'Authenticité des oeuvres
d'art, thèse, Paris 1, L.G.D.J., 2006, N°: 7, p. 22.

(٢) راجع :

V. LUCAS (A.): Le salarié et le droit pécuniaire, in varii
auctores, La création salariée, INPI, 1989, p. 58.

♦♦ وإذا كان للمشرع المصرى قد عرف المؤلف بأنه «الشخص الذى يتكرر المصنف... إلخ» =

وأن المؤلف لمصنف أدبي بمقتضى عقد مقاوله تعهد فيه بإبداء عمل (تقنى أو علمى أو أدبى) أو عقد إيجار خدمة لا يؤدي إلى خرق مبدأ ملكية المؤلف لمصنفه ملكية معنوية، فيظل متمتعاً وممارساً للحق الذى أثبتته له الفقرة الأولى (السابقة) (١).

٢٨- وبعد، نقسم هذا البحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول: نقل العامل المؤلف لحقه المالى على مصنف إلى صاحب العمل.

المطلب الثانى: حق العامل المتكرر فى مقابل مالى لقاء تصرفه فى حقه المالى على مصنفه.

= مما يوحي بأن إطلاق لفظة «شخص» تنصرف إلى كل من الشخص الطبيعي والشخص الاعتبارى، إلا أن القيد الوارد فى التعريف والمتمثل فى عبارة «الذى يبتكر المصنف» تحده بالشخص الطبيعي فقط، ولا يقال فى هذا الصدد بأن المشرع نفسه وفى ذات المادة قد أضفى على الشخص الاعتبارى صفة المؤلف، وذلك فى تعريفه للمصنف الجماعى وتما سمح لهذا الشخص بنشر هذا المصنف باسمه لماذا؟

لأن عبارة المشرع هى: المصنف الجماعى هو: المصنف الذى يصنعه أكثر من مؤلف بتوجيه شخص طبيعى أو اعتبارى ... إلخ ... مما يعنى أن دور الشخص الاعتبارى ينحصر فى مجرد التوجيه إلى تحقيق المصنف وتوفير رأس المال اللازم لذلك، فمساهمته إذن مجرد مساهمة مادية، وبسبب ضخامة رأس المال اللازم لإنجاز هذا المصنف وكذلك المصنف المشترك، أراد المشرع أن يخوله الحق فى جنى ثمار أمواله المستثمرة، ولم يغفل جانب المساهمين بمساهمات مبتكرة (المؤلفين)، بل وضع الأحكام القانونية التى تؤكد صفتهم كمؤلفين وتحكم روابطهم العقدية مع المنتج أو الشخص الاعتبارى.

(١) راجع: نص المادة رقم (L.111-1) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى كما يلى:

«L'existence au la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une oeuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa premier».

المطلب الأول

نقل العامل المؤلف لحقه المالى على مصنفه

إلى صاحب العمل

٢٩- لا يستقيم مع مبادئ الشريعة العامة للملكية الفكرية أن يتمتع صاحب العمل بالحق فى مباشرة الحق المالى على المصنف الذى يبتكره أحد عماله لمجرد واقعة قانونية واحدة تتمثل فى وجود عقد عمل بينهما^(١). وبعبارة أخرى فإن عقد العمل وفقاً لمحدداته القانونية شئ، أما ما يبتكره العامل من مصنفات أدبية فشى آخر لا علاقة له بمضمون عقد العمل بينهما^(٢).

(١) راجع فى هذا المعنى :

V. DRAI (L.): thésé précité, N° 380, p. 165.

والتى قررت: أن مبدأ ملكية المؤلف لمصنفه وفقاً لنص المادة (1-111.L) ملكية فكرية فرنسى يقتضى الإقرار بملكية العامل لمصنفه، ولا يتبغى لصاحب عمله أن يدعى بوجود حق مالى له على هذا المصنف لمجرد وجود عقد عمل بينه وبين عامله المبتكر. وإلا ما معنى حماية العامل المبتكر إذا لم يقر له القانون بحقه فى ملكية مصنفه؟ رغم أن الإقرار بوجود الحق شئ أما تفعيل ممارسته لمقتضيات هذا الحق فشى آخر... وهذا هو التساؤل المحورى للاجتماع الذى عقدته منظمة العمل الدولية فى جنيف عام ١٩٨٧... راجع الفصل الثالث من أعمال هذا الاجتماع، ص ٤١.

V. Organisation internationale du travail 1987, Imprimé par le Bureau International du Travail Genève, Suisse, p. 41.

وجاء فى رصد الواقع التشريعى فى مختلف دول العالم، بصدد كيفية حماية العامل المؤلف؟ أن ثمة اتجاهين فى هذه المسألة:

الاتجاه الأول: يتمثل فى أن دفع الأجر للعامل من قبل صاحب العمل، وفقاً لعقد العمل المبرم بينهما يكفى لأن يملك صاحب العمل الحقوق المالية الضرورية لاستغلال المصنف الذى = = ابتكره أحد عماله، فضلاً عن أن دفع الأجر المذكور يستبعد كل أجر إضافى أو تكميلى.

ويقين ملكية العامل المؤلف لمصنفه ملكية معنوية ومن ثم للحقوق الواردة عليه (١) يستتبع الشك في تمتع صاحب العمل بالحق المالى على هذا المصنف، فيكون واجباً قانوناً على صاحب العمل أن يحصل من العامل المؤلف على تنازل كتابى صريح يخوله الحق فى الاستغلال المالى لهذا المصنف، مع تحديد الحق المتنازل عنه من حيث مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه، ويكون العامل مالئاً لكل ما لم يتنازل عنه صراحة من حقوق مالية، ولا يعد ترخيصه باستغلال أحد هذه الحقوق ترخيصاً منه باستغلال أى حق مالى آخر يتمتع به على المصنف نفسه (٢) هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإن الأجر الذى حصل عليه العامل لقاء ما أداه من عمل

والانجاء الثانى : يقر بحق العامل المتكر على مصنفه، وأن يشارك صاحب عمله فى ثمرات استغلال هذا المصنف ولاسيما وقتما يكون هذا الابتكار ذا قيمة اقتصادية استثنائية أو فى حالة قيام صاحب العمل باستخدامه استخدامات لا حدود لها.
راجع : ص ٥٦ من «الفصل الثالث» من «أعمال هذا الاجتماع» والمراجع المشار إليها فى هذا الصدد كما يلى :-

- V. Par exemple CUILIER (R.): «Salariat et droit d'auteur, Le droit d'auteur (Genève, OMPI) avril 1979, pp. 121- 133.
; LIMPERG (Th.): «Les droits des employés en leur qualité d'auteurs» Ibid. sept. 1980, pp. 235- 243.
; FABIANI (M.): «La protection des droits des auteurs salariés» (Paris, CISAC), 1981, n° 92, pp. 63-65.

(١) وفقاً لنص المادة (L.111-1) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى، وكذلك المادة رقم (١٤٧) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ والتي خولت المؤلف الأحكام التى تترتب على ملكيته لمصنفه ملكية معنوية، وإن كان النص المصرى لم يصرح بها مباشرة فى نص قانونى كما فعل المشرع الفرنسى بل اكتفى - كما قررت - بتحويل المؤلف وخلفه العام من بعده الحق الاستثنائى فى الترخيص أو المنع لأى استغلال لمصنفه بأى وجه من الوجوه.

(٢) استجابة لنص المادة رقم (١٤٩) من القانون المصرى المذكور، ولنص المادة رقم (L.122-7) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى.

لا يتضمن أجره عن هذا التنازل، فلا علاقة للأجر المتفق عليه في عقد العمل، بالمقابل المالى الذى ينبغى أن يحصل عليه العامل لقاء تنازله عن بعض أو كل حقه المالى إلى صاحب عمله (١).

(١) فمن أهم أهداف الملكية الفكرية ضمان حصول المؤلف على الثمرات المالية لإبداعه، وعدم الإخلال بمقوق المؤلف الأدبية المنصوص عليها فى تشريعات حماية حقوق الملكية الفكرية. فمن حق العامل إذن أن يحصل على أجر خاص فى مقابل استغلال صاحب عمله لمصنفة وفى حدود وضوابط العقد أو الاتفاق الذى سيبرم بينهما بصدد مسألة تنظيم استغلال الحق المالى على المصنف.

وعلى سبيل المثال فى التشريعات المقارنة، نجد أن العامل فى جمهورية ألمانيا الديمقراطية متى كان مؤلفاً لمصنف، فإنه يستفيد من أجر خاص فى حالة استخدام صاحب عمله لهذا المصنف مجرد الاستخدام العادى *D'usage normal* رغم أن العقد المبرم بينهما كان يخول المنشأة التى يعمل بها العامل الحق فى التمتع بثمرات الاستغلال المالى لما يبتكره العامل من مصنفات .. وينص القانون الألمانى فى هذه الحالة على حق العامل المؤلف فى الحصول على تعويض *une compensation* يتكافئ مع قيمة ابتكاره، متى كان عقد العمل لا يخوله هذا الحق، ولا يوجد اتفاق بينه وبين صاحب عمله بصدد هذا الحق.

«La loi prévoit une compensation pour l'auteur salarié pour autant qu'il ne résulte rien d'autre du contrat de travail ou de la volonté des parties».

راجع: ص ٥٦ من أعمال الاجتماع الخاص بمنظمة العمل الدولية، عن حماية حق العامل المؤلف والعامل المخترع، مرجع سابق.

وفى قضاء محكمة **Leipzig**، الألمانية: قُضى بأنه لا توجد فى بنود عقد العمل أية قرينة أو إشارة أو دلالة على أن إرادات الأطراف قد قصدت استبعاد الأجر الخاص للعامل المبدع بسبب إبداعه ... وتم ذلك فى قضاء ٩ من مايو سنة ١٩٨٤ الذى يتوافق بذلك كلية مع مبادئ حماية حق المؤلف.

وسبق أن قرر القضاء الألمانى - على العكس - بأنه من حيث المبدأ يكون حق العامل المؤلف فى المطالبة بأجر خاص مستبعداً، مادام أن مصنفة قد نتج حصرياً كآثر لتنفيذه = =

٤٠ وتتساءل عن : شكلية تنازل العامل المؤلف عن حقه المالى؟

تفرض تشريعات حماية حقوق الملكية الفكرية لانعقاد التصرف فى الحق المالى على الأطراف وجوب التنازل الصريح المكتوب هذا من جانب (١).

ومن جانب آخر قررت التشريعات فروض معينة فى مصنفات بعينها «لافتراض هذا التنازل» «Presomption de cession».

وعلى هدى ما تقدم، نحاول تحديد ضوابط تنازل العامل المؤلف عن حقه المالى لصاحب عمله مع بحث حقه فى المقابل المالى لقاء هذا التنازل كما يلى :

الفرع الأول : التنازل عن الحق المالى لصاحب العمل .

= = لالتزامه الذى فرضه عليه عقد عمله مع المنشأة.

وإن كان هذا القرار فى تصورى لا يتوافق كلية مع حق المؤلف لاسيما إذا كان ابتكار العامل يتجاوز ما تم تقديره فى العقد، ويخول المنشأة استخدامات غير محدودة النطاق، مما يعود عليها بالريح الوفير.

وفى يوغوسلافيا **Yougoslavie** : نجد نصراً قانونية تقرر للمؤلف العامل «بالحق فى أجر خاص» «Le droit à une retribution spéciale» كعميىض أو موازنة للحق الحصرى الذى يستفيد منه صاحب العمل فى استخدام المصنف فى نطاق نشاطه المنتظم لمدة ٥ سنوات دوغماً أن يكون فى حاجة إلى الحصول على تصريح بذلك من العامل المؤلف.

وفى هنغاريا (بودابست) **Hongrie** : «بيث القانون للعامل المؤلف الحق فى الأجر إذا تعاقد صاحب عمله مع الغير بشأن استخدام مصنف هذا العامل».

«L'auteur salarié a droit selon la loi à une rétribution si l'employeur conclut un contrat d'usage avec un tiers».

(١) هذا بالنسبة لما أوجبه نص المادة رقم (١٤٩) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ حيث أنها - على خلاف النص الفرنسى المادة رقم (3-131.L) - جعلت الكتابة شرطاً لانعقاد التصرف. فى حين أن النص الفرنسى ونصوص أخرى - كما سنرى لاحقاً - لم تتطلب الكتابة كشرط لصحة التصرف واعتبرته مجرد وسيلة من وسائل الإثبات.

الفرع الثاني : حظر تصرف المؤلف فى مجموع إنتاجه الفكرى المستقبلى.

الفرع الثالث : الوعد بالفضليل «كاستثناء».

الفرع الأول

التنازل عن الحق المالى لصاحب العمل

١- تعديد وتقسيم :

«يتمتع [العامل] المؤلف وخلفه العام من بعده بحق استثنائى فى الترخيص أو المنع لأى استغلال لمصنفه بأى وجه من الوجوه»^(١) الأمر الذى عبر عنه قضاء النقض المصرى بأن المؤلف - «بصورة مطلقة» - يتمتع باحتكار استثنائى على كل متحصلات استغلال مصنفه»^(٢)

وتقرر تشريعات الملكية الفكرية حقاً مالياً واحداً للمؤلف هو حقه المطلق فى استغلال مصنفه ليتمكن من الاستئثار بثمرات تقديمه للجمهور، إما بصورة مباشرة (حق التمثيل) Droit de representation^(٣) أو غير مباشر (حق

(١) راجع نص المادة رقم (١٤٧) من الكتاب الثالث الخاص بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة من القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى.

(٢) راجع : نقض مدنى فى ٣ من نوفمبر سنة ١٩٨٨م، طعن رقم ١٥٦٨، س ٥٤ق، مجلة القضاة س ٢٢، ع ١٤، سنة ١٩٨٩، ص ١٣٣.

وأنظر فى الفقه: د/محمد حسام لطفى، حقوق المؤلف، الطبعة الثانية، القاهرة، ٢٠٠٠م، ص ٤٥.

(٣) يتمثل هذا الحق فى نقل المصنف إلى الجمهور بصورة مباشرة كما فى «حق التلاوة العلنية» "Droit de réitation publique" بالنسبة للمصنفات الأدبية، و «حق الأداء العلنى» "Droit d'exécution publique" بالنسبة للمصنفات الموسيقية، و «حق العرض العلنى» "Droit de projection publique" بالنسبة للمصنفات السينمائية ... الخ

راجع: د/محمد حسام لطفى، المرجع السابق، ص ص ٥٢ و ٥٣.

النسخ (Droit de reproduction) (١).

ووفقاً لنص المادة رقم (L.122-7) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي،
يكون هذان الحقان قابلين للتنازل عنهما لتحقيق مقتضيات التنازل عن الحق المالى
سواء تم هذا «مجاناً» «à titre gratuit» أو «بمقابل» «à titre onéreux» .
وهكذا، وفي ضوء مقتضيات هذا النص يستطيع صاحب العمل أن يحصل على
حق استغلال المصنف الخاص بمن يعمل فى مؤسسته «من طريق حيلة التنازل»
«par le biais d'une cession» (٢).

غير أن ثمة عقبتين ينبغى على صاحب العمل تجاوزهما كضمانتين لحماية
حق المؤلف، وهما :

أولاً : وجوب احترام شكلية هذا التنازل.

ثانياً : حظر التنازل الإجمالى عن مصنفات العامل المستقبلية.

٤٢ وعن وجوب التنازل الصريح :

يقرر المشرع سواء فى مصر (٣) أو فى فرنسا (٤) وجوب أن يكون التنازل

(١) راجع : نص المادة (L.122-1) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي.

(٢) راجع :

V. BERTRAND (A.): Le droit d'auteur et les droits voisins,
2^e éd. Dalloz, 1999.

; POUILLET (E.): Traité de la propriété littéraire et
artistique et du droit de representation, paris 2^e éd. 1984.

(٣) راجع : نص المادة (١٤٩) من الكتاب الثالث الخاص بحق المؤلف والحقوق المجاورة من قانون
حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م.

(٤) راجع بصدده «ضرورة التنازل الصريح» :

«La nécessité d'une cession expresse»

نص المادة رقم (L.131-3) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي التى تقرر:

V. Art. (L.131-3):

= =

عن الحق المالى من قبل المؤلف صريحاً ومحددأً تحديداً دقيقاً نافياً للجهاالة من حيث مداه والغرض منه ومدة استخدامه ومكانه.

ولما كان عقد العمل لا يتضمن فى حد ذاته تنازلاً تلقائياً Cession automatique عن الحق المالى - الذى يستأثر به العامل «المؤلف» - لصاحب عمله ،

فماذا عن فكرة «التنازل الضمنى» «Une cession tacite» ؟

من الثابت أن مسألة «نقل الحق المالى» من مسائل الواقع التى يستخلصها قاضى الموضوع استخلاصاً سائغاً ومبرراً من ظروف الحال وواقع الدعوى ، غير أن محكمة قضاء أول درجة ببافيس (١) وكذلك قضاء استئناف Douai (٢) قد

= = «La transmission des droits de l'auteur est subordonnée à la condition que chacun des droits cédés fasse l'objet d'une mention distincte dans l'acte de cession et que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination quant au lieu et quant à la durée».

(١) راجع :

V. TGI paris, 3-7-1969, JCP 1970 éd. G., II, 16415
«admission d'une cession tacite dans la limite de l'activité de l'employeur».

(٢) راجع هذا القضاء كما يلى :

V. CA Douai, 12-11-1990.

والذى جاء به :

«Compte tenu de la complexité, et surtout de incertitude des rapports ayant alors existé entre les parties, la notion de cession tacite n'est pas totalement à écarter, à titre limité».

ونلاحظ من عبارات هذا القضاء وما سبقه أن الإقرار بفكرة التنازل الضمنى ، أى افتراض قبول العامل لهذا التنازل دونما وجود لشكلية تنازل صريح ، قد أقر القضاء به فى نطاق واحد محدد ألا وهو وقتما يكون ابتكار العامل فى إطار الأنشطة التى تقوم بها المؤسسة التى = =

أجازا فكرة التنازل الضمنى من قبل العامل عن حقه المالى كمؤلف لمصلحة صاحب عمله مادام أن ما قام به العامل فى نطاق أنشطة صاحب العمل ، ووقتها تم من طريق هذين الحكمين القضائيين افتراض قبول العامل لهذا التنازل لمصلحة المؤسسة التى يعمل بها.

وبعد حين، أقر قضاء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية بالحقيقية القانونية بمناسبة نقض حكم الاستئناف الذى قرر بتنازل العامل المؤلف ضمناً عن حقه كمؤلف لصاحب عمله ، وجاءت عبارات قضاء النقض صريحة فى أن عقد العمل بين الطرفين لا يتضمن أى اتفاق بينهما يتعلق بهذا التنازل وفقاً لنصوص المادتين: رقم (L.111-1) فى فقرتها الثالثة و رقم (L.131-1) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى، وبذلك يكون قضاء الاستئناف مستوجباً نقضه للخطأ فى تطبيق نصوص القانون، حيث أنه رفض تطبيق النصوص القانونية المذكورة (١).

= = يعمل بها غير أننا لا نتفق مع هذا المنطق الذى لا يتفق مع صراحة نصوص قانون حماية الملكية الفكرية ولاسيما نص المادتين ١٤٩ مصرى ، والمادة رقم (L.131-3) فرنسى.

(١) راجع هذا القضاء الصادر فى ١٦/١٢/١٩٩٢م كما يلى :

V. Cass. Civ. 1^{re}, 16-12-1992, RIDA, avril 1993, Jurisp., p. 193, note: SIRINLLI.

وجاء منطوق الحكم مرتبطاً بأسبابه على النحو التالى :-

«en statuant ainsi, alors [...] qu'il ressort des constatations de l'arret que les parties n'avaient conclu aucune convention de cession comportant les stipulation prévues par les disposition invoquées par M.G. (articles L.111-1, alinéa 3 et L.131-3 CPI) [...], La cour d'appel a violé ces texts par refus d'application».

نستحسن ما قرره قضاء النقض الفرنسى من رفضه لفكرة التنازل الضمنى من طريق افتراض موافقة العامل المبتكر على ذلك، لأن ذلك يمثل تجاهلاً واضحاً لنصوص قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسى هذا من جانب.

ومن جانب آخر، لا يوجد نص قانونى فى قانون العمل يعالج موقف العامل المبتكر لا من قريب أو بعيد، ولا يوجد أيضاً فى قانون حماية الملكية الفكرية سواء فى مصر أو فى فرنسا وأغلب تشريعات العالم ما يتعلق بتنظيم حقوق العامل المبتكر، وفى غياب هذا النص القانونى الذى يقرر التنازل التلقائى أو الضمنى لمجرد وجود صلة بين الابتكار ونشاط المؤسسة التى يعمل بها العامل، فلا يوجد أى مبرر قانونى لاستعارة نص المادة رقم (L.611-7) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى الخاص باختراعات العمال.

وفى حالة عدم وجود نص قانونى ينبغى تطبيق الشريعة العامة فى الملكية الفكرية فى ضوء نص المادة (L.111-1) ملكية فكرية فرنسى، والمادة (١٤٧) من قانون حماية الملكية الفكرية المصرى، والتى تثبت الأولى ملكية المؤلف لمصنفه ملكية معنوية وترتب على ذلك تمتعه بحقوق المؤلف كاملة على مصنفه، أما المادة المذكورة فى القانون المصرى فثبت الحق الاستثنائى للمؤلف وحده دون سواه، كأثر بالضرورة للملكيته لمصنفه ملكية معنوية.

وتطبيق الشريعة العامة أى تشريعات حماية الملكية الفكرية نجد الفقرة الثالثة من المادة رقم (L.111-1) ملكية فكرية فرنسى وكذلك المادة رقم (١٤٩) ملكية فكرية مصرى تُخضعان تنازل المؤلف - سواء كان عاملاً أم لا وبصرف النظر عن مهنته أو وظيفته - عن حقه المالى على مصنفه «لشكليه جامده» « à un

(^١)، Formalisme strict

وَقَضِيَ بَأَن : عدم وجود تنازل صريح في العقد بين العامل المؤلف وصاحب العمل، يعنى احتفاظ العامل (المؤلف) بحقوق المؤلف كاملة وحدة دون سواء (^٢).

وَقَضِيَ كَذَلِكَ بَأَن : تصريح المؤلف للغير بتحويل مصنفه الأدبي إلى عمل مسرحي يقدم في الأوبرا لا يعنى موافقته على تحويله أيضاً إلى فيلم سينمائي (^٣).

(^١) راجع: نص المادة رقم (L.122-7) ملكية فكرية فرنسي، والتي تكاد تتطابق مع نص المادة (١٤٩) من تقنين حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢. وكيرهان لهذه الشكلية الجامدة يراجع بتلخيص نص المادة المذكورة كما يلي:-

V. Art. L.122-7 C. propr. intell.:

«La Cession du droit de représentation n'emporte pas celle d u droit de reproduction. La cession du droit de reproduction n'emporte pas celle du droit de représentation. Lorsqu' un contrat comporte cession totale de l'un des deux droits visés au présent article, la portée en est limitée aux modes d'exploitation prévus au contrat».

(^١) راجع: حكم محكمة استئناف Versailles في ١٣/٢/١٩٩٢.

V. CA Versailles 13-2-1992, D. 1993, p. 402, note: EDELMAN

وفي نفس المعنى أنظر قضاء النقض :

V. Cass. Civ. 1re, 18-12-1979, Bull. Civ, I, n° 326.

(^٢) راجع:

V. Cass. Civ. 1^{re}, 22-6-1959, D. 1960, p. 129, note DESBOIS.

- فالتص القانوني المصري (١٤٩م) ملكية فكرية: يحدد صراحة بأن الحق محل ==

وقضى كذلك بأن : «التصريح بنسخ فيلم سينمائي فى شكل (35 mm et 16 mm) لا يعد موافقة على نسخه على أشرطة فيديو» (١).

وقضى بأن : عدم تحديد النطاق الزمانى للحق فى الاستغلال المالى المتنازل عنه، لا يخول صاحب العمل الحق فى هذا الاستغلال فى مطلق الزمان (٢).

= = التصرف (أى المتنازل عنه) ينبغى أن يكون محمداً من حيث ا... مده والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه.

- وفى النص الفرنسى (L.122-7) كذلك ينبغى أن يكون نطاق استغلال الحقوق (المالية) المتنازل عنها محمداً

(«Quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée»).

(١) راجع :

V. Cass. Civ. 1^{re} 29-6-1982, Bull. Civ., I, n° 244.

«L'autorisation de reproduction d'un film cinématographique en formats 35 mm et 26 mm ne vaut pas accord pour la reproduction sur bande magnétique».

وذلك فى ضوء نص المادة رقم (L.121-1) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى والذى تقرر أن

«Les dispositions du présent code protègent les droits des auteurs sur toutes les oeuvres de l'esprit, Quels qu'en soient le genre, la Forme d'expression, le mérite au la destination».

- «حيث أن نصوص هذا التقنين (يقصد قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسى) تحمى حقوق المؤلف لكل المصنفات الأدبية بصرف النظر عن نوعها (صنفها) أو شكل التعبير عنها أو قيمتها أو غايتها».

- تتطابق مع تعريف (المصنف) فى المادة رقم (١٣٨) بند رقم (١) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م.

(٢) راجع :

V. CA paris, 28-11-1984, D. 1985, Som. Com., p. 316, obs: COLOMBET.

وهكذا الأمر بالنسبة للنطاق المكاني^(١).

٤٤ **وبالنسبة للكتابة:** هل تعد شرطاً لصحة التنازل أم أنها مجرد وسيلة من وسائل الإثبات؟

إن التدبير في نص المادة رقم (L.131-3) ملكية فكرية فرنسي ينبئ عن أن الكتابة ليست شرطاً لصحة التنازل^(٢). في حين أن تطلب الكتابة يظهر بوضوح في نص المادة (L.131-2) وبالتحديد في ثلاثة نماذج من العقود هي:

- «عقود التمثيل» «Les contrats de représentation» .

- و«عقود النشر» «Les contrats d'édition» .

- و«عقود نسخ السمعي البصري»

«Les contrats de production audiovisuelle»^(٣).

واعتبر القضاء الفرنسي أن تطلب الكتابة وفقاً لنص المادة المذكورة لا يراد

منه إلا الإثبات فقط ، فالكتابة إذن مجرد وسيلة للإثبات^(٤).

(١) راجع :

V. Cass. Civ.1^{re}, 9-10-1991, Bull. Civ., I, n° 253.

(٢) راجع نص المادة (L.131-3) ملكية فكرية فرنسي.

(٣) راجع نص المادة (L.131-2) ملكية فكرية فرنسي.

(٤) راجع :

«La jurisprudence considère que cette prescription ne vaut qu'à titre de preuve».

V. Cass. Civ. I^{re} 12-4-1976, Bull. Civ. I, n° 123.

❖ ومن الجدير بالذكر أن الفقرة الثانية من المادة (L.131-3) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسية قد تطلبت ضرورة الكتابة بصدد تحويل الحق في نقل المصنف السمعي البصري لعمل أى فن أدبي مختلف

«La nécessité d'un écrit pour Les cessions portant sur les droits d'adaptation audiovisuelle».

==

أما في قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢، فإنه أحسن صنفاً وقتما جعل الكتابة - فيما يتعلق بالتصرف الذي محله التنازل عن الحق المالى للمؤلف إلى الغير - شرطاً لانعقاد هذا التصرف (١).

٤٥ رأينا الخاص :

الواقع أن العبارات التى تناول بها المشرع الفرنسى تنازل المؤلف عن حقه المالى إلى الغير تفترض أن الكتابة تعد ضرورة لضمان حقوق طرفى التصرف (٢)، ونستحسن - كما سبق البيان - موقف المشرع المصرى وقتما تطلب هذه الكتابة كشرط لانعقاد التصرف هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإن العامل يعد مؤلفاً كثيره من المؤلفين مما يقتضى استفادته من حقوق المؤلف كما أثبتتها تشريعات حماية الملكية الفكرية، لأن العامل بذلك يصبح شريكاً حقيقياً لصاحب العمل، ومن حقه أن يضمن له القانون بوصفه مؤلفاً الحق فى مراقبة استغلال صاحب العمل لإبداعه من طريق تنفيذ التنازل الصريح المحدد كتابة من جانبه لصاحب عمله باستغلال مصنفه مالياً، وهكذا نصل إلى توازن حقيقى بين المنطق الاقتصادى فى قانون العمل، والمنطق الشخصى فى قانون حق المؤلف.

فالتنازل الصريح المكتوب يضمن مصلحة الطرفين، العامل وصاحب العمل، بحيث يتحقق لهذا الأخير الأمان الاقتصادى، وفى ذات الوقت يعنى العامل ثمار

= = = وبالنسبة للحالات الأخرى، فإن المادة (2-131.L) ملكية فكرية فرنسى قد أحالت الموضوع - أى فيما يتعلق بالإثبات - إلى نص المواد من رقم ١٣٤١ إلى ١٣٤٨ من التقنين المدنى الفرنسى.

(١) «... ويشترط لانعقاد التصرف أن يكون مكتوباً.... إلخ....» راجع نص المادة رقم (١٤٩) ملكية فكرية مصرى.

(٢) راجع فى هذا المعنى قضاء النقض الجنائى الفرنسى كما يلى :-

V. Cass. Crim, 11-4-1975, D. 1975, p. 759, note: DESBOIS;
JCP 1976, Éd. G, 18345, note: PLAISANT.

الفرع الثانى

حظر تصرف المؤلف فى مجموع إنتاجه

الفكرى المستقبلى

٤٦ يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً كل تصرف للمؤلف فى مجموع إنتاجه

الفكرى المستقبلى^(٢).

ولما كان صاحب العمل ليس هو المالك للمصنفات التى يبتكرها عماله، مما

يوجب عليه القانون الحصول على تنازل صريح ومكتوب منهم عن الحق فى

الاستغلال المالى لهذه المصنفات، فإن التساؤل الذى يفرض نفسه هو: هل يمكن

لصاحب العمل أن يدرج شرطاً فى عقد العمل بمقتضاه تصبح الحقوق المالية على

المصنفات المبتكرة من قبل عماله متنازلاً عنها له؟

وبعبارة أخرى، فإن كنا بصدد تنازل صريح مكتوب عن الحقوق المالية، على

مجموع إنتاج العمال الفكرى المستقبلى إلا أنه تنازل مسبق، فما هو حكم القانون إزاء

هذا التنازل السابق لأوانه؟

(١) لاسيما وأن التحديات المفروضة على عالم اليوم تقتضى مواجهتها الاهتمام بالصناعات الإبداعية من طريق احتضان رأس المال الإبداعى والعاملين الإبداعيين عموماً، لحثهم على المشاركة فى المشروع الاقتصادى الذى يسعى صاحب العمل إلى إنجازه.

♦ ولزيد من المعلومات عن أهمية الصناعات الإبداعية فى اقتصاد اليوم .. راجع: الجزء الثانى من كتاب «الصناعات الإبداعية» من إصدارات عالم المعرفة، تحرير جون هارتلى، وترجمة بدر السيد الرفاعى، مايو سنة ٢٠٠٧م، العدد رقم ٣٣٩.

(٢) وهذا المبدأ قرره المادة رقم (١٥٣) من تقنين حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى، وكذلك

المادة رقم (L.131-1) من تقنين حماية الملكية الفكرية الفرنسى.

«La cession globale des oeuvres futures est nulle»

رغم صراحة النص القانوني - سواء في مصر أو فرنسا - بحظر هذا التنازل إلا أن الأمر في حاجة إلى بيان لعلنا نتدبر في مبررات هذا الحظر.

بداية، سيكون التنازل المسبق غير محدد مما يخالف نص المادتين (L.113-3) ملكية فكرية فرنسي و (١٤٩) ملكية فكرية مصري.

وحتى - كما يقرر البعض (١) - وبحق - فإن ثمة صعوبة حقيقية في معرفة مقدمة لما سيكون عليه إبداع العامل.

وإذا كانت الأشياء المستقبلية يمكن أن تكون محلاً للالتزام (٢) فإن البطلان المطلق للتنازل الإجمالي من قبل المبتكر عن حقوقه المالية على مجموع إنتاجه الفكري المستقبلي يجد مبرراته في الرغبة في حماية المؤلف حتى من نفسه، كي لا يقع فريسة للمضاربة على شئ قد يحدث وقد لا يحدث (٣).

(١) راجع في هذا المعنى :

V. LUCAS (A.): Le salarié et le droit pécuniaire, in varii auctores,

; La création salriée, INPI, 1989, p. 61.

; LUCAS (A.): Le droits d'auteur sur les créations salariées, in Les droit de propriété intellectuelle sur les inventions et créations des chercheurs salariés, éd. Tec. Et Doc. 2001, pp 48 ss.

(٢) وفقاً لنص المادة رقم (١١٣٠) من التقنين المدني الفرنسي التي تقرر أن:

«Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation».

- وتقرر الفقرة الأولى من المادة رقم (١٣٠) من التقنين المدني المصري أنه: «يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً».

(٣) راجع في هذا المعنى :

V. Ence sens: GAUTIER (P- Y.): Propriété littéraire et artistique, PUF. 1999, p. 419.

; LUCAS (A. et J- J.): Traité de la propriété littéraire et =

ونلاحظ، أن صياغة النص الفرنسي تتسم بالرعونة وعدم الدقة، حيث أن نص المادة (L.131-1) ملكية فكرية فرنسي قد جعلت محل الحظر هو «المصنفات المستقبلية»، «des oeuvres futures»، في حين أن المحل يتحدد في الحقوق المالية للمؤلف على المصنفات، وليس في المصنفات ذاتها.

ويقتضى القانون أن يحصل صاحب العمل على تنازل صريح مكتوب عن الحق المالي الذي يثبت لمن يعمل في مؤسسته على مصنفه بالنسبة لكل مصنف على حده ووقتما يتحقق هذا المصنف، وذلك وفقاً للشكل الذي حددته المادة (1٤٩) من تقنين حماية الملكية الفكرية المصري والمادة رقم (L.131-3) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي^(١).

وفي الختام، نستحسن صياغة المشرع المصري وقتما قرر الحظر في عبارات لا تثير اللبس أو الغموض، في حين أن صياغة المشرع الفرنسي كانت وما زالت محل نقد من جانب العديد من الفقه الفرنسي^(٢).

= artistique, Litec, 2^{ème} éd. 2001, p. 411.

(١) راجع في هذا المعنى :

- V En Ce sens: GAUTIER (P- Y.) op. cit., P. 421;
COTTEREAN (V.), op. cit., n° 90.
; SIRINELLI (P.): obs. sous, Cass. Civ. I^{re}, 16-12-1992,
RIDA 2/1993, p. 193.
; POLLAUD – DULIAN (F.): Propriétés intellectuelle
et travail salarié, op. cit.
; DERIEUX (E.): Note sous CA Pasris 10-5-2000, JCP
2000, éd. G. I, 10430.

(٢) راجع على سبيل المثال لا الحصر :

V. HUGUET (A.): Ordre public et contrat d'exploitation du =

ومهما يكن من أمر، فإن النصوص القانونية يجب أن تحترم ومن ثم، إذا ما رغب صاحب العمل في أن يستأثر بثمرات مصنفات عامل مبدع بالنسبة لإنتاجه الفكري المستقبلي، فيمكنه أن يجد من يوافقه من العمال على أن يخول له الحق في التفضيل، بحيث يتعهد بتفضيله عن سواء، وقتما يريد التنازل عن حقه المالي الاستثنائي بعد تحقيقه للمصنف.

الفرع الثالث

الوعد بالتفضيل (استثناء)

٤٧ استثناءً من النص القانوني الذي يقضي بحظر تصرف المؤلف في مجموع إنتاجه الفكري المستقبلي قررت المادة رقم (4-132.L) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي بأنه يكون مشروعاً (وجائزاً) الاشتراط الذي بمقتضاه يتعهد المؤلف بالموافقة على تحويل الناشر الحق في التفضيل بنشر مصنفاته المستقبلية، مادامت من صنف معين محدداً على وجه الدقة (١).

ويكون هذا الحق محدداً بخمسة مصنفات جديدة فقط من كل صنف، وتحسب من اليوم الذي يتم فيه توقيع عقد نشر المصنف الأول (٢) أو مئة خمس

= droit d'auteur LGDJ, 1961, p. 133.

: COLOMBET (C.): Propriété littéraire et artistique et droits voisins précis Dalloz, 9^e éd. 1999, p. 242.

(١) راجع النص الفرنسي المذكور على النحو التالي:

«est licite la stipulation par laquelle l'auteur s'engage à accorder un droit de préférence à un éditeur pour l'édition des ses oeuvres Futures de genre nettement déterminés».

(٢) «Ce droit est limité pour chaque genre à cinq ouvrages =

سنوات تحسب من تاريخ نشخ المؤلف لمصنفه^(١).

والواقع أن هذه الإجازة القانونية قد يستحسنها صاحب العمل بالنسبة للمصنفات التي يبتكرها عماله مستقبلاً، فهل يمكن أن يُدرج في عقد العمل شرطاً من هذا القبيل؟

بداوة لم يتناول المشرع «الوعد بالفضليل» «Le pacte de préférence» إلا في عقد النشر، ومن ثم يمكن أن يرفق بعقد العمل عقداً من هذا القبيل، ويجب أن يكون هذا العقد بالضرورة مكتوباً، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فمن حيث الموضوع فإن النص يتعلق بالحق في التفضليل بالنسبة لصنف معين من المصنفات المستقبلية محداً على وجه الحصر، وقد «فسر القضاء هذا الشرط الموضوعى بطريقة جامدة» «Une interpretation stricte» وقضى بعدم كفاية التفضليل من طريق تحديد نوع أو صنف المصنف، كأن يقال مثلاً أنه من صنف «العلوم الإنسانية» «Sciences humaines»^(٢) فهذا لا يعد تحديداً دقيقاً، فقد يكون جامعاً غير أنه لا يتصور أن يكون مانعاً، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، قضى بأنه ينبغي أن تكون المصنفات من صنف المصنف

= nouveaux à compter du jour de la signature du contrat d'édition conclu pour la première oeuvre» Art. (L.132-4), CPI.

(١) «Ou à la production de l'auteur réalisée dans un délai de cinq années à compter du meme jour» Art. (L.132-4), CPI.

(٢) راجع :

V. Cass. Civ. 1^{re} 5-2-1980, Bull. Civ., I, n° 45; RTD Com. 1980, p. 344, note: FRANÇON.

الذى كان محلاً للعقد المبدئى^(١).

فيتحدد صنف المصنف فى «مقال» «essai» مثلاً^(٢)، أو فى «موسيقى متنوعة» «musique variétés»^(٣).

ومن ثم، لا ينبغى أن يكون تحديد صنف المصنف المستقبلية من طريق الادعاء بأنه من صنف يتعلق بالوظائف التى تمارس من قبل العامل، أو الأعمال الموكولة إليه على وجه الإطلاق^(٤).

فمثل هذا الأمر لا يعد تحديداً ويخالف ما تطلبه النص القانونى، مما يدعو إلى الشك الذى يقود إلى يقين القول بعدم صحة عقد الوعد الذى تم بين صاحب العمل وأحد عماله.

والأصل فى عقد العمل - حماية للعامل - أن يكون غير محدد المدة بحيث يتضمن شرطاً لمصلحة أحد طرفيه العامل أو صاحب العمل، يكون له بموجبه

(١) راجع :

V. TGI Paris, 7-3-1986, D. 1988, som. Com. P. 208, obs: COLOMBET.

(٢) راجع :

V. TGI Paris 23-4-1971, RTD com. 1971, p. 1017, obs: DESBOIS.

(٣) راجع :

V. CA Paris, 6-9-1999, D. 1999, cah. Dr. aff. P. 35 note: J.F.

(٤) راجع :

V. TGI Paris 1-7-1971, RTD com. 1971, p. 95. obs: DESBOIS.

; CA Paris 8-7-1972, JCP 1973, éd. G. II, 17466 note: LORENTZ.

الحق فى إنهاء العقد بعد إخطار الطرف الآخر بفترة معينة، أى أن هذا الإنهاء يتوقف على إرادة من تقرر الشرط لمصلحته، وفى مثل هذا العقد يعد من عدم الأهمية بـمكان تحديد الحق فى التفضيل سواء من طريق المصنفات المستقبلية بأن يكون عددها خمسة فقط، أو من طريق مدة خمس سنوات^(١).

وفى حالة «عقد العمل محدد المدة» «Un contrat de travail à durée déterminée»، فمن المتصور أن يتضمن عقد العمل هنا بياناً بعدد المصنفات التى اتفق على إنجازها، حينئذ تتحدد مدة العقد بالمدة اللازمة لانتهاء من تحقيق العدد المتفق عليه^(٢)، أما لو أبرم عقد العمل فى هذا الخصوص لفترة زمنية معينة، فيمكن أن تكون مدة الخمس سنوات هى الملائمة لصحة الوعد بالتفضيل فى هذا الخصوص، ولا يكون مناسباً الحديث عندئذ عن فرض الخمسة مصنفات، لأن العقد قد ينقضى قبل تحقق الخمس مصنفات من قبل العامل، مما قد يرتب أضراراً لصاحب العمل^(٣).

ويلزم عقد الوعد بالتفضيل الملحق بعقد العمل العامل بتحقيق مصنفات

(١) لأن عقد العمل هنا يكون أيضاً غير محدد المدة متى ثبت لكل من طرفيه - بمقتضى بند أو شرط فيه - الحق فى إنهاء العقد بإخطار يوجه للطرف الآخر، قبل حلول الأجل المحدد لإنهاء العقد. راجع : د/ محسن البيه، مرجع سابق، ص ٦٦٨ و ٦٦٩.

(٢) راجع نص المادة (٦٧٨) مدنى مصرى التى تنص على أنه «يجوز أن يبرم عقد العمل لخدمة معينة أو لمدة معينة، كما يجوز أن يكون غير معين المدة».

ويراجع : د/ همام زهران، مرجع سابق، ص ٦٣١ وما بعدها.

و د/ محسن البيه، مرجع سابق، ص ٦٦٨ وما بعدها.

(٣) أنظر عكس هذا الرأى :

V. DRAI (L.): Thésé précité, N° 412, p. 176.

تامة، ويكون التزامه هنا جزءاً مكماً لعقد العمل^(١)، وعدم تنفيذ العامل لالتزامه قد يكون من قبيل الخطأ الجسيم إذا ثبت أن هذا الخطأ نشأت عنه أضراراً جسيمة لصاحب العمل، مما يبرر توقيع جزاء الفصل من الخدمة عليه من قبل صاحب العمل^(٢).

٨٨ ويبدو الوعد بالترفضيل Le pacte de préférence الملحق بعقد العمل حلاً حسناً للتسوية Le compromis بين صاحب العمل والعامل، فبالنسبة للعامل لا يجرد هذا الوعد من حقه المالي على مصنفة، لأنه سيسترده إذا ما رفض صاحب العمل الاستفادة من الحق المالي المتنازل عنه له على المصنف^(٣)

(١) لأنه وإن كان لا غنى لإبرام عقد العمل عن تحديد جنس العمل المتفق عليه إلا أنه يعد تحديداً كافياً لإبرام هذا العقد، تحديد جنس العمل، ولو لم يحدد نوعه (م ٦٨٢ مدني مصري)، ويكون عقد الوعد بالترفضيل في هذه الحالة خاص بمصنفات معينة على وجه الدقة كجزء مكمل لعقد العمل.

راجع في الالتزام بأداء العمل:

د/ همام زهران، مرجع سابق، ص ٢٦٤ وما بعدها.

و د/ محسن البيه، مرجع سابق، ص ٢٢٣ وما بعدها.

و د/ على عوض حسن، الوجيز في شرح قانون العمل الجديد، طبعة ١٩٩٦، ص ٢٩٠ وما بعدها.

(٢) وفي نفس المعنى راجع:

V. DRAI (L.): Thésé précité, no 413, p. 177.

وفي أحكام القضاء الفرنسي أنظر:

V. TGI Paris 23-4-1971, RTD com. 1971, p. 1017, obs: DESBOIS.

(٣) في نفس المعنى راجع:

V. DESIDERI (J-P.): La préférence dans les relations contractuelles, presse universitaire d'Aix- Marseille 1997.

هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإن نطاق تنازل العامل عن حقه المالى لصاحب العمل يكون محدوداً *limité* ومؤقتاً *Temporellement*، فضلاً عما يتم من طريق «المفاوضة الجماعية» *La négociation collective* من مراعاة لمصالح العمال ومصالح أصحاب الأعمال فى ضوء احترام تشريعات الملكية الفكرية، ولاسيما بالنسبة للعمال المبتكرين^(١).

المطلب الثانى

حق العامل المبتكر فى مقابل مالى بسبب

تصرفه فى حقه المالى على مصنفه

٤٩ تكمن إشكالية هذه المسألة فى عدم وجود تنظيم قانونى لحق العامل المبتكر فى مقابل مالى بسبب تصرفه فى حقه المالى على مصنفه لصاحب عمله^(٢).

(١) راجع :

V. FROSSARD (J.): «Syndicats professionnels (Liberté Syndicale)» J-Cl. Travail – Traité, Fasc. 12-10, 50/1997.

(٢) ففى أنظمة الدول ذات الاتجاه «الأنجلوسكسونى» *(Anglo-Saxonne)*: نجد أن المصنفات التى يبتكرها العامل فى نطاق عمله تكون مملوكة لصاحب العمل، ويكتفى بالأجر الذى يحصل عليه العامل لقاء قيامه بعمله ففى الولايات المتحدة الأمريكية مثلاً:

Aux Etats – Unis: «Les oeuvres créées par un salarié dans le cadre de son emploi, ainsi que certaines oeuvres commandées spécialement, appartiennent à l'employeur».

ونجد نفس هذا الحكم فى غانا GHANA واليابان JUPON وكندا واستراليا وسلايلانكا والسلفادور وكولومبيا إلخ راجع فى ذلك:

==

والشأبأ قانوناً فى فرنسا ومصر - والدول ذات الاتجاه اللاتينى - أن المصنف مملوك لمؤلفه الذى تثبت له عليه حقوق المؤلف ، وهذا هو منطق الشريعة العامة فى الملكية الفكرية الذى يجب تطبيقه على كل مبتكر سواء أكان عاملاً أم لا ، أى أن هذه الشريعة العامة تخاطب المؤلف بصفة مطلقة.

= V. Réunion tripartite sur l'auteur et l'inventeur salariés, op. cit., p. 33.

أما فى الدول ذات الاتجاه اللاتينى :

Dans les pays don't la legislation s'inspire de la tradition juridique latine:

يكون المصنف - بصورة عامة - مملوكاً لمؤلفه ملكية معنوية ، أى لمبدعه الحقيقى **au créateur réel** ولا يمكن لصاحب العمل أن يحصل على حق الاستغلال المالى للمصنف الذى ابتكره العامل لديه ، إلا من طريق تصرف هذا الأخير بأن ينقل له هذا الحق المالى بصورة محددة قانوناً على وجه الدقة. =

ورغم ذلك يحتفظ العامل المؤلف فى ذات الوقت بحقوق المؤلف ، فيما لم يتنازل عنه من حق مالى وبحقوقه الأدبية كاملة ، ما لم توجد اتفاقات قانونية تخالف هذا التصور العام بالنسبة للحق المالى على المصنف.

V. Parmi les articles et études qui traitent de cette question et de l'analyse des législations nationales, on citera Cuvillier (R.): «Salariat et droit d'auteur», Le droit d'auteur (Genève OMPI) avril 1979;

LIMPERG (Th.): «Les droits des employés en leur qualité d'auteurs». Ibid, sept. 1980,

ET ROUSSEL (G.): Le droit d'auteur des auteurs salarié et employés, Etudes ministère des Affaires culturelles, Direction des Services aux artistes (Québec, Gouvernement du Québec, 1987).

ومن ثم على صاحب العمل أن يحصل على تنازل صريح ومكتوب من العامل المؤلف، كي يتسنى له الاستفادة من الحق المالى على المصنف الذى ابتكره عامله.

٥٠. على أن مسألة أجر العامل المؤلف ينبغى أن يُراعى فى ضبطها أمران :

الأمر الأول : يتمثل فى استحقاق العامل لأجره عن ساعات عمله شأنه فى هذا شأن أى عامل عادى (١).

(١) والأجر هنا بالإضافة إلى أنه يكرس عنصر التبعية، يعد الالتزام الرئيسى الواقع على عاتق صاحب العمل مقابل التزام العامل بأداء العمل المتفق عليه .. وهو بالضرورة يشمل كل ما يستحق للعامل من مال مقابل قيامه بالعمل بصرف النظر عن الإسم الذى يطلق عليه أو نوعه أو صورته أو الطريقة التى يحتسب بمقتضاها أو كيفية الوفاء بها. وعُرِّفت المادة رقم (١) من قانون العمل المصرى رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ فى فقرتها (ج) الأجر بأنه : «كل ما يحصل عليه العامل لقاء عمله، ثابتاً كان أو متغيراً، تقدماً أو عتياً». ويعتبر أجراً على الأخص ما يلى :

- ١- العمولة التى تدخل فى إطار علاقة العمل.
- ٢- النسبة المئوية، وهى ما قد يدفع للعامل مقابل ما يقوم بإنتاجه أو بيعه أو تحصيله طوال قيامه بالعمل المقرر له هذه النسبة.
- ٣- العلاوات أياً كان سبب استحقاقها أو نوعها.
- ٤- المزايا العينية التى يلتزم بها صاحب العمل دون أن تستلزمها مقتضيات العمل.
- ٥- المنح إلخ
- ٦- البدل إلخ
- ٧- نصيب العامل فى الأرباح.
- ٨- الوهبة إلخ

ويراجع فى بيان الأجر :

د/ همام زهران، مرجع سابق، ص ٤٦٥ وما بعدها.

د/ محسن اليه، مرجع سابق، ص ٣٣٤ وما بعدها.

الأمر الثاني : يتعلق بخصوصية العامل المؤلف ، فهو ليس كغيره من العمال ،
ومن ثم ينبغي حصوله أيضاً على مقابل مالى يتعادل نسبياً مع
ما سيعود على صاحب عمله من مال بسبب استغلاله مالياً
لمصنفه^(١).

**وربما يُعتقد أن أجر العامل سواء أكان مؤلفاً أم لا هو المقابل القانونى لما
أداه العامل من عمل سواء أكان عملاً مادياً أم عملاً فكرياً على الوجه المبين فى
العقد ، ويقدر العمل الذى أداه ، هذا من جانب .**

**ومن جانب آخر، فإن المكافأة تعد أجراً وقتما يدفعها صاحب العمل مقابلاً
للجهد المبكر الذى بذله العامل المؤلف فى تحقيق مصنفه ، كما هو الشأن - فى
عقد العمل - من مكافآت يدفعها صاحب العمل لقاء زيادة معينة فى الإنتاج ...
إلخ ...**

**ويُرد على ذلك بأن المكافأة كى تعد أجراً يجب أن يكون صاحب العمل
ملزماً بدفعها بصرف النظر عن مصدر إلزامه بها ، عقد العمل الفردى ذاته ، أو
عقد العمل الجماعى أو لائحة تنظيم العمل^(٢).**

(١) راجع :

- V. VERDIER (J. - M.): Traité de droit du travail, sous la
direction de CAMERLINCK (G. - H.), DALLOZ, 1996.
; RADE (C.): Droit du travail et responsabilité civile,
LGDJ, 1997.
; BLEITRACH (D.) et CHENU (A.): «Le travail
intellectuel dans la production» La pensée, juill./Août
1984, n° 240, p.5.

(٢) راجع : نص المادة رقم (١)/٥ من قانون العمل المصرى ، والمادة رقم ٤/٦٨٣ مدنى مصرى. =

٥٨. وتتساءل: ماذا لو لم يلتزم صاحب العمل من تلقاء نفسه بتعويض العامل المتكرر مع خلو عقد العمل من شرط يلزمه بذلك؟

حقيقي عندئذ أن نبحث عن إقامة التوازن العقدى بين طرفين غير متكافئين، لاسيما وأن المطالبة بمقابل مالى عادل للعامل المؤلف لقاء تنازله عن حقه المالى على مصنفه لصاحب عمله يجد تبريره القانونى من طريق غير مباشر فى نص المادتين: (L.761-8) و (L.761-1) من تقنين العمل الفرنسى (١).

حيث أن المستفاد منها هو «وجوب» حصول الصحفى - وهو من الأشخاص الذين يسرى عليهم قانون العمل (٢) - على أجر خاص عن كل عمل غير ثابت

= = ويراجع كذلك:

د/ همام زهران، مرجع سابق، ص ٥٠٤ وما بعدها.

د/ محسن البيه، مرجع سابق، ص ٣٨١ وما بعدها.

(١) حيث يستفاد من نص المادة (L.761-8) من تقنين العمل الفرنسى، بأن الصحفيين Les Journalistes عمال بافتراض القانون ذلك، «ولهم الحق» à ils ont droit à أجر خاص، (une rémunération speciale) عن كل عمل غير مثبت فى عقلم. هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإن نص المادة (L.761-9) من تقنين العمل الفرنسى كانت واضحة تماماً فى إرساء مبدأ عام يتمثل فى أن كل عمل تم بطلب من الجريدة أو تمت الموافقة عليه من الجريدة أو الدورية ولم يتم نشره يجب أن يحصل الصحفى على مقابل مالى عن ذلك العمل.

«Tout travail commandé ou accepté par un enterprise de journal ou périodique et non publié doit être payé».

V. Art. (L. 761-9) du code du travail.

(٢) فضلاً عما تضمنه القانون رقم ٩٦ لسنة ١٩٩٦ بشأن تنظيم الصحافة من أحكام خاصة وجاء فى المادة رقم (١٤) من القانون المذكور أنه:

«تخضع العلاقة بين الصحفى والصحيفة لعقد العمل الصحفى الذى يحدد مدة التعاقد ونوع العمل الصحفى ومكانه والمرتب وملحقاته والمنزايبا التكميلية، بما لا يتعارض مع القواعد الآمرة فى قانون عقد العمل الفردى أو مع عقد العمل الصحفى الجماعى فى حالة وجوده».

فى بند من بنود عقد عمله الصحفى مع المؤسسة الصحفية التى يعمل بها هذا من جانب.

ومن جانب آخر، إذا طلبت المؤسسة الصحفية منه أن يكتب مقالاً، أو كتب هو من تلقاء نفسه مقالاً مثلاً وتمت الموافقة عليه من المؤسسة الصحفية التى يعمل بها، ولم يتم نشره، فإن أجره الخاص عن هذا العمل واجب على المؤسسة الصحفية.

وإذا كان قانون حماية حقوق الملكية الفكرية سواء فى فرنسا^(١) أو مصر^(٢) قد نظم الحقوق المالية «لفنانى الأداء» «Les artistes-

(١) راجع : نص المادة (L.212-3) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى والتى تقضى بأن «يخضع لترخيص كتابى من فنانى الأداء، كل تثبيت لأدائه ونسخه ونقله للجمهور، وكل استعمال مستقل لصوت وصورة الأداء المثبت من أجل الصوت والصورة معاً». مع الأخذ فى الحسبان، «بأن الترخيص والمقابل المالى يخضعان لأحكام المادة رقم (٧٦٢) فى فقرتها (١) و (٢) من تقنين العمل الفرنسى مع عدم الإخلال بأحكام المادة رقم (L.212-6) من هذا التقنين.

«Sont soumises à l'autorisation écrite de l'artiste-interprète la Fixation de sa prestation, sa reproduction et sa communication au public, ainsi que toute utilisation séparée du son et l'image de la prestation lorsque celle-ci a été Fixée à la Fois pour le son et l'image.». V. Art. (L.212-3) CPI.

(٢) راجع نص المادة رقم (١٥٦) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ مقررته أنه :

يتمتع فنانوا الأداء بالحقوق المالية الاستثنائية الآتية :

١- توصيل أدائهم إلى الجمهور والترخيص بالإتاحة العلنية أو التاجير أو الإعارة للتسجيل الأصيل للأداء أو النسخ منه.

==

interpretes، بأن فرض لهم أجراً عملياً يميز عن نطاق الأجور الخاصة بالعمال العاديين، فكيف يستقيم هذا الواقع القانوني مع تصور حقيقة من تستثمر إبداعاتهم كمؤلفين، ولا ينظم القانون حقوقهم بسبب أنهم عمال يرتبطون بعقود عمل مع أصحاب الأعمال؟!)

وبعبارة أخرى: ألا يستحق العمال المؤلفون «المبتكرون» تدخلاً تشريعياً بتنظيم مجموعة من القواعد يكون الفرض منها تأمين حقوقهم المالية والأدبية على مصنفاتهم، لا سيما وأن تطبيق الشريعة العامة في مادة حق المؤلف عليهم تصطدم بوضعهم القانوني التابع لصاحب العمل، وعلى وجه الإجمال بفكرة العمل التابع للأجور وما يحكمه من مبادئ اقتصادية تستقيم مع منطق قانون العمل وتتنافر مع

= = ٢- منع أى استغلال لأدائهم، بأية طريقة من الطرق، بغير ترخيص كتابي مسبق منهم، ويعد استغلالاً محظوراً بوجه خاص تسجيل هذا الأداء الحى على دعامة أو تأجيرها بهدف الحصول على عائد تجارى مباشر أو غير مباشر أو البث الإذاعى لها إلى الجمهور.

٣- تأجير أو إعاره الأداء الأصيل أو نسخ منه لتحقيق غرض تجارى مباشر أو غير مباشر، بغض النظر عن ملكية الأصل أو النسخ الموجهة.

٤- الإتاحة العلنية لأداء مسجل عبر الإذاعة أو أجهزة الحاسب الآلى أو غيرها من الوسائل، وذلك بما يحقق تلقيه على وجه الانفراد فى أى زمان أو مكان.

ولا يسرى حكم هذه المادة على تسجيل فنانى الأداء لأدائهم ضمن تسجيل سمعى بصرى ما لم يتفق على غير ذلك»

• وبناء عليه: نجد أن التشريعين الفرنسى والمصرى الخاصين بحماية حقوق الملكية الفكرية قد أوجدا حماية قانونية لحقوق فنانى الأداء، فضلاً عن حقهم فى الحصول على الأجر المتفق عليه لقاء ما يقدمونه من أداء فقد كفلا التشريعان المذكوران حقوقاً أخرى على النحو الثابت فيما ذكرناه آنفاً بمقتضى نصوص قانونية تخصهم بالإسم.

• ولزيد من المعلومات القانونية عن فنانى الأداء راجع فى الفقه المصرى: د/محمد سامى عبد الصادق، حقوق مؤلفى المصنفات المشتركة، المكتب المصرى الحديث، الطبعة الأولى، ٢٠٠٢م، بند ٢١٠ و ٢١١، ص ٣٧٣ وما بعدها.

و د/ رمزى رشاد عبد الرحمن الشيخ، الحقوق المجاورة لحق المؤلف، رسالة دكتوراه، حقوق طنطا، بدون تاريخ، ص ٤٩٧ وما بعدها.

الطابع الشخصي كمبدأ يحكم قواعد حق المؤلف، ولا سيما في الدول ذات الاتجاه اللاتيني ومنها مصر؟!)

٥٢. وسوف نبين الشريعة العامة في مادة حق المؤلف فيما يتعلق بالأجر الذي ينبغى أن يحصل عليه العامل المؤلف، وصدى ذلك في تطبيقات القضاء، لتتدبر مدى الموازنة بين الواقع العملي والنص القانوني الذي يحمي هؤلاء العمال المبتكرين أصلاً لا وصفاً.

بدايةً، نجد أن القواعد المتعلقة بتحديد أجور المؤلفين لقاء حق الغير في استغلال مصنفاتهم مالياً محددة في نص المادة رقم (١٣١ - ٤) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي^(١)، وكذلك نص المادة رقم (١٥٠) من تقنين حماية حقوق الملكية الفكرية المصري^(٢)، ما بين فكرتين، فكرة المقابل النسبي، وفكرة المقابل الجزافي، أو الجمع بينهما.

ولعل التدبير في نص الفقرة الأولى من المادة رقم (L.131-4) من تقنين

(١) راجع :

V. DRAI (L.): Thésé précité, op. cit., n° 420, pp. 179 et 180, qui disait: «Les règles concernant la rémunération des auteurs pour l'exploitation de leurs oeuvres sont prescrites à l'article (L.131-4) du code de la propriété intellectuelle. Ce texte pose le principe d'une rémunération proportionnelle au produit de l'exploitation et admet l'exception d'une rémunération Forfaitaire dans certains cas».

(٢) ويتطابق ما سبق مع ما قرره المادة المذكورة في القانون المصري من أن: «للمؤلف أن يتقاضى المقابل النقدي أو العيني الذي يراه عادلاً نظير نقل حق أو أكثر من حقوق الاستغلال المالي لمصنفه إلى الغير على أساس مشاركة نسبية في الإيراد الناتج من الاستغلال، كما يجوز له التعاقد على أساس مبلغ جزافي أو بالجمع بين الأساسين».

الملكية الفكرية الفرنسية^(١) ينبئ عن وجوب تمييز العامل المؤلف في مسألة الأجر الذي يُستحق له لقاء تنازله عن كل أو بعض حقه المالى على مصنفه لمصلحة صاحب العمل، وآية ذلك ما قضت به الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية من أن: «الشرط الذى يتضمنه عقد العمل والذى ينص على تنازل العامل عن حقه المالى على مصنفه لصالح صاحب عمله دونما تحديد للأجر المناسب لقاء هذا التنازل يجب أن يكون باطلاً»^(٢).

ونستنتج من قضاء النقض الفرنسى أن البطلان المعنى هنا هو البطلان النسبى *une nullité relative* الذى يهدف بالضرورة إلى حماية المؤلف هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإن نص المادة رقم (L.131-4) فى فقرتها الأولى يهدف إلى حماية المؤلف حتى من نفسه فى حالة التنازل الكلى أو الجزئى عن حقه المالى على مصنفه لصاحب العمل لقاء ثمن بخس *dérisoire*^(٣).

(١) راجع :

V. Art. (L.131-4) ALINÉA (I): «La cession par l'auteur de ses droits sur son oeuvre peut être totale ou partielle. Il doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes provenant de la vente ou de l'exploitation».

(٢) راجع :

V. Cass. Civ. 1^{re} 11-2-1997, Bull. Civ. I, n° 54.

(٣) راجع : فى هذا المعنى :

V. BERTRAND (A.): op. cit., p. 372.

; BECOURT (D.) : Droit d'auteur et droit du travail, JCP 1988, éd. G. I, 3364.

ويشهد الواقع العملى - كما رصدته البعض وبحق - أن أصحاب الأعمال يكونون أكثر معارضة فى الغالب الأعم من الحالات لفكرة المقابل النسبى (١)، ذلك أن أرباح المؤسسة تعد من مناطق نفوذهم التى يريدون الاستئثار بها، ويفضلون من ثم فكرة المقابل الجزافى، لأنه يخضع لأوامرهم فى تفاوض غير متكافئ مع عمالهم، وهنا تبرز أهمية الإدارة الجماعية وجمعياتها التى تهدف إلى الدفاع عن حقوق المؤلفين.

ونلاحظ على موقف المشرع، أنه فى القانون الفرنسى - نص المادة (L.131-4) ملكية فكرية فرنسى - فرض الأصل المتمثل فى الأجر النسبى. حيث جاءت عبارات النص كما يلى :-

«La cession [...] doit comporter au profit de l'auteur la participation proportionnelle aux recettes».

حيث استعمل الفعل يجب «devoir» فى حين أنه عند تقريره للأجر الجزافى استعمل الفعل «يمكن» «pouvoir» حيث جاءت عبارات النص كما يلى :- «peut être évaluée forfaitairement».

الأمر الذى دفع جانب من الفقه وبحق إلى أن موقف المشرع يستبعد - وفقاً للكلمات التى استخدمها - كل تتابع أو تعاقب (٢). فليس الأمر - فى رأينا - إما هذا أو ذاك، بل يتحتم الأجر النسبى أولاً إلا إذا أراد المؤلف الأجر الجزافى

(١) راجع :

V. BERTRAND (A.): op. cit, p. 169.

(٢) راجع فى الفقه :

V. DRAI (L.): Thésé précité. N° 422, p. 181.

وفى القضاء :

V. TGI Paris 13-12-1978, RIDA JUILLET 1979, JURIS. P. 149.

ووفقاً للحالات التي حددها المشرع.

ومن ثم، يبقى الأجر الجزافي احتياطياً، بحيث إن أراد العامل المؤلف الأصل المتمثل في الأجر النسبي فهذا حقه الذي أوجبه القانون الفرنسي على عاتق صاحب العمل، أما الصفة الاحتياطية للأجر الجزافي فلا تكون إلا بموافقة العامل المؤلف على ذلك بإرادته الحرة، دونما أن تُفرضُ عليه هذا من جانب.

ومن جانب آخر، لم يفرض المشرع المصري - كما فعل نظيره الفرنسي - الأجر النسبي، بل جعل كل من الأجر النسبي والأجر الجزافي أمراً جوازياً يخضع تقديره للمؤلف، أو يجمع بين الصورتين، وهنا نستحسن ما فعله المشرع الفرنسي مقارنة بالمشرع المصري، لاسيما وأن العامل المؤلف يكون في موقف ضعيف قبالة صاحب العمل، مما يجعل اتجاه إرادته بحرية تامة إلى الاختيار أمراً لا يخلو من شوائب الظنون^(١).

وتبقى كلمة، وهي أن تشريعات حماية الملكية الفكرية تحمي العامل المؤلف أصلاً لا وصفاً، فهو كغيره من المؤلفين، رغم خصوصية مركزه القانوني من حيث التبعية القانونية لصاحب عمله، مما يوجب حمايته أصلاً ووصفاً أسوة بحماية حقوق فناني الأداء على أقل تقدير.

(١) ثم جاء المشرع المصري في المادة رقم (١٥١) ملكية فكرية وقرر أنه: «إذا تبين أن الاتفاق المشار إليه في المادة (١٥٠) من هذا القانون محجف بحقوق المؤلف أو أصبح كذلك، لظروف طرأت بعد التعاقد، يكون للمؤلف أو خلفه أن يلجأ إلى المحكمة الابتدائية بطلب إعادة النظر في قيمة المقابل المتفق عليه مع مراعاة حقوق التعاقد معه وعدم الإضرار به».

وفي تقديري: أن الشريعة العامة في القانون المدني كفيلة بذلك، ولم يكن المؤلف بحاجة إلى مثل هذا النص الذي تكمن قيمته في مراعاة المصالح المالية لصاحب العمل أو الناشر، والتأكيد على عدم الإضرار بها، في حين أن المؤلف لو كان في رابطة قانونية تبعية لصاحب العمل كما العامل، فهو أولى بأن يراعى القانون وضعه القانوني لقاء تنازله عن حقه المالي كمؤلف لصاحب عمله.

الفصل الثاني

الحقوق الأدبية للعامل المؤلف

٥٣- تقديم وتقسيم :

الحق المالى والحقوق الأدبية وجهان لشئ واحد، هو حق المؤلف على

مصنفه كأثر للملكيته له ملكية معنوية (١).

(١) راجع : نص المادة رقم (1-111.L) ملكية فكرية فرنسى فى فقرتها الثانية والتي جاء فى بعضها:

«... Ce droit comporte des attributes d'ordre intellectuel et moral etc ...».

ويراعى : أن الحقوق الأدبية للمؤلف هى الجوهر أو الأساس فى التراث الفرنسى لمادة حق المؤلف. غير أن جانباً من الفقه الفرنسى يشترك فى هذه المسألة، ويجعل الأهمية للقيمة الاقتصادية Valeur économique للمصنف ويراجع فى هذا :

V. MOUSSERON (J-M.), RAYNARD (J.) et REVET (T.):

De la propriété comme modèle in Mélanges offerts à A. Colomer, Litec, 1993, p. 290.

; **RAYNARD (J.):** Droit d'auteur et conflits de lois-Essai sur la nature juridique du droit d'auteur, Litec, 1991, pp. 301 ss.

فى حين يؤكد جانب آخر - وبحق - على أهمية الحقوق الأدبية، على سند من أن المصنف ما هو إلا بصمة إبداع لإنسان معين ويصطبغ بشخصية مؤلفه. وعلى سبيل المثال راجع :

V. DESBOIS (H.): Les conventions internationales du droit d'auteur et des droits voisins, Dalloz, 1976, no 440.

V. FERRY - MACCARIO (N.) et OLIVIER SILHOL: Droit de l'art, éd. Ellipses, Mise au point, 2006, pp. 19 et 20.

والمشعر - سواء فى فرنسا أو مصر - لم يعرف صراحة الحق الأدبى وإنما أخصى خصائص هذا الحق المختلفة للمؤلف على مصنفه ، وتمثلت مظاهرها فى حقوق تتعلق بشخص المؤلف ، تتسم بالأبدية وبغير قابليتها للتنازل عنها ، وغير قابلة للتقادم أو الحجز عليها ، وهى غير تقديرية ، ومع ذلك فالقضاء يملك حق مراقبة ممارستها التعسفية بضوابط معينة (١) .

٥٤- وهذه الحقوق هى :

وحق إتاحة المصنف للجمهور أو حق تقرير النشر لأول مرة

Droit de la divulgation(٢) .

وحق احترام المؤلف ومصنفه

Droit au respect de l'auteur et de son oeuvre(٣) .

وحق السحب أو الندم

Droit de retrait ou de repentir (٤).

وتعد الحقوق الأدبية ترجمة قانونية للرابطة الشخصية بين المؤلف

(١) راجع : د/ محمد حسام لطفى ، حقوق الملكية الفكرية ، المفاهيم الأساسية ، مرجع سابق ، ص ٦٠ وما بعدها .

(٢) راجع البند أولاً من نص المادة (١٤٣) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ م .

Et V. Art.(L. 121-2) CPI.

(٣) الذى عبر عنه المشعر المصرى ، بالحق فى نسبة المصنف إلى مؤلفه .

V. Art. (L.121-1) CPI.

(٤) راجع نص المادة (١٤٤) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى المذكور .

V. Art. (L.121-1) CPI.

ومصنفه^(١)

وممارسة هذه الحقوق من قبل العامل المؤلف قد تتعارض مع سلطة صاحب العمل فى الإدارة والتنظيم^(٢)، وإذا كانت هذه السلطة يجب أن تكون مركزة فى يد صاحب العمل بوصفه رئيساً للمشروع كجماعة مهنية، فإن الحقوق الأدبية التى تثبت بالضرورة لأحد عماله المبتكرين لا يجب أن تتدنى إلى درجة تقليصها أو الحد منها أو الاعتداء عليها من جانب سلطة صاحب العمل لمجرد أنه يملك هذه السلطة، ولأن العامل قد تنازل له عن كل أو بعض الحق فى الاستغلال المالى لمصنفه الذى أنجزه .

ومهما يكن من أمر، فإن سلطة صاحب العمل فى الإدارة والتنظيم قبالة حقوق «المؤلف» «العامل» على مصنفه تجعل للقضاء دوراً هاماً فى ضوء حكمة التشريع للنصوص القانونية، أو مقاصد الأطراف للوصول إلى حل عملى لا يتعارض مع مقتضى أيهما، وإنما يحقق العدالة من طريق الاهتداء بنظرية التعسف فى استعمال الحق^(٣).

(١) راجع :

V. PIRIOU (F- M.): Le droit moral à l'épreuve des relations auteurs / personnes morales, RIDA 2001, n° 190, p. 249.

(٢) راجع فى أساس سلطة صاحب العمل فى الإدارة، وعرض تحليلى للنظرية التقليدية، والنظرية الحديثة د/ همام زهران، مرجع سابق، ص ٣٧٥ وما بعدها.

وفى تقديرى : أن النظرية الحديثة بمراعاتها للعنصر الإنسانى، ينبغى أن تدفع أصحاب الأعمال إلى مراعاة العمال المبدعين، وتقدير حقوقهم بوصفهم مؤلفين.

(٣) راجع : المستشار/ حسين عامر، التعسف فى استعمال الحقوق وإنهاء العقود، الطبعة الثانية، الهيئة العامة للكتاب، سنة ١٩٩٨. نقحها المستشار/ عبد الرحيم عامر، ص ٩ وما بعدها.

ومتى نقل العامل المؤلف إلى صاحب عمله كل أو بعض حقوقه المالية على مصنفه، فلا يعنى هذا أن يقوم هذا العامل بأى عمل من شأنه تعطيل استغلال الحق محل التصرف، غير أن تمام ذلك فى ذات الوقت يكون فى نطاق عدم الإخلال بحقوقه الأدبية على مصنفه.

فالحق الأدبى، أبدي وغير قابل للتقادم أو للتنازل عنه (١).

وإذا كان القانون يقدر ويحمى الحقوق الأدبية فى بعض معانيها كضمان لحسن إدارة الحق المالى، فماذا عسى أن يفعل صاحب العمل أمام خصائص الحقوق الأدبية. ، وهل يمكنه الإلتفاف حول مبدأ عدم قابلية الحقوق الأدبية للتصرف فيها لينال من أصوليتها أم لا؟

وماذا لو تعسف العامل المؤلف فى ممارسة حقوقه الأدبية؟

٥٥- تساؤلات ، نجيب عليها وفقاً للتقسيم التالى:

المبحث الأول : الحقوق الأدبية للعامل المؤلف بين الإطلاق والتقييد.

المبحث الثانى : الأثر المتبادل بين الحقوق الأدبية للعامل المؤلف وسلطة

صاحب العمل فى الإدارة.

(١) راجع نص المادة (١٤٩) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

وكذلك المادة رقم (1-121.L) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى، والتي تنطبق مع النص

القانونى المصرى فى أن الحق الأدبى «أبدي» «perpetual» و «غير قابل للتصرف»

«inalienable» و «غير قابل للتقادم» «ret imprescriptible» .

المبحث الأول

الحقوق الأدبية للعامل المؤلف

بين الإطلاق والتقييد

٥٦- تقسيم :

الحكم المطلق هو عدم قابلية الحقوق الأدبية للتصرف فيها، غير أن ثمة محاولات - مرجعها بعض أحكام قانون حماية الملكية الفكرية - لتقييد هذا الإطلاق.

وتتناول ذلك بالبيان على النحو التالي:-

المطلب الأول : عدم قابلية الحقوق الأدبية للتصرف فيها.

المطلب الثاني : محاولات تخفيف «أو تقييد» مبدأ عدم قابلية الحقوق الأدبية للتصرف فيها.

المطلب الأول

عدم قابلية الحقوق الأدبية للتصرف فيما

٥٧- إن مبدأ عدم قابلية الحقوق الأدبية للتصرف فيها قد أقره القانون^(١)،

وأجمع عليه الفقه^(٢)، وطبقه القضاء^(٣).

(١) راجع نص المادة رقم (L.121-1) ملكية فكرية فرنسي، والمادة رقم (١٤٣) ملكية فكرية مصري.

(٢) إلى حد القول بأن النص الفرنسي المذكور إذ لم يقرر «الحق في البنوة للمؤلف على مصنفه» «Le droit à la paternité»، و«الحق في احترام المصنف» «Le droit au respect de l'oeuvre»، ثمة إجماع من الفقه الفرنسي على هذين الحقتين.

V. FRANCON (A.): La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur, D. 1976, chron. P. 55. =

وعدم القابلية للتصرف خاصة تتعلق بكل خصائص الحق الأدبي
للمؤلف، فهي تشمل الحق الأدبي في مجموعه^(١).
ولا يمكن لآثار عقد العمل أن ينتج عنها تنازل المؤلف العامل عن حقوقه
الأدبية^(٢).

= ; LUCAS (A. et H-J.). op. cit., p. 308.

; BERTRAND (A.). op. cit., p. 262.

; GAUTIER (P- Y.). op. cit., p. 183.

; COLOMBERT (C.). op. cit., p. 128.

(١) فقد قُضى بأن: «الحق الأدبي...مقرر كضمان للمؤلف ولتحقيق غاية محددة في احترام
شخصيته، وحرى به أن يكون جوهره أبدياً وغير قابل للتصرف فيه».

V. T. Civ. Seine, 6 et 7-4-1949, JCP 1950 éd. G. 11, 5462
note: PLAISANT et COSTE cite par: DRAI (L.) thèse
précité, 2005, N° 445, p. 188.

ويراجع في القضاء الفرنسي كذلك :

V. Cass. Civ. 1^{re}, 16-10-2001, n° 99 – 18043, inédit.

Cité par: DRAI (L.) op. cit.

(٢) راجع :

«L'inaliénabilité concerne le droit moral dans son ensemble».

V. POLLAUD-DULIAN (F.): Droit moral et droits de la
personalité, JCP 1994, éd. G. I, 3780.

; LUCAS – SCHLOETTER (A.): Droit moral et droits
de la personalité: étude de droit comparé Français et
allemande, presses universitaires d'Aiz-Marseille, 2002.

(٢) راجع :

V. MALLAURIE (P.): Droit civil les personnes, les
incapacités, Cujas 5^e éd. 2000, p. 113.

تلك الحقوق التي تخرج عن نطاق التجارة القانونية^(١) وتعد من النظام العام حيث قضى بأن نص المادة رقم (L.121-1) ملكية فكرية فرنسية تطبق بطريقة أمرية^(٢) لا يجوز مطلقاً الاتفاق على مخالفتها^(٣).

ولذلك وبقما صدر في فرنسا قانون ٣ من يوليو لسنة ١٩٨٥ الخاص بمصنفات «الكيانات المنطقية» «Logiciel» - والتي كان يطلق عليها قبل ذلك برامج الحاسب programme d'ordinateur - أوجدت صياغته القانونية العديد من المشكلات، حيث أن المادة (٤٥) من القانون المذكور قررت بأن مصنفات الكيانات المنطقية التي تتم في إطار عقد عمل أو مقاوله، يتمتع صاحب العمل بممارسة كافة الحقوق المالية والأدبية الواردة على المصنف، ولا يكون للمؤلف العامل سوى ما يحصل عليه من أجر^(٤).

(١) راجع :

V. GAVIN (G.): Le droit moral de l'auteur dans la jurisprudence et la legislation Française, Dalloz, 1960, p. 254, n° 255.

(٢) راجع :

V. Cass. Civ., 1^{re}, 28-5-1991, Bull. Civ., I, n° 172.

(٣) راجع :

V. CA Aix en province, 21-10-1965, JCP 1966, éd. G., II, 14657, note: BOURSIGOT.

(٤) راجع :

«Le logiciel créé par un ou plusieurs employés dans l'exercice de leur fonctions appartient à l'employeur auquel sont dévolus tous les droits reconnus aux auteurs» Art: (45) CPI [La loi du 3 juillet 1985]. =

٥٨. وانتقد الفقه الفرنسي هذا النص الذي يتنافى مع الفلسفة الشخصية

لحق المؤلف التي تنص بجانب الحقوق الأدبية إلى أن تمت تعديلات ضمها القانون رقم ٣٦١ لسنة ١٩٩٤ الصادر في ١٠ من مايو سنة ١٩٩٤ وقررت المادة رقم (9-113.L) - التي أضيفت بمقتضاه - بأن قرينة التنازل تشمل الحقوق المالية فقط على الكيانات المنطقية، أما الحقوق الأدبية فتظل ملتصقة بشخص العامل المؤلف كاملة غير منقوصة ولا يجوز التصرف فيها مطلقاً.

غير أن المادة رقم (7-121.L) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسية تنص

صراحة على حرمان العمال المؤلفين من ممارسة حق السحب في مجال الكيانات المنطقية، ما لم يوجد اتفاق تعاقدى صريح يبيح لهم ممارسة هذا الحق هذا من جانب (١).

= = وهكذا أوجدت الصياغة المعيبة للنص تضميناً للحقوق الأدبية - التي لا يجوز مطلقاً التصرف فيها - في قرينة التنازل لصالح صاحب العمل.

وقد انتقد الفقه الفرنسي هذا النص الذي لا يستقيم مع الفلسفة الشخصية لحق المؤلف التي تُعلى من شأن الحقوق الأدبية على الحق المالي وتمت تعديلات عديدة إلى أن ضمها القانون رقم ٣٦١ لسنة ١٩٩٤ الصادر في ٢٠ مايو سنة ١٩٩٤م - الخاص بتعديل بعض أحكام حق المؤلف - حيث عدّل المشرع نص المادة (٤٥) لتتفق مع الأحكام العامة في مادة حق المؤلف ولاسيما فيما يتعلق بعدم قابلية الحقوق الأدبية للتصرف فيها.

وتم ذلك بمقتضى نص المادة (9-113.L) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسية والتي قررت أن: «[...] Les droits patrimoniaux sur les logiciels [...] sont dévolus à l'employeur qui est seul habilité à les exercer».

وبناء عليه يحتفظ العامل بكافة حقوقه الأدبية كاملة التي لا يجوز التصرف فيها.

(١) راجع :

«Sauf Stipulation contraire plus Favorable à l'auteur d'un logiciel celui - ci ne peut: 1° [...]. 2° [...]. 2°- "exercer son droit de repentir ou de retrait"».

V. Art (L.121-7) CPI.

ومن جانب آخر، قررت المادة المذكورة كذلك بعدم أحقية العمال المؤلفين للكيانات المنطقية في الاعتراض على التعديلات التي يقوم بها المتنازل إليه (صاحب العمل) عن حق الاستغلال، مادامت هذه التعديلات لا تخل بالاحترام الواجب لمصنف الكيان المنطقي، ولا بسمعة العامل المؤلف أو اعتباره^(١).

٥٩- ويمكننا في إطار الدراسة المقارنة بين الوضع في فرنسا والوضع في مصر بصدد مصنف «الكيان المنطقي» أو «الحاسب الآلي» الذي يبتكره العمال المؤلفون بمقتضى عقد عمل أو مقابلة لمصلحة صاحب العمل إبداء الملاحظات التالية :-

أولاً : إذا كان المشرع الفرنسي قد صدَّرَ النص بعبارة «ما لم يوجد اتفاق صريح يبيح لهم ممارسة هذا الحق (يقصد الحق الأدبي في سحب المصنف من التداول)، وكذلك (الحق في احترام المصنف)، فلا ينبغي أن يفهم من ذلك أن المشرع لم يستبعد ممارسة هذا الحق، نعم، يمكن التسليم بذلك على المستوى النظري، فلا تتجاوز القيمة القانونية لهذه الأسطر المكتوبة إلا المداد الذي كُتِبَتْ به دوغما وجود أى أثر لها في الواقع العملى، لدرجة أن القضاء قد قرر - وبحق - بأن عبارة احتفاظ العامل المؤلف بحقوقه الأدبية الغير قابلة للتصرف فيها وكأنه لا وجود لها «Inexistant»^(٢).

(١) راجع :

«Sauf Stipulation contraire plus Favorable à l'auteur d'un logiciel celui - ci ne peut: s'opposer à la modification du logiciel par le cessionnaire des droits mentionnés au 2^o de l'article (L.122-6) lorsqu' elle n'est préjudiciable ni à son honner, ni à sa réputation.

(٢) ومما دفع قضاء محكمة استئناف Douai إلى حد القول بأن نص المادة رقم (L.121-7) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسي قد اختزل الحقوق الأدبية لمؤلف مصنف الكيان المنطقي في حق وحيد هو الحق نسبة المصنف إليه (au droit au nom).

V. CA. Douai, 1-7-1996, PIBD 1997, 111, p. 129.

ثانياً: وقد قرر المشرع المصرى فى هذا الصدد أن للمؤلف وحده - إذا طرأت أسباب جدية - أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه للتداول، أو بسحبه من التداول، أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى، ويلزم المؤلف فى هذه الحالة أن يعرض مقدماً من آلت إليه حقوق الاستغلال المالى تعويضاً عادلاً يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم^(١).

ولا يوجد فى رأينا أى مبرر لاستحسان هذا الموقف التشريعى^(٢)، لاسيما وأنه يتمثل فى أثره المناقض لحقوق العامل المؤلف مع نظيره الفرنسى، فقد اختزل هذا النص حقوق المؤلف «العامل» الأدبية، ولم يبق له من حق أدبى سوى وضع إسمه على مصنفه لماذا؟

أ - يسلب هذا النص الحق الأدبى من المؤلف، لأنه قرر صراحة بأنه يجب أولاً أن توجد أسباب جدية طارئة، ثم يطلب العامل المؤلف بعد ذلك من المحكمة الابتدائية الحكم «بأن يمارس حقه الذى لا يقبل التصرف فيه فى سحب مصنفه من التداول» فما هو وجه الحق هنا؟ وأى حق يملكه المؤلف بعد ذلك؟ أهو الحق الذى يخوله له القضاء، مع أنه صاحب هذا الحق وحده بمقتضى نص القانون، هذا من جانب.

ب - ومن جانب آخر، بأى منطق قانونى تلزم المحكمة المؤلف بأن يعرض «مقدماً»!!! من آلت إليه حقوق الاستغلال المالى تعويضاً عادلاً يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم!!!

(١) راجع نص المادة رقم (١٤٤) من تقنين الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م.

(٢) راجع فى هذا الرأى: د/ محمد سامى عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٤٤٣، بند رقم ٢٤٥.

ثالثاً: اعتقد بأن الوضع القانونى سواء فى مصر أو فرنسا، يتسم بعدم احترام نصوص القانون، فحرمان العامل المؤلف من ممارسة حقوقه الأدبية بلا مبرر يعد خرقاً للنصوص القانونية التى تقررها، وينبغى - فى تقديرى - إعادة النظر فى صياغة هذين النصين سواء فى فرنسا أو مصر، بما يحفظ للعامل المؤلف حقوقه الأدبية نصاً وتطبيقاً.

أما عن حقوق العامل المبتكر الأدبية على المصنفات السمعية البصرية Les oeuvres audiovisuelles فنجد أن المادة رقم (L.121-6) ملكية فكرية فرنسى تقرر بأن حقوق المؤلفين التى قررتها المادة (L.121-1) لا يمكن ممارستها على المصنف السمعى البصرى الذى يتم تحقيقه^(١). ومن ثم تكون الحقوق الأدبية للمؤلفين لهذا المصنف مؤجلة خلال مرحلة إعداده^(٢).

وفى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى فإنه فى مرحلة إعداد أو تحقيق هذا المصنف إذا امتنع أحد الشركاء فى تأليفه عن إتمام الشق الخاص به، فإنه يجوز لباقى الشركاء استعمال الجزء الذى أنجزه الشريك الممتنع^(٣).

(١) وكانت صياغة النص على النحو التالى :

«Les droits propres des auteurs, tels qu' ils sont définis à l'article L. 121-1 ne peuvent être exercés par eux que sur l'oeuvre audiovisuelle achevée» Art. (L.121-5) PCI.

(٢) راجع فى هذا الرأى :

V. AGOSTINELLI (X.): Les limites au droit moral de l'auteur, RRJ 1995-2, p. 607.

(٣) وذلك دون إخلال بما للممتنع من حقوق مرتبة على اشتراكه فى التأليف، راجع: البند «رابعاً» من نص المادة رقم (١٧٧) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م.

ويتطابق هذا الحكم مع ما قرره نص المادة رقم (5-121.L) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى من أنه إذا ما رفض أحد المؤلفين أن يكمل مساهمته فى المصنف السمعى البصرى، أو وجدت استحالة فى إتمام هذه المساهمة بسبب قوة قاهرة، فليس له أن يعترض على استعمال الجزء الذى أتمه من قبل باقى المساهمين لإنجاز المصنف، مادام أن جزءاً من مساهمته قد تم تحقيقه^(١).

ومن ثم، نستنتج من جماع ما سبق أن حق العامل المؤلف فى السحب أو الندم يكون محظوراً عليه ممارسته بمناسبة مساهمته الإبداعية فى تحقيق مصنف سمعى بصرى، وليس من مبرر سوى المصالح الاقتصادية المرتبطة بابتكار هذا المصنف. وقد أكدت محكمة استئناف باريس على هذا المعنى^(٢). فالشرع - كما يقرر البعض وبحق - قد رجح المصنف على المبدع^(٣).

(١) وكانت صياغة النص على النحو التالى :

«Si l'un des auteurs refuse d'achever sa contribution à l'oeuvre audiovisuelle ou se trouve dans l'impossibilité d'achever cette contribution par suite de force majeure, il ne pourra s'opposer à l'utilisation en vue de l'achèvement de l'oeuvre, de la partie de cette contribution déjà réalisée [...]».

Art. (L.121-6) CPI.

(٢) راجع :

V. CA Paris, 18-4-1965, D. 1957, Jurisp. P. 108, note: DESBOIS.

(٣) «Le législateur a fait prévaloir l'oeuvre sur le créateur».

V. DRAI (L.): Thèse précitée, n° 455, p. 191.

المطلب الثاني

محاولات تحفيف أثر قاعدة عدم قابلية الحق الأدبي للتصرف فيه

٦٠- تحديد وتقسيم :

الحقوق الأدبية حقوق شخصية بصفة خالصة^(١)، لا يمكن أن تكون محلاً للتصرف فيها^(٢)، وليس ثمة تأكيد على أن الأطراف لا يمكنهم الميل بهذه الحقوق نحو الحد منها، أو تخفيف أثرها، أو ربما العدول عن خصائصها من طريق التهيئة العقدية^(٣).

وفي نموذج المصنف الجماعي يمكن أن يجد صاحب العمل (المبادر) لنفسه سبيلاً إلى ستر خصائص الحق الأدبي لمبتكرى هذا المصنف.

وعلى هدى مما تقدم: نرصد هذه المحاولات عرضاً وتحليلاً من خلال

فكرتين على النحو التالي :-

الفرع الأول: التهيئة العقدية للحق الأدبي للعامل المبتكر «فرضية العدول عنه».

الفرع الثاني: ميل صاحب العمل نحو نموذج المصنف الجماعي.

(١) راجع :

V. POLLAUD-DULIAN (F.): Droit moral et droits de la personnalité, JCP, 1994, éd. G. 1, 3780.

(٢) راجع :

V. LUCAS-SCHLOETTER (A.): Droit moral et droits de la personnalité, op. cit., 2002.

(٣) راجع :

V. FRANCON (A.): La liberté contractuelle dans le domaine du droit d'auteur D. 1976, chron. P. 56.

الفرع الأول

التهيئة العقدية للحق الأدبي للعامل المبتكر

«فرضية العدول عن الحق الأدبي»^(١)

٦١- ثمة فروقاً دقيقة بين مبدأ عدم قابلية الحق الأدبي للتصرف فيه،

وبين احتمالية العدول العقدى عنه من جانب صاحبه^(٢).

فالعَدول **La renunciation** عن الحق الأدبي - كما يقرر البعض -

هو فعل قانونى بمقتضاه يظهر الشخص إرادته فى التخلّى عن خصائص هذا الحق^(٣).

غير أن تعلق الحق الأدبي بالنظام العام يعنى الاعتراض على مجرد إثارة

مثل هذا الاحتمال.

(١) وهو - فى رأينا - فرض جدير بالبحث ولا ندعى سبق البحث فيه، بل سبقنا إلى ذلك الأستاذة (L. DRAI) فى رسالتها لنيل درجة الدكتوراه، تحت عنوان:

«L'aménagement contractuel du droit moral des salariés créateurs: L'hypothèse de la renunciation.

V. DRAI (L.): thèse précité, p. 192.

(٢) انظر فى بيان هذه الفروق كل من :

V. LUCAS (A et H-J.): op. cit., p. 308.

; KOUMANTOS (G.): op. cit., pp. 93 ss.

; PIRIOU (F- M.): Le droit moral à l'épreuve des relation auteurs personnes morales, RIDA 2001, n° 190, p. 279.

; SAVATIER (R.): Loi du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique, JCP 1957, éd. G. 1, 1398, n° 43 ss.

(٣) راجع :

V. DREYFUS - NETTER (F.): Renonciation, Rép. Civil Dalloz T. IX, I/1989.

وفى ذات السياق فإن الهدف الحمائي - كما يقرر البعض - من تعلق نصوص قانونية بفكرة النظام العام يقف حجر عثرة أمام شرعية التنازل عن هذا الحق^(١).

ووفقاً لروى جانب كبير من الفقه فإن قاعدة عدم قابلية الحق الأدبي للتصرف فيه «ليست ذات خاصية مطلقة» «ne peut avoir un caractère absolu»، ومن ثم فإن بعض التنازلات يجب أن يكون مسموحاً بها فى إطار هدف تحقيق منافع أفضل لاستغلال ثمرة الابتكار^(٢).
وتتعلق بعض هذه التنازلات - فى اعتقادهم - بحقين فقط وهما: «الحق فى

(١) راجع :

V. Not.: **COUTURIER (G.):** L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, in Etudes offertes à J. FLOUR, Répertoire du notariat Defrensenois, 1979, pp. 95 ss.

(٢) راجع فى ذلك :

V. **LUCAS (A. et h-J.):** op. cit., p. 308.
; **PARUZOT (B.):** op. cit., PP. 76 ss.
; **SAVATIER (R.):** op. cit., n° 43 ss.
; **KOUMANTOS (G.):** op. cit., pp. 93 ss.
; **PIRIOU (F- M):** op. cit., p. 279.
; **POUJOL (N.):** op. cit., p. 73.
; **FRANÇON (A.):** op. cit., pp. 56 ss.
; **BERTRAND (A.):** op. cit., p. 262.
; **CARON (C.):** Réflexions sur la licéité et les conditions de la revocation d'une clause d'anonymat insérée dans un contrat en droit d'auteur P.A 22-8-1994, p. 10.

الأبوة، «du droit à la paternité»، «والحق في احترام المصنف» « du droit au respect de l'oeuvre ».

وبرهان ذلك، أن القضاء الفرنسي قد أجاز التنازل عن واحد من هذين الحقين الذين يتعلقان بالنظام العام عندما كان قد أنتج ثمرته من قبل، أي حق آثاره فيما سبق^(١).

٦٢- وأكدت محكمة النقض الفرنسية ذلك مرة أخرى وقتما أظهرت استحساناً لاحتماالية التخلي عن الحقين المذكورين - وهما الحق في الأبوة والحق في احترام المصنف - ولكن بشرطين هما:

أولاً: أن التخلي لا يستتج بل يجب أن يكون معبراً عنه بطريقة واضحة وصريحة لا يشوبها إبهام ولا يعتريها أدنى غموض^(٢).

وثانياً: يجب أن يكون التخلي ممكناً إلغائه أي يجب أن يكون قابلاً للرجوع فيه^(٣).

(١) راجع :

V. Cass. Civ., 1^{re} 17-3-1998.
Bull. Civ., 1, n° 120.

وجاءت عبارات قضاء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية كما يلي:

«S'il est interdit de renoncer par avance aux règles de protection établies par la loi sous le sceau de l'ordre public, il est en revanche permis de renoncer aux effets acquis de telles règles [....]».

(٢) راجع قضاء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية وهو :

V. Cass. Civ. 1^{re}, 16-10-2001, n° 99-18043.

(٣) راجع قضاء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية وهو:

V. Cass. Civ. 1^{re}, 4-4-1991.

Bull. Civ., I, no 119.

=

٦٢- وفي ضوء ما سبق يمكننا إبداء الملاحظات التالية:-

أولاً: إن قاعدة عدم قابلية الحق الأدبي للتصرف فيه ليست مطلقة، غير أن التخلي عن بعض خصائص الحق الأدبي من قبل العامل المؤلف يجب أن يعبر عنه العامل صراحة في بند يتضمنه عقد عمله، ويكون مسموحاً له الرجوع عن هذا التنازل في أى وقت، وذلك بالنسبة لحقين (أو خاصيتين فقط) وهما: الحق فى الأبوة، والحق فى احترام المصنف.

ثانياً: بالنسبة للحق فى الأبوة، فإن التخلي عنه لا يثير صعوبات عملية لاسيما وأن المادة رقم (6-113.L) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى والبند رقم (٣) - من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ - من المادة رقم (١٣٨) (١) قد سمحت بصحة نشر المصنفات مجهولة الإسم des oeuvres anonymes.

والقضاء الفرنسى يعتبر أن الشرط الخاص بعدم ذكر إسم المؤلف (أو ستره) يكون صحيحاً، حيث لا يوجد مجال لتنازل أو تخلى نهائى كامل عن خصائص الحق الأدبى، وللمؤلف قدرة وأهلية العدول عن هذا الشرط وإبطال أثره فى كل لحظة (٢).

= = وكذلك :

Cass. Civ., 1^{re}, 5-5-1993, RIDA 1993, n° 158, p. 205.

(١) حيث يعتبر مؤلفاً للمصنف من ينشره بغير إسمه [.....إلخ.....] بشرط ألا يقوم شك فى معرفة حقيقة شخصه ... إلخ..... م/١٣٨ المذكورة.

(٢) وجاء فى عبارات هذا القضاء ما يلى :-

«Les clauses relatives à l'anonymat sont valables dès lors qu'il a pas renunciation définitive aux prerogatives de droit moral, l'auteur disposant de la Faculté de révoquer à tout moment sa decision».

ومن الجدير بالذكر أيضاً، أن تنازل العامل عن حقه في الأبوة لا يتضمن الحق لصاحب العمل في أن يقوم مقامه بوضع إسمه الخاص، أو إسم مؤسسته باعتباره المبدع الحقيقي، ومخالفة هذا الأمر، تجعل صاحب العمل معتدياً على الحق الأدبي للعامل المبتكر.

ثالثاً: أما الحق في احترام المصنف، فإن احتمالية التخلي المشروط عنه، يجب أن يتم في إطار الحق المالي المتنازل عنه لصاحب العمل، بمعنى أن على صاحب العمل أن يستفيد من الحق المالي المتنازل له عنه من قبل المؤلف وفقاً لشروطه المحددة على وجه الدقة في العقد، مع احترام خصوصية تنازل عامله له عن الحق في احترام المصنف، بمعنى أن هذا التنازل ليس مطلقاً ولا أثر له إذا ما قام صاحب العمل بتحريف المصنف أو تغييره أو تشويهه، حيث يعد معتدياً هنا على الحق الأدبي للعامل^(١).

وأكد القضاء ذلك معتبراً أن تحويل العمل الأدبي (المصنف) مثلاً إلى فيلم سينمائي، قد يستوجب تغييراً طفيفاً للملائمة خصوصية العمل السينمائي، ولن يحكم بصحة هذه التغييرات إلا إذا كانت ضرورية، بحيث لا يعتبرها المؤلف (العامل) تشويهاً أو تحريفاً لمصنفه الأدبي^(٢).

= «CA Paris, 18-12-1990, D. 1993, Jurisp. P. 442 note: EDELMAN.

; Cass.Civ., 5-5-1993, RIDA 1993, n° 158, p. 205.

(١) راجع: البند «ثالثاً» من المادة رقم (١٤٣) ملكية فكرية مصرى.

Et V. Ence sens: GAUTIER (P- Y.): op. cit., p. 185.

(٢) راجع :

V. CA Paris 31-5-1988, D. 1990, Jurisp. P. 235, note: EDELMAN.

=

وسمح القضاء أيضاً، «بشبه تنازل العامل المؤلف، أو تخليه عن حقه في احترام مصنفه».

Quasi – renonciation au droit au respect de son oeuvre par un salarié.

وذلك فى نطاق الفنون لتحقيق غاية وهى ما قد توجهه تقنيات صناعة السينما^(١).

ومهما يكن من أمر، فإن نطاق تنازل العامل المؤلف عن الحق فى احترام مصنفه لصاحب عمله يتحدد بنطاق ممارسته للحق فى استغلال المصنف وفقاً لضوابط تنازل العامل له عن كل أو بعض هذا الحق المالى، وبما يتوافق مع موجبات هذا الاستغلال المالى محدد النطاق بدون زيادة أو نقصان.

رابعاً : إن طبيعة الحق فى السحب أو الندم لا يتوافق مع أى شكل من

= وفيما يتعلق بالضوابط القانونية الواجبة بصدد تحويل المصنف الأدبى إلى عمل سينمائى، راجع : قضاء الغرفة المدنية الأولى، محكمة النقض الفرنسية، والذي جاء به :

«L'adaptation au cinéma d'une oeuvre littéraire implique qu'une certaine liberté soit reconnue à l'adaptateur».

; Cass. Civ., 1^{re} 12-6-2001, Bull. Civ., 1, n° 171.

(١) راجع :

V. CA Paris, 22-11-1983, D. 1985, Som. Com. p.10, obs.: BURST.

; TGI NANCY 10-9-1998, RIDA Janvier 1999, Jurisp. p. 431 «L'usage des oeuvres d'arts appliqués dans un domaine éminemment commercial ne présente pas la même intangibilité que les oeuvres d'art pur [...]».

أشكال التنازل. فحق العامل المؤلف فى منع طرح مصنفه للتداول، أو الحق فى سحبه من التداول، أو بإدخال تعديلات عليه يظان للعامل المؤلف برغم تصرفه فى حقوق الاستغلال المالى، بسبب الرابطة الشخصية الدقيقة والضيقة جداً بين المبدع وما ابتكره^(١).

خامساً : وبالنسبة لحق العامل المؤلف فى إتاحة مصنفه للجمهور أول مرة،
أو كما يطلق عليه أيضاً «الحق فى تقرير النشر»

«Le droit de divulgation».

فإن العامل المؤلف بمقتضى عقد يربطه بصاحب عمله يلتزم بالضرورة بتقرير نشر المصنف بعد أن يحققه ليتمكن صاحب عمله من استغلاله مالياً بمقتضى الحق المالى المتنازل له عنه من قبل العامل المؤلف، هذا من جانب.

وربما نعتقد أنه يبدو صواباً أن نتحدث عن تنازله عن الحق فى عدم النشر، والذى قد يتضمنه عقد عمله الفكرى مع صاحب العمل، ذلك أن هذا الحق ليس كالحق فى تقرير النشر لأول مرة، فهذا الأخير من طبيعة أدبية غير قابل للتصرف فيه، أما الأول فمن طبيعة مالية يمكن للمؤلف التصرف فيه.

وتبقى كلمة: وهى أن عدم مراعاة الضوابط التى أوردناها فى الملاحظات السابقة تقتضى منا العودة إلى مبدأ عدم قابلية الحق الأدبى للتصرف فيه، ويبطل

(١) ❖ راجع نص المادة (١٤٤) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى.

❖ وفى الفقه الفرنسى راجع فى هذا المعنى :

V. En Ce sens: ROUMANTOS (G.): op. cit., p. 119.

الذى يقرر بأنه :

«En Ce qu'ils touchent au "noyau même de la personnalité de l'auteur" les droits de retrait et de repentir ne sont pas susceptibles de renunciation»

الفعل الذي تم بالمخالفة لها^(١).

«ويكون هذا البطلان بطلاناً نسبياً» «La nullité est relative»

بحيث يكون العامل المتكرر هو الشخص الوحيد القادر على إجازة العقد الذي اعتراه هذا البطلان^(٢).

الفرع الثاني

ميل صاحب العمل نحو نموذج المصنف الجماعي

٦٤- يكون للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجه إلى ابتكار المصنف

الجماعي L'oeuvre collective التمتع وحده بالحق في مباشرة حقوق المؤلف عليه^(٣).

(١) راجع في هذا : «في القضاء» :

V. TGI Paris, 7-1-1969, RIDA 1969, p. 166.

«وفي الفقه» :

V. HUGUET (A.): op. cit., pp. 15 ss. N° 20 ss.

(٢) راجع :

V. MALLAURIE (P.): La notion de l'ordre. Public et des bonnes moeurs en droit privé, Traw. ASS (H.) Capitant, t., VII, 1952, p. 765.

; RIGALLE (C.): La résolution partielle du contrat, Dalloz, 2002.

; COUTURIER (G.): La théorie des nullities dans la jurisprudence de la chamber social de la cour de cassation, LGDJ, 2001, p. 273.

(٣) راجع : نص المادة رقم (١٧٥) من قانون حماية الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

ويتطابق حكم هذا النص مع نص المادة رقم (L. 113-5) من تقنين الملكية الفكرية = =

ويكون نموذج المصنف الجماعى بذلك هو السبيل لتحقيق مصالح صاحب العمل، فهو بحكم طبيعته القانونية يتضمن تنازلاً عن الحقوق الأدبية للعمال المؤلفين الذين يساهمون فى تحقيقه لصاحب العمل، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، بحيث يتمتع وحده بوصفه المبادر إلى تحقيقه بحقوق المؤلف عليه. وعبرة «حقوق المؤلف على هذا المصنف» وردت على سبيل الإطلاق، بحيث تنصرف إلى الحقوق الأدبية فضلاً عن الحقوق المالية^(١).

وفى الواقع العملى، يتوافق نموذج المصنف الجماعى مع فكرة العمل الفكرى المأجور، مما جعله النموذج الواجب الاتباع دائماً من جانب أصحاب الأعمال، لأنه يخفف كثيراً إلى درجة التقليل إن صح التعبير من مبدأ عدم قابلية الحقوق الأدبية للتصرف فيها^(٢).

= = = الفرنسية التى تقرر أن: «المصنف الجماعى يعتبر - فيما عدا حالة إثبات العكس - ملكاً للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى ينشر المصنف تحت إسمه»
«L'oeuvre collective est, sauf prevue contraire, la propriété de la personne physique ou morale sous le nom de laquelle elle est divulguée».

(١) راجع : فى هذا المعنى فى الفقه الفرنسى :

V. DERIEUX (E.): Journalisme et droit d'auteur, in Mélanges en l'honneur de FRANÇON (A.), Dalloz, 1995, p. 88.

(٢) وفى عبارات قضاء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية فى حكم ١٩٩٣/١٢/٨ «على الرغم من أن الشخص الاعتبارى لا يمكن أن يعد مؤلفاً، إلا أن القانون قد خوله التمتع بحقوق المؤلف على المصنف الجماعى، والتى تتضمن بالضرورة خصائص الحق الأدبى».
«Bien que n'étant pas auteur à proprement parler, la personne morale investie des droits sur l'oeuvre collective=

فالعامل المؤلف يكون بموجب عقد العمل مع صاحب عمله قد تنازل عن حقه المالى فى استغلال مصنفه، مع الأخذ فى الحسبان بالحكم الخاص بالمصنفات بالتعاقد والتي نظمها المشرع الفرنسى على خلاف المشرع المصرى فى الفقرة الثالثة من المادة الأولى (L.111-1) ملكية فكرية فرنسى مقررأ بأن وضعها القانونى القائم أو المستخلص من ظروف التعاقد لا يعنى توافر أى استثناء على المبدأ العام القاضى بأن المؤلف له وحده حق ملكية مصنفه ملكية معنوية، وهو حق مانع وحصرى ويحتج به على الكافة (١).

٦٥- وقضت الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية بأنه إذا ما كان القانون يقر للمؤلف بالحق الأدبى فى منع أى تعديل لمساهمته (التي تعد مصنفأ فى حد ذاتها) تعديلاً يعتبره تشويهاً أو تحريفأ لها وذلك من قبل المتعاقد معه على تحقيق مصنف جماعى، فإن مساهمته وما يوجبه القانون له عليها من حق احترام لها، يكون نطاقه محدودأ ومحددأ فى سبيل ولأجل التناسق الضرورى اللازم لتجميع مساهمته مع المساهمات الابتكارية الأخرى لتناسق مجموع المصنف (٢).

= est titulaire de prérogatives de droit moral»

Cass. Civ., 1^{re}, 8-12-1993,

Bull. Civ., I, n° 361.

(١) راجع :

V. Article (L. 111-1) alinéa 3:

«L'existence ou la conclusion d'un contrat de louage d'ouvrage ou de service par l'auteur d'une oeuvre de l'esprit n'emporte aucune dérogation à la jouissance du droit reconnu par l'alinéa 1^{er}».

(٢) راجع :

V. Cass. Civ., 1^{re} 8-10-1980, Bull.Civ., I, n° 251; RTD com.=

نستنتج من نصوص القانون - سواء في فرنسا أو مصر - ومن تطبيقات القضاء بخصوص نموذج المصنف الجماعي أنه يتوافق كلية مع المنطق الاقتصادي في مادة قانون العمل هذا من جانب.

ومن جانب آخر يشكل هذا النموذج القانوني تحدياً للحقوق الأدبية للعامل المؤلف التي لا تتوافق ممارستها مع وجوب اندماج مساهماتهم الإبداعية في سبيل تحقيق هذا المصنف، الذي تتنافر طبيعته القانونية مع استعمال هذه الحقوق الأدبية.

ومن ثم، تعد المصنفات الجماعية الوسيلة القانونية الملائمة لأصحاب الأعمال للتغلب على العقبات التي يمكن أن تنتج من رغبة العمال المبدعين في تفعيل حقوقهم الأدبية على هذه المصنفات.

= 1981, p. 87, obs.: FRANÇON «Si l'auteur a le droit de protester contre des coupures ou modifications que son cocontractant fait subir à sa contribution, le droit au respect de l'intégrité est naturellement limité par le souci d'atteindre une nécessaire harmonization de l'oeuvre dans sa totalité»

Cass. Civ. 1^{re}, 8-10-1980, op. cit.

المبحث الثانى

الأثر المتبادل بين الحقوق الأدبية للعامل المؤلف وسلطة صاحب العمل فى الإدارة

٦٧ - تقسيم :

إن ثمة أثراً متبادلاً بين فرضيتين تضاد أحدهما الأخرى، ألا وهما:
سلطة صاحب العمل فى الإدارة وقتما تُمارس على العامل المبتكر، مع ما
يقتضيه الإبداع من حرية.

ثم الحقوق الأدبية للعامل المبتكر وقتما توجه طرق الاستغلال الملائم
لمصنعه من قبل صاحب العمل.

ثم، ما عسى أن يفعل القانون وقتما يتعسف العامل المؤلف فى ممارسة
حقوقه الأدبية؟

ونقسم أفكارنا على النحو التالى:-

المطلب الأول : العلاقة بين الحقوق الأدبية للعامل المؤلف وسلطة صاحب
العمل فى الإدارة.

المطلب الثانى : التعسف من قبل العامل المؤلف فى ممارسة حقوقه الأدبية.

المطلب الأول

العلاقة بين الحقوق الأدبية للعامل المؤلف

وسلطة صاحب العمل فى الإدارة

٦٨ - تقديم وتقسيم :

إن آثار أو نفوذ الحقوق الأدبية للعامل المؤلف يقابلها الخضوع لسلطة
صاحب العمل فى الإدارة والتنظيم والتأديب.

فوجود عقد العمل يقتضى خضوع العامل لنظام المؤسسة أو المشروع الذى يمارس فيه صاحب العمل سلطته الإدارية بما يحقق مصلحة العامل (١).
بمعنى أن سلطة صاحب العمل فى الإدارة تنقيد فى ممارستها بما يحقق مصلحة العامل فى نطاق الغرض الوظيفى لهذه السلطة (٢).
والحقوق الأدبية التى يمتلكها العامل المؤلف ينبغى أن يتمتع بممارستها على نحو يؤتى ثمرته فى مراقبة كيفية استغلال الحق المالى على مصنفه من قبل صاحب العمل.

وعلى هدى مما تقدم، نبعث فى مسألتين :

الفرع الأول : أثر سلطة صاحب العمل فى الإدارة على ابتكار العامل.

الفرع الثانى: أثر الحقوق الأدبية للعامل على استغلال صاحب العمل

لمصنفه.

(١) راجع : د/ همام زهران ، مرجع سابق، ص ٣٧٦ وما بعدها.

(٢) «لاسيما وأن العامل هو الطرف الضعيف فى علاقة العمل، مما جعل الطبيعة الأمرة لقواعد قانون العمل من الخصائص الواضحة لها، حرصاً من المشرع على توفير حماية مدنية وإدارية وجنائية للعامل، فضلاً عن مراعاة تحقيق المصلحة العامة المتمثلة فى تحقيق الأمن المدنى داخل المجتمع والأمن والسلام الاجتماعى».

راجع : د/ محسن البيه، مرجع سابق، مقتطفات من ص ٨٥ إلى ص ٨٧.

الفرع الأول

أثر سلطة صاحب العمل في الإدارة

على ابتكار العامل

٦٩- **بداوة**، تتركز سلطة الإدارة في يد صاحب العمل وفقاً للضوابط القانونية في هذا الخصوص (١)، وأن الحق الأدبي للعامل المؤلف لا يعد في حد ذاته تقييداً لسلطة صاحب العمل في الإدارة، وليس لصاحب العمل في المقابل أن تكون سلطته في الإدارة عاملاً للحد من حرية الإبداع لعماله (٢).

وأياً كان الأمر، فإن الحقوق الأدبية لا يملكها إلا المؤلف، ولن يكون الشخص الطبيعي مؤلفاً إلا إذا قام بابتكار مصنف يتسم بطابع إبداعي يسبغ عليه الأصالة (٣)، فبدون المصنف لا وجود لمؤلف، ومن ثم لا وجود لحق أدبي (٤).

(١) راجع: نص المادة رقم (L.122-33) من تقنين العمل الفرنسي.

وفي الفقه: د/ همام زهران، مرجع سابق، ص ٣٧٥ وما بعدها.

(٢) غير أن لصاحب العمل عند التعاقد مع العامل أن يضع شرطاً في عقد العمل بمقتضاه يمكنه أن يحدد نطاق حرية العامل في الإبداع، مادام أن العامل قد وافق على هذا الشرط. أما بعد التعاقد مع العامل المؤلف، فلا يكون لصاحب العمل أن يحدد من نطاق حرية العامل في الإبداع بدون مبرر استناداً إلى سلطته في الإدارة فقط. راجع في المعنى السابق:

V. DRAI (L.): Thèse précitée, n° 472, p. 196.

(٣) راجع المعنى الوارد قرين مصطلحات، المصنف والابتكار والمؤلف، في البنود (١ و ٢ و ٣) من نص المادة رقم (١٣٨) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢.

(٤) ❖ وقررها بعض الفقه مباشرة بأنه:

«بدون مصنف، لا وجود لحق أدبي»

وبخصوص حرية الابتكار التي ينشدها العامل المؤلف قضيتي بأن «الحق الأدبي للمؤلف لا يكون سابقاً في الوجود عن المصنف ذاته، وأن العامل المؤلف كان في استطاعته عند التعاقد مع صاحب العمل بصدد تحقيق «مصنف بالتعاقد» أن يناقش بحرية شروط العقد، وأن يحدد ما يراه مناسباً كي يمارس حرته في الابتكار^(١).

وينبغي على ذلك أن لصاحب العمل ممارسة سلطته في الإدارة والتنظيم والتأديب وبقا لا يحترم العامل المؤلف التزاماته العقدية فضلاً عن إمكانية مساءلته وفقاً لنظام المسؤولية العقدية^(٢).

= «Sans oeuvre, pas de droit moral»

V. DERIEUX (E.); op. cit., no 141, pp. 213 ss.

♦♦ وفقاً لنص المادة رقم (L. 111-1) ملكية فكرية فرنسي فإنه فقط بمجرد تحقيق الابتكار يتولد للمبتكر الحق في ملكيته ملكية معنوية.

(١) راجع : قضاء النقض الفرنسي، حكم ١٩٨٧/٤/٧ الصادر عن الغرفة المدنية الأولى بالمحكمة، والذي جاءت صياغته كما يلي :

«Le droit moral de l'auteur sur son oeuvre ne préexiste pas à celle-ci, et que l'auteur peut au préalable ; l'également consentir, par convention, à limiter sa liberté de creation».

Cass. Civ., 1^{re}, 7-4-1987, Bull. Civ. I, no 124; D. 1988, Jurisp. P. 97, note: EDELMAN.

(٢) قريب من هذا المعنى راجع :

V. DERIEUX (E.): Oeuvres de commande, liberté de création et droit moral de l'auteur RIDA 1989, n° 141, pp. 213 ss.

وإذا كان البعض قد قرر بأن «الحق الأدبي يتعايش مع ابتكار المصنف»^(١)، فتلك مقولة لا تتجاوز مع الحقيقة - في رأينا - مطلقاً، لأن الثابت قانوناً أن المؤلف وإن كان قانوناً هو الشخص الطبيعي الذى يبتكر المصنف، فإن الفعل المضارع «يبتكر» ربما يوحي بمثل القول السابق، غير أن ثمة حقيقة قانونية أخرى وردت فى تحديد المشرع للمصنف بأنه «كل عمل» «مبتكر»، أى تم ابتكاره بالفعل وتحقق له الوجود، فلا يمكن أن نقدم أثر الفعل على الفعل، فقبل وجود المصنف لا وجود لحق أدبي للشخص الذى يؤدي فعل الابتكار.

٧٠. ويمكننا بلوغ النتيجة التى أرادها البعض ولكن من زاوية أخرى تتمثل فى اختلاف فكرة الحق الأدبي، عن فكرة حرية الإبداع، فهما فكرتان مستقلتان، وحرية الإبداع يصونها الدستور، وتتمثل قيمتها الدستورية فى أنها تطبق لما نصت عليه المادة رقم ٤٧ من دستور جمهورية مصر العربية بأن «حرية الرأى مكفولة، ولكن إنسان التعبير عن رأيه ونشره بالقول أو الكتابة أو التصوير أو غير ذلك من وسائل التعبير فى حدود القانون، والنقد الذاتى والنقد البناء ضمان لسلامة البناء الوطنى»^(٢).

(١) راجع :

«... Le droit moral coexiste à la création de l'oeuvre».

V. DERIEUX (E.): op. cit., pp. 221 ss.

(٢) نُشر الدستور فى الجريدة الرسمية، العدد ٣٦ مكرر (أ) فى ١٢/٩/١٩٧١.

وهذه المادة المذكورة، لم يرد عليها أى تعديل فى التعديلات التى وردت على هذا الدستور والتى كان آخرها، تعديل يوم ٢٦/٣/٢٠٠٧.

وفى التمييز بين الفكرتين راجع :

V. GEGOUT (M.): Order public et bonnes moeurs, J.

CL. Civil, art. 6, Fasc, I, 08/1992.

وقضى بأن الرسام الذى تعاقد مع تاجر على أن يورد له بانتظام عدد من اللوحات الفنية (المصنفات) يرتبط بإيقاع البيع، وما كان من هذا الرسام إلا أن طالب بإبطال العقد، فقررت المحكمة بأن ابتكار الفنان (الرسام) لإنتاج عدد معين من المصنفات، يحد من حرته الإبداعية ويعرقلها، لأنه لا يمكنه أن يخضع فى تحقيقه للمصنف إلا لإلهامه، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، فإن هذا الاتفاق قد يدفعه إلى تحقيق مصنفات ليست بالكفاءة الفنية التى يرتضيها، مما يشكل من هذه الزاوية اعتداءً على حقه الأدبى، لأنه متعهد بتسليم عدد معين من المصنفات، وقد يدفعه تنفيذ التزامه العقدى إلى تسليم مصنفات ناقصة غير تامة، وهو غير راضٍ عن تقرير نشرها. وقضى ببطالان العقد بطلاناً مطلقاً على سند من أن شروط العقد لا تحترم الحرية الإبداعية ولا الشخصية الفكرية لهذا الفنان (الرسام)، كما أن حقه الأدبى على ما ينتجه من مصنفات يصير عدماً، وذلك يتنافى مع مبادئ النظام العام التى تحكم حقوق الملكية الفكرية^(١).

ووفقاً لأحكام قانون العمل فإن سلطة صاحب العمل فى الإدارة تؤثر فى ابتكار العامل وقتما لا يكون هذا العامل موفياً بالتزامه بأداء العمل المتفق عليه وما يمليه هذا الالتزام من متطلبات كضرورة أدائه العمل الفكرى بنفسه^(٢).

(١) راجع :

V. CA Aix en province 23-2-1965, D. 1966, Jurisp. p. 166, note: SAVATIER.

(٢) راجع : نص المادة ٥٦/أ) من قانون العمل المصرى رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ والنسبة لقررت أنه يجب على العامل : (أ) أن يودى بنفسه الواجبات المنوطة به بدقة وأمانة، وذلك وفقاً لما هو محدد بالقانون ولوائح العمل وعقود العمل الفردية والجماعية، وأن ينجزها فى الوقت المحدد، وأن يبذل فيها عناية الشخص المعتاد.

وذلك العمل الذى يكون بحكم طبيعته الذهنية نموذجاً لفكرة الاعتبار الشخصى فى عقد العمل^(١)، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، يجب على العامل أن يحافظ على مستوى كفايته الفكرية^(٢) فى إطار طبيعة العمل المكلف بإيجازه^(٣). مع الأخذ فى الحسبان بأن الابتكار الفكرى يفترض فى ذاته حرية الابتكار ولكن فى إطار تحديدين:

التحديد الأول: مراعاة طبيعة العمل الابتكارى المكلف بتحقيقه.

والتحديد الثانى: فى إطار الهدف من الابتكار^(٤).

(١) راجع فى فكرة الاعتبار الشخصى وضوابطها د/همام زهران، مرجع سابق، ص ٣٣٨ وما بعدها.

(٢) ويمكن تصور هذا الفرض وقتما يكون صاحب العمل يجمع بين صفتى المبادر والمؤلف، إلى تحقيق مصنف جماعى، حيث يملك صاحب العمل هنا بمقتضى سلطته التنظيمية تقدير كفاية العامل المؤلف المتعاقد معه، بحيث إذا استبان له عدم كفاية العامل المؤلف اعتبر ذلك مأخذاً مشروعاً لتعديل شروط عقد العمل وإنهاؤه (راجع الطعن ٣٩٨ لسنة ٤٧ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٠، والطعن ٣٣٣ لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٦٥/٥/١٢، عند د/همام زهران، مرجع سابق، ص ٣٤٠ وهامش رقم (١) و(٢) من نفس الصفحة).

(٣) راجع نص المادة (L. 120-2) من تقنين العمل الفرنسى.

(٤) «La liberté de création ne peut également connaître comme limite que la mature de la tâche à accomplir ou le but recherché».

V. DRAI (L.): thèse précité, n° 477, p. 199.

الفرع الثانى

أثر الحقوق الأدبية للعامل على

استغلال صاحب العمل لمصنفه

٧١- إن الحقوق الأدبية التى يملكها العامل المؤلف على مصنفه تُمارسُ بشكل طبيعى وبقما يقوم هو نفسه باستغلال مصنفه مالياً، بينما يمكن أن تشكل ممارستها صعوبات حقه وتكون بمثابة القيد بالنسبة لصاحب العمل المتنازل له عن حق الاستغلال المالى على المصنف.

فماذا عن الحق فى إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة أو «الحق فى تقرير النشر»؟ «Le droit de divulgation»؟

يملك المؤلف وحده حق تقرير نشر مصنفه، وهو الذى يحدد طريقة النشر، ويضع الشروط اللازمة لذلك (١).

ويجد هذا الحق تبريره فى أن العامل المؤلف هو وحده القادر على تحديد ما إذا كان مصنفه قد تم واكمل أم لا. ليتسنى له إدخاله فى نطاق التجارة القانونية، فبدون ممارسته لهذا الحق، فلا مجال لأى استغلال مالى للمصنف، ومن ثم، يُعَمَلُ صاحب العمل سلطته الإدارية لحث العامل المؤلف على ممارسة هذا الحق. ويتم تحديد إطار ووقت ممارسة هذا الحق فى الغالب فى عقد العمل، بحيث تُلْزِم

(١) ♦ يتمتع المؤلف [...] : أولاً : ب «الحق فى إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة» والذى يقال له الحق فى تقرير النشر. راجع نص المادة رقم (١٤٣) ملكية فكرية مصرى.

♦ وفى فرنسا :

«L'auteur a seul le droit de divulguer son oeuvre [...] il détermine le procédé de divulgation et fixe les conditions de celle-ci».

V. Art. (L. 121-2) CPT.

بنود هذا العقد العامل المؤلف بأن يؤدي عمله الفكرى ويسلم مصنفة فى الوقت المحدد، كى يتسنى لصاحب العمل ممارسة حق استغلاله مالياً الذى تنازل عنه العامل له.

ويقرر البعض بأن وجود عقد العمل يجعل الحق الأدبى للعامل يتوارى خلف رابطة التبعية القانونية، لأن عمله الفكرى هنا «عمل تابع» يقوم به العامل المؤلف لحساب صاحب العمل وتحت رقابته وإشرافه^(١).

٧٢- وأعتقد أن حق تقرير النشر فى هذا الفرض لم يتوارى، فالعامل قد يمارس حقه فى عدم تقرير النشر لأسباب لا يملك غيره تقديرها، كعدم تمام المصنف بعد، وهو بالضرورة حسن النية بحسب الأصل.

ويضيف البعض بأن العامل المؤلف لا يكون مخطئاً بسبب عدم ممارسته لحق تقرير النشر، بل يمكن تصور مناط خطئه فى عدم تنفيذه لالتزامه العقدى بإتمام المصنف^(٢)، ويكون من حق صاحب العمل هنا أن يمارس سلطته التأديبية عليه، ويوقع عليه الجزاء الملائم، ويمكنه مطالبة العامل بالتعويض عن الأضرار التى أصابته جراء ذلك^(٣).

(١) راجع :

V. GAUDRAT (P.): Droit moraux – Droit de divulgation, J-CI, prop. Litt. Et art., Fasac 1211, 08/2001, n° 66.

(٢) راجع فى هذا المعنى :

V. GAUDRAT (P.): Droit moraux – Droit de divulgation, J-CI, prop. Litt. Et art., Fasac 1211, 08/2001, n° 66.

(٣) راجع :

V. STRÖMHOLM (S.): Le refus par l'auteur de livrer =

وفي المصنف السمعي البصري L'oeuvre audiovisuelle يستفيد

منتجه من عدم تطبيق قاعدة إجماع الشركاء على تقرير نشر هذا المصنف^(١)، فيكون له الحق في استعمال المساهمات الابتكارية التي حققها المشاركون، مع عدم إخلاله بما لهم من حقوق ناشئة عن استعمال هذه المساهمات^(٢)، وهذا يقلل كثيراً من المخاطر التي يمكن أن تنتج من عدم تقرير النشر^(٣)، ذلك أن مراعاة حق تقرير النشر بالنسبة للمشاركين في تحقيق هذا المصنف رؤى بصدده أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال أن يكون على حساب العصف الكلي بمصالح المنتجين المالية^(٤).

= une oeuvre de l'esprit cédée avant son achievement. Etude sur le "droit de divulgation" de la loi du 11 mars 1957, in Hommage à H. Desbois, Dalloz, 1979, p. 76.

(١) راجع: البند رابعاً من نص المادة (١٧٧) ملكية فكرية مصري.

وأنظر: د/ محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، ص ٣٨٠.

(٢) فمنتج هذا المصنف تكون مساهمته في الغالب مساهمة مادية، وقد يضيف إليها مساهمة ابتكارية. وعلى كل الأحوال، اعتبره القانون شريكاً في عملية تقرير النشر. راجع:

«L'oeuvre audiovisuelle est reputée achevée lorsque la version définitive a été établie d'un commun accord entre, d'une part, le réalisateur ou, éventuellement, les coauteurs et, d'autre part, le producteur».

Art. (L. 121-5). CPI.

(٣) راجع في المشكلات الناشئة عن ممارسة الشركاء لحقهم في تقرير نشر مصنفهم السمعي البصري: د/ محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، من ص ٣٧٨ إلى ص ٣٨٢.

(٤) «لاسيما وأن تعسف مؤلفي هذا المصنف في ممارسة حقوقهم الأدبية على وجه الإجمال يشكل - وبحق - مصدر قلق فعلى قد يحجم المنتجين عن إنتاجه».

راجع: د/ محمد سامي عبد الصادق، المرجع السابق، ص ٣٧٧.

٧٣- وعن حق العامل المؤلف في نسبة مصنفه إليه فيقرر جانب من الفقه بأن هذا الحق يواجه تحدياً جسيماً من قبل سلطة صاحب العمل في الإدارة لدرجة قد تؤدي إلى عدم الاعتداد به^(١). وذلك لاعتبارات تقنية وتجارية، فمن الوجهة التقنية Techniques قد تكون من الصعوبة عملياً معرفة صورة أو شكل إسم المبدع على مصنفه، ومن الوجهة التجارية فإن إظهار إسم المبدع قد يتضمن مخاطرة بالعلامة التجارية أو الصناعية التي تميز المنتج الخاص بتاجر أو صانع أو مقدم خدمة معين، لاسيما وأن هذه العلامة التجارية أو الصناعية تعد وسيلة هامة من وسائل المنافسة المشروعة بين المنتجين شأنها شأن بقية حقوق الملكية الصناعية^(٢) هذا من جانب.

ومن جانب آخر، قد يؤثر ذلك بالسلب على الإسم التجاري الذي يحرص صاحب العمل (التاجر) على حفره على بضائعه ومنتجاته، فهو علامة مميزة لسلعه التي يقوم بإنتاجها أو بيعها، وإن كان له شكل مميز فإنه يعد عندئذ أداة لتمييز المتجر وفي ذاته الوقت أداة لتمييز المنتجات والسلع كعلامة تجارية^(٣).
والقضاء من جانبه، أدان أى اتجاه يؤدي إلى الانحراف عن نسبة المصنف إلى

(١) راجع :

V. POUJOL (N.): «La salarié et le droit moral» in variis aucteres, La création salariée, INPI, 1989, p. 75.

(٢) وعن العلامات التجارية والتي يطلق عليها : «العلامات الصناعية أو التجارية أو لتقديم خدمة».

Des marques de Fabrique, de commerce, ou de service.

راجع : د/ سميحة القليوبى، الملكية الصناعية، الطبعة السادسة، ٢٠٠٧، دار النهضة العربية، ص ٤٤٨ وما بعدها.

(٣) راجع : د/ سميحة القليوبى، المرجع السابق، ص ٧٦١ و ٧٦٢.

مؤلف وحده دون سواه^(١) ولم يسمح بتقييد نسبة المصنف إلى مؤلفه فى حكم آخر إلا فى مادة المصنفات الجماعية ، مع الاحتفاظ بحقوق كل المساهمين المبدعين فى تحقيق هذا المصنف على مساهماتهم^(٢).

وبالنسبة لفنانى الأداء فإن حقهم فى الأبوة يكون هاماً جداً لأجل النجاح التجارى للعمل الفنى الذى يقومون بأدائه ، حيث أن إعلان أسمائهم على الوثائق المصاحبة للعرض يكون بمثابة عنصر جذب هام للعامّة^(٣).

٧٤- أما عن الأثر المتبادل بين حق العامل المؤلف فى احترام مصنفه وسلطة صاحب العمل المتنازل له عن حق استغلاله فى الإدارة، فمن الثابت قانوناً، حق العامل المؤلف فى الدفاع عن مصنفه بمنع تعديله سواء فى «شكله أو روحه»^(٤)

(١) راجع :

V. CA Paris 22-11-1983, D. 1985, som. Com. P.10, obs.:

BURST.

(١) راجع نص المادة رقم (١٣٨) ملكية فكرية مصرى فى البند رقم (٤) التى تبين أن الشخص المبادر إلى تحقيق هذا المصنف (..... يتكفل بنشره بإسمه وتحت إدارته إلخ).

وراجع نص المادة رقم (L. 113-5) ملكية فكرية فرنسى.

(٢) راجع نص المادة (L. 212-2) ملكية فكرية فرنسى ، والمادة رقم (١٥٥) ملكية فكرية مصرى التى تنص على أنه :

«يتمتع فنانو الأداء وخلفهم العام بحق أدبى لا يقبل التنازل عنه أو التنازل عنهم ما يلى :-

١- الحق فى نسبة الأداء الحى أو المسجل إلى فنانى الأداء ، على النحو الذى أبدعوه عليه.

٢- إلخ.....».

(٤) «Dans sa Forme ou dans son esprit».

V. CA Pairs, 28-7-1932, D.P 1934, II, p. 139, note:

LEPOINTE. Cité par DRAI (L.): thèse précité, p.

201.

حتى بعد انقضاء عقد عمله^(١)، مما قد يؤدي التطبيق الحرفي الجامد لهذا الحق الأدبي إلى أن يعرقل استغلاله في العديد من الحالات.

ومن أجل هذا، أجاز القضاء إمكانية الحد من تبعات هذا الحق بما يتوافق مع طبيعته، ووفقاً لنطاق الحق في الاستغلال المتنازل عنه، وبطريقة توافقية^(٢).
كالمصنف الذي يتم نقله أو تحويله لعمل مسرحي أو سينمائي، أى لعمل ذي فن أدبي مختلف^(٣). وهكذا الأمر بالنسبة لمصنفات الفن^(٤)، وأيضاً المصنفات ذات القيمة الأثرية الخالدة والتي سقطت في الدومين العام^(٥).
ويراهى أن حق العامل المؤلف في احترام مصنفه من قبل صاحب العمل

(١) راجع :

V. CA Aix en provence 21-10-1965, D. 1966, Juris,
p. 70, note: GREFFE.

ومشار إليه في المرجع السابق.

(٢) راجع قضاء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية :

V. Cass. Civ. 1re , 21-6-2001, Bull. Civ., I, n° 171.

(٣) راجع :

V. CA Paris, 31-5-1988, D. 1990, Jurisp. p. 235, note:
EDELMAN.

(٤) راجع :

V. CA Paris 22-11-1983, D. 1985, Som. Com. P. 10,
obs.: BURST ; TGI Nancy 10-9-1998, RIDA Janvier
1999, Juris, p. 431.

(٥) أنظر قضاء الغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر في

: ١٩٩١/١٢/٣

V. Cass. Civ. 1^{re} 3-12-1991, D. 1993, Som. Com. p. 88,
obs: COLOMBET.

المتنازل له عن حق استغلاله يُفرضُ بسببه - قانوناً - على هذا العامل المؤلف وسواء من المؤلفين الامتاع عن القيام بأى عمل من شأنه تعطيل استغلال الحق محل التصرف^(١)، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، قُضى بأن التأخير من جانب صاحب العمل فى استغلال المصنف يمثل اعتداءً على سمعة ومكانة العامل الذى ابتكره وعلى حقه الأدبى^(٢).

وفيما يتعلق بمصنف الكيان المنطقى، فإن المشرع الفرنسى قد خفف من حق العامل المؤلف فى احترام مصنفه بالنص على عدم أحقيته فى الاعتراض على التعديلات التى يقوم بها «صاحب العمل» المتنازل له عن حق الاستغلال، مادامت هذه التعديلات لا تخل بالاحترام الواجب للمصنف ولا بسمعة المؤلف أو اعتباره^(٣).

والمواقع أن نص المادة (L. 121-7) ملكية فكرية فرنسى والخاصة بمصنف الكيان المنطقى (أو برامج الحاسب الآلى) كما يقرر البعض - وبحق - يخلق على حق العامل المبتكر - أو غيره من المؤلفين - فى احترام مصنفه رمزية معينة assouplissement certain^(٤).

(١) أنظر نص المادة (١٤٩) ملكية فكرية مصرى.

(٢) راجع :

V. CA Paris 13-2-1985, PIBD 1985, III, p. 277.

(٣) راجع : نص المادة (L. 121-7) ملكية فكرية فرنسى مشار إليها سابقاً.

(٤) راجع :

V. LUCAS (A. et H- J.): po. cit., p[. 341.

وفى الإجابة على التساؤل: هل من حق الحائز الشرعى لمصنف الكيان المنطقى إجراء مثل هذه التعديلات دون رضا مؤلفى المصنف؟ أم أنه يحتاج دائماً إلى الحصول على رضائهم؟ = =

٧٥- ويبقى حق العامل المؤلف في السحب والندم كحقين يسمحان له دائماً

بأن يضع نهاية لاستغلال مصنفه أو بتعديله^(١). ويمثل هذان الحقان تعديلاً
لسلطة صاحب العمل في الإدارة وقتما يمارسهما العامل المؤلف، فضلاً عن اصطدامهما
مع القوة الملزمة لعقد الاستغلال^(٢).

فممارسة العامل المؤلف لحقه في الندم، يؤدي إلى اضطرار صاحب العمل إلى
إعادة طبع المصنف^(٣)، وقد تكون ممارسة هذا الحق في مصلحة صاحب العمل،
وقتما يكون التعديل الذي يريد العامل المؤلف إجراؤه على المصنف تعديلاً ثانوياً
يتوافق مع مستجدات قد تطورت. ومن ثم يمكن أن يتوافق هذا الحق مع سلطة
صاحب العمل في الإدارة.

أما حقه في سحب مصنفه من التداول، فلا يتوافق كلية مع سلطة الإدارة
التي يملكها صاحب العمل، وقد يؤدي في الغالب إلى إنهاء عقد العمل، مع
إلزام العامل بالتعويض العادل في ضوء نص المادة رقم (١٤٤) ملكية فكرية
مصرية^(٤).

= = راجع في تفصيل ذلك، د/ محمد سامي عبد الصادق، مرجع سابق، بند ٢٤٦، من ص
٤٤٤ إلى ص ٤٤٨.

(١) راجع :

V. LUCAS (A. et H.-J.): op. cit., p. 323.

(٢) راجع :

V. GAVIN (G.): Le droit moral de l'auteur dans la
jurisprudence et la législation Française, Dalloz, 1960, p.
63, n° 56.

(٣) راجع في هذا المعنى :

V. GAUDRAT (P.): op. cit., n° 24.

(٤) راجع : نص المادة رقم (١٤٤) ملكية فكرية مصرية والتي جاء بها :

المطلب الثانى

التعسف من قبل العامل المؤلف

فى ممارسة حقوقه الأدبية

٢٦- إن «أبدية» "perpétuel" الحق الأدبى «وغير قابليته للتصرف»
"inaliénable" و«التقادم» "imprescriptible" (١) لى خصائص تجعله
حقاً متعلقاً بالنظام العام من منطلق أن ابتكاره للمصنف يقود إلى «حماية المصنف
لمصلحة مؤلفه» (٢). فضلاً عن أن هذا المصنف فيض إبداعى انبعث من شخصية
ابتكارية (٣).

ومن ثم، فإن طبيعة هذا الحق يتنازعها اتجاهان، اتجاه يعتبره «حقاً من

حقوق الشخصية»

Il se place dans la catégorie des droits de la
personnalité (٤).

= ويلزم المؤلف فى هذه الحالة أن يعرض مقدماً من آلت إليه حقوق الاستغلال المالى
تعويضاً عادلاً يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم».

❖ وفى ضوء هذا النص، أعتقد أن العامل المؤلف سيكون أقل ميلاً إلى ممارسة هذا الحق.

(١) راجع : نص المادة رقم (١٤٣) ملكية فكرية مصرى.

والمادة رقم (L. 121-1) ملكية فكرية فرنسى.

(٢) "L'oeuvre au profit de son auteur"

V. PONTIER: op. cit., p. 1405.

(٣) راجع :

V. LEQUETTE – DE KERVENOAËL (S.): op. cit., p. 22.

; GAVIN (G.): op. cit., p. 265, n° 266.

(٤) استناداً إلى نص المادة رقم (٢٧) من الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر سنة ١٩٤٨ =

واتجاه آخر يرفض تشبيه هذا الحق بالحقوق اللصيقة بالشخص الطبيعي على وجه الإطلاق، فهو يساند أيضاً الحق المالى ويتبعه، ومن ثم ينقضى بانقضاء مدة حماية الحق المالى، فهو حق من حقوق الشخصية حال حياة المؤلف فقط ويصبح حقاً وظيفياً بعد وفاته^(١).

٧٧- وفي تقديرى أن عدم إنكار ارتباط الحقوق الأدبية بشخص المؤلف تشريعياً^(٢) لا ينبغى أن يقود إلى تقديس هذه الحقوق، وإلا ما معنى أن المؤلف

= = والى تقرر أن ١٥ - لكل فرد الحق فى أن يشترك اشتراكاً حراً فى حياة المجتمع الثقافى، وفى الاستمتاع بالفنون والمساهمة فى التقدم العلمى، والاستفادة من نتائجه.

٢- لكل فرد الحق فى حماية المصالح الأدبية والمادية المترتبة على إنتاجه العلمى أو الأدبى أو الفنى.

❖ وقد أقر القضاء الفرنسى بذلك منذ وقت بعيد، مؤكداً على أن المساس بالحقوق الأدبية للمؤلف يعنى المساس بشخص المؤلف.

V. Cass. Civ. 25-5-1902, D.P. 1903, I, p.5 cité par:
POLLAUD DULIAN (F.): «Droit moral et droits de la personnalité» éd. G. I, 3780, p. 347.

(١) راجع فى بيان هذا رأى :

V. POLLAUD – DULIAN (F.): op. cit., no I, p. 345.

وهذا ما أقرته اتفاقية (برن) فى المادة (٦ مكرر) وتما سمحت للدول بربط حماية الحقوق الأدبية بالمدة المقررة لحماية الحق المالى. وتمسك بهذا التصور، القانون الإنجليزى لسنة ١٩٨٨، والقانون الألمانى ولمراجعة طبيعة الحق الأدبى فى الدول ذات الاتجاه الأنجلوسكسونى، أنظر: د/عبد الرشيد مأمون شديد، الحق الأدبى للمؤلف، النظرية العامة وتطبيقاتها، دار النهضة العربية، سنة ١٩٧٨، فقرة رقم ١٤٢، ص ٢١٥ وما يليها.

(٢) ولاسيما فى الدول ذات الاتجاه اللاتينى ومنها، فرنسا ومصر، كقانونين محل دراسة فى هذا البحث.

يتمتع عليه قانوناً^(١) - وكما سبق البيان^(٢) - أن يقوم بممارسة حقوقه الأدبية على نحو يعطل استغلال الحق المالى الذى تصرف فيه إلى الغير.
ومن هذا المنطق، تتحقق شرعية التساؤل عن الارتباط بين ممارسة العامل المؤلف لحقوقه الأدبية ونظرية التعسف فى استعمال الحق.

وتقليدياً يقال بأن من يمارس حقاً يملكه لا يمكنه أن يتعسف فى استعماله، فليس له إلا استعماله^(٣) مع افتراض مشروعية هذا الممارسة^(٤)، وهذا لا يحول دون إمكانية إثبات هذا التعسف^(٥)، وفكرة التعسف ليست - كما يقرر البعض وبحق - مشكلة فنية أو قانونية مستقلة، وإنما هى مشكلة الحق

(١) وآية ذلك على سبيل المثال، نص المادة رقم (١٤٩) من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢م.

(٢) ما حددناه سابقاً من ضوابط للتنازل عن جانب من خصائص الحق الأدبى، راجع من ص () إلى ص () .

(٣) وهى القاعدة اللاتينية التى نصها:

«Neminem Laedit qui suo jure utitur», «Caius, Digeste, 50, 17, 55». Cité par: DRAI (L.), thèse précité n° 492, p. 204.

(٤) راجع :

V. PLANIOL (M.) et RIPERT (G.): Traité pratique de droit civil Français, T. VI: Les obligations LGDJ, 1930, p. 784.

(٥) أنظر المرجع السابق .

ويراجع كذلك :

V. GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE - MAGNAN (M.), Traité de droit civil: Introduction générale, LGDJ, 4 éd. 1994, p. 765.

الشخصى ذاته^(١)، ودراستها على وجه العموم تمثل الجانب العملى لفكرة الحق^(٢)، وتطبيقها فى نطاق الملكية الفكرية يبدو دقيقاً جداً وفى غاية الصعوبة^(٣).

٧٨- وإذا كنا لن نخوض فى نظرية التعسف فى استعمال الحق إلا أننا سنبحث فى مسألة: **كيفية ضبط الحق الأدبى للمؤلف من طريق هذه النظرية وفى نطاق عقد العمل الفكرى.**

بداية، تعد فكرة التعسف فى استعمال الحق هى الحل النهائى الذى يمكن من خلالها تحديد ممارسة العامل المؤلف لحقوقه الأدبية، وذلك بتبنى وجهة نظر صاحب العمل المتنازل له عن حق الاستغلال المالى على مصنف أحد عماله.

وإن كان التدبر فى خصائص الحق الأدبى قد يبعث على الاعتقاد بأن أمر ممارسة هذا الحق مرهون كله بإرادة مالكة أى العامل المؤلف، لدرجة يصعب معها تصور التعسف بصدده استعماله، غير أن الفقه^(٤) والقضاء قد ضرب الأمثال

(١) راجع : د/ محمد شوقى السيد، التعسف فى استعمال الحق، البيئة المصرية العامة للكتاب ١٩٧٩، فقرة ١، ص ٨، وهامش (١) من نفس الصفحة.

(٢) راجع :

V. POLLAUD – DULIAN (F.): Abus de droit et droit moral, D. 1993, chron. P. 97.

(٣) راجع :

V. CARON (C.): Abus de droit d'auteur, Litec, 1998, p. 3, n° 4.

(٤) راجع فى الفقه :

V. WEILIER (D.): Abus de droit et propriété Littéraire et artistique, th, dactyl. Strasbourg 1962.

; ABOSTINELLE (X.): Les limites du droit moral de l'auteur, RRJ 1995-2, p. 583. =

على احتمالية وجود هذا التعسف.

وتعد نظرية التعسف في استعمال الحق - في الفقه الفرنسي - مبدأ عاماً في القانون^(١)، وهي في القانون المصري من معنى العموم مما يجعلها تنبسط على جميع نواحي القانون قاطبة^(٢).

-
- = ; **HUET- WEILLER (D.):** L'abus de droit en matière d'oeuvres cinématographiques, RIDA, 1966, n° 48, p.123.
- ; **VIVANT (M.):** La propriété intellectuelle entre abus de droit et abus de position dominante, JCP 1995, éd. G. I, 3883.
- ; **LINDON (R.):** Du non exercice immoral du droit moral D. 1973, chron. P. 311.

(١) راجع :

- V. GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.):** op. cit., p. 465.
- ; **PERELMAN (C.):** Logique juridique Nouvelle rhétorique, Dalloz, 2° éd. 1999, pp. 81 ss.
- ; **RIPERT (G.),** La règle morale dans les obligations civiles, L. GDJ, 4° éd. 1994, p. 159.

(٢) راجع : المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري، مجموعة الأعمال التحضيرية، ج ١، ص ٢٠٧.

ويراعى أن فكرة التعسف وردت في المادتين الرابعة والخامسة في الباب التمهيدي من القانون المدني المصري على النحو التالي:

❖ «من استعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما ينشأ عن ذلك من ضرر»، المادة الرابعة مدني مصري.

= =

❖ أما المادة الخامسة فنصت على أن :

والمعنى التعسف هو تقييد استعمال المؤلف العامل لحقه الأدبي في ضوء غايته، وغير دقيق في رأينا القول بأن «الحق والتعسف فكرتان متلازمتان يصحح ويحدد كل منهما الآخر، فلا تنفصل أى منهما عن الأخرى، فتقوم فكرة التعسف بتقييد الحق»^(١)، لأن مناط التلازم لا تتصور نشأته إلا منذ البدء في استعمال الحق، ولذلك ترتبط - في تقديري - فكرة التعسف بالحقوق النسبية أو التقديرية، وليس كما يقرر البعض «بنسبية الحقوق»^(٢).

ويؤيدنا في ذلك ما قرره البعض من أنه توجد طائفة من الحقوق لا يمكن أن يتحدث الإنسان بصدددها عن وجود تعسف من عدمه بدون رقابة القضاء، لأنه ليس محتملاً أو متصوراً أن نتحدث عن الاستعمال إلا أن يكون فعلاً واقعاً^(٣).

= = «يكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

- أ - إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير.
- ب - إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
- ج - إذا كانت المصالح التي يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.
- ونلاحظ أن المشرع المصري قد نحاشى استعمال اصطلاح «التعسف» لما يتسم به من سعة وإبهام، وساعده على الأخذ بهذه النظرية إقرار الشريعة الإسلامية لها بوصفها نظرية عامة. راجع: مجموعة الأعمال التحضيرية، القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨، الوقائع المصرية، العدد ١٠٨ مكرر (أ) الصادر في ٢٩ يوليو سنة ١٩٤٨، وعُمل به ابتداءً من ١٥/١٠/١٩٤٩م.

(١) راجع في هذا الرأي الذي نخالفه: د/ محمد شوقي السيد، مرجع سابق، بند ١٠٢، ص ١١٠.

(٢) أنظر: المرجع السابق.

(٣) راجع:

V. ROUAST (A.): Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés, RTD civ. 1944, p. I.

ويقرر العميد RIPERT أن الممارسة التعسفية للحق هي الأساس لبيان ما كان ينبغي في هذه الممارسة، لأجل القول بالتعسف، ويكون واجباً على القاضى أن يقدر ويحدد القيمة المنبثقة من النوايا والأحاسيس التى توجه الشخص ويدون تحديد الأسباب التى تكون شخصية بالكلية لا يكون محتملاً الحكم على هذه الممارسة^(١).

٧٩. وعلى هدى من هذا التصور، فإن الحق الأدبى للعامل المؤلف - أو لغيره من المؤلفين - يستقر فى ضميره، ووفقاً لإرادة ممارسته له يكمن نموذج ممارسته بصورة تقديرية تختلف بالضرورة من مؤلف إلى آخر ووفقاً لنطاق التنازل عن حق الاستغلال المالى لصاحب العمل.

وذهب جانب قليل من الفقه - نؤيده - إلى أن الحق الأدبى للمؤلف يكون من حقوق الشخصية حال حياته فقط، أما بعد وفاته فيصبح بالنسبة لورثته حقاً قائماً بذاته، ويكون حقاً وظيفياً لتحقيق الغايات التى كان يتبناها مورثهم، ومن ثم تختلف طبيعة الحق الأدبى فى حياة المؤلف عنه بعد وفاته. ففى حياة المؤلف يكون هذا الحق نسبياً ومرتبطاً بالحق المالى، بحيث أن نسيبته توجب الدفاع عنه من جانب من يملكه دون سواه، ومن يملكه ويستطيع تقديره هو المؤلف نفسه، أما بعد موت المؤلف فيصبح الحق الأدبى آنذاك حقاً وظيفياً - Un droit-

(١) ومن جانبى : أزيد هذا الرأى، ومن ثم سأعرضه كما ذكره صاحبه كما يلى :

«L'exercice arbitraire de ces droits tient à ce que le titulaire est seul juge du devoir qui lui incombe; pour apprécier l'abus, il faut que le juge puisse apprécier la valeur des sentiments qui font agir une personne, or il est des motifs qui sont tellement personnels qu' aucune apprédation n'est possible».

V. RIPERT (G.): op. cit., p. 174.

Fonction ، والحق الوظيفى يمكن ممارسته بطريقة تعسفية لما يكون مالكة وقتها لا يحترم وظيفة هذا الحق بحيث يخرج الحق من طريق ممارسته عن مسار تحقيق غايته (١).

٨٠ وفى رأينا: أن الحق الأدبى يعد من حقوق الشخصية حال حياة المؤلف، لأن شخصيته مازالت قائمة وتتغير طبيعته إلى حق وظيفى وقتما يمارسه ورثته فى إطار احترام الغاية المعبر عنها من جانب مورثهم حال حياته أى من المؤلف نفسه، ويترتب على ذلك بالضرورة أن رقابة ممارسة هذا الحق تختلف وفقاً لتغير طبيعته، وأن التعسف قد يودى بالمؤلف إلى التزامه بتعويض الأضرار التى تسبب فيها، أما بعد وفاته فما من وسيلة لمجازاة التعسف ممن انتقل إليه هذا الحق إلا النقص من العائد المالى الذى سيعود عليه من ممارسة حق الاستغلال المالى لمصنف مورثه (٢).

غير أن جانباً آخر من الفقه يعارض التصور السابق وينكر الصفة التقديرية أو

(١) راجع فى هذا الصدد :

V. POLLAUD – DULIAN (F.): Abus de droit et droit moral, op. cit., p. 98 et 99.

(٢) قريب من هذا المعنى راجع :

V. FRANÇON (A.): Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, op. cit., p. 225.

❖ وتعليق الأستاذ COLOMBET على قضاء محكمة أول درجة بباريس فى : ١٩٨١/١٥/١

V. TGI Paris 1-12-1982, D. 1983, I.R, p. 94 obs.: COLOMBET.

❖ وأيضاً تعليق الأستاذ FRÉMOND على نفس الحكم.

النسبية للحق الأدبي للمؤلف حتى حال حياته (١).

أما بالنسبة للقضاء الفرنسي، فقد يما، تم التأكيد على الطبيعة النسبية أو التقديرية للحق الأدبي للمؤلف (٢)، وتم التأكيد على ذلك فى قضايا عديدة (٣) إلى أن جاء قضاء النقض فى حكمه الصادر فى ٥ من يونيو سنة ١٩٨٤ وتنكر لهذه الطبيعة النسبية (٤) وكان هذا هو سبب وجود الرأى المعارض لفكرة الطبيعة النسبية للحق الأدبى.

ثم جاء قضاء النقض فى تاريخ ١٤ من مايو سنة ١٩٩١، وأكد بقوة على

(١) راجع فى ذلك :

V. SIRINELLI (P.): Le droit moral de l'auteur et le droit commun des contrats. Th. Dactyl, Paris 2, 1982, p. 569.

; MAZEAUD (H.): Le droit moral des artistes sur leur oeuvres et son incidence D. 1959, chron, p. 139, n° 28.

(٢) وكان هذا قضاء النقض الفرنسى فى تاريخ ١٩٠٢/٦/٢٥، ويطلق عليه الفقه الفرنسى قضاء إقرار مبدأ نسبية الحق الأدبى للمؤلف :

V. Cass. Civ., 25-6-1902, D.P. 1903, I, p.5, concl. BAUDOUIN, R T D CIV. 1903, p. 156. Cité par: DRAI (L.), thèse précitée, No 499, p. 206.

(٣) راجع :

V. CA Paris, 18-4-1956, D. 1957, Jurisp. p. 108, note: DESBOIS.

; CA Paris 9-2-1931, Gaz. Pal., 1932, I, p. 133.

; CA Paris, 25-9-1956, GAz. Pal. 1956, II, p. 205.

(٤) راجع :

V. Cass. Civ., 1^{er}, 5-6-1984, Bull. Civ., I, n° 184, RIDA, 1985, no. 124, p. 150; JCP 1984, éd. G. IV, p. 262.

طبيعة الحق الأدبي النسبية (١).

والذي أيدته العديد من الفقهاء (٢). وممارسة الحق الأدبي من قبل العامل المؤلف - أو غيره من المؤلفين - ينبغي أن يكون منوطاً بها تحقيق الغاية منه، والانحراف عن تحقيق هذه الغاية يقود إلى وجود التعسف، مما يقطع بنسبية هذا الحق الأدبي من منظور ممارسته.

(١) راجع هذا القضاء الهام للغرفة المدنية الأولى بمحكمة النقض الفرنسية كما يلي:

V. Cass. Civ., I^{re}, 14-5-1991, Bull. Civ., I, n° 157, D.1992, som. Com. P. 15, obs.: COLOMBET.

; RIDA 1992, no 151, p. 273, note.: SIRINELLI.

; JCP 1991, éd. G, II, 21760, note: POLLAUD-DULIAN.

(٢) راجع على سبيل المثال :-

V. VIVANT (M.): Touche pas à mon filter! Droit de marque et liberté de création: de l'absolu et du relative dans les droits de propriété intellectuelle JCP 1993, éd. E. I, 251.

; CARON (C.): op. cit., p. 51.

; CARREAU (C.): op. cit.

; AGOSTINELLI (X.): op. cit.

; COLOMBET (C.): op. cit., p. 129.

; FRANÇON (A.): obs. Sous cass. Civ. 1re 14-5-1991, RTD com. 1991, p. 592.

; GAUTIER (P - Y): op. cit., pp. 185 ss.

الخاتمة

إن فكرة «العمل الفكرى» فى «أحكام قانون العمل» محل لكل تفكير وتساؤل وقد اجتهدنا فى محاولة سبر أغوارها رغم ما حملته لنا كثير من صور عدم اليقين بسبب التناقض بين المبادئ التى تحكم الملكية الفكرية وتلك التى تسيطر على أحكام قانون العمل.

وقد بان لنا من خلال هذا البحث عدم وجود تنظيم قانونى عالمى خاص بهذا الصنف من الأعمال، مما أدى إلى افتقار العمال المؤلفين إلى الحماية القانونية لحقوقهم على مصنفاتهم، رغم اهتمام تشريعات حماية الملكية الفكرية بالعمال المخترعين، وفنانى الأداء وحتى المنتجين الذين يتعهدون بالمبادأة إلى تحقيق مصنفات جماعية أو مشتركة.

ويظل هذا العمل الفكرى محكوماً بمبادئ متناقضة، من حيث الشريعة العامة لقوانين حماية الملكية الفكرية فى جانب، ومبادئ قانون العمل ذى المنطق الاقتصادى فى جانب آخر.

وحددنا البحث فى فكرتين: تناولنا فى «الأولى» الحق المالى للطامل المؤلف، وخصصنا الثانية للحقوق الأدبية لهذا العامل.

وتمثلت إشكالية الفكرة الأولى، فى أن جانباً من الفقه الفرنسى قد استند إلى بعض تطبيقات القضاء، ليؤكد نسبة الحق المالى إلى صاحب العمل، بخصوص المصنف الذى ابتكره أحد عماله، بسبب وجود عقد بين هذا الأخير وصاحب العمل.

وقد حللنا هذه الإشكالية من طريق تتبع أصل نشأة الحق المالى، وانهينا إلى إثبات مبدأ ملكية المؤلف لمصنفة ملكية معنوية كما قرره المادة رقم (-111 L. 1) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى، ووفق ما عرضناه من تطبيقات قضائية فى هذا الخصوص.

فضلاً عن تقييم الاتجاه الفقهي المؤيد لأحقية صاحب العمل في الحصول على الحقوق المالية على المصنف الذي يبتكره أحد عماله، رافضين هذا الاتجاه من طريق دحض الحجج التي استند إليها أنصاره.

وانتهينا إلى أن مبدأ الملكية المعنوية كحق للمؤلف على مصنفه يجب أن يستفيد من تطبيقه كل مبدع حتى ولو كان خاضعاً لعلاقة تبعية قانونية لصاحب عمله فيما لو كان يعمل في مؤسسة هذا الأخير وأيضاً، لو كان من الموظفين الذين يعملون في مرفق عام من مرافق الدولة، على عكس اتجاه القضاء الإداري الفرنسي في هذه المسألة.

ثم عرضنا للاستثناءين التشريعيين من مبدأ ملكية العامل المؤلف لمصنفه، حيث تعلق الأول بنطاق الإبداع متمثلاً في مصنف الكيانات المنطقية الذي يتم تحقيقه من قبل عامل فرد أو مجموعة من العمال، بينما تحدد الثاني في الشروط العملية الخاصة بتحقيق المصنف الجماعي.

وانتهينا إلى إثبات حقوق العامل المبتكر في الحالتين الاستثنائيتين، مع مراعاة الضوابط القانونية بصدهما، وذلك من طريق وجوب احترام مبدأ ملكية العامل المؤلف لمصنفه، وأن أى استحقاق بصدد الحقوق المالية لصاحب العمل ينبغى أن تتم في إطار التنظيم العقدي بين الطرفين (صاحب العمل والعامل المؤلف).

وتناولنا بالتفصيل عبارات نص المادة (L.113-9) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسية، واستنتجنا منها بأن الحقوق المالية بصدد مصنف الكيانات المنطقية لا تنشأ بحسب الأصل إلا للعامل الذي ابتكرها. وذلك في ضوء تدبرنا لنص المادتين ١٤٩ و ١٥٠ من قانون حماية الملكية الفكرية المصرى.

وانتهينا، ما يقوم به أصحاب الأعمال من تنظيم عقدي يضمن لهم

استحقاق الحقوق المالية على الكيانات المنطقية التي يتكرها عمالهم كمحاكاة للنظام القانوني المعمول به في نظام الاختراعات الخاصة بالعمال.

على سند من أن هذه المحاكاة تصطدم بمبادئ حقوق المؤلف.

وبالنسبة لنموذج المصنف الجماعي، فقد حللنا تباين أحكامه القانونية في

النظامين المصرى والفرنسى، وعرضنا للتطبيقات القضائية بصدده، ثم أوضحنا رأينا الخاص في فلسفة هذا المصنف، وطالبنا المشرع سواء في فرنسا أو مصر بضرورة التدخل لتعديل الأحكام القانونية الخاصة بهذا المصنف الذى يعد نموذجاً يمثل قوة جذب لمقتضيات قانون العمل، بحيث يفضل صاحب العمل هذا النموذج دون سواه بسبب ماهيته وأحكامه القانونية.

ثم تساءلنا عن مصير الحق المالى للعامل المؤلف من طريق بيان كيف يقوم

العامل المؤلف بنقل حقه المالى على مصنفه إلى صاحب عمله، والضوابط القانونية الواجبة الاتباع فى هذا الخصوص فى ضوء تطبيقات القضاء الفرنسى، من حيث بيان نطاق هذا النقل أو التنازل وشكليته واجبة الاتباع سواء فى فرنسا أو مصر، وتحليل مسألة حظر تصرف المؤلف فى مجموع إنتاجه الفكرى المستقبلى، ونطاق الوعد بالتفضيل كاستثناء قانونى على هذا الحظر.

وقد انتقدنا فكرة التنازل الضمنى والتنازل التلقائى عن الحق المالى الثابت

قانوناً للعامل لصالح صاحب عمله. وعرضنا للقضاء الفرنسى الراض لهاتين الصورتين من صور التنازل. ولتطبيقات قضائية فرنسية عديدة تؤكد على أن عدم وجود تنازل صريح فى العقد بين العامل المؤلف وصاحب العمل يعنى احتفاظ العامل المؤلف بحقوق المؤلف كاملة دون سواه ... الخ ...

وناقشنا شكلية هذا التنازل (الكتابة)، وهل تُعد شرطاً للصحة أم أنها مجرد

وسيلة من وسائل الإثبات؟ ووجدنا أن القضاء الفرنسى يعتبرها - على حسب

ما هو وارد فى نص المادة (L.131-3) ملكية فكرية فرنسى -- مجرد وسيلة للإثبات، ومن ثم، نستحسن موقف المشرع المصرى الذى جعلها شرطاً لانعقاد التصرف.

وفىما يتعلق بحظر تصرف العامل المؤلف فى مجموع إنتاجه الفكرى المستقبلى استحسنا موقف المشرع المصرى وقتما صاغ هذا الحظر فى عبارات لا تثير اللبس أو الغموض، فى حين أن عبارات المشرع الفرنسى كانت ومازالت محلاً لنقد جانب كبير من الفقه الفرنسى.

وبالنسبة للوعد بالتفصيل الذى يلحق بعقد العمل، وجدناه حلاً حسناً للتسوية القانونية بين صاحب العمل والعامل (المؤلف)، حيث أنه لا يجرّد هذا الأخير من حقه المالى على مصنّفه، ويراعى فى ذات الوقت المصالح الاقتصادية لصاحب العمل فى ضوء احترام تشريعات الملكية الفكرية.

وأثبتنا حق العامل المبتكر فى مقابل مالى بسبب تصرفه فى حقه المالى على مصنّفه لمصلحة صاحب العمل فى إطار التوازن العقدى الواجب مراعاته بين الطرفين.

ولاحظنا على نص المادة (L.131-4) من تقنين الملكية الفكرية الفرنسى أنها جعلت - وفقاً لتحليل عباراتها - الأجر النسبى هو الأصل الواجب الاتباع، فى حين أن فكرة الأجر الجزافى تبقى احتياطية، على خلاف الوضع فى القانون المصرى الذى جعل كل من الأجر النسبى والأجر الجزافى أسراً جوازياً يخضع تقديره للمؤلف أو يجمع بين الصورتين وقد استحسنا فى هذا الخصوص موقف المشرع الفرنسى.

وتناولنا فى الفكرة الثانية، الحقوق الأدبية للعامل المؤلف، وخصصنا لذلك مبحثين تناولنا فى الأول منهما تحليل هذه الحقوق الأدبية بين الإطلاق

والتقييد، وناقشنا مسألة عدم قابلية هذه الحقوق للتصرف فيها بحسب الأصل، ومسألة محاولات تخفيف أو تقييد مبدأ عدم قابلية هذه الحقوق الأدبية للتصرف فيها.

ثم رصنا هذه المحاولات من خلال فرعين، تناولنا فى الأول منهما فكرة التهيئة العقدية للحقوق الأدبية للعامل المبتكر (فرضية العدول عنها). وخصصنا الثانى، لتحليل مسألة ميل صاحب العمل نحو نموذج المصنف الجماعى (كدراسة انتقادية).

وأوضحنا الفروع الدقيقة بين مبدأ عدم قابلية الحقوق الأدبية للتصرف فيها وبين احتمالية العدول العقدى عنها من جانب صاحبها. ووجدنا أن بعض التنازلات بصدد الحقوق الأدبية تتعدد فى حقين فقط، وهما، الحق فى الأبوة والحق فى احترام المصنف، وعرضنا للقضاء الفرنسى الذى ساير هذا الرأى ولكن وفق ضابطين، تمثل الأول فى عدم استنتاج التخلّى عن الحق الأدبى، بل يجب أن يتم التعبير عن هذا التخلّى من جانب صاحبه بطريقة واضحة وصريحة، وتحدد الثانى فى إمكانية إلغاء هذا التخلّى أى يجب أن يكون هذا التخلّى قابلاً للرجوع فيه ممن يملكه.

وقمنا بإبداء خمسة ملاحظات قانونية هامة فى مسألة التخلّى عن بعض خصائص الحق الأدبى.

ثم بحثنا فى مسألة «الأثر المتبادل بين الحقوق الأدبية للعامل المؤلف وسلطة صاحب العمل فى الإدارة» من خلال مطلبين، تناولنا فى الأول منهما: العلاقة بين الحقوق الأدبية للعامل المؤلف وسلطة صاحب العمل فى الإدارة من خلال فكرتين، تناولنا فى الفكرة الأولى، بحث أثر سلطة صاحب العمل فى الإدارة على ابتكار العامل.

وخصصنا الثانية، لأثر الحقوق الأدبية للعامل على استغلال صاحب العمل لمصنفه.

ثم ناقشنا كل خصائص الحق الأدبي للعامل المؤلف في ضوء استغلال صاحب العمل لمصنفه. ووضعنا الضوابط القانونية في هذا الخصوص من واقع تحليلنا لأحكام القانون في فرنسا ومصر، فضلاً عن تطبيقات القضاء الفرنسي. وإذا كان حق العامل المؤلف في السحب والندم يسمحان له دائماً بأن يضع نهاية لاستغلال مصنفه أو بتعديله، فإن قوانين حماية الملكية الفكرية وإن كانت تهدف إلى «حماية المصنف لمصلحة مؤلفه»، ومن ثم حقوق المؤلف، فإن على المؤلف ألا يتعسف في ممارسة حقوقه الأدبية.

ومن ثم، خصصنا آخر فكرة لمناقشة «التعسف من قبل العامل المؤلف في ممارسة حقوقه الأدبية»، وناقشنا اتجاهات الفقه بصدد مدى نسبية الحقوق الأدبية، وانتهينا إلى أن الحق الأدبي للمؤلف - سواء أكان عاملاً أم لا - يكون من حقوق الشخصية حال حياته فقط، أما بعد وفاته فيصبح بالنسبة لورثته حقاً قائماً بذاته، ويكون عندئذ حقاً وظيفياً لتحقيق الغايات التي كان يتبناها مورثهم، ومن ثم، تختلف طبيعة الحق الأدبي في حياة المؤلف عنه بعد وفاته.

ففي حياة المؤلف يكون هذا الحق نسبياً ومرتبطاً بالحق المالى.

أما بعد موت المؤلف، فيصبح الحق الأدبي آنذاك حقاً وظيفياً، والحق الوظيفى يمكن ممارسته بطريقة تعسفية لما يكون مالكة وقتها لا يحترم وظيفة هذا الحق، بحيث يخرج الحق من طريق ممارسته عن مسار تحقيق غايته.

وما بين إنكار وتأييد الصفة التقديرية أو النسبية للحق الأدبي للمؤلف، جاء قضاء النقض الفرنسى فى ١٤ مايو سنة ١٩٩١ ليؤكد بقوة على طبيعة الحق الأدبي النسبية.

وأخيراً ، ليس ثمة حلولاً مجردة تصادف محض الحقيقة الخالصة ، وكل ما نرجوه أن يكون ثمة تنظيم تشريعى يحمى حقوق العامل المؤلف بالتدبر فى أفكار هذا البحث.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

[الحمد لله الذى نعمته تتم الصالحات]

«صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم»

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

قائمة المراجع

BIBLIOGRAPHIE

أولاً : مراجع باللغة العربية

(أ) المراجع المتخصصة :

د. إبراهيم أحمد إبراهيم : الحماية الدولية لحق المؤلف، طبعة سنة ١٩٧٢م.

د. أبو العلا على أبو العلا النمر : الحماية الوطنية للملكية الفكرية «فى ظل إتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية»، دار النهضة العربية، طبعة سنة ١٩٩٨م.

د. أبو اليزيد على التيت : الحقوق على المصنفات الأدبية والفنية والعلمية، منشأة المعارف، الاسكندرية، الطبعة الأولى، سنة ١٩٦٧م.

د. أحمد سويلم العمري : حقوق الانتاج الذهنى، القاهرة، طبعة سنة ١٩٦٧م.

د. السيد محمد السيد عمران : الطبيعة القانونية لعقود المعلومات (الحاسب الآلى - البرامج - الخدمات)، مؤسسة الثقافة الجامعية، سنة ١٩٩٢م.

المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم «الأيسكو» : حقوق المؤلف فى الوطن العربى بين التشريع والتطبيق، صادر

عن المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم،

تونس سنة ١٩٩٦م.

د. **حسام الدين كامل الأهواني** : الحق في احترام الحياة الخاصة، «الحق في

الخصوصية» «دراسة مقارنة»، دار النهضة

العربية، طبعة سنة ١٩٧٨م.

د. **حسن عبد الباسط جميعي** : عقود برامج المحاسب الآلي، «دراسة

مقارنة»، دار النهضة العربية، طبعة سنة

١٩٩٨م.

د. **عبد الحفيظ بلقاضي** : مفهوم حق المؤلف وحدود حمايته جنائياً «دراسة

تحليلية نقدية»، دار الأمان للنشر والتوزيع،

الرباط، طبعة سنة ١٩٩٧م.

د. **عبد الرشيد مأمون** :

- الحق الأدبي للمؤلف «النظرية العامة وتطبيقاتها» دار

النهضة العربية، طبعة سنة ١٩٩٥م.

- أبحاث في حق المؤلف، دار النهضة العربية، طبعة

سنة ١٩٨٦م.

د. **عبد المنعم فرج الصدة** : محاضرات في القانون المدني «حق المؤلف في

القانون المصري»، معهد البحوث

والدراسات العربية، جامعة الدول العربية،

سنة ١٩٦٧م.

د. **محمد السعيد رشدي** : عقد النشر في القانون المصري والفرنسي، «دراسة

مقارنة»، دار النهضة العربية، سنة ١٩٨٩م.

د محمد المرسي زهرة : الحاسوب والقانون، مؤسسة الكويت للتقدم
العلمي، الطبعة الأولى، سنة ١٩٩٥م.

د محمد حسام محمود لطفى :

- حق الأداء العلني للمصنفات الموسيقية، دراسة مقارنة
بين القانونين المصرى والفرنسى واتفاقيتى
برن وجنيف الدوليتين، الهيئة المصرية العامة
للكتاب، سنة ١٩٨٧م.

- البث الإذاعي عبر التوابع الصناعية وحقوق المؤلف،
طبعة سنة ١٩٩١ - ١٩٩٢م.

- تأجير الفنونجرام والفيديو جرام وحق المؤلف، طبعة
سنة ١٩٩٨م.

- المرجع العلمى فى الملكية الأدبية والفنية ، الكتاب
الرابع، طبعة سنة ١٩٩٩م.

- عقود خدمات المعلومات، دراسة فى القانونين المصرى
والفرنسى، القاهرة، سنة ١٩٩٤م.

د محمد طه بدوى : المصنفات السينماتوغرافية والحقوق الخاصة بمؤلفيها،
دار الفكر العربى، سنة ١٩٩٤م.

د مختار القاضى : حق المؤلف ، النظرية العامة ، مكتبة الأنجلو المصرية،
الكتاب الأول، سنة ١٩٥٨م.

د مصطفى عبد الحميد عدوى : الاستعمال المشروع للمصنف فى قانون
حماية حق المؤلف، دراسة مقارنة بالقانون
الأمريكى، سنة ١٩٩٦م.

د. نواف كنعان : حق المؤلف «النماذج المعاصرة لحق المؤلف ووسائل حمايته» مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، سنة ١٩٩٢م.

(ب) رسائل الدكتوراة :

د. خالد حمدى عبد الرحمن : الحماية القانونية للكيانات المنطقية، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٢م.
د. محمد سامى عبد الصادق : حقوق مؤلفى المصنفات المشتركة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، المكتب المصرى الحديث، طبعة سنة ٢٠٠٢م.

د. محمود على عبد الجواد عبد الهادى : الآثار المترتبة على عقد النشر فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى، رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، القاهرة، سنة ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م.

(ج) الأبحاث والمقالات :

د. إبراهيم أحمد إبراهيم : حماية حق المؤلف فى تشريعات الدول العربية، بحث مقدم فى ندوة حقوق المؤلف - مدخل إسلامى - التى عقدت بمركز صالح كامل فى ١ - ٢ يونيو سنة ١٩٩٦م.

د. إبراهيم الدسوقى أبو الليل : نحو عولة الحماية القانونية للملكية الفكرية، بحث مقدم فى «المؤتمر العلمى السنوى» الذى نظمته كلية الحقوق جامعة المنصورة فى ٢٦ - ٢٧ مارس من سنة

٢٠٠٢م.

د. أنور أحمد القريرع : مسئولية مصممي برامج الحاسوب التفسيرية، بحث منشور بمجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة التاسعة عشرة، العدد الأول، شوال ١٤١٥هـ، مارس ١٩٩٥م، ص ١٣١.

د. برهام محمد عطا الله : المصنفات المحمية في قانون حق المؤلف، بحث منشور بكتاب «حق المؤلف بين الواقع والقانون» دار النشر هاتيه، بدون تاريخ.

د. حسام الدين كامل الأهواني : الحماية القانونية للحياة الخاصة في مواجهة الحاسب الإلكتروني، بحث منشور بمجلة العلوم القانونية والاقتصاد، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، يناير - يونيو سنة ١٩٩٠، العددان الأول والثاني، السنة الثانية والثلاثون، ص ٦.

د. عبد الرشيد مأمون : «المصنفات المشتركة» بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، العدد رقم (٥١)، سنة ١٩٨١م.

د. محمد حسام محمود لطفى :

- تشريع حق المؤلف بين الواقع والقانون، بحث منشور بمجلة عالم الكتاب، العدد الثاني عشر، ديسمبر سنة ١٩٨٦م.
- الجوانب القانونية للعولة في مجال الملكية

الفكرية، بحث مقدم في «المؤتمر العلمي السنوي» الذي نظمته كلية الحقوق جامعة المنصورة في ٢٦ - ٢٧ مارس من سنة ٢٠٠٢م.

- بنوك المعلومات وحقوق المؤلف، بحث منشور بمجلة المكتبات والمعلومات العربية، السنة السادسة.

- إتفاقية ترخيص والملكية الأدبية والفنية، دراسة لإتفاقية الجوانب المتصلة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية، بحث مقدم في «المؤتمر العلمي السنوي» الذي نظمته كلية الحقوق جامعة المنصورة في ٢٦ - ٢٧ مارس من سنة ١٩٩٦م.

أ. محمد سيد أحمد : ثورة المعلومات - مرتعها ودلالاتها - بحث منشور بمجلة العلوم الاجتماعية، جامعة الكويت، المجلد رقم (٢٦)، العدد رقم (٣)، سنة ١٩٩٨م.

د. مصطفى عبد الحميد عدوي : الفكرة المجردة في قانون حماية حق المؤلف بحث مستخرج من مجلة كلية الحقوق - جامعة المنوفية، العدد الخامس.

(الترجمات العربية :

- «خدعة التكنولوجيا» تأليف أ. جاك إبول وترجمته إلى العربية

د. فاطمة نصر، الطبعة العربية الأولى من
إصدارات مجلة سطور، مجلة شهرية ثقافية
عربية، سنة ٢٠٠٢م.

- «الملكية الفكرية وبرامج الحاسبات» «حق المؤلف وبراءات الاختراع من
وجهات النظر الفنية والقانونية»، للمؤلف
أ. برنارد أ. جالر وترجمه إلى العربية د:
محمد حسام محمود لطفى، الناشر الجمعية
المصرية لنشر المعرفة والثقافة العالمية، الطبعة
العربية الأولى، سنة ١٩٩٨م.

- «الشفيرة» «كيف اقتحمت السرية فى العصر الرقوى» للمؤلف
أ. ستيفن ليفى وترجمه إلى العربية أ. عبد
الإله، الطبعة العربية الأولى، العبيكان، سنة
٢٠٠٢م.

- «المعلوماتية بعد الإنترنت» «طريق المستقبل» للمؤلف أ. بيل جيتس،
وترجمه إلى العربية أ. عبد السلام رضوان،
سلسلة عالم المعرفة الكويت، إصدار رقم
(٢٣١).

(هـ) الدوريات :

- مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق - جامعة القاهرة.
- مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، كلية الحقوق - جامعة عين شمس.
- مجلة القضاة.
- مجلة المحاماة.

- مجلة روح القوانين، كلية الحقوق - جامعة طنطا.
- الجريدة الرسمية.

ثانياً : مراجع باللغة الفرنسية

(1) "OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIAUX"
«مراجع عامة ومتخصصة» :

BARTA (j.):

«Le droit d'auteur et la créativité d'employé» RIDA
1984, n° 121, p. 69.

BLEITRACH (D.) et CHENU (A.):

«Le travail intellectuel dans la production» La
pensée, juill./Août 1984, n° 240, p.5.

BREDON (G.):

L'évolution de la notion de subordination comme
critère du contrat de travail, th dactyl. Paris 2, 1998.

BRUN (A.) et GALLAND (H.):

Traité de droit du travail, T. I, Sirey, 1978, n° 281.

CALDERON RODRIGUEZ (E.):

Images et concepts du travail manuel et du travail
intellectuel en France au début du 20^e siècle, thèse,
Paris 8, 1976. p.193.

CAMERLYNCK (G.H.):

Droit du travail, t.1, Dalloz, 2^e éd. 1982, p.8.

COCTEAU (J) :

La difficulté d'être, 1947: «Ecrire est un acte
d'amour. S'il ne l'est pas, il n'est qu' écritur».

COLOMBET (C.)

L'art et l'originalité, D. 1992, chron. P. 195.

COUSIN (B.):

Le droit de la communication, presse écrite et audiovisuelle, t. 1, éd. Du Moniteur 1990.

DABLINCOURT (M.):

Le rôle économique et social des travailleurs intellectuels, Le cétéiste Mai 1931, n° 5, p.5.

Cite par: DRAI (L.):

Le droit du travail intellectuel. Préface du VERKINDT (P.-Y.): thèse, université de lille 2, 2003-2004, et éd. LGDJ. 2005, p.4.

BESBOIS (H.):

Le droit d'auteur en France, Dalloz, 3^e éd. 1978.

DURAND (P.):

Traité de droit du travail, T. 2, Dalloz, 1950, n° 127.

Cite par: DRAI (L.):

Le droit du travail intellectuel. L.G.D.J. 2005.

EDELMAN (B.):

- La propriété littéraire et artistique, PUF, coll. Que sais-Je? n° 1388, 3^e éd. 1999.
- «Liberté et création dans la propriété littéraire et artistique» D. 1970, chron. P. 197.
- «L'oeuvre collective: Une définition introuvable» D. 1998, chron., p. 141.

FRANCON (A.):

Cours de propriété littéraire, artistique et industrielle, Litec, coll. Les cours de droit 1999.

GARRIGOU-LAGRANGE (A.) et PENOUIL (M.):

Histoire des faits économiques de l'époque contemporaine, précis Dalloz, 2^e éd. 1986, p. 566.

GROUDEL (H.):

Le critère du contrat de travail, in tendances du droit

du travail Français contemporain, Etudes offertes à G.H Comerlinck, Dalloz, 1978.

LALIGANT (O.):

La véritable condition du droit d'auteur: originalité au création?, presse universitaire d' Aix – Marseille, 1999.

LUCAS (A. et H-J.):

Traité de la propriété littéraire et artistique, Lietsc 2^e éd. 2001.

LUCAS (A), DEVEZE (J.) et FREYSSINET (J.):

Droit de l'informatique et de l'internet, PUF, 2001.

MALAURIE (P.) et AYNES (L.):

Droit civil. Les contrats spéciaux, cujas, 11^e éd., 1998.

MAZEAUD (A.):

Droit du travail, MONTCHRESTIEN, Coll. Domot, 2^e éd., 2000, p. 239.

PELISSIER (J.), SUPIOT (A.) et JEAMMAUD (A.):

Droit du travail, précis Dalloz, 20^e éd. 2000, p. 142.

POLLAUD-DULIAN (F.):

Propriétés intellectuelles et travail salarié, RTD com. 2000, p. 273.

POUJOL (N.):

«La salarié et le droit moral» in variis auctores, La création salariée, INPI, 1989, p. 71.

RAY (J-E.):

- De Germinal à Internet: Une nécessaire évolution du critère du contrat de travail Dr. soc. 1995, p. 634.
- Nouvelles technologies et nouvelles formes de subordination, Dr. Soc. 1992, p. 525.

ROUSSEAU (J-J.):

«Les confessions. Livre X, 1758: « [...] Jen e suis
Jamais écrire que par passion».

VERDIER (J. – M.):

Traité de droit du travail (syndicates), sous la
direction de CAMERLINCK (G. – H.), Dalloz,
1996.

WINOCK (M.):

Le siècle des intellectuels, éd. du seuil, 1999.

(2) “NOTES ET OBSERVATIONS”

: «التعليق على الأحكام»

COLOMBET (C.):

Note Sous: Cass. Civ. 1^{re} 13-11-1973, D. 1974,
Jurisp. P. 533.

DAMIEN (A.):

Note Sous: Cass. Civ. 1^{re} 2-3-1999, Gaz. pal. 9-
11/5/1999, p.6.

EDELMAN (B.):

Note Sous: Cass. Civ. 1^{re} 1-7-1970, D. 1970, Jurisp.
P. 734.

GAUBIAC (Y.):

Note Sous: T G I Nonterre. 1^{re} ch., 10-3-1993,
RIDA 3/93, p. 343.

MARTIN (R.):

Note Sous: Cass. Civ. C.A. Montpellier 5^ech. 6-5-
1996, JCP, 1996, 11, 22685.

(3) "PÉRIODIQUES" : «الدوريات»

Actualité Juridique de droit administratif.

Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambres civiles)

Bulletin du droit d'auteur.

Cahiers du droit d'auteur.

Dalloz

Dalloz affaires

Dalloz Hebdomadaire

Dalloz périodique

Dalloz sire

Gazette du palais.

Juris - Classeur périodique, édition générale

Le droit d'auteur.

Les petites affiches.

Revue de droit intellectuel.

Revue du droit de la propriété intellectuelle.

Revue internationale du droit d'auteur.

Revue internationale de droit comparé.

Revue trimestrielle de droit civil.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

«قائمة المختصرات»

AJDA	Actualité juridique de droit administratif
al.	Alinéa
ALAI	Association littéraire et artistique internationale
Arch.philo.droit	Archives de philosophie du droit
Art.	Article
Ass. plé.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. dr.auteur	Bulletin du droit d'auteur
CA	Cour d'appel
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
Cah. dr. auteur	Cahiers du droit d'auteur
Cah.propr.intell.	Cahiers de la propriété intellectuelle
C.cass.	Cour de cassation
C.civ.	Code civil
CE	Conseil d'Etat
Chron.	Chronique
C.P.I.	Code de la propriété intellectuelle
D.	Dalloz
D.affaires	Dalloz affaires
Doctr.	Doctrine
Dr. auteur	Droit d'auteur
éd.	édition
Expertises	Expertises des systèmes d'information
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Inf.rap.	Informations rapides
J.CI.	Juris-Classeur
JCP	Juris-Classeur Périodique, édition générale
JCP E	Juris-Classeur Périodique, édition entreprise
JO	Journal officiel, lois et décrets
Jur.	Jurisprudence
obs.	Observations

OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
pan.	Panorama
PU	Presses universitaires
Rev.adm.	Revue administrative
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RID comp.	Revue international de droit comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
SCAM	Société civile des auteurs multimédia
Somm.	Sommaire
T. civ.	Tribunal civil
TGI	Tribunal de grande instance
V.	Voir

فهرس البحث

الصفحة	الموضوع
	مقدمة
	موضوع البحث وأهميته
	محاولة التوفيق بين مبادئ متباينة
	محاولة ضبط مفردات المشكلة
	الأهمية القانونية
	خطة البحث
	الفصل الأول الحق المالى للعامل المؤلف
	تحديد وتقسيم
	المبحث الأول : أصل نشأة الحق المالى
	تعيين الحق المالى
	المطلب الأول : مبدأ ملكية المؤلف لمصنفه (ملكية معنوية)
	الفرع الأول : موقف الفقه من مبدأ ملكية المؤلف لمصنفه فى ضوء قانون العمل
	الفرع الثانى : ملكية المؤلف لمصنفه فى تطبيقات القضاء
	تقسيم
	أولاً : اتجاه القضاء إلى إقرار مبدأ ملكية العامل المؤلف لمصنفه
	تعليق
	ثانياً : مناقشة اتجاه القضاء الرافض لحقوق العامل الموظف على ما ابتكره

	المطلب الثاني: الاستثناءان التشريعيان من مبدأ ملكية العامل المؤلف لمصنفه
	تحديد وتقسيم
	الفرع الأول: الكيانات المنطقية
	أولاً: مبدأ استحقاق الحقوق المالية على الكيانات المنطقية لصاحب العمل
	الشرط الأول: أن يكون المبتكر عاملاً
	الشرط الثاني: أن يتحقق الابتكار في نطاق ممارسة العامل لعمله «أو» وفقاً لتعليمات صاحب عمله
	رأينا الخاص
	ثانياً: التنظيم العقدي للحقوق المالية على الكيانات المنطقية بين العامل وصاحب العمل
	الفرع الثاني: الاستثناء التعلق بشروط تحقيق المصنف «نموذج المصنف الجماعي
	أولاً: حقوق العامل المؤلف في ظل أحكام المصنف الجماعي
	رأينا الخاص
	ثانياً: رأينا الخاص في فلسفة المصنف الجماعي
	المبحث الثاني: مصير الحق المالي للعامل المؤلف
	المطلب الأول: نقل العامل المؤلف لحقه المالي على مصنفه إلى صاحب العمل
	الفرع الأول: التنازل عن الحق المالي لصاحب العمل

	تحديد وتقسيم
	وجوب التنازل الصريح
	تعقيب
	وبالنسبة للكتابة
	رأينا الخاص
	الفرع الثاني: حظر تصرف المؤلف فى مجموع إنتاجه الفكرى المستقبلى
	الفرع الثالث: الوعد بالتفضيل «استثناء»
	المطلب الثاني: حق العامل المبتكر فى مقابل مالى بسبب تصرفه فى حقه المالى على مصنفه
	الفصل الثانى الحقوق الأدبية للعامل للمؤلف
	تقديم وتقسيم
	المبحث الأول: الحقوق الأدبية للعامل للمؤلف بين الإطلاق والتقييد
	تقسيم
	المطلب الأول: عدم قابلية الحقوق الأدبية للتصرف فيها
	المطلب الثانى: محاولات تخفيف أثر قاعدة عدم قابلية الحق الأدبى لتصرف فيه
	تحديد وتقسيم
	الفرع الأول: التهيئة العقدية للحق الأدبى للعامل المبتكر «فرضية العدول عن الحق الأدبى»
	الفرع الثانى: ميل صاحب العمل نحو نموذج المصنف الجماعى

	تعقيب
	المبحث الثاني: الأثر المتبادل بين الحقوق الأدبية للعامل المؤلف وسلطة صاحب العمل في الإدارة
	تقسيم
	المطلب الأول: العلاقة بين الحقوق الأدبية للعامل المؤلف وسلطة صاحب العمل في الإدارة
	تقديم وتقسيم
	الفرع الأول: أثر سلطة صاحب العمل في الإدارة على ابتكار العامل
	الفرع الثاني: أثر الحقوق الأدبية للعامل على استغلال صاحب العمل لمصنفه
	• الحق في إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة أو «الحق في تقرير النشر
	• حق العامل المؤلف في نسبة مصنفه
	• الأثر المتبادل بين حق العامل المؤلف في احترام مصنفه وسلطة صاحب العمل المتنازل له عن حق استغلاله في الإدارة،
	• حق العامل المؤلف في السحب والندم
	المطلب الثاني: التعسف من قبل العامل المؤلف في ممارسة حقوقه الأدبية
	الخاتمة

	قائمة المراجع
	أولاً : مراجع باللغة العربية
	ثانياً : مراجع باللغة الفرنسية
	قائمة المختصرات
	فهرس البحث

MGF en Egypte

**Une violence contre la femme
égyptienne**

Foutouh EL CHAZLI

Professeur à la Faculté de droit

D'Alexandrie, Egypte

Alexandrie

Février 2008

INTRODUCTION

L’Egypte a été secouée a la fin juin 2007 par la mort de la petite “Bodour” (13 ans), décédée au sud du pays pendant une excision, pratiquée par un médecin (femme!).

Interdite par la loi, longtemps combattue par les associations de droits de l’homme et les organisations féminines, qu’elles soient officielles ou non, la MGF* n’en reste pas moins largement pratiquée en Egypte.

La MGF n’a pas de fondement religieux, et pourtant c’est une pratique fort ancienne qui est enracinée dans la culture populaire. On estime que plus de 95% des femmes égyptiennes sont victimes de cette mutilation¹. L’Egypte se trouve en tête dans la liste des pays où la MGF est pratiquée.

Dans la plupart des cas, la MGF est pratiquée dans des conditions qui exposent la santé de la fille aux multiples dangers de contagion, de problèmes sexuels qui

*MGF : Mutilation génitale féminine.

¹ Voir l’étude présentée par le Professeur M. Fathallah au colloque sur la santé reproductive et les droits de l’homme, organisé par l’association égyptienne de la protection de la fertilité et l’association égyptienne de la médecine et du droit. Ain soukhna du 21 au 23 avril 2007.

altèrent sa vie et ses droits reproductifs, et qui peuvent même aboutir à sa mort.

La MGF est simplement une mauvaise habitude, qui survit et se transmet de génération en génération, à cause de fausses idées qui se sont tournées en croyances populaires dans la vertu de la MGF, en tant que garant de la chasteté et de la bonne conduite sexuelle de la fille en attendant le mariage légal. Certains vont même jusqu'à croire qu'une fille non excisée risquerait de ne pas se marier.

Nous nous proposons de suivre le schéma de cette pratique, du point de vue religieux, professionnel, social, et enfin juridique.

I. LA MGF N'A PAS DE FONDEMENT RELIGIEUX

Il n'y a pas de fondement religieux qui milite en faveur de la MGF, ni chez les coptes orthodoxes ni même chez les musulmans. Aucun texte coranique, aucun hadith (Parole du prophète) ne recommande clairement la MGF. Pourtant certains jurisconsultes musulmans

prétendent que cette pratique n'est pas expressément prohibée.

Après la mort de la petite « Bodour », toutes les instances religieuses musulmanes ont décidé clairement et sans ambiguïté que la MGF est interdite par la religion musulmane.

Tout d'abord la commission religieuse suprême, réunie le 3 juillet 2007, décide que la MGF est une pratique religieusement prohibée, en raison des préjudices physiques et psychiques causés pour la fille, préjudices prouvés par les spécialistes de la médecine. La commission précise dans un communiqué, publié le 4 juillet, que la MGF est une pratique ancienne et n'est en aucun cas, pour la fille, un rite religieux.

Ensuite, dans une conférence tenue à « Dar el Iftaa » (organisme musulman qui a la charge de donner les avis religieux en Egypte), les jurisconsultes musulmans s'accordent à dire que la question de la MGF appartient aux médecins spécialisés, lesquels affirment unanimement que c'est une pratique nocive pour la fille.

Et si les spécialistes affirment qu'un acte même permis est nocif, il doit être prohibé par les religieux².

Enfin Al Azhar représenté par son chef suprême et spirituel, déclare que la MGF n'a aucun fondement religieux, et qu'il est simplement une habitude suivie dans certaines sociétés musulmanes. Al Azhar met les musulmans en garde contre cette habitude qui n'appartient pas à l'islam, et préconise une campagne d'information religieuse pour prévenir les citoyens contre les méfaits d'une telle habitude.

En conclusion, je suis en mesure de vous confirmer que la pratique de la MGF en Egypte ne découle pas de la religion musulmane, ni de près ni de loin. On peut trouver la preuve de l'innocence de l'Islam de cette habitude égyptienne, en Arabie Saoudite, pays du Prophète, du Coran, de la Mecque où la MGF n'a jamais existé. Aussi peut-on citer que les chrétiens d'Egypte pratiquant la MGF, ne la pratiquent certainement pas pour un motif religieux. Du point de vue religieux, la

² La conférence mondiale des juristes musulmans, tenue au Caire à la fin 2006, en présence des spécialistes religieux de 23 pays musulmans, a proclamé la nécessité de prohiber et d'incriminer la MGF, qui n'est ni une croyance ni une pratique reconnue par l'islam

MGF n'est pas un culte ni un rite, mais simplement une habitude, déclare le Cheikh d'Al Azhar. Le Mufti d'Egypte a clairement pris position en affirmant que la MGF est religieusement prohibée.

II. LE ROLE DES ORGANISATIONS PROFESSIONNELLES :

D'un point de vue médical, et d'après les professionnels de la santé, la MGF n'existe pas dans les manuels de chirurgie en tant qu'acte médical. Il n'est pas enseigné aux étudiants en médecine, sauf à montrer ses dangers physiques et psychologiques pour la femme.

Régulièrement l'ordre des médecins met en garde ses adhérents contre la pratique de la MGF. Le médecin pratiquant cette opération, soit dans son cabinet, soit à l'hôpital public, soit au domicile de la victime encourt des peines disciplinaires, qui vont de l'avertissement à la suspension de l'exercice de la médecine, allant jusqu'au retrait du permis ou le renvoi de l'ordre des médecins .

Il y a des décisions administratives de fermeture des cabinets des médecins qui pratiquent la MGF, des suspensions de l'exercice de la profession et le renvoi

devant les instances professionnelles, et même des actions intentées par le ministère public.

Pourtant, la MGF n'en reste pas moins pratiquée par les médecins, et ce manquement au devoir professionnel peut-être expliqué par plusieurs raisons :

1- L'absence d'une campagne nationale d'information auprès des professionnels de la santé d'une part, et des citoyens d'autre part.

2- L'existence d'un courant, aussi faible soit-il, parmi les juristes musulmans conservateurs qui nourrit cette pratique, et offre ainsi à certains médecins la justification d'une telle pratique.

3- La conviction de certains médecins que leur intervention dans l'exercice de cette pratique est indispensable, afin de protéger les filles des mauvaises conditions si la MGF est effectuée par des non spécialistes, surtout dans les milieux modestes.

4- Le revenu trop faible de certains médecins qui les poussent à chercher des occasions pour améliorer leurs conditions de vie, sans se soucier de la moralité ou de la conformité de leurs actes avec la loi.

5- Enfin, l'absence d'une incrimination légale directe de la MGF. Il est vrai que le droit pénal Egyptien punit

toute atteinte à l'intégrité physique de l'individu, mais certains médecins ne regardent pas la MGF comme une atteinte à l'intégrité physique de la fille.

III. LA SOCIETE CIVILE FACE A LA MGF :

Toutes les associations féminines combattent la MGF. Elles l'ont toujours combattue sans merci. C'est l'une des priorités du conseil national de la femme, du conseil national de l'enfance et de la maternité, de la ligue de la femme arabe, de l'association Egyptienne de la médecine et du droit, ainsi que toutes les ONG des droits de l'homme en Egypte actives dans le domaine des droits de la femme ou de la santé.

Le conseil national des droits de l'homme, créé en 2003, ne cesse pas de rappeler, dans son rapport annuel sur l'état des droits de l'homme en Egypte, que la MGF est la plus atroce forme de violence contre la femme, qui constitue une atteinte à sa dignité et un crime contre son humanité. Le CNDH enregistre dans son 2ème rapport annuel, rendu public en 2006, que malgré les efforts continus pour endiguer ce phénomène, qui touche plus de

90% des filles égyptiennes, l'année 2005 ne porte aucun indice qui montre sa diminution par rapport aux années précédentes³.

De manière générale, le CNDH enregistre que les dispositions légales relatives à la violence contre les femmes en droit égyptien ne sont pas suffisantes pour prévenir toutes formes de violence contre elles. De telles formes de violence contre la femme, stipule le rapport du conseil, heurtent les valeurs humaines, prévues par la déclaration universelle des droits de l'homme, et la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ratifiée par l'Égypte depuis 1981.

Après la mort de la petite « Bodour », madame Moubarak, soucieuse depuis des années de promouvoir les droits de la femme et d'éliminer toutes formes de discrimination à son égard, déclare devant la 3^{ème} conférence régionale pour combattre la violence contre l'enfant, tenue au Caire du 25 au 27 juin 2007, que la mort de la petite « Bodour » est le début de la fin de la MGF. Madame Moubarak a présidé, depuis la mort de

³ 2^e rapport du CNDH pour l'année 2005/2006, p. 191

« Bodour », plusieurs réunions et conseils nationaux, et a confirmé la nécessité de promulguer une loi qui incrimine et punit sans équivoque la pratique de la MGF, sans aucune exception.

L'expérience égyptienne nous a appris qu'une campagne nationale, soutenue par Madame Moubarak et qui vise à protéger la femme, donne souvent des résultats positifs. Nous espérons donc qu'il en sera de même pour la prohibition légale de la MGF, mais la question qui reste toujours sans réponse est la suivante : suffit-il d'une disposition légale, aussi sévère qu'elle soit, pour enrayer une pratique installée en Egypte depuis 3500 ans, et combien de temps faudra-t-il pour atteindre cet objectif ? C'est la raison pour laquelle la campagne lancée par Madame Moubarak est intitulée « le début de la fin ».

IV. LA PROHIBITION LEGALE DE LA MGF :

Le combat juridique contre la MGF en Egypte n'est pas récent. L'Egypte a commencé son combat depuis 1920, et même avant puisque le code pénal égyptien

punit depuis 1883 toute atteinte à l'intégrité physique de l'être humain.

De manière directe, un arrêté ministériel de 1959 interdit la MGF. Une interdiction renouvelée par un arrêté du ministre de la santé du 6 juillet 1996 (n° 261), qui prohibe la MGF dans tous les centres médicaux, publics ou privés, dépendants du ministère de la santé, et pour tout le personnel du secteur médical, sauf en cas de nécessité médicale !

Cet arrêté ministériel de 1996 a fait l'objet d'un rude combat juridique devant la justice égyptienne. Certains partisans de la MGF l'ont attaqué devant la juridiction administrative (Conseil d'Etat), demandant son annulation. L'ordre des médecins, intervenu dans le procès, soutient l'interdiction de la MGF devant la justice, et demande avec le ministère de la santé le rejet de la demande des requérants et par conséquent, la confirmation de la prohibition de la MGF. Malheureusement, le tribunal administratif de 1ère instance donne gain de cause aux partisans de la MGF, et annule l'arrêté d'interdiction. Sur pourvoi du ministère de la santé, la haute cour administrative casse le

jugement de l'ére instance et confirme la décision ministérielle d'interdiction.

Un tel combat juridique contre la MGF même gagné, laisse perplexe et divise ainsi les médecins et le public. C'est la raison pour laquelle, nous avons toujours réclamé une disposition législative claire et sans exception, qui aura pour effet d'incriminer la pratique de la MGF en tant que telle, nonobstant le lieu où elle est pratiquée, et sans aucune exception qui pourrait être exploitée pour continuer la pratique de la MGF.

Après la mort de « Bodour », la décision du ministre de la santé est renouvelée par l'arrêté n 271 de 2007. Cet arrêté rappelle l'interdiction de pratiquer la MGF par les membres du corps médical et autres⁴, dans tous les établissements sanitaires et tous les lieux mêmes privés⁵, sous peines de sanctions disciplinaires et pénales.

Cela ne signifie pas que la pratique de la MGF ne tombe pas sous le coup de la loi pénale égyptienne dans son état actuel. En effet, le système juridique égyptien ne permet pas la MGF. Plusieurs dispositions la prohibent :

⁴ Comme les infirmières, les coiffeurs, les sages-femmes par exemple, ce qui n'était pas le cas auparavant.

⁵ Y compris le domicile de la victime, qui n'était pas visé par les règles précédentes.

1- la constitution égyptienne consacre le droit à l'intégrité physique de l'être humain (article 43)

2- la constitution égyptienne accorde force de loi à toutes les conventions internationales relatives aux droits de l'homme, du moment qu'elles sont ratifiées par l'Egypte (art. 151). Tous les droits reconnus par ces conventions et toutes les interdictions contenues dans de telles conventions, sont ainsi en Egypte. Parmi ces conventions, on citera, pour l'occasion, la convention internationale pour la protection de la femme contre toute forme de discrimination, et la convention sur les droits de l'enfant, toutes deux ratifiées par l'Egypte.

3- Le code pénal égyptien protège les droits à l'intégrité physique de tout être humain, plusieurs dispositions dans le code pénal en témoignent :

- L'article 240 punit de peines criminelles (prison de 3 à 5 ans) toute personne ayant causé à autrui une imputation ou une perte de fonction d'une partie de son corps ou toute autre infirmité permanente incurable. La peine est aggravée (prison de 3 à 10 ans) s'il y a préméditation, ce qui est le cas en ce qui concerne la MGF.

- L'article 236 punit de 3 à 7 ans de prison renforcée ou de prison celui qui donne de coups ou blessures ayant entraîné la mort de quelqu'un sans intention de la donner. La peine est aggravée (3 à 15 ans) s'il y préméditation.

Dans tous les cas d'atteintes à l'intégrité physique, le consentement de la victime ou de son représentant légal, n'est pas un fait justificatif. Le consentement de la fille ou de l'un de ses proches, n'affranchit donc pas « l'agresseur » de la responsabilité pénale ou professionnelle.

C'est pourquoi il n'est pas juste de dire que le droit égyptien ne contient pas de dispositions légales punissant la MGF, qui est à juste titre une atteinte à l'intégrité physique entraînant une infirmité permanente, ou pouvant causer la mort sans intention de la donner.

Pourtant le moment est venu en Egypte pour élaborer une disposition législative spéciale consacrée à la MGF. Cette disposition doit incriminer cette pratique, et aggraver la peine si elle est commise par un médecin⁶. A ma connaissance cette disposition est actuellement en

6-Le texte proposé doit aussi punir les parents qui consentent, au nom de leurs filles mineures à la pratique de la MGF, en tant que complices de l'auteur principal.

gestation dans le cadre de la modification en cours du code de l'enfant, ou sous la forme d'une loi spéciale, afin de marquer l'importance accordée par les autorités publiques à un problème aussi grave.

Conclusion

La MGF constitue sans aucun doute une violation des droits de l'homme, je ne qualifierai pas cette violation comme grave, car toute violation d'un droit humain doit être considérée comme telle.

La conscience de tous les responsables, aussi bien religieux que civils, du pays de la gravité de cette forme de violence contre la femme ne manque pas. Mais il faut sensibiliser l'opinion publique et réveiller la conscience des citoyens, qu'ils soient professionnels, parents, ou autres.

La tâche la plus simple dans le combat contre la MGF est la promulgation d'une disposition pénale l'interdisant. Avec une disposition d'interdiction, le combat ne fait que commencer. Il ne faudra pas se fier à un texte, mais il faut changer les mentalités en y installant la culture des droits de l'homme, qui doit remplacer la culture de violence envers l'autre, et c'est dans ce changement des mentalités que réside tout le combat contre la MGF.

En Egypte, j'ai la conviction que ce sera un combat rude et long. Mais il serait temps de le commencer, car ce n'est jamais trop tard pour bien faire, ou comme l'édicte

le proverbe égyptien, le parcours de mille kilomètres commence par un pas, à condition qu'il soit en avant.

LIMITATION OF SHIPOWNERS' LIABILITY
A COMPARATIVE STUDY

Dr. Abdulla Hassan Mohamed

LIMITATION OF SHIPOWNERS' LIABILITY A COMPARATIVE STUDY

Dr. Abdulla Hassan Mohamed

INTRODUCTION

Limitation of liability for maritime claims is an important system for the shipping industry. The original rationale for such a system is to encourage the shipping enterprise. Operating a ship is a risky business. A shipowner is not only exposed to the perils of the sea, but also vulnerable to the negligence of the master and crew members under the doctrine of *respondeat superior*, which holds the shipowner vicariously liable for the negligence of his employees. Maritime damage may give rise to liability of immense proportions, many times the value of the ship and its cargo. Third party liability alone in such a casualty may lead to extremely large claims. By setting up certain limits, the system alleviates the shipowner's burden of liability, which provides an important incentive for people to stay in the shipping industry.

“... the limitation of liability provisions...are expressly designed for the purpose of encouraging shipping and affording protection to ship owners against bearing the full impact of heavy and perhaps crippling pecuniary damage sustained by reason of the negligent navigation of

their ships on the part of their servants or agents.”⁽¹⁾

Because of the advantages which the limitation regime brought about to shipowners, maritime nations around the world felt compelled to adopt it in order to place their own merchant marines on an equal footing with their foreign counterparts.

This article attempts to explore various issues within the limitation system itself in the context of United Arab Emirates law (U.A.E. law) and United State law (U.S. law). It will cover the following issues:

- (1) Persons and vessels entitled to limit liability.
- (2) Claims subject to limitation.
- (3) Claims excepted from limitation.
- (4) Conduct barring limitation.
- (5) Limitation fund.

1. WHO IS ENTITLED TO LIMIT LIABILITY

Limitation of liability for maritime claims is often referred to as limitation of shipowners' liability. Although it was originally designed for the benefit of shipowners,⁽²⁾ the group of persons protected by the limitation system has not been limited to shipowners. Under various legal regimes around the world, the right

⁽¹⁾ In *British Columbia Telephone Co. v. Marpole Towing Ltd.*, [1971] S.C.R. 321 at p. 338.

⁽²⁾ E.g., in England, Part VIII of the 1894 Act originally provided that the protection of limited liability was only enjoyed by the owner of the ship.

to limitation has been granted to persons other than shipowners, such as charterers, manager or operator, master and crew members, salvors and insurers.⁽³⁾ In addition, vessels involved must be within the protective scope of the system. Determination of whether a particular piece of water-borne craft is a vessel for purposes of limitation of liability can be very complex. A maritime structure may be deemed as a vessel for one purpose but not for another.

The following section will discuss both persons and vessels for purposes of limitation of liability.

1.1. Persons Entitled to Limitation

1.1.1. Shipowners

Shipowners are the first claimants of the right of the limitation of liability. Article 138 of the U.A.E. Maritime Code of 1981 (the *U.A.E. Maritime Code*), entitles the shipowner to limit liability.⁽⁴⁾ No definitive description of shipowner for purposes of limitation of liability is provided in the *Code*. However, in U.A.E. law the term 'shipowner' seems to have a narrow meaning. It is limited to those with legal title of ownership.

The liability of the shipowner includes liability in an

(3) See e.g., International Convention on Limitation of Liability for Maritime Claims 1976.

(⁴) Article 138/1(a) of the *U.A.E. Maritime Code* provides that:

"يجوز لمالك السفينة أن يحدد مسئوليته أيا كان نوعها"

“(Free translation) The owner of a ship may limit his liability of whatever basis of liability....”

action brought against his vessel. Assume that the shipowner would be liable in an action *in personam* in negligence for collision; he may obtain a limitation decree if an action is brought against the vessel *in rem*.

In United States, under the *Limitation of Shipowners' Liability Act of 1851*, sections 183(a) and 186, only an owner or charterer of a vessel may file a complaint for limitation of liability arising from its loss or other casualty.⁽⁵⁾ Thus, in order to avail himself of the rights granted by the statutes, a shipowner must bring himself within the terms set forth in the statutes.⁽⁶⁾ In *American*

⁽⁵⁾ 46 U.S.C. section 183(a) (1976) provides as follows:

"The liability of the owner of any vessel, whether American or foreign, for any embezzlement, loss, or destruction by any person of any property, goods, or merchandise shipped or put on board of such vessel, or for any loss, damage, or injury by collision, or for any act, matter, or thing, loss, damage, or forfeiture, done, occasioned, or incurred, without the privity or knowledge of such owner or owners, shall not . . . exceed the amount or value of the interest of such owner in such vessel, and her freight then pending."

Ibid. Section 186 provides:

"The charterer of any vessel, in case he shall man, victual, and navigate such vessel at his own expense, or by his own procurement, shall be deemed the owner of such vessel within the meaning of the provisions of this chapter relating to the limitation of the liability of the owners of vessels . . ."

⁽⁶⁾ The term "owner" has been given a fairly broad definition by the courts. The Supreme Court has declared in *Flink v. Paladini*, 279 U.S. 59, 1929 AMC 327 (1929) that the limitation of liability provision should be given a broad construction so as to achieve =

Car & Foundry Co. v. Brassert,⁽⁷⁾ it was held that the manufacturer of a vessel was not entitled to limitation of liability because he did not have any control of the vessel at the time of the accident even though he was the vendor of the vessel and still retained the title to the vessel for purpose of securing the purchase price of the vessel. Since the manufacturer had no control over the operation of the vessel whatsoever and was not responsible for any acts of the master and crew members on board the vessel, he was not able to confer upon himself an owner's status for the sake of seeking limitation of liability. In addition, the court noted that manufacture of vessels was not a maritime activity intended to be protected by the limitation of liability regime. In *Marine Recreational Opportunities v.*

= Congress' purpose of inducing and encouraging investment in shipping:

"The purpose of the [limitation of liability] Act of Congress was "to encourage investment by exempting the investor from loss in excess of the fund he is willing to risk in the enterprise." . . . We are of the opinion that the words of the Acts must be taken in a broad and popular sense in order not to defeat the manifest intent".

Cf. Admiral Towing Co. v. Woolen, 290 F.2d 641, 644 (9th Cir. 1961) (only owner or charterer may petition for limitation); *Shamrock Towing Co. v. Fichter Steel Corp.*, 155 F.2d 69, 72 (2d Cir. 1946) (non-owner cannot avail himself of limitation); In *re Independent Towing Co.*, 242 F. Supp. 950, 954 (E.D. La. 1965) (insurer of owner cannot avail itself of limitation in direct action suit). But see *In re Barracuda Tanker Corp.*, 281 F. Supp. 228, 230 (S.D.N.Y. 1968) (liberal approach in determining who is entitled to limitation), *rev'd*, 409 F.2d 1013 (2d Cir. 1969).

(⁷) 289 U.S. 261, 53 S.Ct.618, 77 L.Ed. 1162 (1933).

Berman,⁽⁸⁾ the court held that the company that sold pleasure craft was no longer "owner" of the craft for purposes of limitation of liability since it had complete absence of title and practical control over it at the time of the accident. In **Complaint of Chesapeake Shipping, Inc.,**⁽⁹⁾ the contractor retained by the shipowner merely to man the vessel was held not to be an "owner" and not to be entitled to limitation of liability.

2.1.1. Charterers

In U.A.E. law, the charterer may limit his liability.⁽¹⁰⁾ In the case of a bareboat charter,⁽¹¹⁾ the charterer will be entitled to limitation as a consequence of his status as 'owner *pro tempore*'. Independently of this, time and voyage charterers are also entitled to limit liability. This would apply, for example, if an entire cargo were lost in an accident and the bills of lading imposed liability on

⁽⁸⁾ 15 F.3d 270 (2d Cir. 1994), AMC 1288.

⁽⁹⁾ 778 F.Supp. 153 (S.D.N.Y. 1991).

⁽¹⁰⁾ Article 145/1 of the *U.A.E. Maritime Code*, provides:

تسري أحكام تحديد المسؤولية على...المستأجر...".

“(Free translation) The provisions of the limitation of liability shall apply to ...the charterer....”

⁽¹¹⁾ Article 252 of the *U.A.E. Maritime Code*, provides:

تأجير السفينة غير مجهزة عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر نظير أجر بأن يضع تحت تصرف المستأجر لمدة محددة سفينة معينة بدون طاقم وبدون أي تجهيز مادي أو بتجهيز غير تام.”

“(Free translation) Bareboat charter is a contract whereby the (owner) is obliged to place for a specified period at the disposal of the charterer a specified vessel without crew, supplies or partially supplies.”

the time charterer as carrier. The charterer's right to limit liability is also important in relation to claims arising between owner and charterer. A time charterer can therefore limit his liability in connection with damage inflicted on a time-chartered vessel.⁽¹²⁾

In United States, a charterer must prove that he is an actual charter, and by virtue thereof he actually "mans, victuals and navigates" the vessel before he may avail himself of the *Act*.⁽¹³⁾ A mere bailment is not enough.⁽¹⁴⁾ In other words, under the *Limitation of Liability Act* "so-called bareboat or demise charterers may petition for limitation, but time charterers or voyage charterers may

⁽¹²⁾ In the English case of *The Aegean Sea*, [1998] 2 Lloyd's Rep. 39, Thomas J held that the reference to "charterer" in the definition of "shipowner" did not entitle a charterer to limit in respect of claims brought against it under the charterparty by the shipowner. This was because a single fund was constituted in respect of any particular incident and therefore to allow charterers to limit their liability in respect of such claims would diminish the amount of the fund available to other claimants. The reference to "charterer" was intended to allow the charterer to limit in respect of claims made against it by holders of charterers' bills of lading. See, too, *CMA CGM SA v. Classica Shipping Co Ltd* [2003] EWHC 642 (Comm); [2003] 2 Lloyd's Rep 50, QB, where charterers were held not to be entitled to limit in respect of claims made against them by the shipowner in respect of exposure to cargo claims and general average following an explosion and fire on board the vessel.

⁽¹³⁾ 46 U.S.C. section 186.

⁽¹⁴⁾ *Diamond S.S. Transp. Co. v. People Savings Bank and Trust Co.*, 152 F.2d 916, 921 (4th Cir. 1945), cert. denied, 328 U.S. 853 (1946); *Jones and Laughlin Steel Co. v. Vang*, 73 F.2d 88, 91 (3d Cir. 1934), appeal dismissed, 294 U.S. 735 (1935).

not”.⁽¹⁵⁾ This led to grief for Union Oil Company in the *Torrey Canyon* litigation.⁽¹⁶⁾ When the *Torrey Canyon* grounded off the south-western tip of England and spilled her nearly 119,328 dead-weight tons of crude oil into the sea, both Barracuda Tanker Company, as owner, and Union Oil Company of California petitioned for exoneration from or limitation of liability, surrendering the sum of \$50, representing a lone salvaged lifeboat. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland (despite the fact that RAF bombers had bombed and sunk her), the Republic of France, and the States of Guernsey duly filed claims in the proceedings--but against Union Oil Company only. The claimants’ contentions were that Union was not entitled to limit since the agreement with Barracuda was merely a time charter and not a bareboat or demise charter. The claimants pointed out that the charter party between the owner and Union did not require that Union “man, victual and navigate” the vessel at its own expense or procurement. The charter also included the following provisions: (1) The Master, officers, and crew of the vessel remained the servants of Barracuda; (2) the crew was to navigate and work the vessel on behalf of Barracuda; (3) Barracuda was to provide and pay for all ship's provisions and stores, and the wages of the crew; (4) Barracuda “shall have the benefit of all limitations

⁽¹⁵⁾ *In re Barracuda Tanker Corp. (The Torrey Canyon)*, 281 F. Supp. 228 (S.D.N.Y. 1968), *rev'd on other grounds*, 409 F.2d 1013 (2d Cir. 1969).

⁽¹⁶⁾ *In re Barracuda Tanker Corp (The Torrey Canyon)*, 281 F. Supp. 228 (S.D.N.Y. 1968).

of, and exemptions from liability accorded to owners or chartered owners of vessels by any statute or rule of law”; and (5) that “nothing herein contained shall be construed as creating a demise of the vessel to charterer.”⁽¹⁷⁾

The Second Circuit held that Union was neither an “owner” nor a “charterer” within the meaning of the *Limitation Act* and therefore was not entitled to the Act's benefits. In so holding the court had noted:

“... No case has been cited to us which supports the contention of Union that, as a time-charterer, it may be an "owner" within sec.183, even though it is not a "charterer" within sec.186. "It seems quite plain that time charterers . . . are not entitled, as such, to take any benefit of the limitation of liability statutes”.⁽¹⁸⁾

3.1.1. Managers or Operators

Another person entitles to the right of limitation under U.A.E. law is the manager or operator. The *U.A.E. Maritime Code* does not define the term 'managers' or 'operators'.⁽¹⁹⁾ However, it is submitted that the term 'managers' or 'operators' covers only those who directly contributed to the management or

⁽¹⁷⁾ *Ibid.* at 230-31.

⁽¹⁸⁾ *Ibid.* at 1015.

⁽¹⁹⁾ Article 145/1 of the *U.A.E. Maritime Code*, merely provides :

” تسري أحكام تحديد المسؤولية على مجهزة السفينة... والمجهز

المدیر...”.

operation of the vessel.⁽²⁰⁾

The *Limitation of Liability Act* of the United States does not expressly indicate whether “managers” or “operators” are entitled to limitation of liability. It is maintained that ship managers and operators, together

⁽²⁰⁾ An example of the manager or operator is a company which does not charter or own the ship, but arranges management and operation of the ship. In the English case of the *Ert Stefanie* [1989] 1 Lloyd's Rep. 349, the vessel *Ert Stefanie* was owned by a Panamanian company whose sole proprietor was Mr Sorensen. It was managed by Sorek Shipping Limited which was also under the control of Mr Sorensen. Mr Baker, a director of Sorek, ran the technical side of the business, which included responsibility for the maintenance of the vessel. The Charterers' cargo claim succeeded against the Shipowners in arbitration because the vessel was unseaworthy. One issue raised in the Court of Appeal, was whether the Shipowners could limit liability under section 503 of the Merchant Shipping Act 1894. The Shipowners argued that the 'alter ego' of the managers and shipowners was Mr Sorensen alone and since he was not to blame, there was no actual fault or privity. The faults of Mr Baker had to do with functions which, if the company had been larger, would have fallen to employees at a comparatively subordinate level such as that of a marine superintendent. *Held* (Court of Appeal): that the constitution of Sorek entrusted the management and control of the company to the board of directors *en bloc*. The board of directors of a corporation might not always comprise the whole of the group of people who together constitute the governing mind and will of the corporation. Nevertheless any director must necessarily be a member of the group unless he is dis-seized of responsibility. Mr Baker was a director and was responsible for operational matters. He was in charge of the aspects of the company's business which went wrong. He was personally at fault and the shipowners had no right to limit liability.

with time and voyage charterers, are not entitled to any benefits of the *Limitation Act*.⁽²¹⁾ However, U.S. jurisprudence shows that managers or operators could be granted owner *pro hac vice* status under certain circumstances so that limitation of liability would be available to them under Section 186 of the *Limitation Act*.⁽²²⁾ In *In re United States*,⁽²³⁾ a government vessel was operated by MTI. After a collision, both the government as owner and MTI as operator petitioned for limitation of liability. There was no express charterparty of any kind between the government and the MTI. But MTI was in actual control of the vessel in that it equipped, manned, victualled and navigated the vessel. In addition, all the officers and crew members were subjected entirely to MTI's orders and were considered as its employees. The court held that MTI was, in effect, an owner *pro hac vice* and accordingly granted the same right of limitation to MTI as it would to a shipowner.

However, although jurisprudence indicates that managers or operators may be brought within the meaning of owner *pro hac vice* and entitled to limitation of liability, whether managers or operators as a class of persons should be granted the right to limitation is nebulous under U.S. law. Parties, at the time of entering into a particular contractual arrangement, may not have

⁽²¹⁾ Benedict on Admiralty, 7th ed., v.3, chap. 5, section 45, at 5-37.

⁽²²⁾ 46 U.S.C. 186.

⁽²³⁾ *In re United States*, 259 F.2d 609, 1959 AMC 982 (3rd Cir. 1958).

taken the issue of limitation of liability into consideration so that the person in charge of management or operation of the vessel may later be considered as owner *pro hac vice* for purposes of limiting liability. As a consequence, managers or operators not qualified as owner *pro hac vice* would be excluded from the limitation regime.

4.1.1. Master and Members of the Crew

U.A.E. law extends the limitation to any person for whom the shipowner or the charterer is vicariously liable.⁽²⁴⁾ All persons who can be said to be members of the crew are entitled to limit their liability. However,

⁽²⁴⁾ Article 145/1 of the *U.A.E. Maritime Code* provides that:

تسري أحكام تحديد المسؤولية على مجهزة السفينة والمستأجر والمجهز المدير والريان والبحارة كما تسري على التابعين الآخرين للمالك أو المجهز أو المستأجر أو المجهز المدير وذلك فيما يتعلق بتأدية وظائفهم وبذات الشروط التي تسري على المالك وعلى أن لا تجاوز مسؤولية المالك ومسئولية الأشخاص المذكورين عن الحادث للوحد الحدود المبينة في المادة (١٣٨).

“(Free translation) the provisions of limitation of liability shall apply to the operator of the ship, charterer, managing operator, master, members of the crew and other servants of the owner, operator of the ship, charterer, managing operator acting in the course of their employment, in the same way as they apply to an owner himself: Provided that the total limits of liability of the owner and all such other persons arising on a distinct occasion shall not exceed the amounts determined in accordance with Article 138.”

for employees to obtain the protection they must have been acting at the material time in the course of their employment. Where the master or a member of the crew is at the same time the owner, co-owner,⁽²⁵⁾ charterer, manager or operator of a vessel, the provisions of article 145/2 of the *U.A.E. Maritime Code* shall only apply where such occurrence resulted from fault committed by the master or as the case may be, the member of the crew in his capacity as master or as the case may be, as a member of the crew.⁽²⁶⁾ The words “in his capacity” were clearly intended to prevent a master-owner from limiting his liability qua owner when the loss or damage occurs owing to his fault in respect of some matter for which the owners are normally responsible. The crucial question for determining the claimant’s right to limitation in the case of master-owner will be whether at the time of occurrence giving rise to the claim he was wearing owner’s bowler or master’s cap. In the latter event only will he be entitled to limit his liability.

In U.S. law, section 187 of the *Limitation of Liability Act* provides that master and crew members are not entitled to limitation of liability as follows:

“Nothing in sections 182, 183, 184, 185 and 186 of this title shall be construed to take away or affect the remedy to which any party may be entitled, against the *master, officers, or seamen,*

⁽²⁵⁾ *Coldwell v. Horsfall v. West Country Yacht Charter Ltd: The Annie May* [1968] P 341; [1968] 1 Lloyd’s Rep 141.

⁽²⁶⁾ Article 145/2 of the *U.A.E. Maritime Code*. See *The Alastar* [1981] 1 Lloyd’s Rep 581 (CA).

for or on account of any embezzlement, injury, loss, or destruction of merchandise, or property, put on board any vessel, or on account of any negligence, fraud, or other malversation of *such master, officers or seamen*, respectively, nor to lessen or take away any responsibility to which any *master or seaman* of any vessel may by law be liable, notwithstanding such *master or seaman* may be an owner or part owner of the vessel.⁽²⁷⁾ (emphasis added).”

The difficulty that ensues from this provision is very unique to the American judicial system. In the United States, limitation of liability is within the exclusive jurisdiction of federal admiralty courts. Therefore, as excluded from the limitation regime, master and crew members are liable to be sued in any court. For example, in *In re Brent Towing, Inc.*,⁽²⁸⁾ claimants in

⁽²⁷⁾ 46 U.S.C. App. 187. Compare with English law. In *The Annie Hay* [1968] 1 Lloyds Rep. 141 Due to negligent navigation by a ship's Master, who also happened to be the owner of the vessel, a collision occurred. In *The Hans Hoth* [1952] 2 Lloyd's Rep. 341, a collision took place in broad daylight and in fine weather between a British ship and the vessel *Hans Hoth* at the entrance to Dover harbour. Blame was attributed to the *Hans Hoth* in that the master should have followed the signals which were given by the port authority. The particular issue in the case was that the master was part owner of the vessel and the point for decision was whether he was personally at fault in regard to the limiting of his own liability. Held: that in the special circumstances, the master's duty did not extend to the knowledge of the local signals and that he could thus limit his liability. Held: that the master was entitled to limit his liability.

⁽²⁸⁾ *In re Brent Towing, Inc.*, 414 F. Supp. 131 (N.D. Fla. 1975)

the limitation proceeding sought the dissolution of a monition preventing them from seeking relief against the master, officers and crew members in a separate action. The court held that claimants could proceed against those parties and they did not need to seek a leave of the federal district court entertaining the limitation action in order to proceed with their separate action. Closely following the letters of law, the court held that Section 187 of the *Limitation of Liability Act* preserved any remedy against the master and crew members. In *Zapata Haynie Corp. v. Arthur*,⁽²⁹⁾ which involved the lifting of a stay against the master of the vessel, the court was adamant in holding that the stay provisions of the Limitation Act applied solely to shipowners. Since master and crew members are not shipowners, they do not fall within the meaning of Section 187 of the Act. In *In re Ingram Barge Co.*,⁽³⁰⁾ following the *Zapata* decision, the court refused to extend a stay to a suit against a master.

In the United States, independent actions against master and crew members other than limitation actions are further complicated by the situation where the master's knowledge or privity of the damage or loss can be imputed to that of shipowners. Section 183(e) of the *Limitation of Liability Act* provides that the privity or knowledge of the master of a seagoing ship shall be deemed conclusively the privity or knowledge of the owner of such vessel in personal injury and death.

⁽²⁹⁾ *Zapata Haynie Corp. v. Arthur*, 926 F.2d 484 (5th Cir. 1919)

⁽³⁰⁾ *In re Ingram Barge Co.*, 167 F.3d 538 (5th Cir. 1998).

cases.⁽³¹⁾ Since the determination of knowledge or privity is a matter exclusively within the jurisdiction of a federal admiralty court, a stay of any action other than the limitation proceeding becomes necessary.

5.1.1. Salvors

In U.A.E. law, salvors are excluded from the province of limited liability. Salvor is defined as “any person rendering services in direct connection with salvage operations”⁽³²⁾. So, under U.A.E. law a salvor may not claim the benefit of limitation in rendering services directly connected with salvage operations.

U.S. law denies limitation to salvors. With respect to salvaging vessels, salvors may be able to bring themselves within the category of owner or owner *pro hac vice*. But, if damage occurred while salvage services were conducted in such a manner that they were not directly related to navigation or management of the salvaging vessel, the issue as to whether salvors are entitled to limitation can be problematic, although it has not been litigated. Given the general judicial hostility towards the existing limitation system and restrictive interpretation of the Limitation Act, it is reasonable to predict that the right to limitation would probably be denied.⁽³³⁾ However, although the issue appears to be unsettled, it is agreed that “on reason, the benefit of the [Limitation] Act should be extended” to salvors.⁽³⁴⁾

⁽³¹⁾ 46 U.S.C. App. 183(e).

⁽³²⁾ Article 1(3) of the Limitation of Liability for Maritime Claims Convention 1976

⁽³³⁾ Harold K. Watson, *supra*, note 23, at p. 258.

⁽³⁴⁾ 3 Benedict on Admiralty, chap. 5, s.45, at 5-37 (7th ed. 1993).

6.1.1. Insurers

U.A.E. law does not include insurers as an independent category to be protected by the limited liability regime.

In the United States, because no rule on direct actions against insurers has been established, such actions are governed by the individual states.⁽³⁵⁾ At present, a few states including Louisiana and Puerto Rico allow direct actions against the P & I insurer. In these direct action states, the P & I insurer cannot limit, on the basis that limitation is a personal defense available only to the shipowner.⁽³⁶⁾ In *Maryland Casualty Co. v.*

⁽³⁵⁾ See Tetley, "Protection and Indemnity Club Rules and Direct Action by Third Parties", 17 JMLC, 427, at pp. 429-430 (1986).

⁽³⁶⁾ For example, in *Olympic Towing Corp. v. Nebel Towing Corp.*, 419 F.2d 230 (1969), cert. denied, 397 U.S. 989 (1970), defendant's westbound ship, in holding up its movement to allow plaintiff's eastbound ship to pass, permitted her barges to swing beyond midchannel, thus forcing the plaintiff's ship to leave channel to avoid collision. The plaintiff's ship hit an underwater object and sank. The plaintiff sued the defendant and its insurer for damage pursuant to Louisiana's direct action statute. The district court held that the defendant was not entitled to exoneration but was entitled to limit, but denied limitation to the insurer on the basis that limitation is a personal defense available only to the shipowner. The defendant and the insurer appealed. The Court of Appeals affirmed holding that the policy underlying the concursus under federal law is not so strong as to abrogate rights under the direct action statute, and held that the conflict between the direct action statute and the federal law is insignificant. Further, the court rejected the contention that higher premiums would result if the insurer is denied limitation, on the basis that the influence of limitation upon premiums in ==

Cushing,⁽³⁷⁾ an owner of a ship, which collided with a pier and capsized in Louisiana, petitioned to limit his liability to the ship's salvage value of \$25,000. Claims of widows of the seamen against the shipowner totalled \$600,000, and the shipowner had a P & I policy in the amount of \$180,000. If the claimants' direct action against the insurer is allowed and if the action results in a judgment equalling \$180,000, the insurer would be exonerated of any further obligation to indemnify the shipowner. The shipowner is additionally liable to pay his limited liability, i.e., \$25,000, to the claimants. Thus, the claimants can recover \$205,000 ($180,000 + 25,000 = 205,000$). On the other hand, if direct action is denied, the claimants can only recover \$ 25,000 from the

= = questionable and that the maritime industry benefits from full recovery despite higher premiums.

On the other hand, the dissenting opinion emphasized that the insurer stand. in the shoes of the insured. The P & I policy expressly provides that the insurer pays such sums as the insured will become legally liable to pay. Further, limitation does not inhere in the "person" of the shipowner; it inheres in the transaction giving rise to the underlying obligation. Thus, the dissenting opinion argued to allow limitation to the insurer.

The Supreme Court, in *Maryland Casualty Co. v. Cushing*, also denied limitation to the insurer on the basis that the Limitation Act was not designed for the benefit of the insurer. 347 U.S. at 421-422.

⁽³⁷⁾ 347 U.S. 409 (1954). The district court issued an injunction prohibiting suit against the shipowner elsewhere. Subsequently, the representatives of the deceased seamen filed a suit against the P & I insurer of the owner. The claimants relied on a Louisiana statute which authorizes direct action against the P & I insurer. The district court dismissed the direct action, but the Court of Appeals reversed. The Supreme Court reversed.

shipowner. The shipowner, in turn, can be indemnified \$25,000 from his insurer. Therefore, direct actions benefit the claimants, while it might prejudice the shipowner as well as his insurer. Injustice to the claimants becomes worse if the shipowner's liability is nil because his ship sank. Then, the claimants cannot recover at all unless they can file a direct action against the insurer; because the insurer needs not pay a penny without direct actions, he is unfairly enriched to the extent premiums exceed the real risk. The Supreme Court was divided as to whether the direct action statute violated the federal limitation statute. The majority opinion argued that the direct action statute conflicted with the Limitation Act for marshalling all claims arising from an accident. In contrast, the concurring opinion as well as minority opinions found such statute not to conflict with the Limitation Act. To reconcile direct actions with the limitation proceeding, the concurring opinion suggested to conclude the limitation proceeding first. Then, the shipowner can establish the limitation fund, and can be indemnified by his insurer. If there remains coverage of the policy, the claimants might bring direct actions against the insurer. The concurring opinion intended to protect the shipowner's position of benefiting fully from his insurance, before the insurance proceeds were attacked in a direct action. To avoid a deadlock of 4-1-4, the Court followed the concurring opinion.⁽³⁸⁾

⁽³⁸⁾ Note, Direct Action against Insurer under State Statute - Conflict with Unlimited Liability Act., 29 Tul. L. Rev. 139, at pp. 140-141 (1954); Note, Suit under Louisiana "Direct Action" = =

Although P & I policies usually contain an indemnity or pay-first clause providing that the insurer pays only the amount which the shipowner has become liable to pay and has paid, U.S. courts reject such clauses because they give the insurer an unfair advantage "if the shipowner is bankrupt or has disappeared."⁽³⁹⁾ Nevertheless, such a clause effectively precludes direct actions in states that do not have the direct action statutes.

7.1.1. Independent Contractors

It is unclear whether the U.A.E. law extends the right to limit to independent contractors such as stevedores, ship repairers, shipyard managers and pilots. Some commentators argue that independent contractors may limit provided that the shipowner is responsible for their act.⁽⁴⁰⁾

= = Statute Continued until after Determination of Insured Shipowner's and Charterer's Liability in Federal Limitation Proceedings, 40 VA.L.REV. 621, at p. 622 (1954).

⁽³⁹⁾ Kierr, *"The Effect of Direct Action Statutes on P & I Insurance, on Various other Insurances of Marine Liabilities, and on Limitation of Shipowners' Liability"*, 43 Tul.L.Rev. 638, at pp. 669-670 (1969). Direct action states have established the principle that "a state may impair the contractual relationship between the insurer and the insured by permitting direct actions." See Dougherty, *The Impact of Member's Insolvency or Bankruptcy on a Protection & Indemnity Club*, 59 Tul. L. Rev. 1466, at p. 1481 (1985).

⁽⁴⁰⁾ Griggs & Williams, *supra*, note 2, at pp.7-8; Greenman, *"Limitation of Liability; A Critical Analysis of United State Law in an International Setting"*, 57 Tul.L.Rev. 1139, at pp. 1160-1161 (1983). According to these commentators, "if the term = =

1.2. Vessels subject to Limitation

Not all vessels are within the protection of the limitation system. The definition of vessel for purposes of limitation is another important aspect to consider before the right to limitation may be determined.

Under U.A.E. law for the purpose of limitation, "ship" means "any structure which is normally working or prepared to be working in maritime navigation irrespective of its power, tonnage or the purposes for its navigation."⁴¹ The definition includes ships that are stranded, wrecked,⁽⁴²⁾ or sunk, including parts of a ship. Air-cushion vehicles and floating platforms constructed

= = 'responsible' is strictly construed, independent contractors must show that they are 'servants' of the shipowner in order to limit. Broadly construed, they merely have to show that the shipowner is liable for their involvement." See Griggs and Williams, *supra*, at 8.

(⁴¹) Article 11 of the *U.A.E. Maritime Code* provides:

"السفينة هي كل منشأة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل في الملاحة

البحرية وذلك دون اعتبار لقوتها أو حمولتها أو الغرض من ملاحتها".

(⁴²) In relation to the possibility of an owner pleading the limitation of his liability in cases where he owns a wreck that caused damages, the following distinction has been suggested:

- (i) where the owner is liable for damages caused by his ship before she sinks and becomes a wreck he may plead the limitation of his liability and constitute a limitation fund;
- (ii) where the ship has become a wreck and causes damages thereafter one of the conditions required for the constitution of a limitation fund does not exist and the owner may not plead the limitation of his liability as the damages have not been caused by a ship.

for natural resource utilization are allowed to limit their liability. Further, ships constructed for, or adapted to, and engaged in drilling are governed by the *U.A.E. Maritime Code*.

Warships and state owned ships allocated to public service are immune from arrest and enforcement proceedings.⁽⁴³⁾ Nonetheless, claims for damages can be pursued against the state owned ships.⁽⁴⁴⁾ This raises the question of whether the authorities are entitled to invoke the limitation rules. An argument against such entitlement is that the state will generally be able to cover the liability in full, making the limitation rules unnecessary. Nevertheless, it has been clear for some time that liability for damage caused by warships etc.

⁽⁴³⁾Article 81 of the *U.A.E. Maritime Code* provides:

"لا تجوز أن تكون (السفن الحربية والسفن الحكومية غير الحربية التي تملكها أو تستغلها أو تديرها الدولة أو إحدى هيئاتها أو مؤسساتها العامة وتكون مخصصة للخدمة العامة) محلا للحجز... ولا أن تكون محلا لأي إجراء قضائي آخر."

"(Free translation) (Warships and state owned ships allocated to public service) shall not be subject to arrest...or to any other judicial procedure."

⁽⁴⁴⁾ Article 82 of the *U.A.E. Maritime Code* provides:

"...لايجوز للدولة...التي تملك السفينة أو تستغلها أو تديرها التمسك بقاعدة حصانة السفينة إذا تقدم ذوو الشأن في أي من الحالات التالية بمطالباتهم أمام المحاكم المختصة في الدولة:
(أ) الدعاوى الناشئة عن التصادم البحري وغيره من حوادث الملاحة.
(ب) الدعاوى الناشئة عن أعمال المساعدة والانتقاذ وعن الخسائر البحرية المشتركة...".

can be limited. However, warships should not be considered as merchant vessels in all respects. The minimum liability applicable in the case of certain state owned ships is higher than for other vessels. Moreover, the limitation rules do not apply at all if damage results from a type of action that is peculiar to a warship. For example, it is not considered reasonable for the state to be able to limit liability if a ship is torpedoed accident.

In the United States, in its original form, *Limitation of Liability Act of 1851* did not apply to canal boat, barge, or lighter, or to any vessel of any description whatsoever, used in rivers or inland navigation".⁽⁴⁵⁾ But, as early as in 1886, the *Limitation Act* was extended to apply to "all seagoing vessels, and also to all vessels used on lakes or rivers or inland navigation, including canal boats, barges and lighters".⁽⁴⁶⁾ In addition to this provision, U.S. courts have relied upon the general definition of vessel as contained in other statutory language which defines

"(Free translation)...it shall not be permissible for the state, its organs or public agencies owing, operating or managing the vessel to rely on the principle of immunity of the vessel if claims are made before the competent courts...in any of the following circumstances:

- a) claims arising out of a collision at sea or other navigational accident.
- b) Claims arising out of acts of assistance, salvage and general average".

⁽⁴⁵⁾ Act of Mar. 3, 1851, ch. 43, s 7,9 Stat. 635.

⁽⁴⁶⁾ 46 U.S.C. 188.

“vessel” as to include “every description of watercraft or other artificial contrivance used, or capable of being used, as a means of transportation on water”.⁽⁴⁷⁾ Under this definition, U.S. courts have generally found most watercraft, as long as they are considered as vessels for purposes of general maritime law, are also vessels within the meaning of the *Limitation of Liability Act*.⁽⁴⁸⁾

The key to consider a particular piece of watercraft as vessel is the phrase “capable of being used as a means of transportation on water”. In other words, if a structure is being used to transport things or persons from place to place on water, it would probably be regarded as vessel. In contrast, if a structure is floating on water but permanently fixed to the seabed, it may not be considered as such. The design of a structure, its purpose and its function at the time of the incident are some of the factors to be considered.

Only “seagoing ships”, however, are covered by the special tonnage limitation applicable in the United States to claims for bodily injury and death.⁽⁴⁹⁾

⁽⁴⁷⁾ 1 U.S.C. 188.

⁽⁴⁸⁾ See *In re Sedco, Inc. (Sedco 135)*, 543 F.Supp. 561 (S.D. Tex. 1982). See also, *Complaint of Three Boys Houseboat Vacations U.S.A. Ltd.*, 878 F.2d 1096, 921 F.2d 775 (9th Cir. 1990), where the court held that the Limitation Act applies only to casualties occurring on waters considered “navigable” for purposes of admiralty jurisdiction.

⁽⁴⁹⁾ Determination of a given vessel as seagoing is of particular significance in personal injury and death claims. Sec. 183(b) of the *Limitation of Liability Act* provides for the establishment of a minimum limitation fund to satisfy personal injury and death claims. A prerequisite to applying this special provision is that a seagoing vessel be involved. The Act, section 183(f) = =

Government ships may limit their liability. Marine structures not intended for navigation as a means of transportation, however, are not considered to be vessels⁽⁵⁰⁾ and are therefore excluded from limitation under U.S. law, particularly where they are permanently attached to the seabed.⁽⁵¹⁾

= = specifically defines the scope of seagoing vessels as follows:

As used in subsection (b), (c), (d) and (e) of this section and in section 183(b) of this Appendix, the term "seagoing vessel" shall not include pleasure yachts, tugs, towboats, towing vessels, tank vessels, fishing vessels or their tenders, self-propelled lighters, nondescript self-propelled vessels, canal boats, scows, car floats, barges, lighters, or nondescript non-self-propelled vessels, even though the same may be seagoing vessels within the meaning of such term used in section 188 of this title.

⁽⁵⁰⁾ In *Evansville & Bowling Green Packet Co. v. Chero Colar Bottling Co.*, 271 U.S. 19 (1926), the court found that a wharfboat used as an aid to river traffic was not a vessel within the scope of the Limitation of Liability Act because the wharfboat was not used to carry freight from place to place as a means of transportation, and it did not encounter the perils of navigation. Whether the wharfboat had the potential capability of being used as a means of transportation did not really matter. What was significant was whether at the time of the incident, the wharfboat was functioning as a means of transportation. Since it was not, the right to limitation of liability was not available to its owner.

⁽⁵¹⁾ In another case, *Dresser Industries, Inc. v. Fidelity & Cas. Co.*, 580, 1978 AMC 2588 (5th Cir. 1978) the court held that a jack-up drilling rig with its legs resting on the floor of the ocean was not a vessel. Because of its permanent location, it was a fixed object.

2. CLAIMS SUBJECT TO LIMITATION

Having identified the persons who may claim a right to limit liability, it is now appropriate to consider the types of claims which may give rise to that right. The incidents with regard to which an owner may limit his liability are as follows:

- i) Claims regarding loss of life or personal injury and loss of or damage to property.
- ii) Claims regarding losses resulting from infringement of rights.
- iii) Claims regarding losses resulting from delay.
- iv) Claims regarding costs of wreck removal.

1.2. Personal or Property Claims

1.1.2. U.A.E. law

In U.A.E. law, article 138 of the *U.A.E.*

Maritime Code provides:

“The shipowner is entitled to limit his liability in respect of claims arising from

- a) loss of life of, or personal injury to, any person being carried in the ship, and loss of, or damage to, any property on board the ship.
- b) loss of life of, or personal injury to, any other person, whether on land or on sea, loss of or damage to any other property or infringement of any rights caused by the fault of any person whether on board the ship or not for whose fault the owner is responsible provided that the fault occurs in the navigation or the management of the ship or in the loading, carriage or discharge

of its cargo or in the embarkation, carriage or disembarkation of its passengers.”⁽⁵²⁾

For the purposes of legal analysis, it is more convenient to distinguish between incidents occurring on board the limiting ship and incidents occurring elsewhere.

i. Incidents on board

Under article 138/1(a) of the *U.A.E. Maritime Code*, personal claims which may be limited cover claims brought by crew members (but see under), passengers, visitors, persons working onboard other than crew and, presumably, stowaways and other persons onboard unlawfully.⁽⁵³⁾ It also probably includes a person who falls from the gangway while boarding or leaving a

⁽⁵²⁾ Article 138/1(a),(b) of the *U.A.E. Maritime Code* provides that:

- ١- يجوز لمالك السفينة أن يحدد مسئوليته أيا كان نوعها بالقدر المبين في المادة (١٤١) وذلك فيما يتعلق بالالتزامات الناشئة عن أحد الأسباب الآتية:
 - أ- وفاة أو إصابة أي شخص يوجد على ظهر السفينة بقصد نقله وكذلك ضياع أو تلف أي مال يوجد على ظهر السفينة.
 - ب- وفاة أو إصابة أي شخص آخر على البر أو في البحر وكذلك ضياع أو تلف أي مال أو اعتداء على أي حق إذا كان الضرر ناشئاً عن خطأ أي شخص يكون المالك مسئولاً عنه سواء وجد هذا الشخص على ظهر السفينة أو لم يوجد، وبشرط أن يكون الخطأ متعلقاً بالملاحة أو بإدارة السفينة أو بشحن البضائع أو نقلها أو تفريغها أو بصعود المسافرين أو نقلهم أو نزولهم.

⁽⁵³⁾ See *Innes v Ross* [1957] SL T 121.

ship.⁽⁵⁴⁾ The words “on board the ship” have been held not to include the acts of a salvor’s diver who negligently fired a bolt into a tanker, so as to deprive the salvor of the right to limit⁽⁵⁵⁾.

Although article 138 provides that claims for loss of life or personal injury may be subject to limitation proceedings, article 140 has a very wide exception to this, so that in most cases claims by the master, by members of the crew, by any servants of the owner on board the ship or by servants of the owner whose duties are connected with the ship, including the claims of their heirs, personal representatives or dependents, cannot be limited.

Similarly, an owner may limit his liability for any loss or damage to “any goods, merchandise or other things whatsoever” on board the ship.⁽⁵⁶⁾ In *The Stella*,⁽⁵⁷⁾ it was argued on behalf of a passenger whose luggage had been lost when the vessel sank that the *eiusdem generis* rule of construction ought to be applied and that accordingly the meaning of the words “or other things whatsoever” ought to be restricted to things similar to goods or merchandise. This argument was rejected.⁽⁵⁸⁾

Difficulty with respect of claims for loss or damage

⁽⁵⁴⁾ *Moore v Metcalf Motor Coaster Ltd* [1958] 2 Lloyds Rep 179. The phrase “carried in the ship” appeared in the *Merchant Shipping Act* 1894 s 503(1)(c).

⁽⁵⁵⁾ *The Tojo Maru* [1972] AC 242 (HL); [1969] 3 WLR 903.

⁽⁵⁶⁾ Merchant Shipping (Liability of Shipowners and Others) Act, 1958, 6 & 7 Eliz. 2, c. 62, § 503(1)(b).

⁽⁵⁷⁾ [1900] P. 161.

⁽⁵⁸⁾ *Ibid.* at 165-66.

to cargo may arise in deciding whether a particular cargo claim is subject to limitation of liability. Because under U.A.E. law cargo claims are not only subject to the general limitation of liability regime, but also subject to the limitation regime with respect to carriage of goods by sea (i.e. per package or kilo limitation). Per package limitation and limitation amounts under the law of limitation of liability are very different from each other. The per package limitation provides a minimum (rather than a maximum) level of responsibility, which carriers may not reduce by contract, in respect of claims for loss or damage to cargo carried under a contract of carriage not a charterparty.⁽⁵⁹⁾ The general limitation of liability regime sets a ceiling on the amount of damages recoverable by claimants against the ship for damage to cargo.⁽⁶⁰⁾ There is no mention of the relationship between the two sets of provisions in the *Maritime Code*. This lapse may give rise to conflict of law problems.

⁽⁵⁹⁾ See article 276 of the *U.A.E. Maritime Code* which provides:

"تحدد مسئولية الناقل في جميع الأحوال عن الهلاك أو التلف الذي يلحق بالبضائع بما لا يجاوز عشرة آلاف درهم عن كل طرد أو وحدة اتخذت أساساً في حساب الأجرة أو بما لا يجاوز ثلاثين درهماً عن كل كيلوجرام من الوزن الإجمالي للبضاعة ويؤخذ بالأعلى من الحدين".

"(Free translation) The liability of the carrier for loss or damage to the goods shall be limited to a sum not exceeding AED10,000 per package or unit taken as a basis in computing the freight or not exceeding AED 30 per kilogram per gross weight of the goods, whichever is the higher limit".

⁽⁶⁰⁾ See article ١٤١ of the *U.A.E. Maritime Code*.

ii. Incidents occurring elsewhere than on board the offending vessel

According to article 138/1(b) of the *U.A.E. Maritime Code* the owner of a ship may limit his liability in respect of claims arising from loss of life of, or personal injury to, any other person, whether on land or on water, loss of or damage to any other property or infringement of any rights caused by the fault of any person whether on board the ship or not for whose fault the owner is responsible provided that the fault occurs in the navigation or the management of the ship or in the loading, carriage or discharge of its cargo or in the embarkation, carriage or disembarkation of its passengers. A careful reading of the preceding sentence will reveal why it is necessary to distinguish between incidents occurring on board the limiting ship and incidents occurring elsewhere. In the former case, the owner may be entitled to limit his liability whatever the nature of the act or omission giving rise to liability, and whether the person primarily at fault was on board the ship or elsewhere. But in the latter case, if the act or omission was otherwise than in the navigation or management of the ship, in the loading, carriage, or discharge of its cargo, or in the embarkation, carriage, or disembarkation of its passengers, the owner cannot limit his liability unless the person primarily at fault was on board his ship.

2.1.2. U.S. law

In the United States, as early as in 1889, in *Butler v. Boston & Savannah S.S. Co.*,⁽⁶¹⁾ when challenged by claimants that the Limitation Act did not apply to personal injury actions at all, the court stated that "[w]e think that the law of limited liability applies to cases of personal injury and death as well as to cases of loss of or injury to property"⁽⁶²⁾. Claims for personal death and injury have been consistently held subject to limitation by U.S. courts.⁽⁶³⁾

Under U.S. law claims for loss of or damage to property whether arising out of torts, contracts or otherwise are all subject to limitation of liability. There have been less controversies with tort claims than with contract claims, though. Claims arising from collisions, stranding, sinking, etc. are generally subject to limitation. Section 183 of the Limitation of Liability Act provides that claims for any loss, damage or injury by collision are subject to limited liability.⁽⁶⁴⁾ U.S. case law reflects the same principle. For instance, damages

⁽⁶¹⁾ *Butler v. Boston & Savannah S.S. Co.*, 130 U.S. 527, 9 S.Ct. 612, 32 L.Ed. 1017 (U.S. Mass., 1889).

⁽⁶²⁾ *Ibid.* 130 U.S. 527, 552 (1889).

⁽⁶³⁾ In *Craig v. Continental Insurance Co.*, 141 U.S. 638, 12 S. Ct. 97, 35 L. Ed. 886 (1891) limitation was allowed of liability for the death of an engineer who had gone on board a stranded vessel and was assisting in salvage operations and in the *Albert Dumois* 177 U.S. 240, 28 S. Ct. 664, 44 L. Ed. 751 (1900), limitation of liability for loss of life of passengers was granted. See Rae M. Crowe, "Kinds of Losses Subject to Limitation: the 'Personal Contract' Doctrine", 53 Tul. L. Rev. 1087, 1117 (1979).

⁽⁶⁴⁾ 46 U.S.C. 183.

resulting from stranding were held to be limitable.⁽⁶⁵⁾ Damages caused by collisions with bridges⁽⁶⁶⁾ were also held to be subject to limitation of liability.⁽⁶⁷⁾ In short, claims resulting from collisions specifically and torts generally are subject to limitation of liability under U.S. law. In contrast, the situation in the area of contracts is less straightforward. In particular, U.S. courts have developed a theory known as the doctrine of "personal contracts", which requires courts to look into the nature and terms of a given contract and determine whether it is personally binding on the parties having entered into the contract. If a contract is found as personal, claims arising therefrom are non-limitable.

The difficulty in determining whether cargo claims are subject to limitation of liability is mostly encountered under the U.S. legal regime because of the application of the doctrine of personal contracts. In other words, whether particular cargo claims are subject to limitation depends upon the type of contracts out of which such claims arose. Cargo claims arising out of charterparties are usually not limitable because charterparties are considered as personal contracts. It is believed that parties, having knowingly entered into such contracts and willingly accepted full responsibility thereunder, shall not later be seen attempting to limit

⁽⁶⁵⁾ *Butler v. Boston & S.S.S. Co.*, 130 U.S. 527, 9 S.Ct. 612, 32 L.Ed. 1017 (1889).

⁽⁶⁶⁾ See e.g., *Richardson v. Harmon*. 222 U.S. 96, 32 S.Ct. 27, 56 L.Ed. 110 (1911).

⁽⁶⁷⁾ See generally, Rae M. Crowe, *supra*, note 87, at p. 1119 (1979).

their liability they previously promised to take. In *Cullen Fuel Co. v. W.E. Hedger, Inc.*,⁽⁶⁸⁾ the U.S. Supreme Court held that the charterparty in question was a personal contract and the parties to such a contract were precluded from limiting their liability.⁽⁶⁹⁾

Interestingly, while charterparties are consistently considered as personal contracts and the right to limitation for the claims arising out of them is invariably denied, U.S. courts have also been consistent in granting limitation of liability to cargo claims arising out of bills of lading. For example, in *Earle & Stoddart v. Ellerman's Wilson Line*,⁽⁷⁰⁾ the court held that bills of lading were not personal contracts (even when they were signed personally by the shipowner) so that the shipowner was entitled to limitation of liability.⁽⁷¹⁾

2.2. Claims for Costs of Wreck Removal

Under the *U.A.E. Maritime Code*, wreck removal claims are subject to limitation of liability. Article

⁽⁶⁸⁾ *Cullen Fuel Co. v. W.E. Hedger, Inc.*, 290 U.S. 82, 54 S.Ct. 10, 78 L.Ed. 189 (U.S.N.Y., 1933).

⁽⁶⁹⁾ See also, *Capitol Transp. Co. v. Cambria Steel Co.*, 249 U.S. 334 (1919); *Luckenbah v. W.J. McCahan Sugar Ref Co.*, 248 U.S. 139 (1918); *Pendleton v. Benner line*, 246 U.S. 353 (1918). For general discussion, see Rae M. Crowe, "Kinds of Losses Subject to Limitation: The Personal Contract Doctrine", 53 Tul. L. Rev. 1087, 1094 (1979).

⁽⁷⁰⁾ *Earle & Stoddart v. Ellerman's Wilson Line*, 287 U.S. 420, 53 S.Ct. 200, 77 L.Ed. 403 (U.S.N.Y. 1932)

⁽⁷¹⁾ See also, e.g., *Americana Tobacco Co. v. Goulandris*, 173 F.Supp. 140 (S.D.N.Y. 1959), aff'd 281 F.2d 179.

138/1(c)⁽⁷²⁾ provides that “the shipowner may limit its liability with respect of any obligation imposed by the law relating to the removal of wreck and arising from or in connection with the raising, removal or destruction of any ship which is sunk, stranded or abandoned.”

As far as claims for cargo removal costs are concerned, article 138/1(c) of the *U.A.E. Maritime Code* provides that “limitation of liability is applicable to claims in respect of the removal, destruction or the rendering harmless of anything which may be on board such ship”. This provision may be interpreted to include the cargo of the ship. A problem may arise in determining the scope of “cargo” in the reality of cargo removal. It has been suggested that “cargo” does not include stores or bunkers. It only refers to goods carried as cargo in a ship.⁷³ Yet, as a practical matter of cargo removal, stores or bunkers on board the vessel are often the target of removal as part of salvage operations.⁷⁴ It is certain, however, that nuclear materials as cargo are not envisaged under this provision, for nuclear materials damages are excluded from the ambit of limitation of liability under the *U.A.E. Maritime Code*.⁽⁷⁵⁾ For the

⁽⁷²⁾ Article 138/1(c) provides:

”يجوز لمالك السفينة أن يحدد مسؤليته أيا كان نوعها ...التشئنة
عن كل التزام يفرضه القانون ويكون متعلقا برفع الحطام أو
تعويم أو رفع أو تحطيم سفينة غارقة أو جاتحة أو مهجورة بما في
ذلك ما يوجد على ظهرها.”

⁽⁷³⁾ Geoffrey Brice, *supra*, note 7.

⁽⁷⁴⁾ *Ibid.*

⁽⁷⁵⁾ Article 140(d) of the *U.A.E. Maritime Code*.

same reason, oil is not within the meaning of cargo under this provision.

Claims for cargo removal costs are not subject to limitation if they relate to remuneration under a contract with the person liable. Therefore, if a shipowner had to remove a charterer's cargo because of the breach of a charterparty by the charterer, the shipowner may claim damages for such a breach and the claim will not be subject to limitation of liability, for such a claim relates to remuneration under a contract, i.e., charterparty.

U.S. law has been influenced by conflicting policies of the *Limitation of Liability Act of 1851* and the *Rivera and Harbors Act of 1899* (the "*Rivers Act*").⁽⁷⁶⁾ The policy of the Limitation Act is to allow limitation against wreck removal claims, whereas the policy of the Rivers Act is to impose the cost of removal upon the owner of the wreck. From 1899 to 1967, the *Limitation Act* prevailed; the owner of the wreck could limit liability by abandoning his wreck.⁽⁷⁷⁾

On the other hand, since 1967, the policy of the *Rivers Act* has prevailed. The turning point was the case of *Wyandotte Transp. Co. v. United States*,⁽⁷⁸⁾ in which the U.S. Supreme Court held that under section 15 of the Wreck Act, the United States government could recover the full costs incurred for wreck removal from the shipowner whose negligence was the cause of the sinking of the vessel and the negligent owner of the

⁽⁷⁶⁾ 33 U.S.C. 403-415.

⁽⁷⁷⁾ *Ibid.* section 409.

⁽⁷⁸⁾ *Wyandotte Transp. Co. v. United States*, 389 U.S. 191, 19 L.Ed. 2d 407, 88 S.Ct. 379 (1967)

wreck could not merely abandon the sunk vessel without being held liable *in personam*. Although the court did not squarely address the shipowner's right to limit its liability under the *Limitation Act* or the relationship between the *Limitation Act* and the *Wreck Act*, the decision of the *Wyandotte* was interpreted as having effectively ousted any application of the *Limitation of Liability Act* in claims for wreck removal costs.⁽⁷⁹⁾

⁽⁷⁹⁾ Following the precedent of the *Wyandotte*, in *Hines, Inc. v. United States*, 551 F.2d 717 (6th Cir. 1977) for example, the court held that the United States government's claim for damages and penalties pursuant to the *Wreck Act* was not subject to limitation. Similarly, in *United States v. Blaha*, 1989 AMC 642 (W.D.N.Y. 1989), the court held that the *Limitation Act* did not limit liability under the *Wreck Act*. Therefore, the defendant who knowingly purchased the wreck for one dollar was not able to limit himself against the government's 5.5 million dollar claims for raising the wreck under the *Wreck Act*.

Even having admitted the applicability of the *Limitation of Liability Act*, some courts developed a line of reasoning that since wreck owners had a statutory duty to remove the wreck, failure to exercise such a duty was always a fault or negligence within the privity or knowledge of the owner. Therefore, the right to limitation would invariably be lost because the owner could not possibly prove an absence of privity or knowledge of such failure. For example, in *In re Chinese Maritime Trust, Ltd.*, 361 F.Supp. 1175 (S.D.N.Y. 1972) the court held that the owner's obligation and liability to remove the wreck was within its privity or knowledge and no limitation could be allowed. See also, e.g., *Hebert v. Exxon Corp.*, 659 F.Supp. 130 (E.D. La. 1987), held that failure of the shipowner to comply with the obligations under the *Wreck Act* precluded it from limiting its liability for damages resulting from such failure.

3.2. Claims for Damage to Harbor Works, Basins and Waterways and Aids to Navigation

Article 138 1(c) of the *U.A.E. Maritime Code* provides that "the shipowner may limit its liability with respect of any obligationrelating to claims for damage to harbor works, basins and waterways navigation". The term "damage to property" is broad enough to include any damage to harbor works, etc.

In the United States, by virtue of the *Rivers and Harbors Act of 1899*,⁽⁸⁰⁾ claims for damage to government works cannot be limited.⁽⁸¹⁾ For example, in *U.S. v. Federal Barge Lines, Inc.*,⁽⁸²⁾ the right to limitation was denied with respect to claims for damage to governmental works. It is of interest to note, however, that the "government" means only the U.S. federal government. U.S. jurisprudence shows that claims brought by state or local governments for such damages are subject to the global limitation under the *Limitation of Liability Act of 1851*.⁽⁸³⁾ Similarly interesting, claims for damage to foreign harbor works, etc., if brought before U.S. courts, are subject to

⁽⁸⁰⁾ 33 U.S.C. 403-415.

⁽⁸¹⁾ See generally Arthur J. Blank "Wreck Removal; Statutory Restrictions; The Rivers and Harbors Act", 53 Tul. L. Rev. 1299 (1979).

⁽⁸²⁾ *U.S. v. Federal Barge lines, Inc.*, 537 F.2d 993, 1978 AMC 2308 (8th Cir. 1978).

⁽⁸³⁾ See, e.g., *In re Harbor Towing Corp.*, 335 F.Supp. 1150, 1972 AMC 597 (D. Md. 1971); *The Central States*, 9 F.Supp. 934, 1935 AMC 461 (E.D.N.Y. 1935).

limitation under the *Limitation of Liability Act*.⁽⁸⁴⁾

3. CLAIMS EXCEPTED FROM LIMITATION

We now come to the circumstances in which the persons in control of ships can plead the limitation. Liability can be limited in respect of the following claims:

- i) Claims for salvage rewards and contribution in general Average
- ii) Servants claims

1.3. Claims for Salvage Rewards and Contribution in General Average

In U.A.E. law, claims for salvage rewards and general average contributions are not subject to limitation of liability. Such claims are clearly exempted from the limitation regime under article 140 (b) of the *U.A.E. Maritime Code*.⁽⁸⁵⁾

However, it seems that when read together with some other provisions of the *Code*, the provision on salvage and general average claims may create some inconsistency or anomaly. For example, salvage claims may fall under the category of “obligation in respect of

⁽⁸⁴⁾ Donald C. Greenman, *supra*, note 36, at p. 1170 .

⁽⁸⁵⁾ Article 140 (b) of the *U.A.E. Maritime Code* provides:

" لا يجوز للمالك تحديد المسؤولية.... (عن) الالتزامات الناشئة عن المساعدة والالتزام أو المساهمة في الخسائر المشتركة."

“(Free translation) The owner may not limit its liability ...with respect of obligations arising from assistance and salvage or contribution in general average.”

the raising, removal, destruction or the rendering harmless of a ship which is sunk, wrecked, stranded or abandoned, including anything that is or has been on board such ship". Thus, if salvage of wreck is involved, salvage claims would be considered as subject to limitation under one provision, but not under the other.

Under U.S. law, claims arising out of salvage may be subject to limitation of liability. However, U.S. jurisprudence seems to indicate that the availability of limitation of liability hinges upon the type of salvage involved. Generally speaking, claims arising out of voluntary salvage are subject to limitation of liability.⁽⁸⁶⁾ For example, the Supreme Court in *The San Pedro*⁽⁸⁷⁾ held that salvage claims were subject to limitation of liability. In contrast, claims arising out of contractual salvage are likely to be held not limitable, the reason being that contracts for salvage operations may be considered as personal contracts. Under the doctrine of personal contracts, claims arising out of the contracts binding on parties personally are not subject to limitation of liability.⁽⁸⁸⁾ For example, in *Great Lakes Towing Co. v. Mills Transp. Co.*,⁽⁸⁹⁾ the salvage claims

⁽⁸⁶⁾ Rae M. Crowe, "Kinds of Losses Subject to Limitation: the 'Personal Contract' Doctrine", 53 Tul. L. Rev. 1087, 1102 (1979).

⁽⁸⁷⁾ *The San Pedro*, 233 U.S. 365 (1912).

⁽⁸⁸⁾ See George D. Gabel, Jr., "Maritime Law and Practice", [sec. 10.15], 2d ed., the Florida Bar Continuing Legal Education.

⁽⁸⁹⁾ *Great Lakes Towing Co. v. Mills Transp. Co.*, 155 F. II (6th Cir. 1907). See also *In Re California Navigation & Imp. Co.*, 110 F. 678 (N.D.Cal.1901), where a steamer collided with another vessel. Various claims were presented against the owner of the =

were treated as arising out of a personal contract. As a result, limitation of liability was denied. Although the U.S. court decisions in this respect hinged upon the distinction between voluntary salvage and contractual salvage when determining whether the right to limitation should be granted, there has not been any case addressing squarely the differences between the two.⁽⁹⁰⁾ Therefore, difficulty may arise as to the definition of a particular salvage as contractual or voluntary. As a practical matter, the line between the two is often blurred. A voluntary salvage may well be involved with salvage agreements.⁽⁹¹⁾

With respect to claims for general average contributions, although there has been no significant litigation, U.S. jurisprudence does indicate that such claims are not subject to limitation of liability.⁽⁹²⁾ In *The Rapid Transit*,⁽⁹³⁾ a ship laden with lime and other cargo suffered damage by fire. The city authorities scuttled the ship to extinguish the flames. Although the lime cargo

= steamer: (1) cargo claims; (ii) passengers' personal injury claims and property claims; (iii) damage claims of the other vessel; and (iv) salvage claims of a salvage company which towed the steamer to a drydock for repairs. The court held that the salvage claims were entitled to a preference over other claims. *Ibid.* at 680).

⁽⁹⁰⁾ Rae M. Crowe, "Kinds of Losses Subject to Limitation: the 'Personal Contract' Doctrine", 53 *Tulane Law Review* 1087, 1103 (1979).

⁽⁹¹⁾ See Christopher Hill, *supra*, note 7.

⁽⁹²⁾ Rae M. Crowe, *supra*, note 87, at p. 1115-1116 (1979). See e.g., *The Rapid Transit*, 52 F. 320 (D.C. Wash., 1892); *The Roanoke*, 46 F. 297 (E.D. Wis., 1891), *affd*, 59 F. 161 (7th Cir. 1893).

⁽⁹³⁾ *The Rapid Transit*, 52 F. 320 (D.Wash. 1892)

was destroyed, it was the only method of preventing a total loss of the ship and other cargo. After a failure to sustain their original clubs for the full value of the lime cargo based on a breach of contract of affreightment, the owner of the lime cargo claimed to recover their losses upon a basis of general average. The district court allowed the owner of the lime cargo to recover contribution in general average without limits.

2.3. Employments Claims

In U.A.E. law, article 140(c) of the *U.A.E. Maritime Code* provides that "the shipowner may not limit its liability with respect of claims by the master, by members of the crew, by any servants of the owner on board the ship or by servants of the owner whose duties are connected with the ship, including the claims of their heirs."⁽⁹⁴⁾

It is not entirely clear what types of claims relating to contracts of employment are envisaged under this provision of the *U.A.E. Maritime Code*. Presumably, claims for wages may be excluded. Claims for maintenance and cure may also be excluded. Tort-based claims for personal injury and death are obviously not.⁽⁹⁵⁾ In this respect, an American case may provide

⁽⁹⁴⁾ Article 140 (c) of the *U.A.E. Maritime Code* provides:
"لا يجوز للمالك تحديد المسؤولية... (عن) حقوق الريان والبحارة وكل تابع اخر لمالك السفينة موجود على ظهرها أو يتعلق عمله بخدمتها وكذلك حقوق وراثتهم."
⁽⁹⁵⁾ Article 138/1(a) of the *U.A.E. Maritime Code*.

some guidance. In *Murray v. New York Central Railroad*,⁽⁹⁶⁾ the court held that the seaman's claim for personal injury arising under the *Jones Act* was subject to limitation. But, in contrast, the claim for maintenance and cure was not because it related to a personal contract between the shipowner and the seaman. The court noted that the union contract in question contained specific clauses concerning the per diem rate of payment for maintenance and such a contract was an incident of the employment relation, "sufficiently contractual" to be within the scope of the personal contract doctrine.⁽⁹⁷⁾ Accordingly, limitation of liability was not available. In another American case, *Brister v. A. WI., Inc.*,⁽⁹⁸⁾ the court held that medical expenses, representing maintenance and cure, were not subject to limitation.

Under U.S. law, the crews' personal injury claims are subject to limitation, because they are general tort claims; whereas their claims for wages, maintenance and cure are not subject to limitation.⁽⁹⁹⁾ While the 1985

⁽⁹⁶⁾ *Murray v. New York Central Railroad*, 171 ESupp. 80 (S.D.N.Y. 1959), aff'd, 287 E2d 152 (2d Cir.), cert. denied, 366 U.S. 945 (1961).

⁽⁹⁷⁾ *Ibid.*, 171 F.Supp. 80, 81. See also, e.g., *Hugney v. Consolidation Coal Co.*, 345 F.Supp. 1078, 1081 (1974); *In re Oskar Tiedeman & Co.*, 236 ESupp. 895,911-13 (D. Del. 1964), rev'd on other grounds, 367 E2d 498 (3d Cir. 1966).

⁽⁹⁸⁾ 946 F.2d 350 (5 th Cir. 1991).

⁽⁹⁹⁾ 46 U.S.C.A. Sec. 189 (West 1958 & Supp.1990): Tetley, *The lack of uniformity and the very unfortunate state of maritime law in Canada, the United States, the United Kingdom and France*, (1987) 2 LMCLQ 340,345. .

Merchant Marine Subcommittee Draft impliedly allowed limitation against claims of crews for maintenance and cure, earned wage and accrued fringe benefit, the 1987 Merchant Marine Subcommittee Draft expressly denied limitation against such claims.⁽¹⁰⁰⁾

4. CONDUCT BARRING LIMITATION

1.4. Introduction

Even when a claim is subject to limitation of liability, the shipowner's right to limitation may still be denied. One important factor determining the shipowner's right to limitation is his own conduct. For example, under the *U.S. Limitation of Liability Act of 1851*, it provides that the liability of the owner of a vessel for certain loss or damage, done without the "privity or knowledge" of such owner, shall not exceed the amount or value of the interest of such owner in such vessel and her pending freight.

U.A.E. law adopted this new approach in article 140 (a) which states that the shipowner is not allowed to limit liability if the occurrence giving rise to the claim resulted from his personal fault

2.4. U.A.E. law

U.A.E. law denies limitation when the loss results from the shipowner's personal fault.⁽¹⁰¹⁾ The shipowner is deemed at fault when he or his crews have failed to

⁽¹⁰⁰⁾ H.R. 277, Sec. 4; H.R. 3135, Sec. 5 (6), (7).

⁽¹⁰¹⁾ Article 140/ (a) of the *U.A.E. Maritime Code*.

exercise due diligence to maintain seaworthiness of his vessel, or to carry cargo. For example, limitation will be barred: when the shipowner does not notify the master of the unique structure of his ship; when the shipowner fails to install safety devices on a winch; when he lets the ship set sail at night on extremely rough seas; or when he fails to telex updated navigational information to his ship on the sea; or when the shipowner overloads or loads cargo on deck. The shipowner's limitation may even be barred by his simple negligence. In contrast with the Convention, the shipowner must prove absence of his or his crew's conduct barring limitation under U.A.E. law.

The position under U.A.E. law with respect to corporate shipowner is unclear, partly because there are no decisions in this area. However, it is probably safe to say that a U.A.E. court would be more cautious in establishing grounds for identification. The prevailing view is that identification would result if the error were committed by management personnel within the shipowning company with a fairly significant level of responsibility.⁽¹⁰²⁾ Thus if a technical inspector were to

⁽¹⁰²⁾ In the English case of *Tesco Supermarkets Limited v Natras*, (1924) AC 100 (HL), Lord Diplock, in relation to whether or not a company had committed a criminal offence through the action of its directors, found:

“[The answer] to the question: what natural persons are to be treated in law as being the company for the purpose of acts done in the course of its business ... is to be found by identifying those natural persons who by the memorandum and articles of association or as a result of action taken by the directors, or by the = =

be at fault, this might be considered as barring limitation.

U.S. law bars limitation when the loss is incurred with privity or knowledge of the shipowner.⁽¹⁰³⁾ “Privity or knowledge” means personal participation of the shipowner in some fault or negligence causing the loss, or some personal knowledge of a contemplated loss without taking appropriate preventive measures. It does not include fault of the shipowner’s employ or agents. In *Lord v. Goodall, Nelson & Perkins S.S. Co.*,⁽¹⁰⁴⁾

== company in general meeting pursuant to the articles, are entrusted with the exercise of the powers of the company.”

⁽¹⁰³⁾ *The Limitation of Liability Act*, section 183 (a).

⁽¹⁰⁴⁾ *In Goldman y. Thai Airways International Ltd.*, [1983] 3 All.E.R. 693 (C.A.). In this case a plaintiff was a passenger aboard an aircraft owned by defendant. Before departure, the pilot was provided with a weather chart forecasting moderate air turbulence. The defendant's manual contained instructions for the “fasten seat belt” sign during flying in turbulent air and when turbulence could be expected. The pilot failed to illuminate the sign when the aircraft entered an area for which air turbulence had been forecast. When severe turbulence was encountered, the plaintiff, whose seat belt was not fastened, was thrown from his seat and injured. The plaintiff sued the defendant under Art. 25 of the Hague-Warsaw Convention, which barred limitation if the damage resulted from intent or recklessness of the carrier. The trial court held that the pilot had deliberately disregarded the instruction, and that it amounted to recklessness. Thus, limitation was denied. The defendant appealed. The Court of Appeal held that the test of recklessness was subjective. The court could not attribute to the defendant knowledge which another person in the same situation might have possessed or which he ought to have possessed. In order for the pilot's omission to amount to ==

“privity” under the Limitation Act was defined as:

“... personal participation of the owner in some fault, or act of negligence, causing or contributing to the loss, or some personal knowledge or means of knowledge, of which he is bound to avail himself or a contemplated loss, or a condition of things likely to produce or contribute to the loss, without adopting appropriate means to prevent it.”

In determining whether the shipowner is guilty of “actual fault or privity” or “knowledge or privity”, his conduct is to be judged objectively. The conduct of a particular shipowner is measured up to the standards of reasonably prudent comparable shipowners in the management and control of their vessels.⁽¹⁰⁵⁾ In other words, the test is not to see whether the shipowner was actually aware of any misconduct, but rather to consider what a prudent shipowner in a comparable situation should reasonably be aware of in the management and control of his vessel.

As far as knowledge is concerned, it need not be “actual knowledge” it can be “constructive” which means something which that person ought to have known, even if he did not in fact know it. “Constructive knowledge” is sufficient to meet the requirement of “knowledge” under this rule.⁽¹⁰⁶⁾ For example, in

= = recklessness, it must be shown not only that prudent flying required him to illuminate the sign but also that he had knowledge that injury would probably result from his omission. Because it was shown, limitation was allowed. 14. at 703-704.

⁽¹⁰⁵⁾ R.C. Seward, *supra*, note 57, at p. 169.

⁽¹⁰⁶⁾ Christopher Hill, *supra*, note 7, at p. 379.

Brister v. A.W.I., Inc.,⁽¹⁰⁷⁾ the court stated that demonstrating lack of actual knowledge by vessel owner did not meet owner's burden in limitation proceeding to show lack of "privity or knowledge". This is because "privity or knowledge" does not necessarily require showing of actual knowledge and it is deemed to exist if the shipowner has means of obtaining knowledge or if he would have obtained the knowledge by reasonable inspection. In other words, "knowledge" is not only what the shipowner knows, but what he is charged with discovering.⁽¹⁰⁸⁾

American courts have expressed their dislike of limitation by expanding the concept of privity or knowledge so as to bar limitation, especially in cases involving personal injury claims. For example, in ***Complaint of Hercules Carriers, Inc.***,⁽¹⁰⁹⁾ a master

⁽¹⁰⁷⁾ *Brister v. A.W.I., Inc.*, 946 F.2d 350 (5th Cir. 1991).

⁽¹⁰⁸⁾ See also, *Pennzoil Producing Co. v. Offshore Exp., Inc.*, 943 F.2d 1465 (5th Cir. 1991); *Verdin v. C & B Boat Co., Inc.* 860 F.2d 150 (5th Cir. 1988); *Federal Barge Lines, Inc. v. Mission Ins. Co.*, 862 F.2d 874; *Complaint of Patton-Tully Transp. Co.*, 797 F.2d 206 (5th Cir. 1986), rehearing denied 800 F.2d 262; *Hammersley v. Branigar Organization, Inc.*, 762 F.Supp. 950 (S.D. Ga 1991).

⁽¹⁰⁹⁾ *Complaint of Hercules Carriers, Inc.*, 566 F. Supp. 962 (1983). See also *The Mormackite*, 272 F.2d 873 (2d Cir. 1959), a vessel was rendered unseaworthy due to improper stowage. The improper stowage was determined to be within the knowledge of the master of the vessel, but beyond the privity or knowledge of the shipowning company. The court granted the right to limitation to the shipowning company in the cargo damage claims, but denied the same in the personal injury and death claims. Similarly, in *Matter of Hechinger*, 890 F.2d 202 ==

was negligent in allowing a ship to proceed at speeds ordered by the compulsory pilot, rather than observing appropriate speeds. The ship collided with a bridge, killing 35 persons. Limitation was denied on the basis that the master had not been adequately instructed on his responsibility. The company manual was clear, but the court found that it was not followed. It was held that the shipowner had a duty not only to issue adequate instructions, but to ensure that they were followed. The shipowner violated his non-delegable duty to provide a competent master, because the master was negligent and therefore not competent.

3.4. U.S. law

U.S. law deems the privity or knowledge of the master as the privity or knowledge of the owner, with respect to personal injury claims, but not to property claims. This is advantageous for personal injury claimants, because they may deprive the shipowner's right to limit on the basis of privity or knowledge of his master.

Under U.S. law, in the case of a corporate shipowner, privity or knowledge of employees who are at a fairly high level in the executive hierarchy (e.g., managing officer, managing agent or plant manager) is deemed privity or knowledge of the shipowner because such

= = (9th Cir. 1989), the master's privity to or knowledge of the unseaworthy conditions of the vessel at or prior to the commencement of voyage was also deemed conclusively that of the owner of the vessel when such conditions caused personal injury and death.

persons have managerial authorities.⁽¹¹⁰⁾ The American concept of “managing officer” has been expanded to “marine superintendents, port engineers and even ship’s officers who are entrusted with supervisory duties.”⁽¹¹¹⁾ The test seems to be not the position held by the individual, but the scope of his authority. Therefore,

⁽¹¹⁰⁾ For example, in *Spence Kellogg & Sons, Inc. v. Hicks (The Linseed King)*, 285 U.S. 502, 52 S.Ct. 450, 1932 A.M.C. 503 (1932), a corporation operated a launch across a river as a ferry for its employees. The executive officers had instructed the works manager not to run the launch because the launch was unseaworthy when ice had formed in the river. Nevertheless, the launch was operated and sank. The works manager did not know that the launch would be operated and had not been consulted by the master. The Court held that the conditions could have been ascertained if the works manager had used reasonable diligence. Because the negligence of the works manager caused the disaster, it was deemed within the corporate shipowner’s privity or knowledge.

Moreover, employees, whose privity or knowledge is imputed to the shipowner, must have effective control over the phase of the business out of which the casualty occurred. The duty to control increase with the possibility of control. See Note, *The Continuing Conflict; between United states and English admiralty Law on Limitation of Liability; Whose Privity Binds the Corporate Shipowner?* 10 *Fordham Int’l L.J.*, 38,342,346 (1986).

⁽¹¹¹⁾ In *Illinois Constructors Corp. v. Logan Transp. Inc.*, 715 F.Supp. 872 (N.D. Ill. 1989), the court held that in the case of a corporate shipowner, “privity or knowledge” of the shipowner is that of his employees vested with supervisor,}’ or discretionary authority, such as maritime superintendents. In *American Dredging Co. v. Lambert*, 81 F.3d 127 (11th Cir. 1996), the court stated that when a shipowner was a corporation, privity or knowledge of the corporation was that of its managing agent, officer, or supervisory employee.

American courts reveal their dislike of limitation both by enlarging the shipowner's duties and by lowering the level of corporate employees whose privity or knowledge may bind the shipowner. For example, in *Continental Oil Company v. Bonaza Corporation*,⁽¹¹²⁾ the vessel's captain was found being more than the master because his responsibility was not just for the operation and maintenance of the vessel. Instead, he was the corporation's managing agent as he was granted much autonomy in the management of the vessel. He was found in virtually full charge of the maritime venture of the corporation which was principally engaged in land-based operations. His duties clearly revealed his actual power in overseeing the operation and management of the vessel, including maintenance of the vessel in a seaworthy condition, recruitment of crew members, and arrangement of the charters all without supervision from the corporate officers although subject to their approval. Furthermore, it was found that the captain was paid a portion of the vessel's profits, instead of a fixed salary. In short, expansive authority was delegated to this individual by the corporation. Therefore, his privity or knowledge was imputed to that of the corporation.

Actual fault or privity of the shipowner alone does not necessarily deprive him of the protection of limitation. A causal relationship between the actual fault or privity and the damage or loss must be present. Many U.S. cases indicate that causation is required

⁽¹¹²⁾ *Continental Oil Company v. Bonaza Corporation*, 706 F.2d 1365 (5th Cir. 1983).

before limitation of liability may be denied. For example, in *Tug Sea Hawk v. Sococo, Ltd.*,¹¹³ the court felt that it had to determine what acts of negligence or conditions of unseaworthiness had caused the accident and must then determine whether the shipowner had knowledge of or privity to the same acts of negligence or conditions of unseaworthiness before deciding whether the shipowner should be granted the right to limitation.

Under U.S. law the burden to prove lack of privity or knowledge as to the cause of the loss or damage falls upon the shipowner petitioning limitation.¹¹⁴ In order to disprove privity or knowledge as to the cause of loss or damage, the shipowner must show the cause which actually brought about the loss or damage. If the cause cannot be determined, it would be very difficult for the shipowner to establish the absence of privity or knowledge as to the unexplained cause. In *The S.S. Hewitt*,¹¹⁵ the court stated:

“[T]he owner must necessarily show either just how the loss did occur, or, if he cannot, he must exhaust all possibilities, and show that as to each he was without privity.”⁽¹¹⁶⁾

Similarly, in *Terracciano v. McAlindn Constr.*

⁽¹¹³⁾ *Tug Sea Hawk v. Sococo, Ltd.*, 707 F.Supp.1306 (S.D. Fla. 1988).

⁽¹¹⁴⁾ See e.g., *Coleman v. Jahncke Service, Inc.*, 341 F.2d 956 (5th Cir. 1965); *In re Farrell lines, Inc.*, 530 F.2d 7 (5th Cir. 1976).

⁽¹¹⁵⁾ *The S.S. Hewitt*, 284F. 911 (S.D.N.Y. 1922).

⁽¹¹⁶⁾ *Ibid.*, at p. 912.

Co.,⁽¹¹⁷⁾ the court noted that the shipowner "made no effort to explore and exhaust all possibilities as to the cause of the accident and show lack of privity and knowledge as to each [possibility]". Therefore, the right to limitation was denied. In *Martin & Robertson Ltd. v. The Barcelona*,⁽¹¹⁸⁾ the court required the shipowner exhaust all the possibilities as to the cause of the loss or damage. It stated, *inter alia*:

"[T]he cause of the loss of the S.S. Barcelona (the vessel) not having been established, it cannot be found that the loss of the S.S. Barcelona was from a cause without the actual fault and privity of the owner and/or charterer."

The burden of proof is especially difficult for shipowners to sustain when there is a presumption of unseaworthiness. Under the doctrine of presumption of unseaworthiness, if the cause of loss or damage is not ascertainable, the vessel is presumed to be unseaworthy. Although such a presumption is rebuttable, the shipowner would yet have to exhaust all possible causes to prove that as to each of those causes there was a lack of privity or knowledge on his part.

In short, once the claimant satisfies the burden of proving negligence and causation, the shipowner may limit his liability if he can prove that negligent acts were not within his "privity or knowledge".⁽¹¹⁹⁾

⁽¹¹⁷⁾ *Terracciano v. McAlindn Constr. Co.*, 485 F2d 304 (2d Cir. 1973)

⁽¹¹⁸⁾ *Martin & Robertson Ltd. v. The Barcelona*, 1968 AMC 331 (S.D. Fla. 1967).

⁽¹¹⁹⁾ See e.g., *Illinois Constructors Corp. v. Logan Transp., Inc.*, 715 F.Supp. 872 (N.D. Ill. 1989).

5. LIMITATION FUND

As mentioned above, the purpose of limitation of liability regime is to protect the shipowner from excessive liability. The rules are therefore structured to prevent limitation taking effect before liability arising from a particular incident has reached a pre-determined ceiling - the amount of the limitation fund. If the total claims exceed this amount, the various creditors will only be able to split the fund. Payments to individual creditors will therefore decrease as the sum of the claims increases.

The limitation fund in most maritime nation is tied to the vessel's tonnage⁽¹²⁰⁾ as it seems impossible to devise another formula in which the various factors⁽¹²¹⁾ which are relevant in determining the amount are given their proper weight. The limitation is applied to the tonnage of the wrongdoing vessel.

U.A.E. law adopts completely different system for tonnage measurement. Under article 142/1 of the *Maritime Code*, for purposes of limitation fund, a

⁽¹²⁰⁾ Historically speaking, the value of vessel is the measure of shipowner's limitation of liability. Shipowner's vessel is known as "not only the source, but the limit of liability" as well. One theory traces the practice of limitation of shipowner's liability to the Roman legal principle of *noxae deditio*, that is, the liability of an owner for damage caused to others by his property can be discharged by his surrendering the offending instrumentality (see James J. Donovan, "The Origin and Development of Limitation of Shipowners' Liability", 53 Tul. L. Rev. 999, 1000 (1979)).

⁽¹²¹⁾ A uniform financial unit for calculating per ton value of vessel and its level of stability are two of the important factors in an international system of limited liability.

vessel's tonnage shall be calculated on the basis of the net tonnage with the addition of the amount deducted from the gross tonnage on account of engine room space for the purpose of ascertaining the net tonnage. This formula applies to steamships or other mechanically propelled ships. For all other ships, the net tonnage shall be taken as the basis for calculating limitation fund.⁽¹²²⁾

Under U.S. law, the tonnage of a seagoing steam or motor vessel shall be her gross tonnage without deduction on account of engine room, and the tonnage of a seagoing sailing vessel shall be her registered tonnage: provided, that there shall not be included in such tonnage any space occupied by seamen or apprentices and appropriated to their use.

1.5. U.A.E. law

Under U.A.E. law the maximum liability of the shipowner is always limited to AED 750 per ton when the claim subject to limitation. The *U.A.E. Maritime Code* created a two-tier fund system in order to ensure adequate satisfaction of personal claims. By virtue of article 141/1 of the *Code*, where only property claims are involved, the limitation fund is set at AED 250 per

(¹²²) Article 142/1 of the *U.A.E. Maritime Code* provides that:

- تحسب حمولة السفينة في تطبيق المادة السابقة بالكيفية الآتية:
- أ- بالنسبة إلى السفن ذات المحرك على أساس الحمولة الصافية للسفينة مضافاً إليه الفراغ الذي تشغله الآلات والمحركات.
- ب- بالنسبة إلى السفن الشراعية على أساس الحمولة الصافية للسفينة."

Article 142/2 of the *U.A.E. Maritime Code* provides that ships of less than 300 tons shall be deemed to be of 300 tons.⁽¹²⁴⁾

2.5. U.S. law

The value of the ship and pending freight⁽¹²⁵⁾ constitutes the limitation fund in American law, and this

= = (c) where the occurrence has given rise both to personal claims and property claims an aggregate amount of AED 750 for each ton of the ship's tonnage, of which a first portion amounting to AED 500 for each ton of the ship's tonnage shall be exclusively appropriated to the payment of personal claims and of which a second portion amounting to AED 250 for each ton of the ship's tonnage shall be appropriated to the payment of property claims: Provided however that in cases where the first portion is insufficient to pay the personal claims in full, the unpaid balance of such claims shall rank rateably with the property claims for payment against the second portion of the fund."

¹²⁴ Article 142/2 of the *U.A.E. Maritime Code* provides:

" ويعتبر الحد الأدنى للحمولة الصافية للسفينة ٣٠٠ (ثلاثمائة) طن
ولو كانت حمولتها تقل عن ذلك."

(¹²⁵) 46 U.S.C. Appx. 183(a). *In re Zebroid Trawling Corp.*, 428 F.2d 226 at p. 228 (1 Cir 1970); *The Pelotas* 21 F.2d 236 at p. 239, 1927 AMC 1347 at p. 1353 (E.D. La. 1927), establishing that gross value is the value used. "Pending freight" is broadly construed as meaning the earnings of the voyage: *The Main v. Williams*, 152 U.S. 122 at pp. 129-133 (1894). It includes pre-paid freight, passage money and unpaid charter hire: *C.F. Coughlin*, 25 F. Supp. 649, 1939 AMC 228 (W.D.N.Y. 1938); *In re Barracuda Tanker Corp. (The Torrey Canyon)*, 281 F. Supp. 228 at p. 232, 1968 AMC 1711 at p. 1717 (S.D.N.Y. 1968), rev'd on other grounds, 409 F.2d 1013, 1969 AMC 1442 = =

value is determined at the end of the voyage⁽¹²⁶⁾ after the casualty.⁽¹²⁷⁾ The value of the ship includes all tackle, apparel, appurtenances, and furniture other than cargo,⁽¹²⁸⁾ Pending freight, however, is part of the value of the vessel, and this term includes the total earnings of the vessel for the voyage - passage money, as well as sums paid for the carriage of goods. Prepaid freight may be included in the calculation, if the agreement between shipper and carrier provides that the carrier may retain the freight so paid even where the voyage is not completed.⁽¹²⁹⁾

American case law does not include owner's hull insurance proceeds within the value of the ship after the disaster. Thus, in *The City of Norwich*,⁽¹³⁰⁾ a steamer collided with a schooner, causing the schooner to sink. The steamer also sank, and its value after the collision was \$2,500. Because the steamer was insured, its owner

= = (2 Cir. 1969). See also Schoenbaum, Admiralty and Maritime Law, 3 Ed., 2001, vol. 2 at p. 348.

⁽¹²⁶⁾ *Norwich & New York Transp. Co. v. Wright*, 80 U.S. (13 Wall.) 104 (1871), reprinted 1998 AMC 2061; *Place v. Norwich & New York Transp. Co. (The City of Norwich)*, 118 U.S. 468 at pp.491-492(1886); Schoenbaum, *supra*, note 260, at p.348, note 3.

⁽¹²⁷⁾ See also *Complaint of Caribbean Sea Transport Ltd.*, 748 F.2d 622 at p. 626, 1985 AMC 1995 at pp. 1999-2000 (11 Cir. 1984), amended in part 753 F.2d 948, 1985 AMC 1995 (11 Cir. 1985); Schoenbaum, *supra*, note 260 at p. 348, note 4.

⁽¹²⁸⁾ *The Main v. Williams*, 152 U.S. 122 (1894); Schoenbaum, *supra*, note 260. 348, note 4.

⁽¹²⁹⁾ See also *Complaint of Caribbean Sea Transport Ltd.*, *supra*, note 115; Schoenbaum, *supra*, note 260 at p. 348.

⁽¹³⁰⁾ *Place v. Norwich & New York Transp. Co. (The City of Norwich)*, 118 U.S. 468, S.Ct. 1150 (1886).

recovered \$50,000 from the insurer. By 5-4 majority, the Supreme Court held that the owner's right to insurance proceeds (\$50,000) is not his interest in the ship, but is a collateral contract guaranteeing him protection against loss of the ship. Thus, the insurance proceeds are not part of the limitation fund, even though the ship was lost because of owner's fault. The Court stressed that the shipowner is under no obligation to insure his ship; thus, if he chooses to insure, he should have the benefit of the insurance proceeds.⁽¹³¹⁾ The claimants could also protect themselves by purchasing insurance. Depriving the shipowner of the insurance proceeds would discourage him from purchasing insurance and also discourage investment in the shipping business.⁽¹³²⁾

American law also requires the shipowner to constitute an additional limitation fund of up to \$420 U.S. per ton, if the initial fund based on the vessel's value after the occurrence is insufficient to cover all personal injury and death claims arising out of that occurrence.¹³³ This special fund need be constituted

⁽¹³¹⁾ 118 U.S. at 495.

⁽¹³²⁾ *Ibid.* at 485,504-505. The Supreme Court construed the Limitation Act to be, "not a device to limit the owner's loss to his stake in the venture, but rather one to protect the owner's investment." See, Comment, Shipowners' Limitation of Liability -- New Direction for an Old Doctrine, 16 STAN.L.REV.370,375 (1964).

⁽¹³³⁾ 46 U.S.C. Appx. 83(b). See also Schoenbaum, *supra*, note 260 at p. 350. Prior to 1984, this limit was \$60 per ton. This limit was required after a 1936 disaster aboard the cruise ship MORRO CASTLE.

only with respect to "sea going vessels",⁽¹³⁴⁾ but must cover each "distinct occasion".⁽¹³⁵⁾

6. CONCLUSION

The U.A.E. law, unlike U.S. law, extended the scope of limitation to cover all those likely to be taking part in a maritime venture. This is a triumph of the shipping lobby as shipowners prefer that all those engaged in the operation of ship be entitled to limit, because shipowners may be responsible for their acts. However, such an expansion of scope at this time is inappropriate, because many of the conditions which rendered limitation necessary no longer exist. Those who can limit should be restricted to the owners or those who stand temporarily in the posture owners in order to guarantee adequate compensation for victims. Limitation should be denied to the master, crew and independent contractors. Specifically, because the 1976 Convention and the U.A.E. law did not expressly refer to pilots, they should not be able to limit. Further, allowing the claimants to bring direct actions against insurers as well as denying limitation for insurers may contribute to obtaining sufficient recovery by victims. If we cannot repeal limitation immediately, at least limitation should not be extended to insurers.

The U.A.E. law allow limitation against all maritime and nonmaritime claims for "personal injury...damage to...property". Limitation, however, should be denied

⁽¹³⁴⁾ 46 U.S.C. Appx. 183(b). See also Schoenbaum, *supra*, note 260, at pp. 350-351.

⁽¹³⁵⁾ 46 U.S.C. Appx. 183(d).

against personal injury claim by crew or their families unless the shipowner has purchased insurance for his crew. Limitation should also be denied against claims resulting from delay occurring outside the ship. Further, claims with respect to damage to harbor works, bridges, waterways and aids to navigation should not be subject to limitation, because these are important for public safety.

The U.A.E. law should provide special rules for oil pollution and for nuclear damage. Pollution damage to the environment may amount to billions of dollars in one incident.

Claimants should not be required to prove the relationship between the loss intended by the shipowner and the actual loss suffered by claimants. The shipowner's limitation should be denied if claimant proves intent or recklessness of shipowner's servants. Finally, the burden of proving absence of the shipowner's conduct barring limitation should be imposed upon the shipowner.

The U.A.E. law has some serious shortcomings as far as limitation fund is concerned. One major problem is that the limits provided thereunder have been increasingly eroded by inflation and there is no mechanism in the *U.A.E. Maritime Code* itself to deal with it. This inherent disadvantage has given rise to a general dissatisfaction with the U.A.E. law.

Another major weakness of the U.A.E. law is that it provides a one-size-fits-all type of limitation fund on the basis of a vessel's tonnage. In other words, the more tonnage of a vessel, the higher the limitation fund. As a consequence, smaller vessels will carry smaller funds.

But, small vessels may cause tremendous loss or damage and carry considerable value. Because limitation fund is increased in proportion to the increase of vessel's tonnage, small vessels with high value may benefit from setting up a small limitation fund while claimants against them would be helplessly prevented from reaching the available resources of these small vessels of no small value.

التفويض في مباشرة الاختصاصات الإدارية وفقاً للنظام القانوني العماني

إعداد

الدكتور طارق بن هلال البوسعيدي

مقدمة عامة

يقوم التنظيم الإداري في سلطنة عمان على نظام المركزية الإدارية ، حيث لا تعرف السلطنة نظم الإدارة اللامركزية أو الحكم المحلي ، باعتبارها دولة حديثة العهد بالنظم الإدارية المتطورة ، مما أدى إلى حصر السلطات الإدارية في أعضاء الحكومة ممثلة في مجلس الوزراء ، إذ ينص النظام الأساسي للدولة الصادر عام ١٩٩٦م بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١) في المادة (٤٤) منه على أن " مجلس الوزراء هو الهيئة المنوط بها تنفيذ السياسات العامة للدولة ومتابعة أدائه لواجباته والتنسيق فيما بين وحداته " ، ومن ثم فإن الصلاحيات الإدارية تتركز بين يدي الوزراء وقليل من المصالح أو المرافق العامة المستقلة التي يقرر القانون منحها شخصية اعتبارية غير تابعة لأي من الوزارات المختلفة ، مثل جهاز الرقابة المالية للدولة المنشأ بالمرسوم السلطاني رقم (٥٥) لسنة ٢٠٠٠ ، وجامعة السلطان قابوس التي تتمتع منذ إنشائها عام ١٩٨٥م بشخصية اعتبارية عامة لها استقلالها المالي والإداري .

وحيث أن النظام الإداري المركزي لا يمكن في الواقع العملي أن يصل إلى حد التركيز الإداري ، بمعنى أن يزاوئ كل وزير بنفسه جميع الاختصاصات المقررة لوزارته في كافة شئونها ، وتكون له سلطة البت النهائي بصدها دون غيره من العاملين معه ، وخاصة بعد أن تشابكت خيوط العمل الإداري وتعقدت في عالمنا المعاصر ، وبلغت الأجهزة الإدارية مستواها الحالي من التشعب والتعدد والامتداد ، فقد أصبح من المؤكد أن إتباع طريق التركيز الإداري سيؤدي إلى استحالة تحقيق أهداف السلطة الإدارية ، وسيفسر عن البطء الشديد في أداء العمل الإداري ، وسيقتضي تماماً على فرص خلق وتكوين

القيادات الإدارية بالكفاءة اللازمة لمباشرة النشاط الإداري بفعالية عالية ، ولذلك فقد بات من الضروري للرئيس الإداري لكل منظمة إدارية أن يقوم بتحويل بعض صلاحياته المحددة إلى مستويات إدارية أدنى ، بحيث يكون لهذه المستويات سلطة البت النهائي في هذه الاختصاصات المحدودة دون الرجوع إلى الوزراء أو الأجهزة المركزية العليا ، ليتحقق بذلك نظام عدم التركيز الإداري في إطار المركزية الإدارية للجهاز الإداري للدولة .

والأداة القانونية المثلى لتحقيق عدم التركيز الإداري تتمثل في أسلوب التفويض الإداري في الاختصاص ، بأن يعهد الوزير أو الرئيس الإداري الأعلى ببعض اختصاصاته المقررة له قانوناً إلى مرؤوسيه ومعاونيه التابعين له لمباشرتها تحت إشرافه وتوجيهاته أو رقابته ، بهدف تخفيف العبء عنه وضمان الكفاءة والفعالية في العمل الإداري وتحقيق السرعة والمرونة والإنجاز في مباشرة نشاط السلطة الإدارية ، إضافة إلى تنمية قدرات المرؤوسين ومهاراتهم القيادية تأهيلاً لهم لشغل مراكز القيادة الإدارية في المستقبل ، وهو الأمر الذي يساعد على تحقيق اللامركزية الإدارية في الوقت المناسب ، فتنحدر الأدوات من تفويض في الاختصاصات في إطار وحدات الجهاز الإداري المركزي المترابطة في تدرج هرمي إداري ، إلى توزيع لهذه الاختصاصات بين أشخاص إدارية مستقلة تجاه بعضها البعض .

والياً يميز النظام القانوني في سلطنة عمان إجراء التفويض في الاختصاص كأصل عام ، حيث تنص المادة (١٥) من قانون تنظيم الجهاز المركزي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٩٧٥/٢٦) وتعديلاته على أنه " دون إخلال بالمسئولية التضامنية لمجلس الوزراء ، يكون كل وزير مسؤولاً عن تنفيذ الاختصاصات والمهام والسياسات الموكولة إلى وزارته . ويجوز للوزير أن يفوض

وكيل الوزارة أو غيره من المسؤولين بالوزارة في ممارسة بعض سلطاته واختصاصاته. وفي جميع الأحوال لا يجوز التفويض في الحالات التي تنص فيها القوانين والمراسيم على وجه التحديد على أنها من سلطات الوزير".

ومن ناحية أخرى تنص المادة (١٤) من قانون التفسيرات والنصوص العامة رقم (٣) لسنة ١٩٧٣، وهو قانون صدر لتفسير بعض التعبيرات والنصوص العامة، ومنها تعبير "التفويض"، على أنه "١- عندما يخول أي قانون لأي شخص حق ممارسة أية سلطات أو أداء أية واجبات، يحق لذلك الشخص، ما لم يظهر قصد مغاير لذلك، أن يفوض أي شخص آخر ليمارس تلك السلطات أو يؤدي تلك الواجبات وفقاً للشروط والاستثناءات والتحفظات التي يحددها. وللشخص المفوض ممارسة تلك السلطات وأداء تلك الواجبات ووفقاً للشروط والاستثناءات والتحفظات المذكورة من وقت التفويض. على أنه لا يجوز التفويض في استصدار القواعد واللوائح والأوامر التشريعية بموجب أي قانون. وعلى أنه لا يجوز تفويض السلطة القضائية دون تصديق صريح بموجب أي قانون.

٢- لا يمنع التفويض بموجب الفقرة السابقة الشخص الأصيل من ممارسة سلطاته وأداء واجباته في أي وقت، ما لم يظهر قصد مغاير لذلك".

واستناداً إلى ما تقدم فإنه يتعين علينا تحديد أحكام التفويض الإداري وفقاً للنظام القانوني العماني، على ضوء الأنظمة المقارنة وخاصة في فرنسا ومصر، في فصلين تخصص أولهما للتعريف بالتفويض الإداري ببيان طبيعته ومبرراته وأهدافه ثم تمييزه عما يشابهه من أنظمة أخرى، على أن نعرض في الفصل الثاني لضوابط التفويض وآثاره بتجديد شروطه ونطاقه وما يترتب عليه من آثار.

الفصل الأول

التعريف بالتفويض الإداري وتمييزه

يرتبط موضوع التفويض الإداري بموقف المشرع من مسألة تحديد وتوزيع الاختصاصات الإدارية على موظفي الجهاز الإداري في الدولة ، فعندما يقوم المشرع بتنظيم مسألة ما ويحول الإدارة سلطة اتخاذ القرارات الإدارية المتصلة بهذه المسألة ، مثل نزع الملكية للمنفعة العامة أو حماية الأموال العامة واستثمارها أو إبعاد الأجانب عن البلاد ، فإنه يتولى تعيين الشخص أو الأشخاص الإدارية التي تملك الصلاحية القانونية في التعبير عن إرادة الإدارة في شأن هذه المسألة ، أو على الأقل تحديد كيفية اختيار المختص في كل حالة على حده ، وهو في ذلك - أي المشرع - قد يخول تلك الصلاحية إلى موظف محدد أو جهة إدارية معينة تكون وحدها دون غيرها المختصة بإصدار القرارات اللازمة بشأنها ، وقد يرى أن تشترك أكثر من جهة أو موظف فيها بحيث يكون لكل منهم أن يمارس وحده هذا الاختصاص ، أي من صورة اختصاص مشترك وليس منفرد ، كما أنه قد يحرص على أن يتشارك مجموعة من الموظفين في مباشرة الاختصاص بصورة جماعية على شكل لجنة أو مجلس ، فلا يجوز لأي من أعضاء هذه اللجنة أو المجلس أن يتخذ القرارات بشأن ذلك الاختصاص وحده دون موافقة الأعضاء الآخرين أو أغليتهم .

غير أن موقف المشرع المشار إليه يتنوع كذلك من حيث مدى التزام الجهة الإدارية المختصة بالموضوع باتخاذ القرارات المتصلة به بنفسها دون غيرها ، فقد يتحدد الاختصاص لجهة إدارية معينة على سبيل الإلزام فلا يكون لغيرها ممارسة هذا الاختصاص في أي حال من الأحوال ، وقد يتحدد الاختصاص أو أحد

جوانبه لجهة إدارية أخرى ، بهدف تحقيق بعض الأغراض أو المزايا الإدارية ابتغاء المصلحة العامة ، إذا توافرت المبررات التي تدفع إلى ذلك.

ومن ناحية أخرى قد يرى المشرع في وقت معين أنه قد حان الوقت لإعادة توزيع الاختصاصات التي سبق تنظيمها بين الجهات الإدارية أو الموظفين استجابة لدواعي الإصلاح الإداري ، فيقوم بإعادة تنظيم الاختصاص في الجهة الإدارية المختصة بالموضوع بنفسه ، أو يخول ذلك الأمر لقيادات هذه الجهة ، بحيث تعدل قواعد الاختصاص بصورة دائمة بدءاً من تاريخ سريان التنظيم الإداري الجديد ، إلى أن تدعو الحاجة لإصلاح إداري جديد أو لتطوير حديث للعمل الإداري تغيير بمقتضاها قواعد الاختصاص من مرة أخرى .

وإلى جانب ما تقدم قد تتغير قواعد الاختصاص في حالة غياب صاحب الاختصاص الأصلي عن مباشرة عمله لأي سبب من الأسباب ، مما قد يخل بالسير المنتظم للعمل الإداري في الجهة الإدارية ، فيقوم المشرع بتحديد من يحل محل المختص الغائب في مباشرة اختصاصه ، لضمان سير العمل بالجهاز الإداري بصورة منتظمة ومطردة ، أو على الأقل يميز للإدارة ذاتها تحديد من ينوب عن المختص الغائب في مباشرة اختصاصاته .

وعلى ذلك فإن التعريف بالتفويض الإداري يستلزم منا أولاً تحديد مدلول هذا التفويض وطبيعته ، ثم عرض مبرراته وأهدافه ، وأخيراً تمييزه عن الصور الأخرى التي تعدل فيها قواعد الاختصاص الإداري وضوابطه ، وهو ما نتناوله تباعاً في المباحث التالية .

المبحث الأول مدلول بالتفويض الإداري وطبيعته

أوضحنا سلفاً الارتباط الوثيق بين التفويض الإداري وموقف المشرع من تحديد الاختصاص بصدد أية مسألة أو موضوع إداري ، وكما تقول محكمة القضاء الإداري في مصر فإن " القاعدة أن تحديد الاختصاص بإصدار القرار الإداري سواء من ناحية الشكل أو من ناحية الموضوع هو من عمل المشرع ، ومن ثم وجب أن يصدر القرار من الجهة التي ينص عليها التشريع ، كما يجب من الناحية الأخرى أن يصدر القرار في حدود الاختصاص المخول للجهة المذكورة " .^{١٠}

ولذلك استقر الفقه والقضاء الإداريين على أن الاختصاص لا يفترض ولا بد أن يستند الاختصاص إلى نص أو قاعدة قانونية غير مكتوبة ، وأنه إذ ثبت بنص معين لا يجوز التوسع فيما ورد به النص أو الاجتهاد في مجاوزة نطاقه أو الخروج على ضوابطه " ٢ " ، فإذا أناط المشرع شخصاً معنوياً عاماً باختصاصات محددة ، فإنه ينبغي عليه تنفيذها بنفسه وعدم تفويض غيره في ممارسة جزء منها ، إلا إذا أجاز له المشرع ذلك ، وإلا كان عمله غير مشروع ، وذلك لأن المشرع عندما خص هذا الشخص العام بهذه الاختصاصات ، فإنه قد استند في ذلك إلى اعتبارات عديدة تتمثل أساساً في مؤهلاته العلمية وخبراته العملية ، ووصوله إلى

(١) حكمها في ١٩٧٢/١١/٢١ الدعوى ٥٦٨ لسنة ٢٥ ق ، المجموعة السنة ٢٧ ص ٢٥ .
(٢) الدكتور سامي جمال الدين : الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - ٢٠٠٤ - ص ٤٠٥ ، وهو يشير إلى أنه إذا كان ثمة نقص في قواعد تحديد الاختصاصات في التشريع ، يتم استكمالها بمقتضى المبادئ القانونية العامة ، مثل قاعدة تقابل أو توازي الأشكال أو الإجراءات ، وبمقتضاها فإن من يملك إصدار القرار يملك إلغاؤه أو سحبه أو تعديله وفقاً لذات الإجراءات المتبعة في إصداره .

سن معين اكتسب بموجبه القدرة على القيام بهذه الاختصاصات ، وطريقة اختياره وترتيبه في التنظيم الإداري وغير ذلك من الاعتبارات ، ومن ثم فإذا لم يمارس هذا الشخص العام الاختصاصات التي خصه بها المشرع للاعتبارات سالفة الذكر ، أصبحت كل هذه الاعتبارات في حكم العدم وكأنها لم تكن ، إلا أنه يستثنى من هذا الأصل العام حالة منح المشرع صاحب الاختصاص حق تفويض جزء من اختصاصاته لمرؤوسيه ليمارسوها نيابة عنه . " ١ "

وعليه فإن مباشرة الموظف أو الجهة الإدارية للاختصاصات الإدارية يلزم أن تستند إلى القواعد القانونية المنظمة للاختصاصات والتي تحدد بصورة قاطعة ونهائية الشخص أو الجهة التي تمارس الاختصاص ، وهو ما يسميه الفقه بالاختصاص المباشر ، أو أن تستند إلى تفويض من صاحب الاختصاص الأصيل أو حلول أو إنابة وفقاً للقانون وهو ما يطلق عليه اصطلاح الاختصاص غير المباشر وذلك وفقاً لضوابط محددة . " ٢ "

وقد تعددت تعريفات الفقه الإداري بصدد تحديد مدلول التفويض الإداري من الناحية القانونية ، إلا أن تحليل هذه التعريفات يشير إلى تلاقح غالبية هذا الفقه حول عناصر التفويض الإداري التالية :

١ - المفوض وهو الرئيس الإداري الذي يختص قانوناً بمباشرة الاختصاص محل التفويض .

٢ - المفوض إليه وهو المرؤوس الذي يعهد إليه الرئيس الإداري ببعض اختصاصاته التي يستمدّها من القانون فيستطيع مباشرتها دون حاجة إلى الرجوع إلى هذا الرئيس .

(١) الدكتور عبد العظيم عبد السلام : التفويض في الاختصاصات الإدارية - ١٩٩٥ - ص ٧ .

(٢) الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب : القضاء الإداري - ١٩٨١ - ص ١١٩ .

٣- السند القانوني الذي يميز للرئيس إجراء هذا التفويض بالمخالفة لقواعد الاختصاص المقررة في شأن الموضوع محل التفويض .

٤- تحمل الرئيس المفوض مسئولية مباشرة المرؤوس لاختصاصاته المفوضة إليه ومن ثم يحق له وضع الحدود والضوابط اللازمة لذلك وبالتالي التعقيب على عمل المرؤوس ورقابته في مباشرته لهذه الاختصاصات . "١"
وعلى ذلك يمكننا تعريف التفويض الإداري وتحديد مدلوله القانوني بأنه " إجراء إداري مؤقت يميز للرئيس الإداري استناداً إلى القانون ، أن يخول لأحد مرؤوسيه سلطة مباشرة بعض الاختصاصات المقررة له قانوناً ، وذلك تحت مسؤوليته ورقابته ، دون أن يعد ذلك إخلالاً بالقواعد القانونية التي تحكم مباشرة الاختصاص بصدد الموضوع محل التفويض " .

ومما تقدم يمكننا تحديد طبيعة إجراء التفويض الإداري في ضوء التعريف سالف الذكر على النحو التالي :

١- التفويض الإداري إجراء استثنائي مؤقت يرد على قواعد الاختصاص بمباشرة العمل الإداري ، لمواجهة ظروف إدارية عارضة أو لتحقيق غايات

(١) راجع في تعريف التفويض الإداري .

الدكتور محمود إبراهيم أحمد الوالي : نظرية التفويض الإداري - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٨٣ - ص ٢٠١ وما بعدها .

الدكتور عبد المهدي مساعلة : جوانب قانونية في التفويض الإداري - دراسة مقارنة - مجلة الإدارة العامة - معهد الإدارة العامة - الرياض - عدد ٤٤ - يناير ١٩٨٥ - ص ٣٦ .

الدكتور إبراهيم شيحا : أصول الإدارة العامة - ١٩٩٣ - ص ٢٦٥ .

الدكتور سليمان الطماوي : علم الإدارة العامة - ١٩٨٧ - ص ١١٧ .

إدارية مستهدفة ، رغم عدم وجود مانع يعوق صاحب الاختصاص الأصيل عن مباشرة صلاحياته الإدارية المقررة له قانوناً .

٢- التفويض في مباشرة الاختصاصات الإدارية لا يعني على الإطلاق نقل الاختصاص أو الولاية أو السلطة من الرئيس الإداري صاحب الاختصاص الأصيل إلى المرؤوس المفوض إليه مباشرتها ، فهو إجراء إداري لا يعيد توزيع الاختصاصات الإدارية بين الرئيس ومرؤوسيه أو معاونيه وموظفيه ، ولا يسفر عن تجريد الأصيل من اختصاصاته أو فقده لصلاحياته طوال مدة التفويض ، وكل ما يترتب على التفويض أن يتحول الاختصاص محل التفويض من اختصاص منفرد للرئيس الإداري إلى اختصاص مشترك بينه وبين المفوض إليه طوال مدة التفويض وسريانه .

٣- التفويض لا يعفي الرئيس الإداري من المسؤولية عن مباشرة المرؤوس للاختصاصات المفوض فيها ، إذ تظل مسؤوليته عن العمل الإداري سواء قام بتأديته بنفسه أم تولاه من تم تفويضه في أدائه ، وبالتالي يحق له الاختيار بين ممارسة الاختصاص محل التفويض شخصياً في بعض الحالات إذا رأى أن المصلحة العامة وحسن سير العمل تستوجب ذلك ، أو أن يترك للمفوض إليه أداء العمل الذي يقتضيه مباشرة الاختصاص تحت مسؤوليته وإشرافه ورقابته ، وتبعاً لذلك يظل الرئيس مسئولاً أمام قياداته الإدارية من نتائج وتبعات عمل المرؤوس التي قدر الرئيس تفويضه في مباشرته بدلاً منه .

٤- التفويض إجراء إرادي ، أي أنه يخضع لإرادة صاحب الاختصاص الأصيل ، ومن ثم لا يجوز إجبار الرئيس الإداري على تفويض بعض اختصاصاته ، والنص الآذن بالتفويض لا يصح أن يتحول إلى نص آمر

بالتفويض، وإذا حدث ذلك فإننا لا نكون أمام حالة تفويض للاختصاص، وإنما أمام حالة توزيع أو إعادة توزيع للاختصاصات بغض النظر عن الاصطلاحات القانونية التي وردت في النص، وحتى ولو كان هذا الإجراء يحدد المدة، فهو تعديل لقواعد الاختصاص طوال هذه المدة، يعفي صاحب الاختصاص الأصلي من المسؤولية عن مباشرة هذا الاختصاص، ويجرده من صلاحياته بشأن ذلك الاختصاص، فلا يعود إليه إلا بعد انتهاء المدة المشار إليها، دون أن يكون له الحق في إلغاء أو تعديل أو تقييد مباشرة من تم نقل الاختصاص إليه بأي قيد أو شرط، إلا في إطار مباشرة الرئيس لسلطته الرئاسية في التعقيب على أعمال مرؤوسيه.

٥- الأصل في التفويض الإداري أنه تفويض شخصي وليس للوظيفة، فالأصيل هو الذي يختار المرؤوس الذي يخوله مباشرة بعض اختصاصاته بدلاً منه، وهو الذي يقوم بتحديد هذه الاختصاصات المفوضة ورسم نطاق التفويض ومدته وفقاً للإمكانات والقدرات الشخصية للمرؤوس الذي اختار تفويضه تحقيقاً للصالح العام وضمناً لحسن سير العمل الإداري، فإذا رأى أن هذا الصالح يستوجب إعادة النظر في ذلك التفويض، يحق له إلغاء أو تقييد أو تعديل نطاقه بالزيادة أو النقصان أو تغيير شخص المفوض إليه، في أي وقت يراه ملائماً، ولو لم تنقض مدة التفويض المحددة في قرار التفويض بعد.

وستقوم بعرض تفاصيل معظم النقاط السالفة عند دراسة ضوابط التفويض وأحكامه وآثاره في الفصل القادم.

المبحث الثاني مبررات التفويض الإداري وأهدافه

لاشك في أن تحديد العلة من إجراء التفويض الإداري وبيان مبرراته وأهدافه يلعب دوراً كبيراً في إقرار مبدأ التفويض في مباشرة بعض الاختصاصات الإدارية ، ووضع أحكامه وضوابطه وشروطه ، وكذلك فهم هذه الأحكام وتلك الضوابط والشروط على نحو سليم يؤدي إلى ترتيب النتائج والآثار الصحيحة فقط على تحقق هذا الإجراء ، ولذلك يتعين علينا في هذا المبحث أن نحدد بدقة مبررات التفويض الإداري وأهدافه ، وهو أمر يتعلق بصورة أكبر بعلم الإدارة العامة وبدرجة أقل بالقانون الإداري ، غير أن ذلك لا يقلل من أهمية دراسة هذا الموضوع إذ أنه من المؤكد أن الاعتبارات الفنية والإدارية التي يتناولها علم الإدارة العامة لها تأثير بالغ على السياسات التشريعية والقضائية في تحديد وتفسير قواعد القانون الإداري ، حيث إن التدخل بينهما أمر لا يمكن إنكاره ، وعلى الأخص في مجالات التنظيم الإداري ، سواء بالنسبة للجهاز الإداري للدولة كأشخاص إدارية ، أم بالنسبة لأعضاء هذا الجهاز من الموظفين أو العاملين فيه كأشخاص طبيعية لهم سلطة اتخاذ القرار الإداري والرقابة على تنفيذه ومتابعة العمل الإداري والتعقيب عليه ، وغير ذلك من موضوعات مشتركة ومتداخلة بين القانون الإداري وعلم الإدارة العامة .

وبناء على ما تقدم فإننا نقسم دراستنا في هذا المبحث إلى مطلبين ، نعرض في الأول منهما لمبررات التفويض الإداري ودوافعه ، ونبين في الثاني للأهداف والأغراض التي يتغيا هذا الإجراء تحقيقها .

المطلب الأول مبررات التفويض الإداري

نقصد بدراسة مبررات التفويض الإداري أن نعرض للأسباب والبواعث التي تدفع المشرع من ناحية إلى النص على جواز قيام صاحب الاختصاص الأصلي وفقاً للقانون بتفويض مرؤوسيه أو أحدهم مباشرة هذا الاختصاص إلى جانبه أو بدلاً منه ، وتلك التي تدفع من ناحية أخرى صاحب الاختصاص الأصلي إلى إعمال هذه الآلية وتحويل بعض صلاحياته إلى مرؤوسيه أو أحدهم استناداً إلى هذا النص .

أ- فالنسبة إلى المشرع يتمثل المبرر الرئيسي للإذن بالتفويض في معالجة مشكلات الاختصاص الناجمة عن التنظيم الإداري الذي تديره الدولة ، فالقاعدة العامة التي لا تقبل أي استثناء عليها أن مباشرة الاختصاص بواسطة الموظف العام لا تتم إلا لوجه المصلحة العامة وحدها بعيداً عن أي مصلحة خاصة سواء لهذا الموظف أو لغيره ، ولذلك يذهب القضاء الإداري في مصر إلى أن " الاختصاص واجب يلزم صاحبه أن يمارسه بنفسه ، فإذا نيط بسلطة من السلطات الإدارية اختصاص معين ... فلا يجوز لها أن تنزل عنه ، لأن مباشرة الاختصاص عندئذ يكون واجباً قانونياً عليها ، وليس حقاً لها ويجوز أن تعهد به لسواها " ١ .

غير أنه في ظل التنظيم الإداري المركزي ، مثلما عليه الحال في سلطنة عمان ، فإن التمسك الصارم بهذه القاعدة قد يؤدي إلى عديد من المشكلات

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٥/٦/١٩٦٨ ، المجموعة السنة ١٣ ص ١٠٥٥ .
ومحكمة القضاء الإداري في ١٤/٣/١٩٥٥ ، المجموعة السنة ٩ ص ٣٦٧ .

الإدارية التي من شأنها إعاقة السير المنتظم للعمل الإداري ، وخاصة عندما تطرأ ظروف عارضة يتعذر معها على صاحب الاختصاص مباشرته لسبب أو لآخر بذات الكفاءة والفعالية التي يمارس بها عمله الإداري، وفي نفس الوقت لا تبدو أمام المشرع أية حاجة ملحة لإعادة توزيع الاختصاصات على نحو دائم بين الرئيس ومروؤوسيه، ومن ثم يكتفي المشرع بإجازة التفويض في مباشرة الاختصاصات الإدارية وفقاً لما يقدره الرئيس الإداري المختص، وهو المسئول أساساً عن حسن سير العمل الإداري وانتظامه في الوحدة الإدارية التابعة له ، سيما إذا كانت من المنظمات الإدارية الكبرى أو ذات النشاط المتشعب أو المعقد^{١١}

ولاشك في أن التفويض الإداري في ظل نظام المركزية الإدارية يساعد كثيراً على التخلص من مساوئ التركيز الإداري ، ويساهم بقوة في سهولة الانتقال إلى نظام اللامركزية الإدارية عبر أسلوب عدم التركيز الإداري ، من خلال تدريب المرؤوسين على ممارسة مظاهر القيادة الإدارية ، وتنمية قدراتهم ومهاراتهم الإدارية ، من خلال المشاركة في السلطة ، لكي يتبوأ هؤلاء المرؤوسين عندما تتاح لهم فرصة تولي القيادة الإدارية مستقبلاً ، مهامها بكفاءة ويسر دون مشكلات .^{١٢}

(١) الدكتور أمين الساعاتي : الإدارة العامة في المملكة العربية السعودية - ١٩٨٤ - الرياض - ص

. ١٥٦

(٢) الدكتور محمود إبراهيم الوالي : المرجع السابق - ص ٢٨٦ .

الدكتور عبد المهدي مساعدة : المرجع السابق - ص ٩٢ .

الدكتور نواف كنعان : اتخاذ القرارات الإدارية - ٢٠٠٥ - ص ١٠٦ و ص ٢٩٣ .

ومن هنا يذهب معظم رجال الإدارة العامة إلى تفضيل إجراء التفويض لما يتسم به من مرونة قد لا تتحقق إذا أراد المشرع إعادة توزيع الاختصاصات مما يستلزم تدخل جهات أخرى خارج الوحدة الإدارية ، فهو أسلوب يتحكم فيه صاحب الاختصاص الأصيل أو بالأحرى صاحب الحق في التفويض ، إذ له أن يفوض أو لا يفوض ، وإذا فوض كان له إطلاق التفويض أو تقييده ، كما أنه يملك إنهاء هذا التفويض في أي وقت ، وكل ذلك في ضوء شخصية المفوض إليه ومهاراته ومدى قدرته على ممارسة الاختصاص موضوع التفويض بكفاءة ، وذلك بدلاً من منحه اختصاصاً نهائياً قد يصعب بعد ذلك المساس به لاعتبارات قانونية أو عملية . " ١ "

ب- أما بالنسبة إلى صاحب الاختصاص الأصيل ، فإن المبررات التي تدفعه إلى الالتجاء للتفويض الإداري وفقاً لحرته في تقدير مدى الحاجة إلى أعماله ، استناداً إلى القانون ، تتمثل أساساً في زيادة الأعباء والمسئوليات الإدارية عليه بصورة عارضة تدفعه إلى مواجهة هذا الظرف الطارئ بتفويض جانب من اختصاصاته بصفة مؤقتة إلى أحد مرؤوسيه ، وخاصة تلك التي تعتبر واجبات يومية أو روتينية غير هامة ، ومتى عادت الأمور إلى مجراها الطبيعي فإن من اليسير عليه إنهاء هذا التفويض . " ٢ "

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن : التفويض في القانون الإداري وعلم الإدارة العامة - ١٩٧١/١٩٧٠ - ص ٥٩ .

Geoshens (J.- C.), La delegation administrative de competence, D. 1958, chronique 28, P. 198.

(٢) الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ٥٨ .

ولا ريب في أن القيادة الرشيدة تستوجب توفير الوقت والجهد وتفرغ القادة الإداريين للاستراتيجيات والسياسات ذات الأهمية الكبرى في المنظمة ، وممارسة مهام التخطيط والتنظيم للعمل الإداري والإشراف والتوجيه والتنسيق بين العاملين بالمنظمة ، والبعد بالتالي عن الأمور التفصيلية والإجراءات الروتينية البسيطة التي قد تسبب للرئيس الإداري قدر من القلق وتشتت الذهن "١" ، مع إتاحة الفرصة له في اختيار من يحل محله من مرؤوسيه لمعاونته في أداء اختصاصاته "٢" ، وخاصة إذا لمس من أحدهم تجاوباً واضحاً مما يوفر عليه عبء تشديد الرقابة على أعماله للتحقق من اتفاقها مع توجيهاته ، وبالتالي يكفني بالإشراف العام عليه ومراقبة أعماله دون حاجة إلى إشراف دقيق .

وبذلك يعمل التفويض الإداري على حسن استغلال مجهودات كل من المديرين والمرؤوسين وتوجيهها التوجيه الصحيح ، كما أنه يعبر عن الاستخدام الأمثل الفعال لوقت الرؤساء الإداريين فينتج لهم فرصة التفرغ للقرارات الهامة وعدم انشغالهم بأمر يمكن أن يؤديها المرؤوسين ، وبالتالي تتوفر لهم القدرة على سرعة اتخاذ القرارات وحل المشكلات بفعالية عالية ، لأن متخذ القرار إذا كان يعايش المشكلة فهو أقدر على علاجها من المدير الذي لا يعرف تفاصيلها "٣" وهكذا يساعد التفويض من ناحية أخرى على تنمية قدرات المرؤوسين في مجال اتخاذ القرارات ، وخاصة بالنسبة للقيادات في المستويات الوسطى والمباشرة ، وذلك لأنه من الثابت عملياً صعوبة تدريب المرؤوسين على المخاطرة في اتخاذ القرارات وحدهم معتمدين على أنفسهم ، ولا يكون ذلك إلا

(١) الدكتور عبد العظيم عبد السلام : المرجع السابق - ص ٤٧ .

(٢) الدكتور محمود إبراهيم الوالي : المرجع السابق - ص ١٠٧ .

(٣) الدكتور سامي جمال الدين : الإدارة العامة - ٢٠٠٦ - ص ١١٤ .

بتفويضهم السلطة ، إلى أن ذلك لا يتحقق إلا في ظل النمط الإداري الديمقراطي الذي يقوم على الإشراف العام ، حيث يكون لدى المدير الذي يتبع هذا النمط الإداري الاستعداد لتحمل مسئولية بعض الأخطاء التي تترتب على التفويض ، وإعطاء الفرصة للموظف المفوض إليه السلطة لكي يتعلم حتى لو ارتكب بعض الأخطاء^١ ، مما يؤدي إلى إشباع حاجات المرؤوس النفسية وتطوير قدراته الذهنية ، وتنمية روح المبادرة لدى المرؤوسين وعلو روح الإحساس بالمسئولية عن الجماعة في نفوسهم وروح الاهتمام والتفاني في العمل لديهم^٢ .

ويضيف جانب الفقه إلى ما تقدم أن تحول اهتمام الرؤساء الإداريين إلى الإطلاع على نشاط وأعمال مرؤوسيهـم المفوض إليهم جانب من اختصاصاتهم بدلاً من أدائها بأنفسهم ، والتعقيب عليها إذا استلزم الأمر ذلك ، يقدم ميزة للمواطنين أنفسهم وذلك بزيادة عدد درجات التظلم من القرار الإداري ، فإذا فوض الوزير في اختصاص معين وكيل الوزارة جاز التظلم من القرار الذي يصدره هذا الأخير فيما فوض فيه أمام الوزير المختص ، وهكذا يفتح طريق جديد للتظلم الإداري لم يكن قائماً قبل التفويض ، وهو التظلم الرئاسي أمام الوزير ، بالإضافة إلى التظلم الولائي أمام مصدر القرار نفسه ، ولذلك أهميته إذا ما تعذر الطعن القضائي في مشروعية القرار ، أو استغلق هذا الطريق بنص تشريعي^٣ ، وهو الأمر الذي يتحقق في سلطنة عمان بصدد كثير من القرارات المتصلة بالحياة الوظيفية للموظف العام ، والتي تخرج من دائرة اختصاص محكمة القضاء الإداري فيها المحدد على سبيل الحصر ، دون أن يؤدي ذلك إلى دخولها في

(١) الدكتور نواف كنعان : المرجع السابق - ص ٢٩٣ .

(٢) الدكتور عبد العظيم عبد السلام : المرجع السابق - ص ٥١ .

(٣) الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ٦٠ .

نطاق اختصاص القضاء العادي الذي تخرج من ولايته كافة الخصومات الإدارية حتى ولو لم تكن تدخل في نطاق اختصاص محكمة القضاء الإداري .

المطلب الثاني أهداف التفويض الإداري

من المسلم أن الغاية من كل تصرف إداري هي فقط تحقيق المصلحة العامة ، والتفويض الإداري كأي تصرف إداري لا يجوز أن يتم اللجوء إليه إلا لتحقيق هذا الهدف الذي لا يخرج عن إطار المصلحة العامة ، وتمثل هذه المصلحة المستهدفة من التفويض الإداري فيما يلي :

١- ضمان حسن سير العمل الإداري وانتظامه ، وذلك بتوفير الضمانات اللازمة لمباشرة الاختصاصات الإدارية على نحو يحقق أغراض العمل الإداري ويؤمن النجاح اللازم لسير المرافق العامة وتأديتها الخدمات الضرورية لأفراد المجتمع وإشباع حاجاتهم الأساسية بانتظام وإطراد .

ولذلك تهتم المنظمات الإدارية الحديثة بتنمية مهارات مديريها ، ومنها مهارة التفويض ، وتدريبهم على قراءة مؤشرات نجاح أو فشل التفويض ، مثل عدد القرارات التي يتخذها المفوض إليهم ونوع هذه القرارات ومدى نجاحها ومقدار الفرص التي يتيحها التفويض للكفاءات البارعة لكي تظهر وتشق طريقها ، ومدى نجاح المدير المفوض في إدارة ذاته وتنظيم وقته وتحقيق أهداف إدارته.^{١٠}

٢- استخدام التفويض الإداري كوسيلة فنية لتنسيق وتجميع الاختصاصات المتشابهة والمتناثرة والعهد بها لسلطة واحدة^{١١} ، ومن ثم تحقيق

(١) الدكتور سامي جمال الدين : الإدارة العامة سابق الذكر - ص ١١٤ .

(٢) الدكتور محمد إبراهيم الوالي : المرجع السابق - ص ٢٨٦ .

التكامل والأداء الجماعي للعمل الإداري ، وضمان وحده العمل والتصرف ، وتوفير الترابط الوثيق والتضافر والتآلف بين العاملين في المنظمة الإدارية ومنع التنافس بين الوحدات الإدارية ، خاصة إذا كانت المنظمة كبيرة الحجم أو متشابكة في تركيبها .

٣- التفويض وسيلة مثلى لتدريب المرؤوسين أثناء العمل ، فالمرؤوس الذي مارس بعضاً من اختصاصات رئيسه لن يعجز عن الاقتضاء عن ممارستها كلها وبكفاية ، لأن التفويض يدرسه على تحمل مسؤولية الوظيفة الأعلى ، وعلى القدرة على إصدار القرارات في نطاقها وعلى تخير هذه القرارات ، ويمكن للرئيس الإداري أن يضع الحدود والإطار الذي يستطيع المرؤوس أن يتحرك خلاله ويتصرف في مسائل العمل وفقاً لهذا الإطار دون حاجة إلى الرجوع إليه ، إلا إذا ظهرت حالة لا تندرج ضمن حدود ذلك الإطار .

٤- تحقيق الإصلاح الإداري اللازم لمواجهة مشكلات التنظيم الإداري المركزي والتركيز الإداري الذي يفرضه هذا التنظيم في كثير من الأحوال ، من خلال إتاحة الفرصة للمرؤوسين من المستويات الوسطى في المشاركة في حل المشكلات التي تواجه المنظمة الإدارية ، ومن ثم تحقيق ديمقراطية الإدارة وأسلوب الإدارة الجماعية ، وإعداد وتجهيز قيادات جديدة للمستقبل مؤهلة وقادرة على تحمل المسؤوليات الكبرى للقيادة على كافة المستويات^{٦٠}

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ٥٩ .

(٢) الدكتور عبد العظيم عبد السلام : المرجع السابق - ص ٤٤ و ٤٥ .

الدكتور محمود عساف : أصول الإدارة - ١٩٨٨ - المنصورة - ص ٣٦٧ .

الدكتور عمرو بركات : التفويض في القانون العام - دراسة مقارنة - ١٩٨٩ - ص ١١ .

الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد : أثر التفويض في الإصلاح الإداري - ١٩٧٧ - ص ٤٩ .

والحقيقة أن من أهم أسباب الحاجة إلى الإصلاح الإداري ، ما قد يؤدي إليه التنظيم الإداري إلى قصور أو تخلف إداري ، أي الهبوط في مستويات الكفاءة الإدارية ، مما يستلزم اختصار إجراءات العمل الإداري وتبسيطها لتحقيق مقتضيات الإدارة الحديثة وتقديم الخدمات بكفاية وباقتصاد وفي وقت مناسب ، وهو الأمر الذي يساعد على تحقيقه التفويض الإداري الذي يكفل المرونة والكفاية في إنجاز العمل والسرعة في التنفيذ .

وكذلك الأمر في معالجة مشكلة التسلط الإداري والاستبداد بالسلطة والتي تقع بسبب الافتقار إلى الروح الديمقراطية في الممارسة العملية للعمل الإداري ، وخاصة تجاه صنع واتخاذ القرار الإداري في كافة المستويات الإدارية ، بما مؤداه تعزيز الشعور بالسيادة والنفوذ الذي لا ينازع لدى القادة الإداريين ، ولذلك فإن من شأن الالتجاء إلى التفويض تغيير مفاهيم هؤلاء القادة حول طبيعة سلطاتهم ، وترسيخ مفهوم أن الاختصاصات الإدارية ليست غاية في حد ذاتها ، وإنما هي مجرد وسائل أو أدوات تحتتمها ضرورات إنجاز العمل الإداري وتحقيق أهدافه ، وأن المرؤوسين ليسوا منافسين للرئيس الإداري وإنما هم معاونين له ، وأنهم جميعاً مجندون لتحقيق المصلحة العامة وتحسين ظروف العمل وأساليب الأداء ، والإنجاز والعمل على توفير إرادة التغيير والتطوير والإبداع .

المبحث الثالث تمييز التفويض في مباشرة الاختصاصات الإدارية

سبق وأن أوضحنا أن التفويض الإداري هو إجراء مؤقت لا يؤدي إلى إعادة توزيع الاختصاصات الإدارية أو تعديل قواعدها بصورة دائمة ، ولذلك يتم اللجوء إليه عندما لا يكون من المناسب في وقت معين أو في ظل ظروف محددة اتخاذ أي إجراء دائم في هذا الشأن ، غير أن تعديل ضوابط وقواعد توزيع الاختصاصات الإدارية بصورة مؤقتة لا يتم فحسب عن طريق التفويض الإداري في مباشرة هذه الاختصاصات ، وإنما قد يتم أيضاً وفقاً لإجراءات أخرى على رأسها الحلول والإنابة ، مما يستوجب تمييز التفويض الإداري عنهما ، إضافة إلى تحديد أوجه الاختلاف بين هذا التفويض وأنظمة أخرى مشابهة مثل التفويض التشريعي والتفويض في التوقيع ، وهي إجراءات أو أنظمة تتصل بالقانون العام ، نرى التعرض لها بالقدر الذي يميزها عن التفويض في مباشرة الاختصاصات الإدارية ، خلافاً لبعض التصرفات أو الإجراءات التي يعالجها القانون الخاص مثل الوكالة ، وهي تصرفات بعيدة عن نطاق دراستنا ولا نرى بالتالي ثمة حاجة إلى دراستها .

المطلب الأول التفويض الإداري والتفويض التشريعي

التفويض إجراء استثنائي سواء كان في مباشرة الاختصاصات الإدارية وهو التفويض الإداري أم في مباشرة الاختصاصات التشريعية وهو التفويض التشريعي ، غير أن هذا التفويض الأخير لا يتحقق إلا في ظل اعتناق الدستور أو النظام الأساسي للدولة مبدأ الفصل بين السلطات وخاصة من الناحية

العضوية، أي الفصل بين الهيئات وبموجبه تنشأ هيئة مختص دون غيرها بوظيفة التشريع أي سن القوانين كما تنشأ هيئة أخرى تتولى بصفة أساسية وظيفة تنفيذ القوانين وهذه هي الوظيفة الإدارية ، مالم تحدث ظروف استثنائية تقوم بمقتضاها حالة من حالات الضرورة ، توجب على الهيئة المختصة بالتشريع أن تفوض الهيئة الأخرى المختصة بالتنفيذ مباشرة الاختصاص بسن القوانين أي التشريع وذلك لمدة محدودة ومحددة وفي الموضوعات التي يجوز فيها التفويض أو بعضها ووفقاً للأسس والضوابط التي تضعها السلطة التشريعية لذلك وبمراعاة الإجراءات والآثار التي يرتبها الدستور أو النظام الأساسي للدولة على هذا الخروج المؤقت على مبدأ الفصل بين السلطات .

وتعرف فرنسا هذا التفويض التشريعي وإن لم تربطه بوقوع ظروف استثنائية حيث يجوز وفقاً للمادة (٣٨) من الدستور الفرنسي الحالي الصادر عام ١٩٥٨م تفويض الحكومة ممارسة وظيفة التشريع اللازمة لتنفيذ البرامج التي توافق عليها السلطة التشريعية عن طريق ما يسمى هناك بالأوامر التفويضية ، والسبب في ذلك أن مبدأ الفصل بين السلطات وفقاً للدستور الفرنسي المشار إليه يتحقق فحسب في صورة مبدأ الفصل بين الهيئات وليس في صورة مبدأ الفصل بين الوظائف ، حيث تشارك السلطة التنفيذية وفقاً للمادة (٣٧) من الدستور في وظيفة التشريع عن طريق اللوائح المستقلة ، التي تتمتع بالولاية العامة في التشريع ، بينما يتحدد اختصاص السلطة التشريعية في ميدان التشريع على سبيل الحصر وفقاً للمادة (٣٤) من الدستور وبعض المواد الدستورية الأخرى .

أما في مصر فقط ربط المشرع الدستوري في دستور ١٩٧١ الحالي بين التفويض التشريعي وقيام حالة الضرورة في الأحوال الاستثنائية وذلك في المادة

(١٠٨) من الدستور ، حيث يعتنق الدستور المصري مبدأ الفصل بين السلطات في صورته أي الفصل بين الهيئات والفصل بين الوظائف ، ومن ثم أقرت المادة (١٠٨) المشار إليها إجراء التفويض التشريعي على سبيل الاستثناء ووفقاً لضوابط صارمة وإجراءات محددة تسفر في قيام رئيس الجمهورية وهو رئيس السلطة التنفيذية بإصدار "قرارات بقوانين" استناداً إلى قانون التفويض الذي تصدره السلطة التشريعية في موضوعات التفويض ، وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا هناك بأن "هذا التفويض لا يجوز أن ينقل ولايتها التشريعية بأكملها ، أو في جوانبها الأكثر أهمية إلى السلطة التنفيذية ، وإلا كان التفويض مخالفاً للدستور .. كما لا يجوز أن يكون مطلقاً بل محدداً ، وعلى الأخص من جهتين : أولهما أن التفويض لا يصدر إلا متعلقاً بتنظيم موضوع معين ، متضمناً بيان الأسس التي يقوم عليها هذا التنظيم ، وثانيهما .. خلال فترة زمنية لا يتعدها بينها قانون التفويض ، فإذا خلا منها كان التفويض ممتداً في الزمان إلى غير حد ، متضمناً إعراض السلطة التشريعية عن مباشرة ولايتها الأصلية ، ناقلاً مسئوليتها إلى السلطة التنفيذية ومخالفاً للدستور بالتالي " . "

بيد أن الأمر يختلف في سلطنة عمان عن مثيله في فرنسا وفي مصر ، لأنه وفقاً للنظام الأساسي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٩٦/١٠١) ، تعتنق السلطنة مبدأ الفصل بين السلطات ولكن - على عكس الدستور الفرنسي - في صورة الفصل بين الوظائف دون صورة الفصل بين الوظائف دون صورة الفصل بين الهيئات .

(١) المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٦/٢/٣ القضية رقم ١٨ لسنة ٨ ق.دستورية .

فبحسب المادة (٤١) من هذا النظام فإن جلالة السلطان هو رئيس الدولة ، وهو يقوم وفقاً للمادة (٤٢) من النظام بالمهام التالية : ... - رئاسة مجلس الوزراء أو تعيين من يتولى رئاستها ... - إصدار القوانين والتصديق عليها ، ومجلس الوزراء يعاون السلطان طبقاً للمادة (٤٣) من النظام في رسم السياسة العامة للدولة ، كما أنه وفقاً للمادة (٤٤) من النظام " هو الهيئة المنوط بها تنفيذ السياسات العامة للدولة ، ويتولى بوجه خاص ... رفع التوصيات إلى السلطان في الأمور الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والتنفيذية والإدارية التي تهم الحكومة ، بما في ذلك اقتراح مشروعات القوانين والمراسيم " ، أما السلطة القضائية فإنها استناداً إلى المادة (٦٠) من النظام سلطة مستقلة تتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر أحكامها وفق القانون .

وعلى ذلك فإنه يتعين فهم النص الوارد في المادة (١٤) من قانون التفسيرات والنصوص العامة لسنة ١٩٧٣ سالف الذكر في مقدمة هذا البحث ، والذي يقضي بأنه " ... لا يجوز التفويض في استصدار القواعد واللوائح والأوامر التشريعية بموجب أي قانون " على أساس أن هذا التفويض التشريعي لا يتماشى مع أسس النظام السياسي للدولة وليس على مدلول أن للمشرع أن يميز أو ألا يميز إجراء التفويض التشريعي ، كما أن بقية نص المادة (١٤) المشار إليها والتي تقضي بأنه " ... لا يجوز تفويض السلطة القضائية دون تصديق صريح بموجب أي قانون " ، ولئن كانت تفيد بأن التفويض القضائي - إذا صح التعبير - غير جائز كقاعدة عامة ، وجائز إذا تم التصديق الصريح على ذلك بموجب القانون ، إلا أننا نرى أن هذا التفسير لم يعد قائماً بصدور النظام الأساسي للدولة عام ١٩٩٦ ، الذي يمكن القول بأن المادة (٦٠) من هذا النظام قد نسخت هذه الفقرة الواردة في المادة (١٤) سالفة الذكر بشأن جواز التصديق على التفويض القضائي ولو على

سبيل الاستثناء ، لأن السلطة القضائية وفقاً للمادة (٦٠) المشار إليها سلطة مستقلة لا تتولاها سوى المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، ويقوم القانون بتوزيع الاختصاصات القضائية بين هذه المحاكم دون أن يحق لأي منها تفويض غيرها ولو من بين المحاكم الأخرى في مباشرة ولايتها القضائية المحددة لها قانوناً .

وخلاصة ما تقدم بالنسبة إلى سلطنة عمان أن السلطنة لا تعرف نظام التفويض التشريعي ولم يعد موجوداً فيها ما يمكن تسميته بالتفويض القضائي ، وعلى العكس من ذلك فإن للتفويض الإداري في السلطنة دور واسع النطاق ، بسبب اعتناقها لنظام المركزية الإدارية حتى اليوم كما سبق وأشرنا .

المطلب الثاني

التفويض في مباشرة الاختصاص والتفويض في التوقيع

يجري الفقه الإداري الفرنسي على المقابلة بين تفويض الاختصاص^١ وتفويض التوقيع^٢ عند الحديث عن أنواع التفويض الإداري^٣ بالنظر إلى طبيعته ، على أساس أن التفويض في الاختصاص يؤدي إلى تعديل قواعد الاختصاص بصورة مؤقتة ، بينما يقتصر التفويض في التوقيع على تحويل المفوض إليه سلطة القيام بعمل مادي يتمثل في التوقيع على القرارات الصادرة باسم المفوض الذي يحتفظ بسلطة التقدير في شأن موضوع القرار .^٤

(1) La délégation de compétence

(2) La délégation de la signature.

(3) La délégation administrative

(4) Puisoye (J), Les délégations de signature, A.J.D.A. 1960, P. 69

Puisoye (J), La simplification des règles de délégation de signature des ministres. R.A. 1962, P. 373

ويستند التمييز بين هذين النوعين من التفويض الإداري إلى موقف المشرع الفرنسي الذي نظم التفويض الإداري بنوعيه في عدة مراسيم يجري العمل بها ، بدءاً من مرسوم رقم (٤٧/٢٣٣) الصادر في ٢٣ يناير ١٩٤٧ المعدل بالمرسوم (٨٧/٣٩٠) الصادر في ١٥ يونيو ١٩٨٧ والذي يمنح الوزراء وسكرتيري الدولة الحق في تفويض توقيعاتهم واختصاصاتهم لمديري الإدارات ورؤساء المرافق والمديرين المساعدين للإدارات المركزية ، ومرسوم ١٤ مارس ١٩٦٤ الخاص بسلطات المحافظين وتنظيم مرافق الدولة في المحافظات وكذلك مرسوم ١٠ يونيو ١٩٦٤ رقم (٦٤/٤٨) والذي أجاز أيضاً للمحافظين تفويض بعض سلطاتهم وتوقيعاتهم لرؤساء المرافق التي تبعد عن نطاق المحافظة ، فضلاً عن دور مجلس الدولة الفرنسي في إرساء هذه التفرقة بين التفويض في الاختصاص والتفويض في التوقيع والتمييز بين الآثار القانونية لكل منهما .^١

والقاعدة العامة في فرنسا أن التفويض الإداري بنوعيه يخضع لأحكام عامة عديدة ، فيشترط فيهما استناد التفويض إلى نص آذن بالتفويض ، وصدور قرار من المفوض صاحب الاختصاص الأصلي بتفويض المفوض إليهم اختصاصه أو توقيعه ، علاوة على تماثل شروط صحة تصرفات المفوض إليه وتصحيحها ونفاذها فيهما ، ولكنهما يختلفان في الآثار أو النتائج التي يربتها كل منهما وذلك في النقاط الآتية :

١ - الأصل في النظام القانوني للتفويض في فرنسا أن التفويض في الاختصاص من شأنه تجريد صاحبه الأصلي من مباشرة اختصاصه المفوض طوال مدة التفويض ، بمعنى أن الاختصاص يبقى منفرداً للمفوض إليه دون أن

(١). المحكمة الدستورية العليا في ١٩٩٦/٢/٣ القضية رقم ١٨ لسنة ٨ ق.دستورية .

يشاركه الأصيل في مباشرته ، فلا يتحول هذا الاختصاص المنفرد إلى اختصاص مشترك ، ويظل هذا الوضع قائماً إلى أن يلغى التفويض صراحة بقرار مضاد لقرار المفوض الأصيل بالتفويض .

أما التفويض في التوقيع فإنه لا يجرد الأصيل من ممارسة الاختصاص الذي فوض توقيعه عليه ، وهو أمر بديهي إذ أنه لم يسبق للأصيل أن فوض مباشرة الاختصاص للمفوض إليه ، وإنما فوضه فقط في التوقيع على قراراته ، ولذلك فإن السؤال المطروح يتعلق بحق المفوض في التوقيع بنفسه على القرارات الصادرة منه رغم وجود تفويض سابق منه لأحد معاونيه بالتوقيع على تلك القرارات بدلاً منه ، وفي تقديرنا أنه من البديهي كذلك أن يكون للمفوض في هذه الحالة وهو صاحب الاختصاص الأصيل والوحيد من حيث مباشرته أن يمارس بنفسه تلك العملية المادية المسماة بالتوقيع على قراراته رغم سبق التفويض في ذلك لغيره من معاونيه ، وهو ما يجري عليه العمل فعلاً في فرنسا ، بل وللمفوض إليه أن يرجع إلى الأصيل ليتولى بنفسه التوقيع على القرارات التي قد تكون لها أهمية بالغة أو درجة من الخطورة أو من المتوقع أن يكون لها رد فعل معين قد يختلف باختلاف من وقع على القرار . " ١ "

٢- في تفويض مباشرة الاختصاص تأخذ القرارات الصادرة من المفوض إليه بصدد هذا الاختصاص مرتبة القرارات الأصلية للمفوض إليه ، أي أنها تعتبر صادرة عنه بصفته الأصلية بغض النظر عن مرتبة القرارات الصادرة عن المفوض الأصيل ، وعلى ذلك فالقرارات التي يصدرها وكيل الوزارة بناء

(1) DELION, La reforme des services de l'Etat dans les departements et les regions, A.J.D.A. 1964, P. 275

على تفويض من الوزير ، تعتبر قرارات وكيل وزارة وليست قرارات وزارية ، ومن هنا لا يجوز لقرارات وكيل الوزارة أن تخالف قرارات الوزير حتى ولو تعلقت بالاختصاصات المفوضة من الوزير إليه ، بل وخصوصاً إذا تعلقت بهذه الاختصاصات .

أما القرارات الصادرة من المفوض بالتوقيع فقط ، فإنها تأخذ قوة ومرتبة القرارات الصادرة عن صاحب الاختصاص الأصلي ، لأن تلك القرارات تعبر عن إرادة الأصيل وليست إرادة المفوض إليه ، ولذلك فالمفترض صدور القرارات عن الأصيل وباسمه أو لحسابه ، وبالتالي يجوز أن تخالف هذه القرارات ما سبق الأصيل وأن أصدره منها في ذات الموضوع محل التفويض ، كما أنها بطبيعة الحال لا تكون محلاً لممارسة الأصيل سلطته الرئاسية على أعمال المفوض إليه أو التعقيب عليها إلا في إطار حقه في مراجعة أعماله الصادرة عنه شخصياً .

٣- لا ينتهي التفويض في مباشرة الاختصاص وفقاً للقضاء الإداري الفرنسي نتيجة أي تغيير يطرأ على شخص الأصيل ، ما لم ينص قرار التفويض أو النص الآذن به على ذلك "١" ، وهو الأمر الذي يؤدي إلى أن يكون التفويض للوظيفة وليس تفويضاً شخصياً ، وبالتالي ليس ثمة حاجة إلى تحديد التفويض عند كل تغيير يطرأ على أشخاص أطرافه خلال مدة التفويض مهما طالت ، ما دام لم يظهر من صياغة النص الآذن به أو من الموضوع محل هذا التفويض أن له طابعاً شخصياً . "٢"

وعلى العكس من ذلك فإن التفويض في التوقيع له طابع شخصي على الدوام ، فهو يقوم أساساً على الثقة الشخصية بين طرفيه ، ولذلك يكون من

(1)C:E 25.3.1960; Sieur De Lambilly, L.882

(2)C.E 28.6.1957, Societe x., R.D.P. 1957, P. 1072, concl., Meric.

الطبيعي أن يتأثر استمرار هذا التفويض بأي تغيير يطرأ على شخص الأصيل أو شخص المفوض إليه، مالم يحدد قرار التفويض الصادر من الأصيل شخصية المفوض إليه بصفته وليس باسمه ، وبذلك يمكن القول بأن التفويض في التوقيع ينتهي بتغيير أي من طرفيه .

غير أنه يلزم ملاحظة أن هذه الاختلافات وما تقوم عليه من أسس وما ترتبه من آثار ليست محلاً للاتفاق في الدول الأخرى مثل مصر وسلطنة عمان ، بل وليست محلاً للإجماع الفقهي بين فقهاء فرنسا ذاتها على نحو ما سنوضحه عند الحديث عن أحكام وضوابط وآثار التفويض الإداري في الفصل القادم ، فالمشرع في مصر وفي سلطنة عمان تجاهل تماماً هذه التفرقة بين التفويض في مباشرة الاختصاص والتفويض في التوقيع فقط ، صحيح أنه لم يرفض أو يحظر صراحة هذا النوع الأخير^{١١} ، إلا أنه لم ينظم في تشريعات هاتين الدولتين سوى التفويض في الاختصاص والذي يحكمه في مصر حالياً القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ ، وتنظمه في عمان المادتين (١٤) من قانون التفسيرات والنصوص العامة لسنة ١٩٧٣ ، و (١٥) من قانون تنظيم الجهاز المركزي للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (١٩٧٥/٢٦) ، السابق ذكرهما في مقدمة هذا البحث .^{١٢}

(١) ولذلك نرى عملاً أنه تصدر بعض قرارات تفويض في التوقيع فقط ، وخصوصاً بصدد مستندات الصرف المالية بالنظر إلى كثرتها مع خضوعها لرقابة مالية مشددة من قبل أجهزة الرقابة المتخصصة قبل اعتمادها ، إضافة إلى حاجتها إلى عدة توقيعات أخرى توقيماً مجاوراً ، وقد أشارت محكمة القضاء الإداري في عمان إلى وجود التفويض في التوقيع إلى جانب تفويض الاختصاص في أحد أحكامها - حكم الدائرة الابتدائية الأولى في ٢٧/٥/٢٠٠٣م في الدعوى رقم ١٧ لسنة ٣٣ق (غير منشور) .

(٢) تجدر الإشارة إلى أن النظام الأساسي للدولة في السلطنة ينص في المادة (٤٢) منه على المهام التي يتولاها جلالته السلطان باعتباره رئيساً للدولة ومنها " توقيع المعاهدات والاتفاقيات الدولية وفقاً لأحكام القانون أو التفويض في توقيعها وإصدار مراسيم التصديق عليها " والواقع أن اختصاص = =

وبصفة عامة فإننا نرى أن التقدم التقني أو التكنولوجي في الإدارة الالكترونية من شأنه الاستغناء عن هذه العملية المادية المسماة بالتفويض في التوقيع، إذ أن العلة من هذا التفويض تنتفي كثيراً في وجود تلك الآليات والمعدات الحديثة للإدارة .

المطلب الثالث التفويض الإداري والحلول

الحلول هو إجراء قانوني يستهدف مواجهة احتمال أو مشكلة وجود ما يحول بين الأصيل وبين مباشرته اختصاصاته ، مما يهدد السير المنتظم للجهاز الإداري نظراً لغياب صاحب الاختصاص الأصيل ومن ثم عدم مباشرة هذا الاختصاص ، ومن هنا يتدخل المشرع لعلاج هذه المشكلة بأن يحدد الشخص أو الجهة التي تحمل محل صاحب الاختصاص الأصيل في مباشرة اختصاصه ، إذا قام به مانع من ممارسة صلاحيته ، وهو الأمر الذي يحدث كثيراً مثل قيامه بإجازة طويلة نسبياً أو استقالته من العمل أو مرضه أو وقفه عن العمل أو انتهاء خدمته دون أن يعين آخر بديلاً عنه أو وفاته ، مما يستلزم أن يقوم من يحدده القانون بممارسة كافة اختصاصات الأصيل ما دام المانع الذي يحول بينه وبين مباشرة اختصاصاته قائماً .

= = السلطان بشأن المعاهدات والاتفاقيات يشمل الاختصاص بإبرام هذه المعاهدات أو الاتفاقيات وهو ما يعني في النهاية التوقيع عليها وكذلك التصديق على إبرامها ومن ثم إصدار مراسيم التصديق عليها ، والنص الوارد في المادة (٤٢) أجاز التفويض في التوقيع على المعاهدة أو الاتفاقية ولم يشر إلى إبرام أي منها أو التصديق عليها ، مما مفاده أن السلطنة تعرف أسلوب التفويض في التوقيع بصدد بعض الاختصاصات غير الإدارية حيث أن موضوع إبرام المعاهدات والاتفاقيات الدولية يدخل ضمن مسائل الحكم ومن ثم يعد من أعمال السيادة أو الحكومة التي تخرج من دائرة العمل الإداري بطبيعتها

والأصل أن الحلول يلتقي مع التفويض الإداري في ضرورة الاستناد إلى نص قانوني ينشئ سلفاً إحدى حالات الحلول ويحدد أسبابها ، وبشرط أن يكون هذا النص في مرتبة إلزامية تعادل على الأقل القوة أو المرتبة الإلزامية للنص الذي يخول للأصيل الاختصاص محل الحلول ، ويجوز للمشرع أن يحدد الاختصاصات التي يمكن أن يباشرها من محل محل الأصيل أي الحال ، فإذا لم يتم بذلك أي سكت عن تحديد هذه الاختصاصات ، جاز للحال أن يحل محل الأصيل في كافة اختصاصاته .

ويرى جانب من الفقه أن الحلول يتم في كافة اختصاصات الأصيل سواء كانت اختصاصات مقررة له قانوناً بصفة أصلية أم كانت اختصاصات مفوضة له من رئاسته " " ، غير أننا نرى أن الاختصاصات المفوضة للأصيل لا يجوز أن تنتقل إلى الحال إذا تحققت الظروف أو الأسباب المقررة في النص ، لأن التفويض يتم وصاحب الاختصاص الأصيل على رأس عمله ، وليس للتفويض أية علاقة بحالات الغياب أو وجود مانع يحول بين الأصيل وبين مباشرة اختصاصاته ، والأصل في التفويض أنه ينتهي بتغيير أحد أقطابه ، ومعظم حالات الحلول أو أسبابه تتعلق بالانقطاع النهائي عن مزاولة العمل مثل الاستقالة أو الوفاة أو انتهاء الخدمة ، ومن ثم فإن تحقق أحد أسباب الحلول يسفر عن استرداد الأصيل للاختصاصات المفوضة وبالتالي لا يبقى للمختص الغائب سوى اختصاصاته الأصلية ، وتبعاً لذلك لا تنتقل إلى الحال سوى تلك الاختصاصات الأصلية ليحل محلها في مباشرتها ، وتعود الاختصاصات المفوضة إلى صاحبها الأصيل لينفرد بمباشرتها بمجرد وقوع سبب الحلول .

(١) الدكتور عبد العظيم عبد السلام : المرجع السابق - ص ٢١٥ .

ومن ناحية أخرى يثير اشتراط النص الصريح المنظم للحلول مشكلة أخرى وهي ما إذا كان يشترط أن يكون نصاً خاصاً بصدد كل اختصاص يتطلب الحلول أم أنه يكفي وجود نص عام يعالج هذه المشكلة في كل حالات غياب صاحب الاختصاص الأصيل لوجود مانع يحول بينه وبين مباشرة اختصاصاته .

وفي هذا الصدد يجيز جانب من الفقه أن يقوم المشرع بوضع نص عام للحلول ، مثلما فعل المشرع المصري في المادة (٥٧) من قانون العاملين المدنيين بالدولة رقم (٤٧) لسنة ١٩٧٨ ، وذلك بالنص فيها على أنه " في حالة غياب أحد شاغلي الوظائف العليا يقوم نائبه بأعباء وظيفته ، فإذا لم يكن له نائب جاز للسلطة المختصة إنابة من يقوم بعمله ، على أن يكون شاغلاً لوظيفة من درجة معادلة أو من الدرجة الأدنى مباشرة " . "١"

ويلفت الانتباه في هذا النص أن الحلول وفقاً له محدد فقط بحالة وجود نائب للرئيس الإداري الذي يشغل إحدى الوظائف العليا طبقاً لهذا القانون ، فإن لم يوجد نائب تعين الالتجاء إلى إجراء قانوني آخر هو الإنابة ، وهو ما يعني بمفهوم المخالفة أن المشرع إذا عمم إجراء الحلول لتشمل كافة الرؤساء الإداريين وسواء كان لهم نائب أم لم يكن هناك أي نائب وأجاز الحلول في هذه الحالات بحيث ينتقل الاختصاص إلى من يلي الأصيل مباشرة في السلم الإداري ، لترتب على ذلك زوال إجراء الإنابة تماماً وهو أمر لا يتفق مع ضرورة توفير قدر معقول من السلطة التقديرية للإدارة لضمان سير العمل في المرافق والمصالح العامة بانتظام واطراد ، مما يوجب السماح للإدارة باختيار من يحل محل الغائب في مباشرة كل

(١) المرجع السابق - ص ٢١٧ .

أو بعض اختصاصاته واختيار هذا الحال أو اختيار أكثر من حال وتوزيع الاختصاصات عليهم ، وهو ما لا يتحقق إلا بأسلوب الإنابة .

ولذلك فنحن لا نرى في النص سالف الذكر أنه نص عام تماماً أو أن المشرع وضع من خلاله قاعدة عامة تطبق في كل حالة لم يرد فيها نص خاص بالحلول¹ ، بمعنى أننا نشترط في النص المنظم للحلول أن يكون نصاً خاصاً حتى ولو اتسع نطاق تطبيقه ، أما النص العام الذي يمتد نطاقه ليشمل كافة حالات غياب الأصيل لوجود مانع يحول بينه وبين مباشرة اختصاصاته بما يقضي تماماً على نظام الإنابة ، فهو في تقديرنا يعد إهداراً لقواعد الاختصاص وخروجاً على مقتضيات مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد وهو من المبادئ القانونية العامة التي يتعين على المشرع احترامها والعمل على تطبيقها .

وتؤكد محكمة القضاء الإداري في عمان على اشتراط النص المنظم للحلول لاتخاذ مثل هذا الإجراء ، ففي حكم للدائرة الابتدائية فيها قضت المحكمة بانعدام قرار إبعاد أحد الأجانب وأسرته من البلاد لتوقيعه من مساعد المفتش العام للشرطة والأجانب رغم أن " هذا الاختصاص منوط بالمفتش العام وحده ولا يجوز له تفويض غيره فيه ، يستوي في ذلك تفويض الاختصاص وتفويض التوقيع ، ومن ثم يكون القرار المطعون فيه قد صدر منعداً لتوقيعه من مساعد المفتش العام للعمليات بالنيابة ... ولا ينال من ذلك القول بأن مساعد المفتش العام يحل محل الأصيل في حالة غيابه ، وأن هذا الحلول جائز حتى في حالة عدم وجود نص عليه في القانون ، لأنه إذا كان التفويض في الاختصاص الذي يكون جزئياً يستوجب النص عليه في القانون ، فمن باب أولى أن تحكم نفس القاعدة

(١) المرجع السابق - ص ٢١٩ .

الحلول الذي يميز لصاحبه ممارسة كل اختصاصات السلطة التي يحل محلها " " وعليه انتهت المحكمة إلى أن القرار المطعون فيه مشوب بعيب عدم الاختصاص الجسيم فقضت بقبول الدعوى شكلاً رغم إقامتها بعد فوات المواعيد المقررة وفي الموضوع بانعدام القرار المذكور .

ولما كان هذا الحكم لم يلق قبولاً من المدعى عليها في هذه الدعوى وهي جهاز الشرطة والجمارك فقد طعن عليه بالاستئناف وتمسكت بطلب عدم قبول الدعوى لرفعها بعد الميعاد ، كما تمسكت بحجة أن " الحلول وسيلة غير مباشرة لممارسة الاختصاص بموجبه تحال اختصاصات الأصيل الغائب لأي سبب إلى موظف آخر وبقوة القانون وذلك حتى لا يتعطل سير العمل ، ولا ينال من ذلك عدم وجود نص على الحلول في قانون الشرطة أو قانون إقامة الأجانب لأنه لا يشترط في الحلول وجود نص يأذن به ، على خلاف التفويض في الاختصاص الذي يتطلب وجود نص ، ومرجع ذلك إلى الرغبة في سرعة ملء الفراغ الإداري الذي تركه صاحب الاختصاص الأصيل بغيابه " .

غير أن الدائرة الاستئنافية لم توافق المستأنف فيما ذهب إليه من جواز إجراء الحلول دون نص يأذن به ، وفي ذات الوقت لم توفق الدائرة الابتدائية في المحكمة على وصف العيب في هذه الدعوى بأنه عيب عدم اختصاص جسيم ينحدر بالقرار المطعون فيه إلى درجة الانعدام ، وإنما رأت أنه " عيب عدم اختصاص بسيط باعتباره مخالفة لقواعد الاختصاص ، وبالتالي يكون القرار المطعون فيه باطلاً وليس منعداً ، والقرارات الباطلة تتقيد بمواعيد الطعن المقررة للطعن عليها على خلاف القرارات المنعدمة ، ومن ثم يتعين على الحكم المطعون فيه ،

(١) حكمها في ٢٧/٥/٢٠٠٣ الدعوى رقم ١٧ لسنة ٢٠٠٣ ق .

وقد فوت المدعي ميعاد الطعن على القرار، أن يقضي بعدم قبول الدعوى شكلاً لرفعها بعد الميعاد "١".

هذا الموقف من محكمة القضاء الإداري في عمان والذي نؤيده تماماً ، لا تأخذ به محاكم القضاء الإداري في مصر ، حيث تعتد هذه المحاكم بالحلول دون نص في حالتين نؤيد إحدهما ونرفض الأخرى ، والحالة الأولى التي نؤيدها هي حالة الضرورة ، فقد قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن "الاختصاص وإن كان الأصل فيه أن يباشر صاحبه ، إلا أن الأصول العامة تقضي عند الضرورة أن ينحدر مباشرة اختصاص الأصيل إلى من يليه ، متى قام الأصيل مانع أو عذر، حتى لا يتعطل سير العمل"٢ ، فمن الطبيعي أنه في حالة الضرورة عند وقوع ظروف استثنائية أن يصبح الحلول بغير نص مكتوب يميزه "٣" على سند من قاعدة أن الضرورات تبيح المحظورات .

أما الحالة الثانية غير المبررة في تقديرنا فهي تستند إلى مبدأ ضرورة سير المرافق العامة بانتظام واطراد، وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا بأنه ولئن كان "يشترط للحلول محل الأصيل عند قيام مانع لديه من ممارسة اختصاصاته أن يتقرر هذا الحلول أساساً بنص تشريعي أو لائحي ، إلا أنه إذا سكنت النصوص عن تنظيم الحلول ، فإن مقتضيات ضرورة سير المرفق قد تفرض على السلطة المختصة بحسب مكانها في التدرج الإداري ، أو بحسب طبيعة اختصاصها أن

(١). حكمها في ٢٠٠٤/٢/١٤ الاستئنافان رقما ٢٥ و ٢٦ لسنة ٢٣ ق.س ، المجموعة الجزء الثاني ص ١٩٠ .

(٢). حكمها في ١٩٥٧/١١/٣٠ الطعن ٧٩٦ لسنة ٢٣ ق ، المجموعة السنة ٣ ص ٢١٦ .

(٣). الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق ص ٣٨ .

تشغل بصفقتها حالة ، الوظيفة التي قام بشاغلها مانع يحول بينه وبين ممارسة اختصاصه " ١ ". ويؤدي جانب من الفقه الإداري المصري هذا القضاء بقوله أن الواجب يقضي بإجازة الحلول حتى إذا لم يوجد نص قانوني صريح يبيحه ، فإذا غاب رئيس المصلحة أو قام لديه مانع حل محله في مباشرة هذا الاختصاص من يقوم مقامه في العمل ، وهو في هذه الحالة وكيل المصلحة ، ما دام هناك مانع يحول دون مباشرة مدير المصلحة لهذا الاختصاص. " ٢ "

غير أنه يلزم ملاحظة هذا القضاء والفقه المؤيد له يرى أن هذه الحالة تعتبر من تطبيقات حالة الضرورة ، أو هي في ذاتها ضرورة لعدم توقف المرافق العامة لأي مانع قد يلزم برئيس العمل أو القائد ، كالمرض أو الوفاة ، ويمنع من مزاولته لمهامه واختصاصاته " ٣ " ، وعليه فإن " قاعدة وجوب استمرار سير المرافق بانتظام واطراد - هي في تقدير المحكمة الإدارية العليا في مصر - تمثل ظرفاً استثنائياً ، وهذا الظرف الاستثنائي يبرر الخروج على المبدأ العام الذي يقضي بأن صاحب الاختصاص الأصيل هو وحده الذي يمارسه " ، وذلك في حالة قيام مانع فيه يحول بينه وبين مباشرة اختصاصاته .

ونحن لا نتفق مع هذا القضاء والفقه المؤيد له ، إذ يشترط لقيام حالة الضرورة وقوع ظروف استثنائية ، وغياب الأصيل لا يمكن وصفه بأنه من الظروف الاستثنائية غير المتوقعة أو غير المألوفة أياً كان سبب هذا الغياب ، كما

(١) حكمها في ١٩٩١/٦/١ الطعن ٣٤٢٩ لسنة ٣٦ ق ، وحكمها في ١٩٩٢/٥/٣ الطعن ١٤٠٩

لسنة ٣٣٢ ق .

(٢) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي : القضاء الإداري - ١٩٧٦ - ص ٤٠٩ وما بعدها .

الدكتور عبد الغني بسيوني : التضييق في السلطة الإدارية - ١٩٨٦ - ص ٨٢ وما بعدها .

(٣) الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي : المرجع السابق - ص ٤١٠ .

أنها حالة يمكن معالجتها وفقاً للنظم القانونية القائمة ، مثل الالتجاء إلى إجراء الإنابة ، ومن ثم تنتفي حالة الضرورة ، بما مفاده أنه في حالة غياب النص القانوني الخاص والصريح الذي يميز الحلول إذا قام مانع لدى صاحب الاختصاص الأصيل يحول بينه وبين مباشرته ، فإنه لا يجوز الالتجاء إلى إجراء الحلول وإن جاز الالتجاء إلى إجراء الإنابة كما سنوضحه لاحقاً .

وهكذا يتفق الحلول مع التفويض في ضرورة استناد كلاهما إلى نص صريح خاص آذن بالإجراء ، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة السابعة من قانون الرقابة المالية للدولة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٠/٥٥) من أنه " يتولى الرئيس الإشراف على شؤون الجهاز ورسم سياسته ومتابعة تنفيذها ، وفي حالة غيابه يحل محله نائب الرئيس ، ويجوز للرئيس تفويض نائب الرئيس أو من يراه في بعض اختصاصاته " .

أما عن أوجه الاختلاف أو التمييز بين الحلول والتفويض الإداري فيمكن إيجازها فيما يلي :

١- يفترض الحلول غياب الأصيل نتيجة وجود مانع يحول بينه وبين ممارسة اختصاصاته ، والمقصود بالغياب هنا عدم التواجد المادي للأصيل على رأس عمله ، سواء كان السبب في الغياب يرجع لإرادة الأصيل مثل استقالته قيامه بإجازة طويلة ، أم كان السبب يعود إلى إرادة غيره مثل الوقف عن العمل أو لعذر قهري كالوفاة ، ولذلك فالأصل عدم جواز الحلول رغم وجود المختص الأصيل ما لم ينص القانون على غير ذلك وهو ما يحدث في حالات نادرة ، مثل النص في فرنسا على أن " المحافظ يحل محل العمدة في حالة رفض هذا الأخير القيام بالتزام حدده القانون " ، أما التفويض فإنه كما أوضحنا سابقاً يقوم في

(١) راجع هذا النص وآثاره في رسالة الدكتور : محمود إبراهيم الوالي : المرجع السابق ص ٢٩٦ .

وجود المفوض واستمراره في مباشرة عمله، لأن العلة منه تختلف عن العلة من الحلول والتي تتمثل في غياب الأصيل عن مباشرة اختصاصه لمانع يحول بينه وبين مباشرة عمله، بينما العلة في التفويض هي مواجهة ظروف طارئة تزيد من العبء الإداري على الرئيس أو لتدريب المرؤوسين على القيادة الإدارية كما سبق وشرحنا .

٢- إذا تحقق أحد أسباب الحلول وغاب الأصيل عن ممارسة عمله حل محله فوراً الحال المنصوص عليه في القانون وذلك بقوة القانون دون حاجة إلى صدور قرار بذلك من الأصيل مثل التفويض أو غيره مثل الإنابة ، فإذا عاد الأصيل إلى مقر عمله وباشر اختصاصاته ينتهي الحلول بقوة القانون كذلك ، أما التفويض فإنه ينتهي إما بانتهاء مدته أو بانتهاء المهمة التي من أجلها تم التفويض ، أو بقرار من المفوض بإنهاء التفويض ، مع ملاحظة أن انتهاء الحلول بعودة الأصيل إلى عمله لا يعني ضرورة عودة الأصيل الذي كان على رأس عمله قبل الحلول ، وإنما أيضاً من يعين بدلاً منه وخاصة في حالات مثل الوفاة أو الاستقالة أو الفصل من الخدمة ، فالحلول ليس شخصياً كما هي القاعدة في التفويض ، وإنما يقوم الحلول على أساس الوظيفة سواء بالنسبة للأصيل الغائب أم بالنسبة للحال الذي يحده القانون بوظيفة وليس باسمه حيث لا يمكن تحديد شخصيته سلفاً ، وإنما يتحدد عند تحقق سبب الحلول .

٣- التفويض في الاختصاص لا يكون إلا جزئياً كما سنبين لاحقاً ، بينما يحل الحال محل الأصيل في اختصاصاته المقررة له قانوناً بأكملها، ولا يكون الحلول جزئياً إلا إذا كان النص المنظم له قد تصدى لبيان اختصاصات الأصيل بصفة عامة واستبعد جانب منها لم يجر الحلول فيها، وهو أمر نادر الوقوع، وإن

كان جانب من الفقه يرى أن الحلول كذلك لا يكون إلا جزئياً وإن اختلف نطاقه، وذلك عند سكوت النص، حيث يجوز للأصيل القيام بالأعمال التي لا تعارض مع الظرف الذي أدى إلى الحلول، أي تلك التي يستطيع القيام بمباشرتها رغم غيابه، وبصفة عامة ليس للحال القيام بمباشرة كل الاختصاصات وإنما فقط عندما يكون العمل مستعجلاً لا يتحمل الانتظار حتى عودة الأصيل الذي لا يمكنه فعلاً مباشرتها، وهي أمور نسبية تتوقف على سبب الحلول وظروفه، فالوفاة والاستقالة غير الأجازة، والأجازة الطويلة غير الأجازة القصيرة. "١"

ويشير هذا الرأي مشكلة فنية هامة، فمع توافر الوسائل التقنية الحديثة ومع انتشار الإدارة الالكترونية، بات من اليسير على الأصيل أن يباشر اختصاصاته وهو غائب عن مقر عمله، سواء كان في منزله أم في مكان بعيد جداً عن مقر عمله. مما يعني قدرته على مباشرة الاختصاصات في كثير من حالات الغياب الإرادية على وجه الخصوص، ومن ثم تقلص حالات الغياب والحلول إلى نطاق ضيق يقتصر على حالات الغياب الدائم للأصيل مثل الاستقالة والوفاة وإنهاء الخدمة والمرض الطويل الذي يؤدي إلى عجز الشخص المريض عن أداء عمله.

٤- تكون للقرارات الصادرة من الحال في إجراء الحلول قوة قانونية أو مرتبة إلزامية مساوية لقرارات الأصيل الغائب، وذلك لاحتلاله نفس المستوى الوظيفي للأصيل، ولذلك لا يحق للأصيل الغائب بعد عودته التعقيب على هذه القرارات إلا في الحدود التي يملكها بالنسبة للقرارات الصادرة منه شخصياً،

(١) راجع في ذلك الدكتور عبد الفتاح حسن: المرجع السابق - ص ٤٠ وما بعدها.

بمعنى أنه لا يمارس عليها أية سلطة رئاسية ، فهو غير مسئول عنها ولا يتحمل تبعه أية تصرفات يقوم بها الحال ، خلافاً لما عليه الحال في التفويض حيث تكون لقرارات المفوض إليه مرتبة إلزامية تتفق مع درجته الوظيفية وليست درجة المفوض ، كما أن هذه القرارات تخضع بالتالي للسلطة الرئاسية للمفوض وما تعنيه من تمتع المفوض بشأنها بحق التعقيب عليها ومن ثم تعديلها أو إلغائها ، نظراً لاستمرار مسئولية المفوض عنها أمام رؤسائه .

المطلب الرابع **التفويض الإداري والإنابة**

تفترض الإنابة مثلها في ذلك مثل الحلول وجود مؤقت أو دائم يعوق الأصيل ويحول بينه وبين ممارسة اختصاصاته ، وفي نفس الوقت لا يوجد نص قانوني ينظم هذه الحالة التي تؤدي إلى غياب الأصيل بتحديد من يحمل محله في مباشرة اختصاصاته أي بالحلول ، فتتصدى السلطة الإدارية العليا ، وهي بالطبع ليست الأصيل الغائب وإنما هي السلطة الأعلى منه مرتبة غالباً ، وتعين موظف آخر لينوب عن الأصيل ويتولى مباشرة اختصاصاته إلى أن يزول المانع الذي أدى إلى غيابه ، وذلك استناداً إلى مبدأ ضرورة سير المرفق العام بانتظام واطراد ، إذا لم يكن هناك نص في القانون يميز هذه الإنابة ويحدد بالتالي الرئيس الذي يتعين صدور قرار الإنابة منه .

وتتفق الإنابة مع التفويض في ضرورة صدور قرار بتعيين النائب في إجراء الإنابة ، أو المفوض إليه في إجراء التفويض الإداري ، وعلى حين يلزم في قرار التفويض أن تتحدد مدته ، فإنه في قرار الإنابة يمكن كذلك تحديد مدة الإنابة أو ربط هذه المدة بعودة الأصيل إلى عمله أو تعيين بديلاً عنه ، كما أن مصدر القرار

في الحالتين يجب أن يحدد بدقة الاختصاصات التي سيباشرها النائب أو المفوض إليه، ولكن يختلف قرار الإنابة عن قرار التفويض من حيث مصدر كل منهما ، فهو في حالة التفويض الأصيل ذاته، على حين أنه السلطة الإدارية الأعلى في حالة الإنابة، أو من يحدده النص القانوني - إذا وجد - واختصه بإصدار قرار الإنابة، ولذلك قد تنشأ مشكلة نادرة الوجود إذا لم توجد نصوص تميز الإنابة أو الحلول ولم يكن هناك رئيس أعلى، وهو الأمر الذي لا يتحقق إلا في حالة غياب رئيس السلطة التنفيذية ذاته ، أي رئيس الوزراء وربما رئيس الدولة، فهنا يحل محله تلقائياً نائبه بطريق الحلول وهو الأمر الذي غالباً ما يحرص المشرع الدستوري على تنظيمه .

وقد يحدد النص الآذن بالإنابة شخص معين أو أشخاص معينين بصفتهم أي بوظيفتهم ودرجتهم الوظيفية لتؤول إليه أو إليهم اختصاصات الأصيل الغائب ، فإن لم يكن هناك نص تعين على الرئيس الإداري الأعلى اختيار سلطة إدارية موازية للأصيل الغائب أو أعلى منه لتتوب عن هذا الأصيل في مباشرة اختصاصاته ، إذ القاعدة العامة في الإنابة أنها لا تجوز لسلطة أدنى مرتبة من الأصيل الغائب ما لم يسمح بذلك نص صريح ، وتطبيقاً لهذه القاعدة تنص المادة (٥٧) من قانون العاملين المدنيين بالدولة في مصر على أنه في حالة غياب أحد شاغلي الوظائف العليا دون أن يكون له نائب "جاز للسلطة المختصة إنابة من يقوم بعمله على أن يكون شاغلاً لوظيفة من درجة معادلة أو من الدرجة الأدنى مباشرة" .

وعليه تختلف الإنابة عن التفويض في أن التفويض لا يكون إلا للمرؤوسين أو معاونين للرئيس المفوض صاحب الاختصاص الأصيل ، بينما

تم الإنابة كأصل عام لسلطة إدارية أعلى أو موازية للأصيل مالم ينص القانون على جوازها لدرجة أدنى، ولذلك يقوم النائب بمباشرة كافة اختصاصات الأصيل الغائب فإذا كانت له بعض الاختصاصات المحالة إليه وفقاً لنظام الحلول تولاها النائب كذلك، أما إذا كانت هناك بعض الاختصاصات المفوضة فإنها تعود، مثلما عليه الحال في الحلول، إلى المفوض صاحب هذه الاختصاصات الأصيل ليباشرها وحده، وفي كل الأحوال تأخذ قرارات النائب مرتبة القرارات الصادرة عن الأصيل الغائب، ويكون مسئولاً عنها باعتبارها صادرة عنه شخصياً فلا يتحمل الأصيل الغائب بعد عودته أية مسئولية بشأنها، خلافاً للأمر في التفويض.

وتنتهي الإنابة بقوة القانون بانتهاء مدتها إذا تحددت هذه المدة في قرار تعيين النائب أو بزوال المانع الذي أدى إلى الالتجاء إلى هذا الإجراء سواء بعودة الأصيل الذي كان غائباً أو بتعيين شخص آخر في وظيفته وقام بشغلها، كما تنتهي الإنابة إذا قامت السلطة التي أصدرت قرار تعيين النائب بتعديل أو إلغاء هذا القرار ولو قبل انتهاء المدة المحددة فيه أو قبل زوال أسباب الإنابة، كما لو أرادت تلك السلطة تغيير النائب وتعيين نائب جديد عن ذات الأصيل الغائب.

الفصل الثاني ضوابط التفويض الإداري وأثاره

لكل نظام قانوني ضوابط وأحكام وشروط وآثار تشكل قوام هذا النظام القانوني ، والتفويض الإداري مثله في ذلك مثل أي نظام قانوني يخضع لضوابط وشروط وآثار تحكمه بحيث يكون الخروج عليها مفضياً إلى بطلانه . وهذه الضوابط والشروط والآثار يمكن أن ترد في النص الخاص الأذن بالتفويض أو في التنظيم العام للتفويض الإداري إذا وجد ، كما أن بعض هذه الضوابط أو الآثار قد يقرها القضاء في أحكامه باعتبارها من قواعد تحديد الاختصاصات الإدارية ، أو بالأحرى بوصفها استثناء على هذه القواعد مما يوجب على القضاء إخضاع هذا الاستثناء لقواعد التفسير الضيق وعدم التوسع فيها ، وهذا كله مما يعد من الأحكام العامة للتفويض في مباشرة الاختصاصات الإدارية ، وهي التي تتصف بأنها من النظام العام وأن الأصل فيها عدم جواز الخروج عليها بغير نص ، يضاف إلى ذلك بعض الأحكام أو الضوابط الخاصة التي قد ترد في قرار التفويض الصادر من صاحب الاختصاص الأصلي ، وهي بطبيعة الحال تختلف من قرار لآخر ، ومن ثم تقتصر دراستنا في هذا البحث على الأحكام والضوابط والآثار العامة التي يخضع لها كل تفويض إداري في مباشرة الاختصاصات الإدارية .

وتنقسم دراستنا لهذا الموضوع إلى ثلاثة مباحث ، تخصص الأول منها لدراسة شروط قيام التفويض وهي شروط تتصل بتوافر مبررات الالتجاء إلى نظام أو إجراء التفويض وتحريكه ، والأصل فيها أنها لا تخضع لإرادة المفوض بشأنها وإن كان له بصدها حرية تقدير ما إذا كانت كافية لتبرير أو عدم تبرير أعمال هذا النظام ومن ثم إصدار أو عدم إصدار قرار التفويض ، أما المبحث

الثاني فإننا سنتناول بالدراسة فيه شروط صحة هذا التفويض وهي الشروط التي يلزم على المفوض الخضوع إليها ومراعاتها عند إصدار قرار التفويض ، وللمفوض بشأنها حرية واسعة في تقدير ما يراه مناسباً بصدد تطبيق نظام التفويض من حيث اختيار من يتم التفويض إليه والموضوعات محل التفويض ومدته ، وأخيراً نبين في المبحث الثالث الآثار التي تترتب على تطبيق نظام التفويض سواء بالنسبة إلى المفوض صاحب الاختصاص الأصيل أو بالنسبة إلى المفوض إليه ، علاوة على تحديد كيفية انقضاء أو انتهاء هذا التفويض .

المبحث الأول شروط قيام التفويض الإداري

الالتجاء إلى إجراء أو نظام التفويض الإداري وإن كان يخضع لتقدير المفوض أو الرئيس الإداري صاحب الاختصاص الأصيل ، إلا أنه لا يتم وفقاً لهواه أو رغبته الشخصية ، فليس ثمة إجراء أو عمل إداري إلا ويستهدف تحقيق المصلحة العامة حتى يتسم بالمشروعية ، ولذلك يشترط للجوء إلى إجراء التفويض الإداري في مباشرة الاختصاصات الإدارية ، ومن ثم قيامه ، ثلاثة شروط هي :

أولاً : أن تحدث ظروف ومبررات توجب اتخاذ إجراء التفويض :

سبق لنا أن حددنا في الفصل السابق من هذا البحث مبررات التفويض الإداري ، وهي تنقسم إلى مبررات تدفع المشرع إلى الأذن بالتفويض ، وأخرى تدفع الرئيس الإداري صاحب الاختصاص الأصيل إلى الالتجاء إلى التفويض وإعمال أحكامه ، وهذه هي التي تعيننا في هذا المقام ، وهي لا تخرج وفقاً لما سبق شرحه عن أمرين هما :

١ - زيادة الأعباء والمسئوليات الملقاة على عاتق صاحب الاختصاص الأصيل بصورة عارضة ، تجعله يفضل لمواجهتها تفويض غيره في مباشرة بعض اختصاصاته الأقل أهمية ، مع ملاحظة أن التخلص من عبء مباشرة هذه الاختصاصات بنفسه ستؤدي إلى زيادة العبء المتصل بالمتابعة والإشراف والتوجيه والرقابة والتعقيب على أعمال المفوض إليه .

٢ - الحاجة إلى تنمية قدرات المرؤسين في مجال القيادة الإدارية وتدريبهم على اتخاذ القرارات الإدارية ، شريطة أن يتناسب العبء الإضافي الملقى على عاتقهم مع مهاراتهم وقدراتهم وكفاءاتهم ومؤهلاتهم ، وهو ما يتحقق على وجه الخصوص عندما يكون المرؤوس مختصاً أصلاً بدراسة المشكلة وتحليل أسبابها دون أن تكون له سلطة اتخاذ القرار بشأنها ، بما يجعله الشخص المناسب لتفويضه في إصدار القرار المناسب وفقاً للبدائل التي يعلمها جيداً في هذه الحالة .

وعلى ذلك فإن الخروج على هذه الأسباب لتحقيق أغراض أخرى ، سياسية أو حزبية مثلاً ، يؤدي إلى عدم مشروعية التفويض لعيب إساءة استعمال السلطة ، كما لو أراد الرئيس تجنب مواجهة الجماهير أو المنتفعين بخدمات الوحدة الإدارية أو المرفق الذي يرأسه ، أو تخوفاً منه ومن تحمل مسئولية إصدار قرارات غير شعبية أو لا تلقى من العاملين معه سوى المعارضة والرفض التام .

ثانياً : وجود نص تشريعي آذن بالتفويض : سبق أن أوضحنا أن المستقر فقهاً وقضاء أن الأصل في تحديد الاختصاصات الإدارية واتخاذ القرارات اللازمة بشأنها أنه من عمل المشرع ، وبالتالي يجب أن يصدر القرار الإداري من الجهة التي ينص عليها التشريع واختارها المشرع باعتبارها أهلاً لذلك ، لاعتبارات

عملية وسياسية وإدارية ، فالاختصاصات هي أمانة بيد أصحابها "١" ، ولذلك فإن الخروج على قواعد تحديد الاختصاص كأمر استثنائي، يلزم أن يستند بدوره إلى موافقة المشرع الذي قام بتوزيع هذه الاختصاصات وتحديد صاحبها الأصيل على كل ما من شأنه تغيير تلك القواعد، احتراماً لإرادته ول مقتضيات مبدأ المشروعية، ومن هنا يشترط للالتجاء إلى التفويض الإداري أن يأذن المشرع صراحة للجهة الإدارية المختصة أن تفوض غيرها في مباشرة أي من اختصاصاتها، حيث استقر القضاء الإداري على هذا الشرط المنطقي فقضى بأن "الاختصاص الذي يتحدد بقانون لا يجوز النزول عنه أو الإنابة فيه إلا في الحدود وعلى الوجه المبين في القانون ، كما لو كان ثمة قانون يرخص في التفويض "٢" ، وأنه "إذا ناط التشريع بموظف ما اختصاصاً معيناً بنص صريح ، فلا يجوز لغيره أن يتصدى لهذا الاختصاص أو أن يحل محل صاحبه إلا بناء على حكم القانون - أصالة أو تفويضاً - وإلا كان المتصدي مغتصباً للسلطة "٣"

وحيث إن سلطة التشريع تتعدد في معظم الدول ما بين السلطة التأسيسية التي تضع الدستور أو النظام الأساسي للدولة ، والسلطة التشريعية التي تسن القوانين العادية ، والسلطة التنفيذية التي تصدر التشريعات اللائحية ، فإنه من

(١). الدكتور عبد المهدي مساعدة : المرجع السابق - ص ٤٢ .

(٢). الدكتور عبد العظيم عبد السلام : المرجع السابق - ص ١١٩ .

(٣). المحكمة الإدارية العليا في مصر في ١٩٥٩/٦/٢٧ الطعن ٣٢٠ لسنة ٣ق ، المجموعة السنة ٤ ص

١٥٦٤ .

C.E 30.10.1953,Societe cooperative agricole des argumes, L. 400

(٣). المحكمة الإدارية العليا في مصر في ١٩٧١/٤/٣ الطعن ٨٠٣ لسنة ١٣ق ، المجموعة السنة ١٦

ص ٢١٨ .

C:E 28.2.196, Fédération de l'Education nationale, L. 150

الجائز أن نجد قواعد تحديد الاختصاصات الإدارية في نصوص الدستور وإن كان الشائع أن نجد معظمها في التشريعات العادية ، وأحياناً في اللوائح الإدارية، أما إذا حدث أي فراغ أو نقص تشريعي في قواعد توزيع تلك الاختصاصات، فإنه يتم استكمال هذا النقص بمقتضى المبادئ القانونية العامة، فيلحق الاختصاص غير المحدد لمباشرته جهة إدارية معينة، بتلك التي يدخل هذا الاختصاص بطبيعته ضمن مهامها وأوجه نشاطها المقررة لها قانوناً، مع ملاحظة أن ممارسة الاختصاص تشمل إصدار القرارات المتصلة به، وكذلك تعديلها أو نقضها بالإلغاء أو السحب، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .

ويشترط في النص التشريعي الآذن بالتفويض أمرين :

١- ألا يقل القوة الإلزامية للنص التشريعي الذي يأذن بالتفويض عن مرتبة النص الذي يقرر الاختصاص للجهة الإدارية صاحبة الاختصاص الأصيل، والغالب أن المشرع عندما يحدد جهة إدارية معينة لمباشرة اختصاص محدد، فإنه يميز لها في ذات الوقت أن تفوض غيرها في مباشرة هذا الاختصاص إذا رأى المشرع أن من الملائم تخويل صاحب الاختصاص الأصيل حرية تقدير ملاءمة التفويض أو عدم التفويض فيه، بحسب ظروف العمل ومدى الحاجة إلى الالتجاء إلى إجراء التفويض لمواجهة الأعباء المتزايدة أو العارضة .

ومثالاً لذلك ينص قانون الخدمة المدنية في سلطنة عمان الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (٢٠٠٤/١٢٠) في المادة (١١٠) منه على أن " لرئيس الوحدة أو من يفوضه أن يوقف الموظف المحال للتحقيق عن العمل إذا اقتضت مصلحة التحقيق ذلك". كما تنص المادة (١١٧) من ذات القانون على أنه " يجوز لرئيس الوحدة تفويض الرئيس الأعلى أو الرئيس المباشر فيما يتعلق بالتصرف في المخالفات البسيطة وذلك ..".

وعليه فإنه إذا كان النص المحدد لجهة الاختصاص الأصلية دستورياً أو تشريعياً عادياً أو لائحياً ، فإنه يتعين أن يكون النص الآذن بالتفويض من نفس مرتبة النص المانح للاختصاص وإلا كان التفويض بغير سند صحيح وبالتالي غير مشروع وتبطل كافة القرارات والتصرفات التي ترتبت عليه .

وتأسيساً على ما تقدم ، فإنه لا يجوز في تقديرنا أن تكون القواعد العرفية وهي في مرتبة إلزامية أدنى من التشريع مصدراً لقاعدة قانونية آذنة بالتفويض في مباشرة أي اختصاص إداري محدد أو مقرر لجهة إدارية معينة بنص تشريعي ، إذ من شأن ذلك السماح لموظفي الجهاز الإداري بمخالفة قواعد الاختصاص المقررة تشريعاً تحت ستار العرف بزعم الحرص على دوام سير المصالح أو المرافق العامة بانتظام واطراد ، أو لكفالة إنجاز العمل الإداري بكفاءة وفعالية كما يرى جانب من الفقه الإداري .^١

٢- الأصل في النص الآذن بالتفويض أن يكون نصاً خاصاً ، أي متعلقاً بذات الاختصاص الذي يجوز التفويض في مباشرته ، ولذلك فإنه في غير الحالة التي يرد في النص الذي قرر قواعد الاختصاص بشأن موضوع محدد ما يفيد جواز التفويض في مباشرته ، فإنه يفترض في حالة الاختصاص الذي سبق للمشرع تنظيمه وتحديد جهة الاختصاص بمباشرته ، ثم رأى المشرع ضرورة إجازة التفويض فيه كاستثناء يرد على قواعد الاختصاص القائمة بشأنه ، فعليه أن

(١) الدكتور عبد العظيم عبد السلام : المرجع السابق - ص ١٢٥ .

الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ٨٥ .

الدكتور عمرو بركات : المرجع السابق - ص ١٩ .

الدكتور عبد المهدي مساعدة : المرجع السابق - ص ٤٣ وما بعدها .

يصدر نصاً خاصاً يميز ذلك الإجراء في موضوع هذا الاختصاص على وجه التحديد ، وهذا هو مقتضى الطبيعة الاستثنائية لإجراء التفويض ، ولذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في مصر بأن " أحكام التفويض بالاختصاصات ذات طابع استثنائي تخضع لقاعدة التفسير الضيق .. ولا يجوز لصاحب الاختصاص الأصيل استعمال سلطة التفويض فيما عهد إليه من اختصاصات بغير نص صريح بذلك ، إذ أن الاختصاص واجب يلزم صاحبه أن يمارسه بنفسه وليس بغيره ، وليس حقاً يسوغ له أن يعهد به إلى سواه .. " . " ١ "

والواقع أن المشرع عندما يحدد الاختصاص لجهة إدارية معينة ، فإنه لا يمنحها حقاً شخصياً ، ولا يقوم باختيارها بصورة عشوائية ، وإنما يراعى في ذلك توفير ضمانات خاصة تكفل قيام هذه الجهة بمباشرة ذلك الاختصاص على نحو يحقق أهدافه ويؤمن للمخاطبين بأحكام هذا الاختصاص عدم المساس بحقوقهم إلا بالقدر الذي تقتضيه المصلحة العامة ، ومن هنا استقر المبدأ المستقر في القضاء الإداري بأن " القاعدة التي أخذ بها الفقه والقضاء أنه إذا نيطت بسلطة من السلطات الإدارية اختصاص معين بمقتضى المبادئ الدستورية أو القوانين واللوائح ، فلا يجوز أن تنزل عنه أو تفوض فيه إلى سلطة أو جهة أخرى ، لأن مباشرة الاختصاص عندئذ يكون واجباً قانونياً عليها ، وليس حقاً لها يجوز أن تعهد به لسواها " . " ٢ "

(١) حكمها في ١٥/٦/١٩٦٨ الطعن ٦٨٢ لسنة ١٣ ق ، المجموعة السنة ١٣ ص ١٠٥٥ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا في مصر في ٢٤/١١/١٩٦٢ ، المجموعة السنة ٨ ص ١٤٦ ، وفي ٨/٥/١٩٦٥ ، المجموعة السنة ١٠ ص ١٣٠٣ ، ومحكمة القضاء الإداري فيها في ١٤/٣/١٩٥٥ الدعوى ١٤٤٤ لسنة ٥ق ، المجموعة السنة ٩ق ص ٣٦٧ .

غير أن المشرع في عديد من الدول يرى أن يضع قانوناً أو نصاً عاماً يجوز بمقتضاه الاستناد إليه في التفويض الإداري في حالة عدم وجود نصوص خاصة بصدد بعض الاختصاصات، ومثال ذلك في مصر القرار بقانون رقم (٤٢) لسنة ١٩٦٧ بشأن التفويض في الاختصاصات عامة، وفي عمان نص المادة (١٤) من قانون التفسيرات والنصوص العامة لسنة ١٩٧٣ سالفه الذكر، بحيث تكون هذه النصوص بمثابة الشريعة العامة في التفويض، وهو مسلك غير مستساغ في تقديرنا، إذ أنه يطيح بعلّة اختيار المشرع للجهات الإدارية المختصة في مختلف الموضوعات الإدارية، ويؤدي إلى تخليه تماماً عن واجبه في تقدير ما إذا كان من الملائم تحويل صاحب الاختصاص الأصلي حرية تقدير التفويض أو عدم التفويض ويترك هذه الحرية بصورة مطلقة له، ما لم ينص صراحة على خلاف ذلك، بما مؤداه أن ينقلب الحال فيكون الأصل في قواعد الاختصاص هو أن يباشره صاحب الاختصاص الأصلي أو من يفوضه، والاستثناء هو أن يحظر المشرع صراحة التفويض بشأن بعض الاختصاصات، وهذا هو مقتضى ما ورد في صدر المادة (١٤) من قانون التفسيرات في عمان سالفه الذكر، عندما نصت على أنه "عندما يخول أي قانون لأي شخص حق ممارسة أية سلطات أو أداء أية واجبات يحق لذلك الشخص، ما لم يظهر قصد مغاير لذلك، أن يفوض أي شخص آخر ليمارس تلك السلطات أو يؤدي تلك الواجبات .."، ففي تقديرنا يشوب مثل هذه القوانين أو النصوص شبهة عدم دستورتها.

ففي مصر تنص المادة (١٤٤) من الدستور المصري الحالي الصادر عام ١٩٧١ على أن "يصدر رئيس الجمهورية اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين .. وله أن يفوض غيره في إصدارها. ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه"، ومفاد هذا النص أنه يلزم التفرقة بين حالتين: الحالة الأولى أن يسكت

القانون عن تحديد الجهة المختصة بإصدار القرارات الإدارية التي يستلزمها تنفيذه، سواء تمثلت هذه القرارات في اللوائح التنفيذية للقانون أم في القرارات الإدارية الفردية التي من شأنها وضع القانون موضوع التنفيذ، وفي هذه الحالة يكون لرئيس الجمهورية وهو رئيس السلطة التنفيذية وفقاً للدستور، أن يضع بنفسه اللوائح التنفيذية للقانون، كما يكون له تفويض غيره في إصدار هذه اللوائح، وبالطبع يكون التفويض لإحدى الجهات الإدارية، وفي هذه الحالة يمكن وضع قواعد الاختصاص بإصدار القرارات الفردية اللازمة لتنفيذ القانون ولائحته التنفيذية وإجازة التفويض بشأنها أو عدم إجازته .

أما إذا حدد القانون الجهة التي تختص بإصدار القرارات اللازمة لتنفيذه، سواء كانت لائحية أم فردية، وهذه هي الحالة التي تعنيها في هذا الصدد، كما أنها تمثل الأسلوب الغالب في القوانين التي يندر أن تصدر خالية من نص يحدد هذه الجهة " ١" ، فإنه يجب أن تصدر تلك القرارات عن تلك الجهة دون غيرها ، بمعنى أنه لا يجوز لها أن تفوض غيرها في ذلك حتى ولو تمثلت هذه الجهة في رئيس الجمهورية ذاته " ٢" ، وفي هذه الحالة لا يكون له أن يفوض هذا الاختصاص الذي يستمده من القانون وليس من الدستور مباشرة، كما هو الحال في الحالة الأولى التي يستمد فيها رئيس الجمهورية صلاحية إصدار اللوائح التنفيذية بنفسه أو لمن يفوضه، نتيجة سكوت القانون عن تحديد الجهة المختصة بذلك. وعليه لا يجوز الاستناد إلى القرار بقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧ سالف الذكر لتفويض

(١) الدكتور بدريه جاسر الصالح : السلطة اللائحية في مجال تنفيذ القوانين - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٧٩ - ص ١١٩ .

(٢) الدكتور سامي جمال الدين : أصول القانون الإداري - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٤ ص ٤٨١ وما بعدها .

الاختصاصات المقررة بنصوص القانون لأية جهة محددة ، فالقرار بقانون لا يسعف في هذا المجال " ١١

يضاف إلى ذلك في تقديرنا، أنه يتعين رفض تأسيس التفويض على تلك القوانين والنصوص العامة في عديد من الحالات، أو بالأحرى بصدد كثير من القرارات أو الاختصاصات، فلا يجوز التعويل على النصوص العامة إذا تعلقت الاختصاصات بأية ضمانات قانونية مقررة للأفراد أو اتصلت بحقوقهم وحررياتهم عموماً، أو إذا تعلق الأمر باختصاصات دستورية أو بالموضوعات الإستراتيجية المتصلة بالسياسة العامة للدولة أو بالعلاقة بين السلطات فيها مثل الاختصاص بتقديم مشروعات أو اقتراح القوانين .

ثالثاً : صدور قرار بالتفويض من صاحب الاختصاص الأصيل : لقيام التفويض لا يكفي وجود مبررات للتجاء إلى هذا الإجراء ، ووجود نص تشريعي يسمح بالتفويض في مباشرة الاختصاص الذي يرغب صاحبه في تفويض غيره في مباشرته، وإنما يلزم كذلك أن يصدر قرار بالتفويض من صاحب الاختصاص الأصيل، بمعنى أن شرطي توافر مبررات التفويض والنص الآذن به الذي يمكن الاستناد عليه، لا يكفيان لقيام التفويض، وإنما يلزم أن يصدر القرار المشار إليه إذا تحقق هذان الشرطان اللذان لتوفير المشروعية لقرار التفويض ، والذي بإتمامه يقوم التفويض ويعتبر سارياً من تاريخ نفاذ هذا القرار ما لم ينص على خلاف ذلك .

ولذلك فإننا نتفق مع الفقه الذي يذهب إلى أنه ليس صحيحاً القول بأنه في حالة التفويض يستمد المفوض إليه الحق في ممارسة الاختصاص من القانون ذاته

(٣) الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ١١٠ وما بعدها .

مباشرة - كما رددت محكمة القضاء الإداري في مصر بقولها أن مباشرة الاختصاص في حالة ما إذا تضمن القانون تفويضاً في الاختصاص يكون من الجهة المفوض إليها ومستمدداً مباشرة من القانون "١" - فالصحيح أنه يستمد هذا الحق من قرار التفويض الصادر من صاحب الاختصاص الأصيل، فبدونه لا يملك المفوض إليه مباشرته ولو نص القانون على ضرورة التفويض وهو احتمال نادر للغاية، وإذا تحقق ذلك فإنه لن يكون من قبيل التفويض وإنما هو إعادة توزيع الاختصاصات، سيما إذا كان غير محدد المدة ... وبغير ذلك تتقوض أسس التنظيم الإداري وتضيق حدود الاختصاص والمسئولية. "٢"

والأصل في التفويض أن يتم بصدور قرار التفويض مكتوباً، وهو ما يعني أن التفويض يجب أن يكون صريحاً، إذ لا يجوز افتراض قيام التفويض ضمناً من خلال بعض التصرفات الإدارية التي قد توحي بذلك، إذ من شأن التسليم بقيام التفويض ضمناً اضطراب العمل الإداري وغموض قواعد توزيع الاختصاصات الإدارية وصعوبة إثبات صدور القرار الإداري من المختص قانوناً بإصداره، وتعارضه مع حق المفوض في وضع ضوابط خاصة يلتزم بها المفوض إليه مباشرة الاختصاص، فطبقاً للمادة (١٤) من قانون التفسيرات في سلطنة عمان سألقة الذكر، يتعين أن يتضمن قرار التفويض الشروط والاستثناءات والتحفظات التي يقدر المفوض صاحب الاختصاص الأصيل ضرورة تقييد المفوض إليه بها عند مباشرة الاختصاص محل أو موضوع التفويض، باعتبارها شروطاً لممارسة هذا الاختصاص وبالتالي لمشروعية القرارات الصادرة تأسيساً عليه، وبطبيعة الحال

(١) حكمها في ١٤/٣/١٩٥٥ لسنة ٥٥ - المجموعة السنة ٩ ص ٣٦٧ .

(٢) الدكتور سامي جمال الدين : الوسيط .. المرجع سالف الإشارة - ص ٤١٢ .

يتعين أن يشمل قرار التفويض كذلك موضوع الاختصاص المفوض فيه، ومن يتم التفويض إليه، ومدة التفويض، وهي شروط لازمة لمشروعية قرار التفويض أو صحته من الناحية القانونية كما سنوضحه لاحقاً، وكل ذلك لا يتأتى إلا إذا كان قرار التفويض مكتوباً وصريحاً.^١

ولذلك استقر القضاء الإداري في فرنسا على ضرورة أن يكون قرار التفويض بالاختصاص صريحاً ومكتوباً، وأن لا يكون ضمناً أو شفهيّاً إلا في حالة الضرورة وذلك في الموضوعات العاجلة التي لا تحتمل الانتظار إلى حين كتابة التفويض الصريح، وعلى أن يتبع الأصل هذا التفويض بإصدار قرار صريح مكتوب به، وكل ذلك ما لم ينص القانون على خلافه.^٢ كما استقر القضاء الإداري المصري على أن "الأصل أن يباشر صاحب الاختصاص بنفسه السلطات المخولة له قانوناً، ما لم ير لاعتبارات معينة أن يفوض غيره في مباشرتها، وفي هذه الحالة فإن التفويض - وهو استثناء من الأصل - يجب أن يكون صريحاً وواضحاً ولا يجوز افتراضه ضمناً"^٣، "ومن ثم يتعين إفراغه في صيغة

(١) ومع ذلك أجاز بعض الفقهاء التفويض الشفهي والتفويض الضمني لحجج غير سليمة في تقديرنا - راجع في ذلك :

الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي : المرجع السابق - ص ٤٠٧ .

الدكتور عبد الغني بسيوني : المرجع السابق - ص ٤٤ .

الدكتور محمد باهي أبو يونس : الوجيز في أصول علم الإدارة - ١٩٩٥ - ص ٢٠٧ .

(2) C.E 13.5.1949, Courat, D. 1950, P. 77

C.E 2.12.1959, Ste. Bordeaux export, L. 641

C.E 28.6.1961, Ministre de la reconstruction ..., L. 438

(٣) المحكمة الإدارية العليا في مصر في ١٩٧٥/٧/١، ذكره الدكتور عبد العظيم عبد السلام :

المرجع السابق - ص .

تقطع بإرادته ، ويلزم في التعبير عنه أن يكون صريحاً لا تشويبه مظنة ولا تعتربه خفية ، وأن يكون استظهاره مباشراً من مسنده . " ١

وبصفة عامة يجب على المفوض صاحب الاختصاص الأصيل أن يلتزم عند إصداره قرار التفويض بكل ما قد يرد في النص الآذن بالتفويض من ضوابط وأحكام ، وإلا كان قرار التفويض ذاته باطلاً وغير مشروع وبالتالي يبطل كذلك كل تصرف أو قرار صدر استناداً إليه ، ولما كان قرار التفويض من حيث طبيعته يعتبر قراراً تنظيمياً بالنظر إلى الآثار التي يترتبها تجاه الغير ، فإنه يجوز الطعن فيه مباشرة بدعوى مراجعة القرارات الإدارية - في عمان - أو دعوى الإلغاء - في مصر - وذلك في المواعيد المقررة قانوناً لقبول الدعوى ، كما يجوز بعد فوات هذه المواعيد الدفع بعدم مشروعيته بمناسبة الطعن في القرارات الإدارية الفردية التي تصدر استناداً إليه . " ٢

المبحث الثاني شروط صحة التفويض الإداري

بيننا في المبحث السابق أن قيام التفويض الإداري لا يتم إلا بصدور قرار من جانب صاحب الاختصاص الأصيل بإعمال إجراء التفويض الذي أجازته النص التشريعي الآذن به ، وذلك إذا قدر صاحب الاختصاص الأصيل وجود مبررات كافية للالتجاء إلى تفويض غيره في مباشرة هذا الاختصاص .

غير أن حرية الرئيس صاحب الاختصاص الأصيل في التفويض ليست مطلقة ، إذ عليه عند إصدار قرار التفويض المشار إليه الالتزام ببعض القواعد أو

(١) المحكمة الإدارية العليا في مصر في ١٩٨١/٥/٢٤ ، المجموعة السنة ٢٦ ص ١٠١٦ .

(٢) الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ١٢٧ .

الضوابط العامة والتي تتمثل في عدة مبادئ قانونية عامة تحكم هذا التفويض باعتبارها شروطاً لصحته ، بحيث إذا لم تتوافر في قرار التفويض هذه الضوابط ، تعين على القضاء الحكم بعدم صحته قانوناً ومن ثم عدم صحة ما يصدر استناداً إليه من تصرفات أو قرارات ، لمخالفتها المبادئ العامة في التفويض سواء كان المشرع قد أقرها أو بعضها صراحة أو كان القضاء قد اعتمدها في أحكامه .

وتتمثل الضوابط المشار إليها في القواعد التالية :

أولاً : أن يتم التفويض لمن حددهم النص الآذن بالتفويض فقط :

الغالب في النص الآذن بالتفويض أن يحدد على سبيل الحصر الأشخاص الإدارية التي يجوز أن يتم التفويض إليها بصفتها الوظيفية كما سبق وأن ألمحنا ، كما لو حدد النص الوظيفية التي يشغلها المفوض إليه أو المستوى الوظيفي الإداري لمن يمكن أن يتم التفويض لشاغلي الوظائف في هذا المستوى ، وفي هذه الحالة الأخيرة ، فإنه إذا وجدت مستويات إدارية أعلى منها ، أي تقع بين المفوض صاحب الاختصاص الأصيل والمفوض إليهم وفقاً للنص الآذن بالتفويض ، يجوز في تقدير جانب من الفقه أن يتم التفويض إلى هذه المستويات وفقاً لحرية المفوض في تقدير من يرى أن تفويضه سيكون متوافقاً مع مبررات التفويض التي اضطرتة إلى الالتجاء إليه " ١ "

أما إذا لم يرد في النص الآذن بالتفويض تحديد صريح للمفوض إليهم ، كما لو ورد النص بأنه " لرئيس الوحدة أو من يفوضه .. " ، فإنه يكون من حق المفوض صاحب الاختصاص الأصيل اختيار من يراه أهلاً لذلك من بين معاونيه أو مرؤوسيه ممن لهم أصلاً سلطة إصدار القرارات الإدارية تعبيراً عن إرادة

(١) الدكتور صلاح الدين فوزي : الإدارة العامة - ١٩٩٤ - ص ٣٣٣ .

الإدارة، لأن التفويض في مباشرة الاختصاصات الإدارية لا يعني نقل السلطة في اتخاذ القرارات للمفوض إليهم، وإنما يقتصر الأمر فقط على مشاركة المفوض إليه لصاحب الاختصاص الأصلي في مباشرة موضوع هذا الاختصاص محل التفويض، لذلك وجب أن تكون للمفوض إليه من البداية سلطة تستطيع من خلالها التقرير في موضوع التفويض الذي فوض فيه " ١ "

ويرفض جانب من الفقه هذا التمييز بين " السلطة " في اتخاذ القرارات الإدارية و " الاختصاص " في مباشرة اختصاص إداري معين، باعتبارها فكرة غامضة يصعب استيعابها أو التسليم بها، ومن ثم يرى أن من شأن التفويض الإداري أن ينتقل الاختصاص المفوض فيه من السلطة الأصلية إلى الجهة المفوض إليها، وهذه الأخيرة قد تكون قبل التفويض سلطة إدارية أي جهة لها حق التقرير، فإذا لم تكن كذلك صارت سلطة بمقتضاه، لأن انتقال الاختصاص إليها يقتضي بالضرورة أن يؤول إليها أيضاً القدر من السلطة اللازم لممارسة هذا الاختصاص " ٢ " .

ونحن لا نتفق في الرأي مع هذا الاتجاه الرافض لأنه يفضي إلى أن يكون من شأن التفويض في الاختصاص التفويض في السلطة كذلك بالقدر اللازم لمباشرة هذا الاختصاص، وهو ما لا يملكه المفوض، بصدده من لا يملك السلطة في اتخاذ القرارات الإدارية أصلاً، إذ تنتفي بالنسبة له صفة الجهة الإدارية أو بالأحرى السلطة الإدارية عضويًا وموضوعيًا، والتي تعني في تقديرنا السلطة في التعبير عن

(1) DELVOLLE. Les délégations de, matieres en Droit Public, These Toulouse, 1930, P. 159 et suiv.

(٢) الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ١٢١ وما بعدها .

إرادة الإدارة في الموضوع وفي الزمان والمكان الذي تحدده قواعد الاختصاص ، فإن لم تكن له هذه السلطة ، فهو ليس بجهة إدارية بالرغم من تمتعه بصفة الموظف العام وعمله بالجهاز الإداري للدولة ، فالأصل في القرارات أو التصرفات الإدارية القانونية أن تصدر " ممن له سلطة بمقتضى القوانين واللوائح " وفقاً للتعريف الشائع فقهاً وقضاءً للقرارات الإدارية ، فإن صدرت من موظفين أو عاملين في الجهاز الإداري للدولة ممن ليس لهم سلطة اتخاذ القرار الإداري ، فإنها تعد كما لو صدرت من فرد عادي لا سلطة له اغتصاباً لسلطة من يختص بإصداره ، وهو من العيوب الجسيمة التي تعني أو تؤدي إلى انعدام القرار أو التصرف كعمل إداري قانوني .

ولذلك فالغالب أن يلاحظ المشرع هذا الأمر ، مثلما ورد في نص المادة (١٥) من قانون تنظيم الجهاز المركزي للدولة في سلطنة عمان ، والتي سبقت الإشارة إليها في مقدمة هذا البحث ، حيث ورد فيها أنه " ... يجوز للوزير أن يفوض وكيل الوزارة أو غيره من المسؤولين بالوزارة في ممارسة بعض سلطاته واختصاصاته " ، إذ لا ريب في أن مدلول اصطلاح المسؤولين بالوزارة تعني فحسب من يكون مسئولاً عن مباشرة اختصاصات معينة ولديه سلطة في التعبير عن إرادة الوزارة بصدها من خلال ممارسة الحق في اتخاذ القرارات الإدارية اللازمة بشأنها ، وذلك على خلاف مسلك المشرع العماني في قانون التفسيرات والنصوص العامة سالف الإشارة حيث نصت المادة (١٤) منه على أنه " عندما يخول أي قانون لأي شخص حق ممارسة أية سلطات أو أداء أية واجبات يحق لذلك الشخص ، مالم يظهر قصد مغاير لذلك ، أن يفوض أي شخص آخر ليمارس تلك السلطات أو يؤدي تلك الواجبات ... " ، مما يدعوننا إلى ضرورة إعادة النظر في صياغة هذا النص ليتفق مع الأصول العامة في نظام التفويض ،

سيما وأنه قد يوحي للبعض بغير حق أن من الجائز أن يتم التفويض لأحد أشخاص القانون الخاص، وهو أمر غير جائز على الإطلاق .

ومن ناحية أخرى يثور التساؤل عما إذا كان من الجائز أن يتم التفويض لغير معاوني الرئيس صاحب الاختصاص الأصيل أو رؤوسيه المباشرين، وفي رأينا أنه ليس ثمة مانع من أن يتم التفويض، في غير حالة حصرهم في النص الآذن بالتفويض، لأي من العاملين في الجهاز الإداري حتى ولو لم يكن المفوض إليه مسؤولاً مباشراً للرئيس المفوض صاحب الاختصاص الأصيل، وإنما هو مؤسس غير مباشر له، إذ يكفي أن يكون متمياً إلى ذات الوحدة التي يرأسها صاحب الاختصاص الأصيل .

وعلى خلاف ذلك، فإذا لم يكن المفوض إليه مسؤولاً للأصيل سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة، كتفويض الوزير لرئيس هيئة أو مؤسسة عامة تابعة لغيره فإننا نرى كذلك، خلافاً لرأي جانب من الفقه " "، عدم جواز التفويض إليه، بسبب انتفاء سلطة الرئيس الإداري صاحب الاختصاص الأصيل على هذا المفوض إليه أو على أعماله، حيث لا يملك المفوض في هذه الحالة سلطة رئاسية أو حق في التعقيب على أعماله المتصلة بالاختصاص المفوض فيه، وبالتالي يكون التفويض إليهم باطلاً وغير مشروع .

وهكذا يلزم على المفوض أن يحدد في قرار التفويض من يتم التفويض إليه باسمه وليس بصفته كما وردت في النص الآذن بالتفويض إذا وجد، وهو ما يعني تحول التفويض من كونه في القواعد العامة للتفويض ليكون في القرارات الخاصة شخصياً لشخص أو أشخاص محددة بأسمائهم وليس بوظائفهم، وفي هذه

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ٧٣ .

الصدد لا يشترط موافقة المفوض إليه على التفويض المخول له، أو إتمام إجراء التفويض في حضوره، كما يجب أن يتحدد في القرار بالتفويض على وجه الدقة الاختصاص أو الاختصاصات المفوضة، وإن كان من الجائز أن يتم تفويض اختصاص معين إلى عدة أشخاص إذا كان هذا الاختصاص قابلاً للتجزئة، بحيث يتولى كل من المفوض إليه جانب من هذا الاختصاص، فيمكن مثلاً بصدد الاختصاص باعتماد تقارير الأداء الوظيفي، أن يفوض أحد المسؤولين باعتماد تقارير شاغلي وظائف مستوى وظيفي معين، ويفوض آخر باعتماد تقارير شاغلي وظائف مستوى وظيفي آخر وثالث لمستوى وظيفي ثالث أو لبعض العاملين المحددين في إدارات معينة. "١"

ثانياً : أن يكون التفويض جزئياً وليس شاملاً :

الأصل كما سبق وأوضحنا أن يحدد النص التشريعي الأذن بالتفويض الموضوعات أو الاختصاصات الجائز تفويضها، فإذا لم يحدد النص هذه الموضوعات، أو كان من النصوص العامة وليست خاصة باختصاصات معينة، فإنه يلزم في التفويض استناداً إليها أن يكون جزئياً أي مقصوراً على بعض الاختصاصات، وهذا ما راعاه المشرع العماني في المادة (١٥) من قانون تنظيم الجهاز المركزي للدولة سالف الذكر عندما نصت على حق الوزير في تفويض غيره من المسؤولين بالوزارة " في ممارسة بعض سلطاته واختصاصاته " .

وعليه لا يجوز لصاحب الاختصاص الأصيل أن يفوض غيره في مباشرة كافة اختصاصاته إذ يعد ذلك نزولاً باطلاً عن السلطة وعن الاختصاصات التي

(١) راجع مثلاً حكم محكمة القضاء الإداري في عمان بتاريخ ٢٠٠٤/٣/٢٠ الاستئناف رقم ٣٠

لسنة ٣٠٣٠، المجموعة الجزء الثاني - ص ٢٦١ .

حددها له المشرع بمراعاة ضمانات خاصة تتوافر فيه أصلاً، مما يتنافى مع الحكمة من توزيع الاختصاصات بينه وبين غيره، بما مؤداه شل الجهة الإدارية صاحبة هذه الاختصاصات ومصادرة وظيفتها وتجريدها من اختصاصاتها وقد سبب وجودها، وهي أمور لا يمكن أن يستهدفه المشرع من التفويض الإداري، ولذلك يلزم أن يكون التفويض الإداري جزئياً، أي في بعض الاختصاصات وليس فيها جميعاً، ويصدر قرارات أو صلاحيات محددة بدقة، وأن تكون من الاختصاصات التي يختص بها الأصل طبقاً للقانون سواء من حيث الموضوع أو الزمان أو المكان، وأن يصدر قرار التفويض منه بصفته مختصاً أصيلاً بها وليس بأية صفة أخرى.

وعلى هذا الأساس يتجه جانب كبير من الفقه الإداري إلى أن نطاق التفويض في حالة عدم تحديد موضوعاته في النص التشريعي الآذن بالتفويض ليس مطلقاً، بمعنى أنه لا يجوز في التفويض ولو كان جزئياً أن يتم بصدد أية اختصاصات أصيلة للمفوض، وإنما هناك موضوعات لا يجوز لصاحب الاختصاص بمباشرتها أن يفوض فيها، ومثال هذه الموضوعات ما يلي :

أ- يلتقي معظم الفقه الإداري مع علماء الإدارة العامة على أن صلاحيات الأصل في تحديد الأهداف ووضع السياسات العامة أو تعديلها أو تحديثها، واتخاذ القرارات الإستراتيجية أو الحيوية، وبصفة عامة القرارات التي تؤثر في المنظمة تأثيراً جوهرياً مثل القرارات المتصلة بالمسائل المالية والتصرف في الميزانية وإصدار اللوائح والأنظمة الداخلية وأمور التخطيط والتنظيم الإداري وتحديد طرق العمل وبرايمجه والتنسيق والرقابة والمتابعة، كل ذلك لا يجوز للأصل التفويض فيها لما لها من تأثير بالغ على سير العمل الإداري في المنظمة أو

الوحدة الإدارية . أما الاختصاصات البسيطة غير الهامة والأعمال الإدارية اليومية الجارية والمسائل الروتينية التي يجري وقوعها بصورة دورية ، فإنها تمثل الميدان الرئيسي للتفويض الإداري حيث يمكن للمفوض إليه إصدار القرارات اللازمة بشأنها مثل الموافقة على الأجازات واعتماد أسباب الغياب عن العمل في إطار السياسة العامة للوحدة الإدارية . " ١١

وفي تقديرنا أن ما تقدم يتناسب مع أحد مبررات الالتجاء إلى التفويض وهو ازدياد العبء الإداري بصورة عارضة وظروف مؤقتة تستدعي تخلص الرئيس الإداري من جانب كبير أو قليل من أعبائه الروتينية والتفرغ للأمور الكبرى التي يتعين أن يؤديها بنفسه ، ومن ثم يلجأ إلى التفويض في تلك الاختصاصات الأقل الأهمية على نحو ما عرضنا . بيد أن الأمر لا بد وأن يختلف إذا كان مبرر الالتجاء إلى التفويض هو تدريب القيادات الوسطى أو الرؤوسين المباشرين والمستويات الإشرافية التالية للتراسات العليا على مباشرة المسئوليات الأعلى وخلق فرصة الاحتكاك العملي والتدريب على إدارة دفة أمور المنظمة الإدارية كافة ، ففي هذه الحالة يتعين أن يتم التفويض كذلك في بعض الاختصاصات الكبرى أو الحيوية لتدريب الرؤوس على كيفية معالجتها بقدر من حسن التصرف ، ويمكن للمفوض في هذه الحالة أن يضع إطاراً وحدوداً يستطيع المفوض إليه أن يتحرك في نطاقه ويتصرف في مشاكل العمل وفقاً له حتى ولو

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ١٩٠ .

الدكتور نواف كنعان : المرجع السابق - ص ٢٥١ .

الدكتور عبد العظيم عبد السلام : المرجع السابق - ص ١٤٦ .

الدكتور رمضان محمد بطيخ : أصول التنظيم الإداري في النظم الوضعية والإسلامية . ١٩٩٣ - ص

حدثت حالات ليست مطابقة تماماً للإطار المحدد لوجود اختلاف بسيط فيها ولكنها لا تؤدي إلى مخاطر حقيقية على المنظمة ، أما في الحالات التي تختلف كثيراً عن الإطار المحدد ، فهنا يلزم على المرؤوس المفوض إليه مباشرة الاختصاص أن يبلغ رئيسه المفوض بها ، ومن ثم يتصرف في الموضوع بعد استشارته ، وللمفوض أن يتدخل بنفسه في الحالات التي تغيّر تماماً تلك الحالات التي يغطيها الإطار المحدد مسبقاً ، ليتصرف فيها بنفسه حسبما يراه مناسباً .

ب- ويضيف جانب من الفقه الإداري إلى قائمة الموضوعات التي لا يجوز التفويض فيها ، القرارات الجماعية التي يتعين أن تصدر عن المجالس واللجان " ١ " ، كما يضيف جانب آخر من هذا الفقه الاختصاصات المشتركة والقرارات التأديبية وكذلك بعض القرارات التقديرية استناداً إلى موقف القضاء الإداري ، مالم ينص القانون على خلاف ذلك " ٢ " ، وذلك على النحو التالي :

١- القرارات الجماعية : إذا كان النص التشريعي الآذن بالتفويض نصاً خاصاً فإنه يستوي أن يكون الأصيل فرداً أو مجلساً أو لجنة إدارية ، غير أن النصوص التي تسمح لمجلس أو لجنة بالتفويض هي نصوص نادرة للغاية ، لأن منح اختصاص معين لهيئة جماعية يعني رغبة المشرع في أن تتم ممارسته بعد " مداولة " بين أعضائها تسفر عن رأي يصدر بإجماعهم أو بأغليتهم . وقد يحرص المشرع على تمثيل عناصر مختلفة في تشكيل الهيئة ، فيجمع مثلاً بين عنصري التأهيل والخبرة ، أو بين المديرين والعاملين ، أو بين عناصر تنتمي إلى الجهاز

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ٨٧ .

(٢) الدكتور سامي جمال الدين : الوسيط .. مرجع سابق ذكره - ص ٤٠٩ وما بعدها .

الإداري وأخرى من خارجه مثل المتفعين بخدماته ، وكل هذه الاعترارات تنهار لو أن الهيئة تركت اختصاصها لرئيسها أو لأحد أعضائها .

وفيد هذا الرأي في حالة ما إذا كان النص التشريعي الآذن بالتفويض نصاً عاماً ، وكانت صياغته تسمح بتفسيره على نحو يميز للمجالس واللجان أو الهيئات الجماعية أن تفوض رئيسها أو أحد أعضائها في مباشرة بعض اختصاصاتها الجماعية ، إذ يمكن القول بأن النص العام لا يسعف ولا يصلح في هذه الحالة سناً للتفويض لتعارضه التام مع الحكمة التشريعية من مباشرة الاختصاصات الجماعية مما يخل تماماً بالمصلحة العامة المتبغاة من توزيع هذه الاختصاصات عليها .

وتقر محكمة القضاء الإداري في عمان هذا المبدأ إذ قضت بأنه " لا يجوز تفويض عضو اللجنة أو منسقتها في اعتماد أعمالها ولو جزئياً ، إذ من القواعد البديهية أنه لا يجوز تفويض مرؤوس في اعتماد أعمال رئيسه أو من هو أعلى منه في الدرجة الوظيفية ، ومن ثم يكون هذا التفويض غير جائز أصلاً وباطلاً " .^١

٢- الاختصاصات المشتركة : قد يرى المشرع بشأن اختصاص معين أن يتولى مباشرته أكثر من شخص في وقت واحد ، ليس فقط من حيث الموضوع وإنما كذلك من حيث الزمان أو المكان ، بحيث يكون لكل منهم أن يمارس جانب من هذا الاختصاص ، أي أنهم جميعاً في إصدار القرارات المتصلة بهذا الاختصاص فلا يكفي أن يباشره أحدهم دون الآخرين أو على الأقل دون موافقتهم ، وهي صورة أخرى - في تقديرنا - من صور الاختصاص الجماعي ، ففي هذه الحالة

(١) حكمها في ٢٠٠٤/٣/٢٠ الاستئناف رقم ٣٠ لسنة ٣ ق.س ، المجموعة الجزء الثاني - ص

لا يجوز تفويض الاختصاص من أحد المشاركين في مباشرته لآخر من بينهم ، أي أنه إذا كان المفوض إليه يشارك الأصيل في أحد جوانب الاختصاص ، فلا يجوز أن يفوض هذا الأصيل اختصاصه لمن يشاركه في مباشرته تجنباً لانفراد هذا الأخير بممارسة الاختصاص بأكمله .

٣- القرارات التأديبية : من أهم وأخطر القرارات التي يتعرض لها الموظف العام في حياته الوظيفية القرارات التأديبية ، ولذلك يحرص المشرع ضماناً للاستقرار والأمن الوظيفي على وضع ضمانات تحوط هذه القرارات ومنها تحديد سلطة التأديب بمراعاة اعتبارات خاصة في اختيارها ، ولذلك أرست محكمة القضاء الإداري في مصر منذ زمن طويل قاعدة أن " تحديد السلطة التأديبية أمر يتعلق بالنظام العام ، لأن فيه تحديداً لجهة مختصة ، وفي ذلك ضمان ضروري للموظفين ، فلا يجوز إذن للسلطة المختصة أن تنزل عن اختصاصها وأن تنيب سلطة أخرى فيه " . "١"

وعليه استقر قضاء المحكمة الإدارية العليا في مصر على أنه " من المسلم أن الأحكام الخاصة بالتأديب يتعين تفسيرها تفسيراً ضيقاً فلا يجوز التوسع في تفسيرها ، ولا يجوز القياس عليها "٢" ، وتأسيساً على ذلك قضت المحكمة بأن ولاية التأديب لا تملكها سوى الجهة التي ناط بها المشرع هذا الاختصاص في الشكل الذي حدده ، لما في ذلك من ضمانات لا تتحقق إلا بهذه الأوضاع . ومن هذه الضمانات شخص الرئيس المتوط به توقيع الجزاء ، فلا يجوز لهذا الرئيس تفويض غيره في هذه الاختصاصات ، وإنه حيث يوجد تنظيم خاص في أمر تحديد

(١) حكمها في ١٠/٣/١٩٥٤ الدعوى ١٢١ لسنة ٧ق ، المجموعة السنة ٨ ص ٩٢٦ .

(٢) حكمها في ٢٦/٣/١٩٨٨ الطعن ٣٠٠٨ لسنة ٣٣ق .

الاختصاصات بالنسبة للسلطة التأديبية، فلا يسوغ الأخذ بنظام التفويض العام المنصوص عليه في القانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٧. "١"

ولذلك ذهب هذا الفقه إلى أنه لا مزية في خضوع كافة القرارات الإدارية التأديبية، ولذلك يكون من غير السائغ القول بأن القواعد المشار إليها لا تسري إلا على طائفة محددة من القرارات التأديبية، وهي المتصلة بتأديب الموظفين العموميين وحدهم، ذلك أنها قواعد وأصول عامة في التأديب الإداري، وتسري على جميع القرارات التي من شأنها توقيع أي جزاء إداري، أياً كانت صفة من يوقع عليه، وإلا كانت التفرقة بين من يوقع عليهم الجزاء تحكيمياً تخل بمبدأ المساواة الذي تكفله المادة (٤٠) من الدستور. "٢"

٤- القرارات التقديرية: يذهب هذا الجانب من الفقه الإداري إلى أن المشرع عندما يختار جهة إدارية ما لمباشرة أحد الاختصاصات التقديرية، فإنه بذلك يكون قد قدر أن هذه الجهة هي التي تستطيع أن تحقق الأهداف المقررة للاختصاص على أفضل الوجوه، وتوفير الضمانات اللازمة لحماية من يباشر الاختصاص قبل الأفراد من احتمالات عسف الإدارة أو إساءة استعمال سلطتها، ومن ثم يغدو التفويض في الاختصاص التقديري بدون نص خاص يأذن به إهداراً لضمانات كفلها القانون ومجانبة غير مشروعة للصالح العام.

ويستند هذا الفقه إلى ما قضت به محكمة القضاء الإداري في مصر من أنه إذا كان قد ورد بالتشريع المنظم لأحد الحقوق أو الحريات "تحديد جهة معينة تمارس سلطة تقديرية تتمخض تقييداً أو تنظيمياً للحق أو الحرية، فإنه يلزم أن

(١) حكمها في ١٩٧٨/١٢/٨ الطعن ١٥٨٤ لسنة ٣٢ق، المجموعة السنة ٣٣ ص ٣٧٩.

(٢) الدكتور سامي جمال الدين: الوسيط.. مرجع سابق - ص ٤١٠ وما بعدها.

تمارس هذا الاختصاص الجهة المحددة على نحو ما ورد بالتشريع ، فلا يجوز لها أن تفوض بدورها جهة أخرى تمارس عنها وباسمها الاختصاص المقرر ... ولا يغير من ذلك أو ينال منه أن تكون ثمة قواعد عامة تنظم التفويض بالاختصاص ، فتلك القواعد العامة لا تسري كأصل عام في حالة ما إذا أسبغ التشريع المنظم للحق أو الحرية المقررة دستورياً اختصاصاً تقديراً لجهة حددها وأختصها بممارسة سلطة التقدير الذي يتضمن بحكم اللزوم المنطقي والحتم القانوني ، تقييداً مهما كان قدره للحقوق أو الحريات الدستورية .. كما تتأبى الاختصاصات التي تحولها تلك القوانين لجهة بعينها ، أن تكون محلاً مباحاً للنزول عن ممارستها ، أي كانت صورة ذلك ، ومنها التفويض بالاختصاص لغير الجهة المحددة قانوناً .. خروجاً على حدود ما تقرر لها من اختصاص ، يراعى بحكم طبائع الأشياء ، صفة ومكانة من يناط به إعمال الأحكام المتعلقة بذلك الحق أو المتصلة بتلك الحرية " .

وفي تقديرنا أن هذا القضاء يتعلق فقط بالاختصاصات المتصلة بالحقوق والحريات الأساسية المقررة في الدستور ، وبالتالي لا يسوغ تعميم القضاء على كافة القرارات التقديرية التي تمثل أكثر من ثمانون بالمائة من القرارات الإدارية ، وحيث أن النصوص العامة المنظمة للتفويض هي نصوص تشريعية أي صادرة بقانون سنته السلطة التشريعية ، فالطبع لا يجوز الاستناد إليها كنصوص آذنة بالتفويض في الاختصاصات المقررة دستورياً سواء كانت اختصاصات تقديرية أم غير كذلك ، لأن المرتبة الإلزامية للنص الآذن بالتفويض في هذه الحالة أدنى مرتبة من النص الدستوري المقرر للاختصاص ، وبالتالي تدخل هذه الطائفة من القرارات ضمن القرارات الدستورية التي لا يجوز التفويض فيها مالم ينص الدستور صراحة على جواز التفويض في مباشرتها .

(١) حكمها في ١٨/٤/٢٠٠٠ الدعوى ٢٤١٩ لسنة ٥٤ ق .

ثالثاً : أن يكون التفويض مؤقتاً : في تقدير جانب كبير من الفقه الإداري أن التفويض في مباشرة الاختصاصات الإدارية يجب أن يكون محدداً بمدة زمنية معينة ، فالتفويض إجراء مؤقت بطبيعته ، لا يتم الالتجاء إليه إلا استثناءً عندما تدعو الحاجة إليه ، وذلك لمواجهة ظروف عارضة في العمل الإداري ، وبالتالي يرتبط قيام التفويض واستمراره بوجود هذه الظروف مما مؤداه انتهاء التفويض بزوال تلك الظروف .^١

والغالب الأعم أن مدة التفويض لا تكون محددة سلفاً في النص أو القانون الآذن بالتفويض ، إذ يرتبط هذا التحديد بطبيعة الظروف المبررة للتفويض ، وإن حدث ذلك فإن المدة المحددة في النص تكون الحد الأقصى للتفويض ، إذ يحق للمفوض تخفيضها في قرار التفويض ، علاوة على حقه في إلغاء التفويض ولو قبل نهاية هذه المدة ، أو تعديلها بالزيادة أو النقصان في أي وقت ، فإذا كانت الظروف الملجئة للتفويض أقرب إلى الدوام تعين إعادة توزيع الاختصاصات بدلاً من الالتجاء إلى التفويض .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أنه يمكن أن يرتبط تأقيت التفويض بتحقيق غرض محدد ، كما لو فوض رئيس الوزراء وزير الطيران كافة الاختصاصات اللازمة لإنهاء مشكلة تكديس البضائع في أحد الموانئ الجوية^٢ ، على حين

(١) الدكتور عبد العظيم عبد السلام : المرجع السابق - ص ١٦٣ .

الدكتور محمد باهي أبو يونس : المرجع السابق - ص ٢٠٨ .

الدكتور عبد المهدي مساعنة : المرجع السابق - ص ٣٨ .

الدكتور بشار جميل يوسف عبد الهادي : التفويض في الاختصاص - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس - ١٩٧٩ - ص ١٩٣ وما بعدها .

(٢) الدكتور عبد المهدي مساعنة : المرجع السابق - ص ٣٨ .

يرفض البعض الآخر ذلك فيرى أن التفويض يبطل إذا كان مترامياً غير محدد المدة، فلا يمارس المفوض إليه الاختصاص المفوض فيه إلا خلال فترة زمنية لا يتعدها بينها قرار التفويض، فإذا خلا منها، كان التفويض ممتداً في الزمان إلى غير حد، متضمناً إعراض الجهة الإدارية المختصة عن مباشرة الاختصاص بالمخالفة للقانون^١ .

وإذ نرى هذا الرأي جدير بالإتباع حتى لا يستسهل الرؤساء الإداريين التخلي عن مباشرة اختصاصاتهم تحت ستار التفويض، فإنه يتعين على المفوض أن ينص صراحة في قرار التفويض على المدة المعقولة التي يراها مناسبة لمواجهة ظروف العمل العارضة التي دفعته إلى إجراء التفويض، وذلك تحت رقابة القضاء الإداري .

رابعاً : ألا يسفر التفويض عن الخروج على المشروعية : يشير جانب من الفقه إلى أنه يشترط في التفويض ألا يسفر عن مخالفة القانون وقواعد المشروعية ، فإذا كان القانون -مثلاً- قد وزع سلطة التأديب في مسألة ما، بأن خول جهة إدارية سلطة الضبط أو التحقيق أو الاتهام ، على حين قرر أن تكون سلطة توقيع الجزاء من اختصاص الجهة الرئاسية لها ، فلا يجوز للأخيرة - استناداً إلى نص عام يميز التفويض - أن تقوم بتفويض اختصاصها التأديبي للسلطة الأولى ، لما يؤدي إليه هذا التفويض من الجمع بين سلطتي الاتهام والمحكمة لدى جهة إدارية واحدة وهو أمر غير مشروع عموماً حتى في مجال العمل القضائي، إذ يتعارض ذلك مع مبدأ حياد القاضي باعتباره الأمين على الحقوق والحريات ، ومن ثم يكون التفويض في مثل هذه الحالة غير مشروع مخالفاً للقانون^٢ .

(١) الدكتور سامي جمال الدين : الوسيط .. مرجع سابق ذكره - ص ٤١٥ .

(٢) المرجع السابق - ص ٤١٣ .

وقريب من هذا الاتجاه ما ذهب إليه جانب من الفقه من أنه إذا كان من الواضح بالنظر إلى أهمية موضوع الاختصاص أن ممارسته بواسطة الأصيل نفسه تقديم ضمانات للأفراد، فلا يجوز في هذه الحالة التفويض فيه، إذ لا يجوز أن يعطل التفويض الضمانات التي يقرها القانون للمواطنين، بل يجب أن يقتصر دوره على مجرد توزيع الاختصاصات داخل المصالح العامة، وعليه لا يجوز أن يذهب التفويض بضمانة مقرره للأفراد إلا بنص تشريعي خاص بهذا الاختصاص. "١"

ونحن نؤيد هذا الاتجاه الذي يلتقي مع سابقه في ضرورة عدم مساس أي إجراء بالتفويض في مباشرة الاختصاص بالضمانات المقررة قانوناً، استناداً إلى النصوص العامة الآذنة بالتفويض، إذ يلزم دوماً أن تكون هذه النصوص الآذنة نصوصاً خاصة بتلك الاختصاصات حتى لا يشوب التفويض في هذه الحالة شبهة الخروج على المشروعية ومخالفة القانون.

يبقى أن نشير في النهاية إلى أمر أخير يتعلق بصحة قرار التفويض، إلا أن إغفاله لا يؤدي إلى بطلان القرار أو عدم صحته، وهو ضرورة أن يشمل القرار الاستثناءات والتحفظات والشروط الأخرى التي يرى المفوض ملاءمة إلزام المفوض إليه بها عند مباشرته للاختصاصات المفوضة إليه، وهذا ما نصت عليه المادة (١٤) من قانون التفسيرات في سلطنة عمان على نحو ما سبق وأشرنا إليه، غير أنه باعتبار أن هذه التحفظات والاستثناءات والشروط تخضع تماماً لحرية المفوض في التقدير، فقد يرى صاحب الاختصاص الأصيل الاكتفاء بتوجيه

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ١٠٢ : ١٠٧.

C.E 6.10.1949, Société comptoir des Viandes, R.A. 1949, P. 581,
note Liet - Veaux.

المرفوض المفوض إليه شفاهة بتلك الشروط والتحفظات والاستثناءات والتحفظات المذكورة ، وفي تقديرنا أن قرارات المفوض إليه ستكون في هذه الحالة غير مشروعة، وإن كان من الصعب للغاية إثبات ذلك ما دامت الشروط والتحفظات والاستثناءات غير مكتوبة في قرار التفويض أو أي قرار آخر لاحق ، ولكن يخفف من هذه المشكلة أن الأصل سيقم مسئولاً عن أعمال المفوض إليه ، وستبقى له سلطة التعقيب عليها مما يمكنه من إلغاء وتعديل القرارات غير المشروعة والحلول محلها في إعادة إصدارها كما سنبين لاحقاً .

المبحث الثالث **آثار التفويض الإداري وانتهائه**

الأثر الرئيسي للتفويض في مباشرة الاختصاصات الإدارية يتمثل في التزام المفوض إليه بأداء وإنجاز هذه الاختصاصات المفوض في مباشرتها ، وذلك في الحدود وفقاً للشروط والتحفظات والاستثناءات التي يقررها صاحب الاختصاص الأصلي في قرار التفويض على نحو ما سبق شرحه .

غير أن هذا الأثر الرئيسي للتفويض يثير عدة تساؤلات ، أهمها حول مدى تأثير سلطة الرئيس صاحب الاختصاص الأصلي في مباشرة ذات الاختصاص المفوض إليه ، ومن ثم مدى مسئولية كل من المفوض والمفوض إليه عن القرارات التي تصدر من هذا الأخير ، وأخيراً حول كيفية انتهاء هذا التفويض الإداري وخاصة إذا لم تتحدد في قرار التفويض مدته ، وعليه نتناول بالدراسة هذه النقاط الثلاث تباعاً في المطالب التالية .

المطلب الأول

سلطة المفوض في مباشرة الاختصاصات المفوضة

ليس ثمة شك في أن للتفويض الإداري أثره القانوني الواضح بالنسبة إلى المفوض إليه ، الذي يصبح بموجب قرار التفويض مختصاً بمباشرة الاختصاصات المفوضة ، بما مؤداه تغيير قواعد الاختصاص بشأنها ، وبالتالي مشروعية القرارات التي يتخذها استناداً إلى قرار التفويض الصادر من المفوض وفقاً للقانون ، باعتباره جزء من قواعد تحديد الاختصاص بمباشرتها . وإذا كان الإجماع الفقهي والقضائي قد تحقق في هذا الشأن ، إلا أن الرأي اختلف كثيراً حول مشروعية القرارات الصادرة من المفوض ذاته بشأن نفس الاختصاصات المفوضة إلى المفوض إليه ، وهل تكون في هذه الحالة غير مشروعة لمخالفتها فحوى قرار التفويض أم لا ، حيث انقسم الفقه والقضاء في فرنسا ومصر إلى فريقين :

أ- الفريق الأول يرى عدم مشروعية قرارات صاحب الاختصاص الأصيل الصادرة في شأن الاختصاصات المفوضة ما دام التفويض قائماً . ويعتق هذا الرأي القضاء الإداري الفرنسي وغالبية الفقه الفرنسي وجانب من الفقه المصري ، وذلك استناداً إلى الحجج التالية :

١- أن تفويض الاختصاص يتم بقرار إداري تنظيمي يصدر عن الأصيل وبموجبه يعيد توزيع الاختصاصات بينه وبين المفوض إليه ، فلا يجوز له بعد ذلك أن يمارس الاختصاص المفوض ، فهو لا يحتفظ في موضوعه باختصاص مواز لاختصاص المفوض إليه ، وعليه يعتبر القرار الذي يصدره الأصيل - أثناء مدة التفويض - فيما فوض فيه مشوباً بعيب عدم الاختصاص

الموضوعي ، بل إنه لا يحتفظ حتى بحق الموافقة على ما ينتهي إليه المفوض إليه ، ويظل هذا الوضع قائماً إلى أن يلغى التفويض صراحة ، وحتى يستطيع الأصيل استرداد اختصاصه ، فعليه أن يبدأ أولاً بإلغاء قرار التفويض الذي سبق أن أصدره ، وذلك بقرار جديد صريح ، لأن التفويض وقد تم بقرار صريح ، يجب أن يلغى أيضاً بقرار صريح ، فلا يسوغ القول بأن ممارسة الأصيل بنفسه للاختصاص موضوع التفويض يعتبر إلغاءً ضمناً منه لهذا القرار الصريح .

٢- من الطبيعي أن يحترم الأصيل قراره إلى أن يلغيه ، لأن القاعدة هي ضرورة احترام القرارات الإدارية حتى بالنسبة لمن أصدرها ، حرصاً على استقرار الأوضاع القانونية ، وتلافي احتمال تعارض القرارات الصادرة منه مع تلك الصادرة من المفوض إليه في صدد الاختصاص الواحد ، مما يؤدي إلى احتكاكات لا تتفق مع حسن سير المرافق والمصالح العامة ، ومع ضرورة تحديد الاختصاصات ووضوحها .

٣- مباشرة الأصيل للاختصاصات المفوضة يتنافى مع الحكمة أو العلة من التفويض باعتباره وسيلة للتخلص من التركيز الشديد في اختصاصات الرئيس الإداري ، الذي تحتل قمة السلم الإداري في المنظمة أو الوحدة الإدارية ، وبالتالي عدم تخفيف العبء عن كاهله وعدم تفرغه لممارسة المهام الأساسية أو الرئيسية ، علاوة على عدم إتاحة الفرصة للمفوض إليه ليستقل مباشرة الاختصاصات المفوضة بجزئية تامة حتى يتمكن من تحقيق الأهداف المرجوة من التفويض في الاختصاص . "١"

(١) راجع في تفصيلات هذه الحجج :

الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ١٤٧ وما بعدها .

ومع ذلك فإن أنصار هذا الاتجاه يرون أن التفويض الإداري لا يمنع الأصيل من الحق في التعقيب على قرارات المفوض إليه، سواء بالتعديل أو بالإلغاء أو بالوقف لعدم المشروعية أو لعدم الملاءمة، استناداً إلى سلطته الرئاسية التي لا تتوقف بصدور قرار التفويض، وبالتالي يمارس الأصيل سلطته في التعقيب على قرارات المفوض إليه، المختص بها أصالة أو تفويضاً، علاوة على أنه إذا اقتصر محل التفويض على مباشرة الاختصاص بالتوقيع فإنه لا يجرّد الأصيل من ممارسة هذا الاختصاص أثناء مدة التفويض، إذ لا يعني التفويض في التوقيع التخلي أو النزول عن هذا الاختصاص للمفوض إليه، وإنما هو مجرد نقل لعمل مادي هو التوقيع دون مباشرة الاختصاص ذاته من حيث الموضوع، إضافة إلى أنه من شأن وقوع ظروف استثنائية توجب على الأصيل مباشرة الاختصاص المفوض فيه، أن تغطي عيب عدم الاختصاص الموضوعي لقراراته، وذلك تحت رقابة القضاء. " "

= = الدكتور عبد العظيم عبد السلام : المرجع السابق - ص ٥٧ وما بعدها .

الدكتور عبد الغني بسيوني : المرجع السابق - ص ٤٨ وما بعدها .

HERBERT. op. cit., P. 380

DELVOLVE, op. cit., P. 200

C.E 5.5.1950, Buisson, L. 258.

C.E 13.11.1964, Union national des camps aménagés de France,
L. 532.

C.E 20.5.1966, Centre national du commerce extérieur, L. 341,

R.D.P. 1966, P. 765, note Waline.

(١) راجع في ذلك الدكتور عبد العظيم عبد السلام : المرجع السابق - ص ٧٢ وما بعدها .

ب- أما الفريق الثاني فإنه يذهب إلى أن التفويض في الاختصاص لا يجب سلطات الأصيل نهائياً ، ولا يجرده من الحق في ممارسة اختصاصه في الحدود التي تتفق مع الدافع إلى التفويض ، وذلك استناداً إلى الحجج التالية :

١- عن النص الآذن بالتفويض إنما يمنح الأصيل مكنة تفويض اختصاصه ، ولكنه لا يسمح له بأن يتخلى عنه ، مثل الأصيل في ذلك مثل السلطة التشريعية التي تفوض بعض ما يدخل في اختصاصها إلى السلطة التنفيذية، ويبقى لها مع ذلك حق التشريع فيه ، ما لم يجز النص الآذن ذلك صراحة ، وعندئذ سوف يكون الأمر متعلقاً بنقل الاختصاص من الأصيل إلى المفوض إليه وليس مجرد تفويضه بمباشرة .

٢- إن التفويض لا يرفع عن الأصيل المسؤولية عن أداء المفوض إليه للاختصاصات موضوع التفويض ، فهو يرد على الواجبات والسلطات دون المسؤولية وفقاً لقاعدة عامة مفادها عدم جواز التفويض في المسؤولية ، ولذلك فإن التفويض لا يعني إعادة توزيع الاختصاصات بين الأصيل والمفوض إليه ولا نقل سلطة التقرير برمتها إلى المفوض إليه ، ولا يؤدي بالتالي إلى استلاب اختصاص الأصيل الذي يجب عليه أن يقيد المفوض إليه بالضوابط العامة والأسس الرئيسية التي يتعين على المفوض إليه العمل في إطارها ، ومن ثم فإذا أطلق الأصيل للمفوض إليه سلطة مباشرة الاختصاص المفوض فيه وفقاً لتقديره وهواه وتحكمه ، كان متخلياً عن اختصاصه الأصيل المقرر له قانوناً ، وكان قرار التفويض بالتالي ساقطاً في هوة الانعدام أو البطلان .

٣- لا يترتب على قرار التفويض أي إخلال بالسلطة الرئاسية للأصيل تجاه المفوض إليه وأعماله ، وتشمل هذه السلطة حق الرئيس الأصيل في

توجيه رؤوسيه بإصدار أوامر أو تعليمات يلتزمون باحترامها ، كما أن للرئيس سلطة إلغاء أو وقف أو تعديل قرارات الرؤوسين سواء تلك المتصلة باختصاصاتهم الأصلية أم باختصاصاتهم المفوضة ، وسواء كان ذلك لعدم مشروعيتها أم لعدم ملاءمتها ، وبالتالي يحق للرئيس الحل محل المفوض إليه في اتخاذ الأعمال والقرارات المفوضة إليه واستبدالها بقرارات أخرى تصدر عنه مباشرة استناداً إلى اختصاصه الأصلي بها والذي لا يلغيه قرار التفويض ، وعليه فإنه لا جدوى عملاً من التمسك بتجريد الأصيل من ممارسة الاختصاصات المفوضة إلى المفوض إليه طوال مدة التفويض .

ويأخذ بهذا الرأي القسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مصر وجانب من الفقه الإداري ، كما أن المشرع العماني يعتقد هذا الاتجاه حيث تنص الفقرة الثانية من المادة (١٤) من قانون التفسيرات سالف الإشارة على أنه " لا يمنع التفويض بموجب الفقرة السابقة الشخص الأصيل من ممارسة سلطاته وأداء واجباته في أي وقت ، ما لم يظهر قصد مغاير لذلك " ، وهو ما نراه صحيحاً ومتفقاً مع طبيعة التنظيم الإداري في سلطنة عمان والذي يقوم على أسلوب المركزية الإدارية . "١"

(١) راجع في حجج تأييد هذا الاتجاه :

الدكتور عبد المهدي مساعدة : المرجع السابق - ص ٥٦ وما بعدها .

الدكتور بكر القباني : الوسيط الإدارة العامة - ١٩٨٠ - ص ٢٢١ .

الدكتور سامي جمال الدين : الوسيط .. مرجع سالف الإشارة - ص ٤١٦ وما بعدها .

الدكتور بشار جميل يوسف : المرجع السابق - ص ١٤٥ وما بعدها .

Groshens, op. cit., P. 203, 204

وكذلك فتوى اللجنة الثانية للقسم الاستشاري للفتوى والتشريع في مجلس الدولة المصري بتاريخ ١٩٥٩/٩/٢٣ ، المجموعة السنة ١٣ رقم ٢٥٨ ص ٣٧٥ ، والتي أيد فيها الجمعية = =

المطلب الثاني المسئولية عن مباشرة الاختصاصات المفوضة

لتحديد المسئولية عن مباشرة الاختصاصات المفوضة ، يلزم علينا - في تقديرنا - التفرقة بين المسئولية القانونية عن مشروعية التصرف الصادر استناداً إلى التفويض أي صحته من الناحية القانونية وبين المسئولية الإدارية عن هذا التصرف أمام الرؤساء الإداريين لكل من المفوض صاحب الاختصاص الأصلي والمفوض إليه ، وذلك على النحو التالي :

أولاً : المسئولية القانونية عن مشروعية التصرف : بافتراض توافر النص الأذن بالتفويض وصدور قرار التفويض من صاحب الاختصاص الأصلي استناداً إليه وفي الحدود المقررة في هذا النص ، تكون تصرفات المفوض إليه اللاحقة لقرار التفويض مشروعية طوال مدة التفويض من حيث عنصر الاختصاص ، وحيث أن حدود الاختصاص لا تتصل بالموضوع محل الاختصاص فحسب وإنما تتعلق كذلك بالحدود الزمانية والمكانية لمباشرة الاختصاص ، فإنه يلزم لمشروعية تصرفات المفوض إليه أن تلتزم هذه الحدود جميعاً وإلا صارت باطلة ، مع ملاحظة ضرورة الالتزام في تفسير نطاق التفويض بقواعد التفسير الضيق حيث لا يجوز القياس عليها أو التوسع فيها .

أما عن بقية عناصر مشروعية القرار الإداري الصادر عن المفوض إليه ، سواء من حيث الشكل أو السبب أو المحل أو الغاية ، فإنه يتعين على المفوض إليه

= = العمومية للفتوى والتشريع في ١٩٦٥/٨/١ ، المجموعة السنة ١٩ رقم ١٣٣ ص ٤٤٢ .
وخلافاً لذلك راجع فتوى نفس الجمعية في ١٩٩١/٤/٢٠ المشار إليها لدى الدكتور عبد
العظيم عبد السلام : المرجع السابق - ص ٦٩ .

أن يلتزم بالقواعد العامة المقررة قانوناً في شأن هذه العناصر ، بالإضافة إلى
حتمية التقيد بالشروط والاستثناءات والتحفظات والضوابط التي يضعها المفوض
صاحب الاختصاص الأصيل سواء في قرار التفويض أو في قرار لاحق عليه .

والأصل أن توجه دعوى مراجعة القرار الصادر استناداً إلى التفويض ضد
من أصدر القرار المعيب وليس ضد صاحب الاختصاص الأصيل "١" . ولذلك
استقر الفقه والقضاء الإداريين على أن قرارات المفوض إليه لها قوة إلزامية تعادل
مرتبته الوظيفية بين مختلف السلطات الإدارية دون نظر إلى مرتبة الأصيل ، فإذا
كان المفوض إليه وكيل وزارة والمفوض هو الوزير فإن القرارات الصادرة بناء
على هذا التفويض تعتبر قرارات وكيل وزارة وليست قرارات وزارية ، ومن ثم
لا يجوز لها أن تعدل أو تلغي أو تخالف قرار وزاري سبق للأصيل إصداره في
ذات الموضوع قبل اتخاذ قرار التفويض .

نخلص من ذلك إلى أن المسؤولية عن مشروعية تصرفات قرارات المفوض
إليه وصحتها من الناحية القانونية هي مسئولية المفوض إليه وليس المفوض ،
وبالتالي يكون هذا المفوض إليه مسئولاً عنها مدنياً في حالة الخطأ الشخصي
وليس الأصيل "٢" ، ما لم يكن عدم مشروعية قرار المفوض إليه راجعاً إلى بطلان
التفويض ذاته أو انعدامه ، وإن كان يحق للغير التمسك بأعمال المفوض إليه
الصادرة بناء على تفويض معيب استناداً إلى نظرية الموظف الفعلي إذا كانوا

(١). المحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١١/٢٥/١٩٦٧ ، المجموعة السنة ١٣ ص ١٣٥ .

(2) VIGNQL (Jacques), La délégation en Droit administratif, D.E.S,
1963, P. 53.

حسني النية ، متى كان وضع المفوض إليه الظاهر قد حملهم على الوثوق في اختصاصه بإصدار قرار " ١ .

ومن ناحية يشترط لصحة التفويض في حد ذاته ألا يرد على اختصاصات مفوضه إلى المفوض ، بمعنى أنه لا يجوز للمفوض إليه أن يقوم بدوره بتفويض غيره في الاختصاصات التي آلت إليه بطريق التفويض ، إذ التفويض يكون في الاختصاصات الأصلية للموظف وليس في الاختصاصات المفوض فيها ، وعليه يلتزم المفوض إليه بأن يزاوِل الاختصاص المفوض فيه بنفسه ما لم يسمح النص الآذن بالتفويض بإعادة هذا التفويض من جانب المفوض إليه الأول ، وهو أمر - إذا تحقق - غير مستساغ لأن التفويض في الاختصاص هو استثناء من مبدأ الممارسة الشخصية للاختصاص ، وينبغي ألا يرد استثناء على استثناء أو يقاس عليه أو يتوسع في تفسيره ، إلا إذا سمح بذلك النص الآذن بالتفويض أو نص مواز له أو أعلى منه مرتبة. " ٢

ولذلك يتجه جانب من الفقه بحق إلى أنه في حالة سماح النص الآذن بالتفويض بإعادة التفويض مرة أخرى من جانب المفوض إليه ، أن يوافق الأصيل على ذلك إما في قرار التفويض ذاته أو لاحقاً وقبل قيام المفوض إليه بذلك " ٣ ، تأسيساً على أن سلطة التفويض لا تفوض أو لم تفوض. " ٤

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ١٣٧ .

(٢) الدكتور عبد العظيم عبد السلام : المرجع السابق - ص ١٥٦ .

والمحكمة الإدارية العليا في مصر بتاريخ ١١/٢٠/١٩٦٩ الطعن ٢٣٤ لسنة ٩٩ ق ، المجموعة السنة ١٢ ص ٢١٦١ .

C.E 15.12.1967, Secrétaire d' Etat du logement, L

(٣) الدكتور سامي جمال الدين : الوسيط .. مرجع سابق ذكره - ص ٤١٥ .

(٤) الدكتور محمد أنس جعفر : الوسيط في القانون العام - ١٩٨٥ - ص ٨٦ .

ثانياً : المسؤولية الإدارية عن تصرفات المفوض إليه : سبق وأن أوضحنا أنه من المستقر أنه لا تفويض في المسؤولية ، غير أن المقصود بالمسؤولية في هذه القاعدة هي المسؤولية الإدارية وكذلك السياسية إذا كان المفوض صاحب الاختصاص الأصيل من القيادات السياسية مثل الوزراء ممن يخضعون بصفة عامة للمسؤولية السياسية وفقاً للدستور أو النظام الأساسي للدولة .

وعلى ذلك تبقى مسؤولية المفوض قائمة لا تتأثر بالتفويض لأن النص الآذن إنما يمنح الأصيل مكنة تفويض اختصاصه ولكنه لا يسمح له بأن يتخلى عنه ، ومن ثم فإن المفوض إليه بالاختصاص إنما يباشر عمله تحت مسؤولية من فوضه ، لأن الرئيس صاحب الاختصاص الأصيل هو الذي قدر ضرورة التفويض ورجب في إجراءاته ، كما أنه يملك تقييده ويملك إنهاء التفويض في كل وقت ، ولو فوضت المسؤولية إلى جانب الواجبات والسلطات لأدى ذلك في الواقع إلى نقل الاختصاص ذاته من وظيفة إلى أخرى بما يخرج عن طبيعة التفويض ويخل بالتسلسل الإداري ويغير من مضمون كل من وظيفة الرئيس ووظيفة المفوض إليه ، علاوة على أن مسؤولية الرئيس تنبع من التزامه أمام رئيسه الأعلى بإنجاز اختصاصاته المقررة له قانوناً ، فلا يجوز له أن يتخفف منها بالتفويض إلى مرؤوسيه . " ١١ "

وعلى ذلك فإن مسؤولية الرئيس لا تفوض ولا تتأثر بالتفويض بصدد الاختصاص المفوض ، فهو المسئول عن إنجازها سواء بنفسه أو من خلال المفوض إليه ، ويتحمل بالتالي النتائج المترتبة على مباشرة الاختصاص المفوض أمام رؤوساته ، من ناحية أخرى تنشأ مسؤولية جديدة تقع على عاتق المفوض

(١). راجع في هذا المعنى الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ١٨٩ .

إليه تجاه الأصيل رئيس المفوض إليه ، وبذلك تكون المسئولية الإدارية عن إنجاز وأداء الاختصاصات المفوضة ، مسئولية مزدوجة أو مشتركة بين الأصيل والمفوض إليه أو المفوض إليهم إذا تعددوا في حالة جواز إعادة التفويض مرة أخرى أو أكثر من مرة وفقاً لأحكام النص الآذن بالتفويض ، فيتحمل كل منهم مسئولية سوء الأداء أو الإنجاز كاملة تجاه رئيسه مهما تدنى التفويض ولو كان الرئيس لا يعرف شيئاً عن شخص من انتهى إليه الاختصاص وآل إليه أداء الواجبات .

المطلب الثالث انتهاء التفويض الإداري

سبق وأن أشرنا إلى أن التفويض إجراء مؤقت بطبيعته لا يتم الالتجاء إليه إلا عندما تدعو الحاجة إليه وذلك لمواجهة ظروف العمل غير العادية ، وإلا تعين إعادة توزيع الاختصاصات بصفة دائمة ، ولذلك فإنه يلزم على المفوض أن يحدد في قرار التفويض المدة الزمنية التي يباشر فيها المفوض إليه الاختصاصات المفوضة ، لأن التفويض غير المحدد المدة يعد نزولاً غير مشروع عن مباشر المفوض لولايته المحددة قانوناً وذلك بالمخالفة للقانون .

غير أن الواقع العملي يشير إلى إغفال كثير من الرؤساء تحديد مدة التفويض بمدة زمنية معينة ، تحت زعم أنهم لا يستطيعون تحديدها زمنياً في معظم الظروف التي تدعو إلى إجراء التفويض ، وفي هذه الحالة فإنه يلزم إنهاء التفويض بقوة القانون بزوال الظرف الذي صدر التفويض لمواجهة أو بتنفيذ الموضوع أو الموضوعات التي حددها الأصيل في قرار التفويض ، بحيث ينتهي هذا التفويض تلقائياً ، ويفرد الأصيل منذ ذلك الحين بمباشرة الاختصاصات محل التفويض .

ومن ناحية أخرى يملك المفوض على نحو ما سبق ذكره إنهاء التفويض مباشرة قبل نهاية مدته الزمنية أو قبل زوال الظرف الواقع إليه أو قبل تنفيذ الموضوعات محل التفويض، وسواء كان السبب في ذلك يرجع إلى سوء أداء المفوض إليه أو إخلاله بأحكام التفويض أو عدم التزامه بالشروط والاستثناءات والتحفظات التي وضعها المفوض، أو لم يكن هناك أي سبب آخر يتصل بأداء المفوض إليه، وإنما فقط قدر المفوض أنه من الملائم إنهاء التفويض قبل نهاية مدته، لأن التفويض كما أشرنا مراراً لا يعني تخلي أو تنازل الرئيس المفوض عن اختصاصاته المفوضة بصفة دائمة لمرؤوسه المفوض إليه، وعليه يملك المفوض أن يصدر قراره بإلغاء قرار التفويض أو تعديله في أي وقت يشاء وفقاً لأرادته المنفردة .

وليس ثمة خلاف حول انتهاء التفويض بانتهاء مدته أو تحقق الغرض منه أو بإرادة المفوض الصريحة، غير أن الخلاف وقع حول أثر التغيير الذي يلحق بأحد أطراف التفويض في إنهاء التفويض بينها، وذلك إذا لحقت بالمفوض أو المفوض إليه أي تغيير في ولايته أو اختصاصاته .

فقد ذهب اتجاه على أن أي تغيير يطرأ على شخص الأصيل أو على شخص المفوض إليه لا ينهي التفويض في مباشرة الاختصاصات المفوضة، ما لم ينص على غير ذلك في النص الآذن أو في قرار التفويض، ما دام لم يظهر من صياغة النص الآذن أو من موضوع التفويض أن له طابعاً شخصياً، وبذلك يخضع قرار التفويض فيما يتعلق بانتهائه للقواعد العامة التي تحكم انتهاء القرارات الإدارية، وبالتالي ينتهي بإلغائه بقرار صريح يكون من ذات مرتبة قرار التفويض . وتطبيقاً لذلك ينتهي التفويض بزوال الجهة المفوض إليها زوالاً نهائياً، ولكنه يبقى

إذا ألغيت الجهة المفوض إليها مع بقاء اختصاصاتها وأيلولتها إلى جهة أخرى ، حيث تستفيد هذه الجهة الوارثة من قرار التفويض الذي صدر لسالفتها دون حاجة إلى تجديد التفويض. " ١ "

ويختلف الأمر إذا كان التفويض يتعلق بالتوقيع فقط ، حيث يقوم تفويض التوقيع أساساً على الثقة الشخصية بين طرفيه ، ولذلك كان طبيعياً أن يتأثر وجوده بأي تغيير يطرأ على شخص الأصيل أو على شخص المفوض إليه ، ينتهي التفويض إذا ترك المفوض منصبه أو استقال منه وكذلك إذا ترك المفوض إليه الخدمة نهائياً بالعزل أو الاستقالة أو الوفاة أو إذا التحق بوظيفة غير تلك التي أهله لتلقي التفويض والتحق بغيرها ، حتى ولو أعيد إليها بعد فترة ، فذلك لا ينفي ضرورة إصدار قرار جديد بالتفويض من الأصيل الذي لم يتغير. " ٢ "

وهكذا فالأصل طبقاً لهاذا الرأي هو أن تفويض الاختصاص لا ينتهي بتغير أطرافه ما لم يثبت أنه تفويض شخصي أو قطع بذلك النص الآذن أو قرار التفويض أو كان التفويض مقصور على التوقيع فقط .

وعلى خلاف ذلك يذهب اتجاه آخر إلى أن الأصل هو إنهاء التفويض بتغيير أحد أقطابه ، مع ملاحظة أن التفويض كقاعدة عامة هو تفويض شخصي لأن علل التفويض تتسم تماماً بالطابع الشخصي ، علاوة على استمرار مسؤولية الأصيل عن أعمال المفوض إليه الذي تم اختياره لشخصه ، ومن ثم فإن التفويض يسقط بانتهاء مدته أو بانتهاء ولاية الأصيل أو بانتهاء ولاية المفوض إليه ، إضافة إلى أنه لا يجوز ابتداءً للأصيل أن يتجاوز في تحديد مدة التفويض

(١) الدكتور عبد الفتاح حسن : المرجع السابق - ص ١٥٣ و ١٥٤ .

(٢) المرجع السابق - ص ١٦٠ و ١٦٢ .

ولايته من حيث الزمان ، فإذا كانت هذه المدة لا تتجاوز تاريخ بلوغه سن التقاعد مثلاً فإن التفويض يعد - بعد هذا التاريخ - اعتداءً على اختصاصات خلفه من حيث الزمان^{٢١} ، والمرجع في ذلك سواء بالنسبة للتفويض في الاختصاص أم التفويض في التوقيع إلى النص الآذن لأنه هو الذي يحدد المدى الزمني للتفويض فهو قد ينص على أن يظل التفويض باقياً طالما بقى شخص الأصيل في وظيفته وليس فيما وراء ذلك .^{٢٢}

ولذلك يميز أنصار هذا الاتجاه بين التفويض الشخصي والتفويض الوظيفي ، ففي النوع الأول حيث يذكر اسم المفوض إليه في قرار التفويض ، سواء كان في الاختصاص أم في التوقيع ، فإن مصير هذا التفويض يرتبط بسقوط أحد أقطابه ، أما في النوع الثاني وحيث لا يذكر اسم المفوض إليه في قرار التوقيع فإن العلاقة بينه وبين المفوض تكون علاقة وظيفية وليست علاقة شخصية ، ومن ثم لا ينتهي هذا التفويض أو يتأثر بتغيير أحد أقطابه .

والخلاصة أن هذا الاتجاه الغالب فقهاً يذهب إلى ضرورة العودة إلى قرار التفويض والنص الآذن بالتفويض ، فهذا النص قد يحدد من يجوز التفويض إليه بأحد طريقين ، إما بصفته فقط ، أي بتحديد الجهة أو الوظيفة التي يجوز التفويض إليها ، أو بصفته مع ضرورة أن يحدد قرار التفويض اسم من يشغل هذه الوظيفة ، أي اسم المفوض إليه ، ففي الحالة الأولى يعطي التفويض لوظيفة فيكون له إذن طابع موضوعي غير شخصي ولا يلزم عندئذ أن يذكر اسم شاغل الوظيفة في

(١) الدكتور سامي جمال الدين : الوسيط .. مرجع سابق ذكره - ص ٤١٥ و ٤٢٠ .

الدكتور بشار جميل عبد الهادي : المرجع السابق - ص ٢٣٠ و ٢٣١ .

(2) GROSHENS. op. cit., P. 200 et suiv.

قرار التفويض ، أما في الحالة الثانية فيتم التفويض لشخص يشغل وظيفة معينة فيسقط بالتالي بسقوط هذا الشخص ، وهكذا يكون الأصل واحداً في كل الحالات ، وهو أن التفويض يظل قائماً إلى أن يلغى أو إلى أن يفقد شرطاً من الشروط اللازمة لصحته ، وهذا الشرط هو بقاء الشخص الأصيل أو شخص المفوض إليه في وظيفته ، متى اشترط ذلك النص الآذن ، وعندئذ ينتهي التفويض بفقد هذا الشرط . " ١١ "

وفي تقديرنا أنه يتعين أولاً التفرقة بين حالة تغير الأصيل وحالة تغير المفوض إليه ، فمن المنطقي ألا يتجاوز الأصيل عند تحديد مدة التفويض ولايته الوظيفية إذا كان معلوماً سلفاً انتهائها في تاريخ محدد وإلا كانت هذه المدة ممتدة إلى ما بعد ولايته ، ومن ثم فإن التفويض يسقط بانتهاء تلك الولاية وليس بانتهاء مدة التفويض ، فإذا استمرت ولاية الرئيس قائمة استمر التفويض قائماً طوال مدة التفويض ما لم يصدر قراراً جديداً يلغي هذا التفويض اعتباراً من تاريخ إصدار القرار الجديد أو من التاريخ المحدد فيه ، أما إذا انتهت ولايته باستقالته أو وفاته أو نقله إلى وظيفة أخرى ، فمنذ لحظة انتهاء ولايته فإنه لا يكون مختصاً زمانياً بمباشرة الاختصاصات المفوضة ، ومن ثم لا يجوز له تفويضها وبالتالي لا يجوز استمرار هذا التفويض إذا كان سابقاً لفقد ولايته .

وعليه يسقط التفويض أيّاً كان نوعه أو طبيعته بتغير المفوض صاحب الاختصاص الأصيل ، أما إذا لحق التغيير المفوض إليه فقط ، فالأصل أيضاً

(١) الدكتور عبد العظيم عبد السلام : المرجع السابق - ص ١٩٥ وما بعدها .

الدكتور محمود الوالي : المرجع السابق - ص ٣٧٣ وما بعدها .

الدكتور عمرو بركات : المرجع السابق - ص ١٧٠ و ١٧١ .

سقوط التفويض بتغيره ، ولكن يجوز استثناء استمرار التفويض وسريانه لمن يخلفه بشرطين .

الأول : أن يسمح النص الآذن بأن يتم التفويض لجهة إدارية بصفتها وليس باسم الشخص القائم عليها .

والثاني : أن يصدر قرار التفويض - من المفوض الذي لم يتغير - إلى المفوض إليه بصفته الوظيفية وليس باسمه الشخصي .

فإذا توافر الشرطان استمر التفويض قائماً ، ولا يسقط إلا بانتهاء مدته أو بقرار جديد من المفوض الأصيل بالغائه إذا رأى أن شخص المفوض إليه الذي تغير لا يؤهله لاستمرار التفويض .

وتطبيقاً لذلك فإنه بالرجوع إلى النصوص العامة الآذنة بالتفويض في سلطنة عمان ، يمكننا القول بأن الأصل في تفويض الاختصاص في السلطنة أنه تفويض شخصي والاستثناء أنه يجوز أن يكون وظيفياً في حالة واحدة ، فوفقاً للمادة (١٤) من قانون التفسيرات والنصوص العامة لسنة ١٩٧٣ سألقة الإشارة يجوز " لأي شخص " يخوله القانون حق ممارسة أية سلطات أو أداء أية واجبات أن يفوض أي شخص آخر " ليمارس تلك السلطات أو يؤدي تلك الواجبات ، بما مفاده أن التفويض شخصي وأن قرار التفويض يصدر إلى شخص بعينه أي باسمه الشخصي وليس بمسماه الوظيفي .

أما الاستثناء فإنه يستفاد من نص المادة (١٥) من قانون تنظيم الجهاز الإداري للدولة لسنة ١٩٧٥ سألقة الذكر ، وهي التي تنص على أنه " يجوز للوزير أن يفوض وكيل الوزارة أو غيره من المسؤولين بالوزارة في ممارسة بعض سلطاته واختصاصاته بمقتضى قرار منه " ، مما يعني في تقديرنا أنه يحق للوزير أن

يفوض من يراه من المسؤولين العاملين تحت رئاسته في الوزارة إما باسمه الشخصي أو بصفته الوظيفية ، أما غير الوزير فليس من حقه أن يفوض بعض اختصاصاته تفويضاً وظيفياً ، وإنما يتعين عليه إذا أراد التفويض أن يتم ذلك لشخص محدد باسمه الشخصي وليس بصفته الوظيفية ، فإذا صدر عملاً قرار التفويض للمفوض إليه وفقاً لمسماه الوظيفي ، فإن التفويض يسقط بتغير هذا المفوض إليه وانتهاء ولايته لأي سبب من الأسباب ، على خلاف حالة التفويض الوزاري أي من جانب الوزير لأحد معاونيه بصفته الوظيفية ، فيستمر التفويض رغم تغير شخص هذا المعاون ، وإن كان ذلك لا ينفي الطابع الشخصي عن هذا التفويض ، لأن اختيار ذلك المعاون الجديد يخضع بالقطع للاعتبارات الشخصية للوزير كذلك .

المراجع

أولاً : المراجع العربية :

أ) المراجع العامة :

- ١- الدكتور سامي جمال الدين : الوسيط في دعوى إلغاء القرارات الإدارية - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٤ ، الإدارة العامة - منشأة المعارف بالإسكندرية - ٢٠٠٦ .
- ٢- الدكتور عبد العظيم عبد السلام : التفويض في الاختصاصات الإدارية - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٩٥ .
- ٣- الدكتور محمد رفعت عبد الوهاب : القضاء الإداري - منشورات حلب الحقوقية - بيروت - ١٩٨١ .
- ٤- الدكتور إبراهيم شيحا : أصول الإدارة العامة - ١٩٩٣ .
- ٥- الدكتور أمين الساعاتي : الإدارة العامة في المملكة العربية السعودية - ١٩٨٤ - الرياض .
- ٦- الدكتور نواف كنعان : اتخاذ القرارات الإدارية - مكتبة دار الثقافة - عمان - ٢٠٠٥ .
- ٧- الدكتور عبد الفتاح حسن : التفويض في القانون الإداري وعلم الإدارة العامة - ١٩٧٠/١٩٧١ .
- ٨- الدكتور محمود عساف : أصول الإدارة - ١٩٨٨ - المنصورة .
- ٩- الدكتور عمرو بركات : التفويض في القانون العام - دراسة مقارنة - ١٩٨٩ .
- ١٠- الدكتور محمد عبد الحميد أبو زيد : أثر التفويض في الإصلاح الإداري - ١٩٧٧ .

- ١١- الدكتور مصطفى أبو زيد فهمي : القضاء الإداري - ١٩٧٦ .
 ١٢- الدكتور عبد الغني بسيوني : التفويض في السلطة الإدارية - ١٩٨٦ .
 ١٣- الدكتور محمد باهي أبو يونس : الوجيز في أصول علم الإدارة - ١٩٩٥ .
 ١٤- الدكتور رمضان محمد بطيخ : أصول التنظيم الإداري في النظم الوضعية والإسلامية - ١٩٩٣ .

- ١٥- الدكتور بكر القباني : الوسيط الإدارة العامة - ١٩٨٠ .
 ١٦- الدكتور محمد أنس جعفر : الوسيط في القانون العام - ١٩٨٥ .

(ب) المراجع الخاصة :

- ١- الدكتور محمود إبراهيم أحمد الوالي : نظرية التفويض الإداري - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق - جامعة عين شمس - ١٩٨٣ .
 ٢- الدكتور بشار جميل يوسف عبد الهادي : التفويض في الاختصاص - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة عين شمس - ١٩٧٩ .
 ٣- الدكتورة بدرية جاسر الصالح : السلطة اللانحبة في مجال تنفيذ القوانين - رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق - جامعة القاهرة ١٩٧٩ .
 ٤- مجلة الإدارة العامة - معهد الإدارة العامة - الرياض - عدد ٤٤ - يناير ١٩٨٥ .

- ٥- مجموعة فتاوى القسم الاستشاري والتشريع في مجلس الدولة المصري .
 ٦- مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة القضاء الإداري العماني من العام الأول للرابيع - المكتب الفني بالمحكمة - ٢٠٠١/٢٠٠٤ .
 ٧- مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري في مصر - مطبعة النصر - القاهرة .
 ٨- مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا في مصر - الهيئة العامة لشؤون المطابع - القاهرة .

ثانياً : المراجع الأجنبية :

- 1- Geoshens (J.- C.), La délégation administrative de competence, D. 1958, chronique 28.
- 2- Puisoye (J), Les délégations de signature, A.J.D.A. 1960.
- 3- Puisoye (J), La simplification des règles de délégation de signature des ministres. R.A. 1962.
- 4- DELION, La reforme des services de l' Etat dans les départements et les regions, A.J.D.A. 1964.
- 5- DELVOLVE. Les délégations de, matieres en Droit Public, These Toulouse, 1930.
- 6- VIGNQL (Jacques), La délégation en Droit administratif, D.E.S, 1963.

الفهرس

الصفحة	الموضوع
	مقدمة عامة
	الفصل الأول - التعريف بالتفويض الإداري وتمييزه
	المبحث الأول - مدلول بالتفويض الإداري وطبيعته
	المبحث الثاني - مبررات التفويض الإداري وأهدافه
	المطلب الأول - مبررات التفويض الإداري
	المطلب الثاني - أهداف التفويض الإداري
	المبحث الثالث - تمييز التفويض في مباشرة الاختصاصات الإدارية
	المطلب الأول - التفويض الإداري والتفويض التشريعي
	المطلب الثاني - التفويض في مباشرة الاختصاص والتفويض في التوقيع
	المطلب الثالث - التفويض الإداري والحلول
	المطلب الرابع - التفويض الإداري والإنابة
	الفصل الثاني - ضوابط التفويض الإداري وآثاره
	المبحث الأول - شروط قيام التفويض الإداري
	المبحث الثاني - شروط صحة التفويض الإداري
	المبحث الثالث - آثار التفويض الإداري وانتهائه
	المطلب الأول - سلطة التفويض في مباشرة الاختصاصات المفوضة
	المطلب الثاني - المسؤولية عن مباشرة الاختصاصات المفوضة
	المطلب الثالث - انتهاء التفويض الإداري
	المراجع

حقوق الطفل المخلاة

إبان السلم والنزاعات المسلحة

د/ندى يوسف الدعيح^(١)

يقع الأطفال ضحية قرارات يتخذها الراشدون وأخطاء يتسبب بها البالغون، ولا يكون لهم فيها لاناة ولا جمل. كما أنهم الاستثمار الحقيقي للأمة التي تسعى نحو مستقبل مشرق. وقد تطورت اليابان وبدأت بمحاكاة العظام من الدول باستثمارها في تعليم ومستقبل أبنائها. كما ركزت دول مثل دولة الكويت على مستقبل أطفالها من خلال إنشاء صندوق الأجيال المقبلة منذ عام ١٩٧١ والذي تموله بنسبة من ناتج بيع النفط. وقد سنت إلى جانب التشريعات الوطنية تشريعات دولية تعمل بقدر الإمكان تجنب الأطفال أهوال النزاعات المسلحة وتجنبيهم أية تداعيات لانتهاك حقوق الإنسان تقع في مجتمعاتهم.

فيستحق الأطفال تكريس هذه الدراسة لبحث حقوقهم؛ فهم لا يملكون لأنفسهم حولاً ولا قوة، فيتم تجنيدهم للمشاركة في العمليات القتالية، حيث شارك ما يقارب من ثلاثمائة ألف طفل ممن لم تبلغ أعمارهم الثامنة عشر في العمليات القتالية المندلعة في نحو ثلاثين بلد^(٢)، كما قد يتسبب مقاومة أحد الوالدين أو كلاهما للاحتلال الإضرار بالأطفال من أفراد الأسرة حيث لا تميز بعض القوات المعادية بين المقاومة وأفراد أسرهم من الأطفال، فتنتهج إسرائيل سياسة تدمير منازل أفراد المقاومة دون الاكتراث بما ينجم عنها من تهجير لهذه الأسر بما فيها من أطفال^(٣). كما قد يتعرض الوالدان أو أحدها لعقوبات جنائية بسبب

(١) عضو هيئة التدريس بجامعة الكويت، كلية الحقوق، قسم القانون الدولي، خريجة جامعة Pace University، نيويورك، ٢٠٠٢، وعضو المجلس التنفيذي للأكاديمية العالمية لكليات القانون البيئي، عضو الجمعية الكويتية النسائية، عضو الجمعية الكويتية لحماية البيئة.

(2) coalition to Stop the use of child soldiers, <<http://www.child-soldiers.org>> (last visited May. 1,2008).

(٣) واشنطن تنتقد سياسة هدم منازل الفلسطينيين،

بما فيها من أطفال^(١). كما قد يتعرض الوالدان أو أحدها لعقوبات جنائية بسبب هذه المقاومة أو قد يُقتل أو يسجن أو ينفى من أرضه بمفرده أو مع بقية أفراد أسرته، أو حتى يلوذ إلى مخيمات اللاجئين^(٢)، الأمر الذي يعرض الطفل لعدم الاستقرار والخوف والمعاناة الجسدية والمعنوية جراء هذه الإجراءات الانتقامية، وهو ما يعد انتهاكاً لمبدأ "شخصية العقوبات"^(٣)، وحق الشعوب في تقرير مصيرها وحققها في مقاومة الاحتلال^(٤).

كما لا يملك الأطفال القدرة أو الحق في اتخاذ القرار بالمكوث في هذا الموقع أو ذلك، أو النزوح إلى هذا البلد أو اللجوء إلى ذلك، أو الهرب من موقع القصف أو اللجوء إلى الملاجئ ما لم يتم بذلك أولياء أمورهم والسلطات المعنية، فهم مسيرون وغير مخيرون، لذلك لا بد من توفير حماية خاصة لهم تتجاوز تلك التي يتمتع بها بقية المدنيين ممن يملكون القدرة على اتخاذ القرار بالفرار أو المكوث في مواقع القتال، وبناءً عليه فإن القانون الدولي تولى منح حماية خاصة لهذه الفئة.

إلا أن اللافت للنظر في هذه الحماية أنها لا تعرف خطوطاً أو فواصل بين وقت السلم ووقت النزاعات المسلحة، فنجد وثائق السلم تتطرق لحماية حقوق الطفل وقت النزاعات المسلحة ووثائق النزاعات المسلحة تحمي حقوقاً خاصة في أوقات السلم.

(١) واشنطن تنتقد سياسة هدم منازل الفلسطينيين،

<http://news.bbc.co.uk/hi/arabic/middle_east_news/newsid_2626000/s626815.stm؛ ٤ يناير ٢٠٠٣، آخر زيارة للموقع ٣٠ إبريل ٢٠٠٨.

(٢) ما يزيد على ٨٠% من أصل أربعين مليون لاجئ حول العالم من النساء والأطفال.
Mark.E.Wojcik, et al., International Human Rights. 35(2) INT'L LAW.723, 726 fn. 18(2001). [hereinafter Mark E.].

(٣) ورد مبدأ شخصية العقوبات في المادة ٣٣ من الدستور الكويتي، ١١ نوفمبر ١٩٦٢.
(٤) المادة (١) مشترك بين العهد المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، قرار الجمعية العامة ٢٢٠٠ (ألف) المؤرخ في ديسمبر ١٩٦٦.

والعهد المتعلق بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، قرار الجمعية العامة ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ديسمبر ١٩٦٦.

وتأتي هذه الخصوصية في حماية حقوق الطفل وعدم اعتماد فواصل أو خطوط حمراء بين حماية حقوقه في وقت السلم وحماية حقوقه في وقت النزاعات المسلحة إلى الطبيعة الخاصة للأطفال الذين لا تختلف حاجاتهم في أوقات السلم عنها في أوقات النزاعات المسلحة، فما يحتاجه الطفل في وقت السلم لا يختلف البتة عما يحتاجه في وقت النزاعات المسلحة، فإذا كان الراشدون يسيطرون على رغباتهم وأحاسيسهم ومشاعرهم بحيث تنقلص حاجاتهم وحقوقهم في وقت السلم عنها في وقت النزاعات المسلحة، فتستغني المرأة عن المطالبة بحقوقها السياسية.

والمناداة بالمساواة التامة مع الرجل في وقت النزاعات المسلحة، وتوجه كل اهتمامها على المحافظة على حقها بالحياة وعدم التعرض للتعذيب أو الاغتصاب، فإن الأطفال لا يملكون هذه القدرة ولا يملكون إلا التصرف على طبيعتهم دون تكلف والتساؤل وبالبحاح عن سبب ذهابهم كعادتهم إلى المدرسة وقت النزاعات المسلحة، والإصرار على عدم سلب دميته المفضلة منهم ولو كان من قبل القوات المعادية، وعدم تناول الطعام الذي لا يتناسب ومرحلتهم العمرية.

وعليه إذا كانت تنقسم حقوق الإنسان بالنسبة للراشدين إلى حقوق خاصة بوقت السلم وحقوق خاصة بوقت النزاعات المسلحة، فإن حقوق الأطفال تزداد على ذلك بنوع آخر من الحقوق: هي الحقوق المختلطة، التي تتبناها كل من وثائق السلم ووثائق النزاعات المسلحة.

وحقوق الطفل تنقسم إلى ثلاثة مجاميع: الأولى: الخاصة بوقت السلم مثل حق التسجيل بعد الولادة، وحق الجنسية، وحق التعبير وإبداء الرأي، والحق في تكوين الجمعيات، وحرمة الحياة الخاصة، والحق في التبني والرعاية والإسلامية، والحق في رعاية خاصة للمعاقين، والحق بالانتفاع من الضمان الاجتماعي، أما الثانية: فهي مجموعة الحقوق الخاصة بوقت النزاعات المسلحة

مثل: عدم اشتراك الأطفال بشكل مباشر في العمليات العدائية^(١)، وحقهم في الاستفادة من مواقع ومناطق الاستشفاء التي تنشأ في وقت النزاعات المسلحة^(٢)، والحق بعدم إهمال من يتم منهم بسبب الحرب^(٣)، والحق باستمرار حسن تشغيل المؤسسات المخصصة لرعايتهم أثناء الاحتلال^(٤)، وحق الإفراج عن المعتقلين منهم والعمل على عودتهم لبلادهم^(٥)، كلتا المجموعتين لا يدخلان ضمن هذه الدراسة، والتي خصصت لبحث الحماية القانونية لمجموعة ثالثة من الحقوق هي الحقوق المختلطة، أي التي ينتفع بها الأطفال بغض النظر عن الوقت، سلم أم نزاعات مسلحة، مثل حق الأطفال الأصيل في الحياة وعدم إخضاعهم لأي شكل من أشكال التمييز، وعدم فصلهم عن والديهم، واعتماد مصلحة الطفل كمعيار للتعامل، ومنحهم أولوية في الإغاثة، وحظر استغلالهم والإساءة إليهم، وحقهم في اللجوء، وحقهم في التعليم، وحظر تعذيبهم وإخضاعهم للمعاملة اللاإنسانية، وحظر عقوبة الإعدام لهم أو لأمهاتهم اللواتي ترتبط حياتهم بحياتهن، وحقهم في اللعب والاستجمام.

فعلى خلاف محاولات البعض التفريق بين شقي القانون الدولي، أولاً القانون الدولي لحقوق الإنسان والذي حُصص لحماية حقوق الإنسان في وقت النزاعات المسلحة، ولقد أثبتت حماية الحقوق المختلطة للطفل أن هذه المحاولة لشق الصف بين فرعي هذا القانون وأنها غير ذات جدوى.

وقد تعددت الوثائق الدولية التي تعني بحماية الطفل بين تلك المخصصة لوقت السلم، وتلك المخصصة لوقت النزاعات المسلحة، إلا أن الحقوق المختلطة للطفل لم تعترف بهذه التفرقة والفصل، فتغلغت الحقوق المختلطة في

(١) البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ والمؤرخ في

عام ١٩٧٧، مادة ٧٧.

(٢) اتفاقية جنيف الرابعة الخاصة بحماية السكان المدنيين لعام ١٩٤٩، مادة ١٤.

(٣) المرجع السابق، مادة ٢٤.

(٤) المرجع السابق، مادة ٥٠.

(٥) المرجع السابق، مادة ١٣٢.

وثائق حماية حقوق الطفل الخاصة بوقت السم كما تغلغت في الوثائق الخاصة
بوقت النزاعات المسلحة.

وعليه أصبح من الضروري استعراض نطاق الحقوق المختلطة للطفل
(المبحث الأول) ومضمونها (المبحث الثاني) وضماناتها (المبحث الثالث).

المبحث الأول

نطاق حماية حقوق الطفل المختلطة

لدراسة نطاق حماية الحقوق المختلطة لابد من تحديد نطاقها الشخصي والزماني والمكاني.

أولاً. النطاق الشخصي لحقوق الطفل المختلطة:

لتحديد النطاق الشخصي لحقوق الطفل المختلطة لابد من تعريف الطفل المستفيد من هذه الحقوق. لقد تعددت التشريعات الوطنية بشأن تحديد الأفراد الذين يندرجون تحت مظلة الطفولة فمنهم من تبني الخامسة عشرة كسقف أعلى لمرحلة الطفولة بينما تبني البعض الآخر سن السابعة عشر عاماً وتبنت المجموعة الأخيرة سن الثامنة عشر عاماً^(١). وقد حسمت اتفاقية حقوق الطفل هذا التباين حين نصت في المادة الأولى منها على أن: "الطفل هو كل إنسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المطبق"^(٢). ولا تمييز في هذه الحماية جنس الطفل أو ديانته أو لونه أو جنسيته أو لغته أو عرقه أو غيرها من أسس التمييز الأخرى.

أما بشأن بداية مرحلة الطفولة فقد كانت ومازالت محل خلاف، حيث برزت أثناء الأعمال التحضيرية لاتفاقية حقوق الطفل اتجاهات ثلاثة بشأن

(1) Philip Alston, the Unborn child and Abortion Under the Draft convention on the rights of the child, 12 HUMAN RIGHT QUARTERLY 156, 163 (1990) [hereinafter Alston].

(٢) اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٥/٤٤ المؤرخ في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩، مادة ١. * د/عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، اتفاقية حقوق الطفل: خطوة إلى الأمام أم إلى الوراء، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٩٣، د/مخلد الطراونة حقوق الطفل، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، يونيو ٢٠٠٣.

بداية مرحلة الطفولة^(١)، والتي تتمثل في الاتجاه الأول: وقد كان بقيادة أيرلندا والفايكان ودول أمريكا اللاتينية والتي ترى بداية الطفولة منذ مرحلة Conception^(٢). أما الاتجاه الثاني: فقد كان بقيادة بولندا ودول أوروبا الشرقية والتي ترى بداية مرحلة الطفولة منذ لحظة الولادة^(٣). وكان الاتجاه الثالث: بزعامة الولايات المتحدة الأمريكية والتي ربطت بداية مرحلة الطفولة فيه بقابلية الجنين للحياة والنمو^(٤). إلا أن التوفيق بين كل هذه الاتجاهات كان السبيل وراء الوصول إلى صيغة مقبولة من قبل كافة التوجهات، فأشارت في أكثر من موقع لحق الطفل بالحياة وذلك عندما نصت الاتفاقية في ديباجتها على الدول الأطراف "تضع في اعتبارها أن الطفل، بسبب عدم نضجه البدني والعقلي، يحتاج إلى إجراءات ووقاية ورعاية خاصة، بما في ذلك حماية قانونية مناسبة، قبل الولادة وبعدها وذلك كما جاء في إعلان حقوق الطفل" الأمر الذي يتعدى الأطفال ليشمل الأجنة. ثم عادت وأكدت في المادة السادسة على حق الطفل الأصيل بالحياة.

وما زال كل نظام وطني يتفرد باتباع ما تُمليه عليه مبادئ وأعراف وديانة المجتمع^(٥). وبزرت حماية الأجنة ضمن حماية حقوق الأطفال بشأن مسألة حق

- (1) Keren A.McSweeney. the potential for Enforcement of the United Nations convention on the Rights of the child: the Need to Improve the Information Base, 16 Boston college International and comparative Law Review 467. 472 (summer. 1993).
- (2) Thomas A.Johnson, Remarks, United Nations convention on the Rights of the child in AMERICAN SOC'Y LAW, PROCEEDINGS of the 83RD ANNUAL MEETING, 155, 179 (1989).
- (3) Id.
- (4) Id.

(٥) د/خالد مصطفى فهمي، حقوق الطفل ومعاملته في ضوء الاتفاقيات الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧، ص ٢١-٣٣.

الأم في الإجهاض، فلوح البعض بأن تمتع الجنين بوصف الطفل يحرم الأم من حق الإجهاض لأنها بهذه الحالة تعتدي على حق الطفل بالحياة^(١)، أما انعدام صفة الطفولة في الجنين يبقى للأم كامل الحرية في اتخاذ قرار الإجهاض من عدمه دون أدنى مسئولية قانونية عليها^(٢).

ثانياً. النطاق الزمني لحقوق الطفل المختلطة:

إذا كان القانون الدولي لحقوق الإنسان يطبق في وقت السلم فإن القانون الدولي الإنساني يطبق في وقت النزاعات المسلحة^(٣). ومضمون القانون الدولي لحقوق الإنسان يختلف عن مضمون القانون الدولي الإنساني، فما يثور من حقوق في وقت السلم لا يثور بالضرورة في وقت النزاعات المسلحة، وحتى ما يثور منها في وقتي السلم والنزاعات المسلحة لا يثور بالضرورة بنفس البعد والمدى وإنما يرد عليها عدد من القيود^(٤). فعلى سبيل المثال لا يمكن إثارة الحقوق السياسية وقت النزاعات المسلحة، وقصرها على وقت السلم. فمن غير المتصور إجراء انتخابات تشريعية وقت النزاعات المسلحة، ما لم تتعقد هذه الانتخابات بقرار من مجلس الأمن الدول تحت الفصل السابع لوقف أمد حرب مستعرة في مكان الانتخاب، كما في قرار مجلس الأمن الدولي بشأن الانتخابات في الجمهورية اللبنانية وتيمور الشرقية^(٥). كما قد يرد ذات الحق في وقتي

(١) د/ليلي عبد الله سعيد، حقوق الطفل في محيط الأسرة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٣، السنة ٨، (سبتمبر ١٩٨٤)، ص ٢١٤-٢١٥.

(٢) د/رءوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، ١٩٨٥، ص ٢٣٠.

(٣) د/عصام عبد الفتاح مطر، القانون الدولي الإنساني: مصادره، مبادئه وأهم قواعده، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٨، ص ١٢-١٤، د/محمد يوسف علوان ود/محمد خليل الموسى، الدولي لحقوق الإنسان، المصادر ووسائل الرقابة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٨.

(٤) د/عصام مطر، مرجع سابق، ص ٩٢.

(٥) حث قرار مجلس الأمن الدولي رقم ٢٠٠٤/١٥٥٩ على إجراء انتخابات نزيهة في لبنان وفقاً للدستور ودون تدخل أية أطراف أجنبية. قرار مجلس أمن الدولي رقم ٢٠٠٤/١٥٥٩ والذي اتخذته مجلس الأمن الدولي في جلسته رقم ٥٠٢٨ المنعقدة في

السلم والنزاعات المسلحة، مثل حق الحياة، والذي يتمتع به الإنسان في وقت السلم على إطلاقه، إلا أنه يتم تقييده في وقت النزاعات المسلحة بحيث لا يتمتع به سوى السكان المدنيين من غير المقاتلين^(١).

إلا أن هذا التمييز في الحقوق بين وقتي السلم والنزاعات المسلحة لا يرد على إطلاقه بشأن حقوق الطفل، فيستمر بالتمتع بذات الحقوق بغض النظر عما يدور حوله من أحداث سواء أكان الوقت سلماً أم نزاعاً مسلحاً، الأمر الذي أثقل كاهل طرفي النزاع والدول المحيطة والمجتمع الدولي إلى جانب المنظمات الدولية المعنية في مسؤولية العمل على حماية حقوق الطفل ودفعهم إلى تكبد العناء من أجل ضمان استمرار تمتع الأطفال بحقوقهم دون انقطاع.

ثالثاً. النطاق المكاني لحقوق الطفل المختلفة:

الأصل العام أن تتصف وثائق القانون الدولي بإلزاميتها فقط تجاه أشخاص القانون الدولي الذين دخلت الاتفاقية حيز النفاذ بالنسبة لهم^(٢)، فلا يمكن إلزام الدول التي لم تبد موافقتها من خلال توقيعها وتصديقها على الاتفاقيات الدولية^(٣). ولا يقتصر تنفيذ الاتفاقيات الدولية على إقليم الدولة فحسب، بل يشمل كل الأقاليم التي تمارس عليها الدولة سلطاتها^(٤)، وقد كان بالفعل هذه هي الصياغة التي تبنتها المادة ٢ من اتفاقية حقوق الطفل حيث نصت على أن "تحتزم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية

٢ سبتمبر ٢٠٠٤؛ كما حث قرار مجلس الأمن الدولي رقم ١٧٤٥/٢٠٠٧، جميع الأطراف على كفالة إجراء انتخابات حرة وعادلة وسلمية واحترام الجدول الزمني لعمليات الاقتراع الذي وضعته اللجنة الوطنية المعنية بالانتخابات" قرار مجلس الأمن الدولي رقم ١٧٤٥/٢٠٠٧ الصادر في جلسة مجلس الأمن الدولي رقم ٥٦٤٣ المعقودة في ٢٢ فبراير ٢٠٠٧.

(١) د/عصام مطر، مرجع سابق، ص ١٦١-١٦٢.

(٢) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ٢٣ مايو ١٩٦٩، مادة ٢٦.

(٣) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ٢٣ مايو ١٩٦٩، مادة ٣٤.

(4) case No. 52/ 79. Lóez Burgos v. Uruguay; case No. 56/79. Lilian celiberti de casariego v. Uruguay.

وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها". الأمر الذي يمد الاختصاص المكاني لتطبيق هذه الاتفاقية إلى خارج حدود أقاليم الدول ليشمل كل الأقاليم التي لا تعد ضمن أقاليمها ولكن تخضع لولايتها، كما في القواعد العسكرية والمعتقلات السرية في الخارج مثل معتقل أبو غريب العراقي والذي كانت تديره القوات الأمريكية وكذلك معتقل غوانتانامو والتي تديره كذلك وزارة الدفاع الأمريكية.

وتمنح بعض الاتفاقيات الدولية وتلقي أعباء والتزامات على الدول الغير، ولكنها لا تنفذ في مواجهتها إلا إذا أبدت موافقتها على هذه الالتزامات أو الحقوق وفقاً لنص المواد ٣٤-٣٦ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات^(١). وبالتالي يكن لنطاق حقوق الطفل أن تتسع من حيث المكان متى ما أبدت الدول غير الأعضاء رغبتها وموافقتها على تنفيذ ما ورد من التزامات تضمنتها الاتفاقية.

كما يرى البعض إمكانية إلزام الدول غير الأطراف في الاتفاقيات الدولية التي تتضمن حقوقاً للأطفال متى ما حظيت هذه الاتفاقيات بدعم من المجتمع الدولي يكفل تحويلها إلى قواعد قانونية عرفية أو منهاجاً للتفسير تلزم جميع الدول حتى التي لم تشترك بتكوينها^(٢). وبالفعل قامت اللجنة الدولية للصليب الأحمر بإصدار القانون الدولي الإنساني العرفي عام ٢٠٠٧ والذي جمعت فيه

(١) تنص المادة ٣٤ من اتفاقية فيينا على أنه "لا تنشئ المعاهدة التزامات أو حقوقاً للدولة الغير بدون رضاها" كما تنص المادة ٤٥ من اتفاقية فيينا على أنه "ينشأ التزام على الدولة الغير من نص في المعاهدة إذا قصد الأطراف فيها أن يكون هذا النص وسيلة لإنشاء الالتزام وقبلت الدولة الغير ذلك صراحة وكتابة" أما المادة ٣٦ فقد نصت على أنه "١- ينشأ حق للدولة الغير من نص في المعاهدة إذا قصد الأطراف فيها أن يمنح النص هذا الحق إما للدولة الغير، أو لمجموعة من الدول تنتمي إليها، أو لجميع الدول، ووافقت الدولة الغير على ذلك، وتفترض الموافقة ما دامت الدولة الغير لم تبد العكس، إلا إذا نصت المعاهدة على خلاف ذلك. ٢- يجب على الدولة التي تمارس حقاً وفقاً للفقرة الأولى أن تتقيد بالشروط الخاصة بممارسته المنصوص عليها في المعاهدة أو الموضوع وفقاً لها. اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، مرجع سابق، المواد ٣٤-٣٦.

(2) Cynthia P.cohen&per Miljeteig-olssen. status Report: United Nations convention on the Rights of the child. 8 J. HUM. RTS.. 367,377 (1991)

كل القواعد الخاصة بالقانون الدولي الإنساني^(١). إلا أن حماية الأطفال وردت في هذه القواعد ضمن حماية السكان المدنيين.

(١) جون ماري هنكرتس ولويز دوزوالدبك، القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول، القواعد، القاهرة، ٢٠٠٧.

المبحث الثاني

مضمون الحقوق المختلطة للطفل

الحقوق المختلطة للطفل هي تلك الحقوق الواجب منحها للطفل دون تفرقة بين وقت السلم والنزاعات المسلحة، كما أنها ذات الحقوق التي وردت الإشارة إليها في كلتا النوعين من الوثائق وثنائق السلم أو وثنائق النزاعات المسلحة، أو كذلك تلك الحقوق الخاصة بوقت النزاعات المسلحة والتي تمت الإشارة إليها في وثنائق السلم أو تلك الحقوق الخاصة بوقت السلم وتمت الإشارة إليها في وثنائق النزاعات المسلحة.

فعلى سبيل المثال الحق باتفاقية حقوق الطفل بروتوكولا اختيارياً بشأن تجنيد الأطفال والذي دخل حيز النفاذ في ١٢ فبراير ٢٠٠٢^(١). ولم يتردد البروتوكول في الإشارة لبعض حقوق الطفل في وقت النزاعات المسلحة على الرغم من ارتباطه باتفاقية حقوق الطفل وهي وثيقة من وثنائق السلم، حيث ربطت ديباجة البروتوكول بين حقوق الطفل في وقتي السلم والنزاعات المسلحة^(٢)، وذلك عندما أكدت على أن حماية الطفل أثناء النزاعات المسلحة لا يمكن أن تبحث بمنأى عن أوضاع السلم والأمن والاحترام التام للمقاصد والمبادئ الواردة في ميثاق الأمم المتحدة والتقييد بصكوك حقوق الإنسان^(٣). ومن ناحيته أشار الميثاق الأفريقي لحقوق ورفاهية الطفل في ديباجته إلى أن الدول الأعضاء "تلاحظ بقلق أن وضع الأطفال الأفارقة أصبح خطيراً بسبب... النزاعات المسلحة". وبالتالي كان لزاماً على الدول الأعضاء أن تقف

(1) Optional protocol to the convention on the Rights of the child on Involvement of children in Armed conflict. G.A. Res.54-263. U.N. GAOR, 54th Sess.. Agenda Item 116(a). U.N.Doc. No A/RES/54/263 (2001).

(٢) البروتوكول الخاص بإشراك الأطفال فيا لنزاعات المسلحة، مرجع سابق، الديباجة، فقرة ٦.

(٣) المرجع السابق، الديباجة فقرة ١٤.

وقفة لصالح الطفل الأفريقي في وقتي السلم والنزاعات المسلحة من خلال وثيقة صيغت لأوقات السلم، بل وخصص الميثاق عنواناً لأحد بنوده تحت مسمى "النزاعات المسلحة".

وتتمثل الحقوق المختلطة في حظر استخدام الأطفال في الأعمال الخطرة أو المضرة بالصحة، وحقهم في الحصول على مركز لاجئ، وحقهم في العيش في كنف أسرهم، وحظر إخضاعهم لعقوبة الإعدام، وحقهم في التعليم، وحقهم في الاستمرار بالتمتع بالرعاية تحت كافة الظروف، وحقهم بالتعليم، واعتماد مصالحهم كأساس في اتخاذ القرارات المرتبطة بمصيرهم.

أولاً- حظر الاستخدام في الأعمال الخطرة أو المضرة بالصحة:

فقد نص العهد على حماية حق من حقوق الطفل المختلطة في المادة ١٠ منه والتي جاء فيها النص على أنه "يجب جعل القانون يعاقب على استخدامهم في أي عمل من شأنه إفساد أخلاقهم أو الإضرار بصحتهم أو تهديد حياتهم بالخطر أو إلحاق الأذى بنموهم الطبيعي"^(١). ومن الملاحظ بأن هذا النص ذو طبيعة مختلطة قابل للتطبيق في وقتي السلم والنزاعات المسلحة، فينطبق على تشغيل الأطفال في أعمال المناجم والتي تعتبر أعمالاً خطيرة في وقت السلم، كما يطبق على إشراكهم في العمليات القتالية الأهلية والدولية حيث أن من شأن هذه المشاركة أن تفسد أخلاقهم وتجعلهم أكثر عنفاً، كما أنها تعرض حياتهم للخطر. وإذا لم تعاقب التشريعات الوطنية على هذه المخالفة، فإن القانون الدولي لن يتوانى عن معاقبة المتورطون في ارتكاب مثل هذه الجرائم. وبالفعل فقد

(١) العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، مرجع سابق، مادة ١٠ (٣).

Michael J.Dennis &David P.Stewart, Justiciability of Economic, social, And Cultural Rights: should there be An International complaints Mechanism to Adjudicate the rights to food, water, Housing, And Health? American Journal of International Law July, 2004.

أدانت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة الرئيس اليوغسلافي السابق سلوبودان ميلوسوفيتش بسبب دوره في تشغيل الأطفال في أعمال خطيرة من خلال إسناد مهام لهم في خطوط المواجهة الأمامية مع العدو^(١).

وقد أكد إعلان الأمم المتحدة لحقوق الطفل لعام ١٩٥٩^(٢)، والذي يعتبر من مصادر السلم، على الحقوق المختلطة للطفل، والتي يستحق أن يتمتع بها حتى أثناء النزاعات المسلحة^(٣). فمنح الإعلان الطفل الأولوية في الإغاثة على غيره من الفئات^(٤)، كما أكد المبدأ التاسع منه على حماية الطفل من جميع صور الإهمال والقسوة والاستغلال، والتي يمكن أن تكون إحدى صورها إشراكه في عمليات قتالية مباشرة ضد العدو.

وحظرت المادة ٣٨ من اتفاقية حقوق الطفل تجنيد الأطفال، والذي غالباً ما ينتهي بإشراكهم مباشرة في العمليات القتالية.

وتحظر المواد ٤-١، من البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل والخاص بإشراك الأطفال في النزاعات المسلحة، على الأطفال المشاركة في العمليات القتالية للقوات المسلحة قبل بلوغهم ١٨ عاماً^(٥). وهذا المنع لا يقف عند الحاضر، بل ينسحب بأثر رجعي على الأطفال الملتحقين مسبقاً

(1) the international criminal tribunal for former Yugoslavia, case No. IT-95-9, the prosecutor of the tribunal Against Slobodan Miljkovic a/k/a lugar, Blagoje simic, Milan simic, Miroslav tadic a/k/a MIRO BRKO, stevan todorovic a/k/a stiv a/k/a stevo a/k/a Monstrum, simo zaric a/k/a solaja, count No. 5.children work in front lime of the enemies.

(٢) إعلان حقوق الطفل، بموجب قرار الجمعية العامة ١٣٨٦ (د - ١٤) المؤرخ في ٢٠ نوفمبر ١٩٥٩.

(3) C.A. Wringe, children's Rights: A philosophical study, P.P.25-27 (1981).

(٤) إعلان حقوق الطفل، مرجع سابق، المبدأ الثامن.

(٥) المرجع السابق، مرجع سابق، مادة ٤-١.

بالقوات المسلحة، إذ ألزم البروتوكول الدول الأعضاء بضرورة العمل على تسريحهم أو إعفائهم من هذه المهمة^(١).

وأشارت المادة ٢٢ من الميثاق لحقوق ورفاهية الطفل للالتزام الدول الأعضاء باحترام قواعد القانون الدولي الإنساني المتعلقة بحماية حقوق الطفل، كما أكدت على تجنب مشاركة الطفل بأي شكل مباشر في العمليات القتالية^(٢).

كما أن اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٨٢ بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها لعام ١٩٩٩ تعتبر من اتفاقيات وقت السلم! لا أنها تحظر في المادة ٣ (أ) التجنيد القسري والإجباري للطفل^(٣) لاستخدامه في المنازعات المسلحة^(٤).

(١) تنص المادة ٧ من البروتوكول الخاص بإشراك الأطفال في النزاعات المسلحة على أنه: "تتخذ الدول الأطراف جميع التدابير الممكنة عملياً لكفالة تسريح الأشخاص المجندين أو المستخدمين في الأعمال الحربية... أو إعفائهم على نحو آخر من الخدمة" البروتوكول الخاص بإشراك الأطفال في النزاعات المسلحة، مرجع سابق، مادة ٦.

(٢) صدر الميثاق الأفريقي لحقوق الطفل عن منظمة الوحدة الأفريقية عام ١٩٩٠، وبدأ العمل به في ٢٩ نوفمبر ١٩٩٩.

Vincent O. Nmehielle. Developmint of the African Human Rights system In the last Decade, 11 No.3 Hum. Rts. Brief 6, 7 (2004); thoko Kaime, from lofty Jargon to Durable solutions: Unaccopanied Refugee children and the African charter on the Rights and welfare of the child, 16 Inst'l J. Refugee L.336 (2004).

(٣) تنص المادة ٣ (أ) من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم ١٨٢ بشأن حظر أسوأ أشكال عمل الأطفال والإجراءات الفورية للقضاء عليها على أنه يشمل تعبير "أسوأ أشكال عمل الأطفال في مفهوم الاتفاقية" التجنيد القسري أو الإجباري للأطفال لاستخدامهم في صراعات مسلحة".

(4) Abigail leibig, Note and comment girl child soldiers in northern Uganda: Do current legal frame works offer sufficient protection? 3 NE.U.J.Int'l Hum RTs.6, (spring, 2005); Joseph N.Madubuike - Ekwe, the international legal standards adopted

كما حظرت المادة ٧٧ من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الصادر في عام ١٩٧٧ تجنيد الأطفال الذين تقل أعمارهم عن ١٥ عاماً، وإعطاء الأولوية لمن هم أكبر سناً في حال تجنيد من هم أكبر من ١٥ سنة وأقل من ١٨ سنة. كما حظر البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف الأربع تجنيد من هم أقل من ١٥ عاماً^(١).

ثانياً - الحق بالحصول على مركز لاجئ:

حثت المادة ٢٢ من الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل الدول الأطراف على حصول الطفل على مركز لاجئ من خلال "اتخاذ التدابير الملائمة لتكفل للطفل الذي يسعى للحصول على مركز لاجئ، أو الذي يعتبر لاجئاً وفقاً للقوانين والإجراءات الدولية أو المحلية المعمول بها...". ويدعم هذا الحق حقيقة عدم ارتباط الطفل في النزاع المسلح وبالتالي حق على المجتمع الدولي توفير الملاذ الآمن له ولذويه. كما أن هذا الحق يؤكد على براءة الطفولة وبعدم تشكيل الطفل لأي خطر بالنسبة للدول التي يلجأ إليها، فلا مجال للحديث عن الأخطار التي يمكن أن يتسبب بها الأطفال لدولة الملجأ وتمنعها من استقبالهم كلاجئين.

to stop the participation of children in armed conflicts. 11 Ann. Surv. Int'l & comp. L.29 (spring, 2005).

(١) تنص المادة ٤ (٣) من البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف على أنه "يجب توفير الرعاية والمعونة للأطفال بقدر ما يحتاجون إليه، وبصفة خاصة: أ- يجب أن يتلقى هؤلاء الأطفال التعليم، بما في ذلك التربية الدينية والخلقية تحقياً لرغبات آبائهم أو أولياء أمورهم في حالة عدم وجود آباء لهم، ب- تتخذ جميع الخطوات المناسبة لتسهيل جمع شمل الأسر التي تشتتت لفترة مؤقتة، ج- لا يجوز تجنيد الأطفال دون الخامسة عشر من القوات أو الجماعات المسلحة. ولا يجوز السماح بإشراكهم في الأعمال العدائية، د- تظل الحماية الخاصة التي توفرها هذه المادة للأطفال دون الخامسة عشر سارية عليهم اشتركوا في الأعمال العدائية بصورة مباشرة، رغم أحكام الفقرة (ج) إذا ألقى القبض عليهم، هـ- تتخذ، إذا اقتضى الأمر، الإجراءات لإجلاء الأطفال وقتياً عن المنطقة التي تدور فيها الأعمال العدائية إلى منطقة أكثر أمناً داخل البلد على أن يصحبهم أشخاص مسنونون عن سلامتهم وراحتهم، وذلك بموافقة الوالدين كلما كان ممكناً أو بموافقة المسؤولين بصفة أساسية عن رعايتهم قانوناً أو عرفاً".

بل أن بعض الدول كانت تتسابق أثناء الحرب في يوغسلافيا السابقة على استقبال الأطفال اللاجئين، وكانت فرنسا من ضمن من تبرعت باستقبال اللاجئين من أطفال البوسنة، لرعايتهم أثناء فترة النزاع المسلح.

ثالثاً. الحق بالعيش في كنف الأسرة:

وأكدت اتفاقية حقوق الطفل على حق الطفل في العيش في كنف أسرته، من خلال مطالبتها الدول الأعضاء بالتعاون مع المنظمات الدولية المعنية بحماية الطفل والبحث عن والده من أجل توفير المعلومات اللازمة لتيسير هذه المهمة^(١).

وقد أكدت المادة ٧٧ من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع على وحدة الأسرة من خلال النص على جمع أفرادها ولم شملهم عند القبض عليهم أو احتجازهم^(٢).

وقد أدانت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة إجراءات فصل الطفل عن بقية أفراد أسرته، خاصة تلك الحوادث التي وقعت بين ١٣-١٥ يوليو ١٩٩٥ ضد أبناء البوسنة المسلمين^(٣).

(١) اتفاقية حقوق الطفل، مرجع سابق، مادة ٢٢ (٢).

(٢) تنص المادة ٧٧ (٥) من البروتوكول الأول الملحق باتفاقيات جنيف على أنه: "لا يجوز تنفيذ حكم الإعدام لجريمة تتعلق بالنزاع المسلح، على الأشخاص الذين لا يكونون قد بلغوا بعد الثامنة عشر من عمرهم وقت ارتكاب الجريمة".

(3) ICTY, the prosecutor of the tribunal Against drazen erdemovic, provides that "Between 12 and 13 July 1995, the Bosnian Muslim men, women and children who had sought refuge in and around the UN compound in potocari were placed on buses and trucks under the control of Bosnian Serb military personnel and police and transported out of the Srebrenica enclave. Before boarding these buses and trucks, Bosnian Muslim men were separated from Bosnian Muslim women and children and were transported to various collection centres around Srebrenica. "Available at <<http://www.un.org/icty/indictment/english/erd-ii960529e.htm>>. (last visited Jul.12.2008).

رابعاً. حظر إيقاع عقوبة الإعدام:

توفر قواعد القانون الدولي في وقت السلم ووقت النزاعات المسلحة حماية لحق الأطفال بالحياة، وتشمل هذه الحماية عد جواز إيقاع عقوبة الإعدام بحقهم. فقد حظرت المادة ٣٧ من اتفاقية حقوق الطفل إيقاع عقوبة الإعدام في حق الطفل حتى في وقتي السلم ووقت النزاعات المسلحة. وكذلك حظرت المادة ٧٧ (٥) من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف إعدام من هم أقل من ١٨ عاماً.

ولم تتوقف ميزة حماية حق الطفل بالحياة بل تعدته ليستفيد منها البالغين. فقد حظرت قواعد القانون الدولي الخاصة بوقت السلم ووقت النزاعات المسلحة إيقاع عقوبة الإعدام على البالغين الذين يعتمد الطفل في وجوده عليهم، فحظرت المادة ٧٦ من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع والخاص بالمنازعات المسلحة الدولية إعدام ذوات الأحمال من الأمهات واللواتي يعتمد عليهن أطفالهن^(١)، وكذلك حظرت ٦ من البروتوكول الإضافي الثاني الخاص بالنزاعات المسلحة غير الدولية والملحق باتفاقيات جنيف الأربع "تنفيذ عقوبة الإعدام في أمهات صغار الأطفال"^(٢).

وفي هذا المقام أدانت المحكمة الجنائية الدولية الخاصة بمحاكمة مجرمي الحرب في يوغسلافيا السابقة بعض أفراد القوات المسلحة بسبب قتلهم لمجموعة من المدنيين بينهم شريحة من الأطفال^(٣). كما وصفت ذات المحكمة

(١) تنص المادة ٧٦ من البروتوكول الإضافي الأول باتفاقيات جنيف على أن "تتجنب قدر المستطاع، إصدار حكم بالإعدام على أولات الأحمال أو أمهات صغار الأطفال اللواتي يعتمد عليهن أطفالهن، بسبب جريمة تتعلق بالنزاع المسلح، ولا يجوز أن ينفذ حكم الإعدام على مثل هؤلاء النسوة".

(٢) البروتوكول الإضافي الثاني الخاص بالنزاعات المسلحة غير الدولية لعام ١٩٧٧، والملحق باتفاقيات جنيف لعام ١٩٤٩، مادة ٦ (٤).

(3) the prosecutor of the tribunal against Dario KORDIC, tihofil also known as tihomir BLASKIC, Mario CERKEZ, Ivan also known as Ivica SANITIC, Pero SKOPLJAK, Zlatko

في قضية أخرى قتل الأطفال وتعريضهم للخطر من خلال حرقهم بأنها انتهاكات خطيرة لقوانين الحرب وجرائم حرب متى ارتكبت أثناء النزاع المسلح^(١).

خامساً الحق بالتعليم:

فأكدت المادة ٢٤ من اتفاقية جنيف الرابعة لعام ١٩٤٩ على ضرورة استمرار تمتع الأطفال بالحق في التعليم على الرغم من اندلاع النزاع المسلح وتعطل معظم مؤسسات الدولة المدنية بما في ذلك المؤسسات التعليمية^(٢).

أما المادة ٧٨ من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع فقد شجع على إجلاء الأطفال في أضييق الحدود لحمايتهم من امتداد

ALEKSOVSKI, "count 2: a crime against humanity as recognized by Articles 5 (a) (murder), 7 (1) and 7 (3) of the statute of the tribunal (as described in paragraphs 24-25 which are incorporated in full herein", available at <<http://www.un.org/icty/icdictment/english/bla-ii951110e.htm>> (last visited Jul, 15, 2008).

- (1) the prosecutor of the tribunal against, Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Vladimir Santic, also known as "VLADO", Stipo Alilovic, also known as "BRKO". Drago Josipovic, Marinko Katava. Dragan Papic, available at <<http://www.un.org/icty/indictment/english/kupii951110e.htm>> (last Jul 13, 2008).

(٢) تنص المادة ٢٤ من اتفاقية جنيف الرابعة "على أطراف النزاع أن تتخذ التدابير الضرورية لضمان عدم إهمال الأطفال دون الخامسة عشر من العمر الذين تيتيموا أو افترقوا عن عائلاتهم بسبب الحرب، وتيسير إعالتهم وممارسة دينهم وتعليمهم في جميع الأحوال. ويعهد بأمر تعليمهم إذا أمكن إلى أشخاص ينتمون إلى التقاليد الثقافية ذاتها. وعلى أطراف النزاع أن تسهل إيواء هؤلاء الأطفال في بلد محايد طوال مدة النزاع، بموافقة الدولة الحامية، إذا وجدت، وبشرط الاستيثاق من مراعاة المبادئ المبينة في الفقرة الأولى. وعليها فوق ذلك أن تعمل على اتخاذ التدابير اللازمة لإمكان التحقق من هوية جميع الأطفال دون الثانية عشر من العمر، عن طريق حمل لوحة لتحقيق الهوية أو بأي وسيلة أخرى".

أخطار النزاع المسلح، مع التأكيد على استمرار حقهم في التعليم حتى في دولة الملجأ^(١).

كما كرست المادة ٤ (٣) من البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف الأربع لحماية الطفل أثناء النزاعات المسلحة غير الدولية حين أكدت على ضرورة استمرار حق الطفل بالتعليم والعمل على إجلائه إلى مناطق آمنة من أجل هذا الغرض^(٢).

(١) تنص المادة ٧٨ على أنه: "١- لا يقوم أي طرف في النزاع بتدابير إجلاء الأطفال - بخلاف رعاياه - إلى بلد أجنبي إلا إجلاء مؤقتاً إذا اقتضت ذلك أسباب قهرية تتعلق بصحة الطفل أو علاجه الطبي أو إذا تطلبت ذلك سلامته في إقليم محتل. ويقتضي الأمر الحصول على موافقة مكتوبة على هذا الإجراء من آباءهم أو أولياء أمورهم الشرعيين إذا كانوا موجودين. وفي حالة تعذر العثور على هؤلاء الأشخاص فإن الأمر يقتضي الحصول على موافقة مكتوبة على مثل هذا الإجراء من الأشخاص المسؤولين بصفة أساسية بحكم القانون أو العرف عن رعاية هؤلاء الأطفال. وتتولى الدولة الحامية الإشراف على هذا الإجراء، بالاتفاق مع الأطراف المعنية، أي الطرف الذي ينظم الإجراء، والطرف الذي يستضيف الأطفال، والأطراف الذين يجري إجلاء رعاياهم. ويتخذ جميع أطراف النزاع، في كل حالة على حدة، كافة الاحتياطات الممكنة لتجنب تعريض هذا الإجراء للخطر. ٢- ويتعين، في حالة حدوث الإجراء وفقاً للفقرة الأولى، متابعة تزويد الطفل أثناء وجوده خارج البلاد جهد الإمكان بالتعليم بما في ذلك تعليمه الديني والأخلاقي وفق رغبة والديه".

(٢) تنص المادة ٤ (٣) من البروتوكول الإضافي الثاني الملحق باتفاقيات جنيف على أنه: "- يجب توفير الرعاية والمعونة للأطفال بقدر ما يحتاجون إليه، وبصفة خاصة: أ- يجب أن يتلقى هؤلاء الأطفال التعليم، بما في ذلك التربية الدينية والخلفية تحقيقاً لرغبات آباءهم أو أولياء أمورهم في حالة عدم وجود آباء لهم. ب- تتخذ جميع الخطوات المناسبة لتسهيل جمع شمل الأسر التي تشتتت لفترة مؤقتة، ج- لا يجوز تجنيد الأطفال دون الخامسة عشر من القوات أو الجماعات المسلحة. ولا يجوز السماح بإشراكهم في الأعمال العدائية، د- تظل الحماية الخاصة التي توفرها هذه المادة للأطفال دون الخامسة عشر سارية عليهم اشتركوا في الأعمال العدائية بصورة مباشرة، رغم أحكام الفقرة (ج) إذا لقي القبض عليهم، هـ- تتخذ، إذا اقتضى الأمر، الإجراءات لإجلاء الأطفال وقتياً عن المنطقة التي تدور فيها الأعمال العدائية إلى منطقة أكثر أمناً داخل البلد على أن يصحبهم أشخاص مسؤولون عن سلامتهم وراحتهم، وذلك بموافقة الوالدين كلما كان ممكناً أو بموافقة المسؤولين بصفة أساسية عن رعايتهم قانوناً أو عرفاً".

سادساً الحق باستمرارية التمتع بالرعاية في كل الظروف:

دعت المادة ٥٠ من اتفاقية جنيف الرابعة إلى ضرورة استمرار رعاية الأطفال أثناء الاحتلال، إلا أنها أسندت لقوات الاحتلال مهمة العمل على ضمان استمرار خدمات الرعاية للأطفال في حال فشل المؤسسات الوطنية الخاضعة للاحتلال في القيام بدورها بهذا الخصوص^(١).

ويدخل ضمن استمرارية التمتع بالرعاية حظر تجويع الأطفال ومن يتولى تغذيتهم أو من يعتمدون عليه كالأُم والمرضعة. فقد حظر البروتوكول الثاني لعام ١٩٧٧ والخاص بالنزاعات المسلحة غير الدولية والملحق باتفاقيات جنيف الأربع في مادة ١٤ منه تجويع المدنيين كأسلوب من أساليب القتال. ولا يختلف رفع أسعار السلع الغذائية الأساسية اليوم عن هذا الأسلوب، فحين تشارك الدول العظمى والمنتجة للبترول في رفع أسعار السلع الاستهلاكية بشكل يصبح من المستحيل وصولها لأيدي الفقراء، لا شك أنها ستتسبب بمجاعة دون استخدام الأسلحة التقليدية، وإنما باستخدام أسلحة غير قتالية وبأسلوب مبطن، أول ما يسقط ضحية له الأطفال.

سابعاً مصلحة الطفل أساس اتخاذ القرارات المرتبطة بهم:

لا يدرك الأطفال مصلحتهم وبالتالي لا يحسنون اتخاذ القرار، الأمر الذي دفع النظم الوطنية بالانتقاص من الأهلية القانونية للأطفال، وكفل بولي الأمر أو الولي اتخاذ القرارات بالنيابة عنهم. وقد انتهجت قواعد القانون الدولي نفس الاتجاه، مؤكدة على ضرورة أن تصب القرارات المتخذة بكل شئون الأطفال

(١) تنص المادة ٥٠ من اتفاقية جنيف الرابعة على أنه: "تكفل دولة الاحتلال، بالاستعانة بالسلطات الوطنية والمحلية، حسن تشغيل المنشآت المخصصة لرعاية الأطفال وتعليمهم. وعليها أن تتخذ جميع التدابير اللازمة لتيسير التحقق من هوية الأطفال وتسجيل نسبهم. ولا يجوز لها بأي حال أن تغير حالتهم الشخصية أو أن تلحقهم بتشكيلات أو منظمات تابعة لها. إذا كانت المؤسسات المحلية عاجزة، وجب على دولة الاحتلال أن تتخذ إجراءات لتأمين إعالة وتعليم الأطفال الذين تيتيموا أو افترقوا عن والديهم بسبب الحرب في حالة عدم وجود قريب أو صديق يستطيع رعايتهم، على أن يكون ذلك كلما أمكن بواسطة أشخاص من جنسيتهم ولغتهم ودينهم".

لمصلحتهم، ولو استدعت هذه المصلحة التضحية بمصلحة البالغين. وبدا ذلك جلياً من خلال قواعد السلم التي كانت تتناول موضوع رعاية الأطفال في حال انفصال الوالدين أو فقدان أحدهما أو كليهما.

كما عززت المادة ٣٨ (٥) من اتفاقية جنيف الرابعة ضرورة تمتع الأطفال بالمعاملة التفضيلية أثناء العمليات الإغاثية، وعدم التذرع بمبدأ المساواة الذي لا يجب أن يحول دون تمتع الأطفال بمعاملة تفضيلية^(١). فالطبيعة الخاصة للأطفال لا تقبل السماح بمزاحمتهم للبالغين في سبيل الحصول على المواد الإغاثية الضرورية، فقد تتسبب مثل هذه المزاحمة بمقتلهم.

(١) تنص المادة ٣٨ (٥) من اتفاقية جنيف الرابعة على أنه: "يجب أن ينتفع الأطفال دون الخامسة عشر من العمر والحوامل وأمهات الأطفال دون السابعة من العمر من أي معاملة تفضيلية يعامل بها رعايا الدولة المعنية".

المبحث الثالث

ضمانات احترام حقوق الطفل المختلطة

لا يكفي منح الحقوق، ولكن لابد من التأكيد على وضع الضمانات اللازمة لوضع هذه الحقوق موضع التنفيذ. وتأتي خصوصية ضمانات حقوق الطفل في عدم قدرة موضوع الحماية (الأطفال) على التعبير عن امتعاضهم أو عدم رضاهم عن ضمانات حقوقهم، فلا يملكون الخروج بأنفسهم في مظاهرات، أو التظلم أمام الجهات الوطنية أو الدولية وتقديم مقترحات بديلة أو حتى رفع الشكاوى، وذلك بسبب سنهم ونقص نموهم الجسدي والذهني. إلا أن ذلك لا يحول دون قيام ممثلهم الشرعيين والقانونيين بلعب هذا الدور، والذي لن يصل بأي حال من الأحوال لما يمكنه أن يقدمه صاحب الحق بنفسه لنفسه.

وتتعدد ضمانات احترام حقوق الطفل في القانون الدولي، فمنها ما يتولى حماية حقوق الطفل في وقت السلم، مثل لجنة حقوق الطفل التابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي في منظمة الأمم المتحدة، ومنظمة اليونسيف، وتلك التي تتولى حماية حقوق الطفل في وقت النزاعات المسلحة مثل اللجنة الدولية للصليب الأحمر الدولي والمحكمة الجنائية الدولية الدائمة والمؤقتة. إلا أننا في مجال دراسة الحقوق المختلطة للطفل لن نركز على ضمانات حماية حقوق الطفل في وقت السلم ولا ضماناتها في وقت النزاعات المسلحة، وإنما سنركز على الضمانات المختلطة لحقوق الطفل والتي تتولى حماية الحقوق المختلطة للطفل وتملك ممارسة اختصاصها في وقتي السلم والنزاعات المسلحة. وتنحصر هذه الوسائل والآليات في بلاغات الأفراد وشكاوى الدول.

أولاً- بلاغات الأفراد:

تفتح بعض الوثائق الدولية الباب للأفراد للتبليغ عن انتهاكات حقوق الطفل التي يقعون هم أو من ينوب عنهم ضحية لها. ومن أهم الوثائق التي فتحت الباب للأفراد ببلاغات فردية بشأن انتهاكات حقوق الأطفال البروتوكول

الاختياري الملحق بالعهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية^(١). إلا أن المأخذ الوحيد والأكثر جوهرية على هذه الضمانة هو حصرها لحق الاستفادة من هذا الإجراء على الأفراد الذين ينتمون لدول صدقت على هذا البروتوكول والتي بلغ عددها وفقاً لإحصاءات ٢٠٠٨ مائة وإحدى عشر دولة (١١١) وحرمان من لم تصدق دولهم من التمتع بمزايا هذه الضمانة^(٢).

١- التبليغ أمام اللجنة المنشأة بموجب البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية:

كل شخص يقع ضحية انتهاك للحقوق الواردة في العهد الخاص بالحقوق المدنية والسياسية وتكون دولته طرفاً فيه يملك الحق باللجوء إلى اللجنة المنبثقة والخاصة بنظر تظلمات الأفراد. ولم يقر باختصاص هذه اللجنة من الدول العربية اليوم سوى ليبيا والجزائر والصومال. إلا أن ممارسة هذه اللجنة لاختصاصها مرهون بالولاية القضائية للدولة على الشخص المنتهكة حقوقه وأن تكون الدولة قد أقرت باختصاص اللجنة^(٣). وتملك اللجنة في بعض الأحوال اتخاذ إجراءات مؤقتة للتخفيف من آثار انتهاك حقوق الإنسان أو الحد منها إن لم تكن وقفها تماماً.

- (1) Optional protocol to the International covenant on civil and political Rights, Adopted and opened for signature, ratification and accession by General Assembly resolution 2200 A (XXI), 16 December 1966.
- (2) Optional Protocol to the International Covenant on civil and political Rights New York, 16 December 1966, <<http://www.2.ohchr.org/english/bodies/ratification/5.htm>>, (last visited Jul. 12, 2007).

(٣) د/إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام الإنسان وحرياته الأساسية، دار الجامعة الجديدة، (الإسكندرية، ٢٠٠٧)، ص ١١٢.

٢- التبليغ أمام لجنة الاتفاقيات والتوصيات في اليونسكو:

يستطيع الفرد أو مجموعة الأفراد أو المنظمات غير الحكومية تقديم بلاغات بشأن انتهاك حق الطفل بالتعليم أمام اللجنة المختصة بالاتفاقيات والتوصيات التابعة للمجلس التنفيذي لليونسكو^(١). ولا بد للبلاغ أن يتوفي الشروط الشكلية قبل فحصها من الناحية الموضوعية، مع التأكيد على أن تكون البلاغات بشأن دول أعضاء في المنظمة وبشأن أحد الحقوق محل الحماية والداخلية في اختصاص اليونسكو. وتتخذ اللجنة قراراتها في اجتماع مغلق وسري دون حضور ممثل الدولة المعنية، والتي تبلغ للأطراف^(٢). وقراراتها باتة ونهائية ولا يعاد النظر بها إلا عند ظهور وقائع جديدة تستوجب إعادة النظر. وتملك اللجنة وصف محل الخلاف على أنه إما يوصف بأنه (حالة) لم يسبق تكرارها وليس اعتداء منظم وبشكل موسع، أو تصف بأنه (مسألة) تتعلق بانتهاكات صارخة ومنظمة وعلى شكل واسع. في الأولى يحال الأمر إلى المجلس التنفيذي لاتخاذ القرار بشأنها جلسات خاصة. أما في الثانية فيبحثها المجلس التنفيذي والمؤتمر العام في جلسات علنية.

(١) أنشئت منظمة الأمم المتحدة للتربية والعلوم والثقافة عام ١٩٤٥، واعتمد ميثاقها الأساسي في ٦ نوفمبر ١٩٤٥، تتكون اليونسكو التي اتخذت من باريس مقراً لها من ثلاثة أجهزة رئيسية: هي المؤتمر العام والمجلس التنفيذي والأمانة العامة. وقد تبنت العديد من الوثائق الخاصة بحماية حقوق الإنسان، كما عززت حماية حق الطفل بالتعليم في وقتي السلم والنزاعات المسلحة. ويأتي الرابطة بين حقوق الإنسان في السلم والنزاعات المسلحة بالنسبة لليونسكو من خلال الإشارة الصريحة ل دستور المنظمة للعلاقة بين الحرب والسلم حين نص في ديباجته على أنه: "لما كانت الحروب تتولد في عقول البشر ففي عقولهم يجب أن تبنى حصون السلام". النظام الأساسي لمنظمة اليونسكو، ١٩٤٥، الديباجة والمادة ٣.

(٢) قرار ١٠٤ م/ت/٣، ٣ في ٢٦ إبريل ١٩٧٨.

ثانياً شكاوى الدول:

عدد من الوثائق الدولية يكفل للدول حق تقديم شكاوى بشأن انتهاكات حقوق الإنسان التي تحميها الاتفاقية الرابطة بينهما. وفي هذه الحال تأخذ الشكاوى التي تقدمها الدول أهمية أكبر من البلاغات التي يتقدم بها الأفراد.

١- الشكاوى أمام اللجنة المنشأة بموجب البروتوكول الاختياري الأول الملحق بالعهد المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية:

لقد فتحت المواد ٤٠ - ٤٣ الباب للدول الأعضاء في العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية والتي قبلت باختصاص لجنة تلقي الشكاوى بتقديم الشكاوى بشأن انتهاك أحد الأطراف للحقوق الواردة في العهد. إلا أن اللجنة لا تستقبل الشكاوى ما لم تكن الدولة المتقدمة بالشكاوى قد قبلت باختصاص اللجنة شأنها شأن الدولة المشكي بحقها. وكما سبق الإشارة فإن العديد من الدول تتجنب وضع مصيرها بيد لجنة بهذا الحجم من الصلاحيات.

٢- الشكاوى أمام هيئة المصالحة والمساوي الحميدة باليونسكو:

تتمتع الدول الأطراف في البروتوكول المنشئ لهيئة المصالحة والمساوي الحميدة الذي اعتمده المؤتمر العام لليونسكو في ١٠ ديسمبر ١٩٦٢ وحدها بحق التقدم ببلاغات ضد الدول المتهمه بانتهاك حق الطفل بالتعليم^(١). ومتى تأكدت الهيئة من استنفاد طرق الطعن الوطنية، وفشت جهودها في التوصل لحل ودي، يُطلب رأي من محكمة العدل الدولية.

٣- الشكاوى أمام اللجنة الدولية للصليب الأحمر:

تملك ذلك اللجنة الدولية للصليب الأحمر حق تلقي الشكاوى بشأن أية انتهاكات مزعومة ترتكب ضد أشخاص محميين بمن فيهم الأطفال سواء في

(١) بروتوكول منظمة اليونسكو الذي يشكل هيئة للمصالحة والمساوي الحميدة والتي تكون مسؤولة عن فض النزاعات التي تنشأ بين الدول الأعضاء في الاتفاقية المناهضة للتمييز في التعليم. وتم اعتماد هذا البروتوكول في عام ١٩٦٢ ودخل حيز التنفيذ في عام ١٩٦٨.

لدى أطراف النزاع من خلال تقديم التوصيات المناسبة الكفيلة باحترام قواعد قانون النزاعات المسلحة سواء بالنسبة للمخالفات الجسيمة أو ما دونها^(١).

٥. المحاكم الجنائية الدولية:

تسهد الساحة الجنائية الدولية اليوم سلسلة من المحاكمات الدولية التي تتخذ من المحكمة الجنائية الدولية الدائمة والمحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة والمحكمة الجنائية الخاصة برواندا مسرحاً لها. وقد تمت الإشارة فيما سبق لبعض هذه الأحكام.

والمحاكم الجنائية لا تختص بمحاسبة الجناة على ما يرتكبونه من جرائم أثناء النزاعات المسلحة، بل وتحاسبهم على ما يرتكبونه خارج أوقات النزاعات المسلحة متى ما ارتكبت هذه الجرائم بشكل منظم وفي نطاق واسع. فجرم النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في المادة ٦ (هـ): "نقل أطفال الجماعة عنوة إلى جماعة أخرى" وكيفها على أنها جريمة إبادة جماعية^(٢). كما جرمت المادة ٨ (٢) (ب) (٢٦) "تجنيد الأطفال دون الخامسة عشر من العمر إلزامياً أو طواعية في القوات المسلحة أو استخدامهم للمشاركة فعلياً في الأعمال الحربية" وكيفتها على أنها جرائم حرب. الأمر الذي من شأنه أن يخضع كل من يرتكب هذا النوع من الجرائم في حق الأطفال أو حتى يشارك فيه للعقوبات الجنائية أمام المحكمة الجنائية الدولية.

على الرغم من الأساليب المشار إليها سالفاً، إلا أن ضمانات حماية حقوق الإنسان عموماً والطفل خصوصاً ما زالت لم ترتق إلى طموحات الناشطين في مجال حماية حقوق الإنسان. ونعتقد بأهمية وجود هيئة دولية تختص بمسائلة كل من ينتهك حقوق الإنسان عموماً والطفل خصوصاً، ومحاسبة دولهم على أساس

(١) ج، أشلي روتش، اللجنة الدولية لتقصي الحقائق، ١٨ اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ١٤٥، ص ١٥٣ (مارس - إبريل ١٩٩١).

(٢) النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة، ميثاق روما، ١٩٩٨، مادة ٦ (هـ).

وقت السلم أو النزاعات المسلحة^(١). ولها أن تتدخل للتأكد من وقوع هذه الانتهاكات المزعومة والحد منها من خلالها وتسجيلها ومطالبة السلطات المعنية بوقفها في الحال وليس المال^(٢).

٤ لجنة تقصي الحقائق الواردة في المادة ٩٠ من البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع:

تختص لجنة تقصي الحقائق بالتحقيق في الوقائع المتعلقة بإدعاء أحد الدول الأطراف بارتكاب طرف متعاقد آخر لمخالفة جسيمة^(٣). وفقاً للبروتوكول الملحق الأول الخاص بالنزاعات الدولية واتفاقيات جنيف الأربع، إلا أن موافقة الطرف الآخر مهمة لمباشرة اللجنة لعملها^(٤). ويقتصر دور اللجنة في هذه الحالة بتقصي الحقائق وليس إصدار الأحكام. إلا أنها تملك، بعد إمامها التام بموضوع الخلاف من خلال تقصي الحقائق، الحق ببذل المساعي الحميدة

(١) أنشئت اللجنة الدولية للصليب الأحمر عام ١٨٦٣، وكلفها المجتمع الدولي بالعمل على تطبيق القانون الدولي الإنساني في وقت النزاعات المسلحة وحماية النواة الصلبة لحقوق الإنسان في أوقات السلم والاضطرابات الداخلية. النظام الأساسي للحركة الدولية للهلال الأحمر والصليب الأحمر، ١٩٦٨، مادة ٥ (٢) (ج)؛ جان فيليب اللاجنون والأشخاص المهجرون: القانون الدولي الإنساني ودور اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٤٢ اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٩١، ص ٩٥ (مارس- إبريل ١٩٩٥).

(٢) ديفيد فايسبرودت وبيغي ل. هايكس، تنفيذ حقوق الإنسان والقانون الإنساني في المنازعات المسلحة، ٣٠ المجلة الدولية للصليب الأحمر ٨٨، ٩٧ - ٩٨ (مارس - إبريل ١٩٩٣).

(٣) ورد تعريف المخالفات الجسيمة في المواد ٥٠ من اتفاقية جنيف الأولى، ٥١ من اتفاقية جنيف الثانية، ١٣٠ من اتفاقية جنيف الثالثة، ١٤٧ من اتفاقية جنيف الرابعة، والمادتين ١١ (١ - ٤) و ٨٥ (٢ - ٤) من البروتوكول الإضافي الأول.

(٤) تنص المادة ٩٠ (ج) على أن تكون اللجنة مختصة بالآتي: التحقيق في الوقائع المتعلقة بأي إدعاء خاص بانتهاك جسيم... العمل على إعادة احترام أحكام الاتفاقيات والبروتوكول... لا تجري اللجنة تحقيقاً إلا بموافقة الطرف الآخر المعني أو الأطراف الأخرى المعنية". البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع، لعام ١٩٧٧، مادة ٩٠ (ج).

قواعد المسئولية الدولية ومحاسبتهم شخصياً على أساس قواعد المسئولية
الجنائية الوطنية أصلاً وقواعد المسئولية الجنائية الدولية احتياطياً.

الخاتمة

عندما فصل فقهاء القانون الدولي بين فرعي القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان^(١)، خصصوا الأول للنزاعات المسلحة والثاني لوقت السلم، ولم يتفقوا على أن هذه التفرقة حاسمة وقاطعة، وإنما كانت مثار جدل لدى البعض منهم^(٢)، وعند دراسة حقوق الطفل فإن مسألة حسم الفصل بين القانون الدولي الإنساني والقانون الدولي لحقوق الإنسان كانت أقل حسماً مما عزز موقف الرافضين لفكرة الفصل التام بين هذين الفرعين من فروع القانون الدولي.

وتأتي الطبيعة الخاصة للطفل الذي لا يابه باندلاع النزاعات المسلحة ولا يفقه سبب ذلك النزاع أو حتى الاستمرار فيه، وإنما كل ما يابه به تلك اللعبة التي اعتاد على احتضانها، وذلك الفصل الدراسي الذي يلتقي بأقرانه فيه ويتلقى تعليمه به، ووالداه اللذان لا ينام الليل إلا في حضنيهما، غير آبه أنهما معتقلان أو أسيران أو سجينان، وغي آبه للوصف القانوني للأعمال المسندة إليه سواء كانت جرائم سلم أو جرائم نزاعات المسلحة، فكل ما يابه به تلك المكافأة مهما قلت أو زادت قيمتها والتي سيجنيها متى ارتكب ذلك العمل. وعليه لا يجب التركيز على مسائلته الطفل في القانون الدولي أو الوطني ومحاولة تأسيسها قانونياً، وإنما لابد من التركيز على مسائلته كل البالغين الذين تسببوا بوقوع الطفل فريسة سهلة بيد عديمي الضمير الذين لا يتوانون في استخدامه لتحقيق أغراضهم الشيطانية، وبغض النظر عن علاقة هؤلاء البالغين بالطفل

(١) د/حسن محمد هند و د/مصطفى الحبشي، النظام القانوني لحقوق الطفل، دار الكتب القانونية، (المجلة الكبرى، ٢٠٠٧)، د/فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام (د.ن، ٢٠٠٤).

(٢) محاضرة للدكتورة/بدرية العوضي، "حماية المرأة في المنازعات المسلحة الدولية"،

في مقر الهلال الأحمر الكويتي، في ١٠ مارس ١٩٩٨؛ Mohaned El Kohene, Les Garanties fondamentales de la personne en droit Humanitaires et droit de L'hommes, Martinus Nijhoff publisher.

.1986, 1 - 13

ومراكزهم الاجتماعية، سواء كانوا أقرباء أم غرباء، وساء كانوا ممثلين حكوميين أم أشخاص أهليين.

وفي ظل هذه الظروف، وجد مشرعو القانون الدولي أن لا محل للتفرقة بين حقوق الطفل في وقت السلم وحقوقه وقت النزاعات المسلحة، فلا بأس من الإشارة لحقوق الطفل وقت السلم في وثائق القانون الدولي الإنساني، ولا بأس من التطرق لحقوقه وقت النزاع المسلح في وثائق السلم، فالغاية هي مراعاة مشاعر الأطفال والتعامل معهم على يقين بأن القصد الجنائي لما يرتكبونه من أعمال غير متوافر قانوناً ولا شرعاً، وبالتالي لا بد من التركيز على مسألة إعادة تأهيلهم واندماجهم في المجتمع، ومعاقبة البالغين ومساءلتهم على سوء استغلال الأطفال وتسخيرهم للقيام بأعمال غير نبيلة تتعارض وبراءة الطفل.

قائمة المراجع

الكتب العربية:

- د. إبراهيم أحمد خليفة، الالتزام الدولي باحترام حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٧.
- د. حسن محمد هند، و د. مصطفى الحبشي، النظام القانوني لحقوق الطفل، دار الكتب القانونية، (المحلة الكبرى، ٢٠٠٧).
- د. خالد مصطفى فهمي، حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٧.
- د. ر. عوف عبيد، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار الفكر العربي، ١٩٨٥.
- د. فاطمة شحاتة أحمد زيدان، مركز الطفل في القانون الدولي العام (د.ن.)، (٢٠٠٤).
- د. ليلى عبد الله سعيد، حقوق الطفل في محيط الأسرة، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٣، السنة ٨، (سبتمبر ١٩٨٤).
- د. مصطفى سلامة، المنظمات الدولية المعاصرة، دار الهدى، الإسكندرية، د.ث، ص ٩٧.

الكتب الأجنبية:

- A. Glenn Mower, JR. the convention on the rights of the child (1997).
- C.A. wringe, children's rights: A philosophical study (1981).
- Mohamed El Kohene, les Garanties fondamentales de la personne en droit humanitaires et droit de l'homme, Martinus Nijhoff publishers, 1986.

- Philip Alston, the unborn child and Abortion under the draft convention on the rights of the child, 12 human rights quarterly, (1990).

الأبحاث العربية:

- د. إبراهيم العناني، الحماية القانونية للطفل على المستوى الدولي، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، (حقوق عين شمس، العدد الأول، يناير، ١٩٩٧).
- ج. أشلي روتش، اللجنة الدولي لتقصي الحقائق، ١٨ اللجنة الدولية للصليب الأحمر ١٤٥، ص ١٥٣ (مارس - إبريل - ١٩٩١).
- جامشد ممتاز، القواعد الإنسانية الدنيا المنطبقة في فترات التوتر والنزاع الداخلية، المجلة الدولية للصليب الأحمر العدد ٣٢٤، ٣ سبتمبر ١٩٩٨.
- جان فيليب لا فواييه، اللاجئين والأشخاص المهاجرون، القانون الدولي الإنساني ودور اللجنة الدولية للصليب الأحمر، ٤٢ اللجنة الدولية للصليب الأحمر (مارس - إبريل ١٩٩٥).
- ديفيد فايسبرودت وبيغي ل. هايكس، تنفيذ حقوق الإنسان والقانون الإنساني في المنازعات المسلحة، ٣٠ المجلة الدولية للصليب الأحمر ٨٨، ٩٧ - ٩٨ (مارس - إبريل ١٩٩٣).
- د. عبد العزيز مخيمر عبد الهادي، اتفاقية حقوق الطفل، خطوة إلى الأمام أم إلى الوراء، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، سبتمبر ١٩٩٣.
- د. مخلد الطراونة، حقوق الطفل، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، يونيو ٢٠٠٣.

الأبحاث الأجنبية:

- Abigail leibig, girl child soldiers in northern UGANDA: do current legal frame works offer sufficient protection?, 3 NW.U.J. Int'l Hum. RTS. 6, (Spring, 2005).
- Adam Lopatka, An introduction to the United Nations convention on the Rights of the child, 6 transat'l L.& contemp. Probs. 251 (1996).
- Ann Davison, child soldiers: No longer a minor incident; 12 Willamette J.Int'l L.& Disp. Resol. 124 (2004).
- Cara L. finan, comment convention on the rights of the child: A potentially effective remedy in cases of international child abduction, Santa Clara Law review, 34 Santa Clara L. Rev. 1007 (1994).
- Colleen C.Maher, the protection of children in armed conflict: a human rights analysis of the protection afforded to children in warfare, 297 Boston college third world law Journal, 9 BCTWLJ 297 (Summer, 1989).
- Crystal J. Gates, Working toward a Global Discloser on children's Rights: the problem of Unaccompanied children and the International Response to their Rights, 7 Ind.J. Global Legal Stud. 299 (Fall, 1999)
- Cynthia P. Cohen, the Human rights of children, 12 cap.U. L. Rev. 369 (1983).

- Protection of children in International Denise Plattner, (Info resources/International Review of the Humanitarian Law Red cross/ 1994 and before).
- International Review of the Red cross:
 - 1- 1999, No.835; protection of children in armed conflicts, 25th International conference of the Red Cross, Geneva, 23 to 31 October 1986, Resolution 9, (Info resources/International Review/ 1994 and before).
 - 2- Optional protocol to the convention on the rights of the child concerning involvement of children in armed conflicts, position of the International committee of the Red Cross Geneva, 27 October 1997, (Info resources/ International Review of the Red cross/ 1998-No.322).
- Joseph N. Madubuike - Ekwe, the international legal standards adopted to stop the participation of children in armed conflicts, 11 Ann. Surv. Int'l & Comp. L.29 (Spring, 2005).
- Karen A.McSweeney, the potential for enforcement of the United Nations convention on the Rights of the child: the Need to Improve the Information Base, Boston college International and comparative law review summer, 1993.

- Kirsten M. Backstrom, the international human rights of the child: do they protect the female child?, 30 Geo. Wash. J. Int'l L. & Econ 541 (1996-97).
- Lauren M. Spitz, Implementing the U.N. convention on the rights of the child: children's rights under the 1996 south African constitution, 38 vand. J. Transnat'l L. 853 (2005).
- Child soldiers: the role of children in armed Lydie ventre, (Info resources/ International review of the Red Conflicts cross/ 1995 - No. 308).
- (Info captured child combatants, Maria Teresa Dutli, resources/ International Review of the Red cross/ 1994 and before).
- Mark E. Wojcik, et la., International Human Rights, 35 (2) INT'L LaW. 723 (2001).
- Mary Gray Davidson, the international labour rganization's la test campaign to end child labor: will it succeed where others have failed?, in symposium: the social construction of Disability: historical, contemporary, and comparative views, transnational law and contemporary problems, 11 transnat. L. & contemp. Probs. 203 (spring, 2001).
- Michael J. Dennes, David P. Stewart, Justiciability of economic, social, and cultural rights: should there be an

international complaints mechanism to adjudicate the rights to food, water, housing, and health? American Journal of International law July, 2004.

- Nsongurua J.Udombana, war is not child's play! International law and the prohibition of children's involvement in armed conflicts, 20 temp. Int'l & comp. L.J.57 (Spring, 2006).
- Roger J.R. Levesque, the Internationalization of children's Human Rights: Too Radical for American Adolescents?, 9 conn.J.Int'l L.237 (1994).
- Books and reviews: "children: the stéphane Jeannet, (Info resources/ International Review of the invisible soldiers" Red Cross/ 1997-No. 319).
- Vincent O.Nmehielle, Development of the African Human Rights system In the last Decade, 11 No.3 Hum. Rts. Brief 6 (2004).

الوثائق الدولية:

- اتفاقية جنيف بشأن حماية الأشخاص المدنيين في وقت الحرب، ١٢ أغسطس ١٩٤٩، حقوق الإنسان: مجموعة صكوك دولية، المجلد الأول (الجزء الثاني) صكوك عالمية، إصدار الأمم المتحدة، ١٩٩٣.
- إعلان حقوق الطفل، صدر بموجب قرار الجمعية العامة ١٣٨٦ (د - ١٤) المؤرخ في ٢٠ نوفمبر ١٩٥٩.
- العهد المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، قرار الجمعية العامة ٢٢٠٠ (ألف) المؤرخ في ديسمبر ١٩٦٦.

- العهد المتعلق بالحقوق الاقتصادية والثقافية والاجتماعية، قرار الجمعية العامة ٢٢٠٠ ألف (د - ٢١) المؤرخ في ديسمبر ١٩٦٦.
- النظام الأساسي للحركة الدولية للهلال الأحمر والصليب الأحمر، ١٩٦٨.
- بروتوكول منظمة اليونسكو الذي يشكل هيئة للمصالحة والمساوي الحميدة والتي تكون مسنولية عن فض النزاعات التي تنشأ بين الدول الأعضاء في الاتفاقية المناهضة للتمييز في التعليم، وتم اعتماد هذا البروتوكول في عام ١٩٦٢ ودخل حيز التنفيذ في عام ١٩٦٨.
- إعلان بشأن حماية النساء والأطفال في حالات الطوارئ والمنازعات المسلحة، اعتمد ونشر على الملأ بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة، ٣٣١٨ (د-٢٩) المؤرخ في ١٤ كانون الأول/ديسمبر ١٩٧٤.
- البروتوكول الإضافي الأول الملحق باتفاقيات جنيف الأربع لعام ١٩٤٩ والمؤرخ في عام ١٩٧٧.
- Protection of the civilian population in armed conflicts, 25th International conference of the Red Cross, Geneva, 23 to 31 October 1986, Resolution 8 (Info resources/ International Review of the Red Cross/ 1994 and before).
- اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢٥/٤٤ المؤرخ في ٢٠ نوفمبر ١٩٨٩.
- النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدائمة، ميثاق روما، ١٩٩٨.
- Optional Protocol to the convention on the rights of the child on involvement of children in Armed conflict, G.A.Res. 54-263, U.N.GAOR, 54th Sess., Agenda Item 116 (a). U.N.Doc. No. A/RES/54/263 (2001).

- Office of the United Nations commissioner for Human rights, status of ratification for the optional protocol to the international covenant on civil and political rights, as of March 5, 2008.
- Thoko Kaime, from lofty Jargon to Durable solutions: Unaccompanied Refugee children and the African charter on the Rights and Welfare of the child, 16 Int'l J. Refugee L.336 (2004).
- The international criminal tribunal for the former Yugoslavia, case No. IT-95-9, the prosecutor of the tribunal Against Slobodan Miljkovic a/k/a Lugar, Blagoje Simic, Milan Simic, Miroslav Tadic a/k/a MIRO BRKO, Stevan Todorovec a/k/a Stiv a/k/a Stevo a/k/a Monstrum, Slimo Zaric a/k/a Solaja.

المواقع الإلكترونية:

- Coalition to Stop the Use of child soldiers, <<http://www.child-soldiers.org>> (last visited Jan.5, 2003).

- واشنطن تنتقد سياسة هدم منازل الفلسطينيين، ٤ يناير ٢٠٠٣،

<http://news.bbc.co.uk/hi/arabic/middle_east_news/newsid_2626000/2626815.stm> (last visited Apr.30, 2008).

أحكام المحاكم:

- The prosecutor of the tribunal Against Dario KORDIC, tihofil also known as tihomir BLASKIC, Mario

CERKEZ, Ivan also known as Ivica SANTIC, Pero SKOPLJAK, Zlatko ALEKSOVSKI, available at

<<http://www.un.org/icty/indictment/english/bla-ii961110e.htm>> (last visited Jul, 15, 2008).

- The prosecutor of the tribunal against, Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Vladimir Santic, also known as "VLADO", Stipo Alilovic, also known as "BRKO", Drago Josipovic, Marinko Katava, Dragan Papic, available at

<<http://www.un.org/icty/indictment/english/kupii951110e.htm>>, (last visited Jul 13, 2008)

- ICTY, the prosecutor of the tribunal against, Zoran Erdemovic, "available at

<<http://www.un.org/icty/indictment/english/erd-ii960529e.htm>> (last visited Jul. 12, 2008).

أخرى:

- محاضرة للدكتورة/بدرية العوضي، "حماية المرأة في المنازعات المسلحة الدولية"، في مقر الهلال الأحمر الكويتي، في ١٠ مارس ١٩٩٨.