



مجلة الحقوق والعلوم السياسية

العدد الخامس والثلاثون:
2022/2

مجلة فصلية محكمة تصدر عن
كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية

مجلة الحقوق والعلوم السياسية

هيئة التحرير رئيس هيئة التحرير العميد د. كميل حبيب نائب الرئيس د. خالد الخير المدير المسؤول د. عصام إسماعيل أمين السر د. جوزف رزق الله مسؤول التواصل مع الكتّاب د. علي شكر مسؤول العلاقات العامة د. حبيب قزي	الهيئة الاستشارية العليا العميد د. كميل حبيب د. علي رجال د. ليلى نقولا د. جنان خوري د. وسيم منصور د. وسام غياض
---	---

المدير المسؤول د. عصام إسماعيل	رئيس التحرير العميد د. كميل حبيب
--	--

لجان التحكيم		
لجنة القانون الدولي والعلوم السياسية	لجنة القانون الدستوري والإداري	لجنة القانون الخاص
د. البير رحمه	د. مروان القطب	د. أكرم ياغي
د. وليد الأيوبي	د. جوزف رزق الله	د. بيار طوبيا
د. كمال حمّاد	د. حسين عبيد	د. أحمد اشراقية
د. جهاد بنوت	د. عصام إسماعيل	د. سابيين الكك
د. امين لبس	د. محمود سيف الدين	د. محمود ملحم
د. عماد وهبه	د. عادل يمين	د. وسام غياض
د. كميل حبيب		د. علي غصن

ممثل المجلة في دولة الكويت: د. محمود ملحم

◆ قواعد النشر:

يراعى في نشر الأبحاث في المجلة، القواعد الآتية:

1. يشترط لقبول البحث أن يكون مراعيًا للشروط الآتية:
 - أ- في موضوعات القانون أو العلوم السياسية والإدارية
 - ب- لا تقل عدد صفحات البحث عن 20 صفحة.
 - ج- ممنهجاً مراعيًا الحداثة ومعتمداً الأصول العلمية في كتابة البحث.
 - د- منسقاً شكلاً ومدققاً لغوياً بحيث يردّ البحث غير مستوفي هذا الشرط.
 - هـ- المراجع موثقة ومدروجة في هوامش صفحات البحث (وليس في آخر البحث) وبشرط أن تقتصر الهوامش على ذكر المراجع أما الحواشي المطوّلة المذكورة في الهوامش فهي تحذف حكماً.
 - و- غير مقتبس عن بحث آخر.
 - ز- لم يسبق نشره في مجلة أو موقع الكتروني.
 - ح- ليس جزءاً من أطروحة الدكتوراه أو رسالة الماجستير، أو جزءاً من كتاب للباحث سبق نشره.
2. فور ورود البحث إلى عمادة الكلية، يصبح ملكاً للمجلة ولا يجوز إعادة نشره إلا بعد موافقة هيئة التحرير.
3. إن قبول نشر البحث لا يعني أنه سينشر في العدد اللاحق، لهيئة التحرير أن تقرر تاريخ النشر مراعاةً لمبادئ تراكم الأبحاث وتنسيق الموضوعات.
4. تُذكر صفة الكاتب إذا لم يكن من أفراد الهيئة التعليمية في كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية- الجامعة اللبنانية.
5. بعد إدراج المجلة على الموقع الإلكتروني للكلية يمكن إعادة استخدام ونشر الدراسات الواردة فيها شرط الإشارة إلى المصدر.

ترحب عمادة كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية بالمساهمات الفكرية في
مجال القانون والسياسة.

للإستفسار أو لمزيد من التفاصيل زيارة الموقع (droit.ul.edu.lb)

أو لدى عمادة الكلية على الرقم:

00961 1 384133 – 00961 1 384114

00961 3 700209 – 00961 70 814915

أو مراسلتنا على عنوان البريد الإلكتروني:

camille_habib@hotmail.com

issam.ismail@ul.edu.lb - droit@ul.edu.lb

محتويات المجلة

7	كلمة رئيس التحرير
11	القسم الأول: دراسات في القانون الخاص
13	• د. روزالين مبارك، "القضاء على التمييز في العمل والإستخدام" مبدأ أساسي في العمل
79	• د. لبنى عمر مسقاوي، أثر انهيار النقد اللبناني على الالتزامات العقدية المنظمة بالعملة الأجنبية
89	• د. عاصم صعب، المسائل المعترضة أمام المحكمة الجزائية
134	• د. منصور السعيد ود. عادل المياس، الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد ومدى توافقها مع طبيعة الشركات التقليدية - دراسة مقارنة
188	• د. هند فائز احمد الحسون، الأحكام الخاصة باندماج الشركات في ضوء القانون الدولي الخاص
199	• د. طایل الشياب ووضی حمید البلوشي، التدابير الخاصة المفروضة على الاحداث الجانحين والمشردين في التشريع الاماراتي - مقارنة مع التشريع الاردني
221	• هاله نصار، تمييز الإفلاس عن الإعسار في التشريعات الإماراتية
249	• د. أياد البردان، رقابة الهيئة العامة لمحكمة التمييز بصدد الأحكام الصادرة عن المحاكم الروحية والشرعية والمذهبية

285	القسم الثاني: دراسات في القانون العام
287	• د. زياد مكتأ، كاشفو الفساد: حماية وحوافز في النصوص وإشكالآت في التطبيق
314	• د. سامي علوية، النصاب بين العدد والمصطلح المستخدم من المشرع الدستوري... وتدابير الضرورة
339	• د. عباس يوسف جابر، التفاضي عن بُعد وأثره على حقوق الإنسان (لبنان نموذجاً)
362	• د. هاني حمزة، مدى كفاية النصوص البيئية والغذائية في ضبط تداول السلع الغذائية
417	• د. حسن سليم ود. عبد الملك الريماوي، سلطات القاضي الدستوري في التشريع الفلسطيني
447	• أحمد محمد الحسن، التفتيش الجمركي في القانون القطري
469	• د. جان عليه، تعليق على قرار المجلس الدستوري رقم 5/ 2021 الصادر في الطعن بقانون الشراء العام

دور الجامعة اللبنانية في تعزيز العلاقات الصينية – اللبنانية

العميد د. كميل حبيب

تعود العلاقات الصينية مع شواطئ غربي آسيا الى اكثر من ألفي عام، أي انها عميقة في التاريخ. وكانت علاقات اقتصادية عبر طريق الحرير القديم. وها هو طريق الحرير والحزام الاقتصادي يعودان الى الواجهة عام 2013 عندما أعلن عنه الرئيس الصيني. ومما لا شك فيه ان تلك المبادرة تعتمد التعاون الاقتصادي كأساس، والتواصل الانساني والثقافي كدعامة رئيسية، كما تلتزم عدم التدخل في الشؤون الداخلية للدول وحق الشعوب في تقرير مصيرها حسب قواعد القانون الدولي.

والصين أمة أثبتت قدرتها على التكيف والإبداع. فهي الدولة الوحيدة التي تبنت سياسة خارجية من دون تغليب المصالح الاقتصادية ومبادئها الراضية لسياسات الاستغلال والاستعمار والتدخل في شؤون الدول الأخرى. فالصين تسعى الى المشاركة في صنع عالم الغد على قواعد العدالة والمساواة وحل النزاعات بالطرق السلمية.

وعلى عكس السياسات الخارجية لبعض الدول الكبرى التي تتدخل يوميا، وعلى مدار الساعة، في الشؤون الداخلية اللبنانية، فان الاهتمام الصيني بلبنان يركز على خلفيات اقتصادية وثقافية أكثر منها سياسية أو أمنية. ففي إحدى مقابلاته الصحفية، أشار السفير الصيني في لبنان، السيد Wu.Zexian، الى أن مسألة سلاح حزب الله تبقى مسألة لبنانية داخلية، وأن على اللبنانيين التعاون فيما بينهم لإيجاد الحل المناسب لهذه القضية.

في المحصلة، ان مبادرة الحزام والطريق هي مشروع يقدم منصة تعاون بين دول العالم. ولقد اثبتت الأحداث أن من مصلحة لبنان التوسع في علاقاته الاقتصادية، وأن لا يضع "البيض في سلة واحدة " كما يقول المثل الشعبي اللبناني.

وتشير الاحصاءات الى تواجد حوالي 10,000 من رجال الأعمال اللبنانيين الذين يعملون في نقل السلع والمنتجات الصينية، ليس فقط الى لبنان، وانما الى العديد من الدول الأفريقية. اضافة الى ذلك، فلقد بلغت الصادرات الصينية الى لبنان عام 2019 حوالي 1.9 مليار دولار أي ما يوازي 11 % من الواردات اللبنانية. وفي المقابل، بلغت الصادرات اللبنانية الى الصين حوالي 460 مليون دولار، أي 12% من الصادرات اللبنانية. ربما تبدو هذه الأرقام خجولة بعض الشيء، ولكن بإمكاننا البناء عليها لتعزيز وتطوير العلاقات الاقتصادية بين البلدين.

كما تسعى الشركات الصينية لتنفيذ مشاريع توسعة وتطوير المرفأ اللبنانية، والذي يشكل بداية التعاون الرسمي الاقتصادي مع الصين، والانفتاح على إحدى الخيارات الاستراتيجية.

أما على الصعيد الثقافي والأكاديمي، فالجامعة اللبنانية أدركت باكراً أهمية التعاون مع الجامعات الصينية. ويعود الفضل في ذلك الى ميل الأصدقاء الصينيين نحو النزعة الثقافية الانفتاحية سعياً منهم لتفعيل التعاون العلمي المشترك. ولقد ترجم هذا الانفتاح عبر ابرام اتفاقيات ثنائية تعزز التواصل الثقافي. وهو سلوك حضاري قائم على التبادل والتعاقد بين شعوب تختلف في نمط التفكير واللغة والثقافة وتتلاقى من حيث البعد الانساني والابداعي. ولهذا بدأ مركز اللغات والترجمة بمنح الاجازة في اللغة الصينية ابتداء من العام الجامعي 2015-2016. ولا حاجة للقول بأن اللغة هي وعاء الثقافة وانعكاس للمجتمع الناطق بها بكل جوانبه. ومن يرغب في اتقان اللغة الصينية لا بد له من ان يحيط بحضارة اللغة احاطة كافية، وأن يتعرف الى قيمها ومهاراتها وعاداتها وفنونها وأقتصادها وسياستها.

وعلى صعيد كلية الحقوق والعلوم السياسية والأدارية، فقد تم تأسيس ماستر بحثي للدراسات الصينية، لكن جائحة كورونا حالت دون انطلاقتها حتى الساعة. ولقد وفر المنهج المعتمد العديد من المقررات ذات الصلة بعالم الصين الاقتصادي والسياسي والأجتماعي. إضافة الى ان هناك مقررات تعني بتعلم اللغة الصينية، والاحاطة بتاريخها العظيم وثقافتها الحية ودورها الريادي في ادارة الازمات الدولية. واننا نتطلع الى يوم قريب ينطلق فيها هذا الماستر الهام جدا على الصعيدين الثقافي والاكاديمي.

كل هذا لأننا نتفهم ما للصين من دور ريادي على المسرح العالمي، وتعزيزا لعرى الصداقة التاريخية بين الشعبين الصيني واللبناني. الى ذلك، يتعين علينا، أي على الجانب اللبناني، المبادرة لملاقاة الشريك الصيني بهدف تطوير التبادل الثقافي والتركيز على وسائل متعددة لعل ابرزها البرامج الاكاديمية والاعلامية. فمن شأن هذه البرامج أن توفر لنا فهما عميقا للجوانب المختلفة للمجتمع الصيني ويسلط الضوء على عمق التحولات التي يشهدها هذا المجتمع في ابعاده الداخلية والإقليمية والدولية مما يسمح بإقامة علاقات لبنانية صينية صلبة قائمة على التعاون الحضاري.

القسم الأول: دراسات في القانون الخاص

- د. روزالين مبارك، "القضاء على التمييز في العمل والإستخدام" مبدأ أساسي في العمل
- د. لبنى عمر مسقاوي، أثر انهيار النقد اللبناني على الالتزامات العقدية المنظمة بالعملة الأجنبية
- د. عاصم صعب، المسائل المعترضة أمام المحكمة الجزائرية
- د. منصور السعيد ود. عادل المياس، الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد ومدى توافقها مع طبيعة الشركات التقليدية - دراسة مقارنة
- د. هند فائز احمد الحسون، الأحكام الخاصة باندماج الشركات في ضوء القانون الدولي الخاص
- د. طایل الشباب ووضی حمید البلوشي، التدابير الخاصة المفروضة على الاحداث الجانحين والمشردين في التشريع الاماراتي - مقارنة مع التشريع الاردني
- هاله نصار، تمييز الإفلاس عن الإعسار في التشريعات الإماراتية
- د. أياد البردان، رقابة الهيئة العامة لمحكمة التمييز بصدد الأحكام الصادرة عن المحاكم الروحية والشرعية والمذهبية

الدراسة الأولى:

**"القضاء على التمييز في العمل والإستخدام"
مبدأ أساسي في العمل**

د. روزالين مبارك

ارتبط مبدأ المساواة، بشكلٍ تقليدي، مع العدالة، وبزَّر، أساساً، في حماية الضعيف من القوي. وشكّل مبدأ عدم التمييز في قانون العمل إطاراً خصباً لبنود عدم التمييز ولممارساته نتيجة عدم المساواة الطبيعية بين صاحب العمل والأجير. فقد احتل مبدأ "عدم التمييز في العمل والإستخدام" قيمةً بدائرة المبادئ والحقوق الأساسية للعمال، فوضعهم جميعاً أمام مبدأ من المساواة في الفرص والمعاملة.

لغويًا، يمكن تعريف التمييز في العمل على أنه "التفضيل" أو "التمييز"؛ فتفضيل أجيرٍ ما يكون تمييزاً تجاه أجيرٍ آخر. أما في القانون فيمكن تعريفه على أنه "معاملة شخصٍ ما بطريقةٍ مجحفة، ولسبب ممنوع"⁽¹⁾. فينتسّم بسمات تنطوي على معاملة الناس، بشكلٍ مختلف، بسبب خصائص معينة، كالعرق والجنس. وكذلك، يفرض مبدأ عدم التمييز منع بعض الإختلافات احتراماً للقيم الأساسية في النظام القانوني"⁽²⁾.

ظَهَر مفهوم التمييز في المعايير الدولية على أساس محاربة العرق والإثنية. ونتيجة تطوّر المجتمعات، بدأت تتوسّع دائرة حقوق الأفراد انطلاقاً من الحقوق والمبادئ الأساسية في الدولة

(1) Michel Miné, Les concepts de discrimination directe et indirecte, Lutte contre la discrimination: Les nouvelles directives de 2000 sur l'égalité de traitement», le 31 mars- 1er avril 2003 à Trèves, page 1.

(2) Rémy Hernu, Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, bibliothèque de droit public, Tome 232, LGDJ, Paris, 2003, page 390.

الديموقراطية. فلا يعتبر كل تمييز ممنوعاً حسب الإتفاقيات الدولية، وإنما فقط غير المبرر، أو الذي يُنتج آثاراً سلبية. وقد أكدّ الفقه الدولي على استعمال مصطلح "التمييز"، حصراً، بمعناه التحقيري.⁽¹⁾

نادت منظمة العمل الدولية بمبدأ المساواة وعدم التمييز في دستورها، وحددت إطاراً مبدأً عدم التمييز في العمل، بموجب إعلان المبادئ والحقوق الأساسية في العمل لسنة 1998، من خلال اتفاقيتين أساسيتين، هما: الإتفاقية رقم 100 بشأن مساواة العمال والعاملات في الأجر عن عمل ذي قيمة متساوية، لسنة 1951، والإتفاقية رقم 111 المتعلقة بالتمييز في الإستخدام والمهنة، لسنة 1958.

تكمن صعوبة الكشف عن التمييز جراء ارتباطه بآليات قانونية، أو اجتماعية، أو اقتصادية، أو ايديولوجية، وشكل الإستخدام وسوق العمل إطاراً نموذجياً عند البحث عنه. لذلك، وبهدف محاربتة، يجب ضبط سوق العمل كونه المدخل لتحرير المجتمع من التمييز نظراً لجمعه أناساً مختلفين في الخصائص. فتشكل المعاملة المتساوية، فيما بينهم، وسيلة لمكافحة القوالب الفكرية الجامدة في المجتمع التي تميز على أساس الجنس أو العرق، مثلاً. وتبقى التحديات الناجمة عن التغييرات التكنولوجية والتحوّلات في اقتصاد السوق، والحاجة إلى استيعاب تنوع الثقافات والقيم من أصعب المهمات، ولكنها تظل ضرورية من أجل السلام الإجماعي والديموقراطية.

لبنان، عضو في منظمة العمل الدولية، وملتزم بالإتفاقيات المبرمة، ولكن ما مدى تطبيقه للمبدأ في أحكام قانون العمل؟

وُلدَ قانون العمل من فكرة القانون الحمائي للطرف الضعيف، وإنما لم تعد الحماية الأمر الوحيد الذي يدخل في تركيبته. فإضافة إلى الحماية، على قانون العمل أن يؤمّن التوازن بين طرفيه نظراً لتضارب مصالحهما. فبين سلطة صاحب العمل الناتجة عن حرّيته في الإستثمار

⁽¹⁾ «Sens péjoratif».

Thérèse Giroux, Madeleine Caron, Marie Murphy et Muriel Garon- Audy, Notion de discrimination: analyse de la notion de discrimination contenue dans la Charte des droits et libertés de la personne, commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 1980, page 14.

وبين الطموحات التشريعية للعمال في الحقوق الأساسية، على قانون العمل أن ينظّم هذه العلاقة، وأن يؤكّد على حقوق العامل غير القابلة للإختزال⁽¹⁾.

تتمثّل حدود سلطة صاحب العمل من خلال حقوق وحرّيات العامل الأساسية. فأمام علاقات عمل تتميّز بالتناقض، تأخذ بالتبعية والحرية التعاقدية، وتتضارب فيها المصالح بين حرية العمل وحرية الإستثمار، تطرح مسألة محاربة التمييز في العمل "إشكالية واقع". ففي ظل الطابع الفردي لعلاقات العمل، يبقى صاحب العمل، أمام سلطاته في تنظيم المؤسسة، حرّاً بخياراته المتنوعة التي يكون البعض منها مشروعاً، أما بعضها الآخر فغير قانوني.

فقد حظّر قانون العمل، في المادة 26 منه، التمييز على أساس الجنس بين الرجل والمرأة فيما يتعلّق بالأجر، والترقية مثلاً، وحمى المرأة بينودٍ عدة محظراً صرف المرأة الحامل أو المجازة بداعي الوضع. أضف إلى ذلك، ما أقرّه قانون العمل من إطارٍ لحماية الحرية النقابية في الفقرتين (د) و (و) من المادة 50 منه. ويمكن تقسيم هذه الحماية ضمن مفهومين: الأول، اعتبار الصرف الحاصل جراء ممارسة العمال لحرّياتهم النقابية صرفاً تعسفياً. والثاني، توفير حماية "مدعّمة بنظام تفعيل لها" من خلال توقّف صرف العامل العضو في النقابة على مراجعة مجلس العمل التحكيمي، وإمكانية إعادته إلى العمل متى أتى الصرف تعسفياً.

تطرح مسألة مبدأ عدم التمييز في قانون العمل إشكالية أساسية متمثلة إما بغياب إطار قانوني كامل، وإما بصعوبة إثباته، وإما بغياب أي تفعيل للنصوص القانونية. فهل يمكن اللجوء إلى أسس أخرى من خلال بنود قانون العمل الموجهة إلى حماية الأجير من أجل ربطها بمبدأ محاربة التمييز في العمل؟

في هذا السياق، نشير إلى أهمية النظام الداخلي في المؤسسة من خلال أحكامه المسبقة والمحددة، والتي بتطبيقها تُستبعد أية أساليب تمييزية؛ والشكليات المعتمدة في الإنذار من خلال تبرير الصرف لإظهار أسباب الصرف ومراقبتها من قبل القضاء الذي يمتلك سلطة تقدير بموجب سلطته في التحقيق؛ وأهمية السبب المبرر والمقبول للصرف الفردي، ومدى إمكانية التوسّع به ليطاول الصرف الجماعي أيضاً؛ وأهمية امتداد مبدأ "إعادة الأجير النقابي المصروف

(1) Xavier Lagarde, Aspects civilistes des relations individuelles de travail, Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTD civ), juillet-septembre, 2002, n° 3, page 437.

صرفاً تعسفاً إلى العمل"، إلى غيرها من الحقوق الأساسية في العمل، من بينها مبدأ "القضاء على التمييز في العمل".

لذلك، سنعالج هذا المبدأ انطلاقاً من إطاره المرجعي والتعرّف على اتفاقيتي منظمة العمل الدولية اللتين تناولته (أولاً). ومن أجل محاربة التمييز، يجب أن نوجّه المفاهيم لتتعرف على "ماذا نحارب؟" وما الذي يجب القضاء عليه؟ لذلك، نتطرّق إلى أسس التمييز كافة، المحددة منها أو المستنتجة، وإلى أنواعه المباشرة وغير المباشرة، وغيرها من الأشكال المستجدة (ثانياً). وكذلك، سنتطرّق إلى مبدأ عدم التمييز في قانون العمل إذ على الرغم من بنوده الخجولة في هذا السياق، يمكن أن نستنبط، من خلال بنوده الحمائية، مبادئ قد توظّف لمحاربة مبدأ التمييز إذا نظر إليها القاضي من زاوية مبدأ عدم التمييز (ثالثاً). ونصل إلى مدى تحقّق مبدأ "القضاء على التمييز في العمل والإستخدام"، كمبدأ أساسي في العمل تنادي به منظمة العمل الدولية. وعليه، نستعرض لأساليب محاربة التمييز في إطار علاقات العمل من خلال الموضوعية، والمساواة العقدية، ودور الدولة في إطار موجبها الذي تحوّل من "المنع" نحو "التحرك" (رابعاً). ولكن عقبات تواجه مسألة القضاء على التمييز في العمل والإستخدام تتمثّل بتحديات خارجية ذات بعد اجتماعي وثقافي، وأخرى داخلية تتعلّق بمشاكل إثبات التمييز في العمل (خامساً).

○ أولاً: مرتكز مبدأ عدم التمييز في العمل والإستخدام

تتأثر مفاهيم المساواة وعدم التمييز بالقوالب الفكرية المرتبطة بتاريخ البلاد، وبحالتها الإقتصادية والإجتماعية، وبنظمها السياسية، وبخلفياتها الثقافية. فما الذي يجعل المجتمعات تتسامح، أو تميل، إزاء السلوك والممارسات التمييزية؟

لا يجب النظر إلى مبدأ عدم التمييز في العمل كحدّث استثنائي، وإنما يشكّل ظاهرة ممنهجة نجدها قبل الإستخدام وبعده، وفي كل مرحلة من مراحلها، وفي القطاع النظامي وغير النظامي. فهو ظاهرة متأصلة في القيم والمعايير الثقافية والإجتماعية السائدة. فما هو إطار هذا المبدأ؟ نتعرّف على الإتفاقيتين رقم 100 و رقم 111 (أ)، وتعريفهما للتمييز (ب).

أ- اتفاقنا منظمة العمل الدولية

تأسست منظمة العمل الدولية سنة 1919، وأصبحت وكالة متخصصة من وكالات الأمم المتحدة سنة 1946. واعتباراً من الخمسينيات، ارتكز "مبدأ عدم التمييز في العمل والإستخدام" على الإتفاقية رقم 100 لسنة 1951، بشأن مساواة العمال والعاملات في الأجر عن عمل ذي قيمة متساوية، وعلى الإتفاقية رقم 111 لسنة 1958، المتعلقة بالتمييز في الإستخدام والمهنة، والتوصيات المرتبطة بها.

وتعتبر الإتفاقيتان رقم 100 ورقم 111 أول صكين يهدفان، بشكلٍ محدد، إلى النهوض بالمساواة والقضاء على التمييز في العمل، وتؤلفان مبدأً من بين المبادئ الأربعة التي تناولها إعلان المبادئ والحقوق الأساسية في العمل لسنة 1998. وقد أبرمهما لبنان بموجب المرسوم الإشتراعي رقم 70 تاريخ 25 حزيران 1977.

أحالت مقدمة الإتفاقية رقم 111 إلى إعلان فيلادلفيا - وهو جزء من دستور منظمة العمل الدولية- الذي يؤكد على أن "الجميع البشر، أياً كان عرقهم أو معتقدهم أو جنسهم، الحق في العمل من أجل رفاهيتهم المادية وتقدمهم الروحي كليهما في ظروف توفر لهم الحرية والكرامة والأمن الإقتصادي وتكافؤ الفرص". وأكدت على ربط "التمييز" بانتهاك الحقوق الواردة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان.

ويمتد نطاق تطبيقهما إلى "كل العمال" ولا يتأثر بمدى تشريعات العمل الوطنية، فيشمل العاملين في الخدمة المنزلية، والعمال الزراعيين، وغيرهم من الفئات التي قد تستثنىها قوانين العمل. فتحمي الإتفاقية رقم 111، والتوصية رقم 111 المرتبطة بها، جميع العمال من التمييز "على أساس العرق واللون والجنس والدين والرأي السياسي والنسب الوطني والأصل الإجتماعي"، إضافة إلى معايير أخرى، "حسبما قد تحدده الدولة العضو المعنية بعد التشاور مع المنظمات الممثلة لأصحاب العمل والعمال".

وفيما يتعلق بمصطلح "الإستخدام"، فقد أشارت الفقرة الثالثة من المادة الأولى، على أنه "يشمل إمكانية الوصول إلى التدريب المهني، والوصول إلى الإستخدام وإلى مهن معينة، وكذلك شروط الإستخدام وظروفه". أما تعبير المهنة فإنه "يشمل المهنة أو الحرفة أو نوع العمل الذي يؤديه الشخص بغض النظر عن فرع النشاط الإقتصادي الذي ينتمي إليه أو مكانته المهنية".

فتشمل هذه الفئة المزارعين، والمحامين، وأصحاب الحرف، والموظفين العموميين، وبالتالي، يتجاوز مبدأ المساواة وعدم التمييز قوانين العمل الوطنية.

وعليه، تمتد الحماية لتشمل "الحصول على الإرشاد والتوجيه المهني وخدمات التعيين؛ والحصول على التدريب والعمل الذي يختاره العامل بنفسه استناداً إلى صلاحيته الفردية لمثل ذلك التدريب أو العمل؛ والتقدم في العمل وفقاً للشخصية الفردية للعامل وخبرته وقدراته ومثابرتة؛ والحصول على الأمن الذي توفره مدة العمل؛ أو الحصول على الأجر لقاء القيام بعمل متكافئ القيمة؛ وظروف وشروط العمل بما في ذلك ساعات العمل وفترات الراحة والعطلات المدفوعة الأجر والسلامة المهنية وإجراءات الصحة المهنية وإجراءات الأمن الاجتماعي والتسهيلات والمزايا الأخرى المقدمة بخصوص العمل؛ والتشغيل في الوكالات والوزارات الحكومية وفي الخدمة المدنية، في كل نشاطات التوجيه المهني وخدمات التعيين والتدريب الواقعة تحت سيطرة السلطة الوطنية"، وفق الفقرة الثانية من التوصية رقم 111.

في المقابل، أخرجت الإتفاقية رقم 111 من دائرة التمييز "أية تدابير تتخذ ضد فرد يشتبه عن وجه حق في قيامه بأنشطة فيها إضرار بأمن الدولة، أو يثبت تورطه في هذه الأنشطة، شريطة أن يكون لهذا الشخص الحق في الطعن أمام هيئة مختصة أُقيمت وفقاً للممارسات الوطنية".

بعيداً عن التمييز غير المبرر والذي يعتبر معاقباً، نجد التمييز الإيجابي المتوّد من "النظرة الحمائية" لقانون العمل⁽¹⁾. وتجدر الإشارة إلى أنه يتم استعمال مصطلح "التمييز الإيجابي" جراً ترجمة سيئة من الإنكليزية لمصطلح "affirmative action" التي تعني شيئاً آخر⁽²⁾، وسنأتي على ذكره لاحقاً. وبالتالي، ننظر إلى قانون العمل من خلال منطلق المساواة من أجل التمييز السلبي، ومن خلال منطلق الحماية من أجل التمييز الإيجابي⁽³⁾.

(1) Marc Demeuse, La politique de discrimination positive en communauté française de Belgique: une méthode d'attribution des moyens supplémentaires basée sur des indicateurs objectifs, Cahiers du service de Pédagogie expérimentale, Université de Liège, Janvier, 2001, page 115.

(2) Le droit français et le droit européen ignorent cette notion mais emploient la notion d'action positive de nature différente.

Abécédaire des discriminations, Ligue des droits de l'homme, mai 2017, page 10.

(3) Une logique d'égalité et une logique de protection sont antinomiques.

فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 5 من الإتفاقية 111 على أنه "لا تعتبر التدابير الخاصة للحماية أو للمساعدة التي تنص عليها اتفاقيات أو توصيات أخرى اعتمادها مؤتمر العمل الدولي من قبيل التمييز". وأضافت الفقرة الثانية من المادة الأولى، أنه "لا يعتبر أي تفریق أو استبعاد أو تفضيل على أساس مؤهلات يقضيها شغل وظائف معينة من قبيل التمييز". ولكن ما هو التمييز، حسب هاتين الإتفاقيتين؟

ب- تعريف التمييز

التمييز، وفق الفقرة الأولى من المادة الأولى من الإتفاقية رقم 111، هو "أي تفریق أو استبعاد أو تفضيل⁽¹⁾ يقوم على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو الدين أو الرأي السياسي أو الأصل القومي أو الأصل الاجتماعي، ويكون من شأنه إبطال أو إضعاف تطبيق تكافؤ الفرص أو المعاملة في الإستخدام أو المهنة؛ أي تمييز أو استبعاد أو تفضيل آخر يكون من أثره إبطال أو إضعاف تطبيق تكافؤ الفرص أو المساواة في المعاملة في الإستخدام أو المهنة تحده الدولة العضو المعنية بعد التشاور مع ممثلي منظمات أصحاب العمل ومنظمات العمال، إن وجدت، ومع هيئات مختصة أخرى". يتشابه هذا التعداد مع تعداد الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، وقد استعملت معاهدات الأمم المتحدة مصطلح "تقييد" عوضاً عن مصطلح "تفضيل"⁽²⁾. واعتبرت لجنة الخبراء لتفسير

Entretien de Michel Miné avec Christine Coste, Droit et discrimination sexuelle au travail, Presses Universitaires de France/Cités, 2002/1, n° 9, page 94.

⁽¹⁾ Ces trois termes semblent quoi qu'il en soit a priori appartenir au même champ lexical. Quant au terme «considération», certes plus rare, il présente néanmoins un certain intérêt. Emprunté du latin *consideratio*, «examen attentif par les yeux et l'esprit», puis «égard, estime», il peut être défini non seulement comme le fait de considérer avec une attention particulière, mais également comme la raison, le motif, la réflexion qui, après examen, porte à agir de telle ou telle manière.

Céline Fercot & Marc Pichard, La lutte contre les discriminations dans le discours législatif: Étude légistique, in La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité: les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations, rapport général, sous la direction de Tatiana Gründler et Jean-Marc Thouvenin, droit et justice, juin 2016, page 143.

⁽²⁾ Dans les conventions des Nations Unies, le terme «préférence» a été remplacé par le mot «restriction».

Constance Thomas et Catherine Weber, La protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle l'identification de genre, l'expression de genre et les caractéristiques

الإتفاقيات والتوصيات التابعة لمنظمة العمل الدولية بأن مرتكزات التمييز التي أتت هذه الإتفاقية على تعدادها، تعود إلى أشخاص ضعيفة وغير محمية كالعرق، أو تتأتى من فئات اجتماعية كالرأي السياسي.⁽¹⁾ ويكون الهدف من وراء هذا التعداد مساعدة الأشخاص المعرضين للتمييز من التعرّف على مرتكزاته. وبالتالي، نكون أمام تمييز، في كل مرة، لا يستفيد شخص ما - لأسباب تعود إلى الإعتبارات المشار إليها- بنفس الفرص والمعاملة التي يستفيد منها آخرون بمجال الإستخدام والمهنة.

ولكن، لم تعرّف إتفاقيات الأمم المتحدة، ولا الإتفاقية رقم 111 هذه الأسس المحرمة، بل يجب فهمها انطلاقاً من مفهومها المتطور مع تطوّر المجتمعات، كالأصل الإجتماعي.⁽²⁾ يظهر التمييز، حسب إتفاقية سنة 1958، ليس فقط على أساس "سلوك" -في الأغلب ظاهر- وإنما على أساس تفضيل من الصعب كشفه.⁽³⁾ أما الإستبعاد، وهو ذو مصدر اجتماعي أكثر منه قانوني⁽⁴⁾، فيكون فيها الشخص "المستبعد" "مرفوضاً"⁽⁵⁾، وخاضعاً لقواعد استبعادية غير مشجّعة⁽⁶⁾. وأمام اعتبار "الإستبعاد" تمييزاً، يتخطى قانون العمل مفهوم الحماية كونه يحتاج إلى تحديد هذه الفئات وتعريفها قبل استبعادها من الحماية.⁽⁷⁾ أما الإتفاقية رقم 100، المتعلقة بالمساواة في الأجر، فأكدت في الفقرة (ب) من المادة الأولى، على "مساواة العمال والعاملات في الأجر عن عمل ذي قيمة متساوية في معدلات الأجر المحددة، دون تمييز قائم على الجنس".

sexuelles (SOGLESC), document d'information, département de normes internationales de travail, 1^{ère} édition, OIT, 2019, page 5.

(1) Etude d'ensemble, Donner un visage humain à la mondialisation, rapport III (1), conférence internationale du travail, 101^{ième} session, BIT, Genève, 1988, paragraphe 31.

(2) Ibid, paragraphe 73.

(3) Claude Rossillion, L'OIT et l'élimination de la discrimination dans l'emploi, Relations industrielles, volume 40, n° 1, 1985, page 11.

(4) Diane Roman, Le droit public face à la pauvreté, préface d'Etienne Pecard, collection «Bibliothèque de droit public», Tome 221, LGDJ, 2002, pages 371 et suivantes.

(5) L'exclu comme l'individu «soit renvoyé, soit refusé».

Marie-Thérèse Join-Lambert, «Exclusion», pour une plus grande rigueur d'analyse, Droit social, numéro 3, Mars, 1995, page 218.

(6) Yael Attal-Galy, Droits de l'homme et catégories d'individus, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 237, 2003, page 268.

(7) Il s'agit d'«identifier pour exclure».

Ibid, page 267.

فتظهر سمة من السمات الرائدة لهذه الإتفاقية من خلال ضمانها لمبدأ "الأجر المتساوي للعمل المتساوي في القيمة"، الذي يكرّس، من جهة، مبدأ الإنصاف في الأجور⁽¹⁾، ويضمن، من جهة أخرى، المساواة في الأجر للعمل المتساوي في القيمة، وليس لمجرد العمل عينه أو العمل المماثل. وأتى هذا المبدأ وليد الطريقة التي بُنيت بها أسواق العمل حيث أن معظم النساء شغلن وظائف مختلفة عن وظائف معظم الرجال. ونظراً لأهمية هذا المبدأ في حماية الأجراء من التمييز، اعتبره انطوان جامو Antoine Jammaud أنه نظامٌ عامٌ عمالي⁽²⁾، يعلو الإتفاقيات الفردية والجماعية، وحتى أحكام النظام الداخلي.

ليس من السهل ضبط مفهوم "الأجر المتساوي" بين العمال، سواء لعمل مماثل أو متشابه في القيمة، لما للأجر من متمات ولواحق، يخضع تقدير قيمتها وشروط استحقاقها لسلطة صاحب العمل وتقديراته. وقد نصت الإتفاقية رقم 100، على أنه "لا يدخل في عداد التمييز، الفروقات الموضوعية بين معدلات الأجور"، مشيرة، في المادة الثالثة منها، إلى اعتماد تدابير لتشجيع التقييم الموضوعي للوظائف على أساس العمل". وفي هذا الصدد، اعتبر انطوان ليون- كاين Antoine Lyon- Caen، إقرار الغرفة الإجتماعية لمحكمة التمييز باختلاف البدلات بين الأجراء الذين يمارسون عملاً مماثلاً أو شبيهاً في القيمة بشرط تبرير هذا الاختلاف تبريراً قائماً على أسباب موضوعية⁽³⁾.

تفرض الإتفاقية رقم 100 مبدأ "الأجر المتساوي للعمل المتساوي في القيمة" معاملةً مماثلة لأوضاع محددة في القانون، إلا بحال وجود تبرير موضوعي مؤكّد⁽⁴⁾. أما الإتفاقية

(1) يسمح كل من هذين المفهومين بتصحيح القيمة المنقوصة المنسوبة للوظائف التي تغطي عليها النساء. وتحققاً للإنصاف في الأجور، ينبغي الحرص على المساواة في أجر الوظائف المطابقة أو المماثلة، والمساواة في أجر الوظائف المختلفة ولكنها متساوية في القيمة.

مارلن أولز، وشونا أولني، ومانويلا تومي، المساواة في الأجور: دليل تعريفي، منظمة العمل الدولية، الطبعة الأولى، 2013، صفحة 30.

(2) Un ordre public salarial.

Morgan Sweeney, L'égalité en droit social: au prisme de la diversité et du dialogue des juges, thèse, université Paris Ouest Nanterre, direction d'Antoine Lyon-Caen, 2010, page 160.

(3) Morgan Sweeney, op. cit, page 175.

(4) مفهوم الأجر المتساوي للعمل المتساوي في القيمة يقضي بتقييم وظائف والمقارنة بينها بالإستناد إلى معايير موضوعية كالمهارات، وشروط العمل، والمسؤوليات، والطاقة المبذولة في العمل. مارتن أولز، شونا أولني، مانويلا تومي، مرجع سابق، صفحة 25.

رقم 111، فتمنع التمييز على أسس محرمة، وتحظر التمييز المباشر وغير المباشر. ووفقاً لبندوهما، نستطيع أن نقسم الحالات التي نكون فيها أمام تمييز أم عدمه. فيكون التمييز متوفراً، في كل مرة، يكون هناك تفريق أو تفضيل أو استبعاد إما على أساس غير قانوني سواء أكان أساسه التشريع، أم الإتفاقيات الجماعية أم غيرها، وإما على أساس الجنس، والعرق والدين وغيرها من الأسس المحرمة، وإما على أساس معاملة فردية غير موضوعية في المعاملة. وحسب "أنطوان جامو" Antoine Jeammaud، إن الأخذ بمبدأ "الأجر المتساوي للعمل المتساوي في القيمة" يركّز على تفسيرات الإختلاف في المعاملة ومبرراتها، فيلزم كل صاحب عمل أن يسند تبريراته على معايير شرعية ومقبولة. فما الذي يجب القضاء عليه؟

○ ثانياً: ما الذي يجب القضاء عليه؟

تفرض مسألة البحث عن وجود التمييز أم عدمه، البحث في المقارنة كنقطة انطلاق⁽¹⁾، والتي تعتبر عنصراً مؤسساً للتمييز⁽²⁾، لا بل قاعدة لمراقبة التمييز. وقد لا تُطلب المقارنة، في بعض الحالات، كحالة المرأة الحامل⁽³⁾، أو عند وجود أجير دون منافس له في العمل، أو كحالة التمييز على أساس العنف المعنوي⁽⁴⁾.

(1) Oliver Jouanjan, Egalité, in Dictionnaire de la culture juridique, Sous la direction de Denis Alland et Stéphane Rials, Lamy/ PUF, 2003, page 587.

(2) Pour apprécier l'existence d'une telle défaveur, il faut donc comparer, et c'est là que les statistiques montrent leur intérêt.

La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité: les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations, rapport général, sous la direction de Tatiana Gründler et Jean-Marc Thouvenin, droit et justice, juin 2016, page 62.

(3) Dans le cadre d'une jurisprudence constante, initiée par l'arrêt de principe Dekker, la CJCE a établi que, lorsqu'un préjudice subi par une personne est dû au fait que l'intéressée est enceinte, ce préjudice doit être considéré comme constituant une discrimination directe fondée sur le sexe, sans qu'il y ait lieu de déterminer un élément de comparaison.

Manuel de droit européen en matière de non-discrimination, Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, Conseil de l'Europe, 2010, pages 28 et 29.

(4) Morgan Sweeney, op. cit, page 150.

تتم محاربة التمييز وفقاً لأسس التمييز المحرّمة في الإتفاقية رقم 111، معتبرها البعض بأنها "الدائرة السحرية"⁽¹⁾، إلا أن هذه الأسس ليست جامدة ولا على سبيل الحصر، وإنما أتى تعدادها على سبيل المثال. وقد أشار "جان - ميشال سرفيه" Jean- Michel Servais، إلى أسس تمييزٍ عديدة لم تؤدّ إلى إتفاقيات خاصة، كالحياة الخاصة⁽²⁾، والسيدا، والسوابق الجنائية⁽³⁾. وهذا ما أكدته لجنة خبراء تطبيق الإتفاقيات والتوصيات التابعة لمنظمة العمل الدولية (CEACR)⁽⁴⁾ التي أضافت حالات أخرى في تقريرها السنوي، كالإعاقة، والسن، والحالة الصحية، والإنتساب النقابي، والوضع العائلي. وقد رفضت لجنة حقوق الإنسان، وهي اللجنة المعنية بتطبيق العهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية، تعريف "أو أية حالة أخرى"، ولكنها عدت ما يمكن أن يدخل ضمنها، وما يمكن أن يستثنى⁽⁵⁾. ولكن ماذا لو لم تختلف المعاملة وإنما آثارها؟ وماذا لو أدت ممارسة حيادية في الظاهر إلى حرمان أشخاص من المساواة في الواقع؟ فهنا نتكلّم عن الآثار التمييزية لسياسة أو لممارسة ما من أجل الإشارة إلى "التمييز غير المباشر".

سنتعرّف، تباعاً، على أسس التمييز الصريحة والضمنية (أ)، وعلى التمييز القائم على أساس الأجر (ب)، إضافة إلى مختلف أنواع التمييز المباشرة وغير المباشرة، وغيرها من الأشكال المستجدة (ج).

(1) Isabelle Rorive, Le droit européen de la non-discrimination mis au tempo de critères singuliers, in Multiplication des critères de discrimination Enjeux, effets et perspectives, Actes du colloque, défenseur de droit, République Française, Droit et Justice, 2018, page 35.

(2) Jean-Marie Tchakoua, Dignité et droits fondamentaux des salariés. Réflexion à partir des droits camerounais et français, Thèse, Université De Yaoundé II, 1999, pages 133 et ss.

(3) Jean-Michel Servais, Normes internationales de travail, LGDJ, Paris, 2004, page 118.

(4) www.ilo.org

(5) le Comité a reconnu les motifs suivants comme constituant cette «autre situation»: l'âge, la nationalité, la situation matrimoniale, la qualité d'enfant né hors mariage, le lieu de résidence, la distinction entre enfant légitime et enfant naturel, la distinction entre élèves d'école publique et d'école privée, la distinction entre travailleurs et les personnes sans emploi, la différence entre personnes effectuant leur service national obligatoire en tant que militaire ou non, la distinction entre différents types de ménages, les différences entre types d'emplois, et les différences entre types de propriétaires fonciers.

En revanche, il ne reconnaît pas comme constituant une «autre situation» les éléments suivants: la distinction entre les salaires des prisonniers et des travailleurs ordinaires, la distinction entre entreprises aux fins de régulation et une distinction entre les régimes de pension pour les veuves de différents types de fonctionnaires.

Mbungo Rolince, L'approche juridique internationale du phénomène de discrimination fondée sur le motif des antécédents judiciaires, Revue Québécoise de droit international, volume 27-2, 2014, page 73.

أ- أسس التمييز

تدخل مسألة تعريف أسس التمييز في سلم الأولويات من أجل البحث في توافر التمييز أم عدمه، وبالأخص مع التحولات الاجتماعية والإقتصادية التي يشهدها المجتمع منذ صدور الإتفاقيات المعنية.

أشارت الإتفاقية رقم 111، بشكلٍ صريح، في الفقرة الأولى (أ) من المادة الأولى، إلى الأسس السبعة المحرمة للتمييز مشيرة إلى كل من "العرق، واللون، والجنس، والدين، والرأي السياسي، والأصل القومي، والمنشأ الاجتماعي". وتركت الفقرة الأولى (ب) من المادة عينها للدول المصادقة على الإتفاقية، الحرية في تضمين قوانينها أسساً أخرى للتمييز بالشكل الذي تراه مناسباً، بعد التشاور مع منظمات أصحاب العمل والعمال.

نبدأ، أولاً، مع أساس "العرق" الذي تناولته الإتفاقية رقم 111 كسبب غير مقبول للتمييز. وتشكل محاربة العنصرية هدفاً أولياً لحماية كرامة الإنسان، بغض النظر عن لون بشرته وإثنيته، وتساهم في بناء السلام والأمن العاميين بإطار مبدأ العيش معاً.⁽¹⁾ فما هو العرق؟ أوجبّت الإتفاقية الدولية المتعلقة بإلغاء التمييز العنصري على الدول الأطراف في هذه الإتفاقية إلغاء كل شكل من أشكال التمييز الذي يطاول "أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل يقوم على أساس العرق، أو اللون، أو النسب، أو الأصل القومي أو الإثني، ويستهدف أو يستتبع تعطيل أو عرقلة الاعتراف بحقوق الإنسان والحريات الأساسية التي يتمتع بها أو ممارستها، على قدم المساواة، في الميدان السياسي أو الإقتصادي أو الاجتماعي أو الثقافي أو في أي ميدان من ميادين الحياة العامة"، وفق أحكام الفقرة الأولى من المادة الأولى.⁽²⁾

(1) Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (suisse), le critère de la «race» est défini par la couleur de peau. Quant à celui de l'ethnie, il repose sur l'identification à une culture concrète (qui se manifeste par une langue, des coutumes et des traditions), transmise de génération en génération. Enfin, la notion de religion s'entend au sens large et englobe toutes les croyances en une relation avec un être divin.

Walter Kälin, Accès à la justice en cas de discrimination, Rapport de synthèse, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne, juillet 2015, page 34.

(2) "مبدأ التمتع بحقوق الإنسان على قدم المساواة هو جزء لا يتجزأ من حظر التمييز بموجب الإتفاقية على أساس العرق، واللون، والنسب، والأصل القومي أو الأعراق العرقي".

الإتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، التوصية العامة 32، لجنة القضاء على التمييز العنصري، الدورة الخامسة والسبعون، 29 أيلول 2009، المقطع رقم 7.

فنكون أمام تمييز على أساس العرق، عندما يستبعد صاحب العمل شخصاً استناداً إلى لون بشرته، أو الدلالة "الأجنبية" لاسمه.⁽¹⁾

في لبنان، يجرم قانون العقوبات، وقانون المطبوعات، وقانون البث التلفزيوني والإذاعي، الأفعال التي تتم عن تمييز عنصري.⁽²⁾

أما فيما يتعلّق بالأصل القومي، فيُستدل على أنه شكل من أشكال التمييز العنصري استناداً إلى التعريف المذكور أعلاه، وهذا ما أكدته المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. وبالتالي، تتقاطع مفاهيم "العرق والأصل القومي" وتترابط، فيما يجد مصطلح "العرق" جذوره في فكرة التصنيف البيولوجي للبشر، بدرجة أدنى، طبقاً لخصوصيتهم المورفولوجية المستندة على لون البشرة وتعبير الوجه، يركز مصطلح "الأصل القومي أو الإثني" على فكرة ترابط مجموعة اجتماعية في الإلتواء القبلي، والدين واللغة والأصول، وإلى ترابطها بالثقافة والتقاليد. وتجدر الملاحظة إلى أنه لا يعتبر مصطلح "الأصل القومي" مرادفاً للجنسية وإنما يغطي الفروقات بين مواطني البلد الواحد؛ فنحن نتكلم عن أصول قومية *l'origine nationale* وليس عن الجنسية *la nationalité*.⁽³⁾

لذلك، تتشارك أسس العرق، واللون، والأصل القومي، والمنشأ الاجتماعي بسمات تتداخل فيما بينها لارتباطها، بوجه عام، بوجود طوائف أو مجموعات عرقية مختلفة ضمن البلد الواحد.

⁽¹⁾ Claire Girard, *La discrimination à l'embauche, mémoire, université Lille 2, 2002-2003, page 29.*

⁽²⁾ لم يصدر بعد في لبنان قانون خاص يتضمن تعريفاً للتمييز العنصري ويعالج قواعد الإثبات المتعلقة به، وبانتظار صدور مثل هذا القانون، يمكن للمحاكم اللبنانية اعتماد التعريف الوارد في الإتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري التي انضم إليها لبنان، والتي تشير في المادة 1 منها إلى مفهوم "التمييز العنصري"، وذلك انطلاقاً من المادة 2 من قانون أصول المحاكمات المدنية، التي تنص على وجوب تطبيق نصوص الإتفاقيات التي ينضم إليها لبنان، وعلى سمو هذه الإتفاقيات على أحكام القانون الوطني عند التعارض بينهما. أما في ما خص قواعد الإثبات، فعند وقوع أي فعل يدخل ضمن خانة التمييز العنصري، تتم العودة إلى القواعد العامة المنصوص عنها إما في القوانين الجزائية أو في القوانين المدنية.

التقرير الجامع للتقريبات الدوريين الثالث والعشرين والرابع والعشرين المقدم من لبنان بموجب المادة 9 من الإتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، لجنة القضاء على التمييز العنصري، الأمم المتحدة، 29 كانون الثاني 2019، المقطعان 120 و 121.

⁽³⁾ *Manuel de droit européen en matière de non-discrimination, op.cit., page 121.*

وليس هناك إلا اختلافاً طفيفاً ما بين معيار العرق ومعيار اللون، متى اختلف العرق بين أشخاص ينتمون إلى اللون نفسه، كالتمييز العرقي بين الهوتو والتوتسي في رواندا.

ثانياً، يَطرَح مصطلح "الجنس" *le sexe* الفوارق البيولوجية القائمة بين الرجال والنساء والذي ظهر مع نهاية الحرب العالمية الثانية، على أساس حماية المرأة تجاه الرجل، كتحريم عملهن في الليل، وتخفيض ساعات عملهن. وفي إطار عدم التمييز على أساس الجنس، حدد القانون الفرنسي المهن والأعمال المتخصصة لجنس محدد من النساء أم الرجال.⁽¹⁾

في قضية "بيلكا" *Bilka*، عرضت المحكمة الفيدرالية الألمانية للعمل *LE BUNDESARBEITSGERICHT*، في معرض البحث في المادة 119 من اتفاقية الإتحاد الأوروبي الإقتصادي (1957- *traité CEE*)، التي تتناول المساواة في الأجر بين الرجال والنساء⁽²⁾، مسألة مدى حرمان إجراء الدوام الجزئي من التعويضات العائلية، وأكثرهم من النساء نظراً لالتزاماتهم العائلية. واعتبرت المحكمة أن شركة المحلات الكبرى "بيلكا" *Bilka* قد خالفت المادة 119 من الاتفاقية المذكورة، جراء استبعادها هذه الفئة من الأجراء مما يشكل تمييزاً غير مباشر يستند على الجنس، وعلى الأقل، لم تعتمد الشركة في قرارها هذا على أسباب موضوعية مبررة، وبعبارة عن أي تمييز يستند على الجنس.⁽³⁾

وفي قضية أخرى، تُعرَف بقضية *Schnorbus*، نظرت المحكمة الإدارية لفرانكفورت *Verwaltungsgericht Frankfurt am Main*، في سبب نزاع بين جوليا شنوربس *Julia Schnorbus* واتحاد هاسين *Land Hessen*، حول ممارسة وزارة الدفاع لاتحاد هاسين الذي يُعطي الأولوية للولوج إلى التدرج القضائي للمتبارين الذكور الذين أكملوا الخدمة العسكرية أو المدنية الإجبارية التمهيدية، بشكلٍ يؤدي إلى تمييز غير مباشر على أساس الجنس.⁽⁴⁾

(1) L'article R.1142-1 du Code du travail dispose: «Les emplois et activités professionnelles pour l'exercice desquels l'appartenance à l'un ou l'autre sexe constitue la condition déterminante sont les suivants:

- 1- Artistes appelés à interpréter soit un rôle féminin, soit un rôle masculin ;
- 2- Mannequins chargés de présenter des vêtements et accessoires ;
- 3- Modèles masculins et féminins.»

(2) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=LEGISSUM%3Axy0023>

(3) Arrêt de la Cour du 13 mai 1986, *Bilka - Kaufhaus GmbH contre Karin Weber von Hartz*, Affaire 170/84.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A61984CJ0170#I2>

(4) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A61999CJ0079>

ومقابل دول ما زالت في طور تطبيق أساس "الجنس" كفارق ما بين الرجل والمرأة، فقد أخذت دول أخرى بتفسير أوسع ليطل فئات من الأشخاص بهوية جنسية متحوّلة أم ضائعة، يطلق عليهم مصطلح "LGBTI"⁽¹⁾. ونتيجة تحولات في المفاهيم، بدأ يترابط مصطلح "الجنس" مع مصطلح آخر هو "الجنس" le genre⁽²⁾. ففي الولايات المتحدة الأمريكية، توسّعت المحكمة في مصطلح "الجنس" ليشمل التحولات الجنسية.⁽³⁾

ثالثاً، تناول تعداد المادة الأولى من الإتفاقية رقم 111 التمييز على أساس "المنشأ الإجتماعي" الذي يستند على الحالة الإجتماعية الموروثة للشخص. وقد تكون مكتسبة إما بمجرد انتمائه إلى طبقة اجتماعية معينة، أو إلى مجتمع معين، وإما لارتباطها بوضع اجتماعي معين كالفقر والتشرّد. ويظهر أساس هذا التمييز في المجتمعات التي تعاني من تقسيم طبقي شديد، أو من الفروقات الناتجة عن الوضع العائلي أو الأساليب التربوية المستخدمة. وتترابط مع هذا الأساس للتمييز، أسس "النسب" و"الثروة" بقدر ما تبصم هوية الشخص بإطار اجتماعي، أو اقتصادي أو بيولوجي موروث.⁽⁴⁾ فقد يشير أساس "النسب" إلى وضع

(1) L'abréviation LGBTI signifie personnes lesbiennes, gays, bisexuelles, transgenres et intersexuées.

Walter Kälin, Accès à la justice en cas de discrimination, Rapport de synthèse, Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH), Berne, juillet 2015, page 20

(2) La Cour (CEDH) affirme que le ou la transsexuel-le doit bénéficier des droits afférents à son nouveau sexe. Une telle solution fait donc prévaloir le sexe «social» sur le sexe «biologique» ou «génétique».

Morgan Sweeney, La définition jurisprudentielle des motifs discriminatoires, in Multiplication des critères de discrimination Enjeux, effets et perspectives, Actes du colloque, défenseur de droit République Française, Droit et Justice, 2018, page 62.

Sur les limites, à consulter:

Cour de Cassation - Première chambre civile, arrêt n° 519, 16 septembre 2020.

https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/519_16_45_426.html

(3) L'arrêt Hively marque une avancée considérable, d'autant qu'une autre Cour d'appel fédérale a décidé, quelques mois plus tard, que la formule législative «à cause du sexe» pouvait aussi signifier «à cause d'un changement de sexe»

Gwénaële Calvès, L'inflation législative des motifs illicites de discrimination: essai d'analyse fonctionnelle, in Multiplication des critères de discrimination Enjeux, effets et perspectives, Actes du colloque, défenseur de droit (République Française, Droit et Justice, 2018, page 157.

(4) Manuel de droit européen en matière de non-discrimination, op. cit., page 136.

الأشخاص المولودين خارج مؤسسة الزواج أو المتبنين. أما أساس "الثروة" فيسمح بتقييم حالة الشخص استناداً لما يملك من أموال منقولة وغير منقولة.

ومن بين الأسس المحرمة للتمييز، نجد، رابعاً، "الرأي السياسي والدين" كأساسين متشابهين بقدر انطباقهما على الخيارات الفكرية، ويقدر ارتباطهما بحرية التعبير في موضوع الإستخدام. ومن أجل حماية ضحايا هذا التمييز، أوجبت الهيئات الإشرافية لمنظمة العمل الدولية، "حماية حرية التعبير عن الرأي أو حرية إظهاره أو عدمه كون حماية الآراء لوحدها، بدون التعبير عنها أو إظهارها، تعتبر حماية عديمة الجدوى". وفي هذا الصدد، اعتبرت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن حرية الدين والمعتقدات تشمل "الملحدين، واللاإدريين، والمشككين، وغيرهم".⁽¹⁾

أما فيما يتعلق بوجود أسس أخرى للتمييز، فنجد العضوية في الاتحادات النقابية والنشاطات النقابية، حسب المادة 1 من الاتفاقية رقم 98 المبرمة، والتي تعدّ من أسباب التمييز الأكثر شيوعاً.

وكذلك، حظي التمييز على أساس العمر باهتمام متزايد، تناوله مؤتمر العمل الدولي بتقرير خاص له، في التوصية رقم 162، لسنة 1980، المتعلقة بالعمال كبار السن، والتي تهدف إلى استكمال اتفاقيات "محرارية مبدأ التمييز"، حول هذه النقطة. وتتنطبق هذه التوصية على كل العمال المعرضين لمواجهة صعوبات في الإستخدام والمهنة بسبب تقدمهم في السن.⁽²⁾ وعند التكلّم عن العمر والتمييز، نتساءل عن مدى إمكانية اعتبار تحديد السن الإلزامي للتقاعد تمييزاً على أساس العمر؟

تناولت التوصية المذكورة أعلاه هذه المسألة بطريقة حذرة، نوعاً ما، إذ أنها توصي بتبني مبدأ التقاعد الإختياري والطوعي، وأن يكون سن بلوغ السن التقاعدي أكثر مرونة. وفي هذا الإطار، تصنّف المحاكم الفرنسية، صرفاً أجيالاً قبل بلوغه سن التقاعد "تمييزاً على أساس السن"، يعرّض صاحب العمل للمعاقبة ولإبطال الصرف.

(1) «Les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents».

Manuel de droit européen en matière de non-discrimination, op.cit., page 131.

(2) Jean Pélissier, Age et perte d'emploi, Revue du droit Social, numéro 12, décembre, 2003, page 1063.

كما ويواجه الأشخاص ذوو الإعاقة الجسدية أم العقلية، في معظم الأحيان، تمييزاً حتى في الوظائف التي لا تؤثر إعاقتهم على أدائها بشكل كافٍ وملائم. وقد سبق وأشرنا إلى تعريف الشخص المعوق سابقاً، فنجد المفهوم الضيق للإعاقة في اتفاقية الأمم المتحدة، في حين تأخذ محكمة العدل الأوروبية بمقاربة مختلفة.⁽¹⁾

يحتاج الشخص المعوق إلى عدة أساليب، وآليات، وإجراءات تمكنه من الولوج إلى سوق العمل، وبالتالي، يجب لتطبيق "مبدأ عدم التمييز على أساس الإعاقة" بفعالية، إيلاء مساعدة خاصة تتلاءم مع حالته الخاصة. وفي هذا السياق، أوضحت الاتفاقية 111 والتوصية المرفقة بها، هذه التدابير الخاصة، في الفقرة الثانية من المادة الخامسة منها.

وقد أشارت اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 159 لسنة 1983، المبرمة⁽²⁾ المتعلقة بالتأهيل المهني والتشغيل (المعوقون)، والتوصية المرتبطة بها رقم 168، إلى مسببات التمييز المباشر وغير المباشر، وأوصت باتخاذ إجراءات متنوعة تهدف إلى ضمان المساواة الفعالة في الفرص والمعاملة لمثل هؤلاء الأشخاص، دون تمييز على أساس الجنس. وتتناول هذه المعايير، بشكلٍ خاص، إجراءات المساعدة والتعديلات المطلوبة في ميادين التدريب والتشغيل وشروط العمل وظروفه، وتشجيع أصحاب العمل. ولكن يطرح السؤال حول النقطة الفاصلة ما بين حالة الصحة والإعاقة. في هذا الصدد، اعتبرت محكمة العدل الأوروبية في سنة 2015، إلى إمكانية اعتبار السمنة الزائدة أو المفردة إعاقة، متى أدت إلى الحد من فرص العمل. وعرفت الإعاقة بأنها "لا ترتبط بمدى مساهمة الشخص أو عدم مساهمته بحالة الإعاقة".⁽³⁾

⁽¹⁾ La Cour (CJCE) a privilégié une approche médicalisée du handicap «comme visant une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle», tout en précisant que «pour que la limitation relève de la notion de handicap, il doit donc être probable qu'elle soit de longue durée».

CJCE, Sonia Chacón Navas contre Euresit Colectividades SA, Affaire C-13/05, 11 juillet 2006, points 43 et 45.

⁽²⁾ مبرمة بموجب القانون 116 تاريخ 25 تشرين الأول 1999.

⁽³⁾ La notion de handicap «ne dépend pas de la question de savoir dans quelle mesure la personne a pu contribuer ou non à la survenance de son handicap.

Isabelle Rorive, Le droit européen de la non-discrimination mis au tempo de critères singuliers, in Multiplication des critères de discrimination Enjeux, effets et perspectives, Actes du colloque, défenseur de droit, République Française, Droit et Justice, 2018, page 38.

كما سبق وأشرنا، لا يعتبر تعداد أسس التمييز على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال، ما يفتح المجال إلى أسس أخرى لم نفضلها، كالمساواة الجنائية أو مرض السيدا. لذلك، ننتقل إلى أساس آخر مهم من أسس التمييز احتل قيمة مهمة، وهو التمييز في الأجر، فنعالجه فيما يلي.

ب- التمييز على أساس الأجر

يشكل الأجر عنصراً من عناصر عقد العمل ويتكوّن، إضافة إلى الأجر الأساسي، من كل ما يتقاضاه العامل بسبب أو بمعرض وظيفته، كالمناح، والعمولات، والبقشيش، والمكافآت، وغيرها. وتعتبر محاربة التمييز في الأجر أمراً مهماً إذ يحقق مساواة اجتماعية، ويدفع نحو العمل اللائق. ومن خلال تركيبته، يُعتبر عنصر الأجر غير متساوٍ، بطبيعته، نظراً لتأثره بالرابطة التعاقدية، من ناحية، وبسلطة صاحب العمل في الإدارة، من ناحية أخرى. فمتى تشكّل الإختلافات في الأجر تمييزاً؟

شكّل مسار المرأة الوظيفي المنقطع سبباً رئيسياً للإختلاف في الأجر ما بين المرأة والرجل، فانطلقت الإتفاقية رقم 100 من "مبدأ عدم التمييز في الأجر ما بين المرأة والرجل لعمل متساوٍ في القيمة"، إلى أن احتلت مكانة في دائرة مبادئ العمل الأساسية، وأصبحت تطبّق على جميع الأجراء.⁽¹⁾ وأدى تطوّر تركيبة الأجر إلى زيادة التعقيدات في تفسير مبدأ "الأجر المتساوي للعمل المتساوي في القيمة"، إذ بات اللعب على عناصره (الأجر) وسيلةً من أجل تبرير المعاملة المختلفة للعمال في المؤسسة⁽²⁾. ويشكّل الأجر، مهما كان نوعه وطبيعته، شكلاً من

(1) إن مبدأ الأجر المتساوي عن العمل المتساوي القيمة لا يقتصر على العائلات والعمال الذي يؤدون عملاً مطابقاً أو متشابهاً، بل يشمل أيضاً أولئك الذين يؤدون عملاً مختلفاً.

مارلن أولز، وشونا أولني، ومانويلا تومي، مرجع سابق، صفحة 31.

(2) Par un arrêt majeur, du 10 octobre 1979 la Chambre sociale de la Cour de cassation précisait que la qualification de salaire est d'ordre public, et qu'elle échappe ainsi à la volonté et à la dénomination des parties: «... par salaire, il faut entendre toute rémunération d'un travailleur en état de subordination, quelle que soit l'appellation employée pour la désigner». Elle invitait donc les juges du fond à rechercher, dans les éléments qui leur sont fournis par les parties, les critères de la définition du salaire, pour restituer aux sommes en cause leur juste qualification.

Cécile Aubert Thérèse et Aubert-Monpeyssen, op. cit, page 62.

أشكال التمييز، وعلى القانون أن يحمي العمال من "إرادة صاحب العمل التمييزية"، كما اعتبرها البعض⁽¹⁾، وأن يؤكد، كما تشير الإتفاقية رقم 100، على "قيمة الوظيفة المعتمدة لحساب الأجر" والتي تقضي بتحديد معدلات الأجور من دون تمييز قائم على الجنس.⁽²⁾ ولكن هذه الإتفاقية لا تركز على إثبات التمييز بل على أهمية تقدير القيمة. لذلك، تشدد على أهمية التقييم الموضوعي للوظائف.

يعتبر التلاعب بالأجر وعناصره أسلوباً سهلاً، يلجأ إليه صاحب العمل ليميز بين العمال من أجل تقدير عملهم، بموجب سلطته في الإدارة. وبالتالي، يجب من أجل ضمان المساواة في الأجر، اعتماد "تقدير شامل لما يحصل عليه العامل"، أي، يجب النظر إلى كل عنصر من عناصر الأجر على حدة.⁽³⁾

يرتكز مبدأ "الأجر المتساوي للعمل المتساوي في القيمة" على مقارنة أوضاع أجيرين، ويقوم على "تقدير مدى التشابه" وليس على "تطابق ضيق". وعلى سبيل المثال، غالباً ما يكافئ صاحب العمل الأجير الذي أحسن أداء عمله بمنح، والتي يجب أن تُحسب استناداً إلى معايير

(1) Arnaud Martinom, Le salaire, in Les notions fondamentales du droit du travail, sous la direction de Bernard Teysse, Université Panthéon- Assas\Paris II, LGDJ diffuseur, édition Panthéon- Assas, 2009, pages 167 et 170.

(2) لائحة ببعض الوظائف التي تمت المقارنة بينها من زاوية المساواة في الأجر:

معظمهم من الرجال	معظمهم من النساء
حراس الأمن	الحراس في دور العجز
المشرفون على المتنزهات	المشرفون على الوجبات المدرسية
العاملون في البستنة والسائقين	العاملون في الحفلات والتنظيفات
الموظفون الحكوميون وموظفو البلديات	العاملون في الخدمة الإجتماعية والأهلية
المهندسون	مدراء الشؤون الإجتماعية
الصيدلة	معالجو النطق
جامعي النفايات	أمناء المكتبات
قبطان وميكانيكيو الطائرة	مضيفو الطائرات
المسؤولون عن فرز البريد وتوزيعه	مدونو الحسابات

مارلن أولز، وشونا أولني، ومانويلا تومي، مرجع سابق، صفحة 32.

(3) Cécile Aubert Thérèse et Aubert-Monpeyssen, L'individualisation de la rémunération: Approches économiques et juridiques, Recherche effectuée dans le cadre d'une convention conclue entre l'Institut de Recherches Économiques et Sociales (IRES) et la CFE-CGC, Mars 2005, page 103.

"موضوعية ومؤكدة"⁽¹⁾، وضوابط "تقنية خاصة بمهامته في العمل"⁽²⁾. لذلك، يرتبط تقدير "العمل ذي القيمة المتساوية" ارتباطاً وثيقاً بمفهوم المساواة في العمل⁽³⁾، لتشكل "النسبية" جوهرَ وصميم هذا المبدأ.⁽⁴⁾

يجب اعتماد منهجية لتقييم الوظائف، للمقارنة بين مختلف الوظائف من أجل تحديد مرتبتها من بعضها البعض في سلم الأجور. وغالباً، ما تعتمد الدول أساليب تقييم الوظائف الرسمية على نوعين: أساليب التقييم الشاملة أو الترتيبية، وأساليب التقييم التحليلية. يعتمد الأسلوب الأول على ترتيب الوظائف بحسب أهمية المتطلبات الوظيفية، وتقيم الوظيفة ككل وليس كل عنصر على حدة، ويميل هذا الأسلوب إلى مزج الخصائص التي يتمتع بها شاغل الوظيفة مع خصائص الوظيفة، وتُبرز الأساليب الترتيبية درجة الوظائف داخل المؤسسة، لكنها لا تحدد اختلافها من حيث القيمة.

أما أساليب التقييم التحليلية، فتقسّم الوظائف إلى مكونات أو عوامل، وتضع علامة لكل منها، كالمهارات والكفاءات المكتسبة من خلال التعليم والتدريب أو الخبرة؛ والمسؤولية عن التجهيزات والمال والأشخاص؛ والجهد الجسدي أو العقلي أو النفسي الاجتماعي؛ وشروط العمل بجوانبها المادية (الضجيج، الغبار، درجات الحرارة، المخاطر الصحية) وجوانبها النفسية الاجتماعية (الضغط، العزلة، التقطع المتكرر، الطلبات المتزامنة وعدوانية العملاء). فمن خلال تحديد قيمة الوظيفة بالأرقام، تُظهر أساليب التقييم التحليلية ما إذا كانت وظيفتان

(1) La Cour de cassation censure l'arrêt de la cour d'appel, qui a avait statué par des critères généraux au lieu de rechercher si les différences salariales étaient en l'espèce justifiées par des «raisons objectives matériellement vérifiables».

Morgan Sweeney, L'égalité en droit social: au prisme de la diversité et du dialogue des juges, thèse, université Paris Ouest Nanterre, direction d'Antoine Lyon-Caen, 2010, page 192.

(2) La Cour de cassation vise notamment «la performance, généralement rémunérée par des primes dont le calcul doit obéir à des critères objectifs et vérifiables» et «technicité particulière du poste», mais également des justifications plus particulières comme «l'appartenance des salariés à des statuts différents (salariés de droit privé et fonctionnaires... à des établissements distincts» ou encore «la pénurie de candidats entraînant le risque de fermeture de l'établissement».

ibid, page 175.

(3) دليل تطبيقي، تعزيز على الإنصاف. تقييم الوظائف المحايد إزاء النوع الاجتماعي من أجل المساواة في الأجر، برنامج تعزيز إعلان المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، مكتب العمل الدولي، منظمة العمل الدولية، 2011، صفحة 2.

(4) Cécile Aubert et Thérèse Aubert-Monpeyssen, op. cit, page 47.

مختلفتان متساويتين في القيمة.⁽¹⁾ فنستحق الوظائف المختلفة التي تُنسب إليها القيمة الرقمية نفسها أجراً متساوياً، فيركّز أسلوب التقييم على مضمون الوظيفة وليس على المهارات أو الخصائص التي تميّز شاغل الوظيفة، ولا على أدائه.⁽²⁾

أمام أهمية إعادة التوازن إلى عقد العمل وتدعيم مكانة العامل فيه، يجب تطوير هذا العقد نظراً لارتباط الأجر بمبدأ عدم التمييز.⁽³⁾ فقد انعكست تحولات سلطة صاحب العمل، والتبعية معها، على الأجر من أجل تقييم عمل العامل استناداً إلى مهنية أدائه وحسنه.⁽⁴⁾ وقد أخذ

(1) تعتبر التقييمات الوظيفية الموضوعية أسلوباً لتعزيز المساواة في الأجر.

جدول التقييم الوظيفي المبسط:

المعايير	أمانة مكتبة	عامل نفايات
مستوى المعارف والتعليم	4	2
الخبرة	3	1
المبادرة والإبداع	2	2
المجهود الجسدي	1	5
المجهود الذهني أو البصري	4	2
تحمل مسؤولية الأجهزة أو العملية	2	4
تحمل مسؤولية المواد أو المنتجات	3	2
تحمل مسؤولية عمل الآخرين	2	0
شروط وظروف ومخاطر العمل	1	5
درجة تعقيد المهام	4	2
أهمية عدم اقتراف الأخطاء	2	2
التواصل مع الآخرين	4	2
القدرة على العمل على بيانات سرية	4	1
المجموع	36	35
يتم إعطاء النقاط على مقياس من 0 إلى 5. فالصفر غير مهم، و 5 في غاية الأهمية.		

دليل تفتيش العمل والمساواة بين الجنسين وعدم التمييز في الدول العربية، مرجع سابق، صفحة 53.

(2) مارلن أولز، وشونا أولني، ومانويلا تومي، مرجع سابق، صفحة 38 و 39.

(3) Antoine Jeammaud, Du principe d'égalité de traitement des salariés, Revue du Droit social, numéro 7-8, Juillet- Aout, 2004, page 694.

(4) Alain Supiot, Les nouveaux visages de la subordination, revue du Droit Social, numéro 2, février 2000, page 134.

الإجتهد الفرنسي بسلطة صاحب العمل في تحديد كيفية أدائه "شرط ألا يُشكّل ضرراً على حقوق العمال الأساسية". وعليه، أقرّ بمبدأ تقييم الأجر بطريقة موضوعية بعيدة عن إرادة صاحب العمل وأسندته إلى سلطة القاضي في تقرير "الشرطة التعاقدية".⁽¹⁾

وعند تقييم الأجر ومتمماته، نجد العديد من "البدلات" التي قد يُثار الشك حول طبيعتها، أهي تحمل تمييزاً في خفاياها أم هي مستحقة للعامل؟

من بين المفاهيم الأكثر شيوعاً، نجد "بدل الأقدمية"، وهو ما يتقاضاه العامل نتيجة مدة ارتباطه بالمؤسسة. ومهما كان شكله، يُثير هذا التعويض إشكالية، عبّر عنها البعض بالتساؤل عما اذا يتم التعويض عن المركز أم عن الإختصاص؟⁽²⁾

انطلقت "الأقدمية" من الوظائف العامة إلى قانون العمل والإتفاقيات الجماعية، وشكّلت المطلب الأساسي للنقابات⁽³⁾. كمفهوم، تعكس "الأقدمية" الدور الذي يلعبه "الوقت" في القواعد القانونية كمولد للحقوق والموجبات.⁽⁴⁾ أما بالنسبة إلى دورها في قانون العمل، فنسمح باكتساب حقوق وامتيازات للعمال (آخر من يُفصل وأول من يختار فُرصه)، وتجزئ التراتبية بين العمال (وليس المنافسة). بمعنى آخر، تظهر أهميتها كمصدرٍ شكليّ لقانون العمل⁽⁵⁾، وكتثبيت للعلاقات التعاقدية شرط عدم الإضرار بحقوق العمّال الآخرين⁽⁶⁾، وكمصدر في تنظيم العمل من خلال أخذها بعين الإعتبار في الصرف لسبب اقتصادي، وفي تقييم تعويض الصرف التعسفي، وفي الإجازة المرضية، وفي مدة الإنذار.⁽⁷⁾

(1) Arnaud Martinom, Le salaire, in Les notions fondamentales du droit du travail, sous la direction de Bernard Teysie, université Panthéon- Assas\Paris II, LGDJ diffuseur, édition Panthéon-Assas, 2009, page 167 et 170.

(2) Bruno Sire et Michel Tremblay, Faut-il rémunérer le poste ou la compétence ?, Revue française de gestion, n° 129, novembre-décembre 1999, page 130.

(3) Guillaume Vallée, La nature juridique de l'ancienneté en droit du travail: Une comparaison des droits québécois et français, Relations Industrielles, volume 50, numéro 2, 1995, page 265.

(4) Manuela Grévy, La sanction civile en droit du travail, LGDJ, bibliothèque de droit social, tome 36, 2002, page 178.

(5) Guillaume Vallée, op. cit, page 260.

(6) Paul Durand, La tendance à la stabilité du rapport contractuel, LGDJ, Paris, 1960, page 359.

(7) في فرنسا، لتعيينه ممثلاً للعمال.

ويملك القاضي سلطة في تقدير الأقدمية كمعيار لتقدير العقوبات التأديبية، ولتقدير الخطأ الجسيم استناداً إلى رابط الإستخدام في المؤسسة الذي لا ينقطع بسبب المرض.⁽¹⁾ وعندما يتدرّج صاحب العمل بالأقدمية، فهو لا يعوّض الخبرة، أو/و الصفات المهنية. وفي هذا الخصوص، أشارت محكمة التمييز الفرنسية بأنه "لا يكفي لصاحب العمل التدرّج بالأقدمية لتبرير فروقات الأجر".⁽²⁾

كذلك، نجد مفهوم المؤهلات المهنية⁽³⁾ الذي، وإن كان لا يشكّل انتهاكاً للمبدأ، يحمل مشاكل في التعريف، وأخرى في الإثبات. فمن ناحية، يُعدّ مفهوماً من الصعب تعريفه كونه يتناول مجموعة من الصفات الشخصية، التي يمكن أن تكون متنوعة كالبراعة، وسرعة التنفيذ، والحدة، والحدس، والخبرة، والودية بالاتصال مع العملاء، والإلتزام، ورباطة الجأش، والتصدي للأحداث، وغيرها... فلا يمكن التعويض عن هذه الصفات بالأجر الأساسي، وإنما من خلال المنح أو المكافآت التي يمكن أن تكون متنوعة. ومن ناحية أخرى، يحظى معيار "الصفة المهنية" مراقبة دقيقة من قبل المحاكم، وإن كانت متصلة بصفات شخصية، اذ يبقى على صاحب العمل اعتماد عناصر موضوعية ومبررة.⁽⁴⁾ ولا يعدّ تقدير حدود المؤهلات المهنية بالأمر السهل، وبالأخص مع التطورات التقنية والتكنولوجية⁽⁵⁾. وإن كان، بشكل عام، لا يمكن الأخذ بالإعتبار الشخصي للمؤهلات المهنية وإنما يُنظر إلى المنصب - وأخذ البعض بهذا الأمر في التكلّم عن الإختصاص⁽⁶⁾ - لما يحمله

(1) Guillaume Vallée, idem, page 292.

(2) «La simple référence à l'ancienneté ne semble pas être un critère suffisant». Delphine Tharaud, Contribution à une théorie générale des discriminations positives, op. cit, page 74.

(3) Agnès Viottolo- Ludmann, Egalité, liberté et relation contractuelle de travail, université Paul Cézanne-Aix- Marseille III, Faculté de Droit et de Science Politique, Centre de droit Social, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, PUAM, 2004, page 117.

(4) Cécile Aubert Thérèse et Aubert-Monpeyssen, L'individualisation de la rémunération: Approches économiques et juridiques, op. cit, page 88.

(5) Alexandre Chabeaud, L'ordinateur et le salarié, mémoire, Université de Lille 2, sous la direction de Bernard Bossu, 2001-2002, page 89.

(6) Jean Emmanuel Ray, Mutations de l'entreprise et modification du contrat de travail. La gestion juridique du changement, édition liaisons, Droit Vivant, 2000, numéro 29, page 34.

من عناصر ذاتية مرتبطة بالشخص، كالمعارف المكتسبة أو الخبرات المهنية.⁽¹⁾ ولا يتطابق التخصص المهني مع مبدأ عمل ذي قيمة متساوية، ما يسمح بوجود فروقات في الأجر.⁽²⁾ وقد نجد، من جهة ثالثة، القوة الجسدية التي رفضت المحاكم الفرنسية اعتبارها شكلاً من أشكال التمييز بين الرجل والمرأة، وإنما سرعان ما صدرت قرارات مخالفة تبناها القانون الفرنسي لاحقاً.⁽³⁾

يتفاعل مبدأ عدم التمييز في الإستخدام والعمل مع الواقع، ويعتبر هدفاً متحركاً. فلا يشمل القضاء على التمييز الأسس المحرمة فقط، وإنما يمتد ليشمل أيضاً التمييز غير المباشر الذي يُستدل عليه في الإتفاقية رقم 111. فما هي أنواعه؟

ج- أنواع التمييز

يعتبر التمييز مباشراً "متى تستثني اللوائح والقوانين والسياسات العمال صراحة أو تسيء إلى موقفهم، على أساس الرأي السياسي، أو الحالة الإجتماعية، أو نوع الجنس". فعلى سبيل المثال، تشكّل تمييزاً مباشراً إعلانات الوظائف التي تستثني طلبات العمال المتزوجين، أو أناساً بسن معينة، أو لبنانيين فقط.

وأمام مبدأ القضاء على التمييز، يجب حماية العامل المرتقب/ والعامل الفعلي عند الإستقطاب، ومن خلال إعلانات طلبات العمل، ومن خلال السيرة الذاتية، وأثناء مقابلات التوظيف⁽⁴⁾، وحتى خلال فترة التجربة⁽⁵⁾. وقد اعتبرت المحاكم الفرنسية، أنه يحق للعامل ألا

(1) Lucie Tanguy, De l'évaluation des postes de travail à celle des qualités des travailleurs. Définitions et usages de la notion de compétences, in Le travail en perspectives, sous la direction d'Alain Supiot, LGDJ, collection «Droit et Société», 1998, page 545.

(2) Cécile Aubert Thérèse et Aubert-Monpeyssen, op. cit, page 84.

(3) Idem, page 87.

(4) Les renseignements demandés par l'employeur lors de l'embauche doivent avoir pour seul but d'apprécier les qualités professionnelles du candidat et présenter en conséquence un lien direct et nécessaire avec l'emploi auquel il postule.

Donat Guillon, L'égalité entre les femmes et les hommes en droit français et communautaire, thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 1990, page 135.

(5) (...) la chambre criminelle de la Cour de cassation avait condamné pour refus d'embauche discriminatoire un employeur qui avait rompu la période d'essai d'un salarié en raison de sa nationalité marocaine (Cass. crim., 14 oct. 1986).

Morgan Sweeney, L'égalité en droit social: au prisme de la diversité et du dialogue des juges, thèse, université Paris Ouest Nanterre, direction d'Antoine Lyon-Caen, 2010, page 145.

يُجيب عن بعض الأسئلة"، كوضعه العائلي مثلاً⁽¹⁾. ونُشير إلى أمرٍ مهم اعتمده المشرع السويسري في المادة الثامنة من قانون المساواة (LEg)، إذ أجاز للشخص عند الإستقطاب أن يطلب تبريراً خطياً بالرفض، ويمكنه بعد ثلاثة أشهر من تسلّمه الرفض وغياب التبرير أو وجود تبرير غير مُقنع، اللجوء إلى القضاء للمطالبة بالتعويض.⁽²⁾ وكذلك، يفرض هذا المبدأ حماية العامل في منصبه، وفي الأجر⁽³⁾، وفي مؤهلاته المهنية ومدى ارتباطها بمنصبه في العمل⁽⁴⁾. كما يجب تكليف منصب العامل عند حصول المرض، وعدم التمييز في العقوبات التأديبية، وفي الصرف، وفي عدم تجديد العقد بالنسبة للعقود المحددة المدة⁽⁵⁾.

أما التمييز غير المباشر، ومصدره أنغلو-ساكسوني ومطبّق منذ سنة 1974 من قبل المحكمة الأوروبية الإتحادية⁽⁶⁾، فيشير إلى الأوضاع والممارسات التي تبدو محايدة، ولكنها تقود بالممارسة إلى تمييز⁽⁷⁾، كوضع شروط أو متطلبات ليس لها علاقة بالوظيفة المعنية،

(1) Kiteri Garcia, Le droit du travail et la famille, Revue du Droit Social, numéro 1, Janvier 2009, page 14.

(2) Travail et égalité des personnes handicapées: aperçu des bases légales, Bureau Fédéral de l'Égalité pour des personnes handicapées (BFEH), Berne, juillet 2017, page 8.

(3) La classification PARODI est un ensemble de listes d'emplois définis sommairement auxquels on fait correspondre n taux de salaire minimum. Les catégories professionnelles d'ouvriers, d'employés, d'agents de maîtrise et de cadres sont définis à partir de certaines règles.

[...] Ce système qui a été théoriquement annulé en 1950, continue en réalité à être à la base de l'élaboration de nombreuses conventions collectives, qui elles sont la base de départ des salaires dans les branches où elles existent.

Bassirou Tidjani, Eléments pour la gestion du personnel: Les salaires (l'exemple sénégalais), Thèse en analyse industrielle, Université de Nice, Juin 1984, pages 109 et 110.

⁴ Selon le BIT, «la qualification du travail peut être définie simplement comme une méthode permettant de déterminer et de comparer les exigences que l'exécution normale d'un certain travail impose à un travailleur ordinaire sans tenir compte des capacités ou du rendement de celui-ci. La qualification concerne donc le poste et non le travailleur».

Bassirou Tidjani, ibidem, page 106.

(5) وفي هذا الإطار، نشدد على أهمية تعديل قانون العمل لجهة أحكام عقود العمل المحددة المدة، إن لناحية اشتراط شكل خطي لها، وإن لناحية تحديد مدتها القصوى قبل أن تتحوّل إلى عقد عمل غير محدد المدة.

(6) LIM Suy Hong, L'égalité dans les relations du travail au Cambodge, Thèse, Université Lumière Lyon 2, 17 octobre 2007, pages 162 et s.

(7) La CEDH s'est fondée sur cette définition de la discrimination indirecte pour affirmer qu'«une différence de traitement peut aussi consister en l'effet préjudiciable disproportionné d'une politique ou d'une mesure qui, bien que formulée de manière neutre, a un effet discriminatoire sur un groupe»

Manuel de droit européen en matière de non-discrimination, op.cit., page 33.

والتي يمكن تلبيتها فقط من قبل الرجال، كاشتراط طول معين لا يرتبط بالمهنة، والذي يمثّل تمييزاً غير مباشر على أساس الجنس،⁽¹⁾ أو كاشتراط لغة معينة للحصول على وظيفة ليس من الضروري اتقانها، فيعدّ شكلاً من أشكال التمييز غير المباشر القائم على الأصل الوطني أو الإثني، أو كاشتراط معدّل محدد من ساعات العمل للإستفادة من اتفاق جماعي، والذي يعدّ تمييزاً على أساس الحالة الصحية للأجير.

وقد يحدث التمييز غير المباشر أيضاً عندما تُمنح معاملة تفضيلية لفئات معينة من العمال؛ فاستثناء العمال المنزليين أو عمال الزراعة أو العمال الموسميّين من تدابير الحماية الإجتماعية، بحكم القانون، قد يُسفر عنه تمييزاً غير مباشر ضد شتى الجماعات.⁽²⁾

وكون التمييز في العمل والإستخدام هدفاً متحركاً، فقد تكلم البعض عن التمييز النمطي **discrimination systémique**، الذي ييسم بتوسيع مدى حظر التمييز. فيُستنتج هذا النوع من التمييز من خلال تطبيق أساليب في الإستقطاب، والتوظيف، والتحسيس، تستبعد أفراداً وتولّد اعتقاداً بأن أسباب هذا الإستبعاد طبيعية.⁽³⁾

وكذلك، تمّ توسيع دائرة التمييز ليطاول أفراد عائلة ضحية التمييز استناداً لأسس التمييز المحرمة، من خلال الإعتراف بوجود تمييز مرتبط بـ **discriminations en association**⁽⁴⁾، أو **discrimination par ricochet**⁽⁵⁾ يتعرّض له الشخص جراء ارتباطه بعلاقة ضيقة مع

(1) Oliver De Schutter, Discriminations et marché du travail. Liberté et égalité dans les rapports d'emploi, édition P.I.E- Peter Lang, Bruxelles, collection «travail et Société», numéro 28, 2001, page 96.

(2) زمن المساواة في العمل، التقرير العالمي بموجب متابعة إعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل، مؤتمر العمل الدولي، الدورة 91، مكتب العمل الدولي، 2003، صفحة 20.

(3) Michèle Rivet, La discrimination dans la vie au travail: le droit à l'égalité à l'heure de la mondialisation, 2003-04, volume 34, Revue de droit de l'Université de Sherbrooke (R.D.U.S.), Québec, 2003, page 286.

(4) La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité: les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations, rapport général, sous la direction de Tatiana Gründler et Jean-Marc Thouvenin, droit et justice, juin 2016, page 169.

(5) C.J.C.E. 16.10.2007 J. Cavallini J.C.P.S. 2008, n°10, page 29.

Morgan Sweeney, L'égalité en droit social: au prisme de la diversité et du dialogue des juges, thèse, université Paris Ouest Nanterre, direction d'Antoine Lyon-Caen, 2010, page 367.

شخص يتمتع بخصائص محمية، مثلاً، كما لو صرّف صاحب العمل الأجير نتيجة ممارسة شريكه لنشاطات نقابية، أو كالأُم التي تتعرّض للتمييز بسبب إعاقة ابنها.⁽¹⁾ أضف إلى ذلك، التمييز المتعدد أو المتشعب *discriminations multiples ou intersectionnelles*، بمختلف أشكاله⁽²⁾، حيث تتقاطع أسس التمييز لنجد في حالة تمييز واحدة أساسين، كالتمييز المتعدد تجاه النساء المعوقات استناداً إلى الإعاقة والجنس. ومن أجل محاربة هذا النوع، صدر عن منظمة الأمم المتحدة التوصية العامة حول البعد الجنسي في التمييز العنصري.⁽³⁾

لقد أشار تقرير حديث للجنة الخبراء المختصة بتطبيق الإتفاقيات والتوصيات التابعة لمنظمة العمل الدولية، إلى شكل خطير من التمييز، يقوم على "العنف العرقي"، والذي يتحقق عندما يتعرّض الشخص لأي سلوك، أساسه العرق، يمس كرامته، أو يولّد جواً مخجلاً، أو معادياً، أو مهيناً في العمل.⁽⁴⁾ واعتبر بعض الفقهاء أن "العنف المعنوي أو الجنسي يتحوّل إلى تمييز عندما يستند إلى أساس من أسس التمييز المحرّمة في القانون".⁽⁵⁾

⁽¹⁾ Dans l'affaire Coleman, la CJCE a accepté de comparer la situation de la requérante à celle de ses collègues occupant des postes similaires et ayant des enfants. Elle a également reconnu que cette différence de traitement était constitutive d'une discrimination et d'un harcèlement fondés sur le handicap de son enfant.

Manuel de droit européen en matière de non-discrimination, op.cit., 2010, page 31.

⁽²⁾ (...) les cas de «discrimination additive» dans lesquels un motif s'ajoute à un autre ; les cas de «discrimination parallèle» par exemple une femme handicapée qui serait discriminée en raison de son genre sur le terrain de l'emploi et en raison de son handicap dans l'accès à certains services; les cas de «discrimination combinée» dans lesquels les différents motifs se cumulent dans une même situation ce qui en intensifie l'expérience et, enfin, les cas de «discrimination intersectionnelle» dans lesquels les différents motifs de discrimination interagissent les uns avec les autres.

Robin Médard, Les écueils du contentieux antidiscriminatoire au prisme de la jurisprudence canadienne, in La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité: les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations, rapport général, sous la direction de Tatiana Gründler et Jean-Marc Thouvenin, droit et justice, juin 2016, page 11.

⁽³⁾ التوصية العامة الخامسة والعشرون، الدورة السادسة والخمسون للجنة القضاء على التمييز العنصري بشأن أبعاد التمييز العنصري المتعلقة بنوع الجنس، 2000.

⁽⁴⁾ Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR), observation générale sur la convention numéro 111 concernant la discrimination (emploi et profession) 1958, 8^{ème} édition, BIT, 2019, page 3.

⁽⁵⁾ Comment lutter contre les discriminations en Entreprise? Mini guide.
www.droit-de-la-formation.fr

فبعد أن تطرّفنا لماهية التمييز من حيث التعاريف، وأأسسه، وأنواعه، سننتقل إلى معالجة المبدأ في قانون العمل اللبناني من خلال مداه في بنوده وتقدير مدى فعاليته.

○ ثالثاً: مبدأ عدم التمييز في قانون العمل

ساهم الإقتصاد (الرأسمالي) في ولادة تقنينٍ للعمّال انطلاقاً من فكرة تتمحور حول حاجة الإنسان إلى الثروة. وحسب البعض، شارك الإقتصاد في النظامين الرأسمالي والإشتراكي في استنباط النظام الإجماعي وتركيبية العلاقات الإجماعية.⁽¹⁾ فيؤدي تدخّل الإقتصاد والإجتماع في إطار العمل -كمفهوم عرفته النظم الرأسمالية والمجتمعات الإشتراكية⁽²⁾- إلى الاعتراف بأهمية القانون الإجماعي في منح الإقتصاد "الوجه الإنساني"، كونه جعل روابط القوة بين رأس المال والعمل تأخذ طريقاً ثالثاً.⁽³⁾

فقد دَفَع تطوّر المفاهيم إلى استقلالية العمال في قانونهم نتيجة رفض المبادئ الأساسية للقانون المدني، كالمسؤولية الفردية، والمساواة بين الطرفين، ومبدأ سلطان الإرادة⁽⁴⁾. ولكن، لا يُعتبر القانون المدني قادراً على "إشباع" أمرين أساسيين. فيما يتمثّل الأمر الأول بموضوع العقد، وهو شخص العامل، والذي يطرح السلامة الجسدية للعامل في العمل وكيانه الإنساني، فيتناول الأمر الثاني تبعية الإرادة.

ولا تعتبر مسألة البحث عن التمييز في الفرص والمعاملة في قانون العمل أمراً سهلاً، وإنما تشكّل قضية بحثٍ في رمال متحركة، إما لضغف بنوده المرتبطة بهذا الموضوع، وإما لغياب هذا الموضوع عن محاكم العمل. وعليه، سنتناول، أسس التمييز الصريحة (أ)، وإمكانية فتح الباب لمحاربة التمييز من خلال بنود قانونية احتلت مكانة في دائرة النظام العام (ب).

(1) Dominique Méda, Le travail, une valeur en voie de disparition, Edition Alto-Aubier, 1995, page 87.

(2) Nicolas Valticos, L'OIT: vue rétrospective et perspectives d'avenir, Revue Internationale du Travail, volume 135, 1996, numéro 3 et 4, page 523.

(3) Antoine Jeammaud, Le droit du travail dans le capitalisme, question de fonctions et de fonctionnement, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo «Massimo D'Antona», Italie, 2005, page 15.

(4) Bazard, Hippolyte Carnot, Prosper Enfantin, Olinde Rodrigues, Henri Kournel, Charles Duveyrier et Gustave d'Eichthal, Doctrine de Saint-Simon, page 75.

أ- أسس التمييز الصريحة

على خلاف أغلبية الدساتير، لم يكرس الدستور اللبناني المساواة الملموسة وإنما كرس المساواة المجردة التي تُعرّف بالمساواة أمام القانون. وكذلك، لم يساو بين المرأة والرجل وإنما ساوى بين المواطنين في الحقوق المدنية والسياسية، في المادة 7، وفي تولّي الوظائف العامة، في المادة 12 منه. فكيف بلور قانون العمل مبدأ عدم التمييز في العمل والإستخدام؟

نُعالج مسألة التمييز الجنسي ما بين المرأة والرجل، في ضوء المادة 26 من قانون العمل، التي حظرت التمييز الجنسي وفق اعتبارات عددها. وكذلك، حماية قانون العمل الحرية النقابية، عامة، من خلال الفقرة (د) من المادة 50، التي اعتبرت الصرف تعسفاً متى أتى نتيجة انتساب العامل إلى نقابة وممارسته لأنشطة نقابية مشروعة. أما الحماية الخاصة، فتتمثل بتوقّف صرف عضو مجلس النقابة المنتخب على مراجعة مجلس العمل التحكيمي الذي، متى وَجَد الصرف تعسفاً، يقضي بإعادة الأجير النقابي المصروف إلى العمل، وذلك في الفقرة (و) من المادة المذكورة.

فهل أحسنت بنود القانون في حماية الأجراء من التمييز؟ وما هو مدى فعاليتها؟ نعالج، تبعاً، التمييز القائم على الجنس (1) والتمييز النقابي (2).

1. التمييز القائم على الجنس

تعتبر المساواة بين الجنسين من القيم الأساسية في منظومة الأمم المتحدة، وحقاً أساسياً من حقوق الإنسان. وقد شكّلت المساواة الإجتماعية أحد أهداف مشروع الألفية التابع للأمم المتحدة. كما وتركز معايير منظمة العمل على المساواة بين الجنسين في إطار العمل كونها وسيلة لتحقيق العمل اللائق.

اعتمد قانون العمل، في المادة 26 منه، قاعدة قانونية تكرس مبدأ أساسياً بعدم التمييز. فقد حظرت هذه المادة على صاحب العمل "التفرقة بسبب الجنس بين العامل والعاملة فيما يخص نوع العمل، مقدار الأجر، التوظيف، الترقية، الترفيع، التأهيل المهني والملبس". ما هو مضمون التمييز الجنسي؟ وما هي فعاليتها؟

يشكّل التمييز الجنسي الشكل الأكثر شيوعاً للتمييز، أو للتفضيل، أو للإستبعاد. ومن أجل فهمه، يجب الإنطلاق من ماهيته وتطوره مع الزمن.

فمع انطلاق المرأة إلى سوق العمل وتحررها من قيود العادات التي تربط دورها في المهمات المنزلية والإنجابية، دعمت القوانين، ومن بينها قانون العمل، وجودها كونها كانت ضحية للإستبعاد أو للتمييز، وشددت على أهمية دورها في المجالين الإقتصادي والإجتماعي. فقد حماها قانون العمل في المواد 28، و 29، و 52 منه، من خلال منحها إجازة أمومة مدفوعة الأجر، وتحظير صاحب العمل من توجيه الإنذار إلى المرأة الحامل أو المُجازة بداعي الولادة. لذلك، يُعطي الحَمْل "حصانة" محمية بقانون العمل⁽¹⁾ التي تشكل سبباً من أسباب التمييز. وقد اعتبرت الهيئات الإشرافية في منظمة العمل الدولية أن "نزع الأهلية أو استبعاد النساء على أساس الزواج يشكل تمييزاً يستند إلى الجنس". فما هي أسس التمييز المشار إليها في المادة 26؟

أشارت المادة المذكورة إلى سبعة أسس يحرم التمييز على أساسها بين العامل والعاملة، ولكنه لم يعرفها. فكيف نفهم أسس التمييز القائمة على الجنس فيما يخص نوع العمل، ومقدار الأجر، والتوظيف، والترقية، والترفيه، والتأهيل المهني والملبس؟

أولاً، نوع العمل، وهو تصنيف العمل على أساس أهمية متطلباته، فيجب النظر إلى مضمون العمل بمجمله وليس إلى مكوناته. وعليه، تُقسّم الأعمال إلى أنواع تتداخل فيها مكونات أساسية وأخرى فرعية، وتشمل بشكلٍ رئيسي: المهارات والمؤهلات المكتسبة من خلال التعلّم، أو التدريب، أو الخبرة؛ المسؤولية تجاه الأشخاص، والمعدات، والمال؛ الجهود البدنية، و/أو العقلية، و/أو النفسية؛ ظروف العمل التي قد تكون بدنية كالضجيج، والمخاطر الصحية، وقد تكون نفسية كالضغط، والإعزال، والتعاطي المستمر مع الزبائن. أما من حيث الوقت، فيطاول نوع العمل سواء الدوام الجزئي أم الكامل. وفي كل الأحوال، يجب تحديد قيمة العمل على أساس معايير موضوعية خالية من التمييز الجنسي. ويسلّط تقييم العمل الضوء على

(1) Alain Ghozi, Laurent Leveneur et Jean-Michel Olivier, La personne en droit du travail, éditions Panthéon Assas (EPA), collection "Droit privé", ouvrage issu d'un cycle de conférences organisé par le Laboratoire de droit social de l'université Panthéon-Assas, Collection Colloques, 1999, page 48.

محتوى العمل وليس على مهارات الأشخاص الذين يؤدون العمل ومميزاتهم أو أدائهم.⁽¹⁾ وغالباً، ما يتمثل التمييز المباشر في المسمى الوظيفي الذي يختلف باختلاف جنس الشخص الذي يشغل الوظيفة.⁽²⁾

ثانياً، يحظر القانون على صاحب العمل أن يميّز بين الأجير والأجيرة في الأجر، وهو الأجر الأساسي ومتمماته. وهنا، نؤكد على مبدأ "الأجر المتساوي للعمل المتساوي في القيمة"، وليس العمل المماثل أو المشابه. وبمعنى آخر، يجب أن يتقاضى الأجير والأجيرة أجراً متساوياً، متى كان عملهما متساوياً في القيمة، ولو كان يختلف من حيث المضمون، وينطوي على مسؤوليات مختلفة، ويتطلب مهارات أو مؤهلات مختلفة، ويمارس في ظروف مختلفة.⁽³⁾

(1) دليل تفتيش العمل والمساواة بين الجنسين وعدم التمييز في الدول العربية، منظمة العمل الدولية - المكتب الإقليمي للدول العربية، بيروت، منظمة العمل الدولية، 2014، صفحة 32.

(2) اختلاف المسمى الوظيفي لنفس الوظيفة:

المسمى الوظيفي للإناث	المسمى الوظيفي للذكور
بائعة	مندوب مبيعات
مساعد المدير	مدير مساعد
عاملة التشغيل	فني
أمنية المكتبة	مدير المعلومات
مسؤولة عن الطباعة	مدير المكتب
خياطة	مصمم
مضيفة	مضيف
سكرتيرة	معاون شخصي
سكرتيرة	إداري
طباخة	شيف
عاملة تنظيفات	ناطور

مارلن أولز، وشونا أولني، ومانويلا تومي، مرجع سابق، صفحة 18.

(3) معايير التقييم الوظيفي: (النقاط من 1 إلى 10).

العامل	ممرضة	موظف ركن السيارات والموقف
المؤهلات	المجموع: 23	المجموع: 16
المعارف (التعليم الرسمي أو الخبرة)	7	5
المهارات اليدوية	7	6

ثالثاً، يشير "التوظيف" إلى الإستقطاب، وبالفرنسية recrutement، والذي يعنى عملية الجذب، والفحص، والإختيار، والتمهيد للعمل لشخص مؤهل للوظيفة.⁽¹⁾ وقد يحمل تمييزاً متى أوجب صاحب العمل إجراء اختبار حمل، أو طرح أسئلة متعلقة بالحمل، أو متى أدى إلى تحرش جنسي.

رابعاً، فيما يتعلّق بالترقية، فهي انتقال الأجير من فئة وظيفية محددة إلى فئة أخرى أعلى منها، كما لو حاز على شهادة إضافية عليا.

خامساً، ويكون الترفيع انتقالاً من درجة وظيفية إلى درجة أعلى عند توافر شروطه كإكمال سنوات الخدمة لعدد محدد ينص عليها النظام الداخلي.

وعلى سبيل القياس، أشارت المادتان 25 و 26 من المرسوم رقم 5693، تاريخ 8 تشرين الأول 1966، المتعلق بتصديق أنظمة تعاونية موظفي الدولة، إلى الترقية والترقية. فالترقية تقرض أسباباً موجبة، أما الترفيع فهو "انتقال الموظف من رتبة إلى رتبة أعلى ضمن الفئة

مهارات التواصل	9	5
المجهود	المجموع: 20	المجموع: 12
المجهود الفكري	7	3
المجهود العاطفي	8	2
المجهود الجسدي	5	7
المسؤولية	المجموع: 16	المجموع: 14
على الناس	9	2
على الملكية	6	9
المالية	1	5
شروط وظروف العمل	المجموع: 20	المجموع: 14
الظروف البيئية	5	7
الإجهاد النفسي	7	4
المخاطر الصحية	8	3

لدليل تفتيش العمل والمساواة بين الجنسين وعدم التمييز في الدول العربية، منظمة العمل الدولية - المكتب الإقليمي للدول العربية، بيروت، منظمة العمل الدولية، 2014، صفحة 55.

⁽¹⁾ <https://ar.wikipedia.org/wiki/استخدام>

نفسها ومن فئة إلى فئة، ولا يرفع الموظف من رتبة إلى رتبة إلا إذا كان في الدرجة الأولى في رتبته وكان اسمه مدرجاً في جدول الترفيع".

سادساً، يُقصد بالتأهيل المهني "التوجيه المهني لكل من نُقِصت قدرة عمله وإنتاجه جراء عجز أو عاهة، مكتسب أو إثر حادث". ويعتبر التأهيل المهني معونةً للعاجز وللمعوق على إيجاد عمل يتناسب مع قدراته ومهاراته، فيتم تدريبه على هذا العمل ومساعدته للتقدم فيه. وقد عرّفت الفقرة الثانية من المادة الأولى من الإتفاقية الدولية رقم 159 بشأن التأهيل المهني والعمالة (المعوقون)، لسنة 1983، التأهيل المهني بأنه "تمكين الشخص المعوق من ضمان عمل مناسب والإحتفاظ به والترقي فيه، ومن ثم تعزيز ادماجه أو إعادة دمجها في المجتمع".⁽¹⁾

سابعاً، ونشير أخيراً إلى "الملبس"، في المادة 26 من قانون العمل، وهو بهدف حماية المرأة من التحرش الجنسي أم حرية الملبس في إطار احترام المعتقدات الدينية؟

ففي ظل مجتمع طائفي، لا يمكن أن يشكّل ارتداء الحجاب، أو ارتداء صليب، إشكالية في سوق العمل كون المجتمع يَعْرِف هذه الأشكال. وإن كان هدف المشرع درء التمييز عن ممارسة الأجير أو الأجيبة لشعائرهما الدينية، أوجب عليه أن يعتمد صياغة أوضح وأكثر تحديداً.

أما إذا كانت المسألة ترتبط بمسألة التحرش الجنسي، والذي يشكّل شكلاً من أشكال التمييز على أساس "الجنس"، فإنه يشتمل على نوعين من الأفعال. يظهر النوع الأول عندما تتكوّن لدى الضحية أسباب معقولة بالإعتقاد أن أي اعتراض سيؤثر سلباً عليه/ عليها فيما يخصّ تشغيله أو تشغيلها، بما في ذلك التوظيف أو الترقية. بينما يتكوّن الثاني من الأفعال التي تخلق بيئة عمل عدائية.

وفي صدد الإتفاقيات الدولية، نلاحظ وجود اتفاقية عمل واحدة تحرم بشكلٍ محدد التحرش الجنسي، وهي الإتفاقية رقم 169 لسنة 1989 المتعلقة بالشعوب الأصلية والقبلية، وهي غير مصدّق عليها. وفي محاولات لتعريف هذه الظاهرة، أُعتبر التحرش الجنسي "عنفاً ضد النساء"، في التوصية العامة رقم 12 لسنة 1989، الصادرة عن اللجنة المشرفة على اتفاقية إزالة كل

⁽¹⁾ Cour de cassation, civile, Chambre sociale, numéro de pourvoi 18-22.399, 5 février 2020. <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000041585929/>

أشكال التمييز ضد النساء⁽¹⁾، وأنه "يشمل أي سلوك جنسي مرفوض مثل المقدمات أو الإحتكاك الجسمي والتعليقات الجنسية اللونية وإظهار الصور الإباحية والطلبات الجنسية سواء بالكلمات أو بالأفعال، وإن مثل هذا السلوك يمكن أن يكون مهيناً، وقد يمثل مشكلة تتعلق بالصحة والسلامة"⁽²⁾، حسب التوصية العامة رقم 19 لسنة 1992، الصادرة عن اللجنة عينها.

وفي تقريرٍ خاص للجنة الخبراء التابعة لمنظمة العمل الدولية لسنة 1996، وعند فحصها لتطبيق الاتفاقية رقم 111، ذكّرت عدداً من الأمثلة على التحرش الجنسي في التشغيل تنطبق على الرجال والنساء، وتشمل هذه الأمثلة: الإهانات والتعليقات غير اللائقة، والنكات والتلميحات والملاحظات على لباس شخص ما أو بنيته الجسمية أو عمره أو وضعه العائلي، مواقف مهينة أو أبوية متكبرة ذات معانٍ جنسية تحطّ من الكرامة، الدعوات غير المرغوبة أو الطلبات المستترة أو الصريحة سواء كانت مصحوبة بتهديد أم لم تكن، النظرات الشهوانية أو اللفتات الأخرى المرتبطة بالخاصية الجنسية، الإحتكاك الجسmani غير الضروري مثل اللمس أو المداعبة أو القرص أو الاعتداء.⁽³⁾

وفي هذا السياق، أعدت وزارة الدولة لشؤون المرأة مشروع قانون يرمي إلى معاقبة التحرش الجنسي في أماكن العمل والأماكن العامة، وقد وافقت عليه الحكومة في جلستها الملتزمة بتاريخ 2017/3/8، وأحالته إلى مجلس النواب لإقراره⁽⁴⁾. فما هو موقف التشريع فيما يتعلّق بالتمييز النقابي؟

2. التمييز النقابي

التمييز النقابي هو "اختلاف في المعاملة بين أجيرين، لا يستند على عناصر موضوعية ومجردة وإنما على اعتبارات شخصية أساسها الإلتناء والنشاط النقابي". قد يكون تمييزاً مباشراً أم غير مباشر. فيكون التمييز النقابي مباشراً عندما يُعامل أجير على أساس انتمائه النقابي

(1) Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, recommandation générale, No 12, Violence contre les femmes, 8^{ième} session, 1989.

(2) Recommandation générale, No 19, Violence à l'égard des femmes, onzième session, 1992. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-fr.htm>

(3) www.ilo.org

(4) التقرير الجامع للتقاريرين الدوريين الثالث والعشرين والرابع والعشرين المقدم من لبنان بموجب المادة 9 من الإتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري، مرجع سابق، المقطع 56.

أو ممارسة ولايته في مجلس النقابة. ويكون غير مباشر عند تطبيق تدبير في ظاهره حيادي، ولكنه يؤدّ معاملة تمييزية للأجير النقابي أو الأجير الذي يمارس حرياته النقابية. يظهر التمييز النقابي على امتداد علاقة العمل، ويبدأ عند الإستقطاب وينتهي عند الصرف. فقد يأخذ أشكالاً عديدة، كالإستبعاد، أو عقوبات تأديبية غير مبررة، أو سلوك عدائي من صاحب العمل، أو غياب الترفيع والترقية، أو حرمانه من لوائح الأجر... فما هو مدى حظر هذا التمييز في قانون العمل؟

أشارت المادة 50 من قانون العمل في الفقرة د/ البند (2)، وفي الفقرة هـ منها، إلى إطار هذا التمييز. فمن جهة، عدت الفقرة (د) من المادة 50 المذكورة الحالات التي يكون فيها الصرف من قبيل الإساءة أو التجاوز في استعمال الحق، ومن ضمنها ما أشارت إليه النقطة (2) منها، التي نصت: "لانتساب العامل أو عدم انتسابه لنقابة مهنية معينة أو لقيامه بنشاط نقابي مشروع في حدود القوانين والأنظمة المرعية الإجراء أو اتفاق عمل جماعي أو خاص". فهل يشكّل انتساب العامل إلى نقابة أم عدمه، أو قيامه بنشاط نقابي، سبباً من أسباب التمييز؟ تكريساً لمضمون الحرية النقابية الفردية الذي يكرّس مبدأ حرية العامل الإنتساب إلى النقابة أم عدمه، أو حتى الإنسحاب منها ساعة يشاء، أتى هذا النص ليحمي حرية العامل النقابية في الإنتساب أم عدمه. ولكن من جهة، حصرت حماية حرية الأجير عند الصرف، ولم تشر إلى حمايته عند الإستقطاب والتوظيف، إذ غالباً ما يوقع الأفراد، قبل دخولهم إلى العمل، بنداً صريحاً، في عقد العمل أم مرفقاً به، بعدم ممارستهم لأية أنشطة نقابية أو حتى بعدم انتسابهم لنقابة ما. كذلك، لم تشر إلى حمايته أثناء ممارسته عمله، كما لو ورّع مناشير حول العمل النقابي على عمال المؤسسة لحثهم على الإنتساب، أو علّق بيانات النقابة على باب مكتبه. وفي هذا السياق، يلعب القاضي دوراً حول مدى ارتباط الصرف بنشاطات العامل النقابية بدءاً من الإنتساب، مروراً بممارسة الأنشطة النقابية، وصولاً إلى انتخابه عضواً في مجلس نقابته. ولكن لا يملك القاضي أي دور لحماية العامل عند الإستقطاب. لذلك، على المشرّع أن يحدد البنود المحظرة للتمييز النقابي، بشكلٍ كامل ومتكامل، وكذلك الأفعال والممارسات أو السلوك الذي قد يشكّل تمييزاً على أسس نقابية، منذ الإستقطاب وليس فقط عند الصرف.

ومن جهة أخرى، اعتمدت المادة عينها، في فقرتها (هـ)، إجراءات خاصة متى كان العامل المصروف أحد أعضاء مجلس نقابة (فقط)، والذين يُعرفون وفق البعض بأنهم "العمال المفروضين"⁽¹⁾. ويتوقف صرف أعضاء مجالس النقابات المنتخبين أصولاً، وطيلة مدة ولايتهم، على مراجعة مجلس العمل التحكيمي. وعلى صاحب العمل أن يدلي بجميع الأسباب التي دفعته إلى صرفه، وله أن يوقف العامل المذكور فوراً عن العمل لحين صدور قرار مجلس العمل التحكيمي. وبحال وافق المجلس على صرفه، تصفّى حقوقه وفق المعتاد، أما إذا رأى المجلس أن صرفه أتى تعسفياً، فيقضي المجلس بإلزام صاحب العمل بإعادة العامل المصروف إلى عمله تحت طائلة تضمينه، إضافة إلى ما يستحقه من تعويضات، مبلغاً إضافياً يتراوح بين ضعفي وثلاثة أضعاف البديل الذي يستحقه.⁽²⁾

إنها الحالة الوحيدة، في أحكام قانون العمل، التي يجوز فيها أن يقضي مجلس العمل التحكيمي بإلزام صاحب العمل بإعادة العامل (عضو مجلس النقابة) المصروف تعسفياً إلى العمل، وإلا يُلزم بتعويض إضافي على ما يستحقه العامل، يتراوح بين ضعفي وثلاثة أضعاف. وقد بلورت هذه الفقرة من المادة 50، بشكلٍ أكيد وواضح، حماية أعضاء مجالس النقابات من صرفهم استناداً لأنشطتهم النقابية، لا بل قد أعطت الفعالية لتحضير التمييز النقابي عندما فرضت عقوبات مالية "قاسية".

يظهر لنا مدى حماية الأجراء في إطار عدم التمييز النقابي بدرجات متفاوتة، فيظهر الإلتزام النقابي للأجير أقلّ حماية من الأجراء المنتخبين لمجالس النقابات. فقد سهّل هذا الأمر الأخير إثبات التمييز على أساس نقابي، كون الإلتزام النقابي باتّ من منظماً ومعروفاً من الجميع.

(1) Il s'avère que les salariés dits «protégés» sont aussi des salariés «exposés».

Jean- Maurice Verdier, Les représentants des salariés: «protégés» ou exposés? Liberté fondamentale et logique du statut, in Analyse juridique et valeurs en droit social, Mélanges en l'honneur de Jean Pélissier, Dalloz, 2004, page 584.

(2) إذا لم يوافق مجلس العمل التحكيمي على الصرف، فيلزم صاحب العمل أن يعيد العامل إلى عمله تحت طائلة تضمينه، علاوة على ما يستحقه من تعويضات قانونية، مبلغاً إضافياً يتراوح بين ضعفي وثلاثة أضعاف البديل المنصوص عنه في الفقرة أ من المادة 50 من قانون العمل، أي ألا ينقص التعويض عن بدل أجره شهرين وألا يزيد عن بدل أجره اثني عشر شهراً.

يُظهر هذا الأمر تجسيدا حقيقياً وفعالاً لممارسة عضو مجلس إدارة النقابة لحقوقه النقابية. لذلك، يجب أن يمتد هذا الأمر إلى كل حالة يكون الصرف سببه المباشر أو غير المباشر، وموضوعه الصريح أو الضمني حقاً من الحقوق الأساسية وحرية من الحريات المصنفة بالأساسية. وفي هذا الخصوص، اعتبر "جان- مورييس فاردييه" Jean- Maurice Verdier إعادة الدمج "تديراً أساسياً وتأكيداً على الحقوق الأساسية"⁽¹⁾. من هنا، يجب على القاضي البحث حقيقةً عما يُخبئ صاحب العمل في معاملات الصرف من تعرّض لحقوق وحرّيات العامل الأساسية؛ أي أن يبحث عن السبب الحقيقي ويستنبطه من خلال وقائع مستمدة من دوافع الأطراف في العقد.⁽²⁾ وحسب قول البعض، على القاضي أن "يتخطى مهامه التقليدية ليفسّر القانون وليتأكد من حلّ النزاع بالطريقة التي هي أحسن"⁽³⁾. وقد نظر البعض الآخر إلى حماية حق إداء العامل عينه، تجاه كل تدبير "انتقامي" من صاحب العمل، كحماية خاصة وضرورية بظّل وجود التبعية⁽⁴⁾، بهدف "إيجاد التوازن بين القانون وروحه"⁽⁵⁾. فهل يمكن التوسّع بالبنود الحمائية لقانون العمل في ظل غياب إطار قانوني كامل ومتكامل لحظر مبدأ عدم التمييز في العمل والإستخدام؟

ب- ضبط سلطات صاحب العمل داخل المؤسسة

لم يعرّف قانون العمل اللبناني سلطات صاحب العمل، إلا أنها تُستنبط من خلال مدى تكييف القانون حقوقه وموجباته ما بين المسموح والممنوع. وهي تأتي من مصدر تعاقدية أو نظامية. ففي حين تركز "النظرية التعاقدية" على خضوع الأجير لإرادة صاحب العمل بفعل إرادته بموجب عقد العمل لتحقيق مصالح هذا الأخير، تستند "النظرية النظامية" أو "المؤسسية"

(1) La réintégration dont Jean- Maurice Verdier a souligné sans relâche qu'elle est la mesure «qu'exige toute méconnaissance d'un droit fondamental».

Manuela Grévy, Réflexions autour de la sanction des droits fondamentaux en droit du travail, Le droit ouvrier, doctrine, mars 2006, page 114.

(2) Idem, page 146.

(3) Gérard Lyon- Caen, L'état des sources du droit du travail (agitations et menaces), Revue du droit Social, numéro 12, décembre, 2001, page 1031.

(4) Alain Supiot, Les juridictions du travail, Traité de droit du travail, sous la direction de Guillaume- Hubert Camerlynck, 9, Dalloz, 1987, n° 559, page 519.

(5) Béatrice Moutel, L'«effet horizontal» de la convention européenne des droits de l'homme en droit privé français. Essai sur la diffusion de la CEDH dans les rapports entre personnes privées, Thèse, Université de Limoges, 25 novembre 2006, page 252.

على وجوب توافر السلطة في كل تنظيم من أجل تسيير الجماعة. وتتراوح المواقف من النظريتين بين مناديتها أو منتقديها أو في منزلة الوسط. وقد ربط الوسطيون بين النظريتين داخل المؤسسة، بشكلٍ تتداخل فيما بينهما، من أجل تنفيذ سليم للعمل المطلوب، وحسن سير العمل في المؤسسة⁽¹⁾. فأية مكانة يحتل مبدأ عدم التمييز ضمن تراتبية هذه المصالح؟

تشكل المؤسسة إطاراً للاختلاف حيث تضم عمالاً مختلفين، وتشديداً على أهمية مبدأ عدم التمييز بين الأجراء⁽²⁾، لا يُعتبر النظام الداخلي امتيازاً خاصاً وإنما أداة لتنظيم العمل كونه الوسيلة الكفيلة لتنظيم حقوق وموجبات العمال. فيأتي النظام الداخلي كعمل تنظيمي من القانون الخاص، حسب البعض⁽³⁾، كونه يشكّل، في الوقت عينه، سلطةً لصاحب العمل وموجباً عليه⁽⁴⁾. إذاً، يأخذ قانون العمل الصفة النظامية⁽⁵⁾ إذ يُخضع العامل وصاحب العمل لنظام خارج عن إرادتهما⁽⁶⁾، على الرغم من بقاء علاقتهما مبنية على عقد.

تأتي أهمية معالجة النظام الداخلي كونه مجالاً لسلطة صاحب العمل التأديبية، وبأبأ لفرضه عقوبات قد تصل إلى الصرف من العمل. لذلك، يُنظر إلى النظام الداخلي من خلال "الهدف" الذي يحققه والذي، في ضوءه، يراقب القاضي الإجراءات التأديبية من حيث الشكل والأساس، ويبحث في حقيقة الوقائع المدلى بها، وفي تصنيفها من قبل صاحب العمل، ويتأكد من مدى تناسب العقوبة مع الضرر. كما ويضبط القاضي سلطة صاحب العمل في الإدارة، من خلال فرض إطارٍ لممارستها في صرف الأجير من المؤسسة، والذي يظهر -بشكلٍ

(1) Michel Buy, Libertés individuelles des salariés et intérêts de l'entreprise, un conflit de logiques, in Les droits fondamentaux des salariés face aux intérêts de l'entreprise, Colloque du 20 mai 1994, PUAM, page 11.

(2) La non-discrimination est à la fois un droit de la personne à lui seul et un élément constitutif de tous les autres droits.

Timo Makkonen, La non-discrimination en droit international et en droit européen, Institut pour les Droits de l'Homme, Abo Université académique, Finlande, page 52.

(3) Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, Droit du travail, 24^{ième} édition, Dalloz, 2008, page 778.

(4) Idem.

(5) Antoine Jeammaud, Martine Le Friant et Antoine Lyon-Caen, L'ordonnancement des relations de travail, Recueil Dalloz, 1998, chronique, page 362.

(6) Il contient en principe toutes les règles générales et permanentes relatives à la discipline. Alain Supiot, Critique du droit du travail, PUF, Quadrige- Essais Débats, France, 2^{ième} édition, 2007, page 55.

أساسي- في الشروط المفروضة على الصرف بأن يكون سببه جدياً وحقيقياً⁽¹⁾، والذي (أي الصرف) تحددت أطره القانونية بموجب أحكام المادتين 50 و 74 من قانون العمل. وهنا نسأل عن دور المشرع والقاضي في رؤية حقوق العمال وحقوقهم داخل المؤسسة من زاوية مبدأ عدم التمييز في العمل. وفي هذا المجال، أشار "أنطوان ليون كاين" Antoine Lyon- Caen إلى أن منطق السلطة "يفرض مراقبة تحوّلها" من حق شخصي إلى سلطة موجّهة نحو هدفٍ محدد⁽²⁾. وبالتالي، على سلطة صاحب العمل في الإدارة أن تتناول أبعاداً مجتمعة من النسبية، والتبرير، والحيادية⁽³⁾. لذلك، يملك صاحب العمل سلطة، ولكن من دون أن تمتزج مع السلطة الإقتصادية لصاحبها⁽⁴⁾، لتتحوّل من سلطة استثنائية نحو سلطة وظيفية⁽⁵⁾، أو على الأقل ألا تخالف العدالة الإجتماعية⁽⁶⁾. وعليه، نتناول سلطة صاحب العمل التنظيمية والتأديبية من خلال النظام الداخلي (1)، وسلطته في الإدارة من خلال الصرف (2).

(1) Lors du débat à l'Assemblée, le ministre du travail a précisé que «la cause est réelle et sérieuse si elle présente un caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles». La cause sérieuse est celle qui présente «un certain degré de gravité troublant la relation de travail».

Frédéric Guimard, La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur, thèse, Université Paris- X- Nanterre, sous la direction d'Antoine Lyon- Caen, décembre 2000, page 265.

(2) Commission Modernisation du Droit du travail, Le juge et l'entreprise, Note de synthèse des 7 études de cas – Mai 2001, page 37.

http://www.institutentreprise.fr/fileadmin/Docs_PDF/travaux_reflexions/Droit_du_travail/7_etudesJurisprudence.pdf

(3) Selon un auteur, l'exercice du pouvoir de direction, dans la mesure où il affecte les droits fondamentaux, doit répondre à certains critères: il doit être proportionné, justifié et neutre.

Françoise Varcin, Le pouvoir patronal de direction, op. cit, page 70

(4) Alain Chirez, op. cit, page 197.

(5) Alain Supiot, les nouveaux visages de la subordination, revue du droit Social, numéro 2, février 2000, page 135.

(6) بمعرض بحثه في مدى سلطة إدارة مؤسسة كهرباء لبنان الإستثنائية في تقرير تعويضات للمتقاعدين الداخليين في الملاك تفوق تعويضات المستخدمين الدائمين سنداً للمرسوم 67/7716 من دون أن تكون ملزمة بأحدهما، أوجب مجلس العمل التحكيمي على الإدارة أن تستعمل هذا الحق ضمن العدالة الإجتماعية وروح القوانين والأنظمة وتساوي أوضاع الموظفين المماثلين العاملين لديها. وقد أشار في إحدى حيثياته أنه "وحيث أن دفع رواتب متفاوتة من جانب المدعى عليها لمستخدمين يقومون بذات العمل فضلاً عن أقدمية المدعي رغم قانونيته المجردة في ضوء المبادئ الفقهية العادية، يشكل بالنسبة للمبادئ الإجتماعية التي ترعى علاقات العمل وضعاً شاذاً لا يجوز الإستمرار به".

مجلس العمل التحكيمي في بيروت، قرار رقم 84، تاريخ 1974/1/29، ادوار توتنجيان/مصلحة كهرباء لبنان.

1. النظام الداخلي

في علاقة العمل، نبحث عن "التوازن" ما بين حقوق العامل وحرياته وبين سلطات صاحب العمل بهدف تأمين مصلحة المؤسسة.⁽¹⁾ وإذا وقفنا أمام مقولة "صاحب العمل يقرّر والعمال يخضعون"، تكون سلطات صاحب العمل قد وجدت مصدرها الطبيعي كونه صاحب المشروع ومالك رأس المال.⁽²⁾ وفي هذا الإطار، لم يفعل القانون شيئاً إلا وجعل منها "سلطات قانونية". من هنا، نؤكد، كما أشار البعض، على أن "ممارسة السلطة يلحق ضرراً أكيداً على كامل العقد".⁽³⁾ وقد تناول المشرع اللبناني النظام الداخلي، ضمن "تنظيم العمل"، في فصلٍ وحيد من الباب الثاني في قانون العمل، ولكنّه لم يحدد طبيعته، ولا مضمونه، ولا حدوده بين المسموح وغير المسموح. ووفق أحكامه، لا يشكّل النظام الداخلي موجباً على كلّ صاحب عمل وإنما قرّضت المادتان 9 و 66 عدداً محدداً من الأجراء لتوجّبّه. ففي حين فرضت المادة 9 أن يكون عدد الأجراء 25 أجيراً، أوجبت المادة 66، أن يكون العدد 15 أجيراً فأكثر. ويميل التطبيق إلى الأخذ بعدد الأجراء الذي حدده المادة 66 كونها المادة المختصة بتنظيم العمل، وهذا ما أخذت به وزارة العمل.⁽⁴⁾ وكذلك، أوجبت المادة 66 المذكورة، تصديق وزير العمل عليه بهدف إجراء "مراقبة مسبقة" على مدى تقيده بأحكام قانون العمل. وفي حال حصل تعارض بين عقد العمل الفردي وبين النظام الداخلي للمؤسسة، يُغلب العقد كون الخاص يقيّد العام.⁽⁵⁾ أما في حال إدخال تعديل أو تبديل في نظام المؤسسة، يحتفظ الأجير، عملاً بأحكام المادة 59 من قانون العمل، بحق الإستفادة من النصوص الأكثر فائدة له.⁽⁶⁾

(1) Bernard Bossu, Droits de l'homme et pouvoirs du chef d'entreprise: vers un nouvel équilibre, Revue du droit Social, 1994, page 747.

(2) Dès lors, «le détenteur du capital est en même temps patron de l'entreprise». Maurice Cozian, Alain Viandier et Florence Deboissy, Droit des sociétés, 18^{ième} édition, Paris, Litec, 2005, page 121.

(3) L'exercice du pouvoir se heurte certainement à l'intégrité du contrat de travail. Marie Cécile Escande- Varniol, La cour de cassation et l'intérêt de l'entreprise, Revue de Jurisprudence sociale, 4/00, page 260.

(4) ولیم غریب، صادر بین التشريع والإجتهد (العمل)، منشورات صادر، صفحة 382.

(5) محمد حسین منصور، قانون العمل، منشورات الحلبي، الطبعة الأولى، 2010، صفحة 309.

(6) استشارة رقم 278/ر/1974 تاريخ 1975/11/11 منشورة في مجموعة اجتهادات هيئة التشريع وزارة العدل، المجلد رقم 9، صفحة 9789.

يَدْخُلُ النِّظَامُ الدَّاخِلِي فِي صَمِيمِ أَحْكَامِ قَانُونِ الْعَمَلِ الْمُلْزِمَةِ، فَيَقْتَدِرُ مِنْ سُلْطَةِ صَاحِبِ الْعَمَلِ إِذْ يَصِيحُ بَعْدَ إِقْرَارِهِ مُلْزِمًا لِصَاحِبِ الْعَمَلِ وَالْعَامِلِ عَلَى السَّوَاءِ،⁽¹⁾ وَيُخْرِجُ تَفْسِيرَهَا عَنْ صِلَاحِيَّةِ أَيِّ مِنَ الْفَرِيقَيْنِ⁽²⁾. إِلَّا أَنَّهُ يُمْكِنُ اعْتِبَارُهَا مَتَمِّمَةً لِعُقُودِ الْعَمَلِ، مَتَى مَنَحَتْ الْأَجْرَاءَ حَقُوقًا وَمَنَافِعًا أَكْثَرَ مِنْ قَانُونِ الْعَمَلِ⁽³⁾.

لَمْ يُشْرَ قَانُونِ الْعَمَلِ إِلَى الْمَوَاضِيْعِ الَّتِي يَجِبُ أَنْ يَتَضَمَّنَهَا النِّظَامُ الدَّاخِلِي، أَوْ تِلْكَ الَّتِي لَا يَجُوزُ، وَاكْتَفَتْ الْمَادَّةُ 67 مِنْهُ بِالْإِشَارَةِ إِلَى أَنَّهُ "يُمْكِنُ أَنْ يَشْتَمِلَ النِّظَامُ الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ فِي الْمَادَّةِ السَّابِقَةِ عَلَى جَدُولٍ بِالْغَرَامَاتِ الَّتِي تُطَبَّقُ عَلَى الْمُسْتَعْمِدِينَ وَالْعَمَالِ عِنْدَ ارْتِكَابِهِمْ خَطَأً أَوْ إِهْمَالًا أَثْنَاءَ الْعَمَلِ.

وَإِذَا لَمْ يَشْتَمِلِ النِّظَامُ عَلَى مِثْلِ هَذَا الْجَدُولِ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ثَمَّةَ مِنْ نِظَامٍ، فَيُنْظَمُ الْجَدُولُ بِقَرَارٍ مِنَ وَزِيرِ الْعَمَلِ".

وَبِمَا أَنَّهُ يَشْكَلُ وَسِيلَةً لِإِدَارَةِ شُؤُونِ الْعَمَالِ وَتَنْظِيمِ الْعَمَلِ، لَا يَجُوزُ لِصَاحِبِ الْعَمَلِ أَنْ يَضْمَنَّهُ بِمَا يَقُلُّ عَنْ أَحْكَامِ قَانُونِ الْعَمَلِ بَلْ يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يَحْتَرِمَ مَجْمُوعَةَ مِنَ الْبِنُودِ بِغَضِّ النَّظَرِ عَنْ إِرَادَتِهِ⁽⁴⁾، وَأَنْ يَحَدِّدَ إِطَارَ سُلْطَتِهِ التَّنْظِيمِيَّةِ، كَتَحْدِيدِ مَا هُوَ مُلْزِمٌ وَمَا هُوَ مُسْتَبْعَدٌ، دَرَاءً لِنَقِيْدِ حَقُوقِ الْعَمَالِ الْأَسَاسِيَّةِ⁽⁵⁾، وَحَمَايَةِ الْحَيَاةِ الْخَاصَّةِ لِلْعَمَالِ⁽⁶⁾. فَلَا يَجُوزُ، مِثْلًا، لِصَاحِبِ الْعَمَلِ أَنْ يَضَعُ فِي النِّظَامِ الدَّاخِلِي مَا يَخَالِفُ قَانُونِ الْعَمَلِ كَعَدَمِ اخْتِصَاصِ مَجْلِسِ الْعَمَلِ التَّحْكِيمِيِّ⁽⁷⁾،

(1) "... فإن الإجهاد يعتبر أنها (الأنظمة الداخلية) ملزمة لأصحاب العمل وللأجراء وواجبة التطبيق".

استشارة رقم 278/ر/1974 تاريخ 11/11/1975 منشورة في مجموعة إجتهدات هيئة التشريع وزارة العدل، المجلد رقم 9، صادر ناشرون، صفحة 9788.

(2) مجلس عمل تحكيمي، بيروت، رقم 852، تاريخ 14/10/1969، دعوى ثابت/مصلحة كهرباء لبنان، العدل، 1971، عدد 1، صفحة 194.

(3) مجلس عمل تحكيمي، جبل لبنان، رقم 28، تاريخ 6/3/2000، دعوى معلوف/راديو أوريان السابقة وأوجيرو. وليم غريب، مرجع سابق، صفحة 184.

(4) Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, op. cit, page 782.

(5) Alice Grébonval, op. cit, page 78.

(6) Bureau international du travail, Protection des données personnelles des travailleurs. Recueil de directives pratiques, Genève, Publications du B.I.T., 1997, page 14.

(7) "وحيث انه ليس من شأن النظام الداخلي للمصلحة (المصلحة الوطنية لنهر الليطاني) المدعى عليها الذي ليس له قوة القانون أن يولي المجلس التحكيمي أو أن لا يوليه صلاحية النظر في الدعوى مع العلم أن المجلس التحكيمي يطبق هذا النظام في كل ما لا يتعارض مع أحكام قانون العمل التي لها صفة الإلزام".

أو بما يقلّ عن أحكام قانون العمل كأجر أدنى من الحد الأدنى، أو حتى المبادئ العامة للقانون كاشتراط عدم الزواج. وقد اعتبر البعض أنه "لا يجب أن يتناول النظام الداخلي بنوداً على عقد العمل أن يتناولها كفترة التجربة، والأجر، وبند عدم المنافسة"⁽¹⁾. إذاً، يمكن أن يتناول النظام الداخلي كل ما يتعلّق بتنظيم العمل ك شروط الإستخدام، ومواعيد بدء وانتهاء العمل، وفترات الراحة والإجازات والعطل، والوقاية من المخاطر، ونظام المنح والترقيات⁽²⁾، وزيادة الأجر، والجزاءات التأديبية، والنقديّات الإجتماعية...

تبقى الغاية الأساسية من وضع النظام الداخلي تحقيق أمرين أساسيين. يركّز الأول على وضع جميع الأجراء أمام وضع موحدٍ لدرء مخاطر التمييز ولتحديد مدى صلاحيات صاحب العمل. أما الأمر الثاني فيدور حول أهمية تصديقه ليصبح ملزماً ومعمولاً به، وليشكّل رقابة لاحقة من المحكمة عند أي نزاع بين الأجراء وصاحب العمل.

وقد أخذ أحد قرارات مجلس العمل التحكيمي بإمكانية تعاقّد صاحب العمل مع أجير جديد بشروط جديدة لم ينصّ عليها النظام الداخلي أو لا تتفق معه طالما تتوافق مع أحكام قانون العمل⁽³⁾. وهنا، نتساءل عن مدى أحقية التعاقد مع أجير بنظام جديد يختلف عن النظام الداخلي المصادق عليه مسبقاً من قبل وزارة العمل. فيجب استبعاد تخصيص أحد الأجراء بنظامٍ مغايرٍ للنظام المصدّق عليه مسبقاً والمفروض تطبيقه دون سواه.

مجلس العمل التحكيمي في بيروت، رقم 9440 تاريخ 5 آب 1965.

(1) Audrey Marchand, Clauses licites et illicites du règlement intérieur, la Gazette Sociale, 28 mai 2007.

<http://www.tripalium.com/gazette/Gazette2007/Apge22/24.asp>

(2) "... وفقاً للمادة 15 من نظام المدعى عليها الداخلي التي تنص على اعطاء كل عامل درجة أدمية كل سنتين بقيمة 10% على راتبه،

وحيث أن المدعى عليها تتازع في توجب هذه الزيادة ولأن الأخيرة تدخل ضمن سلطتها الإستثنائية، وحيث أن هذا التفسير للمادة 12 المذكورة لا يستقيم مع روح النص الذي ربط إعطاء الزيادة للعامل بشرط واحد هو انقضاء مدة سنتين، ويقضي اعتبار المدعى عليها ملزمة بإعطاء المدعي الزيادة المذكورة..."

مجلس العمل التحكيمي في بيروت الغرفة الثالثة، قرار رقم 165 تاريخ 2000/3/9، أحمد جميل نجم/شركة المطابع الدولية.

(3) مجلس عمل تحكيمي، بيروت، رقم 73، تاريخ 1971/1/19، دعوى شيخان/كهرباء لبنان، العدل، 1971، عدد 3، صفحة 471.

يبقى الهدف من السلطة التأديبية لصاحب العمل حسن سير العمل في المؤسسة، وليست مجرد إطلاق الحرية للتصرف كما يشاء بكيد أو أنانية أو لأسباب غير جدية.⁽¹⁾ وقد أشارت المادة 67 من قانون العمل، إلى "جدول بالغرامات" كعقوبة على العامل، تقتضى توفّر الخطأ. فلم يُعرّف قانون العمل مفهوم "الخطأ"؛ أي أنه لم يحدد الأفعال التي تُعتبر خاطئة، وإنما اكتفى بعبارة عامة، في المادة 68 وما بعدها كالخطأ الجدي، والإهمال الفادح، والخطأ الجسيم، ومخالفة الأنظمة الداخلية.

وفي هذا الإطار، لَعِبَ الإجتهد دوراً مهماً، في تصنيف الأعمال "الخاطئة"، محدداً سلم الأخطاء وعقوباتها، معتبراً "الخطأ البسيط أو العادي" الأقل خطورة حيث يكون سلوك أو تصرف العامل الخاطيء مرة واحدة، مؤقتاً، غير مألوف، مغفوراً بالظروف، ولا يسبب خللاً حقيقياً ومستمرّاً للمؤسسة.⁽²⁾ ويكون الصرف غير مبرر، فيكتفى باللوم والإنذار. ويأتي بعده "الخطأ الجدي" الذي يجب أن يستند على سبب جدي وحقيقي في الصرف، كالغياب المتكرّر، وتصرفات عدم الانضباط، وعدم النزاهة، والعنف تجاه العمال. وغياب "السبب الجدي والحقيقي"، يكون الصرف غير صحيح. ثم نجد الخطأ المعروف "بالخطأ الخطير" والذي يميّز بآثاره التي تسمح بصرف العامل، من دون إنذار. ومن الصعب التفريق بين "الخطأ الجدي" و"الخطأ الخطير". ويبقى أنه في الحالة الأخيرة لا يعود ممكناً إبقاء الأجير في المؤسسة. وأخيراً، هناك "الخطأ الجسيم" الذي يركز على نية العامل في الإضرار، كالإضرار بالأشخاص وبالأموال.⁽³⁾

لذلك، على صاحب العمل أن يتقيد بموجبات، كعدم وجود الخطأ بحال رفض العامل تنفيذ أمر أو قرار غير عادل وغير مبرر، أو اتباع الإجراءات التأديبية المحددة وإلا فقد

(1) خليل الدحاح، المرتكز في قانون العمل والضمان الإجتماعي، الكتاب الأول، منشورات المركز الدولي ش.م.م.، الطبعة الأولى، 2014، صفحة 178.

(2) Selon Gérard Corne, la faute simple ou légère peut être définie comme étant le «comportement, volontaire ou non, qui s'écarte peu du comportement qu'aurait eu dans les mêmes circonstances le bon père de famille».

(3) Yannick Gabuthy et Eve-Angeline Lambert, Mise en œuvre du droit du travail: licenciement individuel et incitation, Bureau d'Economie Théorique et Appliquée. <http://courmot.u-strasbg.fr/users/beta/publications/2007/2007-14.pdf>

الإجراء صحته، أو التقيّد بأحكام النظام الداخلي وأن يكون مقيد باعتماد العقوبة المناسبة مع العمل المرتكب⁽¹⁾.

يُذكر أن قانون العمل نصّ على عقوبات مالية، فقط، فلا يجوز بالتالي، لصاحب العمل أن يوقع عقوبات تمسّ حقوق العامل الشخصية وحياته، كالضرب أو منع الزواج. وعند فرض الجزاءات التأديبية، من خلال الحسم من الأجر، لا يجب أن يستفيد منها صاحب العمل،⁽²⁾ ولا يجب أن تتجاوز الخمسة أيام، مع إمكانية مرور الزمن على الغرامات التأديبية، وبالتالي سقوطها بمهلة 15 يوماً، تلي التثبيت منها⁽³⁾. وليس الهدف من مرور الزمن على الغرامات التأديبية، إلا من أجل دفع صاحب العمل للتحرك سريعاً، وإلا شكّلت المماطلة قرينةً على سلوك العامل، بأنه غير مؤثّر. وتجدر الإشارة، إلى أن اعتبار المدة "مدة تقادم"، لا تسري من تاريخ ارتكاب الفعل وإنما من تاريخ علم صاحب العمل بها واكتشاف فاعلها.

وعليه، تجد سلطة صاحب العمل التأديبية حدودها في البنود القانونية التي تأخذ بمرور الزمن على الخطأ، والتي تحترم حقوق الدفاع من خلال اتباع إجراءات، والتي تمنع بعض العقوبات كالعقوبات غير المبررة والعقوبات التمييزية.

(1) Stéphane Bouche, Droits et libertés du salarié comme limites au pouvoir disciplinaire de l'employeur en droit français et en droit italien.

http://www.juripole.fr/memoires/compare/Stephane_Bouche/index.html

(2) أوجبت المادة 71 من قانون العمل تخصيص كل "الغرامات المفروضة على سبيل العقاب" بالأعمال التعاونية، دون سواها، والمنشأة لمصلحة الأجراء، وفقاً للقواعد العامة التي تحدد بقرار من وزير العمل". وعلى هذا الأساس، أوجبت المادة 2 من القرار رقم 6695، تاريخ 1 نيسان 1949، على صاحب العمل "أن ينشئ في مؤسسته صندوقاً خاصاً لحفظ هذه الغرامات يخضع لمراقبة مفتشي العمل"، ويعتبر مسؤولاً عن إدارة وحفظ أموال الصندوق، باعتبارها أمانة لديه، حسب المادة 7 من القرار المذكور. أما عن الإستفادة من أموال الصندوق فيستفيد منها كل أجير، وذلك بموجب قرار لجنة إدارة الصندوق، قضى في الخدمة أكثر من ثلاثة أشهر، في حالات عدتها المادة 4 من القرار المذكور أنفاً كالمريض، ونفقات الولادة أو الزواج، ونفقات وفاة أحد أصول أو فروع الأجير.

(3) نصت المادة 68 على أنه: "إذا ارتكب الأجير أثناء العمل خطأ جدياً أو إهمالاً فاضحاً أو خالف الأنظمة الداخلية للمؤسسة حق لرب العمل أن ينزل به على سبيل العقاب غرامة لا يجوز أن تتعدى حسم الأجر ثلاثة أيام عن الفعل الواحد. لا تطبق الغرامة بعد انقضاء خمسة عشر يوماً على التثبيت من الخطأ أو الإهمال أو المخالفة".

وحددت المادة 69 ماهية استيفاء قيمة الضرر فنصت: "إذا حصل من جراء الخطأ أو الإهمال أو مخالفة الأنظمة ضرر مادي لرب العمل، حق له أن يستوفي قيمة هذا الضرر من أجر العامل أو المستخدم".

أما المادة 70 فأوجبت أنه: "في جميع الأحوال لا يجوز أن يجاوز المبلغ المحسوم أجر خمسة أيام في الشهر الواحد".

يشكّل مبدأ توقع العقوبة في النظام الداخلي⁽¹⁾ عنصراً أساسياً في حماية حقوق العمال بالأخص تجاه تعسف صاحب العمل بسلطاته. فهي تهدف الى درء التمييز من خلال تحديد مدى سلطة صاحب العمل في "التفرد"⁽²⁾، ومن خلال توجيه العقوبة نحو مصلحة المؤسسة.⁽³⁾ وطالما يملك صاحب العمل سلطة "تقييم"، فيكون من الواجب وضع إطار لهذه السلطة⁽⁴⁾ كعرضه لجدول تقييم للعمال يكون معروفاً مسبقاً من قبلهم⁽⁵⁾، من أجل عدم استغلال سلطته في التقييم.

2. الصرف

خوفاً من أن تعطل نظرية الصرف التعسفي، الأسس القانونية والجوهرية التي يرتكز عليها عقد العمل غير المحدد المدة، كان لا بد من تقييد هذه النظرية بقاعدة قانونية جوهرية أخرى، وهي "نية الإضرار" الواجب توافرها لدى صاحب الإنهاء، ليعتبر مسؤولاً عن نتائج فعله.⁽⁶⁾ لذلك، أشارت الفقرة (أ) في بندها الثاني إلى ما يلي "على أنه في حال الإساءة أو التجاوز في استعمال هذا الحق، يحق للفريق المتضرر أن يطالب بتعويض يقدر وفق أسس...".

يعود الصرف الفردي إلى سببٍ شخصي، قد يكون "سلوكياً" كخطأ الأجير، أو لسبب "غير سلوكي" كعدم أهلية الأجير المهنية، أو فقدان المصداقية، أو عدم الثقة. وفي هذه الحالة،

(1) Alice Grébonval, La protection de la vie privée du salarié, mémoire, Université de Lille II, 2001-2002, page 79.

(2) Jean Pélissier, Alain Supiot et Antoine Jeammaud, Droit du travail, 24^{ième} édition, Dalloz, 2008, page 811.

(3) Alice Monrosty, La faute disciplinaire du salarié. Dans les arrêts de la Cour d'appel de Douai, mémoire, Université Lille II, 2001-2002, page 15.

(4) Gérard Lyon-Caen, Le pouvoir dans l'entreprise, in Le pouvoir du chef d'entreprise, Actes du Colloque AFDT, sous la direction de Jean Pélissier, Dalloz 2002, page 3.

(5) Cécile Aubert et Thérèse Aubert-Monpeyssen, L'individualisation de la rémunération: Approches économiques et juridiques, Recherche effectuée dans le cadre d'une convention conclue entre l'Institut de Recherches Économiques et Sociales (IRES) et la CFE-CGC, Mars 2005, page 93.

(6) Jean-François Paulin, La protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise, thèse, Université Lyon II, 1998.

<http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/1998/jpaulin>

يجب أن يركز على سبب حقيقي وجدي، محدد ومؤكد تثبتته الوقائع وتقضيه الظروف (المهمة) بشكل كافٍ لتبرير قطع علاقة العمل.

أما الصرف لسبب اقتصادي فلا يعود لسبب يتعلّق بشخص الأجير وإنما لصعوبات اقتصادية أو لتحولات تقنية في المؤسسة. وحول هذا الصرف، أخذ "أنطوان ليون- كاين" Antoine Lyon- Caen بمعيار صاحب العمل "العقلاني"⁽¹⁾ لتتوافر الأسباب الصحيحة في إعادة تنظيم مؤسسته، وأضاف البعض شرط "عدم الإضرار"⁽²⁾، والبعض الآخر اعتبره أمراً طبيعياً في حياة المؤسسة.⁽³⁾ لذلك، تفرض كل هذه الأسباب المراقبة القضائية⁽⁴⁾.

فيما يتعلّق بالصرف الفردي، عدّدت المادة 50 في فقرتها (د)، على سبيل المثال، الحالات التي تعتبر تعسفية، مشيرة إلى عدم جواز صرف العامل لانتسابه أو لعدم انتسابه لنقابة بهدف حماية الحرية النقابية، وتراوحت الحالات الأخرى بين حماية العامل في ممارسة حرياته الشخصية أو العامة، وممارسة حقه في الدفاع والتقاضى، وحمايته كعامل داخل المؤسسة في حياته الشخصية⁽⁵⁾ أو في حياته المهنية.

ترتبط هذه الحالات مع التنظيم الداخلي للمؤسسة -إدارة العمل والأشخاص- والتي هي من سلطات صاحب العمل في الإدارة. وغالباً، ما يُعطي صاحب العمل الحجة لهذه الإعتبارات ليخفي تمييزاً بأشكاله وأنواعه كافة. فيشكّل الرابط بين حق صاحب العمل في الصرف وحماية العامل من التعسّف "حدود الصرف".⁽⁶⁾ فما هي القيود التي فرضها المشرّع لصحة الصرف؟

(1) Rationnelle ou raisonnable.

Georges Khairallah, Le «raisonnable» en droit privé français, Développements récents, Revue Trimestrielle du Droit Civil (R.T.D.Civ.), n°24, 1984, page 456.

(2) Alain Chirez, Pouvoir de direction des personnes en droit français du travail: de l'unilatéralité à l'assentiment? Université de Polynésie française, 2004, pages 191 et 192.

(3) Francis Saramito, Les licenciements économiques au fil... des lois, Le Droit Ouvrier, juillet-août, 2005, page 281.

(4) Antoine Lyon-Caen, Note sur le pouvoir de direction et son contrôle, Mélanges dédiés au Président Michel Despax, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2002, page 102.

(5) Bernard Beignier, Vie privée et vie publique, Archive philosophie de Droit, numéro 41, 1997, page 165.

(6) Droit d'obtenir un emploi et droit d'entreprendre.

Antoine Lyon Caen, Le droit du travail et la liberté d'entreprendre, Revue du Droit Social, numéro 3, mars, 2002, pages 258 et 259.

من ناحية الشكل، اشترط القانون الإنذار بغرض منع مفاجأة الطرف الآخر في العقد، وإفادة من وجهه إليه بالرغبة في إنهاء عقد العمل. فقد أوجبت الفقرة (ج) من المادة 50 من قانون العمل أن يكون الإنذار خطياً، وأن يبلغ إلى صاحب العلاقة، ويحق لهذا الأخير أن يطلب توضيح أسباب الفسخ إذا لم تكن واردة في نص الإنذار.

ويعتبر الفقه والإجتihad شرط الكتابة في كتاب الصرف وسيلة إثبات، وليست بشرط شكلي. وكذلك من المهم إبلاغ الإنذار وفقاً للأصول، وليس فقط الإكتفاء بإرساله،⁽¹⁾ إذ تبدأ مهلة سريان الشهر لإقامة دعوى الصرف التعسفي من تاريخ تبلغ الإنذار إلى المرسل إليه. وكذلك، أوجب القانون تعليل الإنذار من خلال إيضاح الأسباب الكامنة وراء الفسخ، وإلا جاز لمن تبليغ الإنذار، وكانت الأسباب غير واردة فيه، أن يطلب بيان الأسباب من إنهاء علاقة العمل. ولهذا التعليل أهميته الكبرى، إذ يكشف الإفصاح عن أسباب الفسخ، ويمكن المحكمة من التثبت من مدى صحتها. ويشكل رفض التعليل قرينة عن سوء نية، تأخذ به المحاكم.⁽²⁾

في الفسخ التعسفي، يتمتع مجلس العمل التحكيمي، كمحكمة أساس، باستقلالية تامة في تقدير قيمة التعويض الذي لا يخضع، في المبدأ، لرقابة محكمة التمييز إلا في حال توافرت

(1) "... إذ أن العبرة هي لاتخاذ قرار الصرف وتاريخ إبلاغه الذي يجب أن يتم بشكل صريح، وليس، كما يستفاد من إدلاء المميمة المذكور، بافتراض واقعة الصرف وإبلاغها عن طريق الإستنتاج".
محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة العاشرة، قرار رقم 36، تاريخ 2013/4/4، الجمهورية البوليفارية الفنزولية الممثلة بسفارتها في لبنان/ ماريبول ضاهر.

وينفس المعنى:

"وحيث أن القرار المطعون فيه لم يخطئ أيضاً في تحديد تعويض الإنذار إذ أنه ثبت لهذه المحكمة من القرار المطعون فيه أن الإنذار بالصرف الذي ورد بصيغة بيان والمؤرخ في 1994/11/26 لم يبلغ إلى صاحب العلاقة شخصياً ولم يتضمن أسماء معينة، وإن مصير المدعية- المميز عليها- بقي غامضاً بين تشرين الثاني 1994 وآخر شهر كانون الثاني 1995 حين عرض مدير شركة SSNH على المدعية توقيع الكتاب والذي تضمن عقد عمل جديد...
...فيكون والحالة هذه أحسن تطبيق الفقرة ج من المادة 50 عمل....

محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الثامنة، قرار رقم 53 تاريخ 1998/6/23، الشركة الوطنية للملبوسات ش.م.م. /NCC
ليلى مرقص.

(2) محمد علي الشخبي، الصرف التعسفي في عقد العمل الفردي: أسسه القانونية وتطبيقاته العملية، 1980، صفحة 30 و 67، و 94.

أسباب المادة 708 أصول محاكمات مدنية، كتثبتها من تشويه في المستندات. ولكن أيجوز تخير الأجير ما بين العودة إلى العمل أم الحصول على التعويض؟
رغم بطلان تصرف صاحب العمل للأجير متى أتى تعسفياً، إلا أن نص المادة 50 أتى صريحاً، إذ أشار إلى التعويض فقط. ومن أجل حماية حقوق العامل الفردية وحياته، يجب إبطال التصرف المخالف، وفرض عقوبات جزائية، ودفع تعويضات مضاعفة. وفي هذا المجال، أشار البعض إلى إمكانية إعادة دمج العامل المصروف صرفاً تعسفياً كمعيار لحماية الحقوق الأساسية⁽¹⁾، لا بل يعتبر إبطال هذا الصرف مكملاً للحماية الدستورية للحقوق الأساسية⁽²⁾ بسبب اعتمادها "كحقوق ضمن النظام العام الأعلى في نظامنا القانوني"، حسب جيرارد كورتيه "Gérard Couturier".

أما على صعيد الصرف الجماعي فننتكّم عن منطقٍ آخر. فقد وصف الإقتصاديان "بلانشار" Blanchard و "تيرنول" Tirnol الصرف لسبب اقتصادي بالمفهوم المبهم⁽³⁾. واعتبر "بيار كاهوك" Pierre Cahuc مراقبة الأسباب الاقتصادية على أنها "عشوائية وغير موحدة" كونها مبنية على معايير القاضي وموهبة المحامي.

فقد أشار قانون العمل في المادة 50 فقرة (و) إلى الصرف الجماعي الإقتصادي، إذ نصّت على أنه "يجوز لصاحب العمل إنهاء بعض أو كل عقود العمل الجارية في المؤسسة إذا اقتضت قوة القاهرة⁽⁴⁾، أو ظروف اقتصادية أو فنية هذا الإنهاء، كتقليص حجم المؤسسة أو استبدال نظام إنتاج بآخر أو التوقف نهائياً عن العمل".

وفي هذا السياق، لا يحق لصاحب العمل إنهاء بعض أو كل عقود عمل أجرائه إلا إذا كان هذا الإنهاء مبرراً استناداً للقوة القاهرة كالزلازل أو الحريق، وكان خارجاً عن إرادة صاحب العمل أو خطئه أو إهماله، أو لظروف اقتصادية كضائقة مالية لم يكن له يدٌ فيها،

(1) Cité par Alain Supiot.

(2) Jean-Marie Tchakoua, Dignité et droits fondamentaux des salariés. Réflexion à partir des droits camerounais et français, Thèse Pour le Doctorat d'Etat en Droit, Université De Yaoundé II- Faculté des Sciences Juridiques et Politiques, Sous la direction de Jean-Pierre Laborde et Paul-Gérard Pougoue, décembre 1999, page 247.

(3) François Eymard-Duvernay, Le droit du travail est-il soluble dans les incitations?, Revue du Droit Social, numéro 9/10, septembre-octobre, 2004, page 812, 814 et 815.

(4) Selon Gérard Cornu, l'évènement imprévisible et irrésistible qui, provenant d'une cause extérieure au débiteur d'une obligation (...) le libère de son obligation...»

أو لأسباب فنية تتعلق بحسن سير أعماله المؤسسة تلافياً لأزمات مالية أو اقتصادية تمرّ بها البلاد.

إضافة إلى الأسباب المبينة أعلاه، نصّ البند الثاني من الفقرة (و) من المادة عينها على شرط جوهرى، فبغايابه يكون صرف الأجير حاصلًا لسبب غير مقبول وتعسفي⁽¹⁾، إذا لم يبلغ صاحب العمل وزارة العمل رغبته في إنهاء تلك العقود قبل شهر من تنفيذه، ليتسنى للوزارة خلال هذه المدة مراقبة حقيقة ودافع الإنهاء.⁽²⁾ ليس هذا فحسب، لا بل عليه، أيضاً، أن يتشاور معها (الوزارة) على وضع برنامج نهائي لذلك الإنهاء، يراعى فيه وضع كل أجير من حيث الأقدمية، والاختصاص، والعمر، الوضع العائلي والاجتماعي، وأخيراً الوسائل اللازمة لإعادة استخدامهم.

وبالتالي، لكي يكون صرف الأجراء -كلهم أو بعضهم- صحيحاً، فعلى صاحب العمل أن يبلغ وزارة العمل عن رغبته تلك. ويتسّم هذا الشرط الشكلي الجوهرى بأهمية بالغة، إذ بواسطته فقط تستطيع الوزارة مراقبة مسبقة لحقيقة دوافع الإنهاء، من جهة أولى، والتنسيق مع صاحب العمل لمنعه من الإنفراد في قرار الإنهاء، من جهة ثانية،⁽³⁾ وتمكين القضاء من خلال مراقبته اللاحقة من التثبت من

(1) محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الثامنة، قرار رقم 54، تاريخ 1999/4/6، الشركة العالمية للبت (شعب)/السيد عماد أبو الحسن.

(2) "وحيث أن المميز عليها تكون قد نفذت قرارها بالصرف بعد يوم واحد من إبلاغ وزارة العمل، فيكون مجلس العمل التحكيمي، بعدم اعتماده المهل المحددة في الفقرة /و/ من المادة 50 عمل، قد خالف شرطاً جوهرياً في الفقرة المذكورة وأخطأ في تفسيرها وفي تطبيقها مما يفضي إلى نقض القرار المطعون فيه...."

محكمة التمييز اللبنانية، قرار رقم 6، تاريخ 1999/6/29، زياد أبو خضرا/ الشركة اللبنانية للمطاعم الكبرى. وأيضاً:

"ان الإخلال بهذا الشرط الجوهرى، يجعل صرف المميز عليها صرفاً حاصلًا لسبب غير مقبول، وقد لحظته الفقرة /د/ من المادة 50 عمل، بالإضافة إلى ما ورد بالفقرتين /و/ و /ز/ المنوع بهما.

محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثالثة، قرار رقم 4 تاريخ 1992/1/28، دعوى الإتحاد العربي للنقل الجوي/ ناجيا.

(3) ردت محكمة التمييز اللبنانية الطعن المقدم من الجهة المميرة على قرار مجلس العمل التحكيمي القاضي باعتبار صرف الأجير قد حصل لسبب غير مقبول وبالتالي متجاوزاً في استعمال الحق، حسب تعريف الفقرة 1 من البند (و) من المادة 50. وقد اعتبرت هذه المحكمة أن "... صاحب العمل انفراد بالتفاوض مع أجرائه دون وضع برنامج واضح لمشاريعه المستقبلية وذلك بالتنسيق والتوافق مع وزارة العمل". وبالتالي أبرمت محكمة التمييز قرار مجلس العمل التحكيمي الذي أتى

حقيقة أسباب هذا الإنهاء لإعطاء الوصف القانوني عند حصول النزاع حوله، من جهة ثالثة.

أما الفقرة (ز) من المادة عينها، فقد نصت على أنه "يتمتع العمال المصروفون من الخدمة تطبيقاً للفقرة السابقة، ولمدة سنة تبدأ من تاريخ تركهم العمل بحق أولوية (أفضلية) في العودة إلى العمل في المؤسسة التي صرفوا منها إذا عاد العمل فيها إلى طبيعته وأمكن استخدامهم في الأعمال المستحدثة فيها".

انطلاقاً من تعريفه، لا يرتبط الصرف الجماعي بشخص العامل، وإنما بأسباب اقتصادية، أو تقنية، أو القوة القاهرة. ولكن، غالباً، ما يلجأ صاحب العمل إلى الصرف لسبب اقتصادي نظراً لسهولة إجراءاته ونظراً لسلطته في الإدارة. لذلك، يُعتبر إعلام وزارة العمل قبل شهر من تنفيذ هذا الصرف شرطاً شكلياً جوهرياً، يعرض صاحب العمل في حال مخالفته، لاعتبار الصرف تعسفياً. لذلك، على القاضي أن يحارب عملية الإخفاء أو التهرب هذه من أجل حماية العامل، أي عليه إجراء مراقبة حقيقية وفعلية لهذا الصرف.⁽¹⁾

فهل يملك القاضي سلطة في معاقبة صاحب العمل المسؤول عن المشاكل الاقتصادية؟ وهل ترك القانون مجالاً واسعاً للقاضي في مجال الصرف الإقتصادي؟ وهل يمكن أن تتلاقى أسباب الصرف الإقتصادي مع أسباب الصرف الفردي؟

يؤخذ على تعداد الفقرة (و) أنه أتى تعداداً واسعاً وشاملاً وغير محدد، إضافة إلى عدم إلمام القاضي في الشؤون التقنية والإدارية للمؤسسة⁽²⁾. من هنا، تكون تقديرته غير محددة

نتيجة اقتناعه بأن صرف الأجيبة ورفاقها قد تمّ لسبب غير مقبول، الأمر الذي يدخل في نطاق تقديره ويخرج عن رقابة محكمة التمييز.

محكمة التمييز اللبنانية، الغرفة الثامنة، قرار رقم 53 تاريخ 1998/6/23، الشركة الوطنية للملبوسات ش.م.م. /NCC ليلي مرقص.

(1) Muriel Truskolaski, La légitimité du motif économique de licenciement, Thèse, Université de Gergy- Pontoise, tome I, 2008, page 79.

(2) Des auteurs [O. Blanchard et J. Tirole] ne craignent pas de souligner que "les juges ne disposent ni de la compétence, ni de l'information nécessaire" et de faire état du "manque de critères précis guidant leur intervention". Ils préconisent donc de circonscrire le champ du contrôle judiciaire à la vérification du caractère non discriminatoire du licenciement et à l'exactitude du motif de rupture du contrat et de développer des mécanismes d'incitation financière des entreprises à ne pas licencier.

وبالتالي غير أكيدة⁽¹⁾. لذلك، اقترح البعض تطبيق القاضي السبب الحقيقي والجدى للصرف الفردي على الصرف لسبب اقتصادي⁽²⁾. ولكن من المفضل الأخذ بمبدأ النسبية كبديل للسبب الجدي والحقيقي⁽³⁾. وبالتالي، يجب تحديد صفة "لصعوبات الإقتصادية" على أنها "مهمة ودائمة"، من أجل استبعاد من أن يكون الصرف لسبب اقتصادي مجرد أداة لإدارة المصادر البشرية.

في القانون، تكون دائرة التبرير المنطقي والمعقول للحكم في "تكييف الوسائل مع الأهداف المتبعة"⁽⁴⁾، أو في "احتواء الخطورة عند انتهاك العقد"⁽⁵⁾. فما هي طبيعة موجب صاحب العمل بموجب إجراءات المادة 50 (و)؟

لا يمكن اعتبارها موجب نتيجة⁽⁶⁾، وإنما موجب وسيلة نتيجة تمتع العمال بحق أفضلية لسنة واحدة فقط، ونتيجة اعتماد صاحب العمل تراتبية معينة في الصرف. وقد فرض القانون على صاحب العمل أن يُعلم وزارة العمل عن الوسائل اللازمة لإعادة استخدامهم، إلا أنه لم يبيّن لنا ما إذا كان يمتد هذا الموجب إلى موجب جدي بإعادة الاستخدام. ويشكل "مفهوم إعادة الاستخدام" موجباً مسبقاً يفرض على عاتق صاحب العمل "موجباً حقيقياً"، أي عليه أن يقوم بجهدٍ ما وبمسعى ما. وقد طالب أغلبية الفقه باعتبار موجب إعادة الاستخدام "موجب وسيلة مشددة"⁽⁷⁾. فاعتبر البعض موجب صاحب العمل "موجباً إلى هدفٍ محدد" من أجل استمرارية العلاقة التعاقدية، واعتبره آخرون "موجباً محدداً وليس مجرد موجب حذر واهتمام".

Isabelle Meyrat, Vers un affaiblissement de l'emprise des procédures de licenciement collectif: le cas des propositions de modification du contrat de travail pour motif économique, doctrine, Le Droit Ouvrier, juillet-août, 2005, page 302.

(1) Antoine Lyon-Caen, ibidem, page 285.

(2) Idem, page 95 et 96.

(3) Muriel Truskolaski, ibidem, page 167.

(4) Idem, page 2.

(5) Le «raisonnable» sert à jauger la gravité d'une contravention au contrat.

Audrey Arzac- Ribeyrolles, Essai sur la notion d'économie du contrat, Thèse, Université Clermont I – Université D'Auvergne, 24 mai 2005, page 137.

(6) Muriel Truskolaski, ibidem, page 376.

(7) Muriel Truskolaski, La légitimité du motif économique de licenciement, Thèse, Université de Gergy- Pontoise, tome II, 2008, pages 379 et 380.

لذلك، يشمل موجب صاحب العمل في إعادة الإستخدم موجب فعل، كالقيام بأبحاث،⁽¹⁾ والبحث الجدي والحقيقي تبعاً لموجب الحرص والحذر.⁽²⁾ وتجدر الإشارة إلى أن المادة 4 من اتفاقية منظمة العمل الدولية رقم 158⁽³⁾، أوجبت أن يكون سبب كل صرفٍ "صحيحاً"، أو "مرتبطاً بقدرة العامل أو بسلوكه، أو "مرتكزاً على حاجات تسيير المؤسسة". كما وفرضت مراقبة الضرورة التي دفعت للصرف الإقتصادي على أنها "صحيحة"⁽⁴⁾. وفي العقود التي تقوم على خضوع طرف لآخر، يجب أن يستند كل صرف على سبب جدي وحقيقي⁽⁵⁾ استناداً إلى تنفيذ العقود بحسن نية⁽⁶⁾. وفي هذا السياق، أشار البعض إلى أنه "مهما كان نوع الصرف، يبقى حقاً لصاحب العمل -كصاحب للمشروع الإقتصادي- ما عدا ما يمكن أن يُستحق للعامل من تعويضات العطل والضرر جراء التعسف"⁽⁷⁾، أو حتى وجوب مراقبة "معيار الصرف لسبب جدي وحقيقي" من أجل مراقبة عقلانية الصرف.⁽⁸⁾ من الصعب محاربة التمييز في العمل بظل توافر الفردية، والإعتبار الشخصي، وسلطات صاحب العمل. فكيف يمكن أن ينجح قانون العمل في هذه المهمة؟

(1) L'«obligation positive» de reclassement.

Guillaume- Hubert Camerlynck, Droit du travail: le contrat de travail, 2^{ème} édition, tome 1, Dalloz, 1982, Paris, page 313.

(2) Frédérique Vergne, Gestion du personnel, prévoir et anticiper plutôt que licencier, Gazette du Palais, 27-29 octobre 1996, numéro 301 à 303, page 6

(3) غير مصدق عليها.

(4) Emmanuel Dockès, Le juge et les politiques de l'emploi, Droit Social, Libres Propos, N° 9/10 Septembre-Octobre, 2007, page 1.

(5) Jean- Pascal Chazal, De la puissance économique en droit des obligations, Faculté de Droit, Université Pierre Mendès France (UPMF)- Grenoble 2, France, 1996, page 336.

<http://fdv.univ-lyon3.fr/edd/>

(6) Jean-François Paulin, La protection de l'emploi du salarié dans l'entreprise, thèse, Université Lyon II, 1998.

<http://theses.univ-lyon2.fr/documents/lyon2/1998/jpau>

(7) Francis Saramito, Les licenciements économiques au fil... des lois, Le Droit Ouvrier, juillet-août, 2005, page 281.

(8) [...] Le standard de la cause réelle et sérieuse a pour fonction d'ouvrir un espace d'argumentation autour du caractère raisonnable du licenciement.

Frédéric Guimard, La justification des mesures de gestion du personnel. Essai sur le contrôle du pouvoir de l'employeur, thèse, Université Paris- X- Nanterre, sous la direction d'Antoine Lyon- Caen, décembre 2000, page 265.

○ رابعاً: محاربة التمييز والقضاء عليه

ينظّم قانون العمل علاقة العمل بين طرفين، وليس أي "طرفين" وإنما عامل وصاحب عمل. وطالما تقرّ تشريعات العمل بحماية الطرف الضعيف، فإنها تُعترف، مقابلة، بوجود طرف قوي. وبالتالي، على قانون العمل أن يَضَع هيكلًا لمفهوم الموضوعية الواجبة منذ ولادة العقد حتى نهايته⁽¹⁾، من جهة، وأن يُترجم حماية الطرف الضعيف ترجمةً ضرورية لتأمين المساواة العقدية، من جهة أخرى.

يُساهم اعتماد "النسبية والهدفية" في إيجاد التوازن في العلاقة بين العامل وصاحب العمل، وفي منح القاضي قدرةً في تكييف هذه العلاقة⁽²⁾ بين ممارسة السلطة وحماية حقوق العامل وحرياته. كما ويُظهر اعتماد هذه المبادئ تخفيفاً "متوازناً" من حدة سلطات صاحب العمل التأديبية وبالأخص متى أُخفّت "تمييزاً". وعليه، سنتطرق، تباعاً، إلى الموضوعية (أ)، وإلى المساواة العقدية (ب).

أ- الموضوعية

تُعتبر الموضوعية من "أهداف القانون"⁽³⁾، وعلى النصوص القانونية أن تكرّس "مفهوماً موضوعياً" للتمييز⁽⁴⁾. وقد أشارت منظمة العمل الدولية إلى "التقييم الموضوعي للوظائف على أساس العمل"، في المادة 3 من الإتفاقية 100، وإلى "مفعول أو آثار التفریق الحاصل"؛ أي النتيجة الموضوعية، في المادة الأولى من الإتفاقية 111.

(1) Idem, page 24.

(2) La proportionnalité peut être caractérisée par l'idée de recherche d'un équilibre, d'une conciliation ou d'une harmonisation des intérêts en présence. Magdalena Tekely, Le particularisme des modes de preuve en droit du travail, Mémoire, Université Nancy II, 2001/2002, page 100.

(3) Le critère objectif se fonde sur «les buts de la loi» ou sur le but d'un simple accord lorsque sont en cause des relations interpersonnelles.

Delphine Tharaud, Contribution à une théorie générale des discriminations positives, thèse, Université De Limoges, 16 novembre 2006, page 73.

(4) Groupe d'Etude contre les Discriminations- travaux du GED, Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations la question de la preuve: la question de la preuve, Note n°2 du conseil d'orientation du GELD, Octobre 2000, page 16.

يُفرض مبدأ عدم التمييز في العمل تكيفَ علاقات العمل من خلال تقييد مفهوم "الفردية"، الذي يعدّ العدو الأول لمحاربة هذا المبدأ. ففي حين اعتبر البعض "الفردية" تطبيقاً أساسياً للفعالية الإقتصادية⁽¹⁾، تمنى "جيرار ليون كاين" Gérard Lyon- Caen أن يتم إلغاء كل "فردية" في اختيار العمال لضمان مبدأ تساوي الفرص.⁽²⁾ وكون صاحب العمل يمتلك سلطة في الإدارة، فإنه يملك معها سلطة "تقييم"، فيجب تقييم سلطات صاحب العمل بطريقة موضوعية من أجل استبعاد التمييز.⁽³⁾ ولكن السؤال البديهي الذي يُطرح حول قدرة قانون العمل، كقانون حمائي، على محاربة التمييز.

بنظر الإقتصاديّين، تندرج "الفردية" ضمن مجهود العامل. ولكن بالمنظور القانوني، تُضرّ هذه "الفردية" بمبدأ "الأجر المتساوي للعمل المتساوي في القيمة"، وعملياً، تظهر صعوبة تطبيق هذه القاعدة من خلال أمرين: العمل والأجر. وكما أشار "أنطوان - ليون كاين" Antoine Lyon- Caen، تظهر الصعوبة في التفريق ما بين "التصنيف" و"التمييز".⁽⁴⁾

مما لا شك فيه، تتميز علاقات العمل بالإعتبار الشخصي، ولكن على صاحب العمل أن يعتمد "التبرير الموضوعي" لسلوكه، إن لجهة الإختيار والتقييم، وإن لجهة الإدارة والإشراف والتأديب. ودرءاً للتمييز، على القانون أن يضبط سلطات صاحب العمل في الإدارة وفي التنظيم، وأن يضع إطاراً لهذه السلطة⁽⁵⁾، من خلال أحكام مسبقة⁽⁶⁾ معروفة من قبل العمال، كبنود النظام الداخلي⁽⁷⁾، وأن يؤمّن الموضوعية في الأجر من خلال وضع جدول لعناصر الأجر كافة.⁽⁸⁾ ويبقى موجب تعليل قراراته وتبريرها ومراقبة هذا التعليل من قبل

(1) Cécile Aubert Thérèse et Aubert-Monpeyssen, L'individualisation de la rémunération: Approches économiques et juridiques, Recherche effectuée dans le cadre d'une convention conclue entre l'Institut de Recherches Économiques et Sociales (IRES) et la CFE-CGC, Mars 2005, page 10.

(2) Guillaume Lheureux, Le concept de vie personnelle, mémoire, Université de Lille 2, 1999-2000, page 34.

(3) Idem, page 96.

(4) Antoine Lyon-Caen, A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens, Revue de Droit du Travail (RDT), Juin, 2006, page 16.

(5) Gérard Lyon-Caen, Le pouvoir du chef d'entreprise, Actes du Colloque AFDT, sous la direction de Jean Pélissier, Dalloz, 2002, page 3.

(6) Cécile Aubert Thérèse et Aubert-Monpeyssen, op. cit, page 93.

(7) Arnaud Martinom, Le salaire, op. cit, page 171.

(8) Cécile Aubert Thérèse et Aubert-Monpeyssen, op. cit, page 96.

القضاء⁽¹⁾، الطريق لاستبعاد التبريرات الاحتمالية أو التمييزية⁽²⁾. وبالتالي، على صاحب العمل أن يعتمد تبريراً مزدوجاً؛ يقوم، من جهة، على التبرير المتناسب مع طبيعة العمل المطلوب تنفيذه. ويستند، من جهة أخرى، على التبرير النسبي مع الهدف المراد الوصول إليه.⁽³⁾

لذلك، يُعتبر مبدأ النسبية حلاً ضامناً وفعالاً لمحاربة التمييز، كونه الحل الذي يساهم في إيجاد التوازن العادل، وفي تكييف الحريات المتضاربة في علاقات العمل. ويستند هذا المبدأ إلى فكرة البحث في التوازن ما بين حقوق العامل وبين سلطات صاحب عمل، من أجل الوصول إلى المصلحة المتوخاة.

وهنا، تظهر تناقضات قانون العمل، كونه يُعيد تقرير هذه المصلحة إلى صاحب العمل. ولكن يتحمل صاحب العمل موجب "التبرير"، وعليه أن "يعلّل سياسته" من خلال إظهار شرعية هدفه، ونسبية وسائله. فعليه أن ينظر إلى الشرعية من زاوية ضرورتها ومدى مناسبتها⁽⁴⁾، فيؤدي إلى "منح الوقاية لسلطات صاحب العمل، وتثبيت حماية الحقوق للعامل".⁽⁵⁾

إلا أنه، وفي ظل غياب نصوص قانونية كافية، وواضحة، ومفصلة، حول مبدأ عدم التمييز في أحكام قانون العمل، وإلى حين تأمين التطابق مع المعايير الدولية الملزمة، يبقى الإنذار، وعدم التعسف، وحسن النية من المبادئ المهمة والأساسية في محاربة التمييز.⁽⁶⁾ ومن أجل أن تكتمل فعالية مبدأ عدم التمييز، على التشريعات العمالية أن تعالج طبيعة العلاقة التي تجمع العامل وصاحب العمل. وعليه، نبحث في المساواة العقدية كوسيلة أخرى من وسائل محاربة التمييز.

(1) Virginie Fraissinier, La liberté d'entreprendre: Etude de droit privé, thèse, Université de la Réunion, 19 juin 2006, page 193.

(2) Thierry Revêt, L'obligation de motivation d'une décision contractuelle unilatérale. Instrument de vérification de la prise en compte de l'intérêt de l'autre partie, Revue Des Contrats (RDC), numéro 4, 2004, page 579.

(3) Philippe Waquet, Le principe de l'égalité en droit du travail, Revue du Droit Social, numéro 3, mars, 2003, page 281.

(4) Note n°2 du conseil d'orientation du GELD, Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations: la question de la preuve, Octobre 2000, page 21.

<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004001846/0000.pdf>

(5) Kiteri Garcia, Le droit du travail et la famille, revue du droit social, numéro 1, janvier 2009, page 15.

(6) Agnès Viottolo- Ludmann, op. cit, 2004, page 186.

ب- المساواة العقدية

منذ القدم، تمّ الاعتراف بعدم وجود مساواة طبيعية⁽¹⁾، وهذا ما أكدّه "جان ميشال سيرفيه" Jean- Michel Servais⁽²⁾. ونظراً لأهميتها، تكلم البعض عن "المساواة العقدية" وليس عن "احترام مبدأ المساواة"⁽³⁾، بينما وضع البعض الآخر مسألة التمييز في خانة "عدم المساواة القديمة والمتنوعة" بين الطرفين، الأمر الذي يستدعي في بعض العقود تدخلات موجهة⁽⁴⁾.
نبدأ في التكلّم على عدم المساواة، منذ التعبير عن الرضى والأخذ بالإعتبار الشخصي⁽⁵⁾.
وأمام علاقة عمل بأساسها غير متساوية، وأمام اعتبار العامل "ضعيفاً" تجاه صاحب العمل، يجب حماية رضى العامل، بعناية. لذلك، تعدّ علاقات العمل، في ظلّ لامساواة اجتماعية واقتصادية، واقتصاد رأسمالي، وتبعية مأجورة، علاقة غير متوازنة لا اقتصادياً، ولا وظيفياً⁽⁶⁾.
يملك صاحب العمل نوعين من السلطة: "يملك سلطة أن يقوم بما يريد وبما لا يريد" و "سلطة على العمال" مستندة على "سلطة قانونية"⁽⁷⁾ فرضتها سلطة واقعية. تتناول السلطة الأخيرة، بجزء منها، عناصر طبيعية وموضوعية كالعمل والأجر، وتتضمّن بجزئها الآخر، عناصر قانونية كالتبعية القانونية. وبالتالي، تظهر التبعية القانونية كضرورة انعكاسية لا بل كنتيجة قاسية⁽⁸⁾. وعبر "فيليب واقيه" Philippe Waquet عن التبعية القانونية بأنها "تشكل استثناءً فاضحاً للمساواة العقدية"⁽⁹⁾، وتقوم وظيفة قانون العمل، كما أشار "أنطوان- ليون كاين"

(1) Suy Hong Lim, L'égalité dans les relations du travail au Cambodge, Thèse, Université Lumière Lyon 2, 17 octobre 2007, page 14.

(2) Jean Michel Servais, L'égalité dans l'emploi ou droit à la différence ? Un point de vue international, cahiers de Droit, volume 33, numéro 2, Juin, 1992, page 516.

(3) Denis Berthiau, Le principe d'égalité et le droit civil des contrats, Préface de Jean-Louis Sourieux, Bibliothèque de droit privé, Tome 320, LGDJ, 1999, page 129.

(4) Marcel Fontaine, Rapport de synthèse, in La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Comparaisons franco-belges, sous la direction de Jacques Ghestin et Marcel Fontaine, LGDJ, 1996, page 615.

(5) Bernard Caillaud, L'exclusion d'un associé dans les sociétés, bibliothèque de droit commercial, tome 14, Librairie Sirey, Paris, 1966, page 99.

(6) Philippe Pailot, La responsabilité sociale de l'entreprise: vers une réconciliation l'économique et le social?, 16e Conférence de l'AGRH – Paris Dauphine (Paris IX), 15 et 16 septembre 2005, page 21.

(7) Martine Gourves Barbier, La volonté du salarié dans le rapport de travail, Thèse, Université Lumière Lyon 2, 28 Janvier 2010, pages 238 et 239.

(8) Danièle Lochak, Réflexions sur la notion de discrimination, droit social, 1987, page 789.

(9) Philippe Waquet, Libertés et contrat de travail, RJS, 05/09, page 347.

Antoine Lyon- Caen، على تصحيح اللامساواة، كميزة من مميزاته⁽¹⁾، من أجل بلوغ المساواة القانونية والمساواة الإجتماعية.⁽²⁾

ويتحمل المشرع والقاضي⁽³⁾ مسؤولية هذا التوازن من خلال إزالة كل تعسف جراء لامساواة اقتصادية وتقنية.⁽⁴⁾ فتكون وظيفة عقد العمل، كالتقنية الوحيدة لدخول العامل إلى سوق العمل، "وظيفة اكتسابية"، أو كما عبّر عنها "جورج سيل" Georges Scelles بأن "عقد العمل عقدٌ مشروط بقبول شروط صاحب العمل أو عدم التعاقد". وأمام هذه الشروط في التعاقد، نتساءل عن آلية تدعيم المساواة بين المتعاقدين؟

في الحقيقة، يعتبر الجواب البعد المرجو من تطوير وظيفة أخرى من وظائف قانون العمل، والتي تتمثل بإعادة تحديد الحقوق والموجبات المتبادلة للأطراف من عامل وصاحب عمل. وبمعنى آخر، تتمثل الوظيفة الجديدة لقانون العمل "بوظيفة معيارية" تُحيي النطاق التعاقدية. ولا تعتبر علاقة العمل تعاقدية، بامتياز، وإنما تمتاز بصياغة عقد العمل الذي يحكمه قانون العمل⁽⁵⁾، فيلتزم صاحب العمل بموجبات قانونية من دون أن تكون مرتبطة بالعقد بالأخص بظل عقود العمل في بعدها "النظامي".⁽⁶⁾

أمام بُعد مزدوج لعلاقة العمل، يأخذ أغلبية الفقهاء "بوجوب تقييد سلطان الإرادة"⁽⁷⁾، أو وجوب تدخل المشرع من خلال النظام العام الحمائي في كل العقود، وبالأخص في عقود العمل.⁽⁸⁾ ومن الصعب معالجة مبدأ عدم التمييز في قانون العمل لما يحمله تطبيقه من

(1) Manuela Grévy, page 253.

(2) Ismail Hakki Musa, Les droits sociaux et le processus de constitutionnalisation de l'union européenne, thèse, Université Nancy 2, 20 juin 2008, page 11.

(3) Philippe Auvergnon, Les juges et le droit social. Interrogations nationales et approche comparative, Actes du Séminaire international de Bordeaux, version 1 – 22, Janvier, 2007, page 14.

(4) Jacques Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, RTD civ, 1986, page 100.

(5) Gérard Couturier, Droit du travail, Tome I, Les relations individuelles de travail, PUF, 3ème édition, 1996, n°43, page 89.

(6) Antoine Jammaud, Les polyvalences du contrat de travail, in Les transformations du droit du travail, Etudes offertes à Gérard Lyon Caen, Dalloz, Broché, 1989, page 301.

(7) Emmanuel Dockés, Valeurs de la démocratie. Huit notions fondamentales, collection Méthodes du droit, Dalloz-Sirey, 2005, page 131.

(8) Gérard Lyon-Caen, Défense et illustration du contrat de travail, Archives de philosophie du droit, tome 13, 1968, page 62.

مشاكل عديدة، أبرزها: خضوع الرضى لأحكام النظرية العامة للعقود، ووجود الحرية التعاقدية وآثارها على عناصر هذه الرابطة ومضمون العقد.⁽¹⁾ وكما أشار "آلان سوبيو" Alain Supiot، يعتبر القانون العمالي غير متساوٍ، بشكلٍ ظاهر، إذ يُعدّ اقتصادياً كون المال يمتلك قطباً، والحاجة تمتلك القطب الآخر.⁽²⁾ والقطب الأخير، يُلحق ضرراً بكرامة الإنسان، وبوجوده وبحريته.⁽³⁾ فهل يمكن الإكتفاء بالمساواة التي ذكرها الدستور على أنها المساواة المطلوبة في قانون العمل؟⁽⁴⁾

أجاب "أنطوان - ليون كايين" Antoine Lyon- Caen بالنفي، كون المساواة الدستورية هي المساواة أمام القانون⁽⁵⁾، بينما في قانون العمل، نتكلم عن مساواة في الواقع⁽⁶⁾. واعتبر البعض أن مبدأ المساواة في العمل لا يحمل قيمة دستورية، وإنما قيمة تشريعية فقط. وليس تحوّل مبدأ المساواة الدستوري إلى مبدأ المساواة في المعاملة بقانون العمل⁽⁷⁾، إلا من أجل تغيير موجب الدولة من موجب حماية إلى موجب تحقيق الهدف المرجو.⁽⁸⁾ ولعلّ أفضل تمييز بينهما، يقوم على اعتبار المساواة في الدستور "مساواة" عامودية تربط الدولة بالمواطنين، في حين تعتبر المساواة في قانون العمل مساواة "أفقية" تربط علاقات فردية.⁽⁹⁾ ويعود سبب هذا التمايز إلى إخراج سلطات صاحب العمل من دائرة شبيهة لصلاحيات السلطات العامة.

(1) Philippe Delebecque et Frédéric-Jérôme Pansier, Droit des obligations, Collection «Objectif Droit», Litec, 2ieme édition, 1998, pages 19 et s.

(2) Idem, page 135.

(3) Alain Sayag, Essai sur le besoin créateur de droit, préface de Jean Carbonnier, collection «Thèse», tome 94, LGDJ, 1969, page 44.

(4) Jacques Ghestin, Le contrat en tant qu'échange économique, Revue d'économie industrielle, Volume 92, 2e et 3eme trimestres, 2000, page 85.

(5) Michel Borgetto, Le principe d'égalité en droit public français, in Définir les inégalités. Des principes de justice à leur représentation sociale, Ministère de l'emploi et de la solidarité, Paris, 2000, page 41.

(6) Alain Supiot, Critique du droit de travail, pages 114, 115 et 136.

(7) Antoine Jeammaud, Le principe constitutionnel dans les relations du travail, L'actualité juridique Droit administratif (A.J.D.A), Dalloz, 1991, page 612.

(8) Clémentine Caumes, L'interprétation du contrat au regard des droits fondamentaux, Thèse, Université d'Avignon et des pays de Vaucluse, 25 novembre 2010, page 300.

(9) Samantha Besson, L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers (des fondements théoriques au droit privé suisse), thèse, édition universitaires Fribourg Suisse, série AISUF, volume 183, 1999, page 127.

ونظراً لارتباط المساواة في المعاملة بحيثيات تمييزية متعددة، يُستبعد وجودها في "مبدأ المساواة البحتة"، وبالتالي لا يمكن اعتبار المفهومين كأنهما واحد.⁽¹⁾ وفي هذا الخصوص، اعتبر البعض مساواة قانون العمل "لا تتناول الشخص كفرد وإنما تتناوله داخل مجموعة حيث تفترض تفضيلاً بين شخصين على الأقل".⁽²⁾

إذاً، لا يمكن محاربة التمييز وتوقع النتائج المرضية، ما لم تتم معالجة موضوع التمييز في مختلف مراحل علاقات العمل⁽³⁾. ويؤدي التمييز إلى نتائج خطيرة؛ يجعل وضع "ضحاياها" ضعيفاً، ويسمح بارتفاع نسبة الفقر والإستبعاد الإجتماعي⁽⁴⁾، ويخفف من تزايد الإستخدام، ويؤثر على الإنتاجية، ويسبب التوتر في العمل.

لقد رأينا كم أن المساواة هامة كونها المنطلق لحقوق أخرى، وليس إدخالها في فئة المبادئ إلا من أجل اعتبارها "حقاً أساسياً للإنسان".⁽⁵⁾ ويوجب مبدأ عدم التمييز مراقبة اللوائح⁽⁶⁾ واعتماد تفسير "موضوعي"⁽⁷⁾. فيؤثر التمييز غير الشرعي على الحرية والتساوي في الفرص والإستخدام من جهة، ويحرم الفئات الأكثر ضعفاً من فرص العمل والإستخدام من جهة أخرى.⁽⁸⁾ وفي ظل عنفٍ في الإرادة والرضى، لا يركز مصدره على الصفة غير

(1) Christopher Pollmann, Le principe d'égalité: tremplin ou impasse pour l'émancipation humaine? Revue ASPECTS, n° 3 - 2009, page 28.

(2) Jean – Marc Beraud, La singularisation en droit du travail face aux exigences de non-discrimination et d'égalité, in Le singulier en droit du travail, sous la direction de Jean – Marc Beraud et Antoine Jeammaud, actes du colloque organisé par le Centre de recherche en droit social (CRDS) de l'Institut d'Etude du Travail de Lyon (IETL), édition Dalloz, collection «thèmes et commentaires, 2006, page 85.

(3) Amrita Sietaram, Combattre la discrimination à l'aide de la Déclaration de l'OIT in Les droits fondamentaux au travail: état des lieux et perspectives, Education ouvrière 2001/1, Numéro 122, Bureau des activités pour les travailleurs, Genève, page 27.

(4) Gilles Carson Ossete Okoya, Pauvreté et droit international. Recherche sur la définition du statut juridique de la pauvreté, Thèse, Université De Reims Champagne Ardenne, Août 2009, page 59.

(5) Jacques Barthelemy, Le principe d'égalité de traitement, Les Cahiers du DRH, n° 157, Septembre, 2009, page 33.

(6) Delphine Tharaud, Contribution à une théorie générale des discriminations positives, thèse, Université De Limoges, 16 novembre 2006, page 74.

(7) Antoine Jeammaud, Du principe d'égalité de traitement des salariés, Droit Social, numéro 7/8, Juillet/ Aout, 2004, page 697.

(8) Michel Borgetto, Egalité, solidarité... équité? in Le Préambule de la constitution de 1946, Antinomies juridiques et contradictions politiques, Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, PUF, page 261.

المتوازنة للعقد وإنما على "البعد الإرادي للرضى"⁽¹⁾، يقترب المشرع أكثر إلى "الإرادة الفعلية"، حسب مفهوم "بول فيليي"⁽²⁾. Paul Villey. فهل يمكن القول إنه من الأسهل الإعراف بالمساواة من تحقيقها؟⁽³⁾

○ خامساً: دور الدولة في القضاء على التمييز وفي تحقيق المساواة في العمل

مع ظهور الدولة الاجتماعية، كتوجّه جديد للدولة الرأسمالية "الموجّهة"⁽⁴⁾، فرّض تحقق أبعادها متطلباً إيجابياً على الدولة، وتحوّل دورها من "المنع" نحو "التحرّك"⁽⁵⁾. تقرّر معظم الدول بمبدأ المساواة العامة في دساتيرها، وتحظرّ غالبيتها التمييز بدرجات متفاوتة في قوانين العمل. ولكن قلة منها أصدرت قانوناً لعدم المساواة في المهنة والإستخدام، أو القانون الذي يحرمّ أسس محددة من التمييز. فنجد القانون الدانماركي الذي يحظرّ المعاملة التفضيلية في سوق العمل، وقانون المملكة المتحدة المتعلق بالتحرش الجنسي، وكذلك قانونها المتعلق بالعلاقات العنصرية وقانون الإعاقة- التمييز.⁽⁶⁾

إضافة إلى دور الدولة الأساسي في مكافحة التمييز وتعزيز المساواة في العمل، يمارس أصحاب العمل والعمال دوراً هاماً من خلال تأسيس نقابات تمثيلية فاعلة، ومن خلال دخولها في مفاوضة جماعية فعالة. ويكون اعتراف هذه النقابات بوجود ممارسات تمييزية والعمل على مكافحتها بدءاً من داخل مؤسساتهم حافزاً فعالاً. ولكن مبدأ القضاء على التمييز يواجه تحديات خارجية وداخلية (أ)، إضافة إلى مشاكل في إثباته (ب).

(1) Fabrice Piolet, La réception de la violence économique en droit compare, Magistère de Juriste d'Affaires, Université Paris II Panthéon-Assas, Mai 2008, page 7.

(2) Jean-Pascal Chazal, De la puissance économique en droit des obligations, Thèse, Grenoble II, 27 mars 1996, page 291.

(3) Selon Edouard Herriot (1939), «il est plus facile de proclamer l'égalité que de la réaliser».

(4) Oliver Litty, Inégalité des parties et durée du contrat. Etude de 4 contrats d'adhésion usuels, LGDJ, Collection «Bibliothèque de droit privé», tome 322, 1999, § 11.

(5) Gilles Pellissier, Le principe d'égalité en droit public, LGDJ, 1996, page 30.

(6) المرجع السابق، صفحة 68.

أ- تحديات محاربة التمييز

تتمثل المحاربة الحقيقية للتمييز من قبل القضاء، الذي لا يتحرك ما لم يقيم الشخص برفع دعواه أمامه. وهنا، تظهر التحديات التي يواجهها القضاء في الاعتراف القضائي للتمييز والتي تعود لأسباب خارجية وأخرى داخلية.

ترتكز الأسباب الخارجية على محورين، أساسي وسلوكي. وغالباً ما نجد تمييزاً أساسه المبادئ القانونية في القانون الوضعي ما يطرح مسألة دمج وتأقلم. ولا يكون هذا الأمر بمعزل عن العادات (*habitus*) المعتمدة من قبل القاضي في مختلف مجالات القانون، ولعل أولها الحرية التعاقدية كتطبيق لمبدأ سلطان الإرادة. وتظهر هذه الحرية من خلال ثلاثة أبعاد: الحرية في التعاقد أم عدم التعاقد، وحرية اختيار المتعاقد الآخر، وحرية مضمون العقد.⁽¹⁾

يطرح أول بعدين مشكلة، عند التكلم على محاربة التمييز، ذلك أن غالبية التمييز، لا بل أصعبه، يكون عند إبرام العقد، نظراً لحرية صاحب العمل في اختيار الأجير الذي يراه مناسباً استناداً للطابع الشخصي لعقد العمل. فهل يمكن أن تجد حرية صاحب العمل التعاقدية حدودها برفضه التعاقد مع شخص لأسس ممنوعة ومحرمة؟

نحن أمام تناقض متأصل في القانون سببه مبدأ الحرية التعاقدية ومبدأ عدم التمييز. ولذلك، تحتل مسألة مساواة الأطراف حيزاً هاماً. فإذا كانت الحرية التعاقدية موجودة في الطرفين، فالتساوي ليس إلا ظاهرياً. ويقودنا هذا التباين إلى تساؤل يذهب إلى أبعد من ذلك، وهو أولوية التمسك بمبدأ قديم أم هو التخوف من التغيير والتأقلم مع مبدأ عدم التمييز؟ تطرح مسألة محاربة التمييز أمام القضاء إشكالية تصرفات، وحجج، وأساليب التفسير التي يعتمدها القاضي بإطار صلاحياته في التحقيق. وقبل الانتقال إلى الأسباب الخارجية، لا

⁽¹⁾ Le juge a deux opportunités de développer un pouvoir normatif autonome: soit il s'affranchit des règles légales existantes pour adopter une interprétation libre (...ici, il faut comprendre trois hypothèses qui dénotent avec force la variabilité de la jurisprudence sociale: les juges peuvent donner à un texte un sens qui n'est pas celui qui lui était accordé à l'origine, un sens qui n'est pas celui résultant de sa lettre, voire un sens contraire à la loi.), soit il crée des règles ou principes nouveaux à côté de celles et ceux existants (le juge peut énoncer des principes qualifiés expressément par la Cour de cassation de «principes fondamentaux» ou de «principes généraux».

Nadège Claude, La variabilité du droit du travail, Thèse, Université d'Angers, décembre 2010, pages 68, 69 et 72.

يجب إهمال الدور الذي يقوم به مفتشو العمل ضمن اختصاصهم، وبالأخص فيما يتعلّق بمبدأ المساواة في الأجور. ويمتاز جهاز تفتيش العمل بالعديد من الخصائص، أبرزها، حقهم بالدخول إلى مكان العمل والإطلاع على معلومات الأجراء؛ وقدرتهم على التحرك عند تلقي الشكاوى أو التقارير، وعلى معالجتهم لإشكاليات المساواة في الأجور. لذلك، تعتبر خدمات تفتيش العمل قادرة على تحسين الإمتثال للقوانين، ولتوعية المعنيين، كما وإنها قادرة على فرض عقوبات، بما فيها الغرامات.⁽¹⁾

أما الأسباب الداخلية فتقوم على غياب النصوص القانونية الكافية والواضحة، ويبدأ في غياب أسس تمييز محرمة، والذي يؤدي إلى اعتبار المقارنة عقدة مستعصية في التمييز. ولنكون أمام تمييز، تشكّل مقارنة وضع شخصين تمت معاملتهما بشكل مختلف لسبب غير شرعي، عاملاً جوهرياً. ويؤدي أثر هذا التدبير إلى البحث في التمييز غير المباشر. وبالتالي، كيف يمكن أن نفعّل محاربة عدم التمييز من أجل القضاء عليه؟

في ظل غياب النصوص، تلعب المحاكم دوراً هاماً، أشارت إليه لجنة الخبراء التابعة لمنظمة العمل الدولية، والتي لاحظت أن "التقدم الذي حققته بعض البلدان في تطبيق المساواة في الأجور يعود إلى التفسير القضائي أكثر منه إلى العمل التشريعي".⁽²⁾ ولدرء التأويلات، يجب الإستناد إلى هدف القانون، وإلى القانون الدولي لحقوق الإنسان، واللجوء إلى مبدأ المساواة في الدستور، ويبقى من المهم تطوير أحكام قانون العمل ليؤدي التمييز إلى إبطال الصرف الحاصل.⁽³⁾

(1) مارلن أولز، وشونا أولني، ومانويلا تومي، المساواة في الأجور: دليل تعريفي، منظمة العمل الدولية، الطبعة الأولى، 2013، صفحة 94.

(2) المرجع السابق، صفحة 91.

(3) Rétablissement du statu quo ante

Une fois l'acte discriminatoire anéanti, reste à remettre la victime dans la situation qui était sienne avant l'acte annulé. Deux techniques peuvent être mobilisées à cet effet: la réintégration et la reconstitution.

(...) En droit social, la réintégration offre une technique singulière pour rétablir dans ses droits le salarié victime de discrimination.

(...) Lorsque la mesure discriminatoire ne consiste pas en une rupture du contrat mais dans l'absence de promotion ou de prime, le rétablissement du statu quo ante passe par une reconstitution de la carrière du salarié victime de discrimination.

Louis Thibierge, Les sanctions des discriminations, in La lutte contre les discriminations à l'épreuve de son effectivité: les obstacles à la reconnaissance juridique des discriminations,

نتساءل عن الفئات الأكثر عرضة للتمييز، أهم المستثنون من أحكام قانون العمل؟ أم المرأة؟ أم هي مسألة خاضعة لتركيبية المجتمع؟

من أجل الخروج من إشكالية التمييز، تبدأ خطوات الدولة بما يُعرف بـ "الحركة الإيجابية" action positive⁽¹⁾، والذي يُشير إلى اتخاذ حزمة متلاحمة لصالح فئات كانت عرضة للتمييز بهدف تصحيح وضع أفراد جماعة مستهدفة من أجل الحصول على المساواة الفعلية. كما الحال في مؤسسة تُعلن عن وضعها موضع التطبيق "حركة إيجابية" لمدة ثلاث سنوات تجاه النساء الأجيرات، من خلال منحهن أولوية عند الإستقطاب، أو رفع أجورهن.. وذلك عندما تكون قد تعرضن للتمييز في السنوات الماضية. وتعتبر هذه الحركة مؤقتة، وقد تكون حركة وقاية أم حركة إصلاح. ولا يجب الخلط بينها وبين التمييز الإيجابي.

وفي هذا السياق، أشارت الإتفاقية الدولية بشأن إلغاء كل شكل من أشكال التمييز العنصري، في الفقرة الخامسة من مادتها الأولى، والإتفاقية الدولية للقضاء على كل شكل من أشكال التمييز ضد المرأة، في الفقرة الأولى من المادة 4 منها، إلى الحركة الإيجابية، إذ نصتا، صراحة، على اعتماد "تدابير خاصة مؤقتة" تتجه إلى تحقيق المساواة أو تسريعها، واشترطتا أن تكون ضرورية ومؤقتة، وألا تُعتمد أو تبقى معتمدة عند بلوغ أهدافها. فماذا عن إثبات التمييز ومشاكله؟ نعالج هذا الموضوع تباعاً.

ب- مشاكل الإثبات

تشكل مسألة الإثبات إشكالية بحد ذاتها إذ، من ناحية، "لا وجود لحقٍ أو لحرية إذا تعذّر اثباته"⁽²⁾، ومن ناحية ثانية، أن المصاعب التي يواجهها ضحايا التمييز وقدرتهم على الإثبات

rapport général, sous la direction de Tatiana Gründler et Jean-Marc Thouvenin, droit et justice, juin 2016, page 224

⁽¹⁾ CEDH, affaire Stec et autres contre Royaume Unis, requête n 65731/01 ; 65900/01, 12 avril 2006.

[https://juricaf.org/arret/CONSEILDELEUROPE-](https://juricaf.org/arret/CONSEILDELEUROPE-COUREUROPEENNEDESROITSDELHOMME-20060412-6573101-6590001)

[COUREUROPEENNEDESROITSDELHOMME-20060412-6573101-6590001](https://juricaf.org/arret/CONSEILDELEUROPE-COUREUROPEENNEDESROITSDELHOMME-20060412-6573101-6590001)

⁽²⁾ Le célèbre adage " idem est non esse et non probari ", selon lequel il y a équivalence entre l'absence de droit et l'absence de preuve, résume bien la situation dans laquelle se trouvent les victimes de discrimination.

المادي للتمييز، غالباً ما تكون أسبابه (أسباب التمييز) ضمنية. وتُعدّ إمكانية إثبات أمرٍ ما من أولوية البحث عن فاعلية وفعالية القاعدة القانونية كونها (القاعدة القانونية) ليست بشيء ما لم تمتلك التحرك.

وفي الأساس، يركز إثبات التمييز على "تبريرات موضوعية" من أجل استخلاص وجود أوضاع شبيهة أو عدمه. وعلى الأجير، متى ظنّ أنه يتعرض لتمييز، أن يثبت الأسباب التي دفعته لذلك الظن والتي تعدّ، في أغلب الأحيان، صعبة. وتكمن صعوبتها، في ما يتمتع به صاحب العمل من سلطة في الإدارة والتنظيم، ولما يكون له من صلاحيات في تقديم الدفوع على إدعاءات ومطالبات العامل. أمام ذلك، هل يمكن الإقرار بأن "إثبات التمييز يشكل قضية حيثيات؟"

في إطار قانون العمل، يعتبر النظام القانوني لإثبات التمييز نظاماً غير مكتمل، وغير واضح.⁽¹⁾ لذلك يجب، وبهدف تثبيت قاعدة قانونية للتمييز، أن يضع قانون العمل توجيهات أساسية تركز على تحديد ماهية التمييز في العمل والإستخدام، وأسس، وقواعد إثباته. وعلى قانون العمل، أن يعتمد في الإثبات على قرينة التمييز، لما تحتله من موقع مهم في التخفيف من عبء الإثبات عن كاهل العامل. وبمعنى آخر، لا يجب على ضحية التمييز أن تثبته، وإنما تكفي بالوقائع التي حملتها على الإعتقاد بوقوعها ضحية له. وعلى قاضي الأساس، بما له من سلطة تقديرية واسعة، تقدير الوقائع إما اعتبار التمييز متوافقاً وإما مجرد قرينة على توافر التمييز. ويحدد الإعتراف بالأمر الأخير موقف المدعى عليه (مرتكب التمييز) إزاء موجهه في التبرير، ويدفع القاضي نحو سلطاته في التحقيق. لذلك، يلعب قضاة الأساس دوراً مفصلياً في موضوع التمييز.

Note n°2 du conseil d'orientation du GELD, Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations: la question de la preuve, Octobre 2000, page 11.

<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004001846/0000.pdf>

⁽¹⁾ Il existe «un lien étroit» entre la charge de la preuve et l'effectivité de la règle de droit, car «plus le juge rencontre le doute, et moins il applique la règle de droit sollicitée par une partie au litige».

David Jacoto, Effectivité des règles de droit, aptitude à la preuve: vers une nouvelle attribution de la charge de la preuve, in Au cœur des combats juridiques. Pensées et témoignages de juristes engagés, Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2007, page 279.

يشكّل إثبات التمييز مشكلة حقيقية، لذلك، يجب العمل على تعديل نظام الإثبات، بشكلٍ يوجب على صاحب العمل أن يبرر أي قرار يتخذه بعناصر موضوعية، وغريبة عن كل تمييز، وشرعية وقانونية. وبالتالي، يتحمّل صاحب العمل عبء إثبات "عدم التمييز في قراره"⁽¹⁾، وهذا ما اعتمده القانون الفرنسي لسنة 2001 من بعد أن طبقت الغرفة الإجتماعية في محكمة التمييز.⁽²⁾ أما فيما يتعلّق بنتائج، فعلى القانون أن يعطي القضاء صلاحيةً في إبطال الصرف الحاصل على أسس تمييزية، إضافة إلى اعتماد تعويض إضافي من العطل والضرر، وذلك على غرار المبدأ المعمول به عند صرف أعضاء مجالس النقابات، والذي يعدّ أمراً بالغ الأهمية، نظراً لما يحتله مبدأ عدم التمييز من مكانة في سلم الحقوق والمبادئ الأساسية في العمل. وهناك رأي فقهي، يطالب باختصاص المحاكم الجزائية،⁽³⁾ علماً أنّ القانون الجزائي الفرنسي، لا يعترف إلا بالتمييز المستند على النية.⁽⁴⁾ لذلك، يؤدي ربط مبدأ عدم التمييز بعقوبات جزائية⁽⁵⁾، إلى تحرير مدعي التمييز (العامل) من إجراءات الإثبات المدنية وعبئها.⁽⁶⁾

○ الخاتمة

لا تعتبر المساواة مجرد شعور وإنما تشكّل هدفاً يجب بلوغه. وليست أسس التمييز الواجب محاربتها، وفق الإتفاقية رقم 111 بجامدة، بل تظهر أنواع التمييز المباشرة عندما تستثني القوانين والسياسات العمال على أسس عددها على سبيل المثال، أو غير المباشرة عندما تبدو الأوضاع محايدة ولكنها عند الممارسة تقود إلى التمييز.

(1) De manière plus fondamentale, l'employeur ne peut opposer un pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente une différence de rémunération.

Jacques Barthelemy, Le principe d'égalité de traitement, Les Cahiers du DRH, n° 157, Septembre, 2009, page 37.

(2) Laurent Bruneau, op. cit, page 189.

(3) Michel Miné, Approche juridique de la discrimination raciale au travail: une comparaison France- Royaume-Uni, Revue «Travail et Emploi», numéro 80, Septembre, 1999, page 91.

(4) Note n°2 du conseil d'orientation du GELD, Le recours au droit dans la lutte contre les discriminations: la question de la preuve, Octobre 2000, page 19.

<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/004001846/0000.pdf>

(5) Agnès Cerf- Hollender, L'extension du champ pénal de lutte contre les discriminations, in Le champ pénal, mélanges du Reynald Ottenhof, Dalloz, Paris, 2006, page 340.

(6) Yves Mayaud, Les recours au juge répressif, Revue du Droit Social, numéro 6, Juin, 1987, page 513.

هذا وتعتبر المساواة في الأجور هدفاً من أهداف السياسة الوطنية. وإن كانت الإتفاقية رقم 100 تجيز للدول تعزيز المساواة في الأجور وضمانها بما يتناسب مع ظروفها الوطنية، إلا أنها بالمقابل تقضي احترام مبدأ المساواة في الأجور، واتخاذ التدابير الفعالة بشأنه والتي تقوم أساساً على التقييم الموضوعي للوظائف، إضافة إلى التعاون مع الشركاء الاجتماعيين. تحتل مسألة التمييز في الفرص والمعاملة والأجور حاجة ملحة، بسبب غياب التوعية حيال أشكال التمييز وأنواعه التي تعتبر مقبولة في المجتمع ومتسامح بشأنها، وبسبب غياب التشريعات أو الضعف في تطبيقها. لحين بلوغ ما يجب بلوغه في السياسات الاجتماعية والتشريعية، تحتل البنود الحمائية في قانون العمل من خلال النظام العام، والنظام الداخلي، وضبط سلطات صاحب العمل، والتشديد على شكليات الصرف دوراً بارزاً، وعلى القاضي أن ينظر إليها من باب مبدأ محاربة التمييز.

من الصعب محاربة التمييز في العمل في ظل توافر الفردية وسلطات صاحب العمل في الإدارة، والتنظيم والتأديب. فيجب تعزيز "الموضوعية" التي تفرض على صاحب العمل تبرير سلوكه في الإختيار والتقييم. كما يجب اعتماد "النسبية" التي تساهم في ايجاد التوازن بين الحريات المتضاربة في علاقات العمل.

ونتيجة لاعتراف قوانين العمل بوجود طرف ضعيف، عليها أن تتدخل لحماية العامل. فعلى تشريع العمل أن يتناول الحرية التعاقدية بعناية، وأن يدعم النظام العام الاجتماعي. فيجب على قانون العمل أن يحمي، وأن يوازن بين المصالح المتضاربة في قانون العمل، والذي يتحمله المشرع والقاضي على السواء.

دخل مبدأ عدم التمييز في العمل في فئة الحقوق والمبادئ الأساسية، الأمر الذي يوجب مراقبة الوقائع، واعتماد التفسير الموضوعي. فعلى الدولة أن تحارب التمييز وتعزز المساواة في العمل من خلال تشريع كامل ومتكامل يطاول التمييز بجوانبه كافة، انطلاقاً من أسسه وصولاً إلى إثباته.

تستمر عوامل التمييز بالتزايد والتحويلات، فعلى الدول أن تقوم بمجهود فعلي للقضاء على التمييز من خلال فرضها عقوبات لمخالفة مبدأ أساسي من مبادئ العمل. وتحمل محاربة التمييز "قيمة أخلاقية"، تطبق على الجميع، وأصبحت جزءاً لا يتجزأ من القانون الاجتماعي، فيتوجه تحريم التمييز إلى صون كرامة الإنسان.

الدراسة الثانية:

**أثر انهيار النقد اللبناني على الالتزامات العقدية المنظمة
بالعملة الأجنبية**

د. لبنى عمر مسقاوي

إنّ ظاهرة تنظيم العديد من العقود بالعملة الأجنبية التي انتشرت منذ بدايات التسعينات من القرن الماضي، لم تأت من فراغ، بل إن الهدف الأساسي منها كان تجنب انهيار العملة اللبنانية وبالتالي انخفاض قيمة المنافع التي يسعى الدائن الى تحقيقها من العقد، حيث بقيت تجربة الثمانينات من القرن الماضي ماثلة في الأذهان عندما انهارت العملة الوطنية بشكل مأساوي أدى في الإطار العقدي الى خسارة الدائنين بشكل كبير لقيمة الالتزامات المقدرة بالليرة اللبنانية.

هذا الواقع الذي نشأ خلال الثمانينات وأوائل التسعينات من العقد الماضي، لم يستطع احد حياله شيئاً، ولا حتى القضاء الذي رفض في العديد من أحكامه التدخل لإعادة التوازن العقدي، في غياب أي تشريع يجيز له إعادة النظر في العقد، حيث تمسك اجتهاد المحاكم بتطبيق الشريعة العقدية الناشئة عن إرادة المتعاقدين وقضى برد الدعاوى الهادفة الى إعادة النظر في قيمة الالتزامات المالية على ضوء انهيار العملة.

لذلك وبالرغم من استقرار سعر صرف الليرة منذ العام 1993، اختار العديد من المتعاقدين تنظيم عقودهم بالدولار الأميركي، تحسباً لأي انهيار في سعر العملة اللبنانية يؤثر على قيمة الالتزامات النقدية. إلا أنّ ما حدث من انهيار للعملة الوطنية خلال العام 2020، خلق إشكالية في الاتجاه المعاكس، تتمثل في كيفية إيفاء العقود المنظمة بالعملة الأجنبية.

وعلى ضوء التضارب الذي خلقته هذه الإشكالية في التعامل وفي القرارات القضائية سواء في معرض المعاملات التنفيذية أو في معرض دعاوى إثبات صحة العرض والإيداع، أصبح لزاماً البحث في الأحكام القانونية التي تضبط هذا التضارب.

○ أولاً: دور البنود المنظمة بالعملية الأجنبية في حماية العدالة التعاقدية والتوازن العقدي

عند التعاقد، قد يلجأ الأطراف الى تقييم الالتزامات النقدية بالعملية الأجنبية تحسباً للمخاطر التي قد تنشأ عن انهيار قيمة العملة للبنانية بما لهذا الانهيار من تأثير على التوازن العقدي.

أ- العدالة التبادلية كتعبير عن عنصر الرضى في العقد

إنّ مبدأ حرية التعاقد مكرّس في النظام القانون اللبناني، فلأطراف أن يرتبوا علاقاتهم كيفما يشاؤون بشرط عدم مخالفة النظام العام والقواعد القانونية الإلزامية⁽¹⁾، ومتى نشأ العقد صحيحاً أصبح ملزماً لأطرافه⁽²⁾. فالعقد هو شريعة المتعاقدين، وهو ملزم لأطرافه بما اتفقوا عليه في متنته، ولا يجوز لأي فريق في العقد بإرادة منفردة منه تغيير مندرجات العقد أو تعديل مضمون الالتزامات المتبادلة.

والإلزامية العقد تتبع من مبدأ سلطان الإرادة، فطالما أن الفقاء التزموا بشيء فلا يحق لأي منهم تغييره كما لا يجوز للقاضي التدخل لتعديل هذه الالتزامات⁽³⁾. فالعقد الذي أنشأته إرادة الأطراف وارتضت به، يحمل في مضمونه توازناً اتفاقياً بين موجباته المتبادلة، يُعبّر عنه "بالعدالة التبادلية"، بحيث أنّ كل طرف يأخذ من العقد ما يعادل ما يعطيه بموجبه⁽⁴⁾، هذا التوازن في الالتزامات المتبادلة يُعبّر عن المنفعة التي يتوخاها كلا الطرفين من التعاقد.

(1) المادة 166 موجبات وعقود

(2) المادة 221 موجبات وعقود

(3) مصطفى العوجي - النظرية العامة للموجبات - العقد - ص 102

(4) J.GHESTIN, Traité de droit civil, La formation du contrat, L.G.D.J 3ème édition, P.228 N. 253

ذلك أنّ النقاء إرادة كل فريق على إبرام العقد هو بجوهره توافقهما على المنفعة التي يحققها العقد لكل منهما.

فالرضى يتحقق عندما يقبل كل طرف بما يحقق مصلحته من التعاقد. والإرادة الحرّة لكل طرف عند التعاقد تلعب دوراً مزدوجاً فيما يتعلق بالعقد. فهي من جهة تشكل ركناً أساسياً من أركان العقد يتمثل بعنصر الرضى، وهي من جهة ثانية تبرّر أو تؤكد الصفة الإلزامية للعقد⁽¹⁾. والقوّة التنفيذية للعقد تنبع من سلطان الإرادة القادرة على إنشاء الموجبات وتنفيذها وبالتالي فإن العقد هو ملزم لأطرافه كونه نشأ عن الإرادة الحرّة لكل طرف الذي التزم بما يحقق له المنفعة من العقد. من هنا، يصبح العقد واجب الاحترام بكافة مدرجاته لكونه نتاج إرادة طرفيه وهو بالتالي يشكل التعبير الأمثل عن المصالح الشخصية لكن منهما⁽²⁾.

ب- البنود المقيمة بالعملة الأجنبية كوسيلة لاحتساب المخاطر المترتبة على العقد ولضمان التوازن العقدي

عندما يكون العقد متتابع التنفيذ بحيث يمتد تنفيذه لمدّة معينة من الزمن، أو عندما يكون احد الالتزامات العقدية مؤجل التنفيذ يدرس الأطراف المنفعة المتأنية من العقد على ضوء عدة عوامل، تمثل مخاطر التنفيذ، بحيث يتم إدخال هذه المخاطر في إطار العقد، حتى يأتي تنفيذه بما يتوافق مع التوقعات المشروعة لأطرافه.

ويتم ذلك عن طريق توقع المعطيات المستقبلية التي من شأنها أن تؤثر على تنفيذ الالتزامات العقدية، وذلك سعياً من فقاء العقد لملاءمة اتفاقهم مع المتغيرات المرتبطة بالعملية موضوع العقد. فالأخذ بعين الاعتبار لهذه التغيرات هو امر جوهري لضمان قابلية المشروع التعاقدى للحياة، هذه القابلية تستند أساساً على اخذ الأمور الاحتمالية، القابلة للتحقق، بعين الاعتبار عند احتساب المخاطر الناتجة عن العقد⁽³⁾.

(1) Marie Annik GRÉGOIRE, Économie subjective c. Utilité et intérêt du contrat: réflexions sur les notions de liberté, responsabilité et commutativité contractuelles suite à la codification du devoir de bonne foi, Revue juridique Thémis, (2010) 44 , P,22.

(2) Ibid-p23

(3) Marinol LUDOVIC, La prévisibilité en droit des contrats, Thèse de doctorat: Droit: Toulouse 1: 2017 , P,31,N,21

فتصور المخاطر القابلة للتحقق مستقبلاً عند التعاقد، وإدخالها ضمن عناصر العقد، هو امر بغاية الأهمية كونه يصبّ في مصلحة المتعاقدين، إذ أنّ تحقق المخاطر يعني حكماً تحقق كلفة معينة قابلة للتقدير عند التعاقد⁽¹⁾.

والحقيقة، إن الأزمات الاقتصادية هي من أهم الأمور التي تدخل في احتساب المخاطر المحيطة بالتعاقد، وكذلك الأمر بالنسبة لإمكانية تغير سعر صرف العملة.

فالأطراف، عند ما يحددون قيمة التزاماتهم المادية يدخل في صلب تقديرهم واقع كون النقود هي أداة تبادل متغيرة بطبيعتها تتأثر بعدة عوامل مما يدفع بالمتعاقدين الى اللجوء الى وسائل تقنية فعّالة من أجل مواجهة مخاطر تغيير سعر الصرف تبعاً للآزمات الاقتصادية أو النقدية، بحيث يشكل اللجوء الى تقييم الالتزامات بعملة أكثر استقراراً من العملة الوطنية أحد أكثر الحلول شيوعاً للحفاظ على الأمان العقدي وعلى التوازن بين الالتزامات المتبادلة،⁽²⁾ وبالتالي للحفاظ على المنفعة المتوخاة من العقد التي اتجهت إليها الأطراف أساساً عند التعاقد.

إن البند العقدي المنظم بالعملة الأجنبية، يهدف الى ضمان التوازن العقدي في مواجهة أي تغييرات اقتصادية أو نقدية.⁽³⁾ وهو نوع من البنود التصحيحية التي من شأنها أن تزيل أثر المخاطر أو الآزمات، التي تؤدي الى هبوط سعر النقد الوطني، في حال تحققها، وتضمن بالتالي التوازن بين حقوق والتزامات المتعاقدين.⁽⁴⁾

وهذا ما يحصل عندما تحسب المخاطر عند التعاقد وتؤطر ضمن العقد بحيث يجعل الأطراف منها عنصراً كاملاً في اتفاقهم تقدر قيمته مسبقاً وتؤخذ بعين الاعتبار عند احتساب الموجبات المتقابلة مما يؤمن نوعاً من التوازن العقدي.⁽⁵⁾

وتقر الأنظمة القانونية الحديثة، بوجوب احترام اعتبارات الاستقرار العقدي، وكذلك احترام التوقعات المشروعة لأطراف عند التعاقد.

(1) Ibid. P 471 N.518

(2) Ibid, P 192, N.185

(3) أمين الحافظ، محاضرات في الاقتصاد السياسي، الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 1966 ص 19 وما يليها، منشور في كتاب د. سامي منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، ص 166

(4) أدوار عيد - أثر انخفاض قيمة العملة على الالتزامات المدنية - ص 18، رقم 5

(5) Ibid, P.471, N 517

إن هذا الاحترام هو الذي يعزز الثقة بالإطار القانوني والاقتصادي الذي يعمل أطراف العقد ضمنه. فالأطراف يجب أن يكون لديهم عند التعاقد إمكانية التوقع المعقول للالتزاماتهم القانونية.⁽¹⁾

بالعودة الى الواقع العملي في لبنان، نجد أن ظاهرة تقيم الالتزامات العقدية بالعملة الأجنبية وخاصة بالدولار الأميركي تشكل استجابة لما تقدم من اعتبارات. فهو في المقام الأول يشكل تأطيراً واحتساباً للمخاطر التي يمكن أن تتحقق في حال انهيار قيمة العملة الوطنية، بحيث يتم تفاديها باعتماد عملة أكثر استقراراً، وهو في المقام الثاني، يحافظ على التوازن العقدي بحيث يحول دون انخفاض قيمة الالتزام النقدي مقابل ما يحصل عليه الطرف الآخر في العقد، وهو في المقام الأخير يحافظ على المنفعة المتوقعة من العقد، والتي توخاها المتعاقدون ابتداءً ويحافظ بالتالي على القيمة الاقتصادية للعقد.

○ ثانياً: في مدى قانونية إيفاء الالتزامات العقدية بالعملة الأجنبية بما يقابلها بالعملة اللبنانية

يثار التساؤل حول مدى قانونية إيفاء الالتزامات الأجنبية بالعملة الرسمية وما هو سعر العملة اللبنانية الواجب الاعتماد لتسديد هذه الالتزامات.

أ- في الأحكام القانونية للإيفاء بالعملة اللبنانية

سنداً لأحكام المادة 301 موجبات وعقود، فإن الإيفاء يجب أن يتم في عملة البلاد، كما سنداً لأحكام المادة 7 نقد وتسليف فإن الليرة اللبنانية قوة إبرائية على غير محدودة في أراضي الجمهورية اللبنانية، وقد رتبت المادة 192 من قانون النقد والتسليف الجزاء على من يمتنع عن قبول الإيفاء بالعملة اللبنانية.

إنّ منح المشرع اللبنانية القوة الإبرائية الشاملة لليرة اللبنانية وفرضه الإيفاء بها، يرتكز على ما يسمى بالنظام العام المالي الحمائي للعملة اللبناني،⁽²⁾ فالأمر يتعلق بالنظام العام

⁽¹⁾ Marinol LUDOVIC, op.cit P.218, N,226

⁽²⁾ القاضي المنفرد في بيروت الناظر بالدعوى التجارية، قرار رقم 2020/125 تاريخ 2020/10/6، غير منشور.

المالي الحامي للعملة الوطنية وبالتالي لا يمكن فرض الدفع بالعملة الأجنبية، ولا يمكن رفض الإيفاء بالعملة الوطنية،⁽¹⁾ فالعملة الوطنية هي الوسيلة إيفاء تملك بذاتها قوة الإبراء، وهي الزامية حتى لو كانت العقود تتضمن بندا نقديا بالعملة الأجنبية.⁽²⁾ وبالتالي، فإذا رفض المدين أداء الدين بالعملة الأجنبية متمسكا بالتسديد بما يقابله بالعملة اللبنانية فلا يمكن للدائن رفض الإيفاء.

والسؤال الذي يثور، هو على أي أساس يتم احتساب سعر صرف الدولار الأميركي؟ هل يحسب على أساس "السعر الرسمي" الصادر عن مصرف لبنان أم على أسعار سعر السوق الحرة.

من العودة الى قانون النقد والتسليف، نجد انه بمعزل عن المواد المتعلقة بإصدار النقد، فإن المواد التي تتعلق بدور مصرف لبنان فيما يتعلق بالنقد هي المادة 70 التي تنص على جهة المحافظة على سلامة النقد اللبناني كإحدى المهام العامة لمصرف لبنان، والمادة 75 التي تعطي المصرف الدور باستعمال الوسائل التي يرى أن من شأنها تأمين ثبات القطع، حيث يمكنه من اجل ذلك أن يعمل في السوق بالاتفاق مع وزير المالية، مشترياً أو بائعاً ذهباً أو عملات أجنبية.

فالنصوص التي تربط مصرف لبنان بالنقد، إن لجهة إصداره أو لجهة التدخل في السوق لتأمين ثبات القطع تنفيذاً لمهمته العامة بالحفاظ على سلامة النقد اللبناني، لا يوجد ضمنها أي نص يعطي مصرف لبنان حق تسعير العملة اللبنانية مقابل العملات الأجنبية، ناهيك عن فرض هذا السعر على الأفراد في معاملاتهم الخاصة.

بل أن ما يحكم تحديد قيمة العملة اللبنانية هي المواد 2 و229 من قانون النقد والتسليف حيث تنص الأولى صراحة على ما يلي: "يحدد القانون قيمة الليرة اللبنانية بالذهب الخالص"، في حين نصّت الثانية في فقرتها الأولى على ما يلي: "ريثما يحدد بالذهب سعر جديد لليرة اللبنانية بالاتفاق مع صندوق النقد الدولي وريثما يثبت هذا السعر بموجب قانون وفقاً للمادة

(1) قرار رقم أساس 2018/2019، تاريخ 2020/1/15، دائرة تنفيذ بيروت، الرئيس فيصل مكي، منشور في كساندر - المرجع - النسخة الإلكترونية

(2) د. سامي منصور، عنصر الثبات وعامل التغير في العقد المدني، ص 199، رقم 153166

الثانية، يتخذ وزير المالية الإجراءات الانتقالية التالية التي تدخل حيز التنفيذ بالتواريخ التي سيحددها: 1- يعتمد لليرة اللبنانية، بالنسبة للدولار الأميركي المحدد بـ 0,888671 غرام ذهب خالص سعر حقيقي أقرب ما يكون من سعر السوق الحرّة يكون هذا السعر الانتقالي القانوني "لليرة اللبنانية".

مع الإشارة الى أن قانون النقد والتسليف قد صدر قبل التخلي عالمياً عن التغطية الذهبية للدولار بموجب اتفاقية جامايكا في العام 1971 اثر قرار الولايات المتحدة في العام 1971 وقف تحويل الدولار الى ذهب.

فقيمة الليرة اللبنانية بالنسبة للذهب وبالنسبة للعملة الأجنبية تحدّد بقانون يصدر عن مجلس النواب، أو في حالات معينة بموجب تفويض من مجلس النواب لمجلس الوزراء بإصدار قانون بهذا الصدد، الأمر الذي حصل في العام 1973 بإصدار القانون المنشور بالمرسوم 6105 والذي أعطى الحكومة (أو وزير المال بتفويض من الحكومة) ضمن مدة ستة أشهر، صلاحية لتحديد سعر انتقالي قانوني جديد لليرة، بعد استشارة مصرف لبنان، وذلك ريثما تحدد قيمة الليرة بالذهب ويعاد على أساسه تقويم موجودات المصرف من ذهب وعمليات أجنبية. إلا أنّ هذه المدة انقضت دون أن تحدد الحكومة اللبنانية سعراً قانونياً جديداً لليرة.

وبالتالي، وفي ظل عدم صدور قانون يحدد سعر الصرف، فإن سعر الصرف لليرة اللبنانية بمقابل العملات الأجنبية يحدده سوق العرض والطلب لا المصرف المركزي.⁽¹⁾ ونظراً لكون المادة 229 نقد وتسليف قد تبنت سعر السوق الحرّة كسعر قانوني فقد استمر الأمر كذلك حتى العام 1997 حين اعتمد مصرف لبنان سعراً ثابتاً رسمياً لليرة اللبنانية.⁽²⁾

هذا السعر الرسمي المعتمد من قبل مصرف لبنان، لا سنداً قانونياً له في ظل صراحة نص المادة الثانية من قانون النقد والتسليف التي خولت المشرع وحده تحديد قيمة العملة اللبنانية.

(1) نادر عبيد، هل المصرف المركزي مخول بتحديد سعر رسمي للدولار؟، مقالة في جريدة الأخبار 2020/1/30

(2) (المحامي أنطوان مرعب . مقارنة قانونية للأزمة النقدية الراهنة-النهار 2020/8/24)

وهذا ما أكدت عليه هيئة الاستشارات والتشريع في وزارة العدل في العام 1985 حيث أوردت أن أي تحديد لسعر قانوني جديد لليرة يستوجب تدخل المشرع سندا لأحكام المواد 2 و229 من قانون النقد والتسليف.⁽¹⁾

خلاصة القول، أن عبارة السعر الرسمي للعملة اللبنانية تجاه الدولار الأميركي وفقا لمصرف لبنان، لا أساس قانوني له وإذا كان هناك من "سعر رسمي" تعتمد الدولة على المعاملات التي تحتاج فيها لتسعير الدولار من أجل استيفاء الرسوم والضرائب فهذا السعر لا يمكن أن يكون ملزما للأفراد لتطبيقه على علاقاتهم الخاصة، بل هو يتنافى مع المبادئ القانونية ومع حقيقة النظام الاقتصادي الحر المعتمد في لبنان.

هذا الأمر أقره اجتهاد المحاكم اللبنانية منذ أربعينات القرن الماضي، حيث ميزت العديد من الأحكام بين السعر الرسمي الذي لا يطبق إلا على معاملات الدولة مثل موضوع استيفاء الضرائب وتحويل رواتب الموظفين الى الخارج، وبين سعر السوق الحرة الذي يعكس حقيقة سعر العملة والذي يجب اعتماده لتسديد الديون التعاقدية المترتبة بالعملة الأجنبية حيث لا يعتد بالسعر الرسمي بالنظر لوجود السوق الحرة، إلا للتعامل الرسمي.⁽²⁾

وقد كرّس اجتهاد حديث هذا المبدأ عندما اعتبر أنّ الأوراق النقدية ليس لها قيمة لذاتها بل أنّ قيمتها تكمن في قدرتها على إشباع الدائن باستيفاء دينه بالذات، وأنه إذا اختار المدين الإيفاء بالعملة اللبنانية عليه أن يدفع الدين على أساس صرف العملة الأجنبية في السوق الحرة بتاريخ الدفع الفعلي وبما يوازي القوة الشرائية للعملة الأجنبية بما يحقق الإشباع للدائن.⁽³⁾

ب- في وجوب اعتماد السعر الحقيقي في السوق الحرة لإيفاء الالتزامات العقدية بالعملة الأجنبية

تطبيقاً لكل ما تقدم من مفاهيم، وطالما أنّ المشرع اللبناني لم يتدخل لتحديد سعر صرف الليرة بما يتناسب مع قيمتها الحقيقية من الناحية الاقتصادية والنقدية، يصبح لزاماً على المدين

(1) رقم 1985/881 تاريخ 1985/10/9

(2) تمييز مدنية . غرفة ثانية . قرار رقم 88 تاريخ 1957/11/20 مجموعة باز لسنة 1957 ص 306

(3) رئيس دائرة التنفيذ في النبطية، قرار 2020/40، تاريخ 2020/10/26، غير منشور

بالتزام مادي مقيّم بالدولار، أن يسدده بالعملة اللبنانية وفق سعرها الحقيقي في السوق الحرّة، الذي يعبر عن القيمة الفعلية للالتزام المقابل للالتزام النقدي المقيّم بالدولار، ويستجيب للاعتبارات النقدية تطبيقاً لمفهوم المادة 229 من قانون النقد والتسليف، كما يستجيب للاعتبارات القانونية المتعلقة باحترام إرادة الفرقاء وتوقعاتهم المشروعة بما يحافظ على القيمة الاقتصادية للعقد.

فالتوقعات المشروعة للمتعاقدين، والتي هي جزء من عنصر الرضا المعبر عنه بإرادة الفرقاء بالالتزام بتنفيذ العقد بالعملة الأجنبية تحسباً لأي انهيار للعملة اللبنانية وإبقاءً على المنفعة من العقد، هو أمر لا يمكن المساس به، تحت طائلة ضرب فكرة الأمان التعاقدية تبعاً لاختلال التوازن العقدي الحاصل حكماً في حال اعتماد ما يسمى بالسعر الرسمي للعملة اللبنانية من أجل تنفيذ الالتزامات العقدية.

والدور المعوّل عليه في هذا الإطار هو للقضاء المدعو إلى تقدير التوازن الاقتصادي للعقد عن طريق تقدير القيمة الاقتصادية للالتزام من خلال التقنيات العقدية المعروضة عليه. وينبغي له أن يأخذ بعين الاعتبار الآثار الاقتصادية لأي قرار قد يصدر عنه، وهو مدعو في كل الأحوال إلى تكريس إرادة الفرقاء تطبيقاً لمفهوم الاستقرار في التعامل،⁽¹⁾ لأنّ فرض تنفيذ الالتزامات المحررة بالعملة الأجنبية بسعر الصرف الرسمي الذي يقلّ أضعافاً مضاعفة عن السعر الحقيقي، يؤدي إلى تبيدّ المقابل الفعلي للالتزام الدائن بالموجب المالي المقيّم بالدولار، وهذا مساس خطير بالأمان العقدي وإهداراً للتوازن العقدي واقتصاديات العقد، عدا عن انه يشكل بطريقة أو بأخرى تدخلاً من قبل القاضي لتعديل مضمون العقد.

فالعقد يفقد صفته كنتاج للإرادة المشتركة لأطرافه إذا كان بالمكان التدخل لتعديله من قبل القاضي عند كل أزمة اقتصادية، مما يؤدي إلى عدم استقرار العلاقات التعاقدية. فتقديم إرادة الفرقاء على أي عامل آخر وتكريسها هو تكريس لمفهوم الاستقرار في التعامل.⁽²⁾

علماً أنّ الاجتهاد اللبناني في مرحلة سابقة أقرّ وجوب تسديد الدين النقدي المقيم بالعملة الأجنبية بما يقابلها بالليرة اللبنانية بتاريخ تسديد الموجب وليس وفقاً لقيمتها بتاريخ إنشاؤه.⁽³⁾

(1) B.OPPETIT, Rapport sur le rôle d juge en présence des problèmes économiques en droit civil français , (Travaux de l'Association Henri Capitant , P 191

(2) Ch.LARROMET, Droit civil, Les obligation, Le contrat, Economica delta, 3eme Edition, T,3 p,474-475 N, 518

(3) تمييز مدني . غرفة أولى . قرار رقم 48 تاريخ 1954/4/29 النشرة القضائية 1954 ص 287

إذ اعتبر الاجتهاد انه عندما يكون الدين محرراً بالعملة الأجنبية ويرغب المدين تسديده بالعملة الوطنية يجب أن يؤخذ بسعر العملة الأجنبية كما هو رائج في بلد الإيفاء بتاريخ استحقاق الدين.⁽¹⁾ وتطبيقاً لذلك يحق للمدين بالموجب العقدي المنظم بالعملة الأجنبية أن يطلب استيفاء الموجب بما يعادل قيمته بالعملة اللبنانية بحسب سعرها في السوق الحرة.⁽²⁾ حيث انه عندما تكون العملة المتعاقد عليها هي العملة الأجنبية فهي وحدها الملزمة لهم، وهي تتخذ كأساس يترتب على المتعاقدين أن يتحاسبوا عليه، في حين أنّ العملة اللبنانية إذا ما شاء المدين أن يستعملها لإبراء ذمته ليست سوى عملة للدفع يحق له أن يلجأ أو أن لا يلجأ الى استعمالها لإبراء ذمته من دينه المحرر بالعملة الأجنبية، ولكن اذا إذا اختار المدين الإيفاء بالعملة اللبنانية بدلاً من الأجنبية فعليه أن يوفيهها من العملة اللبنانية مقداراً يمكنها من الحصول ما يوازي دينها بالعملة الأجنبية.⁽³⁾

○ **خلاصة القول** أنّ تطبيق القانون لجهة القوة الإلزامية للعقد، كما لاحترام عنصر الرضى المتمثل بإرادة الفرقاء عند التعاقد ولاحترام التوازن العقدي والتوقعات المشروعة للمتعاقدين بما يحقق المنفعة المتوخاة من العقد... كلها قواعد توجب تنفيذ الالتزامات المالية المقيمة بالدولار الأميركي، بسعر العملة اللبنانية مقابل الدولار في السوق الحرة. أما التخبط الذي نشهده حالياً، فينبغي وضع حد له وفقاً للمعايير القانونية والاقتصادية الواضحة، بحيث يتدخل المشرع اللبناني تطبيقاً لأحكام المادة الثانية من قانون النقد والتسليف.

(1) النشرة قضائية 1960، ص، 312 قرار رقم 642 تاريخ 1960/3/2

(2) النشرة قضائية 1950 . حاكم بيروت المنفرد . قرار رقم 1387 تاريخ 1950/10/25

(3) تمييز مدني غرفة أولى . سنة 1973 قرار رقم 8 تاريخ 1973/1/29 مجموعة باز 1973 ص 150 رقم 8

الدراسة الثالثة:

المسائل المعترضة أمام المحكمة الجزائية

د. عاصم صعب⁽¹⁾

عندما تدخل الدعوى في حوزة المحكمة أصولاً، سواء عن طريق الإحالة من جهة النيابة العامة أو من جهة قضاء التحقيق، أو عن طريق الإدعاء المباشر⁽²⁾ فيكون عليها أن تفصل فيها، وهذا الأمر يتطلب البحث في مدى توافر أركان الجريمة وكل عنصر من عناصرها. فالقاضي الجزائي، وهو ينظر في الدعوى، قد تعرض عليه مسألة قانونية أو أكثر، يتطلب الفصل فيها ابتداءً لكي يتوصل إلى الحكم في الدعوى الجزائية انتهاءً، وبالرغم من أن هذه المسائل لا تدخل في اختصاصه وفقاً لقواعد الاختصاص الجزائي، إلا أنها تدخل ضمن العناصر المكونة للجريمة المعروضة أمامه وتؤثر في قضاء المحكمة. بالتالي، فإن القاعدة المنطق عليها فقهاً هي أن القاضي الجزائي الذي يملك الفصل في التهمة يملك الفصل في جميع العناصر المكونة لها وجميع الظروف التي تؤثر فيها، وهو لا يستطيع أن يؤدي وظيفته في تقدير حقيقة الجريمة إذا سلب حق النظر في بعض أركانها.⁽³⁾

وعلى سبيل المثال، فإن جريمة السرقة قد تتطلب البحث في ملكية المنقول وهي مسألة تخضع للقانون المدني، وجريمة الشيك بدون مقابل قد تتطلب البحث في تكييف الورقة التجارية وهي مسألة تخضع للقانون التجاري، وجريمة الرشوة قد تتطلب البحث في مدى توافر الصفة الوظيفية لدى المرتشي وهي مسألة تخضع للقانون الإداري. ففي مثل هذه الأحوال نكون أمام

(1) كلية الحقوق - جامعة بيروت العربية.

(2) ذلك وفقاً لقانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، إذ إن هذا القانون يجيز للمجكمة الجزائية أن تضع يدها على الدعوى عن طريق الإدعاء المباشر من قبل المتضرر في قضايا الجرح والمخالفات (المادة 151/ب).

(3) علي زكي العرابي - المبادئ الأساسية للإجراءات - الجزء الأول - 1951 - ص 422.

مسائل قانونية تخرج في الأصل عن قواعد الإختصاص الجزائي، ولكنها تدخل استثناء في إختصاص القاضي الجزائي باعتبار أن مثل هذه المسائل لها علاقة أو أثر في تحديد الجرم والفصل في الدعوى المنظورة طبقاً للقاعدة المذكورة أعلاه.

ويطلق على هذه القاعدة تسميات عدة منها، أن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، أو أن قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، وسوف نعتمد في هذا البحث التسمية الأخيرة باعتبار أن المشرع اللبناني قد نص على هذه القاعدة صراحة بقوله (يدخل في إختصاص القاضي الجزائي الواضع يده على الدعوى العامة أمر البت في كل دفع يثار أمامه...⁽¹⁾)، فقد جاء النص على ذكر الدعوى كما جاء على ذكر الدفع، وهو بذلك يكون قد أخذ بتسمية قاضي الدعوى هو قاضي الدفع. أما المشرع العماني فلم يذكر أي من التسميتين وإنما جاء تنظيم هذه المسائل تحت عنوان (المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى العمومية)⁽²⁾ وهي ذات التسمية التي أطلقها المشرع المصري على هذه المسائل والتي جاء تنظيمها تحت عنوان (إختصاص المحاكم الجنائية في المسائل المدنية التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجنائية)⁽³⁾.

هذه المسائل التي نتكلم عنها تعتبر من المشكلات العملية الهامة التي تثيرها قواعد الإختصاص الجزائي، ولكنها ليست المقصودة تحديداً في هذا البحث، لكن المقصود هو تلك المسائل التي يخرجها المشرع من نطاق تطبيق القاعدة المذكورة، أي قاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، وتشكل استثناء من الإستثناء، أي عودة الى الأصل الذي يقتضي التقيد بقواعد الإختصاص بشكل عام، ومن ثم إذا عرضت على القاضي الجزائي مسألة من هذه المسائل فيكون عليه أو له - بحسب الأحوال - أن يوقف النظر في الدعوى المنظورة أمامه الى حين الفصل في المسألة محل الدفع من الجهة القضائية صاحبة الإختصاص الأصلي. هذا ويلاحظ أن التشريعات تختلف في تنظيم هذه المسائل، فمنها ما يوسع من نطاقها ومنها ما يضيق من هذا النطاق، ومنها ما يحدد هذه المسائل بشكل دقيق ومنها ما لا يحدد بل يترك الأمر لتقدير

(1) المادة 368 من قانون أصول المحاكمات الجزائية.

(2) نظم المشرع العماني هذا الموضوع في المواد من 151 الى 158 من قانون الإجراءات الجزائية.

(3) نظم المشرع المصري هذا الموضوع في المواد من 221 الى 225 من قانون الإجراءات الجنائية.

القضاء⁽¹⁾. وباعتبار أن هذا الموضوع يرتبط بشكل وثيق بموضوع الإختصاص، وباعتبار أن قواعد الإختصاص الجزائي تتعلق بالنظام العام، نرى أن تنظيم موضوع المسائل المعترضة يجب أن يتميز بالدقة والوضوح، وهذا الأمر يشكل إحدى التساؤلات المطروحة في هذا البحث. إن المسائل التي نتكلم عنها، سواء تلك التي تندرج ضمن قاعدة قاضي الدعوى هو قاضي الدفع ويفصل فيها القاضي الجزائي أو تلك التي تخرج من إطار القاعدة المذكورة وتبعاً لذلك يمتنع على القاضي الجزائي الفصل فيها، أي منها قد تعرض على القاضي من قبل الخصوم أو قد يكتشفها بنفسه. ففي الحالة الأولى تعرض المسألة القانونية أمام القاضي بصورة دفع، ولم يحدد أي من القوانين ماهية هذا الدفع وما إذا كان يعتبر دفعا "شكليا" أو دفعا "موضوعيا"، وعدم التحديد هذا يؤدي الى التساؤل عن الجهة التي يثار أمامها الدفع، فهل يثار أمام محكمة الموضوع فقط أم تجوز إثارته أمام جهة التحقيق. وفي الحالة الثانية، وعندما يتبين للقاضي مثل هذه المسائل دون أن يكون للخصوم دور في إثارتها، فهل يجوز للقاضي أن يثيرها من تلقاء نفسه، وما هي الآلية التي يمكن أن يتبعها في هذا الإطار، كل ذلك يضاف الى التساؤلات المطروحة في هذا البحث.

إن إثارة المسائل المذكورة أعلاه أمام القاضي الجزائي تتم عبر إجراءات محددة قانوناً، تبدأ بتقديم الدفع - إذا أثيرت المسألة من قبل الخصوم - وتنتهي بالفصل فيها، مروراً بقرار قبول الدفع من عدمه وبقرار وقف سير الدعوى من عدمه أيضاً، أضف الى الخطوات الواجب اتخاذها من قبل الخصم الذي يثير الدفع لأجل الفصل فيه، والإشكاليات التي تطرح في معرض عدم التزام هذا الخصم بما أوجبه عليه القانون، وما لذلك من آثار على الفصل في الدعوى العمومية، هذه الإشكاليات التي تضاف الى التساؤلات المطروحة أيضاً في هذا البحث.

♦ إشكالية البحث

من خلال ما ذكر أعلاه، ظهرت أمامنا العديد من التساؤلات هي التي تجسد إشكالية البحث، ونعرضها وفقاً لما يأتي:

(1) فالمرجع اللبناني حدد المسائل التي يمتنع على القاضي الجزائي البت فيها (المادة 369)، أما المشرع العماني فقد ترك الأمر للقاضي عندما يتعلق الأمر بجواز وقف نظر الدعوى وفقاً للمادة 153، وذلك بقوله (أو غير ذلك...).

1. أن بعض القوانين لم تتناول هذا الموضوع بما يتطلب من دقة ووضوح، وبخاصة أنه يرتبط بشكل وثيق بقواعد النظام العام.
2. أن التنظيم القانوني لهذه المسائل لم يوضح طبيعة الدفع التي تثار من خلالها، كما لم يوضح بالجزم الجهة القضائية التي تثار أمامها.
3. أن التنظيم القانوني فيه شيء من الغموض عندما يتعلق الأمر بإجراءات اللجوء إلى القضاء المختص لدى قبول الدفع بالمسألة القانونية، ففي حال عدم التزام الخصم بالتزاماته يصرف النظر عن الفصل في المسألة المثارة وهو أمر يخالف المنطق.

♦ أهمية البحث

تأتي أهمية البحث من خلال إشكاليته، فالتساؤلات المطروحة في الإشكالية، من الأهمية لأن يتم التطرق لها بهدف تسليط الضوء عليها أولاً، والتعرض بالتحليل إلى بعض النقاط التي يكتنفها الغموض في محاولة للوصول إلى فهم أوضح وأبسط للمسائل موضوع البحث ثانياً، ثم لفت انتباه المشرع إلى ما يشوب التنظيم القانوني من غموض أو قصور في التشريع لعل الأمر يؤدي إلى استدراكها ثالثاً.

♦ أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى عرض الموضوع أمام القارئ القانوني كما عرضه أمام المشرع، فمن ناحية تعتبر المسائل موضوع هذا البحث من المسائل القانونية الهامة التي تعترض التطبيق القضائي للقانون، وهي مسائل متنوعة ومتشعبة في كافة فروع القانون، ويؤدي الإطلاع عليها ودراستها إلى تنمية الثقافة القانونية لدى القارئ. ومن ناحية أخرى، وبالرغم من أهميته فإن تناوله في كتب الشرح يقتصر على الإيجاز ولا يعطي الموضوع حقه توازياً مع أهميته، كما أن تناوله في بعض الدراسات المتخصصة لم يغير شيء في الواقع التشريعي. لذلك لا بد من الإستمرار في محاولة تسليط الضوء على المشكلات القانونية بهدف التوضيح والتصويب كلما أمكن ذلك، ومن ضمن هذه المشكلات موضوع هذا البحث.

♦ منهج البحث

باعتبار أن موضوع هذا البحث هو محل تنظيم قانوني فلا بد من الإعتماد على ما جاء في القوانين من نصوص، بالإضافة الى ما يزخر به التطبيق القضائي من أحكام وقرارات ذات صلة. ولما كان هناك اختلاف في التنظيم القانوني لهذا الموضوع بين التشريعات المختلفة، فلا بد من إظهار هذا الإختلاف بهدف تسليط الضوء على الإيجابيات والسلبيات في هذه القوانين. عليه، سوف نتبع في هذا البحث المنهج الوصفي والمنهج المقارن، بالإضافة الى المنهج التحليلي.

♦ خطة البحث

من خلال ما ذكر في هذه المقدمة تبين لنا أن هذا الموضوع يتضمن بعض النقاط النظرية والموضوعية وبعض النقاط الإجرائية والتطبيقية، لذلك سوف تتوزع موضوعات هذا البحث على مبحثين يتناول الأول النقاط الموضوعية ويتناول الثاني النقاط الإجرائية، وهكذا لكي تتحقق في الخطة خصيصة المنطقية. عليه، سوف تنقسم الخطة وفقاً لما يأتي:

- المبحث الأول: الأحكام الموضوعية للمسائل المعترضة
- المبحث الثاني: الأحكام الإجرائية للمسائل المعترضة

○ المبحث الأول: الأحكام الموضوعية للمسائل المعترضة

تتطلب دراسة الأحكام الموضوعية لفكرة قانونية ما أن تتناول بنيانها النظري بما يتضمنه من تعريف لهذه الفكرة وبيان طبيعتها والمبادئ التي تحكمها أو تنبثق منها، هذا بالإضافة الى الأحكام القانونية التي تنظمها.

بناء عليه، سوف نتناول دراسة هذه الأحكام من خلال مطلبين، يتضمن الأول ماهية المسائل المعترضة ويتضمن الثاني التنظيم القانوني لهذه المسائل.

• المطلب الأول: ماهية المسائل المعترضة

ماهية الشيء كنهه وحقيقته، والبحث في ماهية الشيء يتطلب بيان مفهومه وطبيعته وصفاته الجوهرية. عليه، سوف نتعرض في هذا المطلب لدراسة مفهوم المسائل المعترضة وبيان طبيعتها، وذلك في فرعين وفقاً لما يأتي.

■ الفرع الأول: مفهوم المسائل المعترضة

يقترض لمعرفة مفهوم المسائل المعترضة تعريفها وتمييزها عن غيرها من المسائل القانونية، وباعتبار أن القوانين لم تعرف هذه المسائل واختلفت في تسميتها، وباعتبار أن الفقه تأرجح في وصفه للمسائل التي تعرض على القاضي الجزائري أثناء نظر الدعوى بين اعتبارها مسائل أولية أو مسائل فرعية أو مسائل عارضة، فنرى أن نقدم تمييز هذه الفكرة وضبط مدلولها ليتسنى لنا بعد ذلك اعطائها التعريف الملائم.

◆ أولاً: مدلول فكرة المسائل المعترضة

سبق القول في مقدمة هذا البحث أن القاضي الجزائري الواضع يده على الدعوى العمومية قد تعرض عليه بعض المسائل القانونية ويكون لهذه المسائل أثر في الحكم بالدعوى، لذلك أطلقت بعض القوانين - قانون الإجراءات الجزائية العماني وقانون الإجراءات الجنائية المصري - على هذه المسائل مسمى (المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى العمومية) دون أن تعطىها مصطلح محدد. أما الفقه فقد عمد إلى إطلاق تسميات مختلفة كالمسائل الأولية والمسائل الفرعية والمسائل العارضة.

يرى بعض الفقه لدى تناوله مبدأ قاضي الأصل هو قاضي الفرع أن هذا المبدأ هو ما يعبر عنه بالمسائل العارضة⁽¹⁾ أي التي يفصل فيها القاضي الجزائري، أما تلك التي لا يمكنه الفصل فيها وتوجب عليه وقف الدعوى إلى حين الفصل فيها من جهة قضائية أخرى فيطلق عليها مسمى المسائل الأولية⁽²⁾. وقد درج أغلب الفقه على إطلاق المسائل الأولية على تلك التي يختص القاضي الجزائري بنظرها، والمسائل الفرعية على التي يختص بنظرها جهات قضائية أخرى، بحيث يتعين على القاضي الجزائري أن يوقف النظر في الدعوى الجزائية حتى يفصل في تلك المسألة من قبل الجهة المختصة بها، إلا أن بعض الفقه ينتقد هذا التوجه باعتبار أن مبدأ قاضي الأصل هو قاضي الفرع يعني اختصاص القاضي الجزائري بالمسائل الفرعية وليس العكس⁽³⁾.

(1) د. علي عبد القادر القهوجي - المسائل العارضة أمام القاضي الجنائي - الدار الجامعية - بيروت - 1986 - ص 9.

(2) نفس المرجع السابق ص 42.

(3) د. علي عبد القادر القهوجي - نفس المرجع السابق - ص 10 - الهامش 1.

نلاحظ من خلال هذه الآراء أن الفقه يطلق تسميته على هذه المسائل القانونية بحسب عدة اعتبارات، فمن يعتبر أن المسألة المعروضة أولية إذا كانت من المسائل التي يجوز للقاضي الجزائي البت فيها، وبالمقابل يعتبرها مسائل فرعية إذا لم يكن جائزاً للقاضي الجزائي ذلك. لكننا نرى تعليقاً على هذه التسميات أن كلاً منها تصلح لتطلق على هذه المسائل، فسواء أكانت المسألة المعروضة مما يجوز للقاضي الجزائي البت بها أم لا، فهي مسألة أولية يجب البت بها ابتداء ليصار إلى الفصل في الدعوى انتهاءً، وهي كذلك مسألة فرعية باعتبارها متفرعة من الدعوى ولازمة للفصل فيها، ولا نرى في اختلاف التسمية وفقاً لذلك من ضرورة أو مقتضى.

ومن يعتبر أن المسألة المعروضة فرعية نسبة إلى مبدأ قاضي الأصل هو قاضي الفرع، فجاءت تسمية المسألة من خلال مقتضى المبدأ. لكننا نرى تعليقاً على التسمية الأخيرة أنها غير جديرة بالتأييد باعتبار أن المبدأ المذكور يحمل تسمية أخرى هي قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، وهي التسمية الأصح إذا ما أخذنا بالإعتبار الترجمة الصحيحة للمبدأ من اللغة الفرنسية هو: *le juge de l'action est juge de l'exception*

الواقع من وجهة نظرنا أن المهم ليس في التسمية التي تطلق على المسألة، وإنما في الأثر الذي يترتب على إثارتها. فأى مسألة قانونية تخرج من اختصاص القاضي الجزائي طبقاً لقواعد الإختصاص تعتبر مسألة معترضة لأنها تعترض سير الدعوى الجزائية، ولكن عندما يجيز القانون للقاضي الجزائي أن يفصل في هذه المسألة تطبيقاً لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، فلا يكون هناك من أثر لهذه المسألة على سير الدعوى، ولا مشكلة بعد ذلك إن اعتبرت هذه المسألة أولية أو فرعية. أما عندما يحجب القانون عن القاضي الجزائي الفصل في بعض المسائل ويوجب عليه وقف السير في الدعوى وإحالة تلك المسألة إلى القضاء المختص، فهنا يظهر الأثر المترتب على إثارة هذه المسألة وهو وقف السير في الدعوى أو استئثار النظر فيها، من هنا أطلق المشرع اللبناني على هذه المسائل تسمية (المسائل الإعتراضية المستأخرة)، كونها توجب استئثار الفصل في الدعوى.

على أن المشرع اللبناني أطلق هذه التسمية الأخيرة في المادة 369 عندما تناول تعداد وتبيان المسائل المعترضة، لكن قبل ذلك، جاء تنظيم المواد المتعلقة بهذا الموضوع بشكل عام تحت عنوان المسائل الإعتراضية، وفي المادة 368 التي تناولت النص على مبدأ قاضي

الدعوى هو قاضي الدفع ذكر هذه المسائل باعتبارها مسائل معترضة بقوله (.... ما لم تشكل مسألة معترضة).

بناء على كل ما تقدم، سوف نعتمد في هذا البحث تسمية المسائل المعارضة، كون هذه التسمية تتسجم مع العديد من الآراء الفقهية وبعض النصوص القانونية، ولا تتعارض مع ماهية هذه المسائل أو طبيعتها.

♦ ثانياً: تعريف المسائل المعارضة

بناء على التحديد السابق لمدلول المسائل المعارضة، يمكن تعريفها بأنها مسائل قانونية تطرح أمام القاضي أثناء نظر الدعوى الجزائية بصورة دفع يهدف من خلاله الخصم الى وقف سير الدعوى للبحث في مدى توافر عناصر الجرم الجزائي، حيث يتوقف على هذه النتيجة إما إثبات عدم وجود أساس لنظر الدعوى أو التأثير في نتيجة الحكم إدانة أو براءة⁽¹⁾.

على أن الفقه - بعد ذلك - كل من وجهة نظره يقسم المسائل المعارضة الى أنواع على أساس تأثيرها في الدعوى، فالبعض يرى أن المسائل التي تؤثر في تحريك الدعوى تعتبر مسائل أولية، أما المسائل التي تؤخر الفصل فيها فهي مسائل معترضة أو طارئة⁽²⁾، والبعض يرى أن المسائل التي يمتنع على القاضي الفصل فيها طبقاً لصريح القانون هي مسائل معترضة سواء كانت تؤثر في تحريك الدعوى أو تؤخر الفصل فيها⁽³⁾، وفي ذلك قضت محكمة التمييز الجزائية اللبنانية بأن من المسائل المعارضة ما يعترض إقامة الدعوى العامة وهذه محددة حصراً بموجب القانون، ومنها ما يعترض صدور الحكم دون أن يتعرض لمسألة تحريك الدعوى العامة، وهذه الفئة الأخيرة توجب على القاضي الجزائي أن يرجىء حكمه حتى يفصل المرجع المختص بالدفع الذي هو من اختصاصه⁽⁴⁾.

(1) ويراجع بهذا المعنى: د. رؤوف عبيد - مبادئ الإجراءات الجنائية - الطبعة الثانية عشرة - 1978 - ص 499.

(2) المحامي الياس ابو عيد - أصول المحاكمات الجزائية - ج 1 - منشورات الحلبي الحقوقية - بيروت - 2002 - ص 88.

(3) د. عاطف النقيب - أصول المحاكمات الجزائية - محاضرات في كلية الحقوق بالجامعة اللبنانية - 1965/1966 - ص 61.

(4) قرار الغرفة السادسة رقم 63 تاريخ 2003/2/20 - صادر في التمييز - القرارات الجزائية - ص 267 ف 4.

■ الفرع الثاني: طبيعة المسائل المعترضة

بعد البحث في تعريف المسائل المعترضة وتحديد مدلولها، لا بد من تحديد طبيعتها، ذلك ما يمكن أن يتبين لنا من خلال بيان مدى ارتباط المسائل المعترضة بموضوع الإختصاص، وكذلك من خلال بيان طبيعة قواعد الإختصاص.

♦ أولاً: ارتباط المسائل المعترضة بقواعد الإختصاص

سبق القول في مقدمة هذا البحث أن المسائل المعترضة تعتبر من الإشكاليات التي تثيرها قواعد الإختصاص، إذ إنها تشكل استثناء من مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع الذي بدوره يعتبر استثناء من قواعد الإختصاص. عليه، سوف نتعرض لهذا المبدأ والاستثناء عليه بشيء من التفصيل.

1- مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع:

مقتضى هذا المبدأ هو أن القاضي الجزائي الواضع يده على الدعوى ملزم بالفصل فيها، وهذا الإلزام لا يقتصر على إصدار حكم فاصل في الموضوع فحسب، لأنه للوصول الى هذا الحكم لا بد من استظهار جميع العناصر والأركان والظروف المحيطة بالقضية لكي يتمكن القاضي من تسبيب حكمه، هذا التسبيب هو الذي تنصب عليه رقابة محاكم الطعن. على أنه قد يعترض القاضي أثناء نظر القضية بعض النقاط القانونية يلزمه أن يبت بها لمعرفة ما إذا كان الفعل يشكل جرمًا من عدمه، والسؤال الذي يطرح في معرض هذه الحالة مفاده، كيف يلزم القاضي بالفصل في الدعوى وهو ممنوع من الفصل في بعض عناصر الجريمة، لذلك كان الإتفاق الفقهي على الإعتراف بهذا الحق للقاضي الجزائي⁽¹⁾. هذا التأييد الفقهي للمبدأ المذكور رافقه التأييد القضائي، فقد اعترف القضاء اللبناني بهذا المبدأ، حيث قضت محكمة التمييز بأن (قاضي الأصل هو قاضي الفرع)، لذلك يدخل في اختصاص القاضي الجزائي أمر البت بجميع النقاط التي يثيرها استثناءات عناصر الجريمة ما لم تشكل

(1) بهذا المعنى يراجع د. جلال ثروت - أصول المحاكمات الجزائية - الجزء الأول - 1983 - الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع - بيروت - ص 402 و 403. ود. حسن الجوخدار شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية - الطبعة الأولى - 1992 - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان/الأردن - ص 330.

إحدى النقاط مسألة اعتراضية مستأخرة يكون المشرع قد استثنأها من اختصاصه بنص خاص⁽¹⁾. وكذلك قررت محكمة النقض المصرية بأن القاضي الجنائي مختص في كافة المسائل الفرعية التي تعرض أثناء نظر الدعوى الجنائية، فمن حقه بل من واجبه أن يفصل في صفة الخصوم، ولا يجوز مطالبته بوقف النظر فيها حتى يفصل في دعوى مدنية رفعت بشأنها، ذلك لأن قاضي الأصل هو قاضي الفرع، ولأن القاضي الجنائي غير مقيد بحسب الأصل بما يصدره القاضي المدني من أحكام⁽²⁾. هذا الإعتراف والتأييد من الفقه والقضاء سبق بعض التشريعات، فلم يكن القانون اللبناني أو المصري أو العماني يتضمن هذا المبدأ بشكل صريح، أما القوانين الحالية فقد نصت على هذا المبدأ صراحة⁽³⁾.

وتكمن مبررات هذا المبدأ في أن غالبية المسائل التي تعرض على القاضي الجزائي وتخرج من اختصاصه أصلاً هي ذات طابع مدني، ونظراً لوحدة القضاء المدني والقضاء الجزائي، فقد يكون القاضي الجزائي هو نفسه القاضي المدني أو العكس، وبالتالي فقد تعرض المسألة المدنية على نفس القاضي إذا ما أوقفت الدعوى الجزائية وأحيلت المسألة المطروحة الى المحكمة المدنية للفصل فيها، هذا بالإضافة الى أن القاضي الجزائي يختص بالإجمال بالفصل في الدعوى المدنية التابعة للدعوى الجزائية⁽⁴⁾.

أمام كل ذلك، وسواء أكانت المسألة القانونية المثارة أمام القاضي الجزائي ذات طبيعة مدنية أم تجارية أم غير ذلك، فكلها تخرج عن اختصاصه الأصلي، وبالتالي فإن تحويل القاضي الجزائي سلطة الفصل في أي من هذه المسائل - مع صوابية المبررات - يشكل خروجاً على قواعد الإختصاص وبصريح نص القانون، الأمر الذي يجعل من مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع استثناء من قواعد الإختصاص وخروجاً عليها.

(1) تمييز جزائي لبناني - تاريخ 1972/1/13 - موسوعة عالية للإجتهادات القضائية - الجزء الثالث - رقم 381 - ص 152.

(2) نقض جنائي مصري 1944/4/10 - المجموعة الرسمية 44 - رقم 91 - ص 174 ونقض 1942/12/7 - المجموعة الرسمية 43 - رقم 104 - ص 189 (يراجع في هذه القرارات: د. أحمد ابراهيم - قانو الإجراءات الجنائية - دار المعارف - 1965 - ص 228 و 229).

(3) سوف نتناول موقف هذه القوانين في المطلب الثاني التالي.

(4) بهذا المعنى: د. علي عبد القادر القهوجي - المسائل العارضة - مرجع سابق - ص 13.

2- المسائل المعترضة استثناء من مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع:

مع التسليم فقهاً وقضاءً "وتشريعاً بوجود مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع وتطبيقه، إلا أن القوانين قيدت هذا المبدأ. ذلك أن التبريرات التي سيقت في معرض الدفاع عن المبدأ المذكور، هي ذاتها ترفض اتساع نطاق تطبيقه كما تفرض تحديد هذا التطبيق لكي يبقى المبدأ في حدود الإستثناء ولا يتحول الى أصل. لذلك تدخل المشرع صراحة وأخرج من نطاق المبدأ وبالتالي من اختصاص القاضي الجزائي صلاحية البت في بعض المسائل بحيث يكون عليه بعد التأكد من جدية المسألة ولزومها للفصل في الدعوى المطروحة أمامه أن يوقف السير بالدعوى وجوباً أو جوازاً بحسب الأحوال، وإجراء المقتضى القانوني لأجل الفصل فيها من قبل القضاء المختص. ماذا يعني ذلك؟ يعني ذلك عودة الى قواعد الإختصاص، ويعني ذلك خروجاً على مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، ويعني ذلك أن المسائل المعترضة - كما عرفناها أعلاه - تعتبر استثناء من الإستثناء. لما كان الأمر كذلك، فإنه ينبغي على المشرع أن يحيط بتنظيم موضوع هذه المسائل بالدقة والوضوح نظراً لأهميتها، ونظراً لإرتباطها بقواعد الإختصاص، ونظراً لكون قواعد الإختصاص مرتبطة بالنظام العام كما هو معلوم، وكما سيتبين لنا في البند الثاني التالي.

♦ ثانياً: طبيعة قواعد الإختصاص

باعتبار أن المسائل المعترضة ترتبط - كما أسلفنا - بشكل وثيق بقواعد الإختصاص، فلا بد من البحث في طبيعة هذه القواعد لكي نسير على هدى من ذلك في توضيح مدى دقة ووضوح النصوص المتعلقة بتنظيم تلك المسائل.

1- ارتباط قواعد الإختصاص بالنظام العام:

تعتبر قواعد الإختصاص في المسائل الجزائية من النظام العام⁽¹⁾، لأنها تعتمد على حسن إدارة العدالة الجزائية، فهذه القواعد تحدد الأهلية الإجرائية لجهات القضاء في نظر الخصومة الجزائية، وهي ليست كالقواعد المفسرة أو المكملة في القانون المدني⁽²⁾، فلا يجوز

(1) نقض جنائي مصري 28/ديسمبر 1954 - مجموعة أحكام النقض - س 6 - رقم 120 ص 396.

(2) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - 1988 - دار النهضة العربية - القاهرة - ص 366.

لأطراف الدعوى الإتفاق على مخالفتها، بل هي من القواعد الأمرة التي تحدد صلاحية القضاء الجزائي للنظر في الخصومة، وهو أمر يمس المصلحة العامة ولا يتعلق بمصلحة الخصوم⁽¹⁾.

لذلك، ولضمان احترام قواعد الإختصاص وتقادي البطلان، فإن القضاء الجزائي يملك الحق في أن يقرر عدم اختصاصه، أضف الى ذلك أنه إذا تنازعت جهتا قضاء على الإختصاص إيجاباً أو سلباً فإن هذا التنازع يتم حسمه من قبل جهة قضائية أعلى، وفي ذلك ققرت محكمة التمييز الجزائية اللبنانية أن مسألة الإختصاص تتعلق بالنظام العام وعلى المحكمة إثارتها عفواً ولو لم يرد أي مطلب بشأنها⁽²⁾، واجتهاد هذه المحكمة مستقر بهذا الشأن.

ويترتب على تعلق قواعد الإختصاص بالنظام العام عدة نتائج:⁽³⁾

أ- أن القاضي عندما تعرض عليه الدعوى، يجب أن يفحص اختصاصه قبل القيام بأي عمل إجرائي وأن يصدر القرار بعدم اختصاصه إذا ثبت له ذلك، ويقوم بذلك من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم.

ب- أن كل إجراء وكل قرار يتخذ أو يصدر عن جهة قضائية غير مختصة يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً ولا يجوز التنازل عنه أو تصحيحه⁽⁴⁾.

ج- أن الدفع بعدم الإختصاص يمكن إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعوى ولو لأول مرة أمام محكمة التمييز أو النقض.

د- على المحكمة إثارة مسألة الإختصاص عفواً ولو لم يرد مطلب بشأنها⁽⁵⁾، ويجوز للنيابة العامة أن تدفع بعدم اختصاص المحكمة على الرغم من أنها هي التي طرحت الدعوى عليها، ولا يحتج عليها قبولها هذا الإختصاص⁽⁶⁾.

(1) د. محمد زكي ابو عامر - الإجراءات الجنائية - 1984 - دار المطبوعات الجامعية - الإسكندرية - ص 676.

(2) تمييز جزائي لبناني - غ 6 - رقم 140 - تاريخ 2000/3/14 - صادر في التمييز - ص 465.

(3) يراجع د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص 367.

(4) المحامي الياس ابو عيد - قضايا القانون الجنائي - ج 1 - 1991 - بدون دار نشر - ص 292.

(5) تمييز جزائي لبناني - غ 6 - رقم 140 تاريخ 2000/3/14 ورقم 153 تاريخ 2000/10/19 - صادر في التمييز - ص 465 و 686.

(6) د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص 367.

هـ - استفاضة كل الفرقاء من سبب النقض المستند الى قواعد الإختصاص عند نقضه ولو لم يتم التذرع به من قبل أحدهم، ذلك لأن هذه القواعد مرتبطة بالنظام العام، وأن هذا المبدأ لا يخضع للتجزأة⁽¹⁾.

ومع ذلك، فقد تطرأ بعض المشكلات عند تطبيق قواعد الإختصاص مما يفرض مخالفتها بشرط النص على ذلك صراحة في القانون، ومن ذلك ما يفرضه مبدأ التلازم بين الجرائم إذا كان بينها ثمة ارتباط غير قابل للتجزأة، أو ما يتعلق بالمسائل القانونية التي تعرض على القاضي الجزائي ويلزم الفصل فيها ليصار الى الفصل في الدعوى العامة طبقاً لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، إلا إذا اعتبرت هذه المسألة معترضة أخرجها القانون من نطاق المبدأ بنص خاص، هذه المسائل التي نحن بصدد دراستها في هذا البحث.

2- تنظيم المسائل المعترضة وفقاً لطبيعة قواعد الإختصاص:

لما كانت قواعد الإختصاص مما يتعلق بالنظام العام، ولما كانت المسائل القانونية التي تعرض على القاضي الجزائي تخرج عن اختصاصه أساساً ومرتبطة بالتالي بقواعد الإختصاص، الأمر الذي يتوجب على المشرع التنبه لدى تنظيمه موضوع المسائل المعترضة أو بشكل عام موضوع المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى الجزائية، الى أنه ينظم مسألة مرتبطة بالنظام العام مما يفرض معه وجوب الدقة والوضوح في هذا التنظيم.

بالتالي، إذا كان المشرع قد خرج عن قواعد الإختصاص بتبنيه مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، وأعطى القاضي الجزائي حق الفصل في مسائل قانونية تخرج أصلاً من اختصاصه، فلا بد عند عودة المشرع الى الأصل من خلال تنظيمه لموضوع المسائل المعترضة، أي التي يستثنىها المشرع من المبدأ المذكور، أن يبتغي الدقة في هذا التنظيم سواء من الناحية الموضوعية التي تتناول موضوع المسألة المعترضة، أو من الناحية الإجرائية التي تتناول آلية تقديم المسألة المعترضة وطبيعتها، والجهة التي تملك صلاحية إثارتها، وغير ذلك من الإجراءات المحيطة بتطبيق هذه المسألة.

⁽¹⁾ بهذا المعنى: تمييز جزائي لبناني - غ 6 - رقم 53 تاريخ 2000/3/28 - صادر في التمييز - 2000 - ص 488.

■ خلاصة المطلب الأول:

تبين لنا من خلال دراسة ماهية المسائل المعترضة، وبعد أن تعرضنا لتعريفها وتحديد مدلولها ومدى ارتباطها بقواعد الإختصاص، ومدى تعلق قواعد الإختصاص بالنظام العام، أن المسائل المعترضة هي بدورها مما يتعلق بالنظام العام مما يقتضي معه مراعاة هذا المبدأ والتقييد به تنظيمياً وتطبيقاً.

هذا الموضوع هو الذي سوف نسلط الضوء عليه بالتفصيل والتحليل من خلال الإطلاع على التنظيم القانوني لهذه المسائل، وذلك في المطلب الثاني التالي.

• المطلب الثاني: التنظيم القانوني للمسائل المعترضة

نظمت العديد من القوانين موضوع المسائل المعترضة بعدما أقرت مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع بشكل صريح، ومن هذه القوانين نذكر قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني⁽¹⁾ وقانون الإجراءات الجزائية العماني⁽²⁾، وقد اخترنا في هذا البحث هذين القانونين للمقارنة فيما بينهما.

ولما كانت إشكالية هذا البحث قد تضمنت تساؤلات تمحورت حول أسس هذا التنظيم وظهور بعض الغموض أو القصور فيه، ولما كان من أهداف البحث تسليط الضوء على هذا التنظيم بإيجابياته وسلبياته، لذلك كان لزاماً علينا أن نتعرض للتنظيم القانوني للمسائل المعترضة بشيء من التفصيل، على أن ينحصر الحديث في هذا المطلب عن التنظيم الموضوعي للمسائل المعترضة دون التنظيم الإجرائي، لأننا سوف نتناول الناحية الإجرائية بشكل عام في كل من القانونين في المبحث الثاني الذي خصصناه للأحكام الإجرائية، وقد خصصنا لكل قانون فرع مستقل نعرضهما وفقاً لما يأتي.

■ الفرع الأول: المسائل المعترضة في قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني

تناول قانون أصول المحاكمات الجزائية تنظيم المسائل المعترضة في المواد من (368 الى 370)، فقد تضمنت المادة 368 مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، وجاء نصها كما

(1) صدر هذا القانون بالقانون رقم 328 تاريخ 2001/8/2 المعدل بالقانون رقم 359 تاريخ 2001/8/16.

(2) صدر هذا القانون بالمرسوم السلطاني رقم 99/97.

يأتي: (يدخل في اختصاص القاضي الجزائي الواضع يده على الدعوى العامة أمر البت في كل دفع يثار أمامه ما لم يشكل مسألة معترضة أو ينص القانون على خلاف ذلك) وقد تناولنا دراسة هذا المبدأ في المطلب الأول من هذا المبحث. ثم جاءت المادة 369 لتتضمن المسائل التي أخرجها المشرع من نطاق المبدأ المذكور وأطلق عليها مصطلح المسائل الإعتراضية المستأخرة، وهذه المسائل هي التي ستكون موضوع هذا الفرع. أما المادة 370 فقد تضمنت الأحكام الإجرائية لهذه المسائل، وسوف نؤجل الحديث عنها الى المبحث الثاني.

بناء على ما تقدم، سوف نستعرض المسائل التي اعتبرها المشرع اللبناني مسائل اعتراضية مستأخرة بحسب منطوق المادة 369 وفقاً لما يأتي:

♦ أولاً: قضايا الملكية العقارية والحقوق العينية العقارية الأخرى

يشكل الإدعاء بحق الملكية مسألة معترضة - بحسب الفقه⁽¹⁾ - كلما كانت الأعمال الكيفية التي تناولت العقار مؤلفة في نظر القانون جريمة جزائية، على اعتبار أن الغير قد أتاها دون وجه حق ودون سبب مشروع.

♦ ثانياً: قضايا الجنسية

تظهر أهمية اعتبار قضايا الجنسية من المسائل المعترضة في أن ثمة جرائم كثيرة يتوقف توقيع العقوبة فيها على كون الشخص وطنياً أو أجنبياً⁽²⁾، ويخرج من اختصاص القضاء الجزائي أمر النظر في هذه القضايا بنص خاص⁽³⁾. تطبيقاً لذلك، إذا لوحق شخص بجريمة الخيانة المنصوص عليها في المواد 273 الى 279 من قانون العقوبات اللبناني، أو بجريمة الإتصال غير المشروع بالعدو المنصوص عليها في المواد من 285 الى 287 من نفس القانون، وتبين أن المتهم ليس من التابعية اللبنانية، ودفع أمام المحكمة بأنه غير لبناني،

(1) د. عاطف النقيب - مرجع سابق - ص 64.

(2) يراجع في ذلك المواد 20 و 88 و 89 و 273 و 279 و 285 و 286 و 287 من قانون العقوبات اللبناني.

(3) يراجع في ذلك المادة التاسعة من القرار رقم 15 الصادر بتاريخ 1925/1/19 الخاص بالجنسية اللبنانية، والتي حصرت قضايا الجنسية بالمحاكم المدنية وحدها.

فيتعين على المحكمة أن تستأخر البت في الدعوى العامة الى حين الفصل في مسألة جنسية المتهم من قبل المحكمة المدنية التي تنتظر دعاوى الجنسية.

♦ ثالثاً: قضايا الأحوال الشخصية

يعود حق الفصل في هذه المسائل الى المحاكم الشرعية أو المذهبية شرط أن تكون هذه الدعوى المعترضة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بالدعوى الجزائية وتؤثر مباشرة في الحكم بها⁽¹⁾.

♦ رابعاً: القضايا الإدارية

تنص المادة 55 من المرسوم الإشتراعي رقم 109 تاريخ 12/6/1959 الخاص بنظام مجلس شورى الدولة أنه: (على المحاكم العدلية أن ترجىء البت في الدعاوى التي تعرض عليها إذا استلزم حل هذه الدعوى تفسير أو تقدير صحة عمل إداري يخرج النظر به عن صلاحيتها، ويعرض الفريق الأكثر عجلة المسألة على مجلس شورى الدولة فيعطي رأياً ملزماً للمحاكم العدلية في القضية التي أعطي الرأي من أجلها).

♦ خامساً: القضايا المدنية

الأصل أن يكون القضاء الجزائي مختص بنظر ما يعترض الدعوى الجزائية من قضايا مدنية طبقاً لمبدأ وحدة القضاء بين المدني والجزائي الذي يعتنقه المشرع اللبناني⁽²⁾، ولا يخرج عن هذا الأصل بالمطلق كون المشرع أدخل القضايا المدنية التي يؤثر البت فيها على مدى تحقق عناصر الجريمة المدعى بها ضمن عداد المسائل المعترضة، إذ إن ذلك مشروط بكون

(1) فإذا لوحقت امرأة بجرم الزنا أمام القاضي الجزائي، ومن المعلوم أن جرم الزنا يفترض قيام الزوجية عند ارتكابه. فإذا دفعت المرأة بإنعدام الزوجية وقت ارتكاب الفعل، فعلى القاضي الجزائي أن يستأخر البت بجريمة الزنا الى حين صدور قرار عن المحكمة الروحية أو الشرعية أو المذهبية فاصلاً في مسألة قيام الزوجية من عدمها. فإذا حكمت المحكمة بعدم قيام رابطة الزوجية وقت ارتكاب فعل الزنا، تكون جريمة الزنا قد فقدت أعم عنصر من عناصرها، وبالتالي يجب على المحكمة الجزائية أن تحكم ببراءة المدعى عليها بناء على نتيجة الفصل بالمسألة المعترضة. (يراجع تطبيقات حول هذا الموضوع لدى المحامي الياس ابو عيد - أصول المحاكمات الجزائية - ج1 - مرجع سابق - ص 87.

(2) د. علي عبد القادر القهوجي - مرجع سابق - ص 19 و 20.

القضية عالقة أمام المرجع المدني قبل تحريك الدعوى العامة. وتطبيقاً لذلك، قضي بأن (الدعوى المدنية يكون لها بالتالي تأثير على الدعوى الجزائية الحاضرة، ويتوقف مدى صحة ارتكاب المميز لجرم تبديد الأموال وتهريبها من وجه دائنيه على ما إذا كانت المدعية المدنية ستكون دائنة أم لا، الأمر الذي يجعل من الدعوى المدنية المذكورة مسألة مستأخرة أو معترضة من شأنها تجميد النظر في الدعوى الجزائية وهو ما يعرف بمبدأ (المدني يعقل الجزاء)⁽¹⁾.

♦ سادساً: القضايا الجزائية التي يتوقف على البت فيها التحقق من مدى توافر عناصر الجريمة

يختلف نص القانون اللبناني فيما يتعلق بالمسائل الجزائية عن نص القانون العماني، فقد جاء النص اللبناني أضيق نطاقاً من النص العماني. فالمادة 152 من قانون الإجراءات الجزائية العماني تنص على أنه (إذا كان الحكم في الدعوى العمومية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى عمومية أخرى، وجب وقف الأولى حتى يتم الفصل في الثانية)، والواقع أنه يوجد اختلاف بين الأمرين. ذلك أنه ليس بالضرورة أن تكون دائماً نتيجة الدعوى الجزائية مما يفيد بتوافر عناصر جريمة أخرى من عدمه، فهناك من الدعاوى الجزائية ما يتوقف الحكم فيها على نتيجة دعوى أخرى.

والمثل على ذلك جريمة شهادة الزور المنصوص عليها في المادة 408 من قانون العقوبات اللبناني، إذ تختلف عقوبة شاهد الزور بحسب نوع الجريمة محل الدعوى التي شهد فيها زوراً أو نوع العقوبة المحكوم بها في تلك الدعوى، وبالتالي ينبغي على المحكمة الواضحة يدها على دعوى شهادة الزور أن توقف النظر في هذه الدعوى الى حين الفصل في الدعوى التي حصلت فيها شهادة الزور، وهذا أمر لا يتوقف بطبيعة الحال على مدى توافر عناصر الجرم، وبالتالي لا تعتبر هذه الحالة مسألة معترضة وفقاً لنص المادة 369 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني. بالمقابل تعتبر هذه الحالة مسألة معترضة وفقاً لنص المادة 152

(1) تمييز جزائي لبناني - غ3 - قرار رقم 354 بتاريخ 2004/12/1 - صادر ي التمييز - 2004 - ص 394 .
كذلك قضت محكمة التمييز الجزائية أنه (وبما أنه لا يمكن للدعوى المدنية أن تعقل الدعوى الجزائية ما لم يكن موضوعها يدور حول مسألة إعتراضية مستأخرة) قرار الغرفة السادسة رقم 9 تاريخ 1972/1/13 أورده الياس ابو عيد - المرجع السابق ص 90.

من قانون الإجراءات الجزائية العماني، إذا ما عرضت على المحكمة جريمة شهادة الزور المنصوص عليها في المادة 233 من قانون الجزاء.

بعد استعراض المسائل الواردة في المادة 369 لوائح أن المشرع اللبناني قد وسع من نطاق المسائل المعترضة، وكما أصبح واضحاً أن هذه المسائل تعتبر استثناء من مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، ولما كان هذا المبدأ يعد استثناء من قواعد الإختصاص وخروجاً عنها، فتعتبر المسائل المعترضة عودة الى الأصل أي الى قواعد الإختصاص.

الواقع أن هذا المسلك للمشرع اللبناني جدير بالتأييد، ذلك أن قواعد الإختصاص مرتبطة بالنظام العام ويجب التقيد بها وعدم الخروج عنها إلا في أضيق النطاق، فكلما وسع المشرع من نطاق المسائل المعترضة كان ذلك تقيداً والتزاماً بقواعد الإختصاص، وكلما ضيق المشرع من نطاقها كان ذلك خروجاً على تلك القواعد وتطبيق مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع بشكل موسع.

إلا أننا، ومع تأييدنا لمسلك المشرع اللبناني لجهة توسعه في نطاق المسائل المعترضة، لكننا نتحفظ بعد ذلك على مسلكه عندما أجاز - وفقاً للمادة 2/370 - للقاضي الجزائي صرف النظر عن المسألة المعترضة ومتابعة السير بالدعوى الجزائية إذا لم يتقيد الطرف الذي أدلى بالمسألة بالمهلة المحددة له لمراجعة القضاء المختص، لكننا لن نناقش هذه النقطة في هذا الموضوع، إذ إنها ستكون موضع نقاش في المبحث الثاني.

■ الفرع الثاني: المسائل المعترضة في قانون الإجراءات الجزائية العماني

لم يطلق المشرع العماني أي تسمية من التسميات التي أثارها الفقه على المسائل محل البحث، فهو لم يذكر المسائل المعترضة أو الإعتراضية أو الفرعية أو الأولية، بل نظم هذا الموضوع تحت عنوان المسائل التي يتوقف عليها الفصل في الدعوى العمومية، وهي ذات التسمية التي أطلقها المشرع المصري على هذه المسائل، وقد كانت هذه التسمية محل انتقاد بعض الفقه⁽¹⁾.

(1) يراجع د. علي عبد القادر القهوجي - المسائل العارضة - مرجع سابق ص 5 - الهامش 1.

وبما أننا قد اعتمدنا تسمية المسائل المعترضة في هذا البحث، فسوف نطلقها بصرف النظر عن القانون محل الدراسة، سواء أكان يعتمد هذه التسمية أم لا، وذلك ابتغاء توحيد المصطلحات القانونية في البحث وعدم تشتت ذهن القارئ بين مصطلحات شتى. وبالعودة الى القانون العماني، فقد نظم المشرع موضوع المسائل المعترضة في المواد من 151 الى 157، وهو - أي المشرع - قد استهل هذا التنظيم بإعلانه الإقرار بمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع في المادة 151 التي نصت على أنه: (تختص المحكمة التي تنظر الدعوى العمومية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم فيها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك).

يتبين من هذا النص أن المشرع العماني قد أخذ بمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع وفيما يتصل بجميع المسائل، إلا أنه وضع احتمالات تدخل القانون ليستثني من نطاق المبدأ مسائل محددة فجاء النص في نهاية المادة بالقول (... ما لم ينص القانون على خلاف ذلك). وبالفعل، فقد نص القانون على خلاف ذلك فيما يتعلق ببعض المسائل الجنائية ومسائل الأحوال الشخصية بشكل صريح، ثم ما عاد وبشكل غير مباشر أضاف أي نوع من المسائل على اختلافها كما سيتبين لنا من خلال نص المادة 153. لذلك سوف نستعرض فيما يأتي المسائل التي اعتبرها المشرع العماني مسائل معترضة.

♦ أولاً: القضايا الجزائية

تنص المادة 152 من قانون الإجراءات على ما يأتي: (إذا كان الحكم في الدعوى العمومية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى عمومية أخرى، وجب وقف الأولى حتى يتم الفصل في الثانية)، وهذا النص هو نفسه الذي ورد في المادة 222 من قانون الإجراءات الجنائية المصري. يلاحظ أن المشرع لم يذكر ما إذا كانت المسألة جزائية أو جنائية، إلا أن ذلك يفهم بطبيعة الحال من خلال ذكر الدعوى العمومية باعتبار أن موضوعها دائماً جزائي. إذًا، فقد اعتبر المشرع العماني المسائل الجزائية من المسائل المعترضة، وأوجب وقف السير في الدعوى العمومية الى حين الفصل في المسألة المعترضة من قبل محكمة جزائية أخرى.

وتفترض هذه الحالة وجود دعويين جزائيتين أمام المحاكم الجزائرية ويتوقف الفصل في إحداها على نتيجة الفصل في الثانية، كما لو أقيمت دعوى بلاغ كاذب ضد متهم وتكون هناك دعوى أخرى مقامة عن الفعل موضوع البلاغ الكاذب. فلكي تتمكن المحكمة من الحكم في الدعوى الأولى يجب أولاً معرفة كذب البلاغ أو عدمه، وذلك لا يمكن الوصول إليه إلا من خلال الفصل في الدعوى المقامة عن الفعل موضوع البلاغ، ولهذا يجب وقف دعوى البلاغ الكاذب حتى يتم الفصل في دعوى صحة الواقعة موضوع البلاغ أو عدم صحتها⁽¹⁾. ومن أمثلة ذلك أيضاً وقف الدعوى الجزائرية ريثما يتم الفصل في دعوى جزائية أخرى بتزوير ورقة من أوراق الدعوى الأولى طعن فيها أمام ذات المحكمة بدعوى تزوير فرعية مستقلة⁽²⁾.

♦ ثانياً: قضايا الأحوال الشخصية

أدخل المشرع العماني قضايا الأحوال الشخصية ضمن المسائل المعترضة، فقد جاء في المادة 153 من قانون الإجراءات (إذا كان الحكم في الدعوى العمومية يتوقف على الفصل في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية أو غير ذلك، جاز للمحكمة أن توقف الدعوى وتحدد للمتهم أو للمجني عليه أو للمدعي بالحق المدني - حسب الأحوال - أجلاً لرفعها الى المحكمة المختصة).

من الواضح أن المشرع قد اعتبر مسائل الأحوال الشخصية من المسائل المعترضة بدليل تخصيصها بنص جاء بعد النص الذي أقر مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع لتشكيل استثناء منه، ولكن ما يجعل الأمر مدعاة للتساؤل والنقاش هو أن المشرع ترك أمر الإعتداد بهذه المسائل كمسائل إعتراضية أمراً جوازيّاً للمحكمة وليس وجوبي كما فعل فيما يتعلق بالمسائل الجزائية.

أمام هذا الواقع، نرى أن هذا المسلك للمشرع العماني غير جدير بالتأييد لعدة أسباب:
1- أن المسائل المعترضة، وتبعاً لإرتباطها الوثيق بقواعد الإختصاص المتعلقة بالنظام العام، وباعتبار كونها استثناء على القاعدة العامة، تفترض تحديدها حصراً، ولا يجوز التوسع

(1) د. علي عبد القادر القهوجي - المسائل العارضة - مرجع سابق ص 43.

(2) نقض جنائي مصري 10 يونيو 1957 - مجموعة أحكام النقض - س 8 - رقم 171 - ص 625.

في تفسيرها وتطبيقها في حال انتفاء النص الصريح⁽¹⁾. بالتالي، يكون على المشرع أن يحسم أمره، فيعتبر مسألة ما من قبيل المسائل المعترضة، وإلا يتجاوز عن النص عليها وتبقى خاضعة لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، أما أن يترك أمر هذه المسائل متأرجحاً بين هذه وتلك فهو أمر غير مقبول.

2- أن ترك الأمر جوازي للمحكمة لتقرر وقف السير بالدعوى أو الفصل فيها، يعني أن المحكمة هي التي تقرر ما إذا كانت مسائل الأحوال الشخصية من المسائل المعترضة أم لا. ذلك أن مقتضى اعتبار المسألة معترضة هو وجوب وقف السير في الدعوى وانتظار الفصل في تلك المسألة من الجهة صاحبة الإختصاص الأصيل، أما إذا ترك أمر البت في المسألة للمحكمة الجزائية الواضحة يدها على الدعوى فهذا يعني أن المحكمة تفصل فيها تطبيقاً لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع مما يعتبر خروجاً على قواعد الإختصاص. بناء عليه، يكون المشرع قد أعطى القضاء حق تحديد هذه المسائل مع العلم أن هذا التحديد هو من صلاحية سلطة التشريع وليس سلطة القضاء.

3- أن التطبيق العملي لمسائل الأحوال الشخصية سوف يسوده الإضطراب، لأن ترك الأمر جوازي للمحكمة في تقرير السير بالدعوى أو وقفها وإحالتها لهو أمر نسبي. فقد تتخذ محكمة جزائية ما قراراً بوقف السير بالدعوى لإعتبار أن الفصل فيها يحتاج الى الفصل في مسألة متعلقة بالأحوال الشخصية وهي مسألة عارضة وفقاً للمادة 153، بينما تتخذ محكمة جزائية أخرى قراراً يقتضي السير في الدعوى الجزائية باعتبار الأمر جوازي بالنسبة للمحكمة، فإما أن تتجاهل الفصل في تلك المسألة وفي هذه الحالة لن يأتي حكمها صحيحاً لأن الحكم في الدعوى كان متوقفاً على الحكم في المسألة، وإما أن يفصل القاضي الجزائي في المسألة من تلقاء نفسه خروجاً على قواعد الإختصاص، مما يعني تطبيقاً لمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع.

أمام هذا الواقع، نرى أن المشرع لم يكن موفقاً في تقرير تحديد طبيعة مسائل الأحوال الشخصية ما إذا كانت مسائل معترضة أم لا.

(1) المحامي الياس ابو عيد - أصول المحاكمات الجزائية - مرجع سابق - ص 82.

♦ ثالثاً: المسائل المفترضة

لا يوجد ما يسمى بالمسائل المفترضة، لكننا أطلقنا هذا المسمى باعتبار أن المشرع العماني، ومن خلال ذكره في نهاية المادة 153 عبارة (أو غير ذلك) بعد أن ذكر مسائل الأحوال الشخصية، إنما كان يفترض - برأينا - أن تطرأ أمام المحكمة الناظرة في الدعوى العمومية مسألة قانونية غير جزائية وغير متعلقة بالأحوال الشخصية، وأن لهذه المسألة تأثير على الحكم الذي سوف يصدر في الدعوى العمومية، وأنه يجب بالتالي البت بها ليصار الى الحكم فيها، ولكن القاضي الواضع يده على الدعوى يرى أنه غير قادر على البت بها لأي سبب، وهي طالما أنها غير مذكورة صراحة في نص المادة 152 أو المادة 153 فهي لا بد أنها تدخل في إطار المبدأ المنصوص عليه في المادة 151 ويعود له أمر البت بها تطبيقاً لهذا المبدأ. في هذه الحالة - المفترضة - المتوقع حدوثها في الواقع العملي، يجد القاضي الجزائي أمامه حل مناسب هو اعتبار أن المسألة المطروحة أمامه مشمولة بنص المادة 153، وطالما أن القانون أجاز له وقف السير بالدعوى الى حين البت بتلك المسألة من قبل القضاء المختص، فإن فعل، تعتبر المسألة في هذه الحالة مسألة معترضة مستتناة بفعل القضاء وليس التشريع من مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، ومن المعلوم أن المشرع قد يولي القاضي بعض السلطات التقديرية في بعض الأمور كتلك المتعلقة بتقدير العقوبة بين حدين أدنى وأعلى بحسب ظروف كل قضية، أو تلك المتعلقة بتقدير أدلة الدعوى ضمن ضوابط محددة، لكن لا يمكن للمشرع أن يعطي القاضي سلطة في تقدير أو تقرير ما يدخل في اختصاصه وما لا يدخل فيه، لأن قواعد الإختصاص مرتبطة بالنظام العام ويجب تحديدها بشكل دقيق وواضح من قبل المشرع، وهذا هو حال المسائل المعترضة. أضف الى ذلك، أن هذا الواقع، إن تحقق في أكثر من حالة أو في حالات متعددة أمام محاكم مختلفة، فإن تطبيقه لا يتوقع أن يكون متشابهاً وبالتالي، تجد المحاكم الجزائية نفسها أمام تطبيقات مختلفة لمسألة قانونية واحدة كما ذكرنا في البند ثانياً أعلاه.

■ خلاصة المطلب الثاني:

تبين لنا من خلال استعراض موقف القانونيين اللبناني والعماني فيما يتصل بموضوع المسائل المعترضة أن كلا منهما قد اعترف بمبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع ونص عليه صراحة، فأعطى القاضي الجزائي صلاحية الفصل في المسائل التي يتوقف على نتيجة الفصل

فيها الحكم في الدعوى العامة، وذلك استثناء من قواعد الإختصاص. كما تبين لنا أن كلا منهما قد قد أورد استثناء على المبدأ المذكور من خلال إخراج بعض المسائل القانونية من نطاق تطبيق هذا المبدأ وأعطى صلاحية الفصل فيها الى الجهات القضائية المختصة بها أصولاً، وهي المسائل المعترضة، وقد جاء النص عليها صراحة مع اختلاف بين القانونين في تنظيمها. وتبين أن كلا من القانونين قد شابه بعض الغموض وعدم الدقة في التنظيم، الأمر الذي يجب تداركه نظراً لكون قواعد الإختصاص مرتبطة بالنظام العام، وتبعاً لذلك كانت المسائل المعترضة ذات طبيعة مرتبطة بهذا النظام، مما يستتبع معه القول بوجوب تحديدها حصراً، وعدم جواز التوسع في تفسيرها وتطبيقها في حال انتفاء النص الصريح⁽¹⁾. هذا، وبعد الإنتهاء من دراسة الأحكام الموضوعية للمسائل المعترضة، ننقل الى دراسة الأحكام الإجرائية لهذه المسائل من خلال المبحث الثاني التالي.

○ المبحث الثاني: الأحكام الإجرائية للمسائل المعترضة

تناول التنظيم القانوني للمسائل المعترضة أحكاماً موضوعية وأخرى إجرائية، فتناولت الأحكام الموضوعية ما يتعلق ببيان ماهية المسائل المعترضة من حيث أنواعها وما إذا كانت تشكل مسائل مدنية أو جزائية أو غير ذلك. أما الأحكام الإجرائية فتناولت تنظيم كيفية إثارة هذه المسائل أمام الجهة القضائية الواضعة يدها على الدعوى العامة، فهي بحسب النصوص الناطمة لها تقدم بصورة دفع - انطلاقاً من مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع - ويقتضي على الجهة التي يثار أمامها هذا الدفع أن تفصل فيه قبولاً أو رفضاً. عليه، سوف نتناول في هذا المبحث أصول الدفع بالمسألة المعترضة في مطلب أول، ثم نتناول أصول البت بهذا الدفع في مطلب ثان.

• المطلب الأول: أصول الدفع بالمسألة المعترضة

لما كانت المسألة المعترضة تثار أمام الجهة القضائية بصورة دفع، ولما كانت الدفوع بشكل عام تتناول موضوعات متعلقة بالدعوى العامة منها ما هو شكلي ومنها ما هو موضوعي،

(1) الياس ابو عيد - المرجع السابق ص 82.

فيقتضي بيان طبيعة هذا الدفع محل البحث. ولما كان هدف الدفع بالمسألة المعترضة هو استئثار الفصل في الدعوى العامة، فيقتضي أن تتوافر شروط محددة لقبوله حفاظاً على حسن سير العدالة. ذلك ما يقتضي منا دراسة طبيعة الدفع بالمسألة المعترضة وشروط الدفع بها، وذلك في فرعين متتاليين وفقاً لما يأتي.

■ الفرع الأول: طبيعة الدفع بالمسألة المعترضة

قلنا أن الدفوع تنقسم إلى نوعين، دفوع شكلية ودفوع أو أسباب دفاع موضوعية، لذلك سوف نبين في هذا الفرع ما إذا كان الدفع بالمسألة المعترضة يشكل دعواً شكلياً أو دعواً موضوعياً، ثم تحديد الجهة التي يثار أمامها هذا الدفع.

◆ أولاً: مفهوم الدفع بالمسألة المعترضة

لبيان مفهوم الدفع بالمسألة المعترضة سوف نتعرض لتعريف الدفوع بشكل عام، ثم بيان الفرق بينها، لنتوصل إلى التكييف القانوني للدفع بالمسألة المعترضة.

1- تعريف الدفوع:

لم يرد في الدفوع تعريف واضح بشأنها، لذلك يرى بعض الفقه أن العمل قد جرى على إطلاق كلمة دفع على أوجه الدفاع الموضوعية أو القانونية⁽¹⁾، كما يرى البعض بأنها ما ينصب على أوجه الدفاع القانونية⁽²⁾.

وتعتبر الدفوع وسيلة فعالة لضمان تحقيق العدالة، فهي إحدى وسائل التعبير عن ضمانات حقوق الدفاع في المحاكمة بحيث يشكل القصور في الرد عليها أساساً بهذا الحق، وهو ما تكشف عنه أسباب الحكم بحسبان أن الإلتزام بتسببيه يؤدي إلى فعالية وكفالة حق الدفاع، وبالتالي فإن تضمين أسباب الحكم الرد على الطلبات والدفوع يعد دعواً لأي نقد محتمل للحكم⁽³⁾.

(1) د. رؤوف عبيد - ضوابط تسبب الأحكام الجنائية - - ص 163.

(2) د. حسني الجندي - وسائل الدفاع أمام القضاء الجنائي - دار النهضة العربية - 1989 - ص 16.

(3) د. محمود نجيب حسني - شرح قانون الإجراءات الجنائية - مرجع سابق - ص 944.

ونظراً لأهمية الدفوع في الإستجابة لمتطلبات حقوق الدفاع وتحقيق العدالة أوجبت غالبية القوانين الإجرائية على المحكمة الرد عليها عندما تثار أمامها⁽¹⁾، وتطبيقاً لذلك، قضي بأن عدم الرد على الطلبات والدفوع في الحكم يعد نقصاً في تعليقه⁽²⁾، والنقص في التعليل يوازي انعدامه⁽³⁾.

2- الفرق بين الدفوع الموضوعية والدفوع الشكلية:

الواقع أن ما يثير الجدل حول مفهوم الدفوع هو أن منها ما يستند الى قوانين الإجراءات ومنها ما يستند الى قوانين العقوبات أي القوانين الموضوعية، وفي كلا الحالين هي دفوع قانونية، ولكن منها ما ينصب على إجراءات الدعوى والسير بها ومنها ما ينصب على موضوع الدعوى وتؤثر في الحكم بها.

عليه، ثمة فرق بين نوعي الدفوع هو أن الأولى تعتبر دفوعاً شكلية يفترض بفرقاء الدعوى أن يتقدموا بشأنها قبل السير في موضوع الدعوى، وهذه الدفوع تتضمنها قوانين الإجراءات في الغالب⁽⁴⁾، كتلك التي نصت عليها المادة 73 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني. أما الثانية فتعتبر دفوعاً موضوعية يتقدم بها الفرقاء لدى البحث في موضوع الدعوى، وهذه الدفوع هي ما تعتبره المادة 296 من القانون المذكور أسباب دفاع وكذلك المادة 220 من قانون الإجراءات الجزائية العماني.

(1) نصت المادة 6/274 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني على وجوب أن تبت المحكمة في كل دفع سبق لها ضمه للأساس وفي كل سبب من أسباب الدفاع وفي كل طلب من طلبات فرقاء الدعوى. كما نصت المادة 219 من قانون الإجراءات الجزائية العماني - وهو ذات نص المادة 311 من قانون الإجراءات الجنائية المصري - على وجوب أن تفصل المحكمة في الطلبات التي تقدم لها من الخصوم وتبين الأسباب التي تستند اليها، كما جاءت المادة 220 من نفس القانون لتوجب على المحكمة أن ترد في حكمها على الطلبات والدفوع وأسباب الدفاع ...

(2) تمييز جزائي لبناني - ع7 - رقم 209 تاريخ 2000/11/2 - صادر في التمييز - 2000 - ص 197.

(3) تمييز جزائي لبناني ع3 - رقم 104 تاريخ 1994/5/27 - النشرة القضائية اللبنانية - العدد 11 لسنة 1994 - ص 1232.

(4) ولكن ذلك لا يعني أن كل هذه الدفوع ذات طابع إجرائي، وإنما يستند البعض منها لاي قانون العقوبات وهي دفوع موضوعية بطبيعتها، ولكن يتضمنها قانون الإجراءات باعتبارها دفوعاً شكلية يفترض الدفع بها قبل البحث في موضوع الدعوى نظراً لما لها من أثر لجهة قبول الدعوى أو عدم قبولها، ومن ذلك ما يتعلق بموضوع انقضاء الدعوى العامة لأي سبب من الأسباب. (يراجع في ذلك د. رؤوف عبيد - ضوابط تسبيب الأحكام - مرجع سابق - ص 277).

أ- الدفوع الشكلية:

الدفوع الشكلية هي حالات قانونية تطرأ على سير الدعوى الجزائية وينتج عن إثارتها أن تغل يد القاضي عن الدعوى الجزائية بصورة نهائية أو بصورة مؤقتة، ووفقاً للمادة 73 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني يمكن أن تقسم هذه الدفوع الى ثلاثة أنواع: دفوع تتعلق بتحريك الدعوى العامة، ودفوع تتعلق بعدم جواز نظر الدعوى، ودفوع تتعلق بإجراءات الدعوى ذاتها.

تجدر الإشارة الى أن المشرع استهل نص المادة 73 المذكورة بقوله⁽¹⁾: (يحق لكل من المدعى عليه أو لوكيله دون حضور موكله، ومن النيابة العامة أن يدلي مرة واحدة قبل استجواب المدعى عليه بدفع أو أكثر من الدفوع الآتية: الدفع بانتفاء الصلاحية، والدفع بسقوط الدعوى العامة بأحد أسباب السقوط المحددة قانوناً، والدفع بعدم قبول الدعوى لسبب يحول دون سماعها أو السير بها قبل البحث في موضوعها، والدفع بكون الفعل المدعى به لا يشكل جرمًا معاقباً عليه في القانون، والدفع بسبق الإدعاء أو التلازم، والدفع بقوة القضية المحكوم بها، والدفع ببطلان إجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق.

يتبين من النص المذكور أن الدفوع الشكلية الواردة فيه هي دفوع مرتبطة بالدعوى العامة، ذلك أن المشرع حصر حق إثارة هذه الدفوع بطرفي الدعوى الأصليين وهما المتهم والنيابة العامة، ولم يعط هذا الحق للمجني عليه أو للمتضرر أو للمسؤول عن الحق المدني. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، لا يجوز تحت عنوان أي دفع من هذه الدفوع أن يتضمن الإدلاء بما يتعلق بالبحث في أساس النزاع، وفي ذلك قررت محكمة التمييز الجزائية اللبنانية بأن الدفع الذي يبحث في باب الوقائع وباب القانون ويهدف الى نفي الجرم المسند الى المتهم لا يمت بصلة الى أي دفع شكلي من الدفوع المعينة في المادة 73 أصول جزائية، إذ إن هذا الأمر يتعلق بأساس النزاع⁽²⁾.

(1) تجدر الإشارة الى أن المشرع العماني لم يأت بمثل هذا النص في قانون الإجراءات الجزائية، كما لم يتناول موضوع الدفوع الشكلية أو الموضوعية، كل ما في الأمر أنه ذكر عبارة الدفوع وأسباب الدفاع في المادة 220 من القانون المذكور.

(2) قرار الغرفة الثالثة رقم 16 تاريخ 2004/1/14 - المرجع كساندر 2004/1 - ص 95 - بند 4.

ب- الدفوع الموضوعية:

الدفوع، أو أسباب الدفاع الموضوعية تتعلق بموضوع الدعوى من حيث عناصرها القانونية والواقعية ويتقدم بها الفرقاء لدى بحث المحكمة لموضوع الدعوى، وعلى المحكمة مناقشة أسباب الدفاع التي يدلي بها المتهم وإلا تعرض حكمها للنقض⁽¹⁾. وتستند أسباب الدفاع هذه الى قانون العقوبات وتعتبر جوهرية متى استوجبت تغيير مصير الفصل في الدعوى بالنسبة لأي من الخصوم، ومعيار جوهرية الدفع يكمن في الأثر الذي يحدثه في الدعوى وفي الحكم الذي ينهيا.

3- الدفع بالمسألة المعترضة دفع موضوعي:

من خلال الإطلاع على ماهية الدفوع، تبين لنا الفرق بين الدفوع الشكلية والدفوع الموضوعية، وكان من الواضح أن الدفع الشكلي وسيلة دفاع تتعلق بمدى قانونية السير في الدعوى العامة، أما الدفع الموضوعي فيتعلق بأساس الدعوى أي بمدى توافر الأركان والعناصر التي تتحقق بها الجريمة محل الدعوى. بناء عليه، ولما كانت المسائل المعترضة - وفقاً لما جرى تعريفها - مسائل قانونية تتعلق بمدى توافر عناصر الجرم، حيث يتوقف على هذه النتيجة إما إثبات عدم وجود أساس لنظر الدعوى أو التأثير في نتيجة الحكم إدانة أو براءة، فيكون الدفع بالمسألة المعترضة طريق من طرق الدفع الخاصة بالموضوع، أي يعتبر دفعاً موضوعياً قد يؤدي الى عدم توافر ركن من أركان الجريمة⁽²⁾، وبناء على ذلك استبعدت الدفوع المتعلقة بالمسائل المعترضة من نطاق الدفوع الشكلية.

وتأكيداً على ذلك، قضت محكمة التمييز الجزائرية اللبنانية بأنه: وحيث أنه بمقتضى المادة 73 أصول جزائية يؤلف دفعا شكلياً الدفع الذي من شأنه ان يحول دون قبول الدعوى العامة وليس الدفع الذي من شأنه فقط أن يستأخر الفصل في موضوعها، وحيث أنه على فرض أن مسألة الملكية وإن كانت تشكل مسألة معترضة، إلا أن ذلك يعترض صدور الحكم عن المرجع

(1) تمييز جزائي لبناني غ7 - قرار رقم 187 تاريخ 2003/11/12 - صادر في التمييز 2003 - ص 670.

(2) د. علي عبد القادر القهوجي - المسائل العارضة - مرجع سابق - ص 59.

الجزائي دون أن يعترض مسألة إقامة الدعوى العامة والسير بها مما يجعله خارجاً عن الدفوع المنصوص عليها في المادة 73⁽¹⁾. ولما كان الدفع بالمسألة المعترضة يهدف الى استئثار البت بالدعوى العامة خلافاً لما هو الحال بالنسبة للدفوع الشكلية، فقد قضى بأن استئثار الدعوى لا يعد من الدفوع الشكلية التي عنتها المادة 73 أصول جزائية، وإن اتخاذ القرار بهذا الخصوص سواء بالقبول أو بالرفض يعد من قبيل قرارات الإدارة القضائية الخاضعة لسلطان وتقدير الهيئة القضائية الواضحة يدها على الدعوى ولا رقابة للمحكمة العليا عليها⁽²⁾.

♦ ثانياً: إثارة الدفع بالمسائل المعترضة أمام محاكم الموضوع

لما كان الدفع بالمسألة المعترضة من قبيل الدفوع الموضوعية على ما جرى بيانه، فمن المنطقي القول بعد ذلك أن إثارة مثل هذا الدفع تكون أمام محاكم الموضوع، إلا أن هذا الأمر ليس محل اتفاق فقهي. فهناك اتجاه في الفقه يرى بأنه لا يجوز الدفع بالمسألة المعترضة أمام سلطات التحقيق لأنها من الدفوع التي تستقل محكمة الموضوع بتقديرها والبت فيها⁽³⁾، بينما يرى اتجاه آخر إمكانية إثارة هذا الدفع أمام سلطة التحقيق وبالتالي إمكانية وقف التحقيق الى حين الفصل بالمسألة العارضة لأن سلطة التحقيق لا تحيل الدعوى الى المحكمة المختصة إلا إذا توافرت عناصر المسؤولية الجزائية، ولهذا فإن من وجبها التثبت من توافر أركان الجريمة موضوع التحقيق، ولها في سبيل ذلك أن تتأكد من عدم وجود أحد أسباب الإباحة أو التبرير أو أحد موانع المسؤولية، ولا تخرج المسائل المعترضة من واجب سلطات التحقيق السابقة إذ يتوقف عليها وجود الجريمة من عدمه⁽⁴⁾.

الواقع أنه بالإمكان قبول أي من الإتجاهين المذكورين باعتبار أن الهدف الأساس هو حسن سير العدالة الجزائية، لكن الواقع العملي يتطلب أن تكون الإجراءات الهادفة للوصول الى نتيجة عادلة في الدعوى الجزائية من الثبات والوضوح لكي لا يتأخر الفصل في الدعاوى بسبب تقديم الدفوع أمام جهات لا تملك صلاحية البت بها وانتظار ما سيصدر عن هذه الجهة

(1) تمييز جزائي لبناني قرار رقم 159 تاريخ 2003/5/27 - صادر في التمييز 2003 - ص 385.

(2) تمييز جزائي لبناني - قرار رقم 217 تاريخ 2004/6/23 صادر في التمييز - 2004 - ص 294.

(3) د. عبد الوهاب حومد - الوسيط في الإجراءات الجزائية الكويتية - الكويت - 1974 - ص 165.

(4) د. علي عبد القادر القهوجي - المسائل العارضة - مرجع سابق - ص 62.

من قرارات قد لا تكون نتيجتها إلا تأخير سير الدعوى بلا مبرر الأمر الذي يعد إخلالاً بحسن سير العدالة.

بالعودة الى النصوص القانونية النازمة لموضوع المسائل المعترضة، نرى أن هناك مجال للتأويل في معرض هذا الأمر، وبخاصة إذا استعرضنا موقف المشرعين العماني واللبناني.

1- موقف القانون العماني:

من خلال الإطلاع على النصوص المتعلقة بتنظيم موضوع المسائل المعترضة نرى أنها تعطي صلاحية البت بالدفع المتعلقة بالمسائل المعترضة للمحاكم الجزائية، أو على الأقل هي لا تشير الى سلطات التحقيق في تلك النصوص.

فالمشرع العماني عندما نص على مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع في المادة 151 من قانون الإجراءات الجزائية جاء بالقول: (تختص المحكمة التي تنظر الدعوى العمومية بالفصل في جميع المسائل التي يتوقف عليها الحكم فيها...)، فالنص جاء على ذكر المحكمة كما أنه عندما نص على وجوب وقف الدعوى لوجود مسألة معترضة جزائية، جاء نص لمادة 152 من نفس القانون بالقول: (إذا كان الحكم في الدعوى العمومية متوقفاً على نتيجة الفصل في دعوى عمومية أخرى، وجب وقف الأولى حتى يتم الفصل في الثانية)، فالنص هنا جاء على ذكر الحكم كما جاء على ذكر الفصل في الدعوى، وكلاهما يفيد بأن المقصود هو المحكمة وليس أي جهة قضائية أخرى، وكذلك الأمر فيما يتعلق بنص المادة 153 التي تجيز الوقف بسبب المسائل المعترضة. هذا من الناحية الموضوعية، ومن ناحية الإجراءات أيضاً كانت النصوص واضحة لجهة إسناد الصلاحية للمحكمة الجزائية وليس لسلطة التحقيق، فقد جاء في المادة 156 أنه (إذا انقضى الأجل المنصوص عليه في المادة 153 من هذا القانون ولم ترفع الدعوى الى المحكمة المختصة، يجوز للمحكمة أن تصرف النظر عن وقف الدعوى وتفصل فيها...)، كما جاء في المادة 157 (تتبع المحكمة التي تنظر الدعوى العمومية في المسائل غير الجزائية التي تفصل فيها تبعاً للدعوى العمومية طرق الإثبات المقررة في القانون الخاص بتلك المسائل). يتبين من خلال النصوص المذكورة أن الدفع بالمسائل المعترضة وفقاً لقانون الإجراءات الجزائية العماني يتم أمام محاكم الموضوع وليس أمام سلطة التحقيق، وهذا موقف واضح وصريح من المشرع العماني بصرف النظر عن موقف الفقه من هذا الموضوع.

2- موقف القانون اللبناني:

لم يكن موقف القانون اللبناني بهذا الوضوح لمعرفة الجهة القضائية التي يثار أمامها الدفع بالمسائل المعترضة، ويظهر عدم الوضوح هذا من خلال النقاط الآتية:

أ- موضع تنظيم المسائل المعترضة:

جاء تنظيم موضوع المسائل المعترضة في القسم السابع تحت عنوان المسائل الإعتراضية، ومن الإطلاع على منهج توزيع نصوص قانون أصول المحاكمات الجزائية نرى أن هذا القانون يتضمن ثلاثة عشر قسماً بدءاً بالأحكام العامة وانتهاءً بالأحكام الإنتقالية. وعندما نظم المشرع موضوع قضاء التحقيق خصص له القسم الثالث من القانون، كما خصص القسم السادس للنصوص الناظمة لقضاء الحكم، وجاء القسم السابع الذي نظم موضوع المسائل المعترضة خارج نطاق القسمين المتعلقين بقضاء التحقيق وقضاء الحكم، مما يشير الى عدم تحديد الجهة التي يتبعها تنظيم المسائل المعترضة.

ب- الجهة التي جاء ذكرها في النصوص:

خلافاً لما هو عليه الحال في القانون العماني، جاءت النصوص التي تناولت المسائل المعترضة في قانون أصول المحاكمات الجزائية على ذكر (القاضي الجزائي) ولم تأت على ذكر المحكمة أو قاضي التحقيق، وتجدر الإشارة الى أن ذكر القاضي الجزائي لتشمل قضاة الحكم وقضاة التحقيق بالإضافة الى قضاة النيابة العامة باعتبار أن جميع هؤلاء ممن تشملهم الولاية القضائية، أي أنهم يتمتعون بالصفة القضائية، ذلك خلافاً لما هو عليه الحال في النظام القضائي في سلطنة عمان، إذ إن سلطة التحقيق منوطة بالإدعاء العام الذي يخضع لتنظيم مستقل عن تنظيم القضاء وأن عضو الإدعاء العام ليس من عداد من يتولون القضاء، وبالتالي فإن ذكر القاضي بالنسبة الى القانون العماني ينصرف الى المحكمة دون سلطة التحقيق.

ج- بالنسبة لإجراءات الدفع بالمسألة المعترضة:

من خلال التمعن في صياغة المواد القانونية المتعلقة بالمسائل المعترضة نرى أن المشرع اللبناني استخدم العبارات الآتية (البت في كل دفع) وذلك في المادة 368 عندما نص على مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، واستخدم عبارة (الفصل في الدعوى) وذلك في المادة 370 عندما تناول شروط الدفع بالمسألة المعترضة. فالملاحظ أن المشرع اللبناني لم يأت على ذكر المحكمة أو الحكم، بل جاء على ذكر القاضي كما جاء على ذكر الفصل في المسألة والفصل في الدعوى.

مما تقدم، نرى أن المشرع اللبناني لم يحصر موضوع المسائل المعترضة بقضاء الحكم، أو على الأقل هو ترك الأمر مفتوحاً أمام الخصوم لإستخدام وسيلة الدفع أمام قضاء التحقيق الذي يعود له تحت رقابة الهيئة الإتهامية أمر البت فيما إذا كان مختصاً بقبول تلك المسائل أم غير مختص.

■ الفرع الثاني: شروط الدفع بالمسائل المعترضة

لما كانت المسألة المعترضة تقدم بمثابة دفع، ولما كان قبول المسألة يترتب عليه وقف السير بالدعوى الجزائية، فلا بد من أن تتوافر في المسألة شروطاً محددة يمكن استخلاصها من خلال النصوص القانونية لكي يتم الدفع بها. عليه، سوف نتناول هذه الشروط وفقاً لما يأتي.

◆ أولاً: وجوب كون الدفع بالمسألة المعترضة جدياً

يشترط لقبول الدفع بالمسألة المعترضة أن يكون هذا الدفع جدياً، وقد تطلب المشرع اللبناني هذا الشرط صراحة في المادة 370 من قانون أصول المحاكمات الجزائية، فقد جاء فيها أنه: (على القاضي الجزائي، عندما يدلي أمامه بمسألة إعتراضية، أن يتأكد قبل أن يستأخر النظر في الدعوى الواضع يده عليها مما إذا كانت جدية...). أما المشرع العماني فلم يتطلب هذا الشرط صراحة، وكذلك المشرع المصري، لكن الفقه يجمع على وجوب تحقق هذا الشرط⁽¹⁾.

(1) د. محمد عياد الحلبي - الوسيط في شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية - 1996 - مكتبة الثقافة للنشر والتوزيع - عمان/الأردن - ص 257. ويراجع أيضاً: د. علي عبد القادر القهوجي - المسائل العارضة - مرجع سابق - ص 57.

ومقتضى هذا الشرط أن يكون الدفع بالمسألة المعترضة جدياً يؤيده الظاهر، فإذا كان لا يؤيده الظاهر ولم يقصد به سوى عرقلة سير الدعوى وتأخير الفصل فيها، وكانت المسألة المعترضة واضحة ظاهرة لا شك فيها، كان للمحكمة الجنائية أن تغفل عن الدفع بها وتفصل في الدعوى الجنائية دون أن توقفها، ويعود أمر تقدير جدية الدفع من عدمه الى السلطة التقديرية للمحكمة الجنائية، وما إذا كان يستوجب وقف السير بالدعوى أو أن الأمر من الوضوح أو عدم الجدية بما لا يقتضي وقف الدعوى واستصدار حكم فيه من المحكمة المختصة⁽¹⁾.

♦ ثانياً: وجوب كون الفصل في المسألة المعترضة لازماً للفصل في الدعوى الجزائية

تجمع قوانين الإجراءات على تطلب هذا الشرط صراحة، فقد جاء هذا الشرط في المادة 370 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني بعبارة صريحة، إذ جاء فيها (... ومما إذا كان الفصل فيها ضرورياً ولازماً للفصل في الدعوى الجزائية). كذلك المشرع العماني تطلب هذا الشرط لقبول الدفع بالمسألة المعترضة، ويفهم ذلك من خلال نص المادتين 152 و 153 من قانون الإجراءات الجزائية، إذ جاء النص بالقول (إذا كان الحكم في الدعوى العمومية يتوقف على الفصل في مسألة...) فيستفاد من كون الحكم في الدعوى العمومية متوقفاً على الفصل في المسألة المعترضة أن هذه المسألة ضرورية ولازمة.

وكذلك يجمع الفقه على وجوب تحقق هذا الشرط لقبول الدفع بالمسألة المعترضة⁽²⁾، ومقتضى هذا الشرط هو - بحسب ما يفهم من النصوص القانونية - كون موضوع المسألة المعترضة المدلى بها مما يتوقف على الفصل فيه الفصل في الدعوى المطروحة أمام القضاء الجزائي، الأمر الذي يعني تعلق تلك المسألة بركن من أركان الجريمة أو بشرط يتوقف تحقق الجريمة بتحقيقه.

(1) نقض جنائي مصري 1963/12/24 - مجموعة أحكام النقض - س14 رقم 182 ص 989. أشار اليه د. أحمد ابراهيم - قانون الإجراءات الجنائية معلقاً على نصوصه بالأعمال التحضيرية وأحكام القضاء وآراء الفقهاء - 1965 - دار المعارف - ص 232.

(2) يراجع: د. محمد عياد الحلبي - المرجع السابق - ص 257. ود. علي عبد القادر القهوجي - المرجع السابق - ص 56. والمحمي الياس ابو عيد - المرجع السابق - ص 82.

أما قضائياً، فقد قضي بوجوب أن تكون المسألة المعترضة مرتبطة ارتباطاً وثيقاً بعناصر الجرم ومن شأن البت بها إزالته أو التأثير مباشرة في نتيجة الحكم الذي سيصدر حوله⁽¹⁾، وفي هذا المضمون أيضاً قضت محكمة النقض المصرية بأن (ما ينعاه المتهمون على الحكم من سيره في دعوى تزوير عقد بيع على الرغم من قيام دعوى صحة ونفاذ هذا العقد أمام القضاء المدني مردود بأنه، من المقرر أن القاضي الجنائي غير مكلف بوقف الدعوى الجنائية في هذه الأحوال لخروجها عن نطاق المادة 223 إجراءات جنائية، ولعدم اتصالها بأركان الجريمة المرفوعة بها الدعوى الجنائية أو بشروط تحقق وجودها⁽²⁾). كما قضي بأن ما يعنيه المشرع بالدعوى المرتبطة هو وجود دعوى جزائية تعترض سير دعوى جزائية ثانية، ويشترط أن يكون حل الدعوى الجزائية المعترضة يؤثر بشكل أساسي على المفاعيل والنتائج القانونية للدعوى الجزائية المعترضة⁽³⁾، وحيث أنه لا مجال لتطبيق المادة 369 أصول جزائية وذلك لأن ليس في الدعوى مسألة معترضة لإختلاف موضوع النزاع المدني عن موضوع النزاع الجزائي ولعدم تأثير نتيجة النزاع المدني المطروح أمام المرجع المدني على موضوع الدعوى الجزائية الحاضرة...⁽⁴⁾.

هذا، ويضيف بعض الفقه الى هذه الشروط شرط آخر مفاده وجوب أن يتقدم صاحب المصلحة بالدفع صراحة⁽⁵⁾، ولكننا لم نورد هذا الشرط كبنود من البنود الواردة ضمن هذا الفرع لأننا نرى أن هذا الشرط محل نقاش للأسباب الآتية:

1- عدم النص صراحة في القانون:

يتبين من مطالعة النصوص القانونية التي نظمت موضوع المسائل المعترضة، سواء في القانون اللبناني أو القانون العماني، أن المشرع لم يحدد الجهة التي تملك صلاحية الدفع بهذه

(1) تمييز جزائي لبناني غ - قرار رقم 9 تاريخ 1973/1/12. أشار اليه المحامي النياس ابو عيد - المرجع السابق ص 82.

(2) نقض جنائي مصري 1960/6/27 - مجموعة أحكام النقض - س11 رقم 115 ص600.

(3) تمييز جزائي لبناني - قرار رقم 124 تاريخ 2004/4/7 صادر في التمييز - 2004 - ص 219

(4) تمييز جزائي لبناني - قرار رقم 367 تاريخ 2004/12/8 صادر في التمييز - 2004 - ص 407

(5) د. علي عبد القادر القهوجي - المسائل العارضة - مرجع سابق - ص 58، ود. محمد عياد الحلبي - مرجع سابق - ص 257.

المسائل، الأمر الذي يطرح تساؤل مفاده مدى جواز إثارة المسألة المعترضة من قبل الخصوم وكذلك من قبل الجهة القضائية الواضعة يدها على الدعوى العامة.

الواقع أنه من خلال التمعن في صياغة النصوص القانونية نراها تشير الى صلاحية الخصوم أكثر منها الى صلاحية المحكمة، ذلك ما يبدو من خلال المادة 370 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني التي نصت في فقرتها الأولى على (أن القاضي الجزائي عندما يدلى أمامه بمسألة إعتراضية...)، فيفهم من عبارة يدلى أمامه أن الدفع بالمسألة المعترضة أثير من قبل أحد الخصوم وليس مثاراً من قبل القاضي، كما يفهم ذلك من خلال نص الفقرة الثانية من المادة ذاتها التي تقول (إذا قرر القاضي الجزائي قبول الدفع بالمسألة الإعتراضية...)، بناء عليه يبدو أن توجه المشرع يذهب الى إيلاء صلاحية الدفع بالمسألة المعترضة الى الخصوم وليس الى الجهة القضائية الواضعة يدها على الدعوى. أما بالنسبة للمشرع العماني فلا يبدو هذا الأمر جلياً من خلال الإطلاع على نصوص المواد 152 و 153 و 156 إذ جاءت صياغة هذه النصوص عامة، فالمادة 152 نصت على أنه (إذا كان الحكم في الدعوى العمومية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى عمومية أخرى...)، والمادة 153 نصت على أنه (إذا كان الحكم في الدعوى العمومية يتوقف على نتيجة الفصل في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية...)، فما تشير اليه هذه الصياغة يدل على مجرد توافر المسألة وتحقق شروطها يترتب على ذلك وجوب أو جواز وقف الدعوى دون أي إشارة صريحة أو ضمنية الى الجهة التي يعود لها حق إثارتها، أما المادة 156 فهي التي أشار بموجبها المشرع الى الخصوم عندما تناول موضوع مراجعة القضاء المختص للبت بالمسألة المعترضة، وهذه الإشارة لا تجزم - برأينا - الى حصر صلاحية إثارة المسألة من قبل الخصم وحده، لأن ليس ما يمنع من أن تثير المحكمة هذا الموضوع من تلقاء نفسها ثم تكلف الخصم بمراجعة القضاء المختص، وإن كنا نرى أنه ليس ما يمنع أيضاً من قيام المحكمة بهذه الخطوة، الأمر الذي سنتناوله أكثر تفصيلاً في المطلب الثاني من هذا المبحث وتحديداً لدى الحديث عن أثر قبول الدفع بالمسألة المعترضة.

بناء عليه، وبالرغم من رجحان كفة الخصوم في إيلائها صلاحية الدفع بالمسألة المعترضة، إلا أن الأمر لا يبدو قاطع الدلالة على ذلك، أقله بالنسبة لموقف المشرع العماني.

2- عدم حصر المصلحة في الدفع بالخصوم:

مما لا شك فيه أن من شروط الدفع بشكل عام أمام القضاء هو توافر المصلحة، ولهذا إذا ما أثير الدفع بالمسألة المعترضة وارتأت المحكمة قبول هذا الدفع، فإنها تكلف الخصم الذي أثار هذا الدفع بمراجعة القضاء المختص للفصل فيها. لكن الإشكالية المطروحة في معرض هذه المسألة تطرح تساؤلات عديدة حول موقف المحكمة أو الجهة القضائية الواضعة يدها على الدعوى عندما تكتشف وجود هذه المسألة، وأن الفصل فيها ضروري ولازم للفصل في الدعوى، وأن أحداً من الخصوم لم يثر هذه المسألة ولم يتقدم بأي دفع بشأنها، وأن هذه المسألة من المسائل التي أخرجها المشرع صراحة من نطاق تطبيق مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع وبالتالي تخرج من اختصاص المحكمة الواضعة يدها على الدعوى، فماذا يكون موقف المحكمة في هذه الحالة وهي لأجل الفصل في الدعوى المعروضة أمامها لا بد لها من الحصول على نتيجة بالنسبة للمسألة المعترضة.

أمام هذا الطرح، نرى أن المصلحة في إثارة المسألة المعترضة ليست محصورة بالخصوم، وإنما هناك مصلحة عامة يقتضيها مبدأ حسن سير العدالة الجزائية، والذي يفرض على المحكمة أن تفصل في الدعاوى المعروضة أمامها من جهة، وأن تكون قد تعرضت فيما فصلت فيه لجميع العناصر التي تتحقق فيها الجريمة موضوع الدعوى، وهذا ما يفرض على المحكمة الواضعة يدها على الدعوى الجزائية أن تثير تلك المسألة من تلقاء نفسها بهدف التوصل الى الحقيقة وتحقيقاً لحسن سير العدالة الجزائية، بصرف النظر عن الإجراء أو الوسيلة التي تسعى من خلالها الى البت في المسألة المطروحة، إذ إن هذا الأمر يبقى من اختصاص المشرع، وسوف نتناول هذا الموضوع بشيء من التفصيل في الفرع الأول من المطلب الثاني التالي.

بناء على ما تقدم، يتضح أن المسألة المعترضة، إذا ما توافرت شروطها، تقف حجر عثرة في طريق الفصل في الدعوى الجزائية لسبب وجيه مقتضاه أنه يتعين على محكمة أخرى أن تصدر حكماً يتعلق بوقائع جرمية⁽¹⁾. أما عن الإجراءات والأصول الواجب اتباعها في معرض توافر المسألة المعترضة، فهو ما سوف نتناوله في المطلب التالي.

(1) يراجع تطبيق قضائي تعرض له المحامي الياس ابو عيد - اصول المحاكمات الجزائية - الجزء الأول - مرجع سابق - ص 84.

• **المطلب الثاني: أصول البت في الدفع بالمسألة المعترضة**

أوجب القانون على المحكمة أن تبت في كل دفع تضمنه لأساس الدعوى وفي كل سبب من أسباب الدفاع، وبالتالي فإن إغفال الرد على الدفوع يستتجيب نقض الحكم⁽¹⁾. عليه، وعندما يثار أمام المحكمة دفع يتعلق بمسألة معترضة، فيكون عليها أن تبت فيه سلباً أم إيجاباً، إلا أنها لا يمكنها إغفاله.

في هذا المطلب سوف نتناول موضوع البت في الدفع من الناحيتين الشكلية والموضوعية، ففي الفرع الأول سوف نتناول حدود صلاحية المحكمة الجزائية إزاء الدفع بالمسألة المعترضة، وفي الفرع الثاني سوف نتناول مراجعة القضاء المختص.

■ **الفرع الأول: حدود صلاحية المحكمة الجزائية**

ياعتبار أم الدفع بالمسألة المعترضة يعتبر دفعاً موضوعياً، فيعود أمر الفصل فيه من الناحية الموضوعية الى الجهة القضائية التي أولاها القانون ذلك، أما المحكمة الجزائية الواضحة يدها على الدعوى العامة فيتوقف دورها عند حد قبول الدفع بالمسألة أو رفضه، فسوف نتعرض لذلك مع بيان الأثر المترتب على قبول هذا الدفع.

◆ **أولاً: الفصل في الدفع من الناحية الشكلية**

يفترض لتقديم الدفوع بشكل عام أن يتوافر فيها ما يتطلبه القانون من الناحيتين الشكلية والموضوعية، فما هي المتطلبات الواجب توافرها لقبول الدفع بالمسألة المعترضة.

1- عدم ارتباط الدفع بالمسألة المعترضة بمهل محددة:

لم يتطلب المشرع مهلة محددة يتم خلالها الدفع بالمسألة المعترضة، وكان ذلك واضحاً من خلال الإطلاع على النصوص المنظمة لموضوع المسائل المعترضة في كل من القانونين اللبناني والعماني وأيضاً المصري، ولما كان الدفع بالمسألة المعترضة يتعلق بمسألة موضوعية، فمن المنطقي القول بأنه يجب إثارته أمام محكمة الموضوع في أي وقت قبل اختتام المحاكمة أو قفل باب المرافعة.

⁽¹⁾ تراجع المادتان 6/274 و296 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني.

تجدر الإشارة الى أن إثارة المسألة المعترضة قد يحصل في فرضين:

الفرض الأول هو إثارة المسألة المعترضة أمام المحكمة الجزائية لأول مرة، أي دون سبق إثارته أمام أي مرجع قضائي آخر، وفي هذه الحالة يكون على المحكمة أو لها أن تستأخر البت في الدعوى وإمهال الخصم لمراجعة القضاء المختص كما سيتبين لنا لاحقاً.

الفرض الثاني هو أن يكون موضوع المسألة المعترضة محلاً لدعوى أخرى مقامة أمام مرجع قضائي آخر، فيتم الدفع بهذه المسألة أمام المحكمة الجزائية بهدف وقف السير بالدعوى العامة. في هذا الفرض ترى محكمة التمييز الجزائية اللبنانية أنه لقبول هذا الدفع يجب أن تكون الدعوى موضوع المسألة المعترضة مقامة أمام المرجع القضائي الآخر قبل رفع الدعوى العامة أمام القضاء الجزائي، وتطبيقاً لذلك قضي بأن الدعوى المقدمة أمام القاضي المنفرد الجزائي لا تشكل مسألة معترضة طالما أنها قدمت بتاريخ لاحق للدعوى الجزائية الحاضرة⁽¹⁾ كما قضي بأن الدعوى المدنية المتعلقة بمقايضة عقار المقامة بتاريخ لاحق لإقامة الدعوى العامة لا تشكل مسألة اعتراضية⁽²⁾، ونرى في هذا المسلك القضائي منعاً للإلتفاف على المحكمة الجزائية وتأخير فصلها للدعوى من خلال تقديم دعاوى أمام جهات قضائية غير جزائية بقصد عرقلة سير الدعوى العامة بعد تحريكها، وبالتالي فإنه من المنطقي القول بأنه لو كانت المسألة المعترضة محلاً لدعوى مقامة مسبقاً أمام مرجع قضائي قبل تحريك الدعوى العامة بالجزم الجزائي، فإن الدفع بهذه المسألة سيكون مقبولاً طالما توافرت شروطه.

2- ارتباط قبول الدفع بتحقيق شروطه:

تناولنا في المطلب السابق الشروط المطلوب توافرها في المسألة المعترضة لقبول الدفع بها، وبالتالي فإن تحقق هذه الشروط يؤدي بالمحكمة الواضعة يدها على الدعوى الى أن تقبل الدفع المدلى به، أما إذا تبين عدم توافر إحدى هذه الشروط، ردت الدفع وتابعت النظر في الدعوى العامة⁽³⁾.

(1) تمييز جزائي لبناني - قرار رقم 350 تاريخ 2004/11/24 - صادر في التمييز - 2004 - ص 391.

(2) تمييز جزائي لبناني - قرار رقم 280 تاريخ 2004/10/27 - صادر في التمييز - 2004 - ص 336.

(3) تطبيقاً لذلك قضي بأن (الدفع بالمسألة المعترضة يجب أن يكون مبنياً على أساس صحيح ومعقول، وتقدير هذا الأمر منوط بالقاضي الجزائي الناظر بالدعوى العامة، الذي يعود له التحقق من أن الدفع مبني على سند ملكية أو على وثيقة

♦ ثانياً: الآثار المترتبة على قبول الدفع

يترتب على قبول الدفع بالمسألة المعترضة وقف السير بالدعوى الجزائية وإمهال الخصم لمراجعة القضاء المختص، على أن القوانين الإجرائية ليست على موقف واحد فيما يتعلق بهذه الآثار، فمنها ما يرتب وقف السير بالدعوى ابتداءً ثم إمهال الخصم لمراجعة القضاء المختص ومنها ما يرتب العكس، وهذا ما سنتناوله فيما يأتي.

1- وقف السير بالدعوى الجزائية:

وقف السير بالدعوى أو استئثار البت بها يعني توقف المحكمة الجزائية الواضحة يدها على الدعوى عن نظر الدعوى مؤقتاً الى حين الفصل في المسألة المعترضة من قبل القضاء المختص، واتخاذ القرار بهذا الخصوص سواء بالقبول أو بالرفض يعد من قبيل قرارات الإدارة القضائية الخاضعة لسلطان وتقدير الهيئة القضائية الواضحة يدها على الدعوى ولا رقابة للمحكمة العليا عليها.⁽¹⁾ تجدر الإشارة الى أن من القوانين ما تجعل هذا الوقف وجوبياً في جميع الأحوال ومنها ما تجعله وجوبياً في مسائل محددة وجوازياً في مسائل أخرى، وجوهر هذا الإختلاف يكمن في مدى تعلق الوقف على مراجعة القضاء المختص من عدمه.

أ- الوضع في القانون اللبناني:

وفقاً للمادة 370 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني، إذا قرر القاضي الجزائي قبول الدفع بالمسألة المعترضة فيحدد مهلة لمراجعة القضاء المختص، فإذا تقيد من أدلى بالدفع بالمهلة المحددة له، فيستأخر القاضي الجزائي النظر في الدعوى حتى البت في المسألة المعترضة. يتبين من هذا النص توافر أمرين، الأول هو أن المشرع اللبناني لم يفرق بين المسائل محل الدفع فجعلها جميعها في مكانة واحدة خلافاً للمشرع العماني، أما الثاني فهو أن

معادلة له، وعلى هدي ما يظهر للقاضي من أساس صحيح ومعقول، يتوقف اتخاذ القرار بمتابعة النظر بالدعوى العامة أو التوقف عنها) قرار للقاضي المنفرد الجزائي في كسروان برقم 1984/85 أشار اليه الياس ابو عيد - مرجع سابق - ص 95.

⁽¹⁾ تمييز جزائي لبناني - قرار رقم 217 تاريخ 2004/6/23 صادر في التمييز - 2004 - ص 294.

المشرع اللبناني علق أمر وقف النظر في الدعوى أو استتخار البت بها على تقيد من أدلى بالدفع بالمهلة المحددة له من قبل القاضي الجزائي لمراجعة القضاء المختص، وبالتالي إذا لم يتقيد من أدلى بالدفع بتلك المدة فيكون للقاضي الجزائي متابعة نظر الدعوى الجزائية، وهذا المسلك - بتقديرنا - محل نظر، وسوف تناقش هذه النقطة في الفرع الثاني من هذا المطلب.

ب- الوضع في القانون العماني:

فرق المشرع العماني بالنسبة للمسائل المعارضة بين نوعين، ففي نوع منها جعل الوقف فيها وجوبي وفي الآخر جعل الوقف فيه جوازي.

أما الوقف الوجوبي فقد نصت عليه المادة 152 من قانون الإجراءات الجزائية ويتعلق بالقضايا الجزائية، إذ نصت المادة المذكورة على أنه (إذا كان الحكم في الدعوى العمومية يتوقف على نتيجة الفصل في دعوى عمومية أخرى، وجب وقف الأولى حتى يتم الفصل في الثانية). يلاحظ من هذا النص أن المشرع العماني جعل من المسائل الجزائية مسائل معترضة وأوجب وقف الدعوى العمومية إذا ما أثرت مسألة من هذه المسائل وكان يتوقف على الفصل فيها الحكم في الدعوى العمومية، ولم يعلق المشرع العماني على مراجعة القضاء المختص أو عدم مراجعته أي أهمية، لأن الواقع في هذه الحالة يفترض أن هناك دعويان عموميتان قائمتان ويتوقف الحكم في إحداها على نتيجة الحكم في الأخرى، فلا بد من انتظار الفصل في إحدهما حتى يتم السير في الثانية.

وأما الوقف الجوازي فقد نصت عليه المادة 153 من قانون الإجراءات الجزائية التي تقول أنه (إذا كان الحكم في الدعوى العمومية يتوقف على نتيجة الفصل في مسألة من مسائل الأحوال الشخصية أو غير ذلك، جاز للمحكمة أن توقف الدعوى وتحدد للمتهم أو المدعي بالحق المدني أو المجني عليه - بحسب الأحوال - أجلاً لرفعها أمام القضاء المختص). ثم جاءت المادة 156 من نفس القانون لتقول (إذا انقضى الأجل المنصوص عليه في المادة 153 من هذا القانون ولم ترفع الدعوى الى المحكمة المختصة، جاز للمحكمة أن تصرف النظر عن وقف الدعوى و تفصل فيها...)، فنلاحظ من هذا النص أن المشرع العماني علق وقف السير في الدعوى العمومية على إقامة الدعوى محل المسألة المعارضة أمام القضاء المختص - كما

هو الحال في القانون اللبناني - مما يعني أنه ترك أمر الوقف من عدمه لإرادة الطرف الذي أثار الدفع، وينطبق على هذا المسلك نفس النقد الذي سقناه بالنسبة للمشرع اللبناني.

2- إمهال الخصم الذي أثار الدفع لمراجعة القضاء المختص:

تبين مما تقدم أعلاه أنه في حال توافرت في المسألة المعترضة وجب أو جاز - بحسب الأحوال - وقف السير بالدعوى العامة الى حين الفصل بتلك المسألة، إلا أن المشرع ترك أمر مراجعة القضاء المختص للخصم الذي دفع بتلك المسألة، ولم يحدد مهلة زمنية تاركاً الأمر لتقدير القاضي الجزائي الواضع يده على الدعوى العامة. الواقع بتقديرنا أنه إذا كان ترك الأمر للسلطة التقديرية للقاضي في تقدير المهلة قد يفرضه الواقع العملي واختلاف طبيعة كل مسألة عن الأخرى، إلا أن مبدأ حسن سير العدالة الجزائية يقتضي سرعة الفصل في القضايا وعدم السماح بالتراخي والتساهل من قبل الطرف الذي أثار المسألة، لأنه يتوقع في الغالب أن يكون الهدف من إثارتها هو تأخير الفصل في الدعوى العامة. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فلم يرتب المشرع أي جزاء نتيجة عدم اللجوء الى القضاء المختص أو التراخي فيه، كل ما في الأمر أن المشرع أجاز للمحكمة الجزائية في مثل هذه الأحوال أن تصرف النظر عن تلك المسألة وأن تفصل في الدعوى، الأمر الذي نراه محل نظر، وسوف نتعرض له بالنقاش في الفرع الثاني التالي.

■ الفرع الثاني: مراجعة القضاء المختص

تبين مما سبق أن المحكمة الجزائية تمهل الخصم الذي أدلى بالدفع لمراجعة القضاء المختص، وقد افترض المشرع ذاته حصول أحد أمرين، فإما أن تتم مراجعة ذلك القضاء بالفعل وإما لا تتم، فما هو حكم كل من هذين الأمرين.

◆ أولاً: رفع الدعوى محل المسألة المعترضة الى القضاء المختص

إذا رفعت الدعوى محل المسألة المعترضة الى المحكمة المختصة فيكون عليها أن تجري المحاكمة بشأنها وأن تصدر حكمها فيها، وهذا الحكم يعتبر حجة فيما فصل فيه، ويحوز قوة الشيء المقضي به أمام المحكمة الجزائية الواضعة يدها على الدعوى العامة.

تجدر الإشارة الى أن القاعدة العامة تقضي بأن لا حجية للأحكام الصادرة عن المحاكم المدنية أو الإدارية أمام القضاء الجزائي، ذلك أنه إذا أقيمت دعوى مدنية قبل رفع الدعوى الجزائية، فإن الحكم الصادر عن المحكمة المدنية لا يحوز حجية على الدعوى الجزائية سواء من حيث إثبات وقوع الجريمة أو من حيث مدى صحة إسناد الجرم الى الفاعل من عدمه، فلا يتقيد القاضي الجزائي بحكم المحكمة المدنية فيما يتعلق بمسألة ملكية المال المتنازع عليه في جريمة السرقة على سبيل المثال⁽¹⁾. لكن الواقع الذي نتكلم عنه في هذا الموضوع يتعلق بالمسائل التي أخرجها المشرع صراحة من اختصاص القاضي الجزائي وأعطى صلاحية البت فيها الى الجهات القضائية المختصة بنظرها بشكل أصيل وفقاً لقواعد الإختصاص، فهذه المسائل عندما يتم إثارتها أمام المحاكم الجزائية ويكون الفصل فيها ضرورياً ولزماً للفصل بالدعوى الجزائية، يكون على المحكمة الجزائية - كما ذكرنا في الفرع السابق - أن توقف نظر الدعوى وتتم مراجعة القضاء المختص، وبالتالي فإن الحكم الذي سيصدر في تلك المسألة يحوز الحجية والقوة أمام المحكمة الجزائية التي استأخرت نظر الدعوى العامة بانتظار البت في تلك المسألة، فلا يجوز بعد ذلك القول بعدم تمتع الحكم الصادر بشأنها بحجية أمام المحكمة الجزائية، وإلا انتفت العلة من وقف سير الدعوى العامة ومن مراجعة القضاء المختص.

بناء على ذلك، وفيما يتعلق بمسائل الأحوال الشخصية، إذا لوحقت المرأة بجرم الزنا ودفعت بإنعدام رابطة الزوجية وقت ارتكاب الفعل، فيكون على القاضي الجزائي أن يستأخر البت بجريمة الزنا الى حين صدور قرار المحكمة الشرعية فاصلاً في مسألة قيام رابطة الزوجية وقت ارتكاب الفعل من عدمه، فإذا حكمت المحكمة الشرعية بعدم ثبوت الزوجية عند ارتكاب الزنا، فإن عنصراً من عناصر هذه الجريمة يعتبر منتفياً. بالتالي، فإن المحكمة الجزائية يجب أن تقضي بناء على قرار المحكمة الشرعية، بإنتفاء الجريمة وعدم مسؤولية المرأة المدعى عليها⁽²⁾. كذلك فيما يتعلق بالمسائل الإدارية، فقد نصت المادة 55 من المرسوم الإشتراعي

(1) د. فوزية عبد الستار - شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني - دار النهضة - بيروت - 1975 - ص 344.

(2) المحامي الياس ابو عيد - أصول المحاكمات الجزائية - مرجع سابق - ص 87 - ف 95.

رقم 109 الصادر بتاريخ 12/6/1959 والمتعلق بنظام مجلس شورى الدولة في لبنان، أنه يتعين على المحاكم العدلية أن ترجىء البت في الدعوى التي تعرض عليها إذا استلزم الفصل في الدعوى تفسيراً أو تقدير صحة عمل إداري يخرج النظر به عن صلاحيتها، ويعرض الفريق الأكثر عجلة المسألة على مجلس الشورى، فيعطي هذا الأخير رأياً ملزماً للمحاكم العدلية في القضية التي أعطى الرأي من أجلها.

♦ ثانياً: عدم الإلتزام بمهلة مراجعة القضاء المختص

تبين لنا فيما سبق أن المحكمة الجزائرية الواضحة يدها على الدعوى العامة، وإذا ما عرض أمامها مسألة قانونية تستلزم قانوناً وقف السير في الدعوى الجزائية، تعطي الطرف الذي أدلى بالدفع مهلة لمراجعة القضاء المختص، فإذا تقيد هذا الطرف بالمهلة المعطاة له وتقدم بتلك المراجعة، فإن الأمور تسير باتجاه الفصل في تلك المسألة، ولا مشكلة تثور بعد ذلك. لكن المشكلة تثور على ما يبدو عندما لا يتقيد الطرف المذكور بالمهلة أو لم يراجع القضاء المختص أصلاً.

الواقع أن القانون جاء بحل لهذه المشكلة ولكن هذا الحل لا يخلو من إشكالية، وتتجلى هذه الإشكالية في فرضين. الفرض الأول هو الإستغناء عن الفصل في تلك المسألة وهو أمر يرفضه المنطق القانوني ومبدأ العدالة، ذلك أن المسألة المعترضة هي مسألة لازمة للفصل في الدعوى، ويفترض أن القاضي الجزائي قد تأكد له هذا اللزوم وإلا، لما كان قد اتخذ قرار وقف الدعوى ابتداءً وما كان أمهل الخصم لمراجعة القضاء المختص. عليه، كيف يمكن للمحكمة أن تحكم في الدعوى دون أن تفصل في عنصر من العناصر التي يتوقف عليه الحكم بالدعوى. أما الفرض الثاني فهو قيام المحكمة الواضحة يدها على الدعوى بالفصل في تلك المسألة خروجاً على قواعد الإختصاص باعتبار أن المشرع أخرجها من اختصاصه بنص خاص، وفي هذا الإطار يثور التساؤل حول جدوى تنظيم هذه المسائل في القانون، وتأخير الفصل في الدعوى، وقد ترك المشرع الأمر لمشيئة من يدلي بالدفع.

وفي إطار مناقشة هذين الفرضين لا بد من التمعن في النصوص القانونية ذات الصلة، فقد جاء في المادة 2/370 من قانون أصول المحاكمات الجزائية اللبناني أنه (إذا تقيد من

أدلى بالدفع بالمهلة المحددة له، فيستأخر القاضي الجزائري النظر في الدعوى حتى البت في المسألة، إذا لم يفعل فيتابع السير في الدعوى، وقد جاء في المادة 156 من قانون الإجراءات الجزائية العماني أنه (إذا انقضى الأجل المنصوص عليه في المادة 153 من هذا القانون ولم ترفع الدعوى الى المحكمة المختصة، يجوز للمحكمة أن تصرف النظر عن وقف الدعوى وتقتل فيها).

يتضح من خلال النصوص القانونية المذكورة أن كلا المشرعين، اللبناني والعماني، قد أعطيا الحق للقاضي الجزائري لصرف النظر عن المسألة المعترضة. ذلك أن عبارة المشرع اللبناني جاءت بصيغة (يتابع السير في الدعوى) أي وكأن المسألة التي تم الدفع بها كأنها لم تكن، وكذلك جاءت عبارة المشرع العماني بصيغة (صرف النظر عن وقف الدعوى وتقتل فيها) أي أن مدلول هذه العبارة يذهب باتجاه اعتبار المسألة المعترضة كأنها لم تكن، وهذا هو التأويل المنطقي لقصد المشرع من العبارات المذكورة⁽¹⁾، فلا يمكن القول بأي حال أن المشرع عاد، بعد أن أخرج المسائل المعترضة من إطار مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع، ليدخل من جديد هذه المسائل في إطار المبدأ، لتدخل بالتالي في نطاق اختصاص المحكمة الواضحة يدها على الدعوى الجزائية.

أمام هذا الإستخلاص لموقف المشرع، لا بد من القول أن المشرع قد أجاز للقاضي الجزائري الإستغناء عن المسألة المعترضة بالرغم من كونها ضرورية ولازمة للفصل في الدعوى الجزائية، فكيف يمكن القبول بهذه النتيجة؟. هذا التساؤل يقودنا الى طرح العديد من التساؤلات، فلماذا يتوقف أمر استتخار البت في الدعوى على تقييد أحد الخصوم بمهلة لمراجعة القضاء المختص، ولماذا لا يفرض القانون على هذا الخصم التقييد بالمهلة المعطاة له تحت طائلة ملاحقته جزائياً بجرم عرقلة سير مرفق القضاء، ولماذا لم يجر القانون للمحكمة الجزائية أن تثير موضوع المسألة المعترضة من تلقاء نفسها طالما أنها لازمة للفصل في الدعوى الجزائية، وطالما أن المشرع قد حرم المحكمة الجزائية من صلاحية البت بها في إطار مبدأ قاضي

(1) يراجع في إطار اختلاف وجهات النظر حول هذه المسألة: د. علي عبد القادر القهوجي - المسائل العارضة - مرجع سابق - ص 77 وما بعدها.

الدعوى هو قاضي الدفع، وما الذي يمنع من أن تقوم المحكمة الجزائرية من تلقاء نفسها أو بناء على طلب الخصوم بإحالة المسألة المعترضة الى الجهة القضائية المختصة. هذه التساؤلات، وغيرها من التساؤلات التي أثيرت في متن هذا البحث، تبقى بحاجة الى إجابات من قبل المشرع، ويبقى على الباحثين الإستمرار في البحث عن إجابات وتقديمها كتوصيات، علما تهتدي الى أروقة مجالس التشريع.

○ الخاتمة

خاتمة البحث ليست تلخيصه وإنما مغزاه، ومغزى هذا البحث هو لفت نظر المشرع الجزائري الى موضوع بالغ الأهمية، عمد الى تنظيمه في فصل خاص من القانون الإجرائي كدليل على هذه الأهمية، لكن هذا التنظيم لم يكن بالدقة والوضوح الكافيين. من أجل ذلك تناولنا في هذا البحث موضوع المسائل المعترضة من حيث مفهومها، ومن حيث تنظيمها القانوني بالمقارنة بين قانون الإجراءات الجزائرية العماني وقانون أصول المحاكمات الجزائرية اللبناني، وقد ظهر لنا من خلال البحث والتحليل بعض النتائج نوردتها وفقاً لما يأتي:

- 1- أن المسائل المعترضة، باعتبارها مستثناة من تطبيق مبدأ قاضي الدعوى هو قاضي الدفع الذي يعتبر استثناء من قواعد الإختصاص، تعتبر تجسيدا لقواعد الإختصاص، ويظهر تنظيمها مدى حرص المشرع على احترام تلك القواعد.
- 2- أن قواعد الإختصاص - مما لا اختلاف عليه - ترتبط بالنظام العام، وأن المسائل المعترضة باعتبارها تجسيدا لهذه القواعد، يجب أن تتمتع بذات طبيعتها، مما يستوجب معه وضوح في التنظيم ودقة في التطبيق.
- 3- أن المشرع اللبناني قد حدد بشكل واضح أي من المسائل القانونية تلك التي تشكل مسألة معترضة يمتنع على القاضي الجزائري الفصل فيها، على خلاف المشرع العماني الذي لم يحدد بشكل دقيق تلك المسائل، سيما ما جاء في المادة 153 من قانون الإجراءات الجزائرية.
- 4- أن كلا من المشرعين اللبناني والعماني قد أجازا للقاضي الجزائري صرف النظر عن الفصل في المسألة المعترضة، مع العلم أنها لم تكن لتثار لولا أنها لازمة للفصل في الدعوى العامة، الأمر الذي يجافي المنطق القانوني.

5- أنه بالرغم من تطلب القانون شرطي اللزوم والضرورة لقبول المسألة المعترضة واستتخار النظر في الدعوى العامة، إلا أنه علق أمر مراجعة القضاء المختص على مشيئة الطرف الذي يدلي بالدفع، إن شاء يتقدم بالدعوى ويتم الفصل في المسألة، وإن لم يشأ يتم صرف النظر عنها.

6- أن أي من المشرعين اللبناني أو العماني لم يرتب أي جزاء على عدم تقييد الخصم المكلف بمراجعة القضاء المختص، الأمر الذي يدفع الى عدم الإكتراث بما كلف به من قبل القضاء ويشجع عليه، كما يؤدي الى تأخير الفصل في الدعوى الجزائية بغير وجه حق، مما يشكل إخلالاً بسير العدالة.

ومن خلال ما تم استخلاصه من نتائج، بدا للباحث أن يتوجه الى المشرع بما يأتي من توصيات:

1- نوصي كل من المشرعين اللبناني والعماني بما يأتي:

أ- إعطاء المحكمة حق إثارة موضوع المسائل المعترضة من تلقاء نفسها طالما أن المسألة التي تبينت لها كانت ضرورية ولازمة للفصل في الدعوى العامة، وطالما أن المشرع قد أخرج أمر البت بها من اختصاص المحكمة الجزائية.

ب- عدم صرف النظر عن الفصل في المسألة المعترضة حال عدم تقييد الطرف الذي أثارها بالمهلة المعطاة له لمراجعة القضاء المختص.

2- نوصي المشرع اللبناني باستبدال عبارة (القاضي الجزائي) بعبارة (المحكمة الجزائية) في نصوص المواد 369 و370 و371 من قانون أصول المحاكمات الجزائية، ذلك أن عبارة القاضي الجزائي تتسع لتشمل قاضي التحقيق وفقاً للنظام القضائي في لبنان.

3- نوصي المشرع العماني بتعديل المادة 153 من قانون الإجراءات الجزائية وإلغاء عبارة (أو غير ذلك) منها، هذا إذا لم يكن في وارد إضافة مسائل أخرى الى مسائل الأحوال الشخصية.

الدراسة الرابعة:

**الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد ومدى توافقها مع
طبيعة الشركات التقليدية - دراسة مقارنة**

د. منصور السعيد⁽¹⁾

د. عادل الميلاس⁽²⁾

أصبحت مزاولة التجارة لا تقتصر على الأفراد بل أيضا تقوم بها الشركات، وهذه الأخيرة صارت تضم معظم الأنشطة التجارية والصناعية الكبيرة في البلاد من خلال الشركات بما تقوم عليه من تجميع رءوس الاموال والاعمال لتنفيذ المشروعات التجارية تلبية لحاجات الاقتصاد والخروج به الي حيز العالميه، وعليه اضمحل دور التاجر الفرد في ممارسه العمل التجاري.⁽³⁾ عرف الفقه مفهوم الشركة على انها عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي، بتقديم حصة من مال أو عمل، لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة.

فجوهر فكرة الشركة يتمثل فيما يقدمه الشركاء من حصص رغبة منهم في اقتسام ما ينتج عن المشروع - المنشأ بينهم - من أرباح مقابل تحملهم الخسائر. ومن هنا يولد شخص جديد هو الشخص المعنوي الذي تستقل ذمته المالية عن ذمم الشركاء⁽⁴⁾.

(1) كلية الدراسات التجارية - الكويت.

(2) كلية الدراسات التجارية - الكويت.

(3) د. احمد عبدالرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن وفق المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 2012 وتعديلاته الصادره بقانون رقم 97 لسنة 2013، الجزء الاول، القواعد العامه للشركات، لحنه التأليف والتعريب والنشر - مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، الطبعة الثانية، 2014، ص7.

(4) في هذا المعنى راجع د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، الطبعة السادسة، دار النهضة العربية، القاهرة 2014، ص 5؛ د. حسين الماحي، الشركات التجارية وقواعد سوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2017 ص 27.

غير أن انتشار المشكلات الاقتصادية نتيجة إجمام المستثمرين عن فكرة المشاركة مع غيرهم، وخشية التعريض لمخاطر المسؤولية الشخصية الذي يفرضه مبدأ وحدة الذمة المالية، وما تبع ذلك من خسارة من الاقتصاد القومي وانتشار البطالة، أدى بالكثير من دول العالم الى التفكير في انشاء نوع جديد من الشركات يتخلى عن المفهوم التقليدي وخاصة فيما يتعلق بالمشاركة في الحصص ووحدة الذمة المالية بحيث تنشأ شركة تسمى شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية.

♦ فكرة شركة الشخص الواحد:

إن مقتضى هذه الفكرة، أنه يجوز لشخص ما ان يكون شركة بمفرده، وذلك بأن يقتطع مبلغا معيناً من ذمته المالية، ويعلن تخصيصه لاستثمار مشروع معين في شكل شركة، ويحدد مسؤوليته بقدر هذا المبلغ دون ان يُسأل في باقي ذمته المالية، وبالرغم من ان هذه الفكرة تتفق من حيث الهدف وهو تحديد المسؤولية والتي بمقتضاها يكون للشخص الواحد ذمته المالية الاصلية وفي نفس الوقت ذمة اخرى مالية مخصصة لغرض معين، الا ان هناك اختلافا جوهريا بين ذمة التخصيص وشركة الشخص الواحد. فالأولى ليس لها الشخصية الاعتبارية بينما الثانية تتمتع بها، وهذا ما يتيح لها طرح حلول لا تستطيع ذمة التخصيص حلها ومنها على سبيل المثال الاندماج وتغيير شكل الشركة. وبناء على ذلك فإن الضرورة تستدعي - اذا شئنا ان نوفر لذمة التخصيص مزايا مشابهة - ان نضعها في اطار الشركة. فشركة الشخص الواحد هي آلية قانونية جديدة تقدم للمستثمرين نظاما قانونيا لاستثمار جزء من رؤوس اموالهم مع توفير ضمانات قانونية بعدم امتداد مسؤوليتهم عن استثماراتهم الى ذمتهم المالية العامة.

♦ أهمية البحث:

أن فكرة شركة الشخص الواحد تتعارض مع الفكرة التقليدية للشركة، التي لا تقر بوجود شركة إلا بوجود شخصين أو أكثر فيها، حتى أن المشرع الكويتي لم يكن يعرف شركة الشخص الواحد استنادا الى قانون الشركات رقم 15 لسنة 1960 والذي حدد مفهوم الشركة بأنها عقد

بين شخصين او اكثر، وتأسيسا على أن الشخص له ذمة مالية واحدة لا تتعدد بتعدد الإلتزامات، وتعتبر الذمة المالية للشخص ضامنة للوفاء بجميع ديونه أيا كان نوعها، كما أن مبدأ وحدة الذمة المالية يتعارض مع فكرة تخصيص الذمة المالية.

ثم صدر المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 2012 بشأن إصدار قانون الشركات، فأدخل شركة الشخص الواحد الى التنظيم القانوني للشركات في التشريع الكويتي ثم صدر بعد ذلك القانون رقم 1 لسنة 2016 الصادر في يناير 2016- بإصدار قانون الشركات الكويتي- الذي حل محل المرسوم بقانون رقم 25 لسنة 2012، المعدل بالقانون رقم 96 لسنة 2013⁽¹⁾. ونص في مادته الرابعة على ان " تتخذ الشركة أحد الأشكال التالية: 1- شركة التضامن 2- شركة التوصية البسيطة 3- شركة التوصية بالأسهم 4- شركة المحاصة 5- شركة المساهمة 6- الشركة ذات المسؤولية المحدودة 7- شركة الشخص الواحد وكل اتفاق لم يتخذ أحد الأشكال المشار إليها في الفقرة السابقة يكون الأشخاص الذين أبرموه مسؤولين شخصيا وبالتضامن عن الإلتزامات الناشئة عنه".

ولقد وقد تولى المشرع الكويتي تنظيم شركة الشخص الواحد في الباب السابع من قانون الشركات الجديد في المواد من 85 وحتى 91، كما أن اللائحة التنفيذية - الصادرة بموجب قرار وزير التجارة والصناعة رقم 425 لسنة 2013⁽²⁾ (الملغي) تولت تنظيم شركة الشخص الواحد في الباب السادس منها في المواد من 104 وحتى 108. حتى إذا جاء القانون رقم (1) لسنة 2016، وحل محل القانون السابق (الملغي)، فأبقى على المواد المنظمة لشركة الشخص الواحد في ذات الباب وبذات الأرقام.

وتولت اللائحة التنفيذية للقانون الجديد والصادرة بموجب قرار وزير التجارة والصناعة رقم 287 لسنة 2016 تنظيم شركة الشخص الواحد في الباب السادس منها في المواد من 54 إلى 57 منها.

(1) منشور في الجريدة الرسمية الكويت اليوم، العدد 1273 السنة الثانية والستون، الصادرة في 1 فبراير 2016.

(2) الجريدة الرسمية، ملحق العدد 1152، 2013/10/6. ويمكن الرجوع إلى نص تلك اللائحة التنفيذية والمنشورة على موقع وزارة التجارة والصناعة الكويتية من خلال الرابط التالي:

<http://www.moci.gov.kw/StaticShow.aspx?id=477>.

وقد نص القانون في المادة (91) منه على أنه: "مع مراعاة الأحكام الخاصة الواردة بشأن شركة الشخص الواحد في القانون ولائحته التنفيذية، فإنه يسري على شركة الشخص الواحد نفس أحكام شركة المسؤولية المحدودة".

وهذا المسلك الذي سلكه المشرع الكويتي فيما يتعلق باعتبار أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة مصدراً احتياطياً يتم الرجوع إليه في بيان التنظيم التشريعي لشركة الشخص الواحد فيما لم يرد بشأنه نص خاص في القانون - هذا المسلك - هو نفسه ما اتبعته قوانين الشركات التجارية في دول مجلس التعاون الخليجي التي تبنت شكل شركة الشخص الواحد، مثال ذلك قانون الشركات القطري رقم 5 لسنة 2002 الذي نص في المادة (260) مكرر/8 على أنه: "فيما عدا أحكام المواد السابقة، تسري في شأن شركة الشخص الواحد الأحكام الخاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة فيما لا يتعارض مع طبيعتها".

ويعتبر اعتراف المشرع الكويتي بتأسيس شركة الشخص الواحد منذ البداية انقلاباً على الاسس التقليدية وثورة حقيقية علي مبادئ قانون الشركات. فالشركة كانت لا تقوم الا على تعدد الاشخاص وتوافر نية المشاركة بينهم، والقاعدة الاصلية لهذا الاطار التصوري كانت العقد، الا انه قد تبين بعد فترة ان هذه القاعدة غير كافية، حيث أن جوانب باكملها من القانون لم تكن تقابل مطلقاً فكرة العقد ومنطقه. فالشركة في تطور مستمر كما هو عليه الحال في الحقائق الاقتصادية والاجتماعية، وشركة الشخص الواحد ما هي الا أحد مظاهر هذا التطور فهي الثورة القانونية الحقيقية لانها تجسيد تشريعي لملائمة قانون الشركات مع الحقائق الاقتصادية والظروف الاجتماعية، ونتيجة منطقية للأسس الجديدة لقانون الشركات الحديث. لذلك تأتي أهمية هذا البحث، من أجل بيان أحكام طبيعة شركة الشخص الواحد، وتمييزها عن الطبيعة القانونية للشركة التقليدية.

♦ مشكلة البحث:

يطرح البحث عدة إشكاليات تواجه فكرة إنشاء شركة الشخص الواحد، لعل أهمها:
- نشأة شخصية معنوية للشركة مستقلة تماماً عن الشخصية القانونية للمالك الوحيد للشركة، فقد نصت المادة (1/85) شركات في ختامها على أنه: "لا يسأل مالك الشركة عن

التزاماتها إلا بمقدار رأس المال المخصص للشركة"، كما تنص المادة 23 من قانون الشركات على أنه: "فيما عدا شركة المحاصة، تتمتع الشركة بالشخصية الاعتبارية من تاريخ القيد". لذلك فالشركة المكونة من شخص واحد يكون لديها شخصية معنوية مستقلة تماما عن مالكيها. واستقلال الشخصية المعنوية للشركة ذات الشخص الواحد، يوصلنا إلى نتيجة مهمة ومؤثرة جدا وهي انفصال الذمة المالية للشركة عن الذمة المالية للشريك، والسؤال الذي يطرح هنا هو: ما هي الطبيعة القانونية للذمة المالية للشريك؟ وهل لديه ذمة مالية واحدة يتعامل من خلالها في جميع معاملاته المالية سواء المدنية والتجارية؟ أم هل لديه أكثر من ذمة مالية؟

- كما يطرح البحث إشكالية نص المادة (3) من قانون الشركات، والتي تنص على أن "يكون تأسيس الشركة بعقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف تحقيق الربح بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة..."

- كما تنص المادة (7) من قانون الشركات على أنه: "فيما عدا شركة المحاصة، يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا في محرر رسمي موثق وإلا كان باطلا".

فكيف يمكن إبرام عقد من طرف واحد؟، فضلا عن كتابته؟

- وهذا يستدرجنا لطرح السؤال التالي: هل الأركان الواجب توافرها لتأسيس الشركة المكونة من أكثر من شخص (الشركة التقليدية)، هي نفس الأركان الواجب توافرها من أجل تأسيس الشركة ذات الشخص الواحد؟

◆ نطاق البحث:

إن موضوع هذا البحث ينحصر في الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد، لذلك نقتصر فيه على بحث مفهوم تلك الشركة، وتطورها التاريخي والنظريات المؤسسة لها، ومدى توافرها أو تعارضها مع الأركان الموضوعية والشكلية للشركة. لذلك لن يتطرق البحث الي تفصيلات شركة الشخص الواحد من حيث تأسيسها أو إدارتها أو انتهائها، تاركين ذلك كله للمراجع العامة.

♦ خطة البحث:

نتناول مدي توافق شركة الشخص الواحد مع الفكرة التقليدية للشركة، من خلال فصلين، على النحو الآتي:

الفصل الأول: مفهوم شركة الشخص الواحد.

الفصل الثاني: الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد.

○ الفصل الأول: ماهية شركة الشخص الواحد

♦ تمهيد وتقسيم

جاء قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2016 بعمل نقلة نوعية في عالم التجارة والاقتصاد، لاسيما أنه سمح بإنشاء شركة مكونة من شخص واحد، وهذا التعديل جاء نتيجة لمواكبة المشرع للتطورات الاقتصادية التي تشهدها الشركات في الوقت الحاضر، فأدرج فيه أحكاما تنظم شركة الشخص الواحد، لتلبي طموحات المستثمرين الذين يفضلون تخصيص مبلغ معين من أموالهم ليتاجروا به، بدلاً من تعريض كل أموالهم للمخاطرة، بحيث لو خسر المشروع فتكون خسارتهم محددة بالمبلغ الذي خصص له فقط. كما أن البعض منهم يفضل الاستحواذ الكامل على المشروع التجاري ويديره بالطريقة التي يراها مناسبة له.

على أنه إذا لم تكن شركة الشخص الواحد معروفة في الكويت قبل صدور مرسوم القانون المذكور، فإنها قد عُرفت في قوانين دول كثيرة من قبل، اخذت بتنظيم هذه الشركات نظراً لما لها من مزايا في المجال الاقتصادي، الأمر الذي يطرح اسئلة حول تعريف هذه الشركة وخصائصها، وتطورها التاريخي. الأمر الذي نناقشه من خلال مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف شركة الشخص الواحد وخصائصها

المبحث الثاني: التطور التاريخي لشركة الشخص الواحد

• المبحث الأول: تعريف شركة الشخص الواحد وخصائصها

♦ تمهيد وتقسيم:

إذا كان المستقر عليه أن الشركة "عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة"⁽¹⁾. فإن مفهوم شركة الشخص الواحد يجافى هذا التعريف، إذ أنها تؤسس بإرادة منفردة. وإذا كان المبدأ الثابت هو وحدة الذمة المالية وعدم قابليتها للتجزئة، فإن منطوق شركة الشخص الواحد يخرج على هذا المبدأ، حيث لا يُسأل مؤسس شركة الشخص الواحد عن التزاماتها إلا في حدود المبلغ المخصص لها.

وإذ تعددت التعريفات التي قيل بها لتلك الشركة في التشريعات وفي الفقه، فإنه يجمع بينها خصائص مشتركة، تتمثل فى أن تلك الشركة تؤسس من قبل شخص واحد، وتتحدد مسئوليتها في راس المال المخصص لها.

لأجل ذلك، يلزمنا البحث في تعريف شركة الشخص الواحد وخصائصها من خلال مطلبين

على النحو التالي:

المطلب الأول: تعريف شركة الشخص الواحد.

المطلب الثاني: خصائص شركة الشخص الواحد.

■ المطلب الأول: تعريف شركة الشخص الواحد

يستخدم مصطلح الشركة فى اللغة العربية للدلالة على معنيين، أحدهما على خلط النصيبين⁽²⁾ فصاعدا بحيث لا يتميز أحدهما عن الآخر. والثاني عن العقد

(1) اورد هذا التعريف بالمادة 1832 مدنى قديم من القانون الفرنسى والمادة 18 تجارى. وأعاد القانون رقم 9 الصادر فى 4 يناير 1978 تنظيم الشركات المدنية فى فرنسا بتعريف الشركة فى المادة 1832 بشكل أعم من سابقه حيث سوى بين هدف تحقيق الربح ومجرد تحقيق وافر اقتصادى. ميشيل وبيوليتو، شرح القانون التجارى، الجزء الثانى، الطبعة الثالثة، مشار إليه فى القانون التجارى، د. سميحة القليوبى، 1983، ص 5 هامش (1).

(2) أحمد إبراهيم، كتاب المعاملات الشرعية المالية، سنة 1936، ص 121.

المبرم بين اثنين فأكثر للقيام بعمل مشترك⁽¹⁾.
ولفظة الشركة تعنى فى المجال الاقتصادى المشروع الاقتصادى الذى يقوم على استغلاله
أكثر من شخص⁽²⁾.

أما من الناحية القانونية، فتتص المادة الثالثة من القانون رقم 1 لسنة 2016 بإصدار
قانون الشركات الكويتي علي تعريف الشركة بأنها: "عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن
يساهم كل منهم فى مشروع يستهدف تحقيق الربح بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما
ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة"⁽³⁾.

ويتضح من هذا التعريف ان المشرع الكويتي قد اعتنق المفهوم العقدي الذي ينظر الي
الشركة من حيث العمل الذي ينشئها وهو العقد. ويتضمن هذا التعريف في طياته ضرورة توافر
الأركان الموضوعية العامة للعقد من رضا ومحل وسبب، والأركان موضوعية خاصة في عقد

(1) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، 1989، ص 341، 342. وقد تكون كلمة "الشركة" بكسر الشين المعجمة وسكون
الراء، وقد تكون بفتح الأولى وكسر الثانية. انظر فى ذلك: الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك،
تأليف العلامة أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، الجزء الثالث، دار المعارف بمصر، 1393هـ، ص 455.
وقد أورد بهامش نفس الصفحة الأقسام الستة للشركة المعروفة فى الشريعة الإسلامية، وهى المفاوضة، والعنان، والجبر،
والعمل، والذمم، والمضاربة - وهى القراض - وذكرها مرتبة هكذا.

هذا وجمع الشريك (شركاء)، والمرأة (شريكة)، والنساء (شرائك)، وشاركه (صار شريكه)، وقال الله تعالى: "وأشركه فى
أمرى"، أى أجعله شريكى فيه. انظر فى ذلك مختار الصحاح للشيخ الإمام محمد بن أبى بكر بن عبد القادر الرازى،
الطبعة الثانية، القاهرة، 1369هـ - 1950م.

(2) وقد اهتمت بعض المذاهب الشرعية بتعريف الشركة فعرّفها صاحب كشاف القناع من الحنابلة بأنها "اجتماع فى
استحقاق أو اجتماع فى تصرف". منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتى الحنبلى (المتوفى:
1051هـ) كشاف القناع على متن الإقناع، الناشر دار الكتب العلمية، بيروت، ج 2، ص 252؛ وعرّفها بعض أنصار
المذهب الشافعى بأنها "ثبوت الحق شائعا فى شيء واحد، أو عقد ذلك". المرجع السابق، ج 4، ص 2؛ وقد جاء فى
المادة 1040 من مجلة الأحكام العدلية أن " الشركة فى الأصل هى الاختصاص ما فوق الواحد من الناس بشيء وامتيازهم
بذلك الشيء".

(3) يطابق تقريبا نص المادة الأولى من نظام الشركة السعودي والتي تحوي بدورها تعريفا عاما للشركة وقد اعتنقت نفس
التعريف كثير من التشريعات العربية مثل المادة 582 من القانون المدني الأردني، والمادة الأولى من قانون الشركات
التجارية البحريني رقم (21) لسنة 2001؛ والمادة الثامنة من قانون الشركات التجارية الإماراتي الصادر فى الأول من
إبريل 2015؛ والمادة الأولى من قانون الشركات التجارية العماني رقم 4 لسنة 1974، والمادة الثانية من قانون الشركات
التجارية القطري رقم (11) لسنة 2015، والمادة 505 من القانون المدني المصري.

الشركة على النحو الذي تضمنه التعريف، ويحتوي التعريف على طائفتين من المشاركة، هما: المشاركة في رأسمال الشركة بتقديم حصص . مال أو عمل . والمشاركة في اقتسام الربح والخسارة.

فجوهر فكرة الشركة يتمثل في التشارك والتعاون بين الشركاء فيما يقدمه الشركاء من حصص رغبة منهم في اقتسام ما ينتج عن المشروع - المنشأ بينهم - من أرباح مقابل تحملهم الخسائر. ومن هنا يولد شخص جديد هو الشخص المعنوي الذي تستقل ذمته المالية عن ذمم الشركاء⁽¹⁾.

ويهمنا في هذا المقام أن نبحث في تأصيل تسمية شركة الشخص الواحد، وهل تستحق وصف الشركة؟ (أولاً)، ثم في تعريف هذه الشركة في التشريعات وفي الفقه (ثانياً).

♦ أولاً: تسمية شركة الشخص الواحد

تعددت التسميات التي أطلقت على المشروع الذي يتم تأسيسه من قبل شخص واحد في إطار من المسؤولية المحدودة لذلك المشروع في حدود رأس المال المخصص له، في ذات الوقت الذي اهتمت فيه التشريعات باعتماد فكرة الشركة لاستيعاب المشروع الذي هو في حقيقته مشروع فردي محدود المسؤولية، على اعتبار ان فكرة الشركة وشكلها القانوني لهما القدرة على خلق الاستقلال المطلوب بين المشروع وصاحبه، وهو لم يكن ليتسنى لولا التغيير الذي طرأ على فكرة الشركة التي باتت بواقعها الحديث أطارا قانونيا غير مرتبط بالتعدد، مما جعل منها صيغة قانونية للمشروع التجاري تنشأ بالإرادة المنفردة كما تنشأ بالعقد.

فقد استخدمت تعبير (شركة الشخص الواحد) مع النص على تحديد المسؤولية. فالمشرع الكويتي، قد استخدم تسمية: (شركة الشخص الواحد)، وذلك بنص الفقرة الأولى من المادة 85 من قانون الشركات الجديد رقم 1 لسنة 2021.

واستخدم المشرع الأردني ذات التسمية، فتم تعديل قانون الشركات الأردني لسنة 1997م، بالقانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢ م، حيث نظم أحكام شركة الشخص الواحد في إطار الشركة

(1) في هذا المعنى راجع د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة السادسة، 2014، ص 5.

ذات المسؤولية المحدودة والشركة المساهمة الخاصة والشركة المساهمة العامة، فتنص المادة (53 - ب) من هذا القانون على أنه: " للمراقب الموافقة على تسجيل شركة ذات مسؤولية محدودة تتألف من شخص واحد أو أن تصبح مملوكة لشخص واحد، كما تنص المادة (65 - أ مكرر) أن " تتألف الشركة المساهمة الخاصة بين شخصين أو أكثر ويجوز للوزير بناء على تشييب مبرر من المراقب الموافقة على تسجيل شركة مساهمة خاصة مؤلفة من شخص واحد أو أن يصبح عدد مساهميها شخصا واحدا"، ونصت المادة (90 - ب) من ذات القانون على أنه: "مع مراعاة أحكام الفقرة (ب) من المادة(99) من هذا القانون يجوز للوزير بناء على تشييب مبرر من المراقب الموافقة على أن يكون مؤسس الشركة المساهمة العامة المحدودة شخصا واحدا أو أن تؤول ملكية الشركة إلى مساهم واحد في حال شرائه كامل أسهمها".

وأجاز قانون الشركات التجارية الإتحادي الإماراتي رقم 2 لسنة 2015 في الفقرة الثانية من المادة 71 منه لشخص واحد تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة، ولا يسأل مالك رأس المال الشركة عن التزامتها إلا بمقدار رأس المال الوارد بعقد تأسيسها، وهو ما يتناقض مع مفهوم الشركة فقها وقانونا.

أما نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/30 بتاريخ 1437/1/28 هـ - الموافق 2015/11/10، فنصت المادة 55 منه على أنه " استثناء من نص المادة 2 من نظام الشركات, يجوز للدولة... تأسيس شركة مساهمة من شخص واحد"، كما نصت المادة 145 من ذات النظام على أنه استثناء من نص المادة 2 من نظام الشركات، يجوز أن تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد". فالأصل تعدد الشركاء والاستثناء هو وجود مالك واحد للشركة.

وأخذ بمسمى (شركة الشخص الواحد) قانون الشركات التجارية القطري رقم 5 لسنة 2002 الذي تبني شركة الشخص الواحد بناء على التعديل الذي لحق به بموجب القانون رقم 16 لسنة 2006⁽¹⁾ (المادة 260 مكررا 1/منه).

(1) المنشور في الجريدة الرسمية القطرية العدد الثامن الصادر في 28 أغسطس، 2006 وذلك من خلال الرابط التالي:
<http://www.almeezan.qa/ClarificationsNoteDetails.aspx?id=4228&language=ar>

وكان التشريع العراقي (الملغي) رقم 1983/36 يأخذ بنظام شركة الشخص الواحد مع اختلاف جوهري خاصة فيما يتعلق بمسئولية الشريك الوحيد حيث يعد مسئولاً في كامل ذمته المالية رغم تمتع الشركة بشخصية معنوية مستقلة، الامر الذي يفرغ هذه الشركة من مضمونها وهدفها⁽¹⁾.

وصدر القانون رقم 21 لسنة 1997 وتعديلاته لسنة 2004، وبمقتضاه أخذ المشروع العراقي بشركة الشخص الواحد غير محدود المسؤولية، اي بذات المفهوم الذي كان عليه قانون 36 لسنة 1983 سالف الذكر. حيث نصت المادة (6/4) من قانون سنة 1997 المعدل سنة 2004 علي انه: (المشروع الفردي شركة تتألف من شخص طبيعي واحد يكون مالكا للحصة الواحدة فيها ومسئولاً مسئولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة). هكذا يبدو لنا ان تعبير (شركة الشخص الواحد) كانت له الغلبة في تسمية هذه الشركة المستحدثة في التشريعات العربية، مع حرص هذه التشريعات - باستثناء التشريع العراقي - علي النص علي محدودية مسئولية هذه الشركة.

وان كنا مضطرين إلى الاختيار بين هذين التعبيرين فإننا نميل إلى استخدام مسمى ((المشروع الفردي محدود المسؤولية))، فقد رأينا أن هذا المشروع يتعارض تماما مع لفظة الشركة سواء من الناحية اللغوية، او من ناحية الاصطلاح القانوني الواقعي الذي يعبر عن المشاركة والتعاون بين شخصين او اكثر في مشروع مالي بهدف اقتسام ما ينتج عن هذا المشروع من ارباح او خسائر.

ومن ناحية أخرى فإن التسمية "الاصطلاح القانوني" للشركة المكونة من قبل شخص واحد، هي تسمية فيها من التناقض ما لا يمكن إنكاره. فتسمية أي شيء أو أي حالة أو فكرة لا بد أن تنسجم مع المضمون الذي اتت التسمية للإيحاء بها بصورة موجزة مميزة ودالة، فإذا كانت فكرة الشخص المعنوي قد ابتدعت لتخلق للكيان الناشئ حالة من الانفصال والاستقلال والتميز عن الاشخاص المكونين له، ولتستقر فيما بعد كفكرة قادرة فعلا علي ذلك، فكيف لنا والحال كذلك أن نطلق على كيان قانوني نقول بأنه مفصول ومستقل ومتميز عن كونه تسمية تنصب علي العنصر الذي أريد فصله، وذلك حين نقول شركة الشخص الواحد. وعليه فانه لا

(1) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري الشركات التجارية، العراق، 1989، ص 32.

يجوز لنا ان نشير الي الشخص القانوني الذي كون الكيان الجديد، هذا الكيان المتمتع بشخصية قانونية خاصة به في ذات الوقت الذي نقول فيه بأن علاقته - الأول - قد انقطعت تماما بها - الثانية - بسبب اكتسابها للشخصية القانونية.

كما نري ان إطلاق اصطلاح " ذات مسؤولية محدودة " علي الشركة ذات المسؤولية المحدودة بمفهومها التقليدي القائم علي التعدد أو بمفهومها الحديث الذي يسمح بتأسيسها من قبل شخص واحد، فيه خلط واضح، فالشركة المكونة من قبل شخص واحد او من قبل عدة اشخاص لا تكون مسؤوليتها - كشركة - محدودة، فالمسؤولية المحدودة تنصب علي الشريك وليس علي الشركة التي تكون مسؤوليتها غير محدودة عن ديونها والتزاماتها، وبعبارة موجزة فان هذه التسمية توحي أن المسؤولية المحدودة تنصب علي الشركة وليس علي الشريك، وهذا قلب للواقع المترتب علي هذه الشركة الامر الذي يوجب تصحيح هذه التسمية.

غير أنه من الواضح ان شركة الشخص الواحد ما هي إلا مولود خرج من رحم الشركة ذات المسؤولية المحدودة ' الامر الذي حدا بأغلب التشريعات إلى تنظيم هذه الشركة من خلال الإطار التشريعي والتنظيمي للشركات ذات المسؤولية المحدودة - كاصل عام - الامر الذي أمكن معه القول بان هاتين الشركتين قد انصهرتا في جسد واحد وأن ما جعل ذلك ممكنا ومنتصورا هو أن مفهوم الشركة قد تطور من صورة تقليدية تشترط التعدد إلي صورة حديثة تعتبر ان الشركة ما هي إلا نظام قانوني لاحتواء المشروع التجاري.

♦ ثانيا التعريف التشريعي لشركة الشخص الواحد:

تفاوتت مواقف التشريعات المقارنة من وضع تعريف لشركة الشخص الواحد، فبعضها لم يهتم بوضع تعريف لتلك الشركة، بينما اهتم البعض الآخر بوضع تعريف لها.

فمن بين التشريعات التي لم تضع تعريفا لشركة الشخص الواحد:

التشريع الفرنسي: حيث لم يضع المشرع الفرنسي تعريفا لشركة الشخص الواحد، غير أنه بصور القانون الفرنسي رقم 697 في يوليو 1985، أصبح التعريف الجديد للشركة ذات المسؤولية المحدودة - طبقا للفقرة الأولى من المادة الثانية - أنها تنشأ من شخص واحد أو من

عدة أشخاص يتحملون الخسائر في حدود حصصهم في رأس المال. وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة أنه عندما تتضمن الشركة شخصا واحدا فإنه يطلق عليه: (الشريك الوحيد) ويمارس هذا الشريك السلطات الخاصة بمجموع الشركاء.

كذلك لم يرق المشرع الأردني بوضع أحكام خاصة بشركة الشخص الواحد، وإنما أخضعها إلى ذات الأحكام التي تطبق على الشركات الأخرى المماثلة لها بالشكل القانوني، حيث سمح المشرع الأردني بموجب قانون الشركات الأردني رقم (22) لسنة 1997 وتعديلاته بتأسيس شركة من شخص واحد في إطار كل من الشركة ذات المسؤولية المحدودة، والشركة المساهمة الخاصة والشركة المساهمة العامة، على النحو الذي سبقت الإشارة إليه.

أما قانون الشركات التجارية الإتحادي الإماراتي رقم 2 لسنة 2015 فقد ذكر شركة الشخص الواحد في المادة 71 منه في معرض تعريفه للشركة ذات المسؤولية المحدودة، بأنها هي الشركة التي لا يقل عدد الشركاء فيها عن اثنين ولا يزيد على (50) خمسين شريكا، إلا أنه في الفقرة الثانية من ذات المادة أجاز لشخص واحد تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة، ولا يسأل مالك رأس مال الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال الوارد بعقد تأسيسها.

ولم يتطرق نظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/30 بتاريخ 1437/1/28 هـ - الموافق 2015/11/10، لتعريف شركة الشخص الواحد واكتفي بالنص على جواز تأسيس شركة مساهمة من شخص واحد" (المادة 55)، وجواز أن تؤسس الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخص واحد". (المادة 145).

أما التشريعات التي اهتمت بوضع تعريف لشركة الشخص الواحد فمنها:

تولى المشرع الكويتي في الفقرة الأولى من المادة 85 من قانون الشركات الجديد رقم 1 لسنة 2016، تعريف شركة الشخص الواحد، حيث نصت تلك الفقرة على أنه "يُقصد بشركة الشخص الواحد - في تطبيق أحكام هذا القانون - كل مشروع يمتلك رأس ماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري، لا يسأل مالك الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال المخصص للشركة".

أما فيما يتعلق بموقف التشريع العراقي فقد تضمن قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل لسنة 2004 في الفقرة الثانية من المادة الثامنة منه أنه "يتكون المشروع الفردي

من شخص طبيعي واحد أو من شركة محدودة المسؤولية يمتلكها شخص طبيعي أو معنوي واحد".

والتشريع البحريني الذي قام بتعريف شركة الشخص الواحد بشكل محدد وصريح، حيث جاء في الماد (289) من قانون الشركات البحريني الصادر بالمرسوم بقانون رقم 21 لسنة 2001 على أنه " يقصد بشركة الشخص الواحد في تطبيق أحكام هذا القانون كل نشاط اقتصادي يمتلك رأسماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري".

وقانون الشركات التجارية القطري رقم 5 لسنة 2002 الذي تبنى شركة الشخص الواحد بناء على التعديل الذي لحق به بموجب القانون رقم 16 لسنة 2006⁽¹⁾ حيث نصت المادة رقم 260 مكررا/1 من على أن " يقصد بشركة الشخص الواحد في تطبيق أحكام هذا القانون كل نشاط اقتصادي يمتلك رأس ماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو معنوي".

وواضح مما سلف أن هذه التشريعات جميعا - سواء منها ما تضمن تعريفا لتلك الشركة او ما لم يتضمن- فإنها جميعا قد تضمنت نصوصا تحتوي على اهم خصيصتين لشركة الشخص الواحد وهما: إنها تتكون من فرد واحد وإنها تتمتع بمسئولية محدودة. وإن كنا نميل الى عدم قيام التشريعات بوضع التعريفات، فدائما ما يقال إن وضع التعريفات من عمل الفقه وليس من عمل التشريع.

♦ ثالثا: التعريف الفقهي لشركة الشخص الواحد

تشابهت - كثيرا- التعريفات التي قال بها الفقه لشركة الشخص الواحد، فلم تخرج في مجملها عن ما أكدته التشريعات من أن هذه الشركة تتكون من شخص واحد ولها ذمة مالية مستقلة عن ذلك الشخص الذي ينشئها، وبالتالي هي تتمتع بمحدودية المسؤولية.

وعلى هذا جاء التعريف بانها " إحددي نوعيات الشركة ذات المسؤولية المحدودة التي تؤسس بعمل إرادي من قبل شخص واحد طبيعي أو معنوي يسمى بالشريك الوحيد، وهو يخصص من مشروعها جزءا من أمواله أو عند الإقتضاء عمله وخبرته وذلك بغية الإستفادة

(1) منشور في الجريدة الرسمية القطرية، العدد الثامن، الصادر في 28 أغسطس 2006 وذلك من خلال الرابط التالي:
<http://www.almeezan.qa/ClarificationsNoteDetails.aspx?id=4228&language=ar>

مما ينتج عنها من ارباح ولا يتحمل من خسائر المشروع إلا في حدود قيمة ما قدمه له من حصص نقدية أو عينية"⁽¹⁾.

واهتم البعض بطريقة التأسيس لشركة الشخص الواحد، فذكر أنها: " هي الشركة المؤلفة من شريك واحد طبيعي كان أو معنوي، ويكون لهذه الشركة ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للشريك، وقد تؤسس هذه الشركة ابتداء من شريك واحد وقد تؤول إلى شركة من شريك واحد جراء بقاء شريك واحد فيه"⁽²⁾.

وهناك من عرفها على أنها: " آلية قانونية جديدة تقدم للمستثمرين نظاما قانونيا لاستثمار جزء من رؤوس أموالهم مع توفير ضمانات قانونية بعدم امتداد مسؤوليتهم عن استثماراتهم إلى ذمتهم المالية العامة"⁽³⁾.

وقد كان من الطبيعي أن تأتي هذه التعريفات - جميعا - متوافقة في معناها وإن اختلفت في مبناها. فشركة الشخص الواحد - بحسب من يقولون بها- هي الشركة التي تؤسس ابتداء من شخص واحد أو تؤول ملكيتها إلى ذلك الشخص سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا، وتتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة مؤسسها أو من تؤول إليه ملكيتها، وتكون مسئولية مالكيها محدودة بمقدار رأسمال الشركة المقدم من قبله.

ومن جانبنا لا نرى بأنها شركة ولا تؤيد التوجه بإعطاء هذا المشروع الفردي مكنة تحديد المسئولية.

ذلك أن إطلاق وصف الشركة على شركة الشخص الواحد ذو المسئولية المحدودة يتعارض مع المعنى اللغوي والقانوني لكلمة الشركة وما يستلزمه من وجود شريكين على الأقل. أما القول بأنه: يمكن التغاضي عن هذا النقد تحقيقا للهدف الذي توخاه المشرع صراحة، فإنه ماكان للمشرع - نفسه- تجاهل حكم المنطق والواقع والتغاضي عن مفهوم وطبيعة نظام الشركة الذي يقتضي التشارك والتعاون والتعاقد بين أكثر من شريك.

(1) د. محمد بهجت قايد، شركة الشخص الواحد محدود المسئولية، دار النهضة العربية، 1990، ص 20.

(2) د. إلياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء السادس، الشركة محدودة المسئولية، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 1998، ص 78.

(3) د. ناريمان عبد القادر، الخصائص المشتركة بين الشركة ذات المسئولية المحدودة وشركة الشخص الواحد، مرجع سابق، ص 14.

أما إكساب هذه الشركة المدعاة صفة المسؤولية المحدودة فإنه يتعارض مع مبدأ وحدة الذمة المالية وعدم قابليتها للتجزئة بما يقتضيه من أن أموال المدين - جميعها - منقولة كانت او عقارية تضمن الوفاء بديونه. فلا يجوز اعفاء بعضهما من هذا الضمان، أو تخصيص بعضها دون البعض دون الآخر به.

لذلك فإن الحق - من حيث المنطق القانوني - ان ما يُدعى "شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية"، ليس إلا مشروعاً فردياً منحه المشرع ضماناً لتحديد المسؤولية، بحيث يستطيع صاحب هذا المشروع أن ينجو بأمواله غير المجنبة لهذا المشروع من حقوق الدائنين، وما نرى أن المشرع كان محقاً في منحه هذه الضمانة التي تعينه على التهرب من التزاماته.

■ **المطلب الثاني: خصائص شركة الشخص الواحد**

من البديهي أن مالك المشروع لم يلجأ إلى إنشاء شركة ذات شخص واحد إلا لوجود مزايا عديدة لهذا النوع من الشركات⁽¹⁾، تتجسد هذه المزايا فيما يلي: أن مسؤولية الشريك عن ديون الشركة تكون محددة برأس المال الذي يقدمه في الشركة، واستقلال الذمة المالية للشركة عن الذمة المالية للشريك، والقضاء على إنشاء شركات وهمية، وتسهيل عملية إدارة الشركة، وتسهيل عملية نقل ملكية الشركة والتنازل عنها. وعلى ذلك تتميز شركة الشخص الواحد بالخصائص الآتية:

◆ **أولاً: إنها تتكون من شريك واحد**

إن العنصر الأهم والأبرز في شركة الشخص الواحد - كما هو واضح من الاسم - هو إنها شركة بلا شركاء، بل هي مكونة من مشروع يمتلك رأس ماله بالكامل شخص واحد، سواء كان هذا الشخص شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، وبذلك تختلف شركة الشخص الواحد عما سواها من أنواع الشركات، حيث أن الأنواع الأخرى تستلزم تعدد الشركاء. وإذا تخلف هذا العنصر في الشركة لأي سبب من الأسباب تحولت إلى شركة أخرى، حيث نصت المادة 88 من قانون الشركات الجديد على أنه: "يجوز رهن حصص رأس مال الشركة، كما يجوز الحجز عليها

(1) د. فيروز الريماوي، شركة الشخص الواحد: دراسة مقارنة، دار البشير للطباعة والنشر، عمان، 1997، ص 44.

وبيعها وفقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية. وإذا وقع البيع على جزء من الحصص تحولت الشركة بقوة القانون إلى شركة ذات مسؤولية محدودة اعتباراً من تاريخ التأشير بحكم مرسومي المزاد، وفي جميع الأحوال يجب نشر حكم مرسومي المزاد وإعلانه". كما نصت المادة 274 من نفس القانون على أنه "تتقضي شركة الشخص الواحد بوفاء مالك رأس مالها إلا إذا اجتمعت حصص الورثة في شخص واحد أو اختار الورثة استمرارها بشكل قانوني آخر وذلك كله خلال ستة أشهر من تاريخ الوفاة، كما تقتضي الشركة بإنقضاء الشخص الاعتباري مالك رأس مال الشركة".

كما تنصت المادة 56 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 1 لسنة 2021 على أنه: "إذا تعدد مالكو حصص رأس مال شركة الشخص الواحد لأي سبب من الأسباب كالبيع أو الهبة أو الإرث وغيرها، فإنها تتحول إلى شركة ذات مسؤولية محدودة".

♦ ثانياً: المسؤولية المحدودة للشريك عن ديون الشركة

إن أهم خاصية تختص بها شركة الشخص الواحد هي المسؤولية المحدودة للشريك فيها عن ديون الشركة فلا يسأل عن ديونها إلا بمقدار مساهمته في رأس المال، على عكس الشريك المتضامن في شركة التضامن أو في شركة التوصية البسيطة الذي يسأل عن جميع ديون الشركة حتى في أمواله الخاصة، ولعل السبب الرئيسي الذي دفع مالك الشركة إلى أن يؤسس شركة ذات شخص واحد محدودة المسؤولية، هي من أجل تحديد مسؤوليته المالية عن ديون الشركة بمقدار مساهمته في رأس المال فلا تتجاوزها إلى أمواله الخاصة.

فشركة الشخص الواحد لا تُعد إذا شكلاً جديداً يضاف إلى الأشكال المعروفة للشركات وإنما هي مجرد نوعية أو نمط جديد للشركة ذات المسؤولية المحدودة، اكتفى فيه المشرع بمؤسس واحد فحسب، أما نظام الشركة فهو بصفة عامة نظام الشركة ذات المسؤولية المحدودة متعددة الشركاء، فيما عدا بعض الاختلافات الناشئة عن وحدة الشريك، فالقرارات الجماعية سوف تستبدل بقرارات فردية تبقى ضرورية بصفة خاصة فيما يتعلق بإقرار الحسابات السنوية. وبذلك تعتبر هذه الشركة خروجاً على مبدأ عدم قابلية الذمة المالية للانقسام، إذ صار من الممكن للشخص - الطبيعي أو الاعتباري - أن يحدد جزءاً من أمواله كرأس مال لمشروع

معين، وينشئ هذا الشخص شركة شخص واحد تتخذ من هذا المشروع محلاً لها، بحيث لا يكون مسؤولاً عن التزامات هذه المشروع إلا في حدود ذلك الجزء من أمواله الذي جعله رأس مال الشركة. ويترتب على ذلك أن ضمان دائني الشركة يقتصر على ذمتها المالية دون ذمة مالكيها، وأنه إذا توقفت شركة الشخص الواحد عن دفع ديونها فإنه يترتب على ذلك إفلاسها بوصفها شخصاً معنوياً ولا يمتد الإفلاس إلى مالك الشركة لأنه لا يلتزم شخصياً بديون الشركة. على أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، لا بد أن يدور حول نظرة الأخلاق إلى شركة يكونها شخص واحد برأس مال معين يمارس ويدير من خلالها عملاً تجارياً ثم يؤول إلى فشل وخسارة لتتم تصفيته وإذا كانت أصولها أقل من خصومها، ففي الوقت الذي يكون فيه لصاحب هذه الشركة والمسئول عن خسارتها امكانيات مادية كبيرة خارج نطاق الشركة نجد ان صاحبها هذا لا يتحمل شيئاً من خسائرها فيما جاوز رأس مالها استناداً الى مبدأ المسؤولية المحدودة التي تقوم عليها هذه الشركة وبالتالي تكون يد دائني هذا المشروع مغلولة عن التنفيذ على اموال الشخص المسؤول عن إحداث خسارة التي لحقت بهم.

إن في السؤال إجابة فئمة تعارض واضح تحمله هذه الشركة مع قواعد الأخلاق، ولا يغير من حقيقة هذا التعارض جملة المبررات التي وردت في هذا الصدد. فتبرير حقيقة هذا التعارض بالقول بأن مسؤولية صاحب المشروع إنما حددت بواسطة القانون وليس بالاستناد إلى الإرادة المنفردة للشريك فحسب⁽¹⁾، وبأن شركة الشخص الواحد إنما شرعت بهدف القضاء على ظاهرة الشركة الوهمية التي باتت وسيلة للتحايل على القانون، فهي أمور لا تغير من حقيقة تعارض هذه الشركة مع قواعد الأخلاق، فالشرعية القانونية ليست بالضرورة شرعية أخلاقية، إذ ان نطاق القواعد الاخلاقية - كما هو معروف - أوسع من نطاق قواعد القانون

وإذا كان ينظر إلى ان اعتناق التشريعات للشركة ذات المسؤولية المحدودة في مرحلة سابقة لشركة الشخص الواحد يعتبر مبرراً قوياً للأخذ بشركة الشخص الواحد فإنني أقول إن الشركة ذات المسؤولية المحدودة تحمل هي الأخرى تعارضاً مع قواعد الاخلاق ولو بصورة أقل وضوحاً مما هي عليه في شركة الشخص الواحد، بالنظر إلى ان واقع التعدد الذي تقوم

(1) د. فايز رضوان، المشروعات الفردية ذات المسؤولية، مرجع سابق، ص 45-55.

عليه الشركة ذات المسؤولية المحدودة يوفر شكلا من اشكال الرقابة على اعمال الشركة، وهو ما يشكل ضمانا هي في حدها الادنى غير متوافرة في حالة الشركة المكونة من شخص واحد.

♦ ثالثا: استقلال الذمة المالية للشركة عن الذمة المالية للشريك الواحد

من المميزات الخاصة لشركة الشخص الواحد استقلال ذمتها المالية عن الذمة المالية للشريك، وعلى ذلك تنص المادة 85 من القانون رقم 1 لسنة 2021 على أنه: "يقصد بشركة الشخص الواحد في تطبيق أحكام هذا القانون- كل مشروع تمتلك رأس ماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري، ولا يسأل مالك الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال المخصص للشركة".

فلكل من الشركة والشريك ذمة مالية مستقلة عن الآخر، وهذا يعطي مميزات للشريك من أهمها:

(أ) في حالة إفلاس الشركة، لا يمكن لدائني الشركة أن ينفذوا على أموال الشريك الخاصة وذلك لاستقلال الذمة المالية للشركة عن الذمة المالية للشريك، فهذه الطريقة يمكن للشريك أن يخضع جزءا من ذمته المالية للخطر، ويبقى جزءا آخر في مأمن عن التنفيذ عليه في حالة إفلاس الشركة.

(ب) في حالة إفلاس الشريك فإن ذلك لا يؤدي إلى إفلاس الشركة وانحلالها، بل تبقى قائمة، ويمكن لدائني الشريك أن ينفذوا على حصة الشريك في الشركة، وبما أن حصته في الشركة هي جميع رأس المال، فيمكن لهم أن يحجزوا على الشركة برمتها وبيعها كجزء واحد، وبالتالي تبقى الشركة قائمة ولا تتحل وتستمر مع مالك آخر.

من أجل ذلك يمكننا القول أن هذه الشركة تفتح الباب أمام التاجر سيئ النية للتعسف والتحايل على القانون⁽¹⁾، حيث يستطيع أن يوزع أمواله لمباشرة أنشطة متعددة مستفيدا من عنصر المسؤولية المحدودة التي تقيه خطر تحمل الخسائر التي قد يمتد بها في أي نشاط من تلك الأنشطة مقابل واقع تكون فيه حقوق الغير الذي يتعامل مع هذه الشركة في وضع خطر.

(1) راجع للمزيد د. فايز رضوان، المشروعات الفردية ذات المسؤولية المحدودة، مرجع سابق، ص 56-58.

♦ رابعاً: تسهيل عملية التنازل عن الشركة

إذا أراد المساهمون في شركة المساهمة المكونة من أكثر من مساهم بيع الشركة أو إذا أراد ذلك الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة المكونة من أكثر من شريك، فإن هذه العملية تخضع لإجراءات معقدة جداً⁽¹⁾ على عكس شركة الشخص الواحد، حيث يكون إجراءات بيع الشركة أسهل مما يقرره الشريك الوحيد بالشركة يتم بدون معارضة من أحد⁽²⁾.

كما أن وفاة مالك الشركة لا يؤدي إلى انحلال الشركة، فيمكن للشركة أن تنتقل إلى الورثة بكل سهولة ويسر، وأن تبقى محتفظة بشكلها القانوني، سواء كانت شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، لكن تكون متعددة الشركاء. من أجل ذلك تنص المادة 56 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 1 لسنة 2021 على أنه: "إذا تعدد مالكو حصص رأس مال شركة الشخص الواحد لأي سبب من الأسباب كالبيع أو الهبة أو الإرث وغيرها، فإنها تتحول إلى شركة ذات مسؤولية محدودة".

♦ خامساً: سهولة اتخاذ القرارات في الشركة ذات الشخص الواحد

بما أن شركة الشخص الواحد مكونة من شريك واحد، فإن قراراتها تتخذ من قبل هذا الشخص وحده، وهذا يؤدي إلى مرونة وسهولة في اتخاذ القرارات في الشركة على عكس الشركات المكونة من أكثر من شخص⁽³⁾، ففي شركة المساهمة حتى يتم اتخاذ قرار في الشركة فإما أن يتخذ من قبل مجلس الإدارة وإما أن يتخذ من قبل الجمعيات العمومية في الشركة حسب نوع القرار⁽⁴⁾، فإذا كان القرار من اختصاص مجلس الإدارة، فيجب أن يتم دعوته للاجتماع والتصويت على القرار⁽⁵⁾.

(1) مفلح عوادالقضاء، الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1998، ص161. ص176.

(2) د. محمد بهجت قايد، شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية، دار النهضة العربية، 1990، ص 25.

(3) مفلح عواد القضاء، الشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة الشخص الواحد دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 1998، ص161. ص 177.

(4) د. محمد فريد العريني، الشركات التجارية- المشروع التجاري الجماعي بين وحدة الأطار القانوني وتعدد الأشكال، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص 142.

(5) أنظر المادة 181، 184، 185 من القانون رقم 1 لسنة 2021.

وأما إذا كان القرار من اختصاص الجمعيات العامة للمساهمين، فيجب دعوة تلك الجمعيات لعقد اجتماع، وحتى ينعقد الاجتماع بشكل صحيح يجب أن يتوافر النصاب القانوني لانعقاده، وذلك حسب نوع الجمعية، سواء أكانت الجمعية العامة العادية أم الجمعية العامة غير العادية⁽¹⁾.

وفي الشركة ذات المسؤولية المحدودة تُتخذ القرارات في الشركة من قبل مدير أو مجلس مديرين إذا كان هنالك أكثر من مدير، أو من الجمعية العامة للشركاء حسب نوع القرار، والجمعية العامة تتكون من جميع الشركاء، وتصدر قراراتها بأغلبية الأصوات ما لم ينص القانون أو العقد على غير ذلك.

نلاحظ مما سبق أن اتخاذ القرارات في الشركة المكونة من أكثر من شخص أمر ليس بالهين، على عكس الشركة المكونة من شخص واحد فقراراتها تكون بيد شخص واحد، فيتخذها بكل سهولة ويسر، وهذا يؤدي إلى السرعة في اتخاذ القرارات وبالتالي السرعة في الإنجاز.

♦ سادسا: عدم اللجوء إلى إنشاء شركات وهمية

من أهم الأهداف التي دفعت المشرع لتقنين شركة الشخص الواحد، هو تفادي إنشاء شركات وهمية فقد ظهر من الواقع العملي للشركائي، أن الكثير منها مملوكة لشخص واحد بالرغم من وجود أكثر من شخص فيها، وتبين أن الأشخاص الآخرين لم يشتركوا فيها إلا من أجل تحقيق شرط من الشروط الواجب توافرها في تأسيس الشركة، ألا وهو تعدد الشركاء، فهم في الحقيقة ليسوا إلا تكملة عدد، ولا يوجد شركاء في الشركة - بشكل فعلي - إلا شريك واحد. ومن جانبنا فإنه بخصوص هذه الحجة التي تبرر شركة الشخص الواحد باعتبارها وسيلة للقضاء على ظاهرة الشركات الوهمية، فإنه إذا كانت الشركة الوهمية⁽²⁾ تتعارض مع القانون والدين والاخلاق، فإن القضاء على هذه الظاهرة لا يكون من خلال بسط الشرعية القانونية عليها، وجعلها عملا يقره القانون ويحميه ونغفل في الوقت ذاته حقيقة تعارضها مع قواعد الدين وقواعد الاخلاق. وعليه فإنه اذا كان للقانون دائرة يشترك فيها مع الاخلاق وان اغلب

(1) انظر المادة 105، 113، 116 من قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2021.

(2) د. ناريمان عبد القادر، مرجع سابق، ص 17-19.

القواعد القانونية هي قواعد اخلاقية فإن حقيقة ان ثمة دوائر ينفرد فيها القانون ولا يكون للأخلاق شأن بها من حيث احتواء التشريعات على مواد تتعارض مع الدين والاخلاق لا تبرر تبنى حالات جديدة لا تتسجم مع الدين والاخلاق، ولكي لا نكون في النهاية امام واقع قانوني تزداد فيه مساحة القواعد القانونية المتعارضة مع الدين والاخلاق.

♦ سابعا: إسم شركة الشخص الواحد

تتخذ شركة الشخص الواحد إسمها خاصا لها يستمد من أغراضها أو من اسم مؤسسها، ويجب أن يتبع إسمها ما يفيد أنها شركة من شركات الشخص الواحد أو (ش.ش.و) على جميع الأوراق والمطبوعات التي تستخدمها في أعمالها والعقود التي تبرمها مع الغير.

♦ ثامنا: رأس مال الشركة

أوجب قانون الشركات الكويتي رقم 1 لسنة 2021 في المادة (87) أن يكون رأس مال الشركة الشخص الواحد كافيا لتحقيق أغراضها، وأن يكون مدفوعا بالكامل، ولقد أحال القانون إلى اللائحة التنفيذية في بيان الحد الأدنى لرأس مال الشركة الشخص الواحد. وقد جاءت اللائحة التنفيذية فحددت الحد الأدنى لرأس مال شركة الشخص الواحد بنصها في المادة 13 منها على أن: "يكون الحد الأدنى لرأس مال الشركات بحسب نوع الشركة على النحو المبين بالجدول أدناه: شركة التضامن والتوصية المبسطة والتوصية بالأسهم والشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة والمؤسسات الفردية، ألف دينار كويتي".

وأما عن مكونات رأس مال، فإن رأس المال يقسم إلى حصص متساوية القيمة، وغير قابلة للتجزئة طبقا لنص المادة 87 من القانون، ولقد أجازت ذات المادة ان يشمل راس مال شركة الشخص الواحد خصصا عينية يتم تقييمها وفقا لأحكام نصوص المادة 11 من القانون. وطبقا للفقرة الرابعة من نفس المادة فإنه لا يجوز أن تمثل الحصص العينية إلا أسهما أو حصصا مدفوعا قيمتها بالكامل.

♦ تاسعا: حل الشركة وانقضائها

يمكن حل شركة الشخص الواحد بقرار من الشريك الوحيد أو بتوافر إحدى الأسباب العامة لإنقضاء الشركات جميعا. وعلى هذا تنص المادة (266) من قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016 على أنه: "مع مراعاة أسباب الإنقضاء الخاصة بكل نوع من أنواع الشركات تتحل الشركة لأحد الأسباب التالية:

- 1- انقضاء المدة المحددة في عقد الشركة ما لم تجدد طبقا للقواعد الواردة بالعقد أو هذا القانون.
 - 2- إنتهاء الغرض الذي أسست الشركة من أجله أو استحالة تحقيقه.
 - 3- هلاك جميع أموال الشركة أو معظمها بحيث يتعذر استثمار الباقي استثمارا مجديا.
 - 4- إجماع الشركاء على حل الشركة قبل انتهاء مدتها ما لم ينص عقد الشركة على الاكتفاء بأغلبية معينة.
 - 5- اندماج الشركة في شركة أخرى،
 - 6- شهر إفلاس الشركة.
 - 7- صدور قرار بإلغاء ترخيص الشركة لعدم مزاولتها لنشاطها أو لعدم إصدارها لبياناتها المالية لمدة ثلاث سنوات متتالية.
 - 8- صدور حكم قضائي بحل الشركة.
- كما تنتضي بوفاة مالك رأس مالها، الا اذا اجتمعت حصص الورثة في شخص واحد أو اختار الورثة استمرارها بشكل القانوني آخر وذلك كله خلال ستة اشهر من تاريخ الوفاة، كما تنتضي الشركة بإنقضاء الشخص الاعتباري ملك مال الشركة.

• المبحث الثاني: التطور التاريخي لشركة الشخص الواحد

كان أول ظهور لفكرة شركة الشخص الواحد من قبل القضاء الألماني، حيث حكمت المحكمة الإمبراطورية القيصيرية في عام ١٨٨٤ م، على أن صيرورة جميع حصص شركة الاتحاد النقابي للمناجم محدودة المسؤولية في يد شخص واحد لا

يؤدي إلى انحلالها، وذلك لأن القضاء الألماني يطبق نظرية التخصيص وليس نظرية وحدة الذمة المالية⁽¹⁾.

وقد صدر أول قانون ينظم أحكام شركة الشخص الواحد في إمارة ليختنشتاين⁽²⁾ وهو قانون الأفراد والشركات حيث سمح هذا القانون بتأسيس شركة ذات مسئولية محدودة مكونة من شخص واحد، قائمة على مبدأ تخصيص الذمة المالية والتي يمكن لأي شخص سواء أكان طبيعياً أم معنوياً، بتخصيص جزء من ذمته المالية من أجل استثماره في مشروع محدد، مهما كانت طبيعته، سواء كان تجارياً أو مدنياً⁽³⁾.

بعد ذلك أجاز القانون الألماني الصادر بتاريخ 1980 /4/7 م، تأسيس شركة الشخص الواحد وتتبع العديد من دول العالم في إصدار قوانين تنظم شركة الشخص الواحد⁽⁴⁾، أهمها القانون الفرنسي رقم 85 - 697 الصادر في 11 /7 /1985، والمعدل بالمرسوم رقم 2000 - 912 الصادر بتاريخ 2000/9/18، المتعلق بتعديل جانب من القانون التجاري، وعرفت الفقرة الأولى من المادة الثانية من هذا القانون شركة الشخص الواحد على النحو التالي: "يمكن تأسيس شركة ذات مسئولية محدودة من شخص واحد أو أكثر على أن يتحملوا الخسائر في حدود مساهمتهم في رأس المال".

(1) د. إلياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، الشركات التجارية، ج ٢، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠٠٨، ص 396.

(2) إمارة ليختنشتاين أو ليشتنشتاين، دولة غير ساحلية تقع في جبال الألب في أوروبا الوسطى تحدها سويسرا إلى الغرب والجنوب والنمسا في الشرق. في عام ١٨٥٥ م استقلت عن الفدرالية الألمانية، ومنذ عام ١٩٢١ ارتبطت الولاية بعلاقات وطيدة مع سويسرا لاسيما من الناحية السياسية والدبلوماسية والاقتصادية والمالية.

(3) د. ناريمان عبد القادر، الخصائص المشتركة بين الشركة ذات المسئولية المحدودة وشركة الشخص الواحد، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، 1990.

(4) القانون الهولندي الصادر بتاريخ 1986 /5/16، قانون الشركات البلجيكي الصادر بتاريخ 1987/7/14، قانون الشركات الإنجليزي الصادر بتاريخ 1992 7/14، المرسوم الإيطالي الصادر بتاريخ 19993/3/3، القانون الإسباني الصادر بتاريخ 1995 /3/23.

وفي التشريعات العربية، يسجل السبق للتشريع العراقي⁽¹⁾ الذي اتفق مع بعض التشريعات المقارنة فيما يتعلق بالحد الأدنى لعدد الشركاء في الشركة وهو شخص واحد، ولكنه اختلف فيما يتعلق بدرجة المسؤولية، ومدى دخول الأشخاص المعنويين في هذا النوع من الشركات التي أطلق عليها: "المشروع الفردي"، وذلك عملاً بنص الفقرة الثانية من المادة الرابعة من قانون الشركات رقم 36 لسنة 1983 والتي تقول أنه: "يجوز (استثناء) أن تتكون الشركة من شخص طبيعي واحد وفقاً لأحكام هذا القانون، وتدعى فيما بعد (المشروع الفردي)، كما تؤكد نفس المعنى الفقرة الرابعة من المادة السادسة بقولها (المشروع الفردي شركة تتألف من شخص طبيعي واحد يكون مالكا للحصة الواحدة فيها ومسئولاً مسؤولية شخصية وغير محدودة عن جميع التزامات الشركة)".

ويتكرر هذا المفهوم مرات عدة في الفقرة الثانية (أ) من المادة الثامنة والفقرة الرابعة من المادة الحادية عشر من ذات القانون وذلك تأكيداً للمفهوم الجديد.

وقد حظر القانون العراقي على الأشخاص المعنوية تأسيس المشروع الفردي (شركة الشخص الواحد) فهو يقوم على شخص طبيعي واحد ومقتضى ذلك أنه لا يجوز للشخص المعنوي تأسيس مشروع فردي على شكل شركة، عملاً بنص الفقرة الرابعة من المادة الحادية عشرة من قانون الشركات لسنة 1983 حيث تنص على أنه "يتألف المشروع الفردي من شخص طبيعي واحد".

ويتضح مما سبق أن الأمر هنا لا يتعلق بتخصيص جزء من ذمة شخص واحد لمشروع معين بحيث تكون عناصر الذمة الأخرى لهذا الشخص بمأمن من المخاطر، فكما هو واضح من نص المادة 4-16 سالف الذكر يظل صاحب المشروع مسؤولاً مسؤولية مطلقة في أمواله

(1) يُراجع قانون الشركات العراقي رقم 36 لسنة 1983 - ويُنظر في هذا الخصوص د. باسم محمد صالح، د. عدنان أحمد ولي العزاوي - القانون التجاري، الشركات التجارية، جامعة بغداد، 1989، ص 105 - 107، ص 118. وحري بالذكر أن قانون الشركات التجارية العراقي الملغى رقم 31 لسنة 1957، كان يشير إلى الحالة الاستثنائية الخاصة التي تتمثل بنقصان العدد القانوني للشركاء لفترة ما لشركة من الشركات بحيث لا يتبقى منهم سوى شريك واحد وذلك بصدد الشركة ذات المسؤولية المحدودة إذ تقرر المادة 318 منه أنه "إذا صار أعضاء الشركة في وقت ما عضواً واحداً. وتعاطت الشركة أعمالها بهذا العدد مدة أكثر من شهرين فيلزم الشريك المتبقى بجميع دين الشركة الناتجة عن أعمالها خلال المدة التي زاولت فيها أعمالها".

الخاصة عن ديون مشروعة بالرغم منح هذا المشروع الشخصية المعنوية مما ترتب عليه فقدها لميزاتها (1).

كما عدلت الكثير من الدول العربية قوانينها⁽²⁾ من أجل تنظيم شركة الشخص الواحد، منها: الأردن وقطر والبحرين والإمارات والسعودية.

أما في مصر، فقبل الرابع عشر من يناير 2018 لم يكن القانون المصرى يعرف شركة الشخص الواحد التي تتكون مباشرة، تأسيسا على أن الشخص له ذمة مالية واحدة ولا تتعدد بتعدد الالتزامات؛ فقد كان المشرع المصرى يبنى مبدأ وحدة الذمة المالية للشخص، وتعتبر الذمة المالية ضامنة للوفاء بجميع ديونه أيا كان نوعها، كما أن مبدأ وحدة الذمة المالية يتعارض مع فكرة تخصيص الذمة المالية التي بمقتضاها يكون للشخص الواحد ذمته المالية الأصلية وفي نفس الوقت ذمة مالية أخرى مخصصة لغرض معين هو الشركة⁽³⁾، وذلك عملا بنص المادة 234 من القانون المدنى المصرى حيث تقول أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، ومقتضى ذلك أنه لا يجوز تجزئة الذمة أو تخصيص بعض عناصرها الإيجابية للوفاء بديون معينة، وإنما تعتبر العناصر الإيجابية فى الذمة كتلة واحدة ضامنة لكل الديون بغير تعيين أو تخصيص⁽⁴⁾.

(1) اعتبر البعض شركة الشخص الواحد فى القانون العراقى عقدا من العقود أنظر د. طالب حسن موسى، ملاحظات فى قانون الشركات رقم 36 لسنة 1983، مجلة القضاء، الأعداد 1، 2، 3 بغداد 1983، ص 72، وقد حاول البعض أيضا تبرير تنظيم المشرع للمشروع الفردى فى قانون الشركات على أساس اعتبارات عملية واقتصادية دون الخوض فى التبرير القانونى ومن أهم ما استند إليه فى هذا الصدد هو أن قانون الشركات لا يخرج عن كونه قانونا "للوحدات الاقتصادية، وأنه من الضرورى فسخ المجال أمام الأشخاص الذين يرغبون فى تأسيس شركات بمفردهم دون إلزامهم بشكلىة لا مبرر لها".

(2) قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997، والقانون المعدل له رقم 40 لسنة 2002 م بالنسبة لشركة الشخص الواحد فى إطار شركة المساهمة الخاصة. والقانون القطري رقم 16 لسنة 2006 م الخاص بتعديل بعض أحكام الشركات التجارية الصادر بالقانون رقم 5 لسنة 2002م. وقانون الشركات التجارية البحريني رقم 21 لسنة 2001 م المعدل بالقانون رقم 50 لسنة 2014م؛ والقانون الاتحادي رقم (2) لسنة 2015 م لدولة الإمارات العربية المتحدة؛ ونظام الشركات السعودى الصادر بالمرسوم الملكى رقم (م/30) وتاريخ 1/28/1437 هـ الموافق 2015/11/10م.

(3) انظر فى ذلك د. سميحة القليوبى، الشركات التجارية، مرجع سابق، بند 14، ص 24، 25.

(4) انظر فى ذلك د. محسن شفيق، الوسيط فى القانون التجارى المصرى، مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الثانية، سنة 1956، بند 381، ص 317، د. على حسن يونس، الشركات التجارية، شركات المساهمة والتوصية بالأسهم والشركات ذات المسئولية المحدودة، دار الفكر العربى، 1990، بند 21، ص 27 وما بعدها، د. على البارودى، دروس فى القانون التجارى، المكتب المصرى الحديث للطباعة والنشر، 1968، بند 112، ص 154.

ويبدو أن المشرع الكويتي قد استجاب لهذا التوجه، فأصدر المرسوم بالقانون رقم 25 لسنة 2012 والمعدل بالقانون رقم 1 لسنة 2016 بإصدار قانون الشركات⁽¹⁾، فأدخل شركة الشخص الواحد إلى التنظيم القانوني للشركات في التشريع الكويتي. ونص في مادته الرابعة على ان "تتخذ الشركة أحد الأشكال التالية: 1- شركة التضامن 2- شركة التوصية البسيطة 3- شركة التوصية بالأسهم 4- شركة المحاصة 5- شرك المساهمة 6- الشركة ذات المسؤولية المحدودة 7- شركة الشخص الواحد وكل اتفاق لم يتخذ أحد الأشكال المشار إليها في الفقرة السابقة يكون الأشخاص الذين ابرموه مسؤولين شخصيا وبالتضامن ن الالتزامات الناشئة عنه".

كما خصص في الباب السابع من قانون الشركات مواد خاصة تحت عنوان "شركات الشخص الواحد". وتولى تنظيم شركة الشخص الواحد في هذا الباب من المادة 85 الى المادة 91.

وقد نص القانون في المادة 91 من هذا القانون على أنه: "مع مراعاة أحكام هذا الباب، تسري على شركة الشخص الواحد الأحكام المنظمة للشركة ذات المسؤولية المحدودة بما لا يتعارض مع طبيعتها".

ويعتبر اعتراف المشرع بتأسيس شركة الشخص الواحد منذ البداية رغم اجتماع كل حصص الشركة في يد شريك واحد انقلابا علي الأسس التقليدية وثورة حقيقية علي مبادئ قانون الشركات. فالشركة كانت لا تقوم ألا علي تعدد الاشخاص وتوافر نية المشاركة بينهم، والقاعدة الأصلية لهذا الاطار التصوري كانت العقد، إلا انه قد تبين بعد فترة ان هذه القاعدة غير كافية، حيث أن جوانب باكملها من القانون لم تكن تقابل مطلقا فكرة العقد ومنطقه. فالشركة في تطور مستمر كما هو عليه الحال في الحقائق الاقتصادية والاجتماعية، وشركة الشخص الواحد ما هي إلا أحد مظاهر هذا التطور فهي الثورة القانونية الحقيقية لأنها تجسيد تشريعي لملائمة قانون الشركات مع الحقائق الاقتصادية والظروف الاجتماعية، ونتيجة منطقية للأسس الجديدة لقانون الشركات الحديث.

(1) منشور في الجريدة الرسمية، العدد 1273، فبراير 2016.

○ الفصل الثاني: الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد

◆ تمهيد وتقسيم

انتهينا في الفصل السابق إلى أن ما يدعى بـ "شركة الشخص الواحد" - في التشريعات التي تأخذ به- ماهي في حقيقتها إلا مشروع فردي أعطاه المشرع ضمانات تحديد المسؤولية، وذلك حينما يخصص المستثمر جزءا من أمواله لذلك المشروع، للإستفادة مما ينتج عنه من ربح ولا يتحمل من خسائر المشروع إلا في حدود ما خصصه له من أموال.

وما كان المشرع في حاجة لأن يطلق على مثل هذا المشروع وصف (شركة)، فأولا هذا المشروع قد يترتب عليه اثر سيئ، ذلك أنه بما أن شركة الشخص الواحد لها ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية لمؤسسها، وذمتها المالية هي الضمان الوحيد لدائنها بحيث لا يمكنهم، في حال عجزها عن الوفاء بديونها، مطالبة المؤسس بما لهم من ديون على الشركة، وهذا الحال قد يؤدي إلى إنشاء شركات ذات شخص واحد هدف المؤسس منها هو الحصول على الأموال بشتى الطرق دون سدادها فتكون وسيلة خصبة للتحايل، كأن تقترض الشركة من البنوك ولا تسدد هذه القروض، وتبرم العقود مع التجار وتستلم البضائع ولا تسدد أثمانها، فيأخذ المؤسس هذه الأموال ويعلن إفلاس الشركة دون المساس بشخصه، وذلك لأن مسؤولية المؤسس محدودة بما يقدمه من رأس مال في الشركة، كما أن للشركة ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للشركاء، وإفلاس الشركة لا يؤدي إلى إفلاس الشريك، فكل ذلك قد يؤدي إلى الغش والتحايل من قبل الشريك الذي هو صاحب المشروع.

وثانيا فقد رأينا ان إطلاق وصف (شركة) على ذلك المشروع الفردي لا يتفق لا مع المعنى اللغوي ولا المعنى الإصطلاحي للشركة، ذلك ان الاصل ان الشركة تقوم أساسا على فكرة العقد الذي يستلزم مقتضاه شخصان أو أكثر بحيث يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال او من عمل، لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما ينتج عن هذا المشروع من ربح او خسارة، وبناء على ذلك فإن الشركة لا تقوم اصلا إلا في حالة تعدد الشركاء اي توافر إرادتين او أكثر لإبرام عقد الشركة فالسؤال الذي يطرح هنا، ما هو اساس شركة الشخص الواحد؟ وهل تقوم على فكرة العقد؟ وما موقفها من الاركان الموضوعية او الشكلية التقليدية للشركة.

الامر الذي يستلزم أن نتناوله بالبحث من خلال ثلاثة مباحث على النحو التالي:
المبحث الأول: شركة الشخص الواحد بين فكرة العقد وفكرة النظام.
المبحث الثاني: النظريات القانونية المحددة للطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد.
المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد في القانون الكويتي.

• المبحث الأول: شركة الشخص الواحد بين فكرة العقد وفكرة النظام

♦ تمهيد وتقسيم

احتدم الإختلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية للشركة. فمن رأى ما ذهب إلى أن الشركة عقد، ومن ما ذهب إلى أن الشركة نظام قانوني، فما هي طبيعة شركة الشخص الواحد بين هذين الإتجاهين؟

وللإجابة على ذلك، فقد ارتأينا ضرورة البحث في الخلاف حول تأسيس الشركة بين فكريتي العقد والنظام، لنخرج منه إلى تأسيس شركة الشخص الواحد على أساس النظام القانوني استثناء من فكرة العقد. وذلك من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للشركة بوجه عام.

المطلب الثاني: تأسيس شركة الشخص الواحد على فكرة النظام القانوني استثناء من الأساس العقدي للشركة.

المطلب الثالث: شركة الشخص بين الإعتبار الشخصي والإعتبار المالي

■ المطلب الأول: الطبيعة القانونية للشركة بوجه عام

تنص المادة الثالثة من قانون الشركات الكويتي، على أن " يكون تأسيس الشركة بعقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف تحقيق الربح بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة"⁽¹⁾.

(1) وقد اقتبست بعض التشريعات العربية هذا التعريف، كقانون الشركات البحريني رقم 28 لسنة 1975 - المادة الأولى، والمادة الأولى من نظام الشركات السعودي الصادر في 1385/3/22هـ. وقد أخذت بهذا التعريف محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم 267 لسنة 1990 تجاري، جلسة 1992/3/8، المنشور بجلة القضاء والقانون، عدد يناير 1996.

ويتضح من هذا أن المشرع الكويتي قد اعتنق المفهوم العقدي للشركة، الذي ينظر إلى الشركة من حيث العمل الذي ينشئها وهو العقد. ومع ذلك فقد ثار خلاف في الفقه حول الطبيعة القانونية للشركة. فمن الرأي ما ذهب إلى أن الشركة عقد، وذهب البعض إلى أن الشركة نظام قانوني، بينما ذهب البعض الآخر إلى أن الشركة وسيلة قانونية لتنظيم المشروع. وسوف نحاول أن نلقى الضوء على كل هذه الآراء التي قيلت بشأن تحديد الطبيعة القانونية للشركة.

♦ أولاً: الشركة عقد

سادت هذه النظرية في بداية القرن التاسع عشر حيث ازدهر مبدأ سلطان الإرادة. وفي كنف هذا المبدأ، ساد الاعتقاد بأن الشركة ما هي إلا عقد. وعن طريق هذا العقد تبعث الشركة إلى الوجود⁽¹⁾، وتتولى إرادة المتعاقدين تنظيم العقد وتحديد الآثار التي تترتب عليه. إلا أن عقد الشركة يختلف عن غيره من العقود في أن مصالح أطرافه غير متعارضة. فالسمة الغالبة للعقود أن مصالح أطراف العقد متعارضة، فمصلحة البائع أن يبيع بأعلى سعر ممكن، ومصلحة المشتري أن يشتري ذات الشيء المعروض للبيع بأقل سعر ممكن. ولقد كان لظهور الأفكار التي تدعو إلى تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية أثر كبير على المفهوم التعاقدى للشركة. حيث أظهرت كثيراً من الفوارق بين عقد الشركة والقواعد التي تحكم العقود بوجه عام.

أ- عقد الشركة ينتج عنه شخص قانوني مستقل بذاته عن العناصر البشرية والمادية التي يتكون منها المشروع الاقتصادي. هذا الأثر يترتب على عقد الشركة ولا يترتب على العقود المدنية التي تحكمها النظرية العامة للالتزامات.

ب- تنص المادة 196 من القانون المدني الكويتي على أن "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يستقل بنقضه أو تعديل أحكامه، إلا في حدود ما يسمح به الاتفاق، أو

(1) وبما أن الشركة عقد يتوجب لصحتها كعقد ان تتوافر فيها جميع الأركان الموضوعية العامة التي يلزم أن تتوافر في سائر العقود والمتمثلة بالرضا والأهلية والمحل والسبب، بالإضافة إلى الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة المتضمنة لركن تعدد الشركاء، وتقديم الحصص ونية المشاركة واقتسام الأرباح والخسائر فضلاً عن ضرورة توافر الأركان الشكلية التي يتطلبها القانون ألا وهي كتابة عقد الشركة وشهره.

يقض القانون بغيره ". فوفقاً للقواعد العامة لا يجوز تعديل العقد إلا بموافقة جميع الأطراف. وبينما يستلزم تعديل العقد كإنشائه موافقة المتعاقدين جميعاً نجد أن تعديل عقد الشركة يكفي لحصوله موافقة أغلبية الشركاء، هكذا نجد أن تطبيق قانون الأغلبية والزام الأقلية دون أخذ رأيها ينافي فكرة العقد، فالإجماع ليس ضروري إذا لتعديل عقد الشركة، ولذلك يقال أن الشخص المعنوي (الشركة) يسيطر بقوة على الإرادات التي ساهمت في إنشائه.

ج- يختلف عقد الشركة عن سائر العقود في أنه لا يقتصر دوره على ميلاد بعض الحقوق والالتزامات التي تقع على عاتق طرفيه، والتي ينتهي دور العقد بتنفيذها، وإنما يترتب على عقد الشركة وخلافاً لغيره من العقود إنشاء كائن قانون جديد هو الشركة كشخص معنوي له مصالحه الذاتية المتميزة عن مصالح الشركاء والتي قد تتعارض أحياناً مع مصالحهم، هذا الكائن يمنح العلاقات بين الشركاء نوع من الفاعلية والاستقرار لا يمكن أن يحققها فن التعاقد بصفة عامة.

د- يتميز عقد الشركة عن غيره من العقود في أن المصالح تتحد فيه وتتوازى⁽¹⁾، فعقد الشركة لا يوفق بين مصالح متعارضة لمتعاقدين متقابلين كما يحدث في سائر العقود. فههدف جميع الشركاء هو تحقيق الربح من جراء القيام بالمشروع الاقتصادي الذي من أجله تكونت الشركة. بينما نجد أن القاعدة العامة في العقود أن مصالح أطرافها غالباً ما تكون متعارضة⁽²⁾. هـ- أصدر المشرع كثيراً من القواعد الأمر لتتنظيم مسائل معينة في عقد الشركة، مما أدى إلى انحسار الفكرة التعاقدية للشركة في وقتنا المعاصر. بينما لا نجد هذا المسلك في العقود المدنية الأخرى. وعلى سبيل المثال، فإن اكتساب الشخصية المعنوية للشركة لا يتم بمجرد توقيع العقد المنشئ لها وإنما بناء على مراعاة شكلية معينة تتمثل في تسجيل الشركة في السجل التجاري⁽³⁾.

(1) د. اكثم أمين الخولي، الموجز في القانون التجاري، مكتبة سيد عبد الله وهبة، 1970، الجزء الأول، بند 362.

(2) د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الأول، الطبعة الثانية، 1955، بند 381.

(3) أوجبت المادة 9 من قانون الشركات رقم 1 لسنة 2016 على أن: "فيما عدا شركة المحاصة، يشهر عقد الشركة وما يطرأ عليه من تعديلات وفقاً لأحكام هذا القانون، فإذا لم يشهر العقد على النحو المذكور كان غير نافذ في مواجهة الغير". وقد قضى بأن " الشركة لا يكون لها وجود قانوني إلا إذا تم قيدها بالسجل التجاري ونشر ملخصاً...". تمييز كويتي جلسة 1995/12/26، طعن رقم 250 لسنة 1970، مجموعة صلاح الجاسم.

و- يختلف عقد الشركة عن غيره من العقود فى ضعف المفهوم العقدى وذلك بالمقارنة بغيره من العقود، إذ يصعب القول بوجود عقد بين أشخاص لا يعرفون بعضهم بعضا كما هو الحال فى شركات المساهمة، فقد أدى تقسيم رأس مال هذه الشركات إلى أسهم عديدة فضلا عن قابليته للتداول بسرعة وسهولة إلى أضعاف الفكرة العقدية للشركة بدرجة كبيرة، فقد أدى هذا التقسيم إلى الفصل بين وظيفتى التمويل والإدارة وإلى أن تغلب على المساهم فكرة تمويل المشروع نظير ربح، أو عقلية الممول على عقلية الشريك الذى يهتم بسير الشركة ويشارك فى إدارتها.

ز- كما أن ممثلوا الشركة من مديرين وأعضاء مجلس إدارة لا يعدو مجرد وكلاء عن الشركة، بل يعتبرون أعضاء. فى جسم الشخص المعنوى المستقل عن الشركاء، يلتزمون بتحقيق الهدف المشترك للشركة، ويحدد القانون سلطاتهم ومسئولياتهم بقواعد أمره.

♦ ثانيا: الشركة نظام قانونى

انتقد جانب⁽¹⁾ من الفقه فكرة العقد كركيزة، تقوم عليه فكرة الشركة حيث أن فكرة العقد - كما هى معروفة فى القواعد العامة للالتزامات - لا تستوعب كل الآثار القانونية التى تترتب على تكوين الشركة. فالشركة ما هى إلا نظام قانونى يحكم تأسيسه وإدارته قواعد قانونية أمره وفكرة النظام تتطلب شروط عديدة استعرضها الفقه⁽²⁾ على النحو الآتى:

(أ) وجود فكرة لعمل أو لمشروع يخلق رابطة اجتماعية.

(ب) وجود تآلف إنسانى يتولى إتمام هذا العمل.

(ج) وجود تنظيم. ويتحقق ذلك عندما توجد مجموعة من الوسائل المادية والبشرية لتحقيق

الغاية من المشروع الاقتصادى.

(د) وجود قدر أدنى من توافق الرأى بين جمهور الأعضاء والقائمين على إدارة هذا

المشروع.

(1) د.محمود مختار بربرى، قانون المعاملات التجارية، 1987، ص 187؛ د. محمد عبد الحميد القاضى، الشركات التجارية، بدون ناشر، 2008، ص 31.

(2) د.محمود مختار بربرى، قانون المعاملات التجارية، 1987، ص 187.

بالرغم من وجهة نظرية النظام القانوني، فإن هناك كثيرا من الانتقادات وجهت إليها. ومن أهم هذه الانتقادات أن فكرة النظام القانوني غير واضحة المعالم، وأنها ذات جوهر نفسى - اجتماعي⁽¹⁾. فضلا عن ذلك فإن نظرية النظام القانوني قد عجزت عن استبعاد الفكرة التعاقدية للشركة.

♦ ثالثا: الشركة وسيلة قانونية لتنظيم المشروع

ذهب بعض الفقهاء⁽²⁾ إلى أن الشركة ما هي إلا أداة قانونية لتنظيم المشروع الاقتصادي. وعن طريق هذه الأداة يكون للمشروع الاقتصادي ذمة مالية مستقلة وأهلية قانونية بموجبها يكون المشروع قادرا على تحمل الالتزامات واكتساب الحقوق الناتجة عن ممارسة النشاط الذي يهدف إليه المشروع.

ومن رأى من ذهب إلى أن الشركة تعد بمثابة تصرف قانوني جماعي⁽³⁾، بينما ذهب الدكتور السنهوري⁽⁴⁾ إلى اعتبار الشركة عقد وهي فى مرحلة التكوين ولكنها بعد التكوين تصبح أقرب إلى النظام منها إلى العقد الذاتى. بينما ذهب البعض⁽⁵⁾ إلى تأييد القول بأن الشركة تعتبر عقدا فى بدايتها، إلا أنها تصبح بعد ميلاد شخصيتها الاعتبارية بمثابة مركز قانوني. ومع ذلك فإننا نؤيد رأى الراجح فى الفقه⁽⁶⁾ والذى يذهب إلى القول بأن كل من الفكرة التعاقدية والفكرة النظامية تتعايشان معا داخل الشركة. غير أن خلط كل من الفكرتين التعاقدية والعقدية والتنظيمية يختلف من نوع إلى آخر من أنواع الشركات، فنجد هذا الدور يتزايد فى الشركات المدنية وشركات الأشخاص التجارية، إذ مازال تعديل عقد الشركة فى هذه الشركات

(1) د. محمود مختار بربرى، قانون المعاملات التجارية، 1987، ص 188.

(2) راجع فى ذلك د. على قاسم، دروس فى قانون الأعمال، 1987، ص 27.

(3) د. أبو زيد رضوان، الشركات التجارية فى القانون الكويتي المقارن، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987، ص 978.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الخامس، 1987، ص 275.

(5) د. عبد الرافع موسى، النظرية العامة للشركة، 1986، ص 39.

(6) د. مصطفى طه، القانون التجارى، 1981، ص 182؛ د. أبو زيد رضوان، الشركات فى القانون الكويتي المقارن،

1978، ص 24؛ د. محمد فريد العرينى، القانون التجارى، 2005، ص 229؛ د. أكرم الخولى، المرجع السابق، ص

297.

يستلزم إجماع الشركاء على عكس ذلك يكون الوضع في شركات الأموال، حيث تضعف الفكرة العقدية وتغلب الفكرة التنظيمية، إذ يجوز تعديل نظام الشركة بالأغلبية، كما يلاحظ تزايد تدخل المشرع في تنظيم هذه الشركات بأحكام أمرة، إلى درجة يمكن القول معها اليوم بأن إرادة الأفراد تقتصر على مجرد الانضمام إلى تلك القواعد القانونية الأمرة والتي لا يملك الأفراد حق مناقشتها ومع ذلك مازال المشرع يحتفظ لإرادة الأفراد بقدر لا يستهان به من حرية الاختيار سواء فيما يتعلق بتحديد غرض الشركة ورأس مالها أو بعض المسائل المتعلقة بتوزيع الأرباح، الأمر الذى يميز الشركة عن النظام القانونى بشكله المعروف فى القانون العام حيث لا يملك الخاضعون للنظام مناقشة وظائف هذا النظام ولا نطاق نشاطه بل يخضعون فى كل ذلك إلى حكم القانون⁽¹⁾.

■ المطلب الثاني: تأسيس شركة الشخص الواحد على فكرة النظام القانونى استثناء من الأساس العقدي للشركة

انتبهنا في المطلب السابق إلى أن الإتجاه الراجح في الفقه يتمسك بفكرة العقد كأساس قانوني للشركة، وإن ذهب إلى أن كل من الفكرة التعاقدية والفكرة النظامية تتعايشان معا داخل الشركة. فمازال المشرع يحتفظ لإرادة الأفراد بقدر لا يستهان به من حرية الاختيار، فالشركة يبدأ تأسيسها بعمل إرادي مشترك بين طرفين أو أكثر. بينما رأينا - باستقراء أحكام شركة الشخص الواحد في مختلف القوانين المقارنة - أنها تتم بإرادة منفردة تصدر عن الشخص الذي يرغب في تأسيسها بالشروط والأحكام التي وضعها المشرع.

فهل يمكن القول - والحال كذلك- أن شركة الشخص الواحد تتأسس على فكرة النظام؟ في الاجابة على ذلك نجد أنه باستقراء كافة التشريعات التي أقرت شركة الشخص الواحد فإنه يتضح ان المشرع ما زال يتمسك بفكرة العقد كأساس لتأسيس الشركة بصفة عامة. وأن إقرار تأسيس شركة الشخص الواحد بإرادة منفردة، ليس إلا استثناء من الأساس العقدي. فمازال للعقد وكذلك للإرادة المنفردة فى بعض التشريعات الدور الفعال والمنشئ للشركة، وهذا هو القدر الذى لا بد أن يبقى من

(1) د. أكرم الخولي، مرجع سابق، بند 363.

مبدأ سلطان الإرادة ومن نصيب الفكرة العقدية مهما تراجع أمام الاتجاه التنظيمي. فالشركة لا تعتبر عقدا فحسب ولا نظاما قانونيا خالصا، وإنما هي مزيج من الاثنين معا، تنشأ بإرادة فردية أو جماعية، ولكن تنظيمها وتحديد آثارها في كثير من الحالات يتخذ طابعا نظاميا. هكذا نخلص إلى أن كلا من الفكرتين التعاقدية والتنظيمية يحتفظ في البناء القانوني للشركة بنصيب، ولكن هذا النصيب يختلف حجمه وفاعليته بحسب نوع الشركة، هل هي من شركات الأشخاص حيث يزداد فيها الدور الإرادي والعقدى، أو من شركات الأموال حيث يتضاءل فيها هذا الدور.

وهذا هو الإتجاه الذي اعتنقه المشرع الكويتي في القانون رقم 1 لسنة 2016، والذي بموجبه أصبح التعريف الجديد للشركة في الفقرة الأولى من المادة (85) من قانون الشركات الجديد على أنه " يقصد بشركة الشخص الواحد- في تطبيق أحكام هذا القانون- كل مشروع رأس ماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري، لا يسأل مالك الشركة عن إلتزاماتها إلا بمقدار رأس المال المخصص للشركة".

ويبدو من ذلك أن المشرع الكويتي لم ينكر دور العقد كوسيلة لإنشاء الشركة وكأصل عام قامت عليه منذ أقدم العصور، ولكن تأثرا بفكرة النظام القانوني أجاز إنشاء الشركة بالإرادة المنفردة، والإرادة هنا ليست حرة مطلقة من كل قيد في اختيار أى شكل تراه لتكوين الشركة، فلا يجوز مثلا إنشاء شركة مساهمة بالإرادة المنفردة ولا شركة تضامن بهذه الإرادة⁽¹⁾، وإنما دور الإرادة المنفردة يقتصر على إنشاء نوع معين من الشركات حدده القانون صراحة وعلى سبيل الاستثناء وهو شركة الشخص الواحد.

(1) وذلك خلافا لبعض التشريعات التي أجازت تنظيم هذه الشركة في إطار شركة المساهمة الخاصة وشركة المساهمة العامة، مثل التشريع الأردني رقم 22 لسنة 1997 وتعديلاته عام 2002 (المادتان 65 أ مكرر، و199)، ونظام الشركات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم 30 في في الثامن والعشرين من شهر محرم من عام ألف وأربعمائة وسبعة وثلاثين هجري، حيث أجازت المادة (55) منه إمكانية تأسيس شركة مساهمة ذات شخص واحد. ونصت المادة (149) على أنه إذا ألت جميع أسهم شركة المساهمة إلى مساهم واحد لا تتوافر فيه الشروط الواردة في المادة (55) تبقى الشركة وحدها مسؤولة عن ديونها والتزاماتها، ومع ذلك يجب على المساهم توفيق أوضاع الشركة مع الأحكام الواردة في هذا الباب أو تحويلها إلى شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد خلال مدة لا تتجاوز سنة وإلا انقضت الشركة بقوة النظام. وأجازت المادة (154) من نظام الشركات الجديد تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد.

■ المطب الثالث: شركة الشخص بين الإعتبار الشخصي والإعتبار المالي

قام الفقه⁽¹⁾ بتقسيم الشركات التجارية إلى ثلاث طوائف. وقد ارتكز الفقه في هذا التقسيم على شخصية الشريك ومدى مسؤوليته عن ديون الشركة. فالشركات التي تقوم على الإعتبار الشخصي، يطلق عليها: "شركات الأشخاص"، والشركات التي تقوم على الإعتبار المالي يطلق عليها: "شركات الأموال"، والشركات التي تجمع بين الإعتبارين معا يطلق عليها: "الشركات المختلطة"⁽²⁾. وعلينا الآن أن نلقي على كل نوع منها نظرة سريعة، لنعرف إلى أي نوع منها تنتمي شركة الشخص الواحد.

أ- شركات الأشخاص:

تتميز شركات الأشخاص أنها تضم مجموعة قليلة من الشركاء غالبا ما تربطهم صلة القرابة أو الصداقة القوية. وهي تقوم على الاعتبار الشخصي والثقة المتبادلة التي يعرضها كل شريك في الآخر⁽³⁾. وتدخل في نطاق شركات الأشخاص كل من شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة. وشركات الأشخاص الثلاث تجمع بينها صفات مشتركة أهمها:

(1) د. سمير الشرفاوي، الشركات التجارية، 1986، ص 16؛ د. علي البارودي، القانون التجاري، 1986، ص 130؛ د. محمد فريد العريني، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 16-17.

(2) بينما ينتقد د. حسين الماحي هذا التقسيم، ويرى أن تصنيف الشركات على أساس الإعتبار الشخصي والإعتبار المالي غير حاسم، ويقترح سيادته تقسيما جديدا يعتمد على أساس الخلاف بين النظرية العقدية والنظرية النظامية، فهناك نوع من الشركات، تكون إرادة الأفراد هي المهيمنة على البنية القانونية للشركة، إذ يملك الأفراد أن يضمنوا العقد، ما يرونه من شروط وقواعد تحكم نشأة الشركة، وحياتها، وانقضاءها. هذا النوع يُطلق عليه وصف الشركات العقدية. وعلى خلاف هذا النوع، هناك نوع آخر من الشركات التي يتدخل المشرع بتنظيمها بنصوص أمرة، لم تعد البنية القانونية الخاصة بها - متروكة لإرادة الشركاء، بل صارت محددة، وفقا للنظام الذي وضعه المشرع ولا يجوز الخروج عليه، هذا النوع، يُطلق عليه وصف الشركات النظامية. وعلى هذا الأساس يصنف سيادته الشركات التجارية إلى نوعين:

النوع الأول هو الشركات العقدية، وتشمل شركات التضامن، والتوصية البسيطة والمحاصة.

النوع الثاني هو الشركات النظامية، وتشمل شركات المساهمة، وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة. راجع مؤلفه، سالف الإشارة إليه، ص 32-33.

(3) د. علي يونس، الشركات التجارية، 1960، ص 27؛ د. مختار بري، المرجع السابق، ص 185.

- (1) أنصبة الشركاء فى هذه الشركات تكون فى شكل حصص، وهى غير قابلة للتنازل إلا بموافقة جميع الشركاء .
- (2) شخصية الشريك فى هذه الشركات تعد بمثابة العمود الفقري الذي ترتكز عليه الشركة فى تكوينها وبقائها.
- (3) يتولى إدارة شركات الأشخاص شخص أو أكثر يسمى مديراً .
- (4) تعنون شركة التضامن والتوصية البسيطة باسم أحد الشركاء المسؤولين مسئولية شخصية وتضامنية.
- (5) العيب الذى يصيب إرادة أحد الشركاء يؤدي إلى إبطال الشركة فى مواجهة جميع الشركاء⁽¹⁾.

ب- شركات الأموال:

لا تهتم شركات الأموال بشخصية الشريك، إنما تهتم بتجميع رؤوس الأموال⁽²⁾ لتحقيق غرض الشركة الذى من أجله قامت. وتعتبر شركات الأموال هى الشكل المناسب للقيام بالمشروعات التى تحتاج على أموال طائلة. وتعتبر شركة المساهمة النموذج الأمثل لهذا النوع من الشركات. وأهم ما تتميز به شركة المساهمة أنها تقوم على الاعتبار المالى، ويقسم رأس مالها إلى أسهم متساوية القيمة، وغالبا ما تكون قيمة السهم صغيرة فى متناول الجميع، ويسأل الشريك المساهم فى هذه الشركة مسئولية محدودة لا تتعدى قيمة أسهمه فى الشركة. وأخيرا تعد حرية تداول الأسهم من أهم خصائص الشركة المساهمة - فضلا عن ذلك فإن شركة المساهمة لا تتأثر من قريب أو بعيد بوفاة أو إفلاس أو إعسار الشريك المساهم.

ج- الشركات ذات الطبيعة المختلطة:

هذا النوع من الشركات جمع بين الخصائص التى تميز بها بعض شركات الأشخاص وشركات الأموال، من ثم تكون له طبيعة مختلطة تنتج من اجتماع بعض خصائص شركات

(1) د. مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص222، د. علي البارودي، مرجع سابق ص 138.

(2) د. ابو زيد رضوان، مرجع سابق، ص353.

الأشخاص والأموال معا⁽¹⁾. وللشركات ذات الطبيعة المختلطة صورتان هما شركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسؤولية المحدودة⁽²⁾.

ولما كانت شركة الشخص الواحد تجمع بين الاعتبارين معا، فهي تؤسس بإرادة منفردة صادرة من شخص واحد، مما يدفع الى الاعتقاد بأن شخصه محل إعتبار، في الوقت ذاته الذي تتحدد مسؤليته في حدود ما يخصه لهذه الشركة من اموال، فبالتالي تقترب من شركات الاموال نظرا لان مسؤولية الشريك الوحيد فيها محدودة بما خصه من اموال.

وهذا ما أخذ به المشرع الكويتي، إذ نص في المادة 91 من القانون رقم 1 لسنة 2016 على أن: "مع مراعاة أحكام هذا الباب، تسري على شركة الشخص الواحد الأحكام المنظمة للشركة ذات المسؤولية المحدودة بما لا يتعارض مع طبيعتها".

• المبحث الثاني: النظريات القانونية المحددة للطبيعة القانونية لشركة الشخص

الواحد

احتدم الخلاف في الفقه التجاري حول الطبيعة القانونية للشركة الشخص الواحد، حيث ظهرت ثلاث نظريات تحدد ذلك هي: نظرية الشخصية الاعتبارية للشركة (النظرية التقليدية)، ونظرية ذمة التخصيص، والنظرية المختلطة. ولتحديد موقف شركة الشخص الواحد من هذه النظريات، نتناول كل منها في مطلب مستقل عن النحو التالي.

(1) د. ابو زيد رضوان، سابق الإشارة، ص353، د.اجثم الخولي، مرجع سابق، ص 392، د. سميحة القليوبي، مرجع سابق، ص 18 - 19.

(2) وهي شركة لا يزيد عدد الشركاء فيها عن خمسين شريكا لا يكون كل منهم مسئولا إلا بقدر حصته. (والواقع أن محدودية عدد الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة جعلها تقترب من شركة التضامن من حيث قيامها على قدر من الاعتبار الشخصي مما يجيز للشركاء استرداد حصة الشريك الذي يريد التنازل عنها تجنباً لوجود شريك غير مرغوب فيه. وتتحدد مسؤولية الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة بمقدار ما يقدمونه من حصص - أي أن مسؤولية كل شريك محدودة بقدر حصته وبهذا تقترب هذه الشركة من شركات الأموال). راجع د. نادية محمد معوض، مرجع سابق، ص24.

■ المطب الأول: نظرية الشخصية الاعتبارية للشركة

يقصد بالشخصية المعنوية، صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات⁽¹⁾. وقد منح القانون الشخصية المعنوية للشركة حتى تتمكن من اكتساب الحقوق والالتزامات، وتقوم بالواجبات الملقاة على عاتقها. فيكون لها أن تشتري وتبيع وترهن وتؤجر، كما أنها تُسأل مسئولية تعاقدية وغير تعاقدية وفقاً لأحكام المسئولية المدنية العقدية والتقصيرية، بل أنها تُسأل جنائياً في حدود ما يتناسب مع شخصيتها الاعتبارية، كالحكم عليها بالغرامة عند مخالفة المدير للقوانين بناء على أمر الشركاء، هذا بالإضافة إلى أنه بمجرد ثبوت الشخصية المعنوية للشركة، يمكن رفع الدعاوى عليها باعتبارها شخصية مستقلة عن شخصية الشركاء.

ولقد أثار منح الشخصية المعنوية للشركات كثيراً من النقاش⁽²⁾ بين الفقهاء، فذهب جانب من الفقه إلى القول بأن اكتساب الشخصية المعنوية للشركات يعد من قبيل المنحة من المشرع وأن هذه الشخصية تعد من قبيل المجاز. ولعل ذلك راجع إلى أن الشخصية القانونية تتطلب وجوداً عضوياً للشخص الذى يكتسب الشخصية القانونية - والواقع أن هذا الاتجاه الفقهي لا يمكن التسليم به - لأنه ليس صحيحاً القول بأن الشخصية القانونية ترتبط وجوداً وعندما بالوجود العضوى للشخص المراد منحه الشخصية القانونية. فالدولة لا خلاف على أنها تتمتع بالشخصية القانونية. ومن ناحية أخرى فإن الرقيق لم يقل أحد بتمتعه بالشخصية القانونية بالرغم من وجوده العضوى.

أما الجانب الثانى من الفقه فذهب إلى القول بأن الشخصية القانونية للشركات هى شخصية حقيقية غير خيالية أو مجازية. وأن هذه الشخصية تستقل استقلالاً

(1) د. عبد الحى حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الحق وفقاً للقانون الكويتي دراسة مقارنة، مطبوعات جامعة الكويت، 1970، ص 402؛ وانظر في الموضوع بصفة عامة د. محمود مختار بري، الشخصية المعنوية للشركة التجارية شروط اكتسابها وحدود الإحتجاج بها، دار النهضة العربية، القاهرة، 1985؛ د. محمود سمير الشرفاوي، الشركات التجارية في القانون المصري؛ 1986، ص 19؛ د. حسين الماحي، الشركات التجارية، 2017، مرجع سابق، ص 35.

(2) راجع فى ذلك مقال الدكتور أبو زيد رضوان، مفهوم الشخصية المعنوية بين الحقيقة والخيال، منشور فى مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، يناير 1970، ص 193 وما بعدها.

كاملا عن شخصية الشركاء⁽¹⁾. وتقوم فكرة هذه النظرية على أساس اتحاد الذمة المالية بالشخصية القانونية⁽²⁾.

وعلى أي حال فإنه ينتج عن تطبيق هذه النظرية عدة آثار قانونية مهمة تتمثل في الآتي:

أ- تثبت الذمة المالية لكل شخص: طالما أن الذمة المالية هي الجانب المالي للشخصية، فكل شخص تثبت له الشخصية القانونية يجب أن يكون له ذمة مالية، مهما كان هذا الشخص حتى ولو كان وليد اللحظة، وذلك لوجود شخصية قانونية له.

ب- لا وجود لذمة مالية بدون شخص تستند إليه: طالما إن الذمة المالية هي الجانب المالي للشخصية القانونية فلا يمكن التخيل وجود ذمة مالية من غير أن تستند إلى شخص، مهما كان هذا الشخص، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا.

ج- عدم قابلية الذمة المالية للتجزئة أو التعدد: طالما أن الشخصية القانونية واحدة لا تتجزأ ولا تتعدد، فالذمة المالية كذلك لا يمكن تجزئتها أو تعددها، فوجود ذمة مالية واحدة ماهو إلا نتيجة كونها مظهرا من مظاهر الشخصية القانونية، فالشخص سواء كان طبيعيا أم معنويا لا يوجد له إلا ذمة مالية واحدة، وذلك لوجود شخصية قانونية واحدة له فقط.

"وتتضح الصفة النظامية لشركة الشخص الواحد محدود المسؤولية من الأمور الآتية:

1- التأسيس: لا تتمتع شركة الشخص الواحد بالشخصية القانونية أو الاعتبارية إلا بعد مراعاة شكلية إدارية هي التسجيل في السجل التجارى. هذا إلى جانب وجود قواعد آمرة لا بد من مراعاتها واحترامها ويترتب على مخالفتها مسؤولية مؤسس الشركة (مثل القواعد الخاص بحجم رأس مالها).

2- نشاط الشركة: ينظم القانون بنصوص صريحة سير العمل في شركة الشخص الواحد وذلك بالإحالة إلى تطبيق قواعد الشركة ذات المسؤولية المحدودة الواردة بالتفصيل في قانون الشركات والائحة التنفيذية المنفذة له.

(1) راجع د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 117 وما بعدها.

(2) فيروز بن سنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، مبدأ وحدة الذمة المالية، شركة الشخص الواحد، التصرف الائتماني: دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١، ص 46 وما بعدها.

3- نقل الحصص وتحول الشركة: يمكن الانتقال من شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية إلى شركة ذات المسؤولية المحدودة متعددة الشركاء بمجرد حوالة بعض الحصص إلى شريك آخر أو أكثر سواء كانت هذه الحوالة بعوض أو بغير عوض، كذلك يمكن الانتقال من الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلى شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية عند اجتماع كل حصص الشركة في يد شريك واحد، وما يحدث في الفرضين السابقين يعد مجرد حوالة للحصص وليس تحولاً للشركة ويستلزم لصحته مراعاة بعض الإجراءات الشكلية فحسب، كذلك يمكن تحول شركة الشخص الواحد إلى شكل آخر من أشكال الشركات شريطة المرور أولاً بتعدد الشركاء ومع مراعاة الشروط والشكليات التي استلزمها القانون بصدد كل شكل من أشكال الشركات التي يتم التحول إليها.

4- حل الشركة وانقضاءها: يمكن حل شركة الشخص الواحد محدود المسؤولية بقرار من الشريك الوحيد أو بحكم قضائي أو بتوافر إحدى حالات الحل التي نص عليها القانون. و قد نصت المادة 91 على أنه "تسري على شركة الشخص الواحد الاحكام المنظمة للشركة ذات المسؤولية المحدودة بما لا يتعارض مع طبيعتها".

■ المطب الثاني: نظرية ذمة التخصيص

تقوم هذه النظرية على أساس الانفصال التام بين الشخصية القانونية والذمة المالية⁽¹⁾ بحيث يمكن لأي شخص كان، سواء طبيعي أو معنوي، تخصيص جزء من ذمته المالية واستعمالها في مشروع معين⁽²⁾، فلا وجود للذمة المالية على أساس الشخصية القانونية لشخص ما⁽³⁾، بل على أساس تخصيص مبلغ من المال لتحقيق غرض محدد، فالهدف الأساسي من

(1) د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، مرجع سابق، ص 41 وما بعدها؛ فيروز بن سنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها.

(2) د. علي سيد قاسم، المشروع التجاري الفردي محدود المسؤولية: دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص 72.

(3) بينما يتمثل مضمون النظرية التقليدية للذمة المالية، في إدماج تلك الذمة في فكرة الشخصية والنظر إليها بوصفها هذه الأخيرة في مظهرها المال، وتعتبر الذمة المالية حسب أنصار هذه النظرية أنها "مجموع الحقوق المالية الموجودة أو التي توجد والالتزامات المالية الموجودة أو التي قد توجد لشخص معين" فالذمة المالية عندهم تتمثل بأنها مجموع أموال الشخص والتزاماته على اعتبار أنها وحدة غيرمتجزئة، وهذه الوحدة أو المجموعة تستخلص من فكرة الشخصية، إذ إن إرادة

وجود الذمة المالية هو وجود مبلغ من المال مخصص لتحقيق هدف معين، وليس لوجود شخص قانوني تستند إليه⁽¹⁾. فطالما وجدت مجموعة من الأموال محددة لتحقيق هدف ما، وجدت الذمة المالية حتى ولو لم يكن هنالك شخص تستند إليه.

وتسعى هذه النظرية إلى الاستغناء تماما عن فكرة الشخص المعنوي، فيرى أنصارها أنه لا وجود للشخصية القانونية إلا للإنسان، وما وجود هذه الشخصية للشركات والجمعيات والمؤسسات وغيرها إلا افتراض خاطئ، وذلك لأن إسناد هذه الحقوق والالتزامات إلى هذه المجموعات يعني إسنادها إلى شخص افتراضي لا وجود له في الواقع وإذا كان افتراض شخصية قانونية لهذه المجموعات هو من أجل الاعتراف لها بذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية لمؤسسيها والأعضاء المنتمين لها، فإنه يمكن فعل ذلك من خلال تخصيص ذمة مالية لكل تجمع مالي ينشأ من أجل تحقيق هدف معين⁽²⁾ دون اللجوء إلى إنشاء شخصية قانونية له، وتكون هذه الذمة المالية للتجمع مستقلة تماما عن الذمة المالية لمؤسسيه وأعضائه.

وينتج عن تطبيق هذه النظرية عدة آثار قانونية تتمثل فيما يأتي:

١- احتمالية وجود عدة ذمم مالية لشخص واحد، فإذا قسم شخص أمواله إلى مجموعات، فكل واحدة منها مخصصة لتحقيق هدف واحد، وكان لكل مجموعة منها ذمة مالية مستقلة، وبالتالي سيكون لهذا الشخص أكثر من ذمة مالية.

٢- جواز التصرف في الذمة المالية وانتقالها إلى شخص آخر: بما أن الذمة المالية مخصصة لتحقيق هدف ما، فهي غير مرتبطة بشخص محدد، لذلك يمكن أن تنتقل من شخص إلى آخر عن طريق التصرف بها كالبيع أو الهبة، أو عن طريق الميراث⁽³⁾.

الإنسان تجعل من جميع الحقوق التي يتمتع بها مجموعة واحدة مستقلة، وتخضع لنظام قانوني معين. راجع في ذلك د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الثامن، مرجع سابق، ص 225؛ د. منصور حاتم، نظرية الذمة المالية، دراسة مقارنة بين الفقهاء الوضعي والاسلامي، ط 1، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، ص 20.

(1) د. إلياس ناصيف، موسوعة الوسيط في قانون التجارة، الشركات التجارية. ج ٢، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت ٢٠٠٨ م، ص 396؛ د. محمد بهجت قايد، شركة الشخص الواحد، مرجع سابق، ص 34 وما بعدها.

(2) فيروز بن سنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها.

(3) د. ناريمان عبد القادر، الاحكام العامة للشركة ذات المسئولية المحدودة، مرجع سابق، ص 83.

٣- احتمال وجود ذمة مالية بدون وجود شخصية قانونية: فقد تنشأ حقوق والتزامات لمجموعة أموال مخصصة لتحقيق هدف ما دون نشوء شخصية قانونية لهذه المجموعة⁽¹⁾.
والحق أن هذه النتائج لا يمكن التسليم بها، فلا يمكن التسليم بعدم وجود شخصية معنوية للشركة، وقد أصبحت حقيقة واقعة، وأقرتها نصوص القوانين المختلفة، وبدونها لا تستطيع الشركة اكتساب الحقوق وتحمل بالالتزامات.

■ المطلب الثالث: النظرية المختلطة

إزاء فشل كلا من النظريتين السابقتين في تبرير طبيعة شركة الشخص الواحد، فقد يكون من الأصوب اقتراح نظرية جديدة تجمع بين النظريتين السابقتين، بحيث يمكن تطبيقها على شركة الشخص الواحد، وذلك لاستحالة تطبيق أي من النظريتين السابقتين بشكل مستقل عليها.

وذلك لو أننا أخذنا بنظرية الشخصية المعنوية بمفردها لما استطعنا تفسير ما تنص عليه بعض النصوص القانونية التي تفصل أموال الشخص بعضها عن البعض الآخر، كما هو الحال في حصة الشريك أو المساهم في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أوفي شركة المساهمة، فلو أفلست الشركة فلا تتأثر الذمة المالية للشريك أو للمساهم إلا بمقدار مساهمته في رأس المال فقط، وهذا يعني أن لديه أموالا مستقلة بعضها عن البعض الآخر.

كما لا يمكن الأخذ بنظرية ذمة التخصيص بمفردها وذلك لعدم اعترافها للشركة بالشخصية المعنوية، وهذا أمر لا يمكن القبول به، فالشخصية المعنوية للشركة ثابتة بنص القانون. لذلك نعتقد أنه يجب الأخذ بالنظريتين معا، وذلك بما يتفق مع طبيعة المشروع الفردي محدود المسؤولية، بحيث يكون للشركة شخصية معنوية مستقلة عن شخصية الشركاء، ويكون لها ذمة مالية مستقلة عن الذمة المالية للشركاء، كما يمكن الاعتراف بوجود أكثر من ذمة مالية للشريك، بحيث يكون لديه ذمة مالية مدنية وذمة مالية تجارية، كل واحدة مستقلة عن الأخر.

(1) د. فيروزين سنوف، الاتجاهات الحديثة في نظرية الذمة المالية، مرجع سابق، ص 51 - 50.

• المبحث الثالث: الطبيعة القانونية لشركة الشخص الواحد في القانون الكويتي

تنص المادة الثالثة⁽¹⁾ من قانون الشركات الكويتي على انه " يكون تأسيس الشركة بعقد يلتزم بمقتضاه سخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف تحقيق الربح بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة".

وتنص المادة السابعة من نفس القانون على أنه " فيما عدا شركة المحاصة، يجب ان يكون عقد الشركة مكتوباً في محرر رسمي موثق وإلا كان باطلاً".⁽²⁾

فكيف يمكن إبرام عقد من طرف واحد؟ فضلا عن كتابته؟

وهذا يستدرجنا لطرح السؤال التالي: هل الأركان الواجب توافرها لتأسيس الشركة المكونة من أكثر من شخص (الشركة التقليدية)، هي نفس الأركان الواجب توافرها من أجل تأسيس الشركة ذات الشخص الواحد؟

للإجابة على هذا السؤال يجب دراسة الأركان الموضوعية الخاصة والأركان الشكلية للشركة، كل منهما في مطلب مستقل على النحو الآتي.

■ المطلب الأول: الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة

تتمثل الأركان الموضوعية الخاصة لعقد الشركة بشكل عام بالعناصر التي نصت عليها القانون الشركات الكويتي وهي: (1) تعدد الشركاء (2) تقديم الحصص، (3) اقتسام الأرباح والخسائر، (4) نية المشاركة.

بالتعمن بهذه الأركان، يتضح- للوهلة الأولى - أنها لا تتوافق مع فكرة شركة الشخص الواحد، والإشكالية التي تثور هنا هو كيف يمكن التوفيق بين هذه الأركان وفكرة الشخص الواحد؟ للإجابة على هذا السؤال يجب دراسة كل عنصر من العناصر بشكل مفصل والنظر في مدى إمكانية تطبيقه السابقة على شركة الشخص الواحد.

(1) هذا النص يطابق تقريبا نص المادة الأولى من نظام الشركة السعودي والتي تحوي بدورها تعريفا عاما للشركة وقد اعتنقت نفس التعريف كثير من التشريعات العربية.

(2) ذات المسلك المادة (8) شركات إماراتي، المادة 12 من نظام الشركات السعودي، والمادة 6 من قانون الشركات القطري.

♦ أولاً: تعدد الشركاء

يلازم فكرة العقد كأساس لقيام الشركة ركن تعدد الشركاء، كشرط لقيامها، وذلك لأنه فضلاً عن ضرورة توافر شخصين أو إرادتين على الأقل لإبرام العقد الشركة وتأسيسها وأحياناً أكثر من ذلك، فتشريع الشركات الكويتي الحديث يستلزم لتأسيس شركة المساهمة خمسة شركاء على الأقل، وذلك على خلاف قانون التجارة اللبناني الصادر في 4 أيار سنة 1968 م 79 وخلافاً للقانونين الفرنسي والعراقي⁽¹⁾ اللذان يستلزمان سبع مؤسسين لتأسيس شركة المساهمة. ويقصد بتعدد الشركاء وجود أكثر من شخص يملك حصة أو أكثر في رأس مال الشركة⁽²⁾ وهذا هو الأصل، والاستثناء وجود شخص واحد يملك جميع حصص الشركة. وقد نصت المادة 85 من قانون الشركات على أنه " يقصد بشركة الشخص الواحد في تطبيق أحكام هذا القانون - كل مشروع يمتلك رأس ماله بالكامل شخص واحد طبيعي أو اعتباري، ولا يسأل مالك الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال المخصص للشركة. وإذا تعدد ملاك رأس مال الشركة - لأي سبب من الأسباب تحولت بقوة القانون إلى شركة ذات مسؤولية محدودة".

♦ ثانياً: تقديم الحصص

من الأمور المسلم بها في نطاق الشركات، أنه لا يمكن أن نتصور وجود شركة ما لم تقدم على الأقل حصتين من شريكين. فإذا لم تقدم الحصص، سقط عن العقد وصف الشركة، وسقط عن المتعاقد وصف الشريك. ومن ثم يجب على كل متعاقد، أن يسهم في تكوين رأس مال الشركة، الذي عن طريقه تستطيع الشركة، القيام بالغرض الذي من أجله تكونت⁽³⁾. ونظراً

(1) من الجدير بالذكر أن كل من القوانين السعودي والسوري يستلزمان خمسة مؤسسين لتأسيس شركة المساهمة. راجع د. محمد بهجت قايد، شركات المساهمة وفقاً لقانون رقم 159 لسنة 1981، دراسة مقارنة مع بعض القوانين العربية والأجنبية، الناشر مكتبة نهضة الشرق بالقاهرة، سنة 1985، بند (7)؛ د. أحمد عبد الرحمن الملحم، قانون الشركات الكويتي والمقارن، مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، ج1، الطبعة الثانية، 2014، ص100.

(2) د. أكنم الخولي، سابق الإشارة إليه، ص 405؛ د. علي البارودي، القانون التجاري، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1975، ص 135؛ د. حسنى المصرى، القانون التجاري، الكتاب الثانى، شركات القطاع الخاص، الطبعة الأولى، 1986، ص 33.

(3) "بحسبان الشركة تهدف إلى استغلال مشروع اقتصادي، فإن ذلك يقتضي التزام كل شريك بأن يقدم نصيباً في رأس مال الشركة، يُعرف بالحصة. وهذه الحصة المقدمة يجب أن تكون حقيقية وذات قيمة وقت تكوين الشركة. فالحصص

لأهمية هذا الركن، نص عليه المشرع الكويتي في المادة الثالثة من قانون الشركات، حينما ذكر بأنه "يكون تأسيس الشركة بعقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع يستهدف تحقيق الربح بتقديم حصة من مال أو عمل..."، وترتيباً على ذلك، يمكننا القول بأن الاتفاق على تكوين الشركة، بدون أن يكون هناك التزاماً بتقديم حصص من قبل المتعاقدين. ما هو إلا نوعاً من اللهو لا يتفق مع الأهمية الاجتماعية والاقتصادية لدور الشركات في حياتنا المعاصرة. وباستقراء هذه النصوص، يتضح لنا أن الحصة تكون من مال أو عمل.

وإذا كان المشرع قد نص على تقديم الحصص، فإنه لا يتصور أن تنشأ شركة مكونة من شخص واحد دون تقديم حصة نقدية، لأن قانون الشركات قد وضع حداً أدنى لرأس مال شركة الشخص الواحد، فقد نصت المادة 147 من قانون الشركات على أنه "يجب أن يكون رأس مال الشركة كافياً لتحقيق أغراضها، وأن يكون بالنقد الكويتي، وتحدد اللائحة التنفيذية الحد الأدنى لرأس مال الشركة وفقاً لنوع نشاطها، وما يدفع منه عند التأسيس". وجاء نص المادة 13 من اللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار رقم 287 لسنة 2016 لقانون الشركات رقم 1 لسنة 2061 لتحديد الحد الأدنى لرأس مال شركة الشخص الواحد ويجب أن يدفع رأس المال بالكامل عند تأسيس الشركة، على أن لا يجوز أن يقل الحد الأدنى لرأس مال شركة الشخص الواحد عن 1000 دينار كويتي.

لا يجوز أن تكون حصص رأس المال في الشركة في شكل أسهم قابلة للتداول، كما لا يجوز لهذه الشركة أن تصدر أي نوع من أنواع الأوراق المالية، أو الاقتراض عن طريق إصدار أوراق مالية قابلة للتداول، كما لا يجوز لها الاكتتاب العام سواء عند تأسيسها أو عند زيادة رأس مالها أو ممارسة أعمال التأمين أو البنوك أو الادخار أو تلقي الودائع أو استثمار الأموال لحساب الغير".

وحيث أنه لا يوجد إلا شريكاً واحداً فيها، فلا بد أن يدفع وحده جميع رأس مال الشركة، وحيث أن نص المادة سالف الذكر قد اقتصر على تحديد قيمة الحد الأدنى لرأس مال الشركة،

الوهمية أو الصورية باطلّة وتستنّب بطلان الشركة لتخلف ركن تقديم الحصص" د. حسين الماحي الشركات التجارية، 2017، ص 68.

دون أن تبين نوعه، فإنه يمكن أن يقدم الشريك في شركة الشخص الواحد بالإضافة إلى الحصص النقدية وحصة عينية وحصة بالعمل.

♦ ثالثاً: اقتسام الأرباح والخسائر

في شركة الشخص الواحد، لا يوجد إلا شخصاً واحداً يملك جميع الحصص، لذلك فمن الطبيعي أن يستأثر وحده بجميع الأرباح، ويتحمل وحده جميع الخسائر، ولا يسأل عن خسائر الشركة إلا بمقدار ما يقدمه من رأس مال في الشركة. لذلك ركن اقتسام الأرباح والخسائر لا يمكن تصوره في شركة الشخص الواحد، وذلك لأن مالك الشركة الوحيد هو الذي يستحوذ على جميع الأرباح ويتحمل جميع الخسائر، لذلك نص المشرع الكويتي في المادة 85 من القانون "... ولا يسأل مالك الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال المخصص للشركة...".

وقد ذكرنا - فيما سلف - ان هذا الاستثناء يفتح باباً من ابواب الفساد، إذ أن صاحب ذلك المشروع الفردي ينشئه ويديره ويهيمن عليه، حتى اذا ما حقق خسائر، تفوق راس المال المخصص له، فلا يسأل عن تلك الخسائر - والتي قد تكون بخطأ منه - الا في حدود المبلغ المخصص له.

♦ رابعاً: نية المشاركة

يمكن تعريف نية المشاركة على أنها الرغبة الإرادية للشركاء والتي تدفعهم إلى التعاون فيما بينهم تعاوناً إيجابياً وعلى قدم المساواة من أجل تحقيق أهداف الشركة، لذلك يذهب الفقه⁽¹⁾ إلى القول بأن مضمون نية المشاركة هو التعاون الإيجابي على قدم المساواة بين الشركاء لنجاح المشروع المشترك بغية تحقيق الربح. والتعاون الإيجابي يفترض تدخل إرادى من قبل كل شريك من الشركاء لنجاح المشروع المشترك بينهم. وقد يكون التعاون مباشراً أو غير مباشر من أجل

(1) د. مصطفى كمال طه، سابق الإشارة، ص 281؛ د. على البارودي، سابق الإشارة إليه، ص 143؛ د. سميحة القليوبي، سابق الإشارة إليه، ص 78؛ د. أبو زيد رضوان، سابق الإشارة إليه، ص 63؛ د. حسنى المصرى، سابق الإشارة إليه، ص 57؛ د. على سيد قاسم، قانون الأعمال الجزء الثاني التنظيم القانوني للمشروع التجاري الجماعي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997، ص 45.

تحقيق أو نجاح المشروع المشترك⁽¹⁾. وعن طريق هذا التحليل لمضمون فكرة نية المشاركة، تمكن أنصاره من إقامة تفرقة واضحة عن طريقه بين الشركة وحالة الشيوخ⁽²⁾.

وبما أن شركة الشخص الواحد لا تتكون إلا من شخص واحد، فلا يتصور وجود هذا الركن فيها، وذلك لاستحالة تحقق العناصر المكونة له.

■ المطلب الثاني: الأركان الشكلية لعقد الشركة

حتى تؤسس الشركات التجارية، التي تمارس نشاطا في مصر، تأسيسا صحيحا، يتطلب المشرع التجاري الكتابة في عقد الشركة، كما يشترط ان يشهر هذا العقد. والسؤال الذي يُطرح هنا هو: هل يجب على شركة الشخص الواحد استكمال هذه الأركان حتى تؤسس تأسيسا صحيحا؟ للإجابة على هذا التساؤل، يجب أن نبحت في كل ركن من الأركان الشكلية بشكل مفصل.

◆ أولاً: الكتابة

تطلب المشرع صراحة ضرورة أن يكون عقد الشركة مكتوبا، فنصت المادة 7 من قانون الشركات " فيما عدا شركة المحاصة، يجب ان يكون عقد الشركة مكتوباً في محرر رسمي موثق وإلا كان باطلا...". والكتابة في عقد الشركة ركنا لانعقاد العقد استثناء من قاعدة الرضائية في العقود ذلك ان الكتابة في هذا الخصوص ليست مطلوبة فقط للاثبات انما لانعقاد العقد، بمعنى انه اذا تخلفت الكتابة بطلت الشركة.

(1) انظر في نية المشاركة. د. ابو زيد رضوان، شركات المساهمة، ط 83، ص 26، وأوضح كيف أن نية المشاركة تضاءلت ليحل محلها شخصية المضارب بحيث أصبح المساهم يبدو وكأنه دائن للشركة " دائن عابر " أو دائن من الدرجة الثانية. (2) انظر د.. محمود سمير الشراقي، الشركات التجارية في القانون المصري، ط 86. ص 37. ويرى أن نية المشاركة هي المميز للشركة عما يشته به كالشيوخ وعقد القرض وعقد العمل مع المشاركة في الأرباح، إذ أن مناط التمييز بين عقد العمل وعقد الشركة هو تبعية العامل وخضوعه لرب العمل.

والكتابة مطلوبة ليس فقط عند انشاء عقد الشركة، بل ايضا عند إدخال أي تعديل علي العقد، كما إذا أراد الشركاء زيادة رأس المال أو تغيير غرض الشركة.

والحكمة التي تغيها المشروع من اشتراطه كتابة عقد الشركة، هي ما يترتب على هذا العقد من ظهور شخصية مستقلة عن شخصية شركائها، لها علاقاتها مع الغير الذي يجب أن يعرف مقدما صورة صادقة عن نشاط الشركة وكل ما يتعلق بها حتى يحدد مركزه منها عند التعامل معها.

ونصت المادة 7 على أنه " فيما عدا شركة المحاصة، يجب ان يكون عقد الشركة مكتوبا في محرر رسمي موثق وإلا كان باطلا...". كما نصت المادة 3 على ان تأسيس الشركة بعقد يلتزم بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو عمل.

ويتضح من هذا التعريف أن المشرع الكويتي قد اعتنق المفهوم العقدى للشركة، الذي ينظر إلى الشركة من حيث العمل الذى ينشئها وهو العقد،

وطبقا للقواعد العامة فإن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى. وطبقا للقانون المدني فإن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاد العقد.

واقعيًا وقانونيًا، لا يوجد في شركة الشخص الواحد إلا طرفا واحد ا ولا يمكن بأي حال من الأحوال لأي شخص أن يعقد عقدا مع نفسه.

والسؤال الذي يطرح هنا هو كيف يمكن تأسيس شركة شخص واحد بدون عقد، إذا ما عرفنا الشركة على أنها عقد؟

في الحقيقة بما أنه لا يوجد إلا شخصا واحدا في شركة الشخص الواحد، فالشركة تنشأ بإرادته المنفردة، بإرادة مالك الشركة هي التي تنشئ الشركة وليس العقد. لذلك تنص المادة 85 من قانون الشركات الكويتي على انه " يقصد بشركة الشخص الواحد في تطبيق أحكام هذا القانون- كل مشروع يمتلك رأس ماله بالكامل شخص واحد طبيعي او اعتباري، ولا يسأل مالك الشركة عن التزاماتها إلا بمقدار رأس المال المخصص للشركة...".

وعلى ذلك فإن قانون الشركات، يستتبي شركة الشخص الواحد من ويشير إلى أن تلك الشركة تنشأ بالإرادة المنفردة للشريك وليس بعقد.

وإذا سلمنا بأن تأسيس شركة الشخص الواحد يتم بناء على الإرادة المنفردة لمالك الشركة، فكيف يمكننا إنشاء شركة شخص واحد وليس لها عقد؟، بينما نص المادة 7 من قانون الشركات الكويتي يستوجب كتابة عقدها وإلا كان باطلاً؟

وحتى يخرج من هذه المعضلة، نص المشرع في المادة 86 من قانون الشركات الكويتي على أنه "يكون لشركة الشخص الواحد نظام أساسي يشتمل على اسم الشركة وغرضها، مدتها، وبيانات مالكيها، وكيفية إدارتها، وتصفياتها، وغيرها من الأحكام التي تحددها اللائحة التنفيذية".

هكذا يستبدل القانون في مجال تأسيس شركة الشخص الواحد النظام الأساسي بالعقد. ورغم أنه لا يمكن ولا يتصور وجود عقد لشركة الشخص الواحد، إلا أننا نجد أن المشرع في القانون رقم 1 لسنة 2016 من قانون الشركات الكويتي الجديد يكرر ذكر كلمة العقد فيما يتعلق بالشروط الموضوعية الخاصة ناسبا إياها إلى شركة الشخص الواحد، من قبيل ذلك -على سبيل المثال- نصه في المادة 7 على أنه " فيما عدا شركة المحاصة، يجب ان يكون عقد الشركة مكتوباً في محرر رسمي موثق وإلا كان باطلاً. ويجوز للشركاء الاحتجاج فيما بينهم بالبطلان الناشئ عن عدم كتابة العقد على النحو المبين بالفقرة السابقة، ويجوز لهم الاحتجاج بذلك البطلان في مواجهة الغير، الذي يجوز له الاحتجاج بالبطلان في مواجهتهم، وإذا حكم ببطلان عقد الشركة بناء على طلب الغير اعتبرت الشركة كأن لم تكن بالنسبة إليه، أما إذا حكم ببطلان العقد بناء على طلب أحد الشركاء فلا يكون البطلان أثار بالنسبة لهذا الشريك إلا من تاريخ رفع الدعوى".

ونصه في المادة 9 من قانون الشركات على أنه " فيما عدا شركة المحاصة، يشهر عقد الشركة وما يطرأ عليه من تعديلات وفقاً لأحكام هذا القانون...".

ونصه في المادة 13 للشركة تغيير اسمها بالإجراءات اللازمة لتعديل عقد الشركة...".

عن أي عقد يتحدث هذا القانون؟ أليست شركة الشخص الواحد تؤسس بإرادة منفردة من شخص واحد؟

فالشركة إذن تؤسس بطلب وليس بعقد.

والحق ان هذا التناقض الذي وقع فيه المشرع، لم يكن الا بسبب محاولة اقحامه المشروع الفردي في شكل شركة دون ملاحظة أن التناقض بين الوصفين تناقضاً لا يمكن معه الجمع بينهما، الامر الذي يؤكد ما ذهبنا اليه من ان تسمية شركة الشخص الواحد هي تسمية خاطئة لغة، ومنطقاً، وقانوناً.

- الشهر:

تخضع الشركات وفقاً لقانون الشركات الكويتي لإجراءات الشهر المنصوص في هذا القانون. وخضوع الشركات لإجراءات الشهر مقصود به إعلام الغير بهذه المجموعات حتى يكونوا على بينة من تكوينها ونشاطها ومدتها ومدي مسؤولية الشركاء فيها عن التزاماتها، ولا يستثنى من إجراءات الشهر سوي شركة المحاصة لطبيعتها المستترة حتى لا يترتب على هذه الشركة شخص معنوي وبالتالي فلا تنشأ علاقات بينها وبين الغير.

وتختلف اجراءات الشهر التي تخضع لها الشركة وفقاً لنوعها. وبالنسبة لشركة الشخص الواحد، فقد نص المشرع في المادة 9 من قانون الشركات على أنه " فيما عدا شركة المحاصة، يشهر عقد الشركة وما يطرأ عليه من تعديلات...".

- طلب التأسيس:

تؤسس شركة الشخص الواحد بطلب وفقاً للنموذج المعد من قبل الوزارة، ويجب ان يشتمل نظام الشركة على البيانات التالية:

- 1- اسم الشركة وعنوانها.
- 2- اسم ملك خصص رأس المال ولقبه وجنسيته.
- 3- مركز الشركة الرئيسي.
- 4- مدة الشركة إن وجدت.

5- الأغراض التي أسست من أجلها الشركة.

6- مقدار رأس مال الشركة، وعدد الحصص النقدية أو العينية.

7- أسماء من يعهد إليهم مالك رأس المال بالإدارة إن وجد.

8- أحكام تصفيتها.

ويسري فيما لم يرد به نص خاص- في شأن شركة الشخص الواحد، الأحكام المنظمة للشركة ذات المسؤولية المحدودة الواردة في القانون وهذه اللائحة، وبما لا يتعارض مع طبيعتها.

وفي خلاصة القول ننتهي إلي أن مفهوم ما يسمي شركة الشخص الواحد يتناقض مع الطبيعة التقليدية لمفهوم الشركة بصفة عامة، فبالإضافة إلي انتفاء الطبيعة العقدية بما يترتب عليها من عدم توافر الأركان الموضوعية العامة فإن الأركان الموضوعية الخاصة لا تتوافر - أيضا- لشركة الشخص الواحد. فليس فيها تعدد للشركاء، ولا تقديم للحصص، ولانية اشتراك، ولا توزيع للأرباح والخسائر. وكل الذي قام به المشرع هو أن إحال الي أحكام الشركة ذات المسؤولية المحدودة فيما لم يرد به نص خاص في شأن شركة الشخص الواحد، وبما لا يتعارض مع طبيعتها. وللخروج من هذه المعضلة نقترح علي المشرع - اذا أراد الاحتفاظ بما يسمي شركة الشخص الواحد - ان يفرد قواعد خاصة بأجراءات تأسيس تلك الشركة.

○ خاتمة

تبين لنا من البحث أن فكرة شركة الشخص الواحد تقوم على أن يخصص ذلك الشخص جزءا من أمواله للإستثمار في مشروع معين، على أن تتحدد مسؤوليته في حدود هذا الجزء من الأموال، ثم إن هذا المشروع يتم تسجيله كشركة وإكسابه الشخصية المعنوية على أنه شركة.

وقد رأينا ان تسمية (شركة) لهذا المشروع الفردي هي تسمية غير صحيحة، ولهذا فقد اختلف الفقه حولها. حيث ذهب البعض الي الأخذ بهذه التسمية جريا على تسمية التشريع لها، بينما اعتمد البعض تسمية (المشروع الفردي محدود المسؤولية)، حيث لم يجد ان عناصر الشركة تتوافر لذلك المشروع.

إن تسمية الشركة تناقض المفهوم اللغوي، فالشركة في اللغة تعني التشارك والتعاون وهذا لا يتم إلا بين شخصين أو أكثر، بينما ينتفي ذلك في المشروع الفردي الذي يؤسسه شخص واحد بإرادة منفردة. فعبرة الشخص الواحد هي عبارة يتناقض اولها مع اخرها فكلما شركة تحمل معنى المشاركة والتعاون، بينما كلمة **شخص واحد** تحمل معنى الفردية والانانية، فكلما الكلمتان لا يجتمعان في عبارة.

إن إضفاء ضمانات المسؤولية المحدودة على ذلك المشروع الفردي يتنافى مع المسؤولية الاخلاقية التي ترمي إلى مسؤولية الشخص عن الوفاء بإلتزاماته بينما تحديد مسؤولية المشروع الفردي يتيح له التهرب من الضمان العام للدائنين اخلال بمبدأ وحدة الذمة المالية.

توجد نظريتان لتأسيس شركة الشخص الواقعة **اولهما** النظرية التي تؤسس شركة الشخص الواقع على الشخصية المعنوية. **والثانية** هي النظرية تؤسس الشركة علي الذمة المخصصة للمشروع الفردي. وقد رأينا ان كل من النظريتين لم تغلح في تأسيس تلك الشركة، الامر الذي لا مناص معه من الدمج بينهما في نظرية مختلطة تقوم على تأسيس فكرة تلك الشركة علي الذمة المالة المخصصة واضفاء الشخصية المعنوية عليها في آن معا.

وفي النهاية نجد ان ما يسمى شركة الشخص الواحد يتنافر تماما مع الأركان التقليدية للشركة، فضلا عن عدم توافر الأركان الموضوعية العامة لشركة الشخص الواحد، حيث تؤسس بإرادة منفردة، فلا تتوافر لها الطبيعة العقدية، فإن تلك الشركة تجافي ايضا الأركان الموضوعية الخاصة فلا يمكن الحديث فيها عن تعدد الشركاء ولا عن التزامهم بتقديم الحصص، ولا عن نية للإشتراك ولا عن اقتسام للأرباح والخسائر، فكل هذا غير متوافر.

فإذا انتقلنا الى الأركان الشكلية لوجدنا ايضا ان الطبيعة العقدية للشركة لا زالت تسيطر على المشرع الذي يتحدث عن عقد مكتوب يقدم الى الجهة الادارية الخاصة بالتسجيل والشهر، وهو غير متوافر.

على أن القيد في السجل التجاري والإشهار ليس وفقا على الشركة إذ التاجر الفرد ملزم - أيضا - بالقيد في السجل التجاري.

من هنا نعود إلى القول بأن ما يسمى (شركة الشخص الواحد) ليس لها علاقة بالطبيعة التقليدية للشركة وبالتالي فلا يمكن اعطاؤها وصف (الشركة)، لا من حيث اللغة ولا من حيث المنطق ولا من حيث الواقع، وإنما هي مجرد مشروع فردي اعطاه المشرع ضماناً ليست من حقه هذه الضمانة تتمثل في تحديد مسئولية صاحب هذا المشروع في حدود المبلغ الذي خصصه للمشروع، واضفى عليه - أيضاً - الشخصية المعنوية لكي يكون لهذا المشروع شخصية مستقلة عن شخصية مؤسسة وهذا يتيح للمستثمر سبب النية ان يتلاعب بمقدرات الذين يتعاملون مع هذا المشروع، فيتعامل معهم أخذاً وعطاءً، بيعاً وشراءً... الخ وهو يهيمن على المشروع ادارةً وتوجيهاً وإستثماراً وتصرفاً، حتى اذا ما جنى هذا المشروع خسارة - قد تكون بخطئه او بسوء نيته - اعتمضم بضمانة ذمة التخصيص فهو لا يسأل إلا في حدود المبلغ الذي خصصه لهذا المشروع الفردي، وفي هذا إخلال بمبدأ وحدة الذمة المالية كضمان عام للدائنين.

الدراسة الخامسة:

الأحكام الخاصة باندماج الشركات في ضوء القانون الدولي الخاص

د. هند فائز احمد الحسون⁽¹⁾

ان الاندماج يثير الكثير من الاختلافات الفقهية فالبعض يرى ان الاندماج ذا طبيعة عقدية من خلال العقد المبرم بين الشركتين والآخر يرى ان الانقضاء مبتسر الا انه من نوع خاص لا يؤدي الى تصفية الشركة وانما انتقالها الى الشركة الدامجة الا ان الاكثر شيوعاً ان الواقع والقانون يؤدي الى ان طبيعة الشركة المدمجة عقدية والاكثر تأثيراً في ذلك الاندماج هو العقود التي تبرمها الشركة حيث اكدت المادة 25 من القواعد العامة بالقانون المدني بحال تحديد ضوابط الاسناد المتعلقة بالالتزامات التعاقدية وحرية الاطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق.

تتحدد من خلال بيان موقف المشرع العراقي من الاندماج الدولي والذي يثير مشكلة تغيير جنسية الشركة وبالتالي خضوعها الى القانون الاجنبي وايضاً بيان اثر الاندماج على القانون الواجب التطبيق وخاصة الالتزامات التعاقدية التي تبرمها الشركة قبل الاندماج مع الغير، وبيان الاندماج الدولي وما الاثر المترتب عليه ومدى تأثيره على القانون الواجب التطبيق على الشركة المدمجة اتجاه الغير.

○ المبحث الأول: مفهوم اندماج الشركات

يعد الاندماج احد الوسائل التي تسهم في نشوء المشروعات بوصفه وسيلة لتحقيق ظاهرة التركيز الاقتصادي وتتجلى اهمية الاندماج بالعديد من الامتيازات ومنها انه يدعم القدرة على

(1) جامعة بابل / كلية القانون.

المنافسة ويسهم في رفع معدلات الانتاج وتحديثه وخلق منتجات جديدة وتجديد المنتجات القائمة وخفض تكاليف الانتاج وفضلاً عن ذلك يعد الاندماج وسيلة للتخلص من المشاكل والصعوبات التي تعاني منها الشركات ومنع مشكلة تحويل مشروعاتها وما تمر به من ضائقة اقتصادية وتعود اهمية الاندماج الى مجموعة ظواهر مألوفة بين الشركات وخصوصاً الشركات الكبرى⁽¹⁾. وعليه سنسلط الضوء في مطلبين الاول التعريف بالاندماج وطبيعته القانونية والثاني بيان انواع الاندماج.

• المطلب الأول: التعريف بالاندماج وطبيعته القانونية

لبيان التعريف لا بد ان نحدد ما المقصود بالاندماج وما الطبيعة القانونية من خلال معرفة مدى اختلاف الفقه بهذا التحديد وذلك في فرعين الاول لتعريف والثاني لطبيعة.

■ الفرع الأول: تعريف اندماج الشركات

لم يشر المشرع العراقي في قانون الشركات الى تعرف الاندماج وانما اكتفى بذكر احكامه وحدد الفقه معنى الاندماج بانه "اتحاد شركتين او اكثر اتحاداً يؤدي الى زوال الشخصية المعنوية للشركة المدمجة وبقاء الشركة الدامجة"، وعرفت كذلك بانها "عقد بمقتضاه تتفق شركتان او اكثر على وضع جميع المساهمين وجميع الاموال معاً في اطار شركة واحدة مع زوال الشخصية المعنوية لكل من الشركات المدمجة وقيام شخصية واحدة هي شخصية الشركة الجديدة او بقاء الشخصية المعنوية للشركة او الشركات الاخرى⁽²⁾."

■ الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لاندماج الشركات

اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية للاندماج هل هي طبيعة عقدية يتم بين الشركة الدامجة والشركة المدمجة ام هو انقضاء مبستر الى الشركة يؤدي الى انقضاء شخصيتها المعنوية؟

(1) د. فاروق ابراهيم جاسم، الشركات التجارية في القانون العراقي، ط1، المكتبة القانونية، 2021، ص570.

(2) د. حسن المصري، اندماج الشركات وانقسامها، ط1، 1986، بدون مكان نشر، ص20.

يذهب جانب من الفقه الى ان عملية الاندماج تقضي بتوحيد الذمم المالية للشركات الداخلة في عملية الاندماج في ذمة واحدة هي ذمة الشركة الدامجة او الجديدة الناتجة عن الاندماج، كما وان عملية الاندماج تتطلب وجود شركتين او اكثر لكل منهما شخصيتها المعنوية المستقلة ومتميزة عن اشخاص الشكاء فيها ولا تتم عملية الاندماج الا عن طريق ابرام عقد بين الشركات الراغبة بالاندماج يلزم ان يوضح فيه كافة شروط الاندماج وقواعده، وتقوم مجالس الادارة او من له الحق في الشركات الراغبة في الاندماج بحسب الاحوال بأعداد مشروع الاندماج وعرضه على الجمعيات العامة غير العادية للشركات الداخلة في الاندماج وبذلك فان الاندماج يقوم على اساس الاتفاق بين الشركات المندمجة ويمر بمراحل لإتمامه ويجب ان يكون هناك عقد للاندماج تتم الموافقة عليه من الجمعيات العامة غير العادية للشركات الداخلة في الاندماج وبذلك لا يعتبر من قبيل الاندماج اذا قامت شركة بشراء غالبية اسهم اخرى للسيطرة عليها فإن هذه العملية وان كانت صورة من صور التركيز الاقتصادي الا انها لا تعد من قبيل الاندماج⁽¹⁾. وهناك من يرى ان الاندماج يؤدي الى انقضاء الشركة او الشركات المندمجة انقضاء مبتسراً وفناء شخصيتها المعنوية، الا ان ذلك لا يؤدي الى قسمة موجوداتها وتوزيعها بين الشركاء او المساهمين، انما تنتقل موجودات الشركة او الشركات المندمجة الى الشركة الدامجة او الجديدة فوراً دون المرور بمرحلة التصفية وقسمة موجوداتها، وعليه فان الاندماج يؤدي الى انتقال فوري وشامل للذمة المالية للشركة المندمجة الى الشركة الدامجة او الجديدة وبالتالي لا تحتفظ الشركة المندمجة بشخصيتها المعنوية كون الانقضاء هنا من نوع خاص ودون مرور الشركات المندمجة بمرحلة التصفية وعليه فان الاندماج يؤدي الى انقضاء الشخصية المعنوية للشركة الا ان الشركاء او المساهمون يحتفظون بصفتهم شركاء بالشركة الدامجة او الشركة الجديدة وان موجودات الشركة المندمجة بما فيه اصولها وخصومها تنتقل الى الشركة الدامجة او الجديدة وقد اشار الفقهاء الى هذا الانقضاء ويؤيده القضاء الفرنسي بعد تردد فترة من الزمن حيث قضت محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر عام 1961 ان قيام بعض مظاهر وجود الشركة المندمجة بعد الاندماج لا يمنع من اعتبارها منقضية بالنسبة للغير طالما اشهر الاندماج، وهذا الانقضاء لا يستند الى اتخاذ اجراءات شهر الاندماج فحسب وانما يستند الى

(1) علي رشيد محمود، اثر اندماج الشركات على جنسيتها، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، 2016، ص 41.

ان الانقضاء في حالة الاندماج لا يكون متبوعاً بتصفية اذا يستتبع الانقضاء الفوري للشخصية المعنوية للشركة المندمجة وقد اكدت هذا الاتجاه محكمة النقض المصرية⁽¹⁾.
اشار المشرع العراقي الى الانقضاء في قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997. حيث نص في المادة (147/ف4) "تنقضي الشركة بأحد الاسباب الآتية وفق احكام القانون".
وبناء على كل ما تقدم فإن الاندماج يؤدي الى انقضاء الشخصية المعنوية وظهور شخصية معنوية اخرى ولكن هذا الانقضاء هو انقضاء من النوع الخاص حيث لا يؤدي الى تصفية الشركة ولا تقسيم الاسهم بين المساهمين وانما تنتقل جميع الحقوق والالتزامات الى الشركة الدامجة او الشركة الجديدة، ونحن بدورنا نؤيد الاتجاه القائل بأن الاندماج يتم عن طريق عقد بين شركتين او اكثر لان من غير الممكن ان يكون هناك اندماج دون توافق رغبات الشركتان نحو الاندماج والاتفاق عليه سواء اتفقوا على تكوين شركة جديدة او انضمام شركة الى اخرى وهذا الاتفاق يعتبر مرحلة تمهيدية للاندماج لان بعد الاتفاق يجب ان يصدر قرار من قبل الهيئة العامة لكل شركة على انفراد، ويحدد في القرار الذي يصدر اسم ونوع الشركة التي سيتم الدمج بها او الشركة التي ستتكون من الدمج ورأس مالها وعدد اعضائها ونشاطها وترسل القرارات مع الدراسة الى مسجل خلال عشرة ايام من اتخاذها وهذا ما اشارت اليه المادة (150 من قانون الشركات العراقي).

• **المطلب الثاني: انواع الاندماج وصوره وفق قانون الشركات العراقي**

يكون اندماج الشركات على نوعين يسمى النوع الاول الاندماج بالضم ويسمى الثاني الاندماج بالمزج وما صورة الاندماج فقد يكون اندماج متماثل والذي يسمى بالاندماج الافقي وقد يكون اندماج متكامل والذي يسمه بالنشاط الرأسي ونبين ذلك في الفرعين الآتين.

■ **الفرع الأول: انواع الاندماج (الضم، المزج)**

يقصد بالضم هو اندماج شركة بشركة اخرى فتندمج الاولى بالثانية وتؤلف شركة ثانية اي تصبح الشركة الاولى جزءاً من الثانية التي اندمجت بها وتسمى الاولى الشركة المندمجة

(1) علي رشيد محمود، اثر اندماج الشركات على جنسيتها، المصدر السابق، ص44.

والثانية الشركة الدامجة ويترتب على ذلك زوال الشركة المدمجة وانقضائها وبقاء الشخصية المعنوية للشركة المدمجة مع اتساع نطاقها وزيادة رأس مالها بقدر قيمة موجودات الشركة المندمجة.

والاندماج بطريق الضم هو الاكثر شيوعاً في الواقع العملي اذ في الغالب لا تكون الشركتان الراغبتان بالاندماج على قدر من الاهمية الاقتصادية والامكانيات المالية، فتهيمن الشركة الاقوى الشركة الاقل اهمية⁽¹⁾.

والمشرع العراقي اشار الى هذا النوع من الاندماج في المادة 148 من قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997. حيث نصت "يجوز دمج شركة او اكثر بأخرى....".

اما النوع الثاني من الاندماج يسمى الاندماج بلمزج والذي يحدث عند اندماج شركتان او اكثر بالاندماج معاً والتي يعتبر هدفها الاساسي هو تأسيس شركة جديدة حيث تنشأ شخصية معنوية جديدة وهي الشركة الناتجة عن الاندماج ويؤدي الى انقضاء الشخصية المعنوية للشركة المندمجة وانتقال اصولها وخصومها الى شركة جديدة تنشأ عقب اندماج الشركات المذكورة⁽²⁾. وهذا النوع من الاندماج اشارة اليه المشرع العراقي ايضاً في المادة 148 ".... او دمج شركتين او اكثر لتكوين شركة جديدة"

خلاصة الامر يتضح ان المشرع العراقي اخذ بالنوعين السابقين من الاندماج (الضم والمزج).

■ الفرع الثاني: صور الاندماج (الافقي والرأسي)

بالنسبة للاندماج الافقي او ما يسمى بالمتماثل هو الذي يحدث بين شركتين او اكثر تمارس نشاط متماثل تهدف الى تحقيق اهداف مشتركة مثال ذلك الاندماج الذي يحدث بين شركات صناعة السيارات او الاندماج الذي يكون بين شركات الادوية او الاندماج الذي يكون بين شركات لصناعة الاجهزة الكهربائية.

(1) عبد الوهاب سعد، الاطار القانوني لاندماج الشركات التجارية، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2012، ص13.

(2) فاروق ابراهيم جاسم، مصدر سابق، ص575.

اما الاندماج الرأسي او المتكامل هو الذي يحدث بين شركتين او اكثر بهدف تحقيق نشاط اقتصادي متكامل مثل الاندماج الذي يحدث بين شركة لصناعة السيارات وبين شركة لصناعة الاطارات.

والمشرع العراقي اشار في المادة 149 من قانون الشركات بجواز الاندماج ان يكون من ضمن شروطها ان تكون ذات نشاط تماثل او متكامل الا ان هذه الفقرة علق العمل بها بموجب امر 64 لسنة 2004 حيث اصبح من الجائز وفق هذا القانون ان يكون الاندماج بين شركات حتى وان لم يكن بينهما تماثل او متكامل.

○ المبحث الثاني: اثر الاندماج على المركز القانوني للشركات

بينما في السابق ان الاندماج يحصل بين الشركات لغرض توسيع نشاطها وزيادة برأس مالها وان الاندماج بين الشركات حالة واقعية في كثير من الدول ويترتب على الاندماج بين الشركات اثار متعددة سواء كان على الشركات المدمجة التي سوف تنقضي شخصيتها المعنوية وبالتالي الى انتهاء وجودها القانوني وانتقال كفالة الحقوق والالتزامات الى الشركة الدامجة او سواء كان على الشركات المدمجة التي تنتقل اليها الحقوق وتحمل كافة التزامات الشركة المدمجة، وان عملية اندماج شركة وطنية مع شركة اجنبية في دولة ما سوف يغير من جنسيتها بعد ان كانت وطنية تصبح اجنبية وهذا الانتقال والاندماج سوف يكون له تأثير على تغير القانون الواجب التطبيق على جميع العقود التي تبرمها هذه الشركة مع الغير. وعليه سوف نقسم المبحث الى مطلبين الاول لبيان الاثر على الاندماج والثاني اثره على القانون الواجب التطبيق بالنسبة لشركة.

• المطلب الأول: اثر الاندماج على الشركة

نتناول الاثر هنا في حالة انقضاء الشخصية المعنوية والثاني بحالة انتقال الحقوق والالتزامات هل تنتقل جميعها؟ ام بعض منها وعلى النحو الاتي.

▪ الفرع الأول: انقضاء الشخصية المعنوية للشركة

الشخص المعنوي عبارة عن مجموعة اشخاص او اموال تنشأ لتحقيق غرض معين حيث تتمتع بالشخصية القانونية التي تمكنها من ممارسة الحقوق واداء الالتزامات كما تتمتع بكيان مستقل عن الاشخاص والاموال المكونة لها.

هذا ويكون لشخص المعنوي ذمة مالية مستقلة واهلية تقاضي ووجود افتراضي (اعتباري)، وبالنتيجة فارادة الشخص المعنوي تجمع وتمثل ارادة المؤسسين فتحل ارادة الشخص المعنوي محل ارادة المكونين لها في تكوين العلاقات القانونية واثارها⁽¹⁾، فنصت المادة 22 من قانون الشركات العراقي على ان (تكتسب الشركة الشخصية المعنوية من تاريخ صدور شهادة تأسيس وتعتبر هذه الشهادة اثباتاً على شخصيتها المعنوية).

ويعد الاندماج احد الاسباب التي اشار اليها قانون الشركات العراقي التي تؤدي الى زوال الشخصية المعنوية للشركة فنصت المادة 147 / 4 (تنقضي الشركة بأحد الاسباب الاتية اندماج الشركة او تحويلها وفق القانون).

ويترتب على انقضاء الشركة انحلالها وتسوية علاقات الشركة بشركائها او حالة انحلال الرابطة القانونية التي تجمع الشركة الا ان هذا النوع من الانقضاء الا وهو الاندماج يكون استثناء من حالات الانقضاء الاخرى حيث هذا لا يؤدي الى تصفية الشركة او تسوية علاقات الشركة بشركائها او الغير وانما فقط يؤدي اثر هو انقضاء الشركة كشخص معنوي له كيان مستقل وقد تنقضي الشخصية المعنوية لجميع الشركات المدمجة وظهور شخصية معنوية جديدة وهذه هي حالة الاندماج بطريق المزج او قد تنقضي الشخصية المعنوية للشركة المندمجة فقط دون الشركة الدامجة وهذه حالة الاندماج بطريق الضم.

▪ الفرع الثاني: انتقال الحقوق والالتزامات عند الاندماج

ان من اهم اثار الاندماج هو انتقال ذمة الشركة او الشركات المندمجة بأصولها وخصومها الى الشركة الدامجة او الشركة الجديدة فتصبح الشركة الدامجة او الجديدة الناتجة عن الاندماج بمثابة خلف عام للشركة او الشركات التي فنيت ومسؤوله بالتالي عن جميع ديونها وعلى هذا

(1) د. عبد الرسول عبد الرضا الاسدي، القانون الدولي الخاص، مكتبة السنهوري، بيروت، 2018، ص 117.

الاساس ايضاً يفسر عدم تطبيق اجراءات التصفية في حالة انقضاء الشركة المندمجة جراء الاندماج وايضاً الاستمرار بالمشروع الاقتصادي للشركة المندمجة رغم انقضاء شخصيتها المعنوية اثر الاندماج يفسر الانتقال الشامل لذمة هذه الشركة بأصولها وخصومها الى الشركة الدامجة وهذا يوضح لنا سبب استمرار العقود بعد الاندماج خلال ابرام الشركة المندمجة لان المشروع الاقتصادي ينتقل الى الشركة الدامجة⁽¹⁾.

وعند الاطلاع على المادة (152) من قانون الشركات العراقي بأن(تنتقل حقوق والتزامات الشركة المندمجة كافة الى الشركة المدمج بها او الناجمة عن الدمج)، واذا كان الاندماج يؤدي الى انتقال الذمة المالية للشركات المندمجة الى الشركة الدامجة او تنشأ نتيجة لذلك سواء حالة الدين الحال او مستقبل او محتمل، اما ما ينتج عن الديون الناشئة عن العقود ذات الاعتبار الشخصي لا تنتقل الى الشركة الدامجة هذه من ناحية ومن ناحية اخرى فأن الحقوق للشركات المندمجة من اموال وعقارات سوف تنتقل الى الشركة الدامجة او التي تنشأ عن الدمج، وفي هذه الحالة ينبغي القيام بأجراءات انتقال هذه الاموال وفقاً للطرق المقررة قانوناً لكي تنتقل الى الشركة الدامجة او التي تنشأ عن الاندماج⁽²⁾.

• **المطلب الثاني: اثر الاندماج على القانون الواجب التطبيق**

يكون الاندماج على صفتين اما اندماج محلي وهو الذي يكون بين شركات وطنية او اندماج دولي وهو الذي يحدث بين شركات وطنية واجنبية والاندماج المحلي لا يثير اي مشكلة في مسائلة تغير الجنسية ومسائلة القانون الواجب التطبيق كونه يحدث بين شركات وطنية والاهم في هذا الاندماج الدولي وما مدى تأثيره بالنسبة للقانون الواجب التطبيق، هذا من جانب ومن جانب اخر ما مصير الالتزامات التعاقدية للشركة المندمجة اتجاه الغير.

وعليه سنقسم المطلب الى فرعين الاول للاندماج الدولي حسب القانون العراقي والقوانين المقارنة والثاني لاثر الاندماج على العقود (الالتزامات التعاقدية) التي تبرمها الشركة المدمجة قبل الاندماج.

(1) الاء محمد فارس، اندماج الشركات واثره على عقود الشركات المدمجة، رسالة ماجستير، جامعة بير زيت، فلسطين، 2012، ص30.

(2) د. فاروق ابراهيم جاسم، مصدر سابق، ص586.

■ الفرع الأول: اثر الاندماج الدولي على القانون الواجب التطبيق بالنسبة لعمل الشركة
ان مسائلة تحديد القانون الواجب التطبيق للشركة ام مهم لتحديد النظام القانوني الذي تخضع له الشركة وان اندماج شركة وطنية الى شركة اجنبية يؤدي الى فقد الشركة الوطنية جنسيتها وترتبط بجنسية دولة اخرى وبالتالي يؤدي الى تطبيق القانون الاجنبي على الشركة، وهذا سيؤدي الى المساس بحقوق المساهمين الاساسية وزيادة الالتزامات المفروضة عليهم بسبب خضوع الشركة بعد تغير جنسيتها لقانون دولة اجنبية وذلك ليس جائز وفقاً للقواعد العامة⁽¹⁾.

فوجد القوانين بموضوع المقارنة وضعت شروطاً للاندماج الشركة الاجنبية حيث اشترطت منها ان تكون الشركة الوطنية هي الدامجة او الجديدة وان تكون الشركة الاجنبية تمارس نشاطها في دولة الشركة الوطنية ومنها قانون الشركات المصري رقم 159 لسنة 1981 حيث نصت المادة 130 (يجوز بقرار من الوزير المختص الترخيص لشركات المساهمة وشركات التوصية بنوعيتها والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات التضامن سواء كانت مصرية او مع هذه الشركات وتكون شركة مصرية جديدة وتعتبر في حكم الشركات المندمجة في تطبيق احكام هذا القانون فروع ووكالات ومنشآت الشركات).

وكذلك القانون الاردني رقم 22 لسنة 1997 في المادة 222 الفقرة الثالثة بعد ان نصت على شروط وطرق الاندماج (باندماج فروع ووكالات الشركات الاجنبية العاملة في المملكة في شركة اردنية قائمة او جديدة تؤسس لهذه الغاية وتتقضي تلك الفروع والوكالات وتزول الشخصية الاعتبارية منها).

اما ما يخص موقف المشرع العراقي فلم يرد نص يبين امكانية اندماج شركة اجنبية او تكوين شركة اجنبية جديدة ولم توجد هكذا نصوص تبين هذا الاندماج وفي ظل عدم وجود نص لا يمكن ان نقول امكانية اندماج شركة وطنية مع شركة اجنبية اندماج يؤدي الى فقد الشركة العراقية جنسيتها الوطنية ولكن السؤال هل من الممكن اندماج شركة اجنبية مع شركة عراقية موجودة في العراق اي تكون الشركة العراقية هي الدامجة او الشركة الجديدة، ومنهم من يرى ان امكانية اندماج شركة

(1) علي رشيد محمود، اثر اندماج الشركات على جنسيتها، مصدر سابق، ص38.

اجنبية مع شركة وطنية على ان تكون الشركة العراقية هي الدامجة طالما ظلت الشركة العراقية محتفظة بجنسيتها كون محل تأسيسها في العراق ومركز ادارتها فيه ونحن بدورنا نتفق مع هذا الرأي.

■ الفرع الثاني: اثر اندماج الشركات المتعددة الجنسية على الالتزامات العقدية

ان مسائلة الالتزامات التي تبرمها الشركات متعددة الجنسية سواء في حالة الاندماج او غيرها مسائلة تدرج تحت قاعدة اسناد العقود الواردة في المادة 25 من القواعد العامة بالقانون المدني العراقي اذ تنص (يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطناً فاذا اختلفا يسري قانون الدولة التي فيها العقد هذا مالم يتفق المتعاقدان او يتبين من الظروف ان قانوناً اخر يراد تطبيقه).

وعند قراءة النص يتبين ان هناك ضابطين قد حددهما ويعتبران اساسيان للاسناد هما الارادة الصريحة والارادة الضمنية في اختيار القانون الواجب التطبيق كما وضع ضابطين احتياطين للاسناد تتمثلان في قانون الدولة التي تم فيها العقد او الموطن المشترك⁽¹⁾.

ونستنتج من كل ما سبق ان اندماج الشركات لا يؤثر على تغيير القانون الواجب التطبيق على العقود التي تبرمها الشركة المدمجة في ظل وجود المادة 25 حيث اعطت قواعد اسناد تحكم الالتزامات التعاقدية.

○ الخاتمة

• أولاً: النتائج

1. اعتبر القانون العراقي اندماج الشركات سبب من اسباب انقضاء الشركة ولكن من النوع الخاص حيث لا يؤدي الى تصفيتها.

(1) يمامة متعب السامرائي، القانون الواجب التطبيق على الشركات متعددة الجنسية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية الحقوق، جامعة الموصل، 2005، ص 87.

2. يترتب على الاندماج انتقال جميع الحقوق والالتزامات من الشركة المدمجة الى الشركة الدامجة وتعتبر الشركة الدامجة هي الشكل العام للشركة المدمجة وحالة اذا كانت بطريقة الضم اما المزج فتظهر شخصية معنوية جديدة للشركات المدمجة.
3. لم ينظم المشرع العراقي احكام الاندماج الدولي الذي يكون بين الشركات الوطنية والشركات الاجنبية كما فعل المشرع المصري والاردني حيث نظمت هذه القوانين احكام الاندماج الدولي مع وضع شروط على ان تكون الشركة الدامجة وطنية وان تمارس الشركة الاجنبية نشاطها في بلد الشركة الوطنية.
4. لا يؤثر اندماج الشركات على القانون الواجب التطبيق على العقود المبرمة بين الشركة قبل الاندماج والغير حيث ان المشرع العراقي وضع ضوابط اسناد في المادة 25 لتحديد القانون الواجب التطبيق على الالتزامات العقدية

• ثانياً: التوصيات

ندعو المشرع العراقي الى تنظيم احكام الاندماج الدولي مع تضمينها احكام وشروط مماثلة لما جاءت بها القوانين المقارنة مثل وضع شرط ان تكون الشركة المدمجة وطنية او تكون شركة وطنية جديدة مع شرط تأسيسها داخل العراق.

الدراسة السادسة:

**التدابير الخاصة المفروضة على الاحداث الجانحين والمشردين
في التشريع الاماراتي - مقارنة مع التشريع الاردني**

د. طایل الشياب⁽¹⁾
وضحى حميد البلوشي⁽²⁾

الحدث⁽³⁾ كما عرّفته المادة الأولى من القانون الاتحادي رقم 9 لسنة 1976 في شأن الاحداث الجانحين والمشردين بأنه "من لم يجاوز الثامنة عشر من عمره وقت ارتكابه الفعل محلاً لمساءلة أو وجوده في أحدي حالات التشرد"⁽⁴⁾. كذلك فقد عرف المشرع الاردني الحدث في المادة 2 من قانون الاحداث رقم 32 لسنة 2014 بأنه "كل من لم يتم الثامنة عشر من عمره". وفي ذات المادة قسم الحدث إلى فئتين، أولها المراهق: "وهو كل من أتم الثانية عشر من عمره ولم يتم الخامسة عشر من عمره". وثانيها الفتى: "وهو كل من أتم الخامسة عشر من عمره ولم يتم الثامنة عشر".

ولا شك أن ظاهرة جنوح هؤلاء الأحداث وتشردهم من أخطر المشاكل التي تواجه المجتمعات سواء كانت متطورة أو سائرة في طريق التنمية والتطوير، فهذه الظاهرة عالمية ولا تقتصر على المجتمع الإماراتي أو الاردني رغم اختلاف القانون والأنظمة الجزائية لكل مجتمع

(1) استاذ القانون الجنائي المشارك - كلية القانون - جامعة العين - الإمارات العربية المتحدة.

(2) اخصائي إجتماعي رئيسي - ماجستير قانون عام - كلية القانون - جامعة العين - الإمارات العربية المتحدة.

(3) د. مدحت أبو النصر، الإعاقة الاجتماعية: المفهوم والأنواع وبرامج الرعاية، مجموعة النيل العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2004، ص 21.

(4) كما عرف قانون الطفل الإماراتي رقم (3) لسنة 2016 في شأن حقوق الطفل في المادة الأولى من الفصل الأول المتعلق بالتعريفات على أن الطفل "كل انسان ولد حياً ولم يتم الثامنة عشرة ميلادية من عمره.

عن الآخر. وقد زاد من هذه الظاهرة تعقيداً التطور الملحوظ في عالم التكنولوجيا والذي خلق نوعاً من التباعد العاطفي والانسجام الذهني بين صفوف الاسرة، بحيث أصبح الطفل يعيش في عالم غريب عن اسرته، وهذا ما قد يدفعه الى الخروج والتبرد على نظام الاسرة وتفضيل عالم الاصدقاء والشارع على اسرته. وهنا تأتي الخطورة على الطفل بحيث يصبح حدثاً جانحاً مشرداً. فتشرد الاحداث يشكل هدراً لرأس المال البشري لكل مجتمع، وإختلال في النظام الاجتماعي. لذلك فإن مشكلة جنوح الأحداث المشردين هي مشكلة اجتماعية معقدة، ومع زيادة عدد القضايا والانتهاكات المُحالة إلى المحاكم، تزداد المشكلة تعقيداً من الناحية القانونية والقضائية. ويقصد بالطفل المتشرد الطفل المعرض للخطر بسبب وجوده الغير طبيعي في الشارع إلى الحد الذي يعرض سلامته الأخلاقية أو النفسية أو الجسدية أو التعليمية للخطر، والتشرد هو وصف للطفل الذي يحتاج إلى الحماية والرعاية⁽¹⁾. وقد حددت المادة 13 من القانون الاتحادي رقم (9) لسنة 1976 في شأن الأحداث والجانحين والمشردين حالات التشرد لدى الحدث، واعتبرته حدثاً مشرداً، إذا: "وُجد متسولاً، ويعد من أعمال التسول عرض سلع تافهة أو ممارسة أعمال لا تصلح مورداً جدياً للعيش. قام بأعمال تتصل بالدعارة أو الفسق أو إفساد الأخلاق أو القمار أو المخدرات أو نحوها او يخدم من يقومون بهذه الأعمال. لم يكن له محل إقامة مستقر وكان يبيت عادةً في الطرقات أو في أماكن أخرى غير معدة بطبيعتها للإقامة أو المبيت فيها. خالط المشردين أو المشتبه فيهم أو الذين اشتهر عنهم سوء السيرة. كان سيء السلوك ومارقاً من سلطة أبيه أو وليّه أو وصيّيه أو من سلطة أمه في حالة وفاة أبيه أو غيابيه أو عدم أهليته أو سلب ولايته".

وقد إهتم هذين التشريعين في حالات التشرد للاحداث، بإعتبار التشرد حالة غير منسجمة مع الاستقرار الذهني والسلوكي والنفسي لتلك الفئة العمرية التي يجب ان نحيطها بكافة وسائل

(1) ترددت التشريعات ومن ضمنها التشريع الأردني والإماراتي في تسمية هذه الفئة من الأطفال، فقد كان المشرع الأردني في القانون رقم 24 لسنة 1968 يطلق وصف المتشرد على الطفل المحتاج للحماية والرعاية. وكذلك كان المشرع المصري يتبع ذات النهج فقد كان التشريع المصري يطلق وصف التشرد على الحدث حال تعرضه للانحراف ثم أطلق عليه وصف التعرض للانحراف في القانون رقم 31 لسنة 1974 وعُدّلها في القانون المعدل رقم 126 لسنة 2008 لتصبح الطفل المعرض للخطر.

الحماية. فالمشرد هو الخارج عن طاعة وولية، والمطرود من قبل وليه⁽¹⁾. لذلك يرى بعض علماء الاجتماع بأن التشرد هو "الإنسان الذي لم يجد مكان في المجتمع فهو الإنسان الذي لم يجد مأوى ثابتاً أو عنواناً محدداً يؤوي إليه في نهاية يومه"⁽²⁾.

ونظراً لاختلاف الاحداث في انحرافهم عن الكبار البالغين، من حيث أسبابه ودوافعه وطبيعته، فقد وضع المشرع الاماراتي والاردني تدابير ذات طابع خاص لتتسجم مع سياسة المشرع الجنائي في الوصول الى الهدف التربوي للاحداث. فقد ثبت أن عقوبة سلب الحرية تضر كثيراً بالاحداث وتجعلهم غير مستقرين نفسياً وسلوكياً. لذلك فقد جاءت سياسة المشرع الجنائي لتتص على جملة من التدابير الهادفة الى إصلاح هؤلاء الاحداث في المجتمع ورعايتهم وتصحيحهم، مما يجعل هذه التدابير أقرب إلى تدابير الأمن⁽³⁾. وقد قضي تطبيقاً لذلك في حكم لمحكمة التمييز الإماراتية على أنه "المقرر قانوناً وعملاً بنص المادة 8 من القانون رقم 9 لسنة 1976 في شأن الأحداث الجانحين والمشردين على أنه إذا ارتكب الحدث الذي أتم السادسة عشرة من عمره جريمة معاقب عليها في قانون الجزاء أو قانون آخر جاز للقاضي أن يحكم باتخاذ ما يراه من التدابير المنصوص عليها في هذا القانون بدلاً من العقوبة المقررة وجاء النص بالمادة 15 من ذات القانون على أن التدابير التي يجوز اتخاذها في شأن الحدث هي: 1- التوبيخ. 2- التسليم. 3- الاختبار القضائي. 4- منع ارتياد أماكن معينة. 5- حظر ممارسة عمل معين. 6- الإلزام بالتدريب المهني. 7- الإيداع في مأوى علاجي أو معهد تأهيل أو إدارة التربية أو معهد للإصلاح حسب الأحوال. 8- الإبعاد من البلاد". بما مفاده أن الحدث الذي أتم السادسة عشر من عمره ولم يبلغ الثامنة عشرة من عمره قد أجاز القانون للمحكمة بدلاً من أن تقضي عليه بالعقوبة المقررة قانوناً أن تقضي بإحدى التدابير المنصوص

(1) ابن منظور، محمد بن مكرم، لسان العرب، ج 3، ط3، دار صادر للنشر، بيروت، ص 237.

(2) خديجة سبخاوي، التغيير الاجتماعي وآثاره على تشرد المسنين، رسالة ماجستير في علم الاجتماع الجنائي، جامعة الجزائر، 2008، ص19.

(3) شيخة خلفان الحافري، جرائم الأحداث الجانحين والمشردين وسبل معالجتها في الفقه الإسلامي " دراسة مقارنة بقانون الأحداث الاتحادي"، رسالة ماجستير في الفقه الإسلامي مقدمة إلى مركز جمعة الماجد للثقافة والتراث- دبي، الناشر مؤسسة محمد بن راشد آل مكتوم، 2009. ص238:- انظر أيضاً يسار غسان الزينبات، المسؤولية الجزائية للأحداث الجانحين في القانون الأردني، مجلة جامعة البلقان التطبيقية، العدد الثلاثون، الجزء الثاني، الأردن، 2015.

عليه في المادة 15 سالفه البيان، لما كان ذلك وكان الثابت من الإطلاع على الأوراق أن الطاعن حدث وأن عمره كما يبين من تقرير الباحث الاجتماعي أكثر من ستة عشر عام وأقل من ثمانية عشرة عاماً مما كان يتعين معه وفقاً لنص المادة الثامنة سالفه البيان أن تقضي عليه المحكمة باتخاذ ما تراه من التدابير المنصوص عليها بقانون الأحداث الجانحين والمشردين بدلاً من توقيع العقوبة المنصوص عليها قانوناً باعتباره القانون الخاص وأن الخاص يقيد العام وأنه الأصلح للمتهم⁽¹⁾.

♦ أهمية البحث

تأتي أهمية هذا البحث من خلال اعتماد المشرعين الإماراتي والاردني نهج جديد يقوم على إيجاد نظام يكفل حماية وتأهيل وإدماج الحدث الجانح المشرد في مجتمعه بما يضمن مصلحة الطفل بعدم تكرار الجريمة، ومصلحة المجتمع والضحية من خلال الإصلاح للضرر الذي لحق به نتيجة الجريمة في نفس الوقت، والذي يُعرف "بنظام العدالة الإصلاحية" كنهج جديد في التعامل مع جنوح الأحداث المشردين وضمان حمايتهم. فالتشريعات الجنائية في مختلف بلدان العالم، إهتمت بحماية الأطفال وحقوقهم ورعايتهم. وقد زاد اهتمامها بمجموعة منهم، وهم الأطفال الجانحين والمشردين. فقد أخذت الدول على عاتقها سن التشريعات اللازمة لحماية هذه المجموعة، كما أخذت في الاعتبار كل ما يتعلق بمفهوم النمو البدني والنفسي للطفل. وقد اصدرت تشريعات جزائية خاصة تتسجم مع فئتهم العمرية، وإدراكهم لماديات الأمور واثارها القانونية وحماية لهم من كل اشكال التعرض للخطر. ومن هذه التشريعات النازمة للمسؤولية الجزائية للأحداث القانون الاتحادي رقم 9 لسنة 1976 في شأن الاحداث والجانحين والمشردين. كذلك قانون الاحداث الاردني رقم 32 لسنة 2014.

♦ مشكلة البحث

تأتي اشكالية البحث من خلال التساؤل الرئيس المتمثل في بيان مدى كفاية النصوص القانونية النازمة للتدابير الخاصة التي فرضها المشرع الإماراتي والاردني على الاحداث الجانحين والمشردين؟ وهل تتسجم هذه التدابير الخاصة مع سياسة المشرع الجنائي الهادفة

(1) محكمة التمييز دبي، الطعن رقم 253 لسنة 2012 (جزائي)، تاريخ 2013/6/10.

الى اصلاح وتربية هؤلاء الاحداث الجانحين والمشردين؟. فالهدف الذي يبحث عنه المشرع الجنائي في فرضه لهذه التدابير ذو بعد تربوي وتأهيلي.

♦ منهج الدراسة

في إعداد هذه الدراسة اعتمد الباحثين على منهجين: المنهج الوصفي الذي يعتمد على جمع المعلومات من الوثائق والدراسات والبحوث والكتب المتعلقة بهذا الموضوع، والمنهج التحليلي المقارن الذي من خلاله يتم مناقشة الموضوع بطريقة علمية ودليل علمي. من خلال معالجة الأجزاء التي تقع ضمن التدابير الخاصة التي فرضها المشرعين الاماراتي والاردني على الاحداث الجانحين والمشردين بقانون الأحداث الاتحادي رقم (9) لسنة 1976 في شأن الأحداث الجانحين والمشردين بدولة الإمارات العربية المتحدة، بالإضافة إلى قانون الأحداث الاردني رقم 32 لسنة 2014.

♦ خطة البحث

بمقتضى الحديث عن التدابير الخاضعة المفروضة على الاحداث الجانحين والمشردين في التشريعين الاماراتي والاردني فقد قسمنا البحث الى مبحثين:- الاول يعالج التدابير غير السالبة للحرية، ونستعرض في المبحث الثاني التدابير الالزامية المفروضة على الاحداث الجانحين والمشردين.

○ المبحث الاول: التدابير غير السالبة للحرية

التدابير غير العقابية هي مجموعة من الإجراءات والسياسات العلاجية والوقائية لمواجهة الخطورة الإجرامية لدى الحدث أو انحرافه. وتمتاز تلك التدابير بالعديد من الخصائص نوردتها فيما يلي:

1. أن تلك التدابير التقييمية التي توقع على الأحداث "تُعد جزاءات ولكنها تختلف عن العقوبات العادية المقررة للبالغين، وتهدف في المقام الأول إلى رعاية وتهذيب الأحداث، ولا تهدف إلى إيلام الحدث"⁽¹⁾.

(1) د. عبد الحميد الشواربي، جرائم الأحداث، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1991، ص82.

2. يتمتع القاضي بسلطة تقديرية كبيرة خلال تلك المرحلة العمرية للطفل، حيث يختار بين مجموعة من التدابير ويسترشد القاضي في ذلك بالعديد من الظروف المحيطة بالفعل والجريمة، كما يأخذ في الاعتبار سن الحدث وخبراته ومدى شدة جريمته في جانبها المادي والمعنوي، حيث أن الصغير في تلك السن قد تكون قدراته العقلية قريبة من النضج، وهناك احتمالات أن تكون العوامل الإجرامية قد تجذرت في نفسه، مما قد يجعل شخصيته جنائية خطيرة، وهذا قد يبرر مسؤوليته الجنائية، ومن هنا فإن القاضي يختار التدبير المناسب لحالة الطفل طبقاً لما هو منصوص عليه قانوناً، ولا يحكم على هذا الحدث بأية عقوبة أو إجراء منصوص عليه في القانون، وإذا لم يكن قد بلغ السابعة من عمره، فلا يتخذ في شأنه إلا تدبير التسليم أو الإيداع في إحدى المستشفيات العلاجية والمؤسسات الاجتماعية المتخصصة بحسب الحالة⁽¹⁾، ويجوز الحكم على الحدث بأكثر من إجراء كلما اقتضت الحاجة إلى ذلك⁽²⁾.

3. أن تلك التدابير يجوز استئنافها أو الطعن عليها بطريق النقض كقاعدة عامة، وتطبيقاً لذلك فقد قضى بأن المادة 1/32 من القانون رقم 1976/9 في شأن الأحداث الجانحين والمشردين تقضي بأنه "يجوز استئناف الأحكام الصادرة على الأحداث عدا الحكم بالإبعاد أو بالتوبيخ أو بتسليم الحدث لوالديه وإلى من له الولاية أو الوصاية عليه". وذهبت محكمة تمييز رأس الخيمة إلى "لما كانت المادتين 7، 10 من القانون رقم 9 لسنة 1976 في شأن الأحداث الجانحين والمشردين قد أوجبت على القاضي أن يحكم على الحدث الذي أتم السابعة ولم يبلغ السادسة عشرة من عمره باتخاذ تدبير من بين تدابير التوبيخ، والتسليم، والاختبار القضائي، ومنعه ارتياد أماكن معينة، وحظر ممارسة عمل معين، والالتزام بالتدريب المهني، والإيداع في مأوى علاجي أو معهد تأهيل أو دار للتربية أو معهد للإصلاح، والإبعاد عن البلاد، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأوقع على المطعون ضده عقوبة الحبس، فإنه يكون قد خالف صريح نصوص القانون سالف البيان، ويكون معيباً بما يوجب نقضه"⁽³⁾.

(1) مريم عبيد محمد الراشدي، محاكمة الحدث في ظل القانون والقضاء الإماراتي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 2019، ص33.

(2) المادة 25 من قانون الأحداث الجانحين والمشردين رقم 9 لسنة 1976.

(3) محكمة تمييز رأس الخيمة، الطعون: 77-88-94، لسنة 6 قضائي، جلسة بتاريخ: 4 ديسمبر 2011.

ويتعين علينا لبيان التدابير التهذيبية التي توقع على الحدث الجانح المشرد استعراضها وفق التشريع الإماراتي والأردني والمقارنة بينهما، وفق الآتي: التوبيخ. التسليم. الاختبار القضائي.

• الفرع الاول: التوبيخ

التوبيخ يعتبر من التدابير التهذيبية الهامة الهدف منه توبيخ الحدث عما صدر منه، ويتعين علينا لبيان أن نتطرق إلى ماهيته، والجهة المنوط بها إقرار ذات التدبير.

■ أولاً: ماهية التوبيخ

يقصد بالتوبيخ طبقاً لما تنص عليه المادة 16 من قانون الأحداث الجانحين والمشردين الإماراتي بأنه "هو توجيه اللوم والتأنيب إلى الحدث في الجلسة وحثه على السلوك القويم". إلا أن القانون الأردني أشار إلى التوبيخ باللوم والتأنيب، حيث تنص المادة 24/أ أنه "اللوم والتأنيب: بتوجيه المحكمة اللوم والتأنيب إلى الحدث على ما صدر عنه وتحذيره بأن لا يكرر مثل هذا السلوك مرة أخرى بشرط عدم الحط من كرامته".

والتوبيخ يشمل التعنيف حيث يقصد بالتعنيف من الناحية اللغوية "التوبيخ والتقريع واللوم"⁽¹⁾. ومن الناحية الفقهية يعرف التوبيخ بأنه "هو توجيه اللوم والتأنيب إلى الحدث، وحثه على السلوك القويم وتحذيره على ألا يعود إلى مثل هذا السلوك الذي استوجب توبيخه"⁽²⁾، ولهذا "اعتبر الشارع التوبيخ تدبيراً تهذيبياً لأن من الأحداث من يؤثر عليهم التوبيخ إلى الحد الذي يصرفهم عن السلوك الإجرامي"⁽³⁾.

وأحاط المشرع الأردني بتنفيذ هذا التدبير لضمان كرامة الحدث من خلال النص صراحة على شرط عدم المساس بكرامة الحدث. وعلى الرغم من أن المشرع لم يحدد طريقة معينة

(1) د. بشرى نواف الصرايرة، التمكين والذمة المالية المستقلة للمرأة العاملة وعلاقتها في العنف الأسري، ط1، دار الخليج للنشر والتوزيع، عمان، 2020، ص61.

(2) خالد بن أحمد الشعبي، التدابير الاحترازية في التشريع الجزائي العُماني بين النظرية والتطبيق، مجلة الآداب والعلوم الاجتماعية، جامعة السلطان قابوس، العدد 3، عُمان، 2012، ص21.

(3) د. خالد مصطفى فهمي، حقوق الطفل ومعاملته الجنائية في ضوء الاتفاقيات الدولية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص120.

لتنفيذ التدبير أو العبارات التي يتم بها، أي ترك الأمر للقاضي الذي يجب عليه التقيد بحدود معينة، بحيث لا يكون اللوم أو التوبيخ يتسم بالعنف أو القسوة في العبارات التي يوجهها القاضي إلى الحدث الذي قد يترك آثاراً سلبية في نفسه، ولهذا يجب أن يتم التوبيخ في نطاق الإصلاح والتوجيه.

■ ثانياً: جهة التوبيخ

أما جهة التوبيخ، فهي الجهة المنوط بها توقيع التوبيخ وهي المحكمة، أي قاضي الأحداث، كما أنه "يتعين أن يصدر التوبيخ في الجلسة كي يكون له التأثير المطلوب، ويقتضي كذلك حضور الحدث، حيث لا يتصور أن يكون غيابياً"⁽¹⁾.

ويعتبر التوبيخ من التدابير الوقائية والتأديبية والتصحيحية، ويترك إجراء التوبيخ للسلطة التقديرية للقاضي، ولهذا يجب على القاضي أن يختار ما هو مناسب من العبارات والصيغة والطريقة التي يتم بها التوبيخ، لأن من الأحداث من يتأثر بالتوبيخ إلى درجة تشتت انتباههم عن السلوك الإجرامي. فيكون بهذا الإجراء الأثر الإيجابي الواقع على نفس الحدث⁽²⁾. ولقد اشار المشرعين الاماراتي والاردني الى هذا التدبير الخاص بالاحداث، فقد نصت المادة 16 من قانون الاحداث والمشردين الاماراتي الى هذا التدبير بحيث أجازت للمحكمة أن توجه اللوم والتأنيب إلى الحدث في الجلسة وحثه على السلوك القويم. كذلك اشارت المادة 24 فقرة أ من قانون الاحداث الاردني الى إمكانية أن تتخذ المحكمة تدبير اللوم والتأنيب على الحدث بحيث توجه له اللوم والتأنيب على ما صدر عنه وتحذيره بأن لا يكرر مثل هذا السلوك مرة أخرى بشرط عدم الحط من كرامته.

وتشير طبيعة هذا التدبير الذي يتطلب تنفيذه فوراً التساؤل حول إمكانية استئنافه وجدوى هذا الطعن بعد تنفيذ الحكم، ونرى أن الإجراء يأتي بعد صدور حكم بإدانة المتهم، الأمر الذي

(1) جديلات جميلة، الأحداث الجانحين في ظل قانون حماية الطفل في الجزائر، رسالة ماجستير، جامعة زيان عاشور - الجلفة، الجزائر، 2016، ص33.

(2) مريم عبيد محمد الراشدي، محاكمة الحدث في ظل القانون والقضاء الإماراتي: دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون العام، جامعة الإمارات العربية المتحدة، الإمارات، 2019، ص58.

يعني أنه يجب السماح للحدث باستئناف الحكم للتحقق من صحة قرار المحكمة بالإدانة وأن الحكم نفسه قد استنفد الغرض من تنفيذه.

• الفرع الثاني: التسليم

يأتي إجراء التسليم كأحد تدابير الحماية، حيث يساهم في تحقيق العديد من الأهداف التي تنعكس في التأثير الإيجابي على الحدث، إلا أن التشريع الجنائي قد وضع العديد من الضوابط والمعايير التي تساهم في نجاح هذا التدبير، الأمر الذي يتطلب منا توضيح مفهومه وحدوده ومسؤولية متسلم الطفل.

■ أولاً: ماهية التسليم

يعد التسليم أحد تدابير الحماية التي "يقصد بها حماية الحدث من الانحراف وخطره، إذ أن الغرض منه مراقبة سلوك الحدث للحيلولة دون عودته إلى السلوك المنحرف، ويفضل اللجوء إلى هذا التدبير طالما ليس هناك ضرورة للإلتجاء إلى التدابير الأخرى، إذ أن من شأن هذا التدبير أن يضيف جواً من التعاون بين المحكمة وبين الجهة المسلم إليها، بعد أن تتعهد الأخيرة بالمحافظة عليه"⁽¹⁾. ويقرر هذا التدبير للحدث الذي يرتكب جريمة مهما كان حجمها سواء كانت جنائية أو جنحة أو مخالفة.

ولم يُعرف المشرع الإماراتي التسليم شأنه في ذلك شأن التشريع الأردني مكتفياً ببيان الأحكام المتعلقة به وتحديد شروطه. حيث تنص المادة 17 من قانون الأحداث الجانحين والمشردين الإماراتي على أن "يكون تسليم الحدث إلى أحد أبويه أو إلى من له الولاية عليه. فإذا لم يتوفر في أيهما الصلاحية للقيام بتربيته يكون التسليم إلى من هو أهل لذلك من أفراد أسرته".

كما نصت المادة 1/ب/25 من قانون الأحداث الأردني أنه "بتسليم الحدث إلى أحد أبويه أو إلى من له الولاية أو الوصاية عليه". ونصت المادة 2/ب/25 من ذات القانون أنه "إذا لم يتوافر في أحد أبوي الحدث أو من له الولاية أو الوصاية عليه الصلاحية بالقيام بتربيته يسلم

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص1009.

إلى من يكون أهلاً لذلك من أفراد أسرته فإن لم يتوافر ذلك يسلم إلى شخص مؤتمن يتعهد بتربيته أو إلى أسرة موثوق بها يتعهد عائلها بذلك بعد موافقتهم على ذلك".
وتُحدد النصوص الأشخاص الذين لهم حق في التسليم على نحو ترتيب معين، ففي التشريع الإماراتي، يمثل المستلم أحد والديه أو من له ولاية عليه. وفي ظل عدم وجود الصلاحية للقيام بتربية الحدث يكون التسليم إلى من هو أهل لذلك من أفراد أسرته، أما المشرع الأردني فقد توسع في الفئات التي يجوز تسليم الحدث إليها. بمعنى آخر، توسع المشرع الأردني في تحديد من يحق له استقبال الطفل المتشرد، وتفق في ذلك على المشرع الإماراتي.
ويرى الباحثان أن الهدف من هذا الترتيب هو الميل الطبيعي نحو الحدث والاهتمام بمصلحته وفق الترتيب ذاته الذي حدده المشرع، وأن أولوية التسليم تكون حسب تدرج مصلحتهم لمصلحة الحدث ومستقبله.

■ ثانياً: نفقة الحدث

لم يحدد المشرع الإماراتي صراحة في نصوص مواده القانونية نفقة الحدث المحكوم عليه بتسليمه لمن لا يلزمه النفقة عليه. ويمكن القول إن المشرع الإماراتي كان من الأفضل أنه صاغ هذا النص بشكل أفضل كغيره من التشريعات الدولية، لأن الحكمة في ذلك أنه يكفي لمتلقي الحدث أن يتولى مهمة مراقبة الحدث وتعهده بسلوكه الحسن دون أن يتم تكليفه بعبء مالي، وإلا فإن هذا سيؤدي إلى عزوف الأفراد عن تسلم الصغير. بينما نجد أن المشرع الأردني أشار في المادة 39/ب من قانون الأحداث أنه "إذا تبين أن الشخص المسؤول عن نفقة إعالة الحدث المحتاج إلى الحماية أو الرعاية في وسعه أن يقدم نفقة إعالته، كلياً أو جزئياً، فللوزير أو من يفوضها خطياً بذلك وبالنيابة عن الحدث المحتاج للحماية أو الرعاية اتخاذ ما يلزم لمباشرة الإجراءات القضائية لدى الجهات المختصة لإلزام ذلك المسؤول بالنفقة وفقاً لما تحدده تلك الجهات". وبذلك قد أحسن المشرع الأردني في الإشارة إلى مصدر نفقة الحدث، وعليه فأنتنا نقترح على المشرع الإماراتي الأخذ بما جاء في التشريع الأردني والإشارة إلى النفقة على الحدث.

■ ثالثاً: مسؤولية من تسلم الحدث

وفي هذا الشأن تنص المادة 39 من قانون الأحداث الإماراتي على أنه "يعاقب بغرامه لا تتجاوز خمسمائة درهم كل من سُلّم إليه الحدث وأهمل رعايته وترتب على ذلك جناح الحدث أو تشرده". لذلك فإنه يشترط على من سُلّم إليه الحدث أن يقوم بكافة الواجبات والالتزامات الملقاة على كتفيه تجاه الصغير من خلال تربيته حسب تعليمات المحكمة أو مراقب السلوك، وهذا واجب إلزامي يمارسه باسم محكمة الأحداث⁽¹⁾.

يُؤخذ على المشرع الأردني إغفاله النص على مسؤولية متسلم الحدث في حال إهماله أو تقصيره في الحفاظ عليه وكذلك عدم النص بشكل واضح على حدود صلاحياته. وقد قرر المشرع الأردني فقط إحالة الحدث إلى الجهات المعنية لحمايته أو رعايته حيث نصت المادة 33/أ حيث أنه: "إذا كان تحت رعاية شخص غير مؤهل للعناية به، لاعتياده الإجرام أو إدمانه السكر أو المواد المخدرة والمؤثرات العقلية أو انحلاله الخلقي أو أدين بارتكاب جرم مخل بالأداب مع أي من أبنائه أو أي من المعهود إليه برعايتهم". كما أكدت المادة 37 في الفقرة (ب/1) بالحماية اللائقة مع كتابة المسؤول عن الرعاية أو حماية الطفل بتعهد يضمن تقديم هذه العناية. وإذا كان غير ذلك فيصدر قاضي التنفيذ بإحالته إلى مؤسسة الرعاية. حيث أشارت المادة (37/ج/2) أنه: " لعدم وجود من يُعنى به عناية كافية أو عجزه عن العناية بنفسه".

ويرى الباحثان أن الحكمة من هذا التجريم أن المشرع حريص على إلزام المتلقي للطفل بأداء واجباته في مراقبة سلوك الطفل وحمايته من العودة إلى إحدى حالات الانحراف أو ارتكاب الجريمة مرة أخرى. إلا أننا نجد بأنه من الضروري على المشرع الأردني إضافة نص في قانون الأحداث لمعاقبة كل من يهمل في رعاية الحدث المسلم إليه لرعايته كما هو مشار في المادة 39 من قانون الأحداث الإماراتي.

ولتمكين متسلم الطفل من أداء واجباته وتدعيماً لسلطته على الطفل، فقد أنشأ المشرع الأردني جريمة خاصة للبالغين الذين يحتجزون الحدث أو آوى أو أخفى أو هرب أو ساعد

(1) د. حسن الجوخدار، قانون الأحداث الجانحين، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1992، ص95-

أو حرّض على تهريب حدث من دار رعاية الأحداث⁽¹⁾. وحدد عقوبة بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة⁽²⁾.

• الفرع الثالث: الاختبار القضائي

يعتبر الاختبار القضائي من الإجراءات التي تساهم في العمل على تقويم الحدث والعمل على تأهيله من جديد للمجتمع، وهو ما علينا توضيح المقصود من الاختبار القضائي، ومن ثم شرح ضوابطه على النحو التالي:

■ أولاً: المقصود بالاختبار القضائي

يقصد "بنظام الوضع تحت الاختبار تقييد حرية الجاني عن طريق فرض التزامات معينة عليه وخضوعه لبعض تدابير الرقابة والمساعدة، فإذا أخلّ بهذه الالتزامات أو التدابير سُلبت حريته"⁽³⁾، وإذا نظرنا إلى كل من المحاكمة ووقف تنفيذ العقوبة بالوضع تحت الاختبار، نجد أنها خاصة بالمجرمين الذين ليس لديهم خطر جنائي كبير ويمكن إصلاحهم دون حرمانهم من حريتهم، وربما سجنهم واختلاطهم بالمجرمين سيزيد من شدة إجرامهم⁽⁴⁾. ويمثل الهدف الأساسي من نظام الوضع تحت الاختبار تجنب الحدث عقوبة سالبة للحرية، وتقييد حريته بفرض مجموعة من الالتزامات عليه ومدى استجابته لتلك الالتزامات، ويخضع للرقابة والإشراف خلال فترة محددة، وتقييد حريته مرة أخرى في حالة فشل النظام في الإصلاح وتقويم المحكوم عليه مرة أخرى. كما يساهم هذا التدبير في العمل على تأهيل الطفل وتكيفه مع بيئته الطبيعية والمجتمع من حوله، حتى يستمتع بحياته وحريته، ولكن تحت إشراف كفاءات عالية.

(1) انظر المادة (42) من قانون الأحداث الأردني في الفقرات التالية: أ- ج/2- د/1-2.

(2) انظر المادة (42) من قانون الأحداث الأردني.

(3) زهرة غضبان، تعدد أنماط العقوبة وأثره في تحقيق الردع الخاص للمحكوم عليهم، رسالة ماجستير في العلوم القانونية، جامعة الحاج لخضر - باتنة، الجزائر، 2013، ص57.

(4) زهرة غضبان، المرجع السابق، ص57.

وتنص المادة 18 من قانون الأحداث الإماراتي على أنه "في الحالات التي يجوز الحكم فيها على الحدث بعقوبة الحبس يجوز للقاضي أن يأمر بوقف النطق بحكم الإدانة مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على ثلاث سنوات مع وضع الحدث تحت الإشراف والقيود التي يقتضيها اختباره قضائياً. فإذا اجتاز الحدث فترة الاختبار بنجاح اعتبرت الدعوى كأن لم تكن وإلا أعيدت محاكمته طبقاً لأحكام هذا القانون".

وفي قانون الأحداث الأردني تنص المادة 24/ ز على أنه " ويكون بوضع الحدث في بيئته الطبيعية تحت التوجيه والإشراف مع مراعاة الواجبات التي تحددها المحكمة ولا يجوز أن تزيد مدة الإشراف القضائي على سنة".

ومن الواضح أن كلا القانونين يأخذان في الاعتبار أهمية وفعالية الاختبار القضائي للأحداث بدلاً من تطبيق العقوبة المقررة. ورغم أن القانونين الإماراتي والأردني اختلفا في اسم التدبير الغير سالب للحرية، كما أطلق عليه المشرع الإماراتي الاختبار القضائي، فيما أطلق عليه المشرع الأردني الإشراف القضائي.

■ ثانياً: الضوابط الموضوعية للاختبار

هناك ضوابط موضوعية متعددة والتي تختلف حسب مسلك التشريعات المتعلقة بالأطفال والتي تستهدف تنظيم توقيع تدبير الاختبار القضائي.

1- شروط الاختبار القضائي:

نص المشرع الإماراتي في المادة 18 من قانون الأحداث على أنه "يشترط لتوقيع تدابير الاختبار ما يلي:

- أن يتم في الأحوال التي يجوز فيها الحكم على الحدث بعقوبة أي أن لا يقل عمر الحدث عن 16 ولا يزيد عن 18 سنة.

- أن يكون قد ارتكب جريمة تقتضي توقيع عقوبة الحبس يستوي أن تكون جناية أو جنحة".

- وكذلك فعل المشرع الأردني في المادة 24/ ز حيث اشترط لتوقيع تدابير الإشراف الرقابي

ما يلي:

- وضع الحدث في بيئته الطبيعية مع مراعاة الواجبات التي تحددها المحكمة.

- يشترط بمدة الإشراف سنة ولا يمكن تجاوزها.
وقد أحسن المشرع الإماراتي في توضيح شروط تدابير الاختبار القضائي بشكل أوسع من المشرع الأردني.

2- ما يتوجب على الحدث خلال فترة الاختبار:

ووفقاً لقانون دولة الإمارات العربية المتحدة، فإنه يستفاد من نص المادة 18 المذكورة أعلاه- أنه لكي يتحقق تدبير الاختبار القضائي وإبقاء الحدث في بيئته الطبيعية مع والديه، والالتزام بشرطين في ذلك، وهما: أولها إلزام الحدث بواجبات معينة مثل حضور اجتماعات ثقافية أو تعليمية أو دينية أو منعه من الذهاب إلى أماكن معينة. والقيد الثاني إخضاع الحدث للتوجيه والإشراف والمساعدة، ويتم تنفيذ هذه المهمة من قبل المراقب الاجتماعي الذي يتطلب منه النجاح في مهمته، ويجب أن ينال ثقة الحدث وثقة عائلته، كما يتطلب اليقظة والصبر وبعض الحزم ويجب على المراقب صرف الحدث عن العوامل المسببة والدوافع لارتكاب الجريمة أو أسباب التعرض للانحراف⁽¹⁾.

3- فترة الاختبار القضائي:

مدة الاختبار لا تزيد على ثلاث سنوات، ومن ثم يمكن للقاضي إنقاص تلك المدة بحد أدنى في التشريع الإماراتي مقداره سنة، بينما نجد أن المشرع الأردني حدد أعلى مدة للإشراف القضائي بفترة لا تتجاوز السنة. ومن جانبنا نؤيد مسلك المشرع الإماراتي والأردني الذي حدد حداً أدنى لتدبير الاختبار القضائي.

○ المبحث الثاني: التدابير الإلزامية المفروضة على الأحداث الجانحين والمشردين

هناك العديد من صور التدابير التي تحمل الطابع الإلزامي والمتمثلة في القيام بالعديد من الالتزامات السلبية أو الإيجابية التي توقع على الأحداث الذين يفتعلون الجرائم أو المعرضين للانحراف. ولقد جاءت هذه التدابير بصورة أولاً- المنع والحظر. ثانياً- الإلزام بالتدريب المهني. ثالثاً- الإيداع. رابعاً- الإبعاد من البلاد.

(1) شيخة خلفان الحافري، المرجع السابق، ص 244-245.

وهناك العديد من الواجبات التي يلتزم بها الحدث، وقد تكون لها صورة إيجابية تتمثل في الالتزام بعمل معين، وقد تأخذ صورة سلبية وتتخذ شكل الامتناع عن القيام بعمل معين، وهو يتطلب منا بيان صور الواجبات التي يلتزم بها الاحداث وفق أحكام التشريع الخاص بالاحداث، ثم يوضح الجهات المسؤولة عن الموافقة على إقرار هذه القيود.

• الفرع الاول: صور المنع والحظر

نصت المادة 19 من قانون الأحداث الإماراتي على أن "يجوز للمحكمة أن تأمر بمنع الحدث من ارتياد الأماكن التي يثبت أن تردده عليها له تأثير في جناحه أو تشرده"، كما تنص المادة 20 من ذات القانون على أنه "يجوز للمحكمة أن تحظر على الحدث مزاوله أعمال معينة متى تبين أن جناحه أو تشرده راجع إلى مزاولته هذه الأعمال". وقد أحسن المشرع الإماراتي في توضيح صور المنع والحظر للحدث كونها تسبب له الجنوح أو التشرد. في حين أن المشرع الأردني لم يكن واضحاً تماماً بهذا الخصوص حيث تنص المادة 24/هـ على أنه: "القيام بواجبات معينة أو الامتناع عن القيام بعمل معين لمدة لا تزيد عن سنة". وينتمي هذا التدبير إلى مجموعة التدبير المقيدة للحرية، لأنه يتضمن مجموعة من الأوامر والمحظورات التي يجب على الحدث الالتزام بها، وتتعلق هذه الأوامر والمحظورات بظروف القضية وظروف الواقعة المنسوبة إلى الحدث. ثم تختلف الواجبات والمحظورات المفروضة على الحدث حسب الجريمة ومكان ارتكابها ونوعها وخطورتها والنتائج المترتبة عليها⁽¹⁾.

• الفرع الثاني: الإلزام بالتدريب المهني والنفخ العام

نصت تشريعات عديدة على تدابير الإلحاق في التدريب والتأهيل للعمل تحقيقاً للمنفعة العامة مما يؤثر على المصلحة الخاصة للطفل والمصلحة العامة للمجتمع بعد تأهيله كمواطن صالح للمجتمع.

(1) د. يوسف إلياس، قوانين الأحداث الجانحين في دول مجلس التعاون الخليجي، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعملية، ط1، العدد 86، المنامة، مملكة البحرين، 2014، ص136-137.

تنص المادة 21 من قانون الأحداث الإماراتي على أن "يكون الإلزام بالتدريب المهني بأن تعهد المحكمة بالحدث إلى مراكز التدريب المهني الحكومية أو أحد المصانع أو المتاجر أو المزارع التي تقبل تأهيله وذلك كله لمدة لا تتجاوز ثلاث سنين".

كما تنص المادة 24/د من قانون الأحداث الأردني على أنه "الإلحاق بالتدريب المهني في أحد المراكز المختصة التي يعتمدها الوزير لهذه الغاية لمدة لا تزيد عن سنة". ومن الواضح أن كلا المشرعين الإماراتي والأردني اختلفا بمدة التدريب المهني. وحسناً فعل المشرع الأردني حين جعل الفترة سنة واحدة. ونحن نعتقد بأن سنة واحدة كافية لتقييم حالة الحدث المنتشر فإذا لم تصطلح حاله وكان التقييم من قبل المشرف على الحدث سلبياً يمكن زيادة مدة التأهيل سنة أخرى. كما اشترط المشرع الأردني إلحاق الحدث بالبرامج أو أي من مؤسسات المجتمع المدني أو أي جهة أخرى إلى اعتماد الوزير لهذه البرامج أو المؤسسة⁽¹⁾، ويسعى المشرع الأردني إلى بيان أهمية مؤسسات التأهيل والتي تتم بإشراف الوزير.

وفيما يتعلق بالعمل للمنفعة العامة، فلم يحدد المشرع الإماراتي نص قانوني للعمل في المنفعة العامة حيث ترك الأمر إلى المؤسسة المعدة لرعاية الأحداث. بينما نصت المادة 24/ج من قانون الأحداث الأردني على أنه: "الإلزام بالخدمة للمنفعة العامة في أحد مرافق النفع العام أو إحدى مؤسسات المجتمع المدني التطوعي لمدة لا تزيد عن سنة". ولذلك فأنا نقترح على المشرع الإماراتي الاخذ بما جاء في التشريع الأردني وفرض تدبير الإلزام بالخدمة للمنفعة العامة في أحد مرافق النفع العام أو أحد مؤسسات المجتمع المدني لما لهذا التدبير من تأثير إيجابي على نفسية الحدث وانخراطه في البيئة السليمة التي تنزع منه فتيل الانحراف والتشرد.

• الفرع الثالث: الإيداع والإبعاد

معظم التشريعات المتعلقة بالأطفال تعاملت مع إجراءات الإيداع سواء تم إيداعها في أحد المستشفيات أو المصحات العلاجية، وهناك أيضاً تدابير تشمل الإيداع في أحد مؤسسات الرعاية الاجتماعية، ومن ناحية أخرى تتضمن التشريعات الإماراتية إجراء الترحيل من البلاد للأحداث غير المواطنين.

(1) المادة 24/و من قانون الأحداث الأردني رقم 32 لسنة 2014.

■ أولاً: الإيداع

هناك نوعين من تدابير الإيداع والتي تتم عادةً عن طريق الإيداع في أحد المستشفيات، أو الإيداع في أحد مؤسسات الرعاية الاجتماعية، والتي نستعرضها على النحو التالي:

أ- في المستشفيات

تنص المادة (22) من قانون الأحداث الإماراتي على أنه "للمحكمة إذا تبين لها أن جناح الحدث أو تشرده راجع إلى مرض عقلي أن تأمر بوضعه في مأوى علاجي أو منشأة صحية مخصصة لهذا الغرض إلى أن يتم شفاؤه". وتقرر المحكمة إخلاء سبيل الحدث بعد ذلك بناء على تقارير الأطباء المشرفين على علاجه.

كما تنص المادة (4/و) من قانون الأحداث الأردني على أنه " تلتزم أي جهة يكون الحدث مودعاً لديها بأن تقدم له الرعاية وأن تحوله إلى الجهات الطبية المختصة لتلقي العلاج الذي يحتاجه مهما كان نوعه سواء لمرض أو إدمان أو غير ذلك".

ب- في مؤسسات الرعاية الاجتماعية

ويعتبر هذا التدبير من أهم الإجراءات التي يتم تطبيقها على الأحداث الجانحين في مختلف التشريعات، ويكون الإجراء هو إيواء الحدث مؤسسة أو معهد أو دار يخضع فيه لبرنامج تعليمي وتقييم شامل يتسع لكل جوانب حياته⁽¹⁾.

وتنص المادة 23 من قانون الأحداث الإماراتي على أنه "للمحكمة أن تحكم بإيداع الحدث في معهد مناسب لتأهيله أو في إحدى دور التربية والإصلاح المعدة لرعاية وتقويم الأحداث التابعة للدولة أو المعترف بها منها".

كما تنص المادة 24/و من قانون الأحداث الأردني على أن " إلحاق الحدث ببرامج تأهيلية تنظمها الوزارة أو أي من مؤسسات المجتمع المدني أو أي جهة أخرى يعتمدها الوزير. ومن الملاحظ أن المشرع الأردني أطلق على معاهد التأهيل بمؤسسات المجتمع المدني، كما

(1) دركي عبد الحميد، المسؤولية الجزائية للحدث، رسالة ماجستير في علم الإجرام، جامعة د. الطاهر مولاي- سعيدة، الجزائر، 2016، ص68.

أن المشرع الأردني أحسن في تعريف دور التربية والإصلاح حيث قسّمها إلى ثلاثة أقسام: دار تربية الأحداث، ودار تأهيل الأحداث، ودار رعاية الأحداث⁽¹⁾. ونحن نؤيد بدورنا هذا التدرج الذي قام به المشرع الأردني، بينما اقتصر المشرع الإماراتي على تسميتها دور التربية والإصلاح المعدة لرعاية وتقويم الأحداث، دون أن يذكر لها تعريفاً واضحاً أو يشير إلى المقصود في دور تربية الأحداث.

وحيث أنه في تلك المؤسسات المختصة برعاية الأحداث، يتم تشكيل لجنة للإشراف والمتابعة، وتقرر المحكمة الإفراج عن الحدث بناءً على التقارير التي تقدمها هذه الجهات إليها وفقاً لأحكام المادة 34 من هذا القانون. ولا يجوز للحدث أن يقيم في هذه الأماكن إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره.

وتشير النصوص سالف الذكر العديد من الملاحظات التي تتمثل فيما يلي⁽²⁾:

1- "حرص المشرع على الإشارة صراحة إلى عدم جواز الحكم بهذا التدبير إلا كمالاً أخيراً.

2- أشار المشرع إلى عدم تحديد مدة التدبير نسبياً، وذلك حتى يحقق غرضه في إصلاح الطفل وتأهيله اجتماعياً والقضاء على الخطورة الإجرامية التي توافرت لديه".
إلا أن المشرع حدد في الوقت نفسه مدة قصوى لهذا الإجراء، في ضوء متطلبات حماية الحريات الفردية. ولا يجوز أن تزيد مدتها على عشر سنوات في الجنايات وخمس سنوات في الجرح وثلاث سنوات في حالات التعرض للانحراف.

ويهدف هذا التدبير إلى التخفيف من أثر وأضرار سلب الحرية من خلال السماح لأهالي الحدث بزيارته، ويمنح الحدث كل عام إجازة يقضيها مع أسرته، كما يسمح له بقضاء عطلة نهاية الأسبوع مع عائلته حيث يُشهد له بشكل جيد من قبل المشرفين عليه، ومن ناحية أخرى يتلقى الحدث العديد من المبادئ والعلوم وفقاً لبرامج محددة يغلب عليها الطابع التقويمي

(1) أنظر المادة (2) مزن قانون الأحداث الأردني، حيث عرف دار تربية الأحداث: الدار المنشأة أو المعتمدة لتربية الأحداث الموقوفين وتأهيلهم وفقاً لأحكام هذا القانون. دار تأهيل الأحداث: الدار المنشأة أو المعتمدة لإصلاح الأحداث المحكومين وتربيتهم وتأهيلهم وفقاً لأحكام هذا القانون. دار رعاية الأحداث: الدار المنشأة أو المعتمدة لغايات إيواء الأحداث المحتاجين للحماية أو الرعاية وتعليمهم وتدريبهم.

(2) شريف سيد كامل، الحماية الجنائية لحقوق الطفل، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2014، ص 64.

والتربوي والتعليمي، حيث أن التدابير الإصلاحية هي طرق تربوية وتقييمية تجرد من صفة اللوم المعنوي والأخلاقي⁽¹⁾.

■ ثانياً: الإبعاد

يشير دستور دولة الإمارات العربية المتحدة بحسب نص المادة (40) منه على أنه: "يتمتع الأجانب في الاتحاد بالحقوق والحريات المقررة في المواثيق الدولية أو في المعاهدات والاتفاقيات التي يكون الاتحاد فيها طرفاً، وعليهم الواجبات المقابلة لها". إذا التزم الوافد يكون مرحباً به، وإذا خرج عن هذا الإطار وخالف القانون، وارتكب جرائم، فيصبح شخصاً غير مرغوب فيه ويجب إبعاده عن الدولة، وإذا كان لكل فرد الحق في التنقل، يدخل الدولة ويقيم فيها، وذلك مشروط بالتزامه بعدم مخالفة قوانينها، وبالتالي فهو حق مقيد بسلطة الدولة للسماح لها بترحيل أجنبي والذي يشكل وجوده تهديداً لأمنها وسلامتها، وذلك حفاظاً على كيانها وأمنها⁽²⁾.

ويعتبر الإبعاد أحد التدابير المقيدة للحرية، وتطبيقاً لذلك فقد قضت المحكمة الاتحادية العليا في حكم لها بأنه "لما كان الإبعاد عن الدولة هو أحد التدابير المقيدة للحرية التي رأى المشرع اتخاذها في شأن غير المواطنين الذين يشكل بقاؤهم بالدولة خطراً على الأمن العام، وإذا كان المقصود من هذا التدبير مواجهة خطورة إجرامية كامنة في هذا الأجنبي ليدرأها عن المجتمع فإنه لا محل لاتخاذها إلا عند ثبوتها ويتعين أن ينقضي بزوالها، ولا بد أن يرد عليه ما يجعله متلائماً مع التطور الذي يعرض لتلك الخطورة التي وضع لمواجهةها"⁽³⁾.

وينص على ذات التدبير قانون الأحداث الإماراتي في المادة رقم 24 ومضمونها هي أن "يجوز للمحكمة إذا كان الحدث من غير المواطنين أن تحكم بإبعاده من البلاد ويكون الحكم بالإبعاد وجوبياً إذا عاد الحدث إلى إحدى حالات التشرّد أو الجنح". وينفذ حكم الإبعاد خلال أسبوعين من تاريخ صدوره.

(1) دركي عبد الحميد، المرجع السابق، ص 57.

(2) د. محمد عبد الرحيم الناغي، جزء الإبعاد في النظام القانوني لدولة الإمارات العربية المتحدة: دراسة وصفية تحليلية موجزة ومقارنة، القيادة العامة لشرطة الشارقة مركز بحوث الشارقة: الفكر الشرطي، المجلد 26، العدد 1، 2017، ص 5.

(3) حكم المحكمة الاتحادية العليا، 1994/5/18، الطعن الرقم 110 لسنة 15 ق مجموعة أحكام المحكمة ص 16 رقم 41 ص 2002.

- وتتمثل الأحكام المتعلقة بتدابير الإبعاد في التالي:
- أولاً: في تدابير الإبعاد يجوز للمحكمة أن تتخذها أو تأخذ بغيرها من تدابير أخرى، وتكون واجبة في حالة عودة الحدث إلى حالة التشرّد أو الجنحة.
 - ثانياً: يشترط في الحدث ألا يكون مواطناً، أي ينتمي في جنسيته إلى دولة غير الإمارات العربية المتحدة.
 - ثالثاً: ينفذ حكم الإبعاد خلال أسبوعين من تاريخ صدوره.
 - رابعاً: لا يجوز الطعن في الحكم الصادر على الحدث بالإبعاد وفقاً للمادة 32 من قانون الأحداث الإماراتي⁽¹⁾.

هذا التدبير الخاص بالإبعاد لم يشر إليه المشرع الاردني في قانون الاحداث، ولا حتى في قانون العقوبات العام، حيث ان تدبير الابعاد القضائي في الاردن غير متوفر لغاية هذه اللحظة. لذلك ولتجنب مخاطر العدوى من التشرّد وحفاظاً على أمن المجتمع وسلامته فأنا نرى من الضرورة الإشارة في قانون الاحداث الاردني الى مثل هذا التدبير وترك السلطة التقديرية لقاضي الاحداث في أن يقرر الابعاد من عدمه وخاصة في حال لا يوجد اسبقيات لهذا الحدث، أما في حال التكرار والعود لارتكاب الجريمة فيصبح الامر بالإبعاد الزامياً على الحدث، وهذا ما جاء به التشريع الاماراتي.

○ الخاتمة

في هذه الدراسة تعرضنا إلى التدابير الخاصة المفروضة على الحدث الجانح المشرد في التشريعين الاماراتي والاردني، وقد وجدنا أن هناك تدابير فرضها المشرعين الاماراتي والاردني وفق ما نص عليه قانون الأحداث الجانحين والمشردين الإماراتي رقم 9 لسنة 1976، وقانون الأحداث الأردني رقم 32 لسنة 2014. كما تبين لنا أن هناك بعض النقاوت في بعض الامور بين التشريعين الاماراتي والاردني، وبعد الدراسة والبحث توصلنا الى مجموعة من النتائج والتوصيات:

(1) البند الأول من المادة 32 من قانون اتحادي للأحداث الجانحين والمشردين رقم 9 لسنة 1976 أنه: "يجوز استئناف الأحكام الصادرة على الأحداث عدا الحكم بالإبعاد أو بالتوبيخ أو بتسليم الحدث إلى والديه أو إلى من له الولاية أو الوصاية عليه".

• أولاً: النتائج

1- لم يحدد المشرع الإماراتي صراحة في قانون الجانحين والمشردين نفقة الحدث المحكوم عليه بتسليمه لمن لا يلزمه النفقة عليه. بعكس القانون الاردني الذي اشار وبالمادة 39 / ب من قانون الاحداث الى مصدر النفقة للاحداث.

2- تميز المشرع الأردني عن المشرع الإماراتي في تدبير الإلزام بالخدمة للمنفعة العامة في أحد مرافق النفع العام. وزاد المشرع الإماراتي عن المشرع الأردني في تدبير الإبعاد من البلاد.

3- المشرع الأردني أطلق على معاهد التأهيل بمؤسسات المجتمع المدني، كما أن المشرع الأردني أحسن في تعريف دور التربية والإصلاح حيث قسّمها إلى ثلاثة أقسام: دار تربية الأحداث، ودار تأهيل الأحداث، ودار رعاية الأحداث. بينما اقتصر المشرع الإماراتي على تسميتها دور التربية والإصلاح المعدة لرعاية وتقويم الأحداث، دون أن يذكر لها تعريفاً واضحاً أو يشير إلى المقصود في دور تربية الأحداث.

4- لقد حدد المشرع الاماراتي عقوبة لكل من سلم اليه الحدث وأهمل في رعايته كما هو مشار اليه في قانون الاحداث الجانحين والمشردين، بينما لم يشر المشرع الاردني الى تلك المسؤولية تجاه متسلم الحدث. وهذا يخلق نوعاً من عدم الاهتمام بالرعاية لتلك الفئة من الافراد " الاحداث " الذين هم بامس الحاجة الى الاهتمام والرعاية.

• ثانياً: التوصيات

1- نقترح على المشرع الاماراتي إضافة نص في قانون الاحداث الجانحين والمشردين يحدد المسؤول عن نفقة الحدث وتبني النص الاتي " إذا تبين أن الشخص المسؤول عن نفقة إعالة الحدث المحتاج إلى الحماية أو الرعاية في وسعه أن يقدم نفقة إعالته، كلياً أو جزئياً، فللوزير أو من يفوضها خطياً بذلك وبالنيابة عن الحدث المحتاج للحماية أو الرعاية اتخاذ ما يلزم لمباشرة الإجراءات القضائية لدى الجهات المختصة لإلزام ذلك المسؤول بالنفقة وفقاً لما تحدده تلك الجهات".

- 2-نقترح على المشرع الاماراتي تبني تدبير الالزام بالخدمة للمنفعة العامة في أحد مرافق النفع العام لما له من أهمية كبيرة وتحقيق التوازن النفسي لدى هؤلاء الاحداث، وإضافة هذا التدبير الى قانون الاحداث الجانحين والمشردين الاماراتي.
- 3-نقترح على المشرع الاردني وتحقيقاً للسلم المجتمعي والقضاء على جنوح الاحداث الاجانب، أن يتبنى تدبير الابعاد لهم من الدولة الاردنية وارجاعهم الى دولهم، خاصة في حال تكرار الحدث للسلوكيات المخلة بالامن المجتمعي.
- 4-نقترح على المشرع الاماراتي الاخذ بما جاء في التشريع الاردني وتعريف دور التربية والاصلاح للاحداث، وبيان اقسام هذه الدور لتتسجم مع رسالتها في حماية هؤلاء الفئة من الافراد " الاحداث " .
- 5-نقترح على المشرع الاردني تبني ما جاء في التشريع الاماراتي والنص صراحة في قانون الاحداث بمعاقبة كل من يهمل في رعاية الحدث المسلم اليه لرعايته كما هو مشار في المادة 39 من قانون الأحداث الإماراتي.

الدراسة السابعة:

**تمييز الإفلاس عن الإعسار في التشريعات الإماراتية
"دراسة تحليلية مقارنة"**

هاله نصار⁽¹⁾

تقوم المعاملات التجارية على الثقة والائتمان اللذان يميزانها عن المعاملات المدنية لذلك عمد القانون التجاري إلى دعم الائتمان عن طريق الزيادة في ضمانات الدائن التجاري وتوقيع جزاءات صارمة على من يخل به⁽²⁾، وذلك بإقرار الإفلاس كنظام يقوم على تصفية أموال التاجر المتوقف عن الدفع تصفية جماعية وتوزيع حاصل هذه التصفية على الدائنين كل بنسبة دينه الشيء الذي يختلف عن المعاملات المدنية، لأن المبادئ العامة في القانون المدني تقتضي أنه متى عجز المدين عن دفع ديونه فما على الدائنين إلا الحجز على أمواله وبيعها في المزاد العلني، وتتسم الإجراءات التي يتخذها الدائنين بالفردية، حيث لكل واحد منهم حرية اتخاذ هذه الإجراءات وفي اختيار أي من أموال المدين للتنفيذ عليها وكل شخص اتخذ هذه الإجراءات يستوفي ديونه بعيدا عن بقية الدائنين، لأن الفردية هي المبدأ في القانون المدني وذلك بإقرار الإعسار كنظام يهدف إلى المحافظة على الضمان العام للدائنين وصيانة الذمة المالية للمدين، أما في الحياة التجارية فإن التاجر المتوقف عن دفع أحد ديونه، يهدد مصالح جميع دائنيه لأن عدم حصول التاجر

(1) دكتوراه الفلسفة في القانون كلية القانون - جامعة عجمان.

(2) سعداني، نورة (2015)، ماهية الضرر الجماعي المترتب عن إفلاس المدين، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد السادس، الجزائر، ص 133.

الدائن على دينه في موعده، يؤدي إلى عجزه عن وفاء ديونه للغير، وبذلك يتسبب في سلسلة من الارتباكات لبقية التجار مما سيؤثر على سلامة المعاملات التجارية.⁽¹⁾

ظهرت فكرة الإفلاس منذ أقدم العصور حيث يرجع في نشأته إلى النظام الروماني الذي كان لا يميز بين الإفلاس التجاري والإعسار المدني، وعرف هذا النظام بالشدة والتعذيب حتى الموت والقسوة في معاملة المدين المتوقف عن دفع ديونه المستحقة، وينظر إليه نظرة المجرم وكأنه ارتكب جرم لا بد أن يعاقب عليه.⁽²⁾

وقد اختلفت التشريعات في تنظيم الإفلاس بحسب الاتجاهات المختلفة ومهما يكن اختلاف التشريعات فمن المقرر أنها تتفق جميعاً في الخطوط الرئيسية التي توضح معالم الإفلاس، أهمها توقيع الحجز الشامل على أموال المفلس وحرمانه من التصرف فيها إضراراً بدائنيه، وتصفية أمواله تصفية جماعية بقصد قسمة المبالغ الناتجة عنها بين الدائنين قسمة غرماء.⁽³⁾ وقد نظمت هذه التشريعات الإفلاس تنظيمًا دقيقًا ومفصلاً بخلاف الإعسار المدني الذي ليس بحاجة إلى تنظيم لكون التجارة تقوم على الائتمان فلا بد لها ضمانات قوية ولكون هذه الاعتبارات ليست قائمة في المعاملات المدنية بالقوة التي عليها في التعامل التجاري، إلا أن المدين المعسر في أشد الحاجة إلى تنظيم إعساره حماية له والدائنين على حد سواء، وهذا ما أدى بهذه التشريعات إلى فصل نظام الإعسار المدني عن نظام الإفلاس التجاري وأخذ ما يتلاءم المعاملات المدنية ومنه يتفق الإعسار المدني والإفلاس التجاري في أمرين⁽⁴⁾: إذ كلا النظامين هما وسيلتان لإجبار المدين على سداد ديونه، ويهدفان إلى تصفية أموال المدين لتوزيعها على الدائنين، وعلى هذا نجد نظام الإعسار كفل حماية واقية للمدين ولدائنيه وجعل

(1) حاتم، بليغ عبد النور (2011)، مفهوم التوقف عن الدفع في نظام الإفلاس، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد 27، العدد الأول، ص 515.

(2) الشبول، عمر موسي أحمد (2015)، آثار شهر الإفلاس على حقوق الدائنين، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية القانون، قسم القانون الخاص، الأردن، ص 15.

(3) فهيم، راشد (2000)، الإفلاس والصلح الوافي منه، المكتب الفني للإصدارات القانونية، الطبعة الأولى، ص 84.

(4) سعيد، فهد سعيد فلاح (2013-2014)، التنظيم القانوني للإعسار المدني، رسالة ماجستير مقدمة استكمالاً للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، جامعة الشرق الأوسط، كلية القانون، قسم القانون الخاص، الأردن، ص 31.

من المساواة الواجبة بينهم حقيقة واقعية، وقد حرصت دولة الإمارات على تبني أفضل الممارسات والمعايير الجاذبة للاستثمار، موضحة أن الإفلاس لا ينتج بالضرورة عن تقصير أو فساد مالي أو إداري في الشركة، ذلك أن معظم حالات الإفلاس تنتج عن عوامل السوق والعرض والطلب، وارتفاع كلفة الإنتاج مع اختلال في عوامل المنافسة.

وقد جاء قانون الإفلاس، الصادر بموجب المرسوم الاتحادي رقم (9) لعام 2016، مبنياً على أفضل الممارسات الدولية، والمبادئ القانونية والاقتصادية الحديثة والمتطورة، التي تميزه عن بقية القوانين المرادفة على الصعيدين الإقليمي والعالمي، وتتناسب مع النظام التشريعي للدولة. وتكمن أهمية القانون في تلبية طموحات الحكومة لتحقيق «رؤية الإمارات 2021»، وفي كونه ضرورة للاقتصاد الوطني، من خلال إسهامه بدرجة كبيرة في حماية حقوق الأطراف دائنين ومدنيين، ويساعد على توفير فرص جيدة لاستمرار أعمال الشركات التي تمر بظروف مالية صعبة. ويعمل القانون، أيضاً، على رفع مستوى الائتمان والضمان المالي، من خلال تعزيز الثقة لدى المستثمرين وتحريك عجلة اقتصاد الدولة، وتشجيع أصحاب رؤوس الأموال الذين يبحثون عن مناخ آمن للاستثمار بتوجيه استثماراتهم إلى الدولة.

أما قانون الإعسار الصادر بموجب المرسوم الاتحادي رقم (19) لعام 2019، فجاء ليؤكد المكانة الريادية للدولة، إذ يندر وجود تشريعات مستقلة تعالج مسألة إعسار الشخص الطبيعي، من خلال تشريع مستقل متخصص.⁽¹⁾

1- مشكلة البحث وأهدافه:

تتمثل مشكلة البحث في فهم العلاقة بين مفهومي الإفلاس والإعسار في التشريعات الإماراتية وكيفية التمييز بينهما وبيان الآثار المترتبة على كل منهما على المدين والدائنين علي حد سواء، ويهدف هذا البحث إلى:

1. بيان الأحكام العامة المتعلقة بكل من الإفلاس والإعسار في التشريع الإماراتي

(1) أمل المنشاوي وعمر العزبي، الإمارات تدخل 2020 بقانونين يحميان المستثمرين والأفراد، مقال منشور على الموقع الإلكتروني الإمارات اليوم بتاريخ 22 ديسمبر 2019، من خلال الرابط:
<https://www.emaratalyout.com/business/local/2019-12-22-1.1286978>

تاريخ اخر زيارة 2021/11/17م.

2. مراجعة النصوص القانونية المتعلقة بالإفلاس والاعسار وتحليلها والمقارنة بينهما وكذلك دراسة اثارهما بالنسبة للدائنين من خلال التطبيق العملي لهذه النصوص.
3. بيان الصلاحيات الممنوحة والدور الرقابي الذي يمكن أن يمارسه الدائنون على أعمال وأموال المدين.

2- أهمية البحث:

تنبثق أهمية هذه الدراسة من أهمية موضوعها الجديد والحيوي وهو: تمييز الافلاس عن الاعسار في التشريعات الاماراتية، ويمكن تقسيم أهمية الدراسة إلى أهمية نظرية وأهمية تطبيقية، وذلك على النحو التالي:

1. **الأهمية النظرية:** تكمن أهمية البحث في أهمية ما يشمله قانوني الافلاس والاعسار من نصوصا تحمل بين طياتها حماية شاملة سواء للدائنين أو الدائنين وتساعد على توفير فرص جيدة لاستمرار أعمال الشركات التي تمر بظروف مالية صعبة. كذلك تعمل على رفع مستوى الائتمان والضمان المالي، من خلال تعزيز الثقة لدى المستثمرين وتحريك عجلة اقتصاد الدولة، وتشجيع أصحاب رؤوس الأموال الذين يبحثون عن مناخ آمن للاستثمار بتوجيه استثماراتهم إلى الدولة.
2. **الأهمية التطبيقية:** تتمثل فيما ستسفر عنه الدراسة من نتائج، واقتراح عدد من التوصيات يمكن الاستفادة منها لتوعية الافراد والتجار بالميزات التي شملتها هذه القوانين والتي من شأنها أن تحميهم من انهيار أعمالهم.

3- محددات البحث:

تتمثل حدود البحث فيما يلي:

1. **المجال المكاني:** يقتصر البحث على الحدود المكانية لدولة الإمارات العربية المتحدة والقوانين الخاصة بالإعسار والافلاس في القانون الاماراتي.
2. **المجال الزمني:** ستجري هذه الدراسة ابتداء من عام 2021، لكنها ستتناول الأوضاع التشريعية السابقة عليها، والاجتهادات القضائية المتعلقة بموضوع تمييز الافلاس عن الاعسار في التشريع الاماراتي.

4- مصطلحات البحث:

الإعسار: هو مواجهة صعوبات مالية حالية أو متوقعة تجعل المدين غير قادر على تسوية ديونه.⁽¹⁾

الإعسار القانوني: هو حالة قانونية تنشأ عن زيادة ديون المدين مستحقة الأداء عن حقوقه، ولا بد من شهرها بموجب حكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار.⁽²⁾

الإعسار الفعلي: هو حالة قانونية تنشأ عن زيادة ديون المدين المستحقة وغير مستحقة الأداء عن حقوقه أو ساوتها، بمعنى آخر أن الإعسار الفعلي له مفهوم في القانون المدني بالزيادة أو المساواة.⁽³⁾

الإفلاس: هو نظام قانوني يطبق على التجار دون غيرهم حيث يعد في حالة الإفلاس كل تاجر يتوقف عن دفع ديونه التجارية وكل تاجر لا يدعم الثقة المالية به إلا بوسائل يظهر بجلاء أنها غير مشروعة.⁽⁴⁾

الحجر: يقصد به في هذه الدراسة نظام قانوني يتم بمقتضاه غل يد المدين المعسر عن التصرف بأمواله عندما تزيد ديونه المستحقة على أمواله بحكم من المحكمة بناء على طلب مقدم من المدين نفسه أو من الدائن.⁽⁵⁾

5- منهج البحث:

سيتم الاعتماد على منهجين من مناهج البحث العلمي، وهما:

1. المنهج التحليلي: من أجل تحليل النصوص القانونية ومناقشتها.

(1) انظر نص المادة الأولى من قانون الإعسار الاماراتي رقم (19) لسنة 2019م.

(2) السنهوري، عبد الرزاق (دون سنة نشر). الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (2)، نظرية الالتزام بوجه عام - الإثبات، آثار الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص 1130

(3) السنهوري، عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 1130

(4) رزق، طارق عبد الرؤوف (2012). قانون التجارة الكويتي رقم (68) لسنة 1980م وتعديلاته، دار مؤسسة الكتب، الكويت، الطبعة الأولى، ص 83.

(5) الجبوري، ياسين محمد (2003)، الوجيز في شرح القانون المدني الاردني، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، الطبعة الاولى، ص 366.

2. المنهج المقارن: من خلال المقارنة بين القوانين المتيسرة وكذلك الآراء الفقهية بشأن موضوع البحث، ومن ثم التعرف على نقاط القوة ونقاط الضعف، وتقديم التوصيات المتاحة بشأنها.

○ المبحث الأول: تمييز الإفلاس عن الإعسار من حيث الأحكام العامة

تخضع المعاملات المدنية لنظام شهر الإعصار الذي يتفق ونظام هذه المعاملات حيث يجوز شهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي للوفاء بديونه المستحقة الأداء، فالمدين الذي تخلف عن الوفاء كان له تنبيه على حكم نهائي يتخذ بموجبه إجراءات التنفيذ على أموال المدين وفق ما حدده القانون، بالإضافة إلى هذا النظام هناك نظام خاص بالتجار الذين توقفوا عن دفع ديونهم التجارية، وهذا النظام أطلق عليه نظام شهر الإفلاس حيث يخضع التاجر المتوقف عن دفع ديونه التجارية لنظام شهر الإفلاس، ويعامل المدين معاملة قاسية، وتغل يده عن إدارة أمواله، ويعين الوكيل المتصرف القضائي ليتولى إدارة أمواله باعتباره نائب عن المفلس وعن الدائنين، ورغم الاختلاف الموجود بين الإفلاس والإعسار إلا أن كلا النظامين يسعيان إلى إجبار المدين على السداد ويهدفان إلى تصفية أموال المدين لتوزيعها على الدائنين.

يقتضي تناول موضوع الإفلاس والإعسار أن نقوم بالإحاطة بهذين النظامين من كل الجوانب والتطرق إلى التمييز فيما بينهما من حيث الأحكام العامة من تعريف وخصائص وكذلك من حيث الشروط، وذلك من خلال مطلبين على النحو التالي:

- المطلب الأول: تمييز الإفلاس عن الإعسار من حيث التعريف
- المطلب الثاني: تمييز الإفلاس عن الإعسار من حيث الشروط

• المطلب الأول: تمييز الإفلاس عن الإعسار من حيث التعريف

◆ تمهيد وتقسيم:

إن الائتمان هو جوهر وركيزة الحياة التجارية، فأساس المعاملات التجارية هو الثقة التي تستلزم توفير الوسائل والقواعد القانونية ما يقويها ويحافظ عليها في أفضل وضع، وأفضل

المقوية للانتمان التجاري هو نظام الإفلاس⁽¹⁾، أما في نطاق المعاملات المدنية فأفضل الوسائل هو نظام الإعسار، ولقد خصصنا هذا المطلب للتمييز بين الإفلاس والإعسار من حيث التعريف من خلال فرعين: خصصنا الفرع الأول لتعريف الإفلاس، بينما الفرع الثاني خصصناه لتعريف الإعسار.

■ الفرع الأول: تعريف الإفلاس

يعد نظام الإفلاس من الأنظمة القديمة الظهور، وينفرد عن غيره من الأنظمة في عدة مجالات ولتبيان معنى الإفلاس يتعين التطرق إلى المعنى اللغوي والمعنى القانوني للإفلاس.

1. المعنى اللغوي للإفلاس:

الإفلاس لغة يعني فلس والجمع هو فلوس، وقد أفلس الرجل صار مفلسا كأنما صارت دراهمه فلوسا وزيوفا، وأفلس يعني لم يبق له مال، ويراد بذلك أنه صار إلى حالة يقال فيها عنه ليس معه فلس فهو مفلس⁽²⁾، وفلسه القاضي تقليسا نحكم بإفلاسه⁽³⁾.

أيضا تعني كلمة في اللغة الإفلاس الإعسار والافتقار أي الانتقال من اليسر إلى العسر وهي كلمة مشتقة من كلمة فلس (بفتح الفاء وسكون اللام) فيقال مثلا أفلس الرجل بمعنى أصبح بدون فلوس فهو مفلس والجمع هو مفاليس (بفتح الميم والفاء)⁽⁴⁾، ولفظ فلس مشتق من اللغة اليونانية الذي يعني العملة النقدية.⁽⁵⁾

وهذا المعنى اللغوي للإفلاس، يعني أن الإفلاس هو حالة تترتب على توقف التاجر عن الوفاء بديونه.⁽⁶⁾

(1) حمو، نسيبة ابراهيم (2008)، حماية الائتمان التجاري بين الإعسار المدني والإفلاس التجاري، مجلة الرافدين للحقوق"، كلية الحقوق جامعة الموصل العراق، العدد 37، ص 1-2.

(2) البستاني، فؤاد أفرام (1974)، منجد الطلاب، الطبعة السابعة عشر دار المشرق، لبنان، ص 560-561.

(3) أبادي، مجد الدين الفيروز (2008)، القاموس المحيط دار الحديث، القاهرة، ص 1263.

(4) الأمين، سمير (2005)، موسوعة الإفلاس طبقا للقانون التجاري الجديد، الطبعة الخامسة، دار الكتاب الذهبي، مصر، ص 9.

(5) المنزلاوي، عباس حلمي (1999)، الإفلاس والتسوية القضائية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 6.

(6) إسكندر، أيت إلياس؛ شعبان عبد العاطي محسن أحمد عبد الرحمن (1999)، معجم القانون، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، القاهرة، ص 54

2. المعني الاصطلاحي للإفلاس:

أما عن تعريف الإفلاس بوجه عام في القانون التجاري، هو اضطراب في أحوال التاجر المالية، حيث لا يكون قادراً على الوفاء بالتزاماته المالية تجاه دائنيه⁽¹⁾، ويتوقف عن سداد ديونه، وحالة الإفلاس قد يتعرض لها التاجر الفرد، وقد تتعرض لها الشركة التجارية، باعتبار أن الأخيرة شخصية قانونية معتبرة قانوناً في التعامل التجاري ويسرى عليها ما يسرى على التاجر في العمل التجاري⁽²⁾.

وفي الشركات يحدث الإفلاس بالاقتران لعدم توافر السيولة الكافية مع إمكانية تسديد هذه الالتزامات في موعدها المحدد عندما تبدأ مرحلة جنى العوائد، لكن عندما لا يكون العائد المتوقع كافياً بحيث يغطي التزامات الشركة، تضطر الأخيرة إلى تصفية بعض من أملاكها لتسديد تلك الالتزامات، فإذا لم تكف تلك الأملاك للتسديد، تعلن الشركة حينئذ إفلاسها تصفية أموال المفلس تصفية جماعية وبيعها وتوزيع حاصلها على دائنيه كل بحسب نسبة دينه، أي تقسم أموال المفلس بين الدائنين قسمة غرماء⁽³⁾.

والإفلاس في النظام مقسم إلى ثلاثة أنواع: الإفلاس الحقيقي، والإفلاس التصريحي والإفلاس الاحتيالي.

الإفلاس الحقيقي: هو من حالات الإفلاس التجاري الذي يرتبط بالحالة الاقتصادية للتاجر؛ بسبب مجموعة من العوامل التي تؤثر عليه تأثيراً سلبياً، وخصوصاً التي تتعلق بالوضع الاقتصادي في السوق الذي يوجد فيه، ومن الأمثلة على هذه العوامل: الكساد الاقتصادي، والذي يؤدي إلى تراكم السلع، وعدم قدرة التاجر على بيعها، فينتج عن ذلك قلة في نسبة أرباحه، وعدم قدرته على الوفاء بديونه للدائنين، فيرغم على إعلان إفلاسه، وتصفية حساباته، وممتلكاته من أجل سداد الديون المترتبة عليه⁽⁴⁾.

(1) MARGARET Tanger, la faillite en droit fédéral des états-unis, ECONOMICA, Paris, 2002, p.1.

(2) bankrupt", Cambridge, Retrieved 8-9-2018.

(3) بهنساوي، صفوت (2003)، الإفلاس وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، مصر، ص 1.

(4) JACOB SILVERMAN, ED GRABIANOWSKI, "How Bankruptcy Works" How Stuff Works, Retrieved 8-9-2018

الإفلاس التقصيري: هو الإفلاس الذي ينتج عن مجموعة من الأخطاء التي يرتكبها التاجر، مثل: الزيادة في معدلات الإنفاق الشخصي، والعائلي على حساب الالتزامات الأخرى، أو أن يستخدم المبالغ المالية المدينة التي بحوزته في بورصة الأسهم، أو شراء السندات، بالتالي تقصيره برّد هذه المبالغ الماليّة إلى أصحابه؛ بسبب خسارته في البورصة، أو السندات، ويصنّف هذا التصرف قانونياً بأنه جُنحة قانونية يعاقب عليها القانون.

الإفلاس الاحتيالي: وفي هذا النوع لا يعتبرونه الشخص بمفلس الا لتوزيع موجوداته على غرمائه، بل هو محتال والمحتال من استعمل ضروب الحيل والدسائس في رأس ماله أو قيد بدفاته ديونا عليه باسم أحد آخر بصورة كاذبة أو حرر بها سندات أو فراغ امواله وعقاره إلى غيره بطريقة نقل الملك أو اخفى شيئاً من امواله واشتغل في التجارة بطريق التمويه والاحتيال أو تغفيل التجار على أية صورة كانت وسواء كان مبدراً أو لم يكن مبدراً أو لم توجد له دفاتر أو وجدت وكانت غير منظمة واضاع حقوق العباد بتلك الصورة، فيكون محتالاً.

■ الفرع الثاني: تعريف الاعسار

تقتصر المبادئ العامة في القانون المدني أنه متى عجز المدين عن دفع ديونه، فما على الدائن إلا الحجز على أمواله واستيفاء حقوقه، وهذه الإجراءات التي يتخذها الدائنين تتسم بالفردية تتم بموجب نظام مستقل بذاته وقائم هو نظام الإعسار ولمعرفة الإعسار لابد من التطرق إلى تعريفه اللغوي والقانوني.

1. المعنى اللغوي للإعسار

جاء في تعريف عسر وهو العسر وضدها اليسر، وقد عسر الأمر عسراً فهو عسير وأعسر، افتقر الغريم يعني طلب منه الدين على عسره، عاسره، معاسره، عامله بعسرة، تعسر وتعاسر عليه الأمر: اشتد والتوى عليه القول.⁽¹⁾

بذلك فإن المعنى اللغوي للإعسار يعني حالة المدين غير التاجر الذي لا يستطيع الوفاء بديونه.⁽²⁾

(1) الرازي، محمد بن أبي بكر بن عبد القادر (2005)، مختار الصحاح، ط 9، دار عمار، عمان، ص 21.

(2) إسكندر، أيت إلباس؛ شعبان عبد العاطي محسن أحمد عبد الرحمن، المرجع السابق، ص 52.

2. تعريف الإعسار بالمعنى القانوني

عرف المشرع الاماراتي الاعسار في المادة الاولي من قانون الاعسار رقم (9) لسنة 2019م على أنه "مواجهة صعوبات مالية حالية أو متوقعة تجعل المدين غير قادر على تسوية ديونه".

ونجد أن الدكتور عبد الرزاق السنهوري قد قسم الإعسار إلى نوعين: الإعسار القانوني: وهو الإعسار المدني المنظم، والإعسار الفعلي، وقد عرف الإعسار الفعلي بأنه: حالة واقعية تنشأ من زيادة ديون المدين - ولو كانت غير مستحقة الأداء على ديونه.

أما الإعسار القانوني فحالة قانونية تنشأ من زيادة ديون المدين المستحقة الأداء على ديونه، ولا بد من شهرها بحكم قضائي يجعل المدين في حالة إعسار.⁽¹⁾

• المطلب الثاني: تمييز الإفلاس عن الإعسار من حيث الشروط

♦ تمهيد وتقسيم:

يشترط شهر الإفلاس مجموعة من الشروط، كما هو الشأن في نظام الإعسار الذي يشترط مجموعة من الشروط، سنتطرق إليها في هذا المطلب الذي قسمناه إلى فرعين: تناولنا في الفرع الأول شروط الإفلاس أما الفرع الثاني خصصناه لدراسة شروط الإعسار.

■ الفرع الأول: شروط الإفلاس

ان نظام الإفلاس يقوم بتحقيق عدة شروط، تنقسم هذه الشروط إلى الشروط الموضوعية التي تتمثل في شرطي تحقق صفة التاجر والتوقف عن دفع الديون كما توجد ايضا شروط شكلية والتي تتمثل في صدور حكم الإفلاس من الجهة القضائية المختصة، وسوف نتعرض لهم بالتفصيل كالتالي:

(1) السنهوري، عبد الرزاق (1997)، مصادر الحق في الفقه الاسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي، دار احياء التراث العربي، الطبعة الخامسة، ص 27.

♦ أولاً: الشروط الموضوعية الواجب توافرها لإشهار الإفلاس

تنص المادة 2 من قانون الإفلاس الإماراتي رقم (9) لسنة 2016⁽¹⁾ على أنه "تسري أحكام هذا القانون على أي شخص يتمتع بصفة التاجر وفق أحكام القانون"، كما تنص المادة (68) من ذات القانون على أنه "على المدين أن يتقدم إلى المحكمة بطلب لافتتاح الإجراءات وفقاً لأحكام هذا الباب إذا توقف عن دفع الديون في مواعيد استحقاقها لمدة تزيد عن (30) ثلاثين يوم عمل متتالية نتيجة اضطراب مركزه المالي أو كان في حالة ذمة مالية مدينة"⁽²⁾. انطلاقاً من نصوص هذه المواد يتبين بأن الشروط الموضوعية للإفلاس تتمثل في تحقق الصفة التجارية وشرط التوقف عن دفع الديون.

1. تحقق صفة التاجر

إن الإفلاس في العصور القديمة لا سيما في العهد الروماني كان يطبق على كل شخص توقف عن دفع ديونه سواء كان تاجراً أو ليس بتاجر، إلا أنه بمرور الزمن تم التراجع عن هذه الفكرة وأصبح الإفلاس لا يطبق إلا على فئة معينة من المجتمع وهم التجار سواء كانوا أشخاص طبيعية ومعنوية الذين يمارسون مختلف الأعمال التجارية، فكل من يباشر الأعمال التجارية على وجه الاحتراف يكتسب صفة التاجر⁽³⁾.

كما حدد المشرع الإماراتي صفة التاجر في الفصل الثاني من قانون المعاملات التجارية الإماراتي (القانون التجاري) من القانون رقم 18 لسنة 1993⁽⁴⁾. بأنه "كل من يشتغل باسمه ولحسابه في الأعمال التجارية وهو حائز للأهلية الواجبة متى اتخذ هذه الأعمال حرفة له، وأيضا كل شركة تباشر نشاطاً تجارياً أو تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات التجارية حتى ولو كان النشاط الذي تباشره مدنياً"، كما استتبق المشرع في وصف التاجر في نصوص المادتين (12,13) من ذات القانون، بأنه "كل من أعلن للجمهور بأية

(1) انظر نص الفقرة الرابعة من المادة 2 من قانون الإفلاس الإماراتي رقم (9) لسنة 2016

(2) انظر نص الفقرة الأولى من المادة 68 من قانون الإفلاس الإماراتي رقم (9) لسنة 2016

(3) فوزيل، نادية (1999)، القانون التجاري الجزائري: الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 122

(4) انظر المادة 11 من قانون المعاملات التجارية الإماراتي (القانون التجاري) من القانون رقم 18 لسنة 1993

طريقة عن محل أسسه للتجارة يعتبر تاجراً وأن لم يتخذ التجارة حرفة معتادة له، وأضاف أنه تثبت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار أو كان مستتراً وراء شخص آخر فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر⁽¹⁾.

2. التوقف عن دفع الديون المستحقة

وفقاً للنظرية التقليدية فإن يسر أو عسر المدين ليس له أي دخل في مسألة التوقف عن الدفع فبمجرد عدم تسديد الديون في مواعيدها يكون المدين في حالة التوقف عن الدفع وقد اعتمدت هذه النظرية على المبادئ العامة التي تقوم عليها المعاملات التجارية خصوصاً منها الائتمان والسرعة⁽²⁾، فكل تأخير في تسديد الديون يؤدي إلى إضعاف الائتمان والى ظهور حالات متسلسلة للتوقف عن الدفع ناتجة عن الحالة الأصلية وهذا ما يؤثر سلباً على الاقتصاد.

♦ ثانياً: الشروط الشكلية الواجب توافرها لإشهار الإفلاس

الا وهي صدور حكم الإفلاس من الجهة القضائية المختصة، كما نص المشرع الاماراتي في المادة 124 من الفصل الثاني عشر "الحكم بشهر الإفلاس والتصفية" من قانون المعاملات التجارية الاماراتي بأنه "تصدر المحكمة حكماً بإشهار إفلاس المدين وتصفية أمواله في أي من الحالات الآتية:

1. إذا حكمت المحكمة بإنهاء إجراءات الصلح الواقي وفقاً لأحكام المادة (64) من هذا القانون.

2. إذا كان المدين هو مقدم الطلب وتصرف بسوء نية أو أن الطلب قصد به المماطلة أو التهرب من الالتزامات المالية"⁽³⁾.

(1) انظر نص المادتين 12,13 من القانون السابق.

(2) سعد، شريف مكرم عوض (د.س)، مفهوم التوقف عن الدفع وأثره على حقوق دائني المفلس دراسة مقارنة بين القانونين المصري والإنجليزي (رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق)، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ص 9

(3) انظر نص المادة 124 من قانون المعاملات التجارية الاماراتي (القانون التجاري) من القانون رقم 18 لسنة 1993.

■ الفرع الثاني: شروط الإعسار

يعد شهر الإعسار من الوسائل التي خولها القانون المدني للدائن لكي يضمن تنفيذ المدين التزامه ويتمكن من تجنب تصرفاته الضارة التي يصدرها، كما راعي مصالح المدين فلا يشهر إعساره بمجرد توقف عن دفع ديونه، بل يجب أن تكون ذمته المالية سلبية، فلم يعد يلحق به وصف الإعسار لمجرد زيادة ذمته على ماله، بل يشترط أن تكون أمواله غير كافية للوفاء بالديون المستحقة الأداء، بالإضافة إلى تقديم طلب الإعسار إلى المحكمة المختصة ولبيان شروط الإعسار سوف نتناول الشروط الموضوعية والشروط الشكلية على النحو التالي:

◆ أولاً: الشروط الموضوعية

تقوم المعاملات التجارية على إبعاد التجار الذين توقفوا عن دفع ديونهم من البيئة التجارية وحملهم على سلوك يتصف بالأمانة والصدق حتى تسود الثقة في المعاملات التجارية ويطمئن الدائنون على حقوقهم، أما فيما يخص المعاملات المدنية فتقوم نظام وسط يحقق بعض مزايا الإفلاس التجاري دون أن يبلغ شدته التي بررتها ظروف التجارة، وما تقتضيه من ضرورة توفير الثقة التامة فيما بين التجار.⁽¹⁾

ويقتضي لشهر الإعسار توفر الشروط الموضوعية باعتبارها شروط لا بد من توفرها في فئة الأشخاص غير التجار للوصول إلى حالة الإعسار المدني.

1. أن تكون أموال المدين غير كافية لسداد ديونه المستحقة

إن العبرة في هذا الشرط هو الديون المستحقة الأداء، وحدها دون الديون المؤجلة، حيث أنه لا يشترط زيادة الجانب الإيجابي، بل تكفي أن تكون مجموعة أمواله أقل من جزء معين من مجموع ديونه وهي الديون المستحقة الأداء وعندما تصبح ديون المدين مستحقة الأداء⁽²⁾ أكثر من جميع أمواله فإنه يكون معسراً، ويصبح معرضاً للحكم عليه بالإعسار، ولا يكفي أن

(1) السنهوري، عبد الرزاق أحمد (1998)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ط 3، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 73.

(2) فرج، توفيق حسن (2008)، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 81.

تكون أمواله غير كافية لتسديد ديونه المستحقة وغير المستحقة، إنما تكون أمواله غير كافية لسداد ديونه المستحقة فقط، فإنه يصبح من حق الدائن أن يتقدم بطلب إلى المحكمة الشهر الإعسار عند توافر الشروط الأخرى.

إن الإعسار شرط لاستعمال الدائن حقوق مدينه من خلال استعمال الدعوى غير المباشرة والتي تتحدد فكرتها الأساسية في وجود مصلحة مشروعة للدائن ووجود حق له⁽¹⁾ والدعوى غير المباشرة تعتبر من دعاوى التي تثبت للدائن، تهدف إلى المحافظة على الضمان العام، فيحق للدائن بمقتضاه أن يستعمل باسم مدينه حقوق هذا الأخير التي لم يتم باستعمالها فقد يتخلى المدين ويهمل حقوقه عمدا عن المحافظة عليها إذا شعر بتدهور وضعه المالي وأن دائنيه سينفذون على أمواله لذلك خول القانون للدائن أن يستعمل الحقوق التي قصر المدين عن استعمالها.

يشترط لاستعمال الدعوى غير المباشرة شروط منها ما يرجع إلى حق الدائن، حيث يشترط أن يكون حقه ثابتا محققا غير متنازع فيه، فإذا كان متنازعا فيه لا يجوز للدائن رفع الدعوى غير المباشرة ولا يشترط في استعمالها الحق أن يكون مستحق الأداء وكذلك لا يشترط في حق الدائن أن يكون معلوم المقدار، وهناك شروط ترجع للمدين والتي يجب أن تتوفر فيه حتى تكون للدائن مصلحة في رفع الدعوى غير المباشرة وهي عدم استعمال المدين لحقوقه وأن عدم استعمالها يسبب إعساره أو يزيد من إعساره.⁽²⁾

فيضعف بذلك ضمانه العام وإلحاق ضرر بالدائنين حتى يكون لهم مصلحة في رفع هذه الدعوى وكذلك إدخال الدائن للمدين في الدعوى غير المباشرة واعتباره خصما فيها، وهناك شروط ترجع إلى الحق الذي يستعمله الدائن باسم مدينة وهي أن يكون حق المدين غير متصل بشخصه حيث لا يجوز أن يستعمل الدائن حق المدين في الطلاق وكذلك حقوق مدينة المالية التي تتصل بشخصه، كما يجب أن يكون حق المدين قابل للحجز عليه لأن هدف الدعوى غير المباشرة الحفاظ على الضمان العام وكذلك عدم اكتساب الدائن الذي يستعمل حقوق مدينة أي حق بالتقدم أو الامتياز على الأموال التي يحصلها نيابة عن مدينة وإنما تدخل في

(1) السنهوري، عبد الرزاق أحمد (1998)، المرجع السابق، ص 75.

(2) سعيد، فهد سعيد فلاح (2013-2014)، التنظيم القانوني للإعسار المدني، مرجع سابق، ص 56-75.

الذمة المالية للمدين، كما أن الإعسار هو شرط لطعن الدائن في تصرفات مدينة التي يجريها إضراراً به بالدعوى البوليصية وهي تلك الدعوى التي يرفعها الدائن طاعناً في تصرفات مدينة بحيث لا تسري في حقه، فقد يقوم المدين بتصرفات من شأنها أن تلحق الضرر بدائنيه بحيث تؤثر على الضمان العام ويرجع ذلك إلى سوء حالته ويقوم ببيع أمواله الظاهرة لإخفاء ثمنها عن الدائنين أو إلحاق الضرر بهم وذلك ببيع ماله أو يهبه إلى أحد أقاربه أو أصدقائه، كما أنه قد يفضل أحد دائنيه فيوفيه ديونه كاملة ويخرجه من قسمة الغرماء⁽¹⁾ التي يجب أن يشترك فيها مع سائر الدائنين، ففي مثل هذه الحالات وفر القانون حماية للدائنين من تصرفات مدينهم الضارة بتمكينهم من رفع دعوى البوليصية يطلبون فيها عدم نفاذ التصرفات الصادرة عن المدين والتي تلحق بهم الضرر.

وفي هذا الشأن أفرد المشرع الإماراتي نص المادة (12) من قانون الإعسار الإماراتي رقم (19) لسنة 2019م، والتي تنص على أنه " في جميع الأحوال، تقضي المحكمة بعدم استكمال إجراءات تسوية الالتزامات المالية ورفض طلب تسوية الالتزامات المالية، في الحالات الآتية:

- أ. إذا ثبت للمحكمة أن المدين قام أو امتنع عن القيام بأي تصرف بقصد إخفاء أو إتلاف أي جزء من أمواله.
- ب. إذا قدم المدين بيانات كاذبة عن ديونه أو حقوقه أو أمواله.
- ج. إذا كان المدين في حالة توقف عن دفع أي من ديونه في مواعيد استحقاقها لمدة تزيد على (50) خمسين يوم عمل متتالية، نتيجة عجزه عن الوفاء بهذه الديون.

2. وجوب تقديم طلب الإعسار إلى المحكمة المختصة

يتعين لشهر الإعسار أن يطلب المدين أو أحد دائنيه شهر إعسار المدين من المحكمة ولا يجوز للمحكمة أن تشهر الإعسار من تلقاء نفسها، كما لا يجوز للنيابة العامة أن تطالب بشهر الإعسار كما هو الشأن في الإفلاس التجاري، فالمدين قد تكون له مصلحة في طلب شهر إعساره ليستفيد ما يوفره نظام الإعسار من مزايا كنظرية الميسرة في أداء الديون الحالة

(1) فرج، توفيق حسن (2008)، مصطفى الجمال، مصادر وأحكام الالتزام، مصدر سابق، ص 82.

ومد أجل الديون غير المستحقة الأداء والحصول على نفقة تقتطع من إيراداته، غير أن الغالب أن يطلب أحد دائني المدين شهر إعساره وتتحقق مصلحة الدائن في ذلك إذا خشي من المدين أن يلجأ إلى تبديد الأموال وإخفائه.⁽¹⁾

♦ ثانياً: الشروط الشكلية

الثبوت حالة الإعسار لا بد من رفع دعوى قضائية في هذا الشأن وحكم مقرر بشهر الإعسار، ويصدر حكم شهر الإعسار بناء على طلب أحد الدائنين أو بطلب المدين نفسه، وعلى المحكمة قبل أن تشهر إعسار المدين أن تراعي في تقديرها كل الظروف التي أحاطت به سواء كانت عامة أو خاصة فتتظر إلى موارده المستقبلية وقدرته الشخصية، والمسؤولية عن الأسباب التي أدت إلى إعساره ومصالح دائنيه وكل ظرف من شأنه أن يؤثر في حالته المالية.

1. صاحب الحق في رفع دعوى الإعسار

يعد الإعسار وسيلة قد يلجأ إليها الدائنون للحصول على الحماية التي يحقها لهم هذا الإعسار سواء بالنسبة لتصرف المدين في أمواله، أو بمنع تسابق الدائنين إلى اكتساب المزايا لحقوقهم، ويجب لشهر الإعسار أن يطلبه المدين أو أحد الدائنين، ولكن لا يجوز للمحكمة أن تشهر الإعسار من تلقاء نفسها أو بناء من النيابة العامة كما هو الحال في الإفلاس التجاري الذي يجوز للنيابة العامة طلب شهر إفلاس المدين التاجر ويجوز للمحكمة أن تشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها، أما في الإعسار المدني فلا يجوز ذلك، على أن يكون شهر الإعسار بناء على طلب المدين نفسه أو أحد دائنيه.⁽²⁾

أ. طلب شهر الإعسار بناء على طلب المدين

قد توجد للمدين مصلحة في شهر إعساره، وهو أعلم الناس بحالته المالية ويقدر الاضطراب الذي أصابه، ومن ثم يجوز له أن يطلب شهر إعسار نفسه ليستفيد مما يوفره له نظام الإعسار

(1) خليل، أحمد محمود (د. س.)، الإفلاس التجاري والإعسار المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 1

(2) خليل، أحمد محمود، المرجع السابق، ص 17.

من مزايا كتقدير القاضي لجميع الظروف التي أحاطت به، سواء كانت هذه الظروف عامة أو خاصة.⁽¹⁾

وقد نص المشرع الاماراتي على هذه الشرط في المادة (28) من قانون الاعسار حيث نصت الفقرة الاولى منها على أنه " يقدم المدين إلى المحكمة طلب افتتاح إجراءات إعساره وتصفية أمواله في حال توقف عن دفع أي من ديونه في مواعيد استحقاقها لمدة تزيد على (50) خمسين يوم عمل متتالية نتيجة عجزه عن الوفاء بهذه الديون"⁽²⁾.

ب. طلب شهر الإعسار بناء على أحد الدائنين

ان طلب شهر الإعسار يقدم في أغلب الأحيان من طرف الدائنين فقد يخشى أن يبدد المدين ماله، أو يتصرف فيه إقراراً بحقوق الدائنين فتغل يده عن مثل هذه التصرفات.

وقد وضع المشرع هذا الشرط جلياً في نص المادة (29) من قانون الاعسار الاماراتي حيث نصت الفقرة الاولى منها على أنه "لدائن المدين أو مجموعة من الدائنين بمبلغ لا يقل عن (200.000) مائتي ألف درهم التقدم بطلب إلى المحكمة لافتتاح إجراءات إعسار المدين وتصفية أمواله وفقاً لأحكام هذا الباب إذا كان الدائن قد سبق وأن أعذر المدين بالوفاء بالدين المستحق ولم يبادر المدين بالوفاء به خلال (50) خمسين يوم عمل متتالية من تاريخ تبلغه بالإعذار"⁽³⁾.

2. المحكمة المختصة بشهر الإعسار

إن طلب شهر الإعسار يرفع إلى المحكمة لتصدر حكماً بشهر إعسار المدين، سواء كان طلب شهر الإعسار من أحد الدائنين أو من المدين نفسه، لمعرفة المحكمة المختصة بشهر الإعسار يجب التطرق إلى الاختصاص النوعي والإقليمي.

(1) ماهر، محمود سعد (1996)، دعاوى حماية الضمان العام للدائنين، ط 1، د. د. ن، مصر، ص 229-230.

(2) انظر نص المادة (28) من قانون الاعسار الاماراتي، مرجع سابق

(3) انظر نص المادة (29) من قانون الاعسار الاماراتي، مرجع سابق

أ. الاختصاص النوعي:

يقصد بالاختصاص النوعي ولاية الجهة القضائية في النظر في نوع محدد من الدعاوى بالرجوع إلى المادة الأولى من قانون الإعسار الإماراتي نجده قد أشار للمحكمة المختصة طبقاً لقواعد الاختصاص الواردة في القانون الاتحادي رقم (11) لسنة 1992 م، وبمطالعة المادة (25) من القانون المشار إليه نجد أنها تنص على " تختص المحاكم الابتدائية بنظر المنازعات المدنية والتجارية والإدارية والعمالية والأحوال الشخصية باستثناء المنازعات التي يكون الاتحاد طرفاً فيها، حيث تختص بنظرها المحاكم الاتحادية".⁽¹⁾

نستنتج من نص المادة السابقة أن المحكمة الابتدائية تختص بالنظر في كافة الدعاوى الفردية والتجارية والمشرع الإماراتي لم يتطرق بتحديد محكمة مختصة بشهر الإعسار.

ب. الاختصاص الإقليمي

ان المحكمة المختصة إقليمياً بشهر الإعسار هي المحكمة التي يتبعها موطن المدين⁽²⁾، وهذا ما نجده في نص المادة (31) من القانون الاتحادي رقم (11) لسنة 1992، حيث نصت المادة على أنه " يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه ما لم ينص القانون على خلاف ذلك فإن لم يكن للمدعى عليه موطن في الدولة يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع بدائرتها محل إقامته أو محل عمله".

○ المبحث الثاني: تمييز الإفلاس عن الإعسار من حيث الآثار

يترتب على الحكم بشهر الإفلاس آثار تنصب على ذمة المفلس ونفسه وعلى جماعة الدائنين، كذلك نفس الأمر فيما يتعلق بشهر الإعسار، فينتج آثار تنصب على المدين وأخرى على الدائنين. إضافة إلى الآثار، فإن لكل من الإفلاس والإعسار طرق انتهاء مختلفة، فبالنسبة للإفلاس فنجد أنه ينتهي إما عن طريق الصلح القضائي أو عن طريق اندماج الدائنين. أما

(1) انظر نص المادة (25) من القانون الاتحادي رقم 11 لسنة 1992 بشأن إصدار قانون الإجراءات المدنية، اخر تعديل لنص المادة بتاريخ 30-11-2014

(2) خليل، أحمد محمود، المرجع السابق، ص 17-18.

فيما يتعلق بالإعسار، فنجد أنه ينتهي بطريقتين: إما بحكم قضائي أو بقوة القانون. وهذا ما سوف نتطرق إليه خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

- **المطلب الأول:** آثار الإفلاس على المدين والدائنين.
- **المطلب الثاني:** آثار الإعسار على المدين والدائنين.

• **المطلب الأول: آثار الإفلاس على المدين والدائنين**

إن صدور حكم الإفلاس يركب عدة نتائج على المفلس سواء على ذمته أو على شخصه قبل وبعد صدور الحكم، كما رتب أيضا آثار بالنسبة للدائنين، وذلك بتكوين اندماج الدائنين، حيث يمنع عنهم ممارسة الإجراءات الانفرادية، كما تسقط آجال الديون إضافة إلى رهن أموال المدين لمصلحة جماعة الدائنين.

■ **الفرع الأول: آثار الإفلاس بالنسبة للمدين**

بالإضافة إلى الآثار التي تقع على المدين بعد صدور حكم شهر الإفلاس، هناك آثار تتعلق به قبل صدور الحكم.

◆ **أولا: آثار الإفلاس بالنسبة للمدين قبل صدور حكم الإفلاس**

وهي الفترة الواقعة بين التاريخ الذي عينته المحكمة لتوقف المدين عن دفع ديونه وتاريخ صدور الحكم بشهر الإفلاس، وقد سميت هذه الفترة بفترة الريبة لأن تكون فيها أعمال المدين مضطربة، كما يمكن أن تلحق تصرفاته أضرارا بحقوق جماعة الدائنين⁽¹⁾، وتتمثل هذه الآثار في عدم النفاذ الوجوبي وعدم النفاذ الجوازي لتصرفات المفلس على جماعة الدائنين.

1. **عدم النفاذ الوجوبي**

ويقصد به الحكم الذي يجب على المحكمة أن تقضي به متى توفرت شروطه، دون أن تكون للمحكمة سلطة تقديرية في ذلك.

(1) بهنساوي، صفوت (2003)، الإفلاس وفقا لأحكام قانون التجارة الجديد، مرجع سابق، ص 154.

والتصرفات الخاضعة لعدم النفاذ الوجوبي نصت عليها صراحة المادة (168) من قانون الإفلاس الإماراتي في الفقرة الأولى منها حيث نصت المادة على أنه " لا يجوز التمسك في مواجهة الدائنين بالتصرفات التالية إذا قام المدين بها خلال فترة سنتين قبل تاريخ افتتاح الإجراءات، وذلك ما لم توافق المحكمة على نفاذ تلك التصرفات مراعاة للمصلحة العامة أو الغير حسن النية:

- أ. التبرعات أو الهبات أو المعاملات بدون مقابل ما عدا الهدايا الصغيرة التي جرى بها العرف.
- ب. أي معاملات تتخطى فيها التزامات المدين بشكل ملحوظ التزامات الطرف المقابل، سواء كانت تلك الالتزامات نقدية أو عينية.
- ج. سداد أي ديون قبل استحقاقها بصرف النظر عن طريقة السداد.
- د. سداد الديون الواجبة الدفع بغير الشيء المتفق عليه بين المدين ودائنه أو بطريقة تختلف عن تلك التي تتبع عادة لسداد ذلك النوع من الديون، ويعتبر الوفاء بطريق ورقة تجارية أو التحويل المصرفي كالوفاء بالنقود.
- هـ. ترتيب أي نوع من أنواع الضمان الجديد على أمواله لضمان سداد دين سابق.

2. عدم النفاذ الجوازي:

ويقصد به الحكم الذي تكون فيه للمحكمة السلطة التقديرية في القضاء به أو رفضه به حتى إذا توافرت شروطه.

وقد نصت المادة (168) في الفقرة الثانية على أنه " يجوز للمحكمة أن تقضي بعدم نفاذ أي تصرف من التصرفات التي لم يرد ذكرها في الفقرة (1) من هذه المادة، إذا كان التصرف ضاراً بالدائنين وكان الطرف المتعاقد معه عالماً أو كان يفترض به أن يعلم عند التصرف بأن المدين في حالة توقف عن الدفع أو في حالة ذمة مالية مدينة"

♦ ثانياً: آثار الإفلاس بالنسبة للمدين بعد صدور حكم الإفلاس

بهدف نظام الإفلاس إلى التنفيذ الجماعي على أموال المدين المفلس ومنعه من الإضرار بحقوق دائنيه ولهذا فقد رتب المشرع الجزائري على صدور حكم شهر الإفلاس آثار سواء ما

تعلق بزمة المدين من غل يده عن إدارة أمواله أو التصرف فيها أو ما تعلق بشخصه من سقوط لبعض حقوقه السياسية والمدنية.

1. غل يد المدين المفلس:

تغل يد المدين بمجرد صدور حكم شهر الإفلاع عن إدارة أمواله والتصرف فيها، ويتم الغل بقوة القانون.⁽¹⁾

وتقضي المادة (157) من قانون الإفلاس الإماراتي في الفقرة الأولى منها على أنه " يحظر على المدين اعتباراً من تاريخ قرار افتتاح الإجراءات القيام بأي من الأفعال الآتية: أ. إدارة أمواله أو تسديد أية مطالبات نشأت قبل صدور قرار الافتتاح باستثناء أية دفعات مقاصة تتم وفقاً لأحكام الفصل الخامس من الباب الخامس من هذا المرسوم بقانون / ب. التصرف بأي من أمواله أو سداد أو اقتراض أية مبالغ ما لم يكن ذلك وفقاً لأحكام هذا المرسوم بقانون. وتعتبر التصرفات التي يجريها في يوم صدور قرار افتتاح الإجراءات وكأنها حاصلة بعد صدوره / ج. إذا كان التصرف مما لا ينعقد أو لا ينفذ في حق الغير إلا بالتسجيل أو غيره من الإجراءات فلا يسري على الدائنين إلا إذا تم الإجراء قبل صدور قرار افتتاح الإجراءات / د. التصرف بخصص أو أسهم الشركة أو التغيير في الملكية أو الشكل القانوني، إذا كان المدين شخصاً اعتبارياً"

يظهر من هذا النص أن المشرع قصد غل يد المدين المفلس عن أعمال الإدارة والتصرف فيها على السواء، وذلك بهدف حماية الدائنين من عبث المدين وإقامة المساواة بينهم. كما إن الأموال والحقوق التي يشملها على اليد كأصل تتمثل في جميع أموال المدين الحاضرة والمستقبلية باعتبارها ضامنة للوفاء بديونه⁽²⁾، وذلك حتى لا يستطيع الإضرار بجماعة الدائنين⁽³⁾.

(1) بيري، محمود مختار أحمد (2008)، قانون المعاملات التجارية، الإفلاس، دار النهضة العربية، مصر، ص 128.

(2) البارودي علي: الفقهي، محمد السيد (2006)، القانون التجاري، (الأعمال التجارية، التجار، الأموال التجارية، الشركات التجارية، عمليات البنوك والأوراق التجارية)، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ص 84.

(3) محرز، أحمد (2001)، العقود التجارية، الإفلاس، د.د.ن، القاهرة، ص 77.

ويظهر أن غل يد المدين يشمل كل الأموال من أي طبيعة كانت، سواء مال منقول أو عقار ولا فرق في المنقول أن يكون ماديا أو معنويا كالمحل التجاري أو العلامة التجارية⁽¹⁾. كما يشمل أيضا غل يد المدين كل الأموال التي تقوّل إلى المفلس بعد شهر إفلاسه عن طريق الميراث أو الوصية لأنها تضم إلى أموال التفليسة وذلك على أساس أن لا تركة إلا بعد سداد الديون⁽²⁾، إلا أنه ورد استثناء على الأصل، حيث هناك أموال وحقوق لا يشملها غل اليد وذلك لعدم ملكيتها للمفلس نفسه أو راجع لطبيعة نظام الإفلاس الذي هو حجزا شاملا على أموال المفلس، وإما للحفاظ على مورد النفقة المفلس وعائلته⁽³⁾.

2. سقوط بعض الحقوق السياسية والمدنية:

لم يكتف المشرع بعقاب المفلس الذي أفلس بالتقصير أو التدليس، بل قرر كذلك له سقوط بعض الحقوق السياسية والمدنية، ولو كان المفلس حسن النية سيئ الحظ، ويقرر المشرع سقوط هذه الحقوق بمجرد شهر الإفلاس حتى ولو لم يقتصر بالتدليس⁽⁴⁾.

▪ الفرع الثاني: آثار الإفلاس بالنسبة للدائنين

إن آثار الإفلاس لا تبقى محصورة فقط على المدين، بل تمتد إلى الدائنين، وذلك بتكوين جماعة الدائنين، حيث يمنع عليهم مباشرة الدعاوى والإجراءات الانفرادية، كما تسقط آجال الديون ورهن أموال المدين لمصلحة جماعة الدائنين.

♦ أولا: تعريف جماعة الدائنين

ويقصد بجماعة الدائنين تلك الجماعة التي تنشأ بقوة القانون بمجرد صدور حكم شهر إفلاس المدين، ويشرف عليها الوكيل المتصرف القضائي⁽⁵⁾. كما تعني أيضا مجموع الدائنين

(1) القليوبي، سميحة (2003)، الموجز في أحكام الإفلاس، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 100.

(2) طه، مصطفى كمال (2006)، أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ص 597.

(3) نعيم، فايز رضوان (1999)، الإفلاس التجاري، ط 2، دار النهضة العربية، مصر، ص 128.

(4) سعيد يوسف البستاني، أحكام الإفلاس والصلح الوافي، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 150.

(5) BELLOULA Tayeb, Droit des sociétés, 2eme Edition BERTI, Alger, 2009, P.27

الذين وثقوا في شخص المدين وليس بماله، واندرجوا في الجماعة لتحقيق المساواة بينهم وذلك بتصفية أموال المفلس بشكل جماعي، وتوزيع ثمنها على الدائنين كل حسب دينه⁽¹⁾.

♦ ثانيا: وقف الدعاوى والإجراءات الانفرادية

إن هدف المشرع من وضع هذه القاعدة هو تنظيم تصفية أموال المدين وتحقيق مبدأ المساواة في معاملة الدائنين وتوزيع الموجودات فيما بينهم دون تزام⁽²⁾. كما أراد المشرع أن يركز عمليات التقلية في يد الوكيل المتصرف القضائي حتى لا يتسابق الدائنون نحو التنفيذ على أموال المدين المفلس، فيتقدم بعضهم على البعض الآخر دون وجه حق وجعل بصدور حكم الإفلاس ما من وسيلة أمام الدائنين للحصول على حقوقهم إلا التقدم بها في التقلية⁽³⁾.

♦ ثالثا: سقوط أجل الديون

إن سقوط الأجل هو الأثر الذي يترتب عن زوال الثقة بعدم السداد وذلك لانتفاء ما كان ضابط الوفاء وهذا ما يتم بقوة القانون دون مطالبة أو إجراءات لذلك⁽⁴⁾. وغرض المشرع من الحكم بشهر الإفلاس يهدف أساسا إلى تصفية جماعية لديون المدين، وهذه التصفية لا تتم إلا إذا تم العلم بكل ما على المدين المفلس من ديون سواء الحالية أو الآجلة ولهذا السبب وتحقيقا لمبدأ المساواة بين جميع الدائنين، قرر المشرع إسقاط جميع آجال الديون بكافة أنواعها، وتصبح حالة الأداء حتى يتقدم الجميع بمستندات ديونهم وادراجها في قائمة الديون لتحقيقها والدخول في التقلية⁽⁵⁾.

(1) بو سراج، زهرة (2010)، آثار شهر الإفلاس على جماعة الدائنين، ط 1، د. د. ن، الجزائر، ص 4.

(2) معاشي، سميرة (2004/2005)، آثار حكم شهر الإفلاس بالنسبة للدائنين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد الحاج لخضر، باتنة، ص 3

(3) محرز، أحمد (2001)، العقود التجارية، مرجع سابق، ص 82.

(4) بن داود إبراهيم، نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة، 2008، ص 145.

(5) القليوبي، سميحة (2003)، الموجز في أحكام الإفلاس، مرجع سابق، ص 173.

كما ان سقوط الأجل يشمل جميع الديون النقدية التي على المفلس سواء كانت ديونا عادية أو ديونا مضمونة بامتياز عام أو خاص بمجرد صدور الحكم بشهر الإفلاس، حيث تسري هذه القاعدة بصورة مطلقة بالنسبة لسائر الدائنين في مواجهة المدين المفلس.⁽¹⁾ وقد نص المشرع الاماراتي على ذلك في نص الفقرة الاولى من المادة (135) من قانون الافلاس الاماراتي حيث نصت الفقرة على أنه "تسقط آجال جميع الديون التي على المدين المفلس سواء كانت عادية أو مضمونة بامتياز، بصدور حكم إشهار إفلاس المدين وتصفية أمواله".

• **المطلب الثاني: آثار الإعسار على المدين والدائنين**

يترتب على شهر إعسار المدين نوعان من الآثار آثار بالنسبة للمدين وآثار بالنسبة إلى الدائنين.

■ **الفرع الأول: آثار الإعسار بالنسبة للمدين**

وتظهر هذه الآثار فيما يلي:

◆ **أولاً: منع المدين من الإضرار بحقوق الدائنين**

إن الغاية التي أرادها المشرع عندما أقر قاعدة على يد المدين من التصرف في أمواله هو عدم نفاذ أي تصرف يصدر من المدين في حق دائنيه سواء كان هذا التصرف بعوض أو على سبيل التبرع أو كان من شأنه كذلك أن ينقص من حقوق المدين كالهبة أو البيع، أم يزيد في التزاماته كالقرض أو العمل.⁽²⁾

كما قرر كذلك المشرع غل يد المدين على أي وفاء يقع منه ولو كان وفاء بدين حال حيث إنه لم يترك هذا الأثر حتى صدور حكم شهر الإعسار، بل أرجعه إلى وقت تسجيل

(1) بسيوني، عبد الأول عابدين (2008)، آثار الإفلاس في استيفاء الدائنين حقوقهم من التغليفية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص 151.

(2) ماهر، محمود سعد (1996)، دعاوى حماية الضمان العام للدائنين، مرجع سابق، ص 241.

عريضة افتتاح الدعوى وهذا بهدف حماية الدائنين. أما تصرفات المدين السابقة على تسجيل صحيفة دعوى الإعسار، فلا يسري عليها الأثر السالف الذكر، وتنفذ في حق دائنيه بشرط ثبوت تاريخها قبل التسجيل وإلا فإنها تعتبر لاحقة له ولا تسري في حق الدائنين⁽¹⁾، حيث يتم منع المدين من الإضرار بحقوق الدائنين عن طريق الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية.

♦ ثانياً: تقرير نفقة للمدين المعسر

بحيث يستحق المدين المعسر نفقة إذا أوقع الدائنون حجراً على إيراداته فأصبح دون مورد معين منه، وتقتطع هذه النفقة من الإيرادات المحجوزة وهنا تظهر إحدى فوائد الإعسار للمدين المعسر نفسها، فهو إذ لم يكن قد شهر إعساره مجاز لدائنيه أن يحجزوا على جميع أمواله فيما عدا الأموال التي لا يجوز الحجز عليها.⁽²⁾

والأموال غير القابلة للحجز نصت عليها المادة (39) من قانون الإعسار الإماراتي حيث نصت المادة على "لا تدخل ضمن أموال المدين الخاضعة لإجراءات الإعسار أو التصفية ما يأتي:

1- المعاش التقاعدي أو الإعانة الاجتماعية المقدمة للمدين.

2- أموال المدين اللازمة التي قررتها المحكمة لسد الحاجات الضرورية لمعيشة المدين ومن يعولهم، ويجوز الاعتراض على قرار المحكمة خلال (5) خمسة أيام عمل من تاريخ صدوره، وتقتطع المحكمة بذلك خلال (5) خمسة أيام عمل ويكون قرارها غير قابل للطعن عليه بأي طريق من طرق الطعن.

♦ ثالثاً: منح أجال للوفاء

على خلاف الإفلاس فإن المشرع في الإعسار أجاز منح أجلاً للوفاء وذلك بما للمحكمة من سلطة واسعة في ترتيب هذه الآثار في حالة الإعسار، فأجاز لها الحكم بناء على طلب

(1) الشهاوي، قدرى عبد الفتاح (2002)، نظرية الحق في الحبس ودعوى الإعسار المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 157.

(2) ماهر، محمود سعد (1996)، المرجع السابق، ص 246.

المدين في مواجهة الدائنين بإبقاء أجل الديون ومد هذه الآجال، بل ومنح آجال جديدة بالنسبة للديون الحالية متى تبين للمحكمة أن هذا الإجراء تبرره الظروف وفيه مصلحة تكفل في ذات الوقت مصالح المدين والدائنين جميعاً.⁽¹⁾

وذلك وفقاً لما نصت عليه المادة (36) من قانون الإعسار الإماراتي في الفقرتين الرابعة والخامسة على أنه "للأمين أن يأذن للمدين بإنجاز أو استكمال أي من أعماله أو أنشطته بهدف بيع أمواله بأفضل سعر ممكن، على ألا تتجاوز مدة هذا الإذن (6) ستة أشهر، ويجوز للأمين تمديدتها لمدة لا تتجاوز (2) شهرين، إذا كان هذا الاستمرار يحقق مصالح الدائنين تأذن المحكمة، بناءً على طلب من المدين أو الأمين، باحتفاظ المدين بأي من أمواله إذا ما رأت المحكمة أن هذه الأموال ضرورية لتمكين المدين من متابعة وظيفته أو مهنته أو حرفته".

■ الفرع الثاني: آثار الإعسار بالنسبة للدائنين

من أهم الآثار المنصبة على الدائنين والتي رتبها المشرع على نظام الإعسار القانوني:

◆ أولاً: تحقيق المساواة الفعلية بين الدائنين

يظهر ذلك من خلال حلول الديون المؤجلة وعدم نفاذ حقوق الاختصاص.

وقد نص المشرع الإماراتي في قانون الإعسار في المادة (50) في الفقرتين الأولى والثانية على هذه الحقوق حيث نصت الفقرتين على أنه "يترتب على قرار المحكمة بافتتاح إجراءات إعسار المدين وتصفية أمواله ما يأتي:

أ. حلول آجال ديون المدين.

ب. عدم نفاذ التصرفات التي يجريها المدين في ماله سواءً كان بعوض أو بغير عوض، ما لم تقرر المحكمة خلاف ذلك، ولها أن تأمر طرف ثالث بإعادة أي أموال للمدين أو أي أمر آخر تعتبره مناسباً للمحافظة على حقوق الدائنين، وعلى المحكمة في جميع الأحوال أن تستمع إلى أقوال الأطراف في التصرف، قبل التقرير ببطلان أو صحة ذلك التصرف.

(1) ماهر، محمود سعد (1996)، المرجع السابق، ص 271.

♦ ثانيا: استبعاد التصفية الجماعية

ليست التصفية في نظام الإعسار إجراء جماعيا وهذه هي الصفة الجوهرية التي تميز نظام الإعسار القانوني عن نظام الإفلاس (2) لأن الإفلاس التجاري يؤدي إلى تصفية جماعية الأموال المفلس، فالمدين المعسر لا تغل يده عن ماله بل يتصرف فيها ويتولى إدارتها وهذا بخلاف التاجر المفلس، فالتصفية في الإعسار لا يعين فيها أي وكيل الإدارة أموال المدين والتصرف فيها ولا يجتمع الدائنون في اتحاد بل يبقى كل واحد منهم مستقل عن الآخر ولا تتخذ إجراءات جماعية للتنفيذ، حيث يقوم كل دائن بمتابعة مصلحته بنفسه، فلكل واحد منهم اتخاذ الإجراءات الفردية اللازمة وفي الحدود التي يسمح بها القانون، فلكل دائن أن يحجز على أموال المدين سواء الحاضرة أو المستقبلية، كما له أن يبادر قبل غيره إلى استيفاء حقه من أموال المدين، وما تجدر الإشارة إليه أنه لا يمكن للدائنين الآخرين مزاحمته عند التوزيع، فله أن يستوفي حقه كاملا دون باقي الدائنين، ولهذا فإنه لا يمنع من أن يتخذ أحدهم إجراءات فردية يسبق بها الآخرين. (1)

○ الخاتمة

من خلال دراستنا لموضوع تمييز الإفلاس عن الإعسار توصلنا الي مجموعة من النتائج علي النحو التالي:

1. من غير الجائز شهر إعسار المدين إلا بموجب طلب من أحد الدائنين أو من المدين المفلس، بيد أنه يجوز للمحكمة أن تشهر إفلاس التاجر من تلقاء نفسها أو من النيابة العامة، أو من أحد الدائنين، أو من المدين نفسه.
2. يؤثر الإفلاس على حقوق المدين السياسية والمهنية، وقد يقيد حريته الشخصية، بيد أن شهر الإعسار لا يؤثر على حقوق المدين السياسية والمهنية وكذلك حريته الشخصية.
3. لم يجز نظام الإعسار صلحا بموجب إقرار الأغلبية الدائنين يلتزم الجميع بأحكامه، بيد أن نظام الإفلاس أجاز إنهاء التقلية بمثل هذا الصلح.

(1) الشهاوي، قدرى عبد الفتاح (2002)، نظرية الحق في الحبس ودعوى الإعسار المدني، مرجع سابق، ص 163.

4. الإعسار يخضع للقانون المدني أما الإفلاس فيخضع للقانون التجاري، والإعسار حالة خاصة تتعلق بالمدين غير التاجر وهي التي تكون فيها حقوق المدين أقل من ديونه المستحقة الأداء، أما الإفلاس فهو حالة متعلقة بالمدين التاجر الذي لم يتم دفع ديونه.
5. للمحكمة سلطة تقديرية في شهر إعسار المدين، فيحق للمحكمة في الإعسار أن ترفض شهر إعسار المدين حتى وإن كانت شروطه متوفرة في حال رأت المحكمة أن الظروف تبيح ذلك، بيد أن الإفلاس لا يشهر إلا بناء على حكم قضائي تقوم المحكمة المختصة بإصداره في حال توفرت شروطه.
6. في حالة الإعسار فإنه من حيث المبدأ تحل الديون الآجلة بيد أن للمحكمة من خلال بعض التشريعات سلطة تقديرية في الإبقاء على الآجال أو مدها، بينما في الإفلاس تحل الديون الآجلة وجوباً فور صدور الحكم بإشهار إفلاس التاجر.
7. في حال صدور حكم الإعسار فإن ذلك لا يوقف سريان فوائد الديون، بينما يترتب على صدور حكم الإفلاس وقف سريان فوائد الديون.
8. يجوز للمدين في الإعسار - في حال حصل على إذن من المحكمة أن يتصرف في ماله ولو دون استئذان الدائنين، بيد أنه يشترط أن يكون التصرف بثمن المثل، وقام المشتري بإيداع الثمن بصندوق المحكمة، أما في الإفلاس فبمجرد أن يصدر حكم الإفلاس فإن يد المدين التاجر تغل عن التصرف بأمواله والتحكم فيها بقوة القانون.

الدراسة الثامنة:

**رقابة الهيئة العامة لمحكمة التمييز بصدد الأحكام الصادرة
عن المحاكم الروحية والشرعية والمذهبية**

د. أياد البردان

لئن كان من سمات الدولة الموحدة وحدة النظام المطبق في مسائل الأحوال الشخصية على رعاياها ومختلف الجماعات التي تعيش على إقليمها، فإن الدولة اللبنانية ولأسباب تاريخية تعود إلى ما قبل نشوئها، عمدت عبر المندوب السامي الفرنسي القائم بأعمال التشريع سنة 1936 وذلك قبل إعلان إستقلال لبنان سنة 1943، إلى إصدار القرار رقم 60 ل.ر. المتعلق بتحديد الطوائف المعترف بها ومنحها الشخصية المعنوية وحق التشريع والقضاء حصرياً بالنسبة لأبناء رعاياها⁽¹⁾. ومن ثمّ وفي مرحلة ما بعد الإستقلال، صدر قانون 1951/4/2 الذي حدّد صلاحيات المراجع المذهبية للطوائف المسيحية والإسرائيلية بشكل دقيق وبيّن، وفرض في المادة -33- منه على الطوائف التي يشملها هذا القانون أن تقدم للحكومة قانون أحوالها الشخصية وقانون أصول المحاكمات لدى محاكمها الروحية في مدة سنة من تاريخ وضع هذا القانون قيد التنفيذ للإعتراف به خلال مهلة ستة أشهر، على أن تكون متوافقة مع المبادئ المختصة بالانتظام العام والقوانين الأساسية للدولة والطوائف⁽²⁾.

(1) تنص المادة -4- من القرار 60 ل.ر. في فقرتها الأولى على أنه "على كل طائفة من هذه الطوائف للحصول على هذا الإعتراف أن تعرض للفحص على السلطة الحكومية نظاماً مستخلصاً من النصوص التي تدار الطوائف بموجبها".
(2) وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن معظم الطوائف المسيحية وخلافاً للطوائف الإسلامية التي رفضت ذلك باعتبار أنها تستمد سلطتها من الشرع الإلهي مباشرة، عمدت إلى تقديم مشاريع القوانين المتعلقة بالأحوال الشخصية وبأصول المحاكمات الواجبة الإتياع في المحاكم التابعة لها. إلا أن هذه المشاريع لم تقترن حتى تاريخه بتصديق أي من السلطتين التنفيذية أو التشريعية وبقيت مشاريع قوانين. وقد عمدت الهيئة العامة في هذا الصدد منذ سنة 1992 إلى اعتبار أن

مما تقدّم يتبيّن أن المشرع اللبناني فوّض صلاحياته إلى المراجع المذهبية المسيحية والروحية في لبنان في حقل التشريع وذلك للبتّ في مسائل الأحوال الشخصية العائدة لرعايا هذه الطوائف. وعليه فإنّه في ضوء ذلك، يعتبر لبنان من البلدان التي تترك قضايا الأحوال الشخصية للتشريعات الدينية. وإلى ذلك ولأسباب أخرى لا سيّما تلك المتعلقة بتنظيم الأحوال الشخصية والقضاء الشرعي والمذهبي بالنسبة للطوائف الإسلامية برز ما يمكن تسميته، على صعيد الأحوال الشخصية، بالتعدد التشريعي والقضائي في هذا الشأن، وبحيث أصبح ذلك من ميزات النظام التشريعي والقضائي والإجتماعي اللبناني والذي يصعب تجاوزه أو تخطيه سواء راهناً أو في المدى المنظور، وما وأد محاولة الإعتراف بالزواج المدني الإختياري إلا خير دليل على ذلك.

وأنه نتيجة لهذا التعدد ولإمكانية التداخل والتشابك في الإختصاصات بين المحاكم الشرعية والمذهبية والروحية، برزت ضرورة حلّ هذا التنازع عند حصوله. ولأجل ذلك ومنذ بداية الإنتداب أعطي إختصاص حل التنازع لمحاكم معينة بموجب القانون.

فالقرار رقم 2978 الصادر عن المفوض السامي الفرنسي 15/12/1924 أنشأ محكمة حل الخلافات التي منحت إختصاص تقرير ما إذا كان الحكم الصادر عن محكمة روحية غير المحكمة الشرعية والمحال الى دائرة الإجراء (التنفيذ) بقصد التنفيذ قد صدر عن صلاحية (عن مرجع مختص) وإذا كان يجب تنفيذه. والقرار 60 ل.ر في المادة 21 منه أضاف الخلاف على الإختصاص بين المحاكم المذهبية أو بينها وبين المحاكم المدنية الى إختصاص محكمة حل الخلافات المذكورة أعلاه والمادة 28 من قانون أصول المحاكمات المدنية المعدلة بقانون 14/10/1944 أولت هذا الإختصاص لمحكمة الإستئناف المدنية، والمادة 14 من قانون 2 نيسان 1951 المعدلة بالمادة 39 من المرسوم الإشتراعي 121/1959 أعطت هذا الإختصاص لمحكمة التمييز، ولا سيما لجهة الفصل في كل خلاف ينتج عن وجود حكّمين أو أكثر بصحة الزواج صادرة عن مراجع دينية مختلفة يتناول كل منها أحد الأزواج. ومن ثمّ ومع صدور قانون تنظيم القضاء العدلي بتاريخ 16/10/1961، أعطي الإختصاص بالبت

مشاريع أنظمة الأحوال الشخصية هذه سارية المفعول بكل أحكامها طالما لا تخالف النظام العام اللبناني والقوانين الأساسية للدولة والطوائف.

بطلبات تعيين المرجع للهيئة العامة لمحكمة التمييز، وقد بقي لهذه الأخيرة مع بعض التعديلات في نطاق الرقابة، بموجب المادة 95 من قانون أصول المحاكمات المدنية الصادر سنة 1983 والتي ستكون محور بحثنا.

تنص المادة 95 من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه "تنظر محكمة التمييز بهيئتها العامة التي تتعقد بالنصاب المحدد في قانون تنظيم القضاء:

1- في طلبات تعيين المرجع عند الحدوث إختلاف إيجابي أو سلبي على الإختصاص:
أ. بين محكمتين عدليتين.

ب. بين محكمة عدلية ومحكمة شرعية أو ذهبية.

ج. بين محكمة شرعية ومحكمة مذهبية.

د. بين محكمتين مذهبيتين أو شرعيتين مختلفتين.

2- في الإعتراض على قرار مبرم صادر عن محكمة مذهبية أو شرعية لعدم إختصاص هذه المحكمة أو لمخالفته صيغاً جوهرية تتعلق بالنظام العام.

إن تفسير وتحليل البندين المذكورين أعلاه يبين أن للهيئة العامة إختصاصاً ودوراً هاماً على صعيدين:

الأول: هو إعطاؤها سلطة فرض إحترام إختصاص المحاكم الشرعية والروحية والمذهبية وإلزامها بحدودها المحفوظة لها قانوناً وذلك تجاه بعضها البعض (الفصل الأول).

الثاني: هو إعطاؤها سلطة فرض إحترام قواعد الصيغة الجوهرية المتعلقة بالنظام العام (الفصل الثاني).

○ الفصل الأول: فرضها إحترام قواعد الإختصاص

يبرز دور الهيئة العامة لمحكمة التمييز في هذا الإطار من خلال طلب تعيين المرجع عند حدوث إختلاف إيجابي أو سلبي على الإختصاص (الفقرة الأولى)، وهنا نستبعد البحث حالات التنازع على الإختصاص بين المحاكم العدلية، لعدم دخولها ضمن نطاق البحث الراهن، وكذلك من خلال مراجعة الإعتراض على قرار مبرم صادر عن محكمة مذهبية أو شرعية لعللة عدم الإختصاص (الفقرة الثانية).

• الفقرة الأولى: فرض إحترام قواعد الإختصاص من خلال طلب تعيين المرجع

يحصل أحيانا بسبب غموض في النص أو إختلاف في تفسيره، تنازع على الإختصاص بين محكمتين تابعتين لجهتين قضائيتين مختلفتين بحيث قد تتمسك كل محكمة بنظر الدعوى المرفوعة أمامها أو تتخلى كل منهما عن هذا النظر، ويسمى التنازع في الحالة الأولى، التنازع الإيجابي، وفي الحالة الثانية يدعى التنازع السلبي ولأجل تجنب إحتمال صدور حكمين متناقضين عن محكمتين مختلفتين في حالة التنازع الايجابي، ولأجل عدم غلق باب القضاء بوجه المدعي وحرمانه من حقه في حالة التنازع السلبي⁽¹⁾. أنشأ المشرع اللبناني لهذا الهدف طريقة تعيين المرجع⁽²⁾ بواسطة الهيئة العامة لمحكمة التمييز، بالنسبة لمختلف حالات التنازع بين المحاكم الشرعية والمذهبية والروحية وبين المحاكم العدلية أو فيما بين الأولى تجاه بعضها البعض، وهذا كله بهدف فرض إحترام قواعد الإختصاص المقررة قانوناً من قبل المحاكم المتقدم ذكرها. وهكذا فإنه إنطلاقاً من أحكام البند الثالث من المادة 95 المذكورة أعلاه. ومما يهمننا راهنا بشأن أحوال التنازع على الإختصاص سنعرض لحالات التنازع (أولاً) والتي يستدعي بتها إتباع آلية معينة تقتضي توافر بعض الشروط (ثانياً).

■ أولاً: حالات التنازع

تبرز هذه الحالات عند حدوث تنازع إيجابي أو سلبي بين محكمة عدلية وبين محكمة شرعية أو مذهبية، كالتنازع حول دعوى البتة أو النسب بين محكمة مدنية تابعة للقضاء العدلي وبين محكمة شرعية أو مذهبية،⁽³⁾ أو عند حصول تنازع بين محكمة شرعية ومحكمة مذهبية أو روحية، كالتنازع حول دعوى إبطال أو فسخ الزواج أو الطلاق أو التفريق بين محكمتين من هذه المحاكم عندما يكون الزوجان من دينين مختلفين أو عند حصول تنازع

(1) قرار ه. ع. تاريخ 1991/1/8 ن.ق. 1990-1991 ص 50.

(2) هذا ويشير البعض إلى أن طريقة تعيين المرجع لا تعتبر طريقاً من طرق المراجعة أو الطعن في الأحكام وإن كان ذلك يؤدي عادة إلى إبطال أثر أحد الحكمين المتعارضين الخاطيء وإلى تنفيذ الحكم الآخر الذي يقرر الإختصاص لإحدى المحكمتين وفقاً للقانون، حول ذلك راجع - إدار عيد، موسوعة أصول المحاكمات المدنية، الجزء الثاني، المجلد الثاني، ص 446-447.

(3) تمييز لبناني رقم 7 تاريخ 1990/1/13، مجموعه باز 1990 ص 59.

سلبي أو إيجابي بين محكمتين مذهبيتين أو شرعيتين مختلفتين، كالتنازع على الإختصاص بين محكمتين روحيتين مختلفتين (محكمة مارونية ومحكمة كاثولوكية) او بين محكمتين شرعيتين مختلفتين (محكمة سنية ومحكمة جعفرية).

مما تقدم يتبين إنه للقول بوجود تنازع يجب توافر الشرطين التاليين وهما:

الأول: حصول التنازع فعلا.

الثاني: وقوع هذا التنازع على الإختصاص

والمقصود بالإختصاص هنا الإختصاص المطلق أي النوعي أو الوظيفي وليس الإختصاص النسبي الذي يطغى به أمام المرجع المذهبي أو الشرعي الواحد.⁽¹⁾ هذا ولئن كان توافر هذين الشرطين ضرورياً للحديث عن وجود التنازع إلا أن ذلك لا يكفي لتولية الهيئة العامة سلطة النظر بطلب تعيين المرجع، إذ يجب وكشرط لقبول هذا الأخير، بعد حصول التنازع الايجابي أو السلبي بين محكمتين للنظر أو عدم النظر بالدعوى التي يتحدد فيها الموضوع والسبب والخصوم، صدور قرار صريح أو ضمني عن كل ممن هاتين المحكمتين يقضيان بحفظ الإختصاص وأن يكون القراران الصادران بالإختصاص قد إكتسبا الدرجة القطعية وفقا لمنطق المادة 114 أم.م. والتي نصت على أنه " لكل ذي مصلحة أن يطلب إلى محكمة التمييز بهيئتها العامة تعيين المرجع:

- 1- إذا قضت إحدى المحاكم بعدم إختصاصها للنظر في دعوى بقرار إكتسب الصفة القطعية دون أن يكون هناك محكمة أخرى مختصة.
- 2- إذا أقيمت دعوى لدى محكمتين مختلفتين أو أكثر وقضت كل منها بإختصاصها أو بعدم إختصاصها بقرار إكتسب الصفة القطعية"

(1) قرار ه. ع. رقم 41 تاريخ 10/12/2008 صادر في التمييز قرارات الهيئة العامة ص. 106، وتأكيداً على هذه الوجهة قضت الهيئة العامة في قرارات عدة لها أن مخالفة قواعد الإختصاص المنصوص عنها في المادة المذكورة يتعلق في الحالة التي تنطوي فيها القرارات الصادرة عن المحاكم الشرعية أو المذهبية على تجاوز لصلاحيه المرجع الذي أصدرها بالنسبة لصلاحيات سائر المراجع المدنية أو الطائفية الأخرى أي الإختصاص الوظيفي أو النوعي، وبالتالي فإن مخالفة الإختصاص المكاني، على فرض صحته، تخرج عن إختصاص الهيئة العامة لمحكمة التمييز".
(حول ذلك قرارات ه. ع. رقم 6 تاريخ 14/1/2019 ورقم 34 تاريخ 8/4/2019 ورقم 56 تاريخ 1/7/2019، العدل 2019 ص. 761 و1339 و1882).

هذا ويعتبر الحكم مكتسباً الصفة القطعية عندما لا يكون أو لم يعد قابلاً للطعن بطرق الطعن العادية (المادة 553 أ.م.) كالقرار الصادر عن محكمة الاستئناف المدنية بالصورة الوجيهة، حال حصول التنازع بين هذه الأخيرة وبين محكمة شرعية أو روحية أو مذهبية ويكون قد اكتسب قرار هذه الأخيرة الدرجة القطعية أيضاً، أو كالحكم الصادر عن القاضي المنفرد - مدني أو شرعي - ولم يكن قابلاً للطعن بطريق الاستئناف إما لعدم قابلية موضوعه لذلك، أو لإنصرام مهلة الطعن بالاستئناف بشأنه.

وشرط القطعية في القرارات في مجال التنازع المعروف على الهيئة العامة لمحكمة التمييز شرط لازم، بمعنى أن هذه الأخيرة ستعتمد إلى رفض طلب تعيين المرجع عند عدم إكتساب أحد القرارين المعروضين أمامها الصفة القطعية، وفي هذا الصدد قضت الهيئة العامة لمحكمة التمييز "وهي من شروط قبول طلب تعيين المرجع إكتساب الحكمين الصادرين عن المحكمتين الصفة القطعية وفقاً للفقرة 2 من المادة 114 أ.م.م."

وحيث يكون الحكم قطعياً عندما لا يكون أو لم يعد قابلاً للطعن بطرق الطعن العادية وفقاً للمادة 553 أ.م.م.⁽¹⁾ وانتهت إلى طلب تعيين المرجع بعد أن تبين لها أنّ القرار الشرعي الصادر عن المحكمة السنية العليا قد اكتسب الصفة القطعية، بخلاف الحكم الصادر عن القاضي الجعفري الذي لم يكتسب هذه الصفة بعد، وفي حال رفضها الطلب لهذا السبب يكون لذي الشأن أن يتقدم بطلب جديد بعد توافر الصفة القطعية في القرارين⁽²⁾.

■ ثانياً: آلية حل التنازع

نظمت آلية حل التنازع من الناحية الإجرائية بموجب المواد 114 و115 و738 أ.م.م. التي وردت في الفصل الثالث من قانون أصول المحاكمات المدنية المتعلق بطريق الطعن بالتمييز كأحد طرق الطعن غير العادية.

(1) قرار ه.ع. رقم 11 تاريخ 2009/5/11 صادر في التمييز قرارات الهيئة العامة 2009 ص. 126 وكذلك قرارها رقم 41 تاريخ 2015/6/15 صادر في التمييز قرارات الهيئة العامة ص. 302.

(2) تمييز لبناني تاريخ 1999/11/3 ن.ق 1999 ص 949.

فالمادة 114 تنص على أنه "لكل ذي مصلحة أن يطلب إلى محكمة النقض بهيئتها العامة تعيين المرجع" وذلك في الحالات المعددة في المادة 95 المذكورة وتنص المادة 115 على أنه "للهيئة العامة لمحكمة التمييز أن تقرر عند الإقتضاء فور تقديم الطلب إليها وقف المحاكمة أمام المحكمة الناظرة في الدعوى، وأضافت في فقرتها الثانية على إنه "تفصل الهيئة العامة في طلب تعيين المرجع بوجه السرعة بعد إنقضاء عشرة أيام على تبليغ الخصم لتقديم جوابه، وتعين في قرارها المحكمة المختصة وتحيل الملف إليها".

وتنص المادة 738 على إنه " تطبق القواعد والآثار والإجراءات المرعية أمام محكمة التمييز على طلبات النقض التي تنتظر فيها الهيئة العامة ما لم يرد نص مخالف، ولا تقبل جميع القرارات الصادرة عن الهيئة العامة، أيا كان موضوعها أي طريق من طرق الطعن بما فيها مداعة الدولة بشأن المسؤولية الناجمة عن أعمال القضاة.

وتتبع أصول المحاكمة أمام محكمة التمييز بإستثناء مهلة الطعن في القضايا المعينة في البند الثالث من المادة 95....".

مما تقدم في نصوص يستنتج التالي:

لجهة نص المادة 114:

إن طلب تعيين المرجع عند توافر شروطه، متاح لكل ذي مصلحة والمادة 114 لم تحدد من هو أو مفهوم " ذي مصلحة". مما يطرح التساؤل هل أن الأمر يقتصر على من كان طرفا في الدعوى أم أنه بالإمكان أن يمتد إلى غيره؟

في الواقع أنه وعطفاً على المادة 738 التي عطفت على المادة 703 وما يليها من القانون عينه، التي أشارت إلى وجوب تطبيق القواعد والإجراءات المطبقة أمام محكمة التمييز، يمكن القول أن مفهوم ذي مصلحة يقتصر على كل من كان خصما في المحاكمة الإستئنافية وذلك طبقاً للمواد 713 – 715 أ.م.م.

لجهة المادة 115:

1-إن المادة 115 اعطت في فقرتها الأولى للهيئة العامة سلطة تقرير وقف المحاكمة أمام المحكمة الناظرة في الدعوى، بمعنى انه ليس لطلب تعيين المرجع أثر موقف تلقائي.

2- إن المادة 115 أشارت في فقرتها الثانية الى مسألة فصل الهيئة العامة للطلب المعروض عليها بوجه السرعة بعد إنقضاء عشرة أيام على تبليغ الخصم لتقديم جوابه، ولا يعني ذلك إتباع الأصول المستعجلة بل مجرد السرعة في البت مع إحترام قواعد المحاكمة العادية لا المستعجلة، وهو ما يستبعد حكماً الطابع الرجائي للطلب الراهن.

3- إنه ووفقاً للمادة 115 أيضاً، على الهيئة العامة عند بتها بالطلب المقدم إليها أن تعيّن في قرارها المحكمة المختصة وأن تحيل ملف المحاكمة إليها، بمعنى أن الإحالة وتحويل الملف يتّمان بفعل قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز عبرها ومن خلالها بمعزل عن إرادة الفرقاء وإن كان المشاهد متابعة هؤلاء الأخيرين لهذا الأمر.

لجهة المادة 738:

1- إنها لحظت أنه على الهيئة العامة أن تطبق القواعد والآثار والإجراءات المرعية أمام محكمة التمييز في معرض نظرها للطلبات المعروضة أمامها.

2- إن القرار الصادر عن الهيئة العامة في معرض طلب تعيين المرجع أو غيره، لا يقبل أي طريق من طرق الطعن. وهذا أمر مبرر على إعتبار أنها الهيئة القضائية الأعلى في سلسلة الهرم القضائي اللبناني.

إنه إذا كانت مهلة الطعن أمام محكمة التمييز هي شهرين من تاريخ التبليغ بالنسبة لجميع طلبات النقض، فإن مهلة تقديم طلب تعيين المرجع غير محددة، على إعتبار أن الفقرة الثانية من المادة 738 المذكورة أعلاه إستثنت من إتباع أصول المحاكمة أمام الهيئة العامة، مهلة الطعن في القضايا المعينة في البند الثالث من المادة 95 أ.م.م.

إن ما تقدم وفي ضوء وجوب إكتساب القرارات للصفة القطعية وبالتالي قابليتها للنفاذ قد يضعنا في حال عدم تقديم طلب تعيين المرجع أمام إحتمالين:

أ- الإحتمال الأول: وهو رضوخ الأطراف لقرار محكمة من المحكمتين، وهنا لا تثار أية مشكلة.

ب- الإحتمال الثاني: وهو عدم رضوخ الأطراف وإقدام جهة منها أو جهتها على تقديم طلب تنفيذ القرارين القطعيين المتعارضين، مما يطرح إشكالية أولوية تنفيذهما، فهل نطبق هنا نص المادة 629 أ.م.م التي تنص على أنه: "إذا صدرت أحكام متناقضة

عن محاكم مختلفة وأصبحت مبرمة فلا يعتد إلا بالحكم الصادر عن أعلى محكمة منها، أما إذا صدرت عن نفس المحكمة أو عن محاكم متساوية في الدرجة فلا ينفذ إلا أحدث الأحكام تاريخاً".

إن ما تقدم يطرح العديد من التساؤلات:

- هل يمكن الحديث عن أحكام مبرمة في مسألة التنازع على الإختصاص طالما أن مهلة تقديم طلب تعيين المرجع مفتوحة".

- هل أنه يمكن القياس وتطبيق نص المادة 629 المذكورة أعلاه على القرارات الصادرة عن المحاكم الشرعية والروحية والمذهبية عند التنازع فيما بينها أو بين أحدها وبين إحدى المحاكم العدلية، علماً أن ثمة محكمة تمييز في هذه الأخيرة وهو الأمر غير المتوافر بالنسبة للمحاكم المذهبية والروحية والشرعية، فإذا صدر قرار عن محكمة التمييز بشأن نزاع معروض عليها وكان متعارضاً مع قرار صدر عن المحكمة الدينية الأعلى لدى إحدى الطوائف، فإن ذلك يعني وفقاً للمادة 629 المذكورة أعلاه، أن دائرة التنفيذ ستنفذ حكماً قرار محكمة التمييز باعتبارها المحكمة الأعلى درجة.

وقد يصار بعد ذلك إلى اللجوء إلى طلب تعيين المرجع، وبانتظار قرار الهيئة العامة يكون الفرقاء لازالوا في متاهة التشابك والتداخل في الإختصاص وهو بالتأكيد امر غير نافع لاسيما متى أعلنت الهيئة العامة عدم إختصاص القضاء العدلي للنظر بالدعوى موضوع التنازع في الإختصاص.

- على فرض أن القرارات القطعية المتعارضة صدرت عن محاكم متساوية الدرجة وفي ذات اليوم، ما هو الحل؟

أسئلة عديدة تحتاج الإجابة عليها الى تدخل المشتع.

هذا وإنه في نطاق آلية حل التنازع، تمثل النيابة العامة في المحاكمة المتعلقة بطلبات تعيين المرجع وتبدي رأيها في هذه الطلبات عملاً بأحكام الفقرة الرابعة من المادة 738 أ.م.م وعلى أن يكون إبداء الرأي بعد تنظيم المقرر لتقريره، ومن ثم تفصل الهيئة العامة في الطلب وتعيين المرجع المختص أي الجهة القضائية المختصة بنظر الدعوى، وقرارها في هذا الشأن قطعي وملزم للفرقاء وللمحاكم المتنازعة، بمعنى آخر إذ تعلق الأمر بتنازع إيجابي يضحى

القرار الصادر عن إحدى المحكمتين غير المختصة باطلا ويكون الاختصاص في هذه الحالة للمحكمة الأخرى التي عليها أن تتابع نظر الدعوى حتى البت بها، وهذا ما لم تكن هذه الأخيرة قد سبق لها أن أصدرت قرار نهائي في النزاع، وإذا كان الأمر متعلقا بتنازع سلبي أبطل قرار المحكمة المختصة والتزمت هذه الأخيرة بنظر الدعوى المعروضة أمامها والفصل بها.

وما تجدر الإشارة إليه هو أنه وسندا للمادة 115 أ.م.م فقرة أولى، يمكن للهيئة العامة أن تقرر، فور تقديم طلب تعيين المرجع وقف المحاكمة أمام المحكمة الناظرة بالدعوى، وهذا النص ينحصر تطبيقه في حالة التنازع الإيجابي وقبل إصدار حكم في موضوع الدعوى ذلك إنه إذا صدر حکمان قطعان في الموضوع لا يبقى ثمة مجال التطبيق هذا النص.

• الفقرة الثانية: فرض إحترام قواعد الإختصاص من خلال مراجعة الاعتراض

يتجلى دور الهيئة العامة لمحكمة التمييز في فرض إحترام قواعد الإختصاص عند تجاوز إحدى المحاكم الشرعية أو الروحية أو المذهبية لنطاق إختصاصها المحدد لها قانوناً، وقد أشار الى هذا الدور نص البند الرابع من المادة 95 أ.م.م في شقه الأول، والذي منح محكمة التمييز بتهيئتها العامة حق النظر:

4- في الإعتراض على قرار مبرم صادر عن محكمة مذهبية أو شرعية لعدم إختصاص هذه المحكمة.

شغل هذا البند حيزاً كبيراً من المراجعات المقدمة أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز ولاسيما عند قيام الزوجين بتبديل بينهما أو مذهبهما أو عند قيام أحدهم بذلك، فطرح في ضوء ذلك مسألة أثر هذا التبديل على الإختصاص وعلى الزواج ومفاعيله.

إلا أنه وقبل البحث فيما تقدم ينبغي العرض أولاً للشروط الواجب توافرها في الحكم المعترض عليه امام الهيئة العامة.

وعليه نبحت في الشروط الواجب توافرها في الحكم المعترض عليه (أولاً) ومن ثم في شرط عدم الاختصاص في هذا الحكم (ثانياً).

■ أولاً: الشروط في الحكم

يتبين من نص البند الرابع من المادة 95 أ.م.م المذكور أعلاه إنه يقتضي أن يكون الحكم المعترض عليه مبرماً حتى يكون متاحاً أمام المتضرر منه اللجوء إلى الهيئة العامة بطريق الاعتراض⁽¹⁾ كما وأنه يستفاد من القرارات الصادرة عن هذه الأخيرة إن ثمة شرطين آخرين يجب توافرها، الأول وهو ألا يكون قد تم الرضوخ للحكم الشرعي أو الروحي المعترض عليه، والثاني هو وجوب أن يكون هذا الحكم مرتباً لحقوق أو إزامات مدنية.

◆ الشرط الأول: الإبرام في الحكم

يكون الحكم مبرماً بموجب المادة 553 أ.م.م إذا لم يعد قابلاً للطعن بأي طريق من طرق الطعن العادية أو غير العادية أي لم يعد قابلاً للطعن بطريق الاعتراض أو الاستئناف كطرق طعن عادية واعتراض الغير وإعادة المحاكمة وطلب النقض كطرق طعن غير عادية. وفي هذا الصدد جددت الهيئة العامة لمحكمة التمييز سنة 2015 مفهوم صفة الإبرام عندما قضت "وحيث أن الحكم المبرم وفقاً للمادة 553 أ.م.م. التي تطبق على الأحكام الشرعية ما دام لا يوجد نص مخالف هو الذي لم يُعد قابلاً للطعن بطرق الطعن العادية وغير العادية.. وإن صفة الإبرام للحكم يجب أن تكون كذلك يحكم القانون وليس الفرقاء."⁽²⁾ هذا وإن الإبرام المقصود هنا برأي الرئيس فيليب خيرالله⁽³⁾ هو الإبرام الذي يقره قانون الأصول المرعية لدى المحكمة مصدرة الحكم، بمعنى آخر إن القواعد الواردة في القوانين الشرعية والروحية والمذهبية، ولاسيما قواعد المحاكمات الواردة فيها، هي التي تحدد ما إذا كان الحكم مبرماً أو غير مبرم.

ثم إنه وبسبب اشتراط الإبرام في الحكم لم تقبل الاعتراضات بصدد القرارات المؤقتة كقرار منع السفر والقرارات المتعلقة بالنفقة، وحيث جاء في أحد القرارات "حيث إن هذا القرار

(1) كان النص السابق للبند الرابع من المادة 95 يلحظ إمكانية ثانية للطعن في الحكم الشرعي أو الروحي أو المذهبي، وذلك متى كان هذا الأخير قابلاً للتنفيذ، إلا أن هذه الإمكانية زالت بموجب القانون رقم 8914، واستمرت الإمكانية الأولى.

(2) قرار ه. ع. رقم 41 تاريخ 2015/6/15، صادر في التمييز قرارات الهيئة العامة 2015 ص.302.

(3) الرئيس فيليب خير الله، رقابة الهيئة العامة لمحكمة التمييز على أحكام المراجع الطائفية العدل 2007، العدد 3، ص 107 وما يليها.

- قرار منع السفر - هو تدبير احتياطي مؤقت صادر عن رئيس المحكمة المذهبية كقاضي أمور مستعجلة وليس له الصفة التي تجعله قابلاً للإعتراض أمام الهيئة⁽¹⁾ وكذلك بصدد القرارات التمهيدية.... إذ قضي "حيث أن القرار المطعون به هو قرار تمهيدي تحقيقي - يتناول قرارة إعداوية صادرة عن مرجع مذهبي - فلا يكون مما يقبل الطعن بهذه الطريقة"⁽²⁾. كما وإنه بسبب هذا الشرط تم إستبعاد القرارات التي لم تكتسب الصفة النهائية المبرمة⁽³⁾ وكذلك الأحكام الرجائية إلا إنه في هذا الصدد، ثمة وجهتا نظر إجتهاديتين الأولى سابقة لصدور قانون أصول المحاكمات المدنية وحيث جاء في أحد قرارات محكمة التمييز المدنية سنة 1961 "بما إنه بموجب أحكام المادة 17 من قانون 1950/5/10 يدخل ضمن صلاحية محكمة مذهبية أو شرعية في إصدار الأحكام وفي قابليتها للتنفيذ وذلك دون التفريق بين الأحكام القضائية والأحكام الرجائية"⁽⁴⁾. والثانية تالية لصدور قانون أصول المحاكمات المدنية وحيث قضي "حيث أن الحكم المعترض عليه هو حكم رجائي بحصر الإرث ولا يتمتع بقوة القضية المحكوم بها عملاً بصراحة نص المادة 566 أ.م.م فلا يحول دون أن يمارس أي مرجع آخر يعتبر نفسه مختصاً، إختصاصه للنظر بما تدعيه المعارضة، فلا يكون الحكم المذكور، في هذا الوضع، مما يثير صلاحيتها السابق ذكرها أي كمحكمة حل خلافات"⁽⁵⁾.

هذا ويشير البعض⁽⁶⁾ إلى أن الوجة الأولى يمكن إعتادها رهنأ رغم التعديل الذي طرأ على المادة 95 في بندها الرابع الذي إشتراط أن يكون قرار المحكمة المذهبية أو الشرعية المعترض عليه قراراً مبرماً، في حين أن القرار الرجائي قابل للرجوع عنه أو تعديله من قبل من أصدره عند حدوث ظروف جديدة أو ظهور أسباب لم تكن معلومة عند صدوره، ذلك أن القرار الرجائي هو قرار نهائي

(1) قرار هيئة عامة رقم 13 تاريخ 1992/12/24 باز 1992، ص 83.

(2) قرار هيئة عامة رقم 22 تاريخ 1994/4/28 باز 1992، ص 92-93.

(3) قرار هيئة عامة رقم 30 تاريخ 1993/5/27 ن.ف. 1993، ص 1079.

(4) قرار محكمة التمييز 14 الى رقم 40 تاريخ 1961/5/12 باز 1991، ص 128.

(5) قرار هيئة عامة رقم 8 تاريخ 1997/8/15 باز 1997، ص 80.

(6) إدوار عيد المرجع السابق، ص 107، هامش رقم 7.

بالظروف التي صدر فيها، ولا بد عند صدوره عن محكمة مذهبية أو شرعية ماساً بحقوق أحد الأشخاص إلا أن يقبل الإعتراض المقدم ضده أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز لمخالفته صيغاً جوهرية أو قاعدة إختصاص مطلق.

هذا وي طرح التساؤل في هذا الإطار فيما إذا كان يجوز اللجوء إلى الاعتراض أمام الهيئة أمام الهيئة العامة طعناً بالأحكام الابتدائية الصادرة عن المحاكم الروحية أو الشرعية أو المذهبية؟

يمكن أن تستنتج الإجابة على هذا التساؤل من القرار الصادر عن الهيئة العامة المحكمة التمييز سنة ٢٠٠٠⁽¹⁾ حيث قضت فيه "... طالما أن القرار الابتدائي قد جرى إستئنافه فإنه لم يعد من مجال للطعن به أمام هذه الهيئة التي تنتظر بالإعتراض على القرار الإستئنافي الصادر بنتيجة الإستئناف..." وهذا يعني كما سبق القول إستنتاجاً إنه إذا لم يلجأ إلى الإستئناف وقد إنصرفت مهلة الطعن الإستئنافي فإن ثمة إمكانية اللجوء إلى الهيئة العامة طعناً بالقرار الابتدائي بطريق الإعتراض.

♦ الشرط الثاني: عدم الرضوخ للحكم

عمدت الهيئة العامة في محكمة التمييز إلى رد الإعتراضات المقدمة أمامها بسبب الرضوخ إلى الحكم مهما كان السبب المبني عليه الطعن وإن كان متعلقاً بالنظام العام وذلك في عدة قرارات صادرة عنها.

ففي قرارها الصادر بتاريخ 19/2/1987، ردت الهيئة العامة الإعتراض على الحكم الصادر عن المحكمة الروحية بحجة أن المعارضة عمدت إلى تنفيذه طوعاً وذلك بقضائها بما يلي:

"وحيث ما دامت المعارضة قد نفذت الحكم بالطلاق طوعاً وامتنلت لأحكامه فتزوجت مرتين بعد طلاقها فلم يعد من حقها الطعن به بأي وجه من الوجوه مهما كانت الأسباب التي تتذرع بها، علماً بانها رضخت له مراراً وتكراراً إن فور صدوره أو عند تبليغها إياه"⁽²⁾.

(1) قرار هيئة عامة رقم 22 تاريخ 2000/12 صادر في التمييز، قرارات الهيئة العامة ص 74-73.

(2) قرار هيئة عامة، رقم 4 تاريخ باز 1987 ص 39، وقد تكرر هذا القرار بالرقم 37 تاريخ باز 1993، ص 147.

هذا وأنه في قرارها رقم 19 تاريخ 2000/5/23⁽¹⁾ وبصدد اعتراض مقدم أمامها وملخصه أن زوجين مارونيين عمد الزوج لاحقاً إلى إشهار إسلامه وسلمت الزوجة بذلك، ورضخت من ثم لحكم الطلاق الصادر عن المحكمة الشرعية السنية، قضت بصدد حراسة الولد القاصر بما يلي:

"... حيث أن حراسة الولد القاصر، إذ كانت نتيجة لعقد الزواج يختص للبت فيها المرجع الذي إحتقل بالزواج أمامه، والذي هو صالح أيضاً للبت بالخلافات القائمة بين الزوجين من حيث المبدأ، إلا أن زوال الرابطة الزوجية يكون من شأنه إيلاء هذا الإختصاص إلى المرجع الذي حكم بالتفريق بين الزوجين لأن القانون الذي يطبق على أسباب هذا التفريق يرعي في الوقت نفسه نتائجه..."

وحيث أن المستدعية كانت قد رضخت للحكم المذكور الذي وضع موضوع التنفيذ، وإن إعتراضها على إختصاص المحكمة الشرعية والذي جاء متأخراً قد رد بقرار أصدرته هذه الهيئة على إعتبار أن هذا الرضوخ الثابت يجعل الإعتراض المذكور غير مسموع سناً المادة 614 أ.م.م وتكون مسألة تحديد السلطة المختصة للنظر في دعوى التفريق قد حسمت نهائياً وتكون القضية موضوع هذا النزاع والتي تُدخل في نتاج هذا التفريق قد أصبحت في إختصاص المحكمة الشرعية حكم الطلاق، ويكون الحكم الصادر عن المحكمة الروحية المارونية قد تجاوز حدود إختصاصها لذلك، مما يقتضي إبطاله.

وهكذا يتبين أن الرضوخ للحكم المطعون فيه يشكل حائلاً دون إمكانية الطعن بالحكم المخالف لقواعد الإختصاص، أو حتى المخالف لأية قاعدة من قواعد النظام العام، فكأن إستقرار العلاقات الإجتماعية والعائلية الناتجة عن الحكم المرزوخ له تكتسب أهمية أكبر من الأهمية التي ترتديها قواعد الإختصاص وما ينتج عن هذه الأخيرة من ضرورة إحترام الضوابط والتوازنات في نطاق مكونات المجتمع اللبناني.

(1) قرار هيئة عامة رقم 19 تاريخ 2000/5/23 باز 2000، ص 235.

♦ الشرط الثالث: وجوب أن يكون الحكم المعترض عليه مرتبا لحقوق أو واجبات مدنية

وهو ما أشارت إليه الهيئة العامة بقرارها الصادر سنة 1993⁽¹⁾ عندما قضت:

".... إن المنازعات القائمة بين الراهبات المتخصصات لها طابع رهباني إداري داخلي، ولا يرتب القرار المعترض عليه الفاصل بهذه المنازعات أي حقوق أو موجبات من فريق إلى آخر بل يتعلق بمهمتين داخل الرهينة وبشأن المدرسة القائمة المنازعة حول إدارتها بينهما. وحيث أن الاعتراض يكون غير مسموع من هذه الجهة أيضا" وعليه يمكن القول إنه يجب أن يرتب القرار المعترض عليه حقوقا أو واجبات مدنية حتى يكون بالإمكان الاعتراض عليه أمام الهيئة العامة، فإذا لم يرتب ذلك فإنه لا يخضع الرقابة هذه الهيئة⁽²⁾.

■ ثانيا: عيب عدم الإختصاص

يتبين من نص البند الرابع من المادة 95 أ.م.م أن الاعتراض يجب أن يكون مرتكزة على عدم إختصاص المحكمة الشرعية أو المذهبية اللبنانية مصدره الحكم المطعون فيه، بمعنى أن الاعتراض على إختصاص المحاكم الشرعية أو المذهبية لا يصح إلا إذا كان القرار المعترض عليه قد حفظ إختصاص المحكمة التي أصدرته. ذلك أنه إذا عمدت هذه الأخيرة إلى إعلان عدم إختصاصها فإنه لا يكون للهيئة العامة الحق بسماع الاعتراض المقدم بهذا الشأن⁽³⁾ إلا عن طريق تعيين المرجع نتيجة حصول إختلاف بشأن الإختصاص بين محكمة عدلية ومحكمة شرعية أو مذهبية أو بين محكمتين مذهبيتين أو شرعيتين مختلفتين⁽⁴⁾ وهو الأمر الذي يطرح نوع الإختصاص الذي تراقب الهيئة العامة وجوب

(1) قرار رقم 12 تاريخ 1993/3/19 باز 1993، ص 112.

(2) الرئيس فيليب خير الله: منكور سابقا، ص 1009.

(3) "وقد أكدت الهيئة العامة على هذه الوجهة أيضاً بقرارها الصادر سنة 2014 عندما قضت "أن الهيئة العامة تمارس رقابتها عندما تفصل تلك المحاكم في نزاع يخرج عن إختصاصها الوظيفي وليس عندما تعلن تلك المحاكم عدم إختصاصها للفصل في نزاع معين، الأمر الذي يخوِّج عن مخالفة قواعد الإختصاص بمفهوم المادة 95 أ.م.م. فقرتها الرابعة."

قرار هيئة عامة رقم 39 تاريخ 2014/4/28 صادر في التمييز قرارات الهيئة العامة 2014 ص. 146.

(4) قرار هيئة عامة رقم 10 تاريخ 2006/2/13. باز 2009، ص 120.

إحترامه. فهل أن عليها أن تفرض احترام قواعد الإختصاص الدولي أو الوظيفي أم النوعي أم المكاني؟

يرى البعض⁽¹⁾ أنه إنطلاقاً من كون الهيئة العامة في الأصل محكمة حل الخلافات بين محاكم الطوائف المختلفة وبين هذه المحاكم والمحاكم المدنية، فإن عدم الاختصاص المقصود المادة 95 فقرة 4 والذي يعد أحد أسباب الإعتراض أمام الهيئة هو عدم الاختصاص الوظيفي. هذا الإختصاص الذي بمقتضاه تتعين جهة القضاء المختصة بنظر الدعوى. وهو ما أكدته الهيئة العامة بقرارها الصادر سنة 1993 عندما قضت "وحيث... لا يكون للهيئة العامة في إطار المادة 95 أن تراقب ما قرره المحكمة الشرعية في بيروت بشأن إختصاصها الداخلي، أي داخل القضاء الشرعي، سواء كان إختصاصاً نوعياً أو مكانياً عادية أو إلزامياً"⁽²⁾.

ويشير البعض الآخر⁽³⁾ إلى أن قواعد الإختصاص المقصودة هنا هي قواعد الإختصاص الوظيفي أو النوعي، أي قواعد الإختصاص المطلق دون قواعد الإختصاص النسبي التي لا تتيج مخالفتها إمكانية الطعن في الحكم بطريق الإعتراض وإنما الطعن بذلك أمام المرجع الروحي أو المذهبي أو الشرعي الأعلى.

هذا وأنه وبمعزل عن هذا الإختلاف النسبي بين الوجهتين المتقدم ذكرهما، فإن المحكمة الشرعية والمذهبية التي تراقب الهيئة العامة مسألة عدم إختصاصها هي المحكمة المذهبية أو الشرعية التابعة للنظام القضائي اللبناني. بمعنى آخر ووفقاً لقرار الهيئة العامة الصادر سنة 1997، فإنه عندما يكون الحكم المعترض عليه صادرة عن محكمة مذهبية غير لبنانية ومثال ذلك صدور حكم روجي في عمان والقرار الإستئنافي الذي تناوله صدر في دمشق وقد وصل لبنان بإنابة قضائية من المراجع القضائية في دمشق، فإن الهيئة العامة لا تكون مختصة للنظر بالإعتراض لعدم إختصاص هذه المحاكم⁽⁴⁾ هذه الوجهة أكدت عليها الهيئة العامة بقرارها الصادر سنة 2010 عندما قضت "وحيث خلافاً لما تُدلي به المعترض ضدها أن الهيئة العامة لمحكمة التمييز اللبنانية تنظر في الإعتراضات المقدمة ضد الأحكام المذهبية أو الشرعية عندما

(1) الرئيس فيليب خير الله مذكور سابقاً، ص 1009.

(2) قرار هيئة عامة رقم 20 تاريخ 1993/5/13 باز 1993، ص 124.

(3) قرار هيئة عامة رقم 25 تاريخ 1993/5/13 باز 1993، ص 124.

(4) أدوار عيد مذكور سابقاً، ص: 107 وما يليها.

تكون صادرة عن محاكم طائفية لبنانية أو عن المرجع الأعلى لهذه المحاكم ولو كان مركزه خارج لبنان⁽¹⁾ وكذلك لا تكون هذه الأخيرة مختصة للنظر في الاعتراضات المقدمة أمامها والمسندة على عدم الاختصاص بين المحاكم التابعة للطائفة واحدة، ففي قرارها الصادر سنة ١٩٩٣⁽²⁾ قضت "وحيث أن الهيئة العامة لمحكمة التمييز تراقب صلاحية المحاكم الطائفية كمحكمة حل خلافات بين المحاكم التابعة لمذاهب مختلفة أو بين المحاكم الطائفية والمحاكم المدنية ولا دور لها في تحديد الصلاحية بين محاكم الطائفة الواحدة ويبقى حل النزاعات حول صلاحية محاكم الطائفة الواحدة من اختصاص المراجع التسلسلية لهذه المحاكم وليست الهيئة العامة مرجعاً تسلسلياً أعلى للمحاكم الروحية".

هذا وأنه في نطاق نظرها بالإعتراضات المقدمة إليها والمسندة إلى عيب عدم الإختصاص، عمدت الهيئة العامة إنطلاقاً من النصوص القانونية المرعية إلى وضع بعض القواعد والمبادئ التي تحكم مسألة الإختصاص عند حصول أي تنازع بشأنه ولا سيما عند قيام الزوجين بتبديل دينهما أو مذهبهما أو عند قيام أحد الزوجين بذلك.

♦ عند تبديل الدين أو المذهب من قبل الزوجين.

يحصل ذلك عند قيام الزوجين بتبديل دينهما ومذهبهما الذي كانا عقداً زواجهما أمامه. ومن ثم ولأسباب خاصة بهما انتقلاً إلى دين أو مذهب آخر. ومن ثم يحدث خلاف بينهما فيراجع أحدهما محكمة مذهبهما أو دينهما الجديد ويراجع الآخر محكمة مذهبهما أو دينهما القديم أو تتم المنازعة باختصاص محكمة المذهب الجديد أو القديم وفقاً للحالة المعروضة. في هذا الصدد استقر رأي الهيئة العامة على إعطاء الإختصاص لمحكمة المذهب الجديد المنتقل إليه وذلك بالإستناد إلى المادة ٢٣ من القرار 60 ل.ر التي نصت على أنه "إذا ترك الزوجان طائفتهم فيكون زواجهما وكذلك الصكوك والموجبات المتعلقة بالأحوال الشخصية تابعة لقانون نظامهما الجديد إبتداءً من التاريخ الذي قيد فيه تركهما لطائفتهم في سجلات الأحوال الشخصية"⁽³⁾ ذلك أنه ووفقاً لما ورد في القرار عينه، من الطبيعي أن يصبح الزوجان

(1) قرار رقم 34 تاريخ 2010/7/19 صادر في التمييز قرارات الهيئة العامة ص. 317.

(2) قرار هيئة عامة رقم 13 تاريخ 1997/6/2، ن. ق 1997، ص. 850.

(3) قرار هيئة عامة رقم 10 تاريخ 1993/3/4 باز 1993، ص 101.

المنتقلان من طائفتها إلى طائفة أخرى، أن يصبحا خاضعين لقوانين هذه الطائفة الأخيرة وإلى محاكمها وأن يرتفع عنها سلطان الطائفة التي تركاها".

ويعد هذا الموقف تكراراً لمواقف أخرى سابقة عن الهيئة العامة. إذ أن هذه الأخيرة أكدت نفس المبدأ بقرارها رقم 11 الصادر سنة 1991⁽¹⁾ وأضافت إنه "لا يسمع الزوجة بعد إنتقالها إلى طائفة السريان الأرثوذكس أن تلجأ إلى المحكمة المارونية التي عقدت زواجها أصلاً وتطلب منها أن تثبت بالخلافات القائمة بينهما وبين زوجها، وهي وإياه، مقيدان من أبناء طائفة السريان الأرثوذكس، متذرة بأنها أكرهت على تبديل مذهبها بالعنف والتهديد، ما لم تبطل بمفعول رجعي القيود الرسمية التي تثبت أنها وزوجها إنتقلا إلى طائفة السريان الأرثوذكس. وأن هذا الإبطال لا يمكن أن يتم إلا بنتيجة حكم مبرم يصدر عن المحاكم العادية، مدنية كانت أم جزائية، وبعد التثبت من الوقائع المدعى بها،... كما وأنه لا يسمع من الزوجة التذرع بالتحايل على القانون، ذلك التحايل الذي إن صح وقوعه، فإنها هي التي شاركت في تنفيذه بعد أن تنكرت لشرائع الطائفة التي عقدت أصلاً الزواج وفقاً لها⁽²⁾."

يتبين مما تقدم هذا الإطار تقررت المبادئ التالية:

- عدم إمكانية تجاوز نص المادة 23 من القرار 60 ل.ر. المذكورة أعلاه على اعتبار أنها لحظت قاعدة فض الخلافات بين المحاكم عند إثارة مسألة تبديل الدين أو المذهب وقد يكون ذلك بسبب إرتباط هذه الأخيرة بعامل نفسي وضميري متعلق بحرية الإعتقاد المطلقة المكفولة دستورياً وقانوناً.
- عدم إمكانية التذرع بالإكراه لإبطال مفاعيل الإنتقال إلى دين أو مذهب آخر. ما لم يبطل هذا الإنتقال من قبل المحاكم العادية المختصة مسبقاً.
- عدم إمكانية التذرع بالتحايل على القانون، إذ وفضلاً عن إرتباط مسألة تغيير الدين أو المذهب بحرية الإعتقاد المطلقة، فإن قيام الزوجين بهذا التغيير يضاعف حجة من يتذرع بالتحايل وقد يكون في ذلك نوعاً من تطبيق قاعدة عدم جواز تذرع المدعي بخطئه.

(1) قرار هيئة عامة رقم 11 تاريخ 1991/4/30. ن. ق. 1990 - 1991، ص 87.

(2) وبهذا المعنى أيضاً قرار الهيئة العامة رقم 2 تاريخ 1998/0/3 باز 1988، ص 41.

♦ عند تبديل أحد الزوجين لدينه أو مذهبه:

يطرح هذا التبديل عدة مشاكل إن لناحية أثره على الزواج الأول في حال إقدام من بدل مذهبه على الزواج ثانية أو على الأولاد أو على بعض المسائل الأخرى كالإرث والنفقة.

- بالنسبة للعلاقة الزوجية الأولى:

أكدت الهيئة العامة لمحكمة التمييز على بقاء العلاقة الزوجية الأولى وأبقت الإختصاص بشأنها للمحكمة التي عقد أمامها الزواج الأول، وذلك عندما قضت بقرارها الصادر سنة 1994⁽¹⁾، في اعتراض مقدم أمامها طعنا بقرار إحدى المحاكم الشرعية الذي عمد إلى إيقاع الطلاق بين زوجين سبق لهما أن عقدا زواجهما أمام إحدى المحاكم الروحية، ولاحقا إنتقل الزوج إلى إحدى الطوائف الإسلامية وطلب إيقاع الطلاق، معللة:

"حيث أنه واضح من هذا نص - المادة الأولى من قانون 1951/4/2 - أن هذا الأخير يتضمن قواعد فض الخلافات بشأن الإختصاص التي تنشأ فيما بين الطوائف المعنية بالقانون (أي الطوائف المسيحية والطائفة الإسرائيلية) أو التي تنشأ بينهما وبين سائر المراجع المذهبية (السنية والجعفرية والدرزية) أو بينها وبين المحاكم المدنية.

وحيث أن المادة 14 من ذات القانون نصت على أن السلطة المذهبية الصالحة للحكم عقد الزواج ونتائجه هي السلطة التي يكون لديها الزواج وفقا للأصول وبموجب قواعد الصلاحية.

... وحين أنه بموجب قاعدة فض الخلاف المنصوص عليها في المادة 14 السابق ذكرها تكون المحكمة المارونية هي المختصة للنظر في حل الزواج المعقود لديها وليس المحكمة الشرعية، ولا يبذل من ذلك كون الزوج المعترض قد يدل مذهبه منفردا فلا يمكنه بهذه الطريقة أن يعطل قاعدة الإختصاص المذكورة، ولا يمكن لهذا المرجع المدني المولى مراقبة الأحكام الطائفية من ناحية الإختصاص فض الخلاف على الإختصاص بين المحاكم المذهبية المختلفة أن يجاري المحكمة الشرعية في ما ذهبت إليه متجاوزة إختصاصها في الحكم المعترض عليه، وأن يقر مفاعيل مدنية للحكم المذكور الحاصل فيه التجاوز فيقتضي إبطال هذا الحكم.

(1) قرار هيئة عامة رقم 15 تاريخ 1994/3/24، العدل سنة 1994 عدد 2، ص 24.

تكمّن أهمية هذا القرار بتطبيقه لأحكام قواعد فض الخلاف بين المراجع المذهبية على الطوائف الإسلامية استناداً إلى أحكام المادتين 1 و14 من قانون 1951/4/2 وعدم قصره على الطوائف المسيحية والإسرائيلية.

- بالنسبة للأولاد:

يثور أثر تبديل الدين أو المذهب من قبل أحد الزوجين على الأولاد عندما يكون هؤلاء غير بالغين لسن الرشد، على اعتبار أن للبالغين سن الرشد الحرة المطلقة باختيار الدين الذي يريدونه معتقداً له.

هذا وأن المشاهد واقعة هو إقدام الزوج (الرجل) على تبديل دينه أو مذهبه وقد قضت الهيئة العامة بهذا الشأن⁽¹⁾ "بما أن الأولاد الشرعيين هم من نتائج الزواج، فتكون المحكمة الصالحة للحكم في عقد الزواج هي نفسها المحكمة الصالحة للحكم في مسألة الحضانة والوصاية على الأولاد القاصرين، ومستندة في ذلك على نص المادة 14 من قانون 1951/4/2.

وباستناد الهيئة العامة إلى نص المادة من قانون 1951/4/2 تكون قد استبعدت تطبيق أحكام المادة 12 من القرار 60 ل.ر التي تنص على أنه "في حال ترك الزوجين طائفتيهما أو ترك أحدهما يتبع الأولاد الصغار حالة والدهم وتبقى قيود سجلات الأحوال الشخصية المتعلقة بهم كما كانت أو تصح وفقاً لحالة الأب". وأضافت الهيئة لتدعيم فضاؤها "بأن الحكمة في إخضاع مسألة الحضانة والوصاية لقانون الزواج تكمن في الإبقاء على قانون واحد يرضى هذه المسألة إلى حين بلوغ الأولاد سن الرشد فلا يتبدل القانون الواجب التطبيق على المسألة في كل مرة يبذل فيها الوالد طائفته".

أخذت الهيئة العامة في هذه الإضافة وانطلاقاً مما عرضته لواقع الاجتهاد الفرنسي في الحالات المشابهة بدواعي الاستقرار والديمومة التي يجب أن ترعى نتائج الزواج.

(1) قرار هيئة عامة رقم 23 تاريخ 1997/12/5 باز 1997 ص 1040.

ثم انها وفي قرار سابق⁽¹⁾ اعتبرت الهيئة العامة أن موضوع النزاع الذي فصل فيه الحكم المعترض عليه (...، حراسة الولد، نفقة الزوجة والولد) يرتسم في إطار الزواج ونتائجه، فتكون المحكمة التي أصدرته وهي تابعة للمرجع الطائفي الذي عقد لديه الزواج، صالحة للنظر به، وأن هذه الوجهة لا تتبدل بكون الأولاد الصغار يتبعون حالة والدهم، على ما تنص عليه المادة 12 من القرار 60 ل.ر. في حال ترك أحد الوالدين طائفته، لأن ذلك ليس من شأنه أن يعطل قاعدة الصلاحية العامة الواردة في المادة 14 من قانون 1951/4/2.

- بالنسبة للإرث:

تدرج موقف الإجتهد بهذا الشأن من موقف حاد إلى موقف أقل حدة، فاعتبرت محكمة التمييز المدنية سنة 1981⁽²⁾ "... أنه من الراجح أن الزواج الأول الذي ارتبط به المرحوم X هو زواج ماروني، وهو ما زال قائماً ولا يقبل نظام أحوال الشخصية بتعدد الزوجات. ويعطي زوجته الأولى الحق بأن تكون زوجته الوحيدة دون مشاركة، وبالتالي الحق بأن تكون الزوجة الورثة له الوحيدة، كما يعطي أولاده منها الحق بأن يكونوا ورثته الوحيدين طالما أن حالة الزوجية الأولى لما تزل قائمة، دون الالتفات إلى حق أولاد آخرين متأين له من زوجة ثانية مع وجود الزوجة الأولى".

وفي مرحلة لاحقة اعتبرت الغرفة ذاتها سنة 1989 أن ورثة المرحوم X من زواجه المسيحي الأول يحتفظون بحصصهم المحفوظة بمقتضى أحكام المادة 63 من قانون الإرث لغير المحمديين ويكون الاختصاص للنظر بذلك للمحكمة المدنية، وأنه يبقى من إختصاص المحكمة الشرعية التي انتقل إلى مذهبها المرحوم X إختصاص إثبات الإرث وتوزيع القسم المتبقي من إرثه على ورثته المسلمين⁽³⁾.

(1) قرار هيئة عامة رقم 22 تاريخ 1996/10/23، العدل 1997 العددان 1 و2، ص 10.

(2) قرار محكمة التمييز المدنية الغرفة الثانية، قرار رقم 11 تاريخ 1998/12/18. حاتم جزء 174، ص 485. وبذات المعنى القرار الصادر عن ذات الغرفة رقم 9 تاريخ 1983/10/20 حاتم جزء 185، ص 528.

(3) قرار محكمة التمييز المدنية الغرفة الثانية رقم 30 تاريخ 1989/1/8 باز 1989-1990، ص 119.

- بالنسبة لدعاوى النفقة:

فقد اعتبرت الهيئة العامة أنه استناداً إلى نص المادة 3 من قانون 1951/4/2 التي تنص على أنه يدخل في إختصاص المراجع المذهبية: أولاً: عقد الزواج وأحكامه والموجبات الزوجية، وأن النفقة لأحد الزوجين على الآخر أثناء قيام الزوجية تندرج في إطار الموجبات الزوجية وأنه من يملك صلاحية النظر بهذه الموجبات بوجه عام، لا بد وأن يكون مختصاً للنظر بالنزاع حول أحد وجوهها أو حول ما يتفرع عنها⁽¹⁾.

- بالنسبة للبنوة:

هم فقد عمدت الهيئة العامة إلى حسم مسألة الإختصاص بشأنها استناداً إلى نص المادة 4 من قانون 1951/4/2 وكذلك إلى نص المادة 46 من قانون المحاكمات الخاص بالكنيسة الشرقية الكاثولوكية وذلك عندما قضت في قرارها الصادر سنة 1991⁽²⁾ بما يلي:

"بما أنه إذا ما ورد في المادة 4 من قانون 1951/4/2 أن المراجع المذهبية تختص بالنظر في البنوة وشرعية الأولاد ومفاعيلها، فإنه من البديهي القول بأن نزاعاً حول شرعية الأولاد لا يمكن أن ينشأ إلا من خلال عقد زواج، وأما إذا لم يكن هنالك عقد زواج، فالأولاد حكمة غير شرعيين دون أي نزاع بهذا الأمر وليس بالتالي من مجال للبحث في شرعيتهم فتنتقل إذ ذاك صلاحية البحث في بنوتهم إلى المحكمة المدنية العادية ذات الإختصاص الشامل لأن المحاكم المذهبية هي محاكم استثنائية، وبما أنه أنه يستفاد ضمناً من أحكام المادة 46 من قانون المحاكمات الخاص بالكنيسة الشرقية الكاثوليكية أن المحاكم الكنسية لا تنظر بالبنوة وشرعية النسل إلا من خلال وثائق الزواج".

يتبين من هذا القرار أن الهيئة العامة لمحكمة التمييز ميزت بين أمرين بصدد البنوة والإختصاص بشأن النزاع المثار بشأنها.

(1) قرار هيئة عامة رقم 38 تاريخ 1993/6/24، ص 15. وبذات المعنى قرارها رقم 22 تاريخ 1996/10/3 العدل 1997 العدان 1 و 2، ص 9.

(2) قرار هيئة عامة رقم 1 تاريخ 1991/1/3 ن.ق. 1990-1991، م 46.

- الأمر الأول وهو وجود بنوة شرعية ناتجة عن عقد زواج شرعي وصحيح، ويكون الإختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بها للمحاكم المذهبية.
- الأمر الثاني وهو وجود بنوة غير شرعية ناتجة عن علاقة خارج إطار الزواج ويكون الإختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بها للمحاكم المدنية استنادا إلى نص المادة 4 من قانون 1951/4/2.

○ الفصل الثاني: دور الهيئة العامة في فرض احترام قواعد الصيغة الجوهريّة

ورد هذا الدور في البند الرابع من المادة 95 أ.م.م. عندما لحظ اختصاص الهيئة العامة بالنظر في الاعتراضات المقدمة طعنا بالقرارات الشرعية والمذهبية والروحية المبرمة لعلّة مخالفتها لقواعد الصيغ الجوهريّة المتعلقة بالنظام العام، فما هو مفهوم الصيغة الجوهريّة (الفقرة الأولى)؟ وما هي أبرز تطبيقاتها القضائيّة (الفقرة الثانية)؟

• الفقرة الأولى: مفهوم الصيغة الجوهريّة

شكل مفهوم الصيغة الجوهريّة أو الشكل الجوهري احد الاستثناءات والتليينات الإجتهادية على قاعدة "لا بطلان من دون نص" الجامدة والمعتمدة نصا في قانون اصول المحاكمات المدنية الفرنسية القديم والقانون المصري، وذلك الى جانب الاستثناء الاخر المتمثل بالشكل المتعلق بالنظام العام. اما في لبنان فانه من المشاهد ان نصوص قانون اصول المحاكمات المدنية القديم لم تتضمن نصوصا صريحة بالبطلان الا في حالات قليلة الامر الذي دفع المحاكم الى اعتماد نص المادة 326 أ.م.م. اللبناني القديم والذي يتسم بمرونة لافتة في هذا السياق حيث نصت "على القاضي ان ينظر بعين الاعتبار الى ظروف القضية ومصلحة المتداعين عندما يحكم في احوال البطلان المختصة بالصيغة او باصول المحاكمة الناشئة عن عدم مراعاة هذا القانون".

إستنادا الى هذا النص واسترشادا به كانت المحاكم لا تقضي بالبطلان اذا لم يؤدّ النقص او مخالفة الاجراءات الى المساس بحق الخصم الذي يتذرع به، ففي قرارها الصادر سنة 1973 قضت محكمة التمييز "وبما ان تبلغ الاستحضار الذي تدعي الشركة المستأنفة انه

جاء مخالفا للاصول اتي في واقع الحال، جميع ثماره من حيث تمكينها، لو لم تتقاس فيما بعد، من الدفاع عن نفسها في هذه الدعوى اذ يتبين انه عقب هذا التبليغ اقدمت الشركة على تنظيم وكالة رسمية لمحام كي يتولى الدفاع عنها في هذه الدعوى بالذات الامر الذي يكفي دليلا على انها تسلمت الاستحضار... "واضافت "...وبما تبليغ الاستحضار هذا على علته يكون بالتالي وبالنظر للظروف المبينة اعلاه تبليغه صحيحا"⁽¹⁾. وفي قرارها الصادر بتاريخ 15/7/1964 اعتبرت الغرفة الثالثة في محكمة التمييز ان القواعد الموضوعية لصيانة حق الدفاع كاغفال ابلاغ احد الفريقين تقرير الخبير هي من الصيغ الجوهرية⁽²⁾ وكذلك اعتبرت في قرارها الصادر سنة 1961 استناد الحكم الى مستند لم يبرز في الملف⁽³⁾ وكذلك صدور القرار عن هيئة قضائية غير مشكلة حسب الاصول⁽⁴⁾ أو تقديم الاستئناف دون توقيعه من محام خلال مهلة الإستئناف⁽⁵⁾.

يمكن إبداء ملاحظتين على هذه القرارات: الأولى وهي ان بعض العيوب المذكورة تعد عيوباً موضوعية وليست اجرائية وفق احكام قانون اصول المحاكمات المدنية، والثانية هي ان قرارات المحاكم اللبنانية ذات الصلة بهذا الموضوع اقتصرت عند عرض الحالات عليها واثارة موضوع مخالفة الصيغ الجوهرية على البحث فيما اذا كانت الصيغة التي تمت مخالفتها جوهرية أم لا إنطلاقاً من طبيعتها وخصائصها،

وعلى صعيد الفقه لم يتم وضع تعريف معين ومحدد للصيغة أو للشكل الجوهرية وانما تم الإستهداء بمعايير معينة للقول بأن الشكل يعد جوهرياً أو لا وهذا وقد تم التمييز فقها واجتهادا بين الصيغة او الشكل الجوهرية وبين الصيغة أو الشكل غير الجوهرية، بحيث اعتبر صيغة أو شكلاً جوهرياً الصيغة او الشكل الذي يؤدي تعيبه وتخلفه الى البطلان ولو لم ينص القانون على ذلك، فالصيغة برأي البعض هي الصيغة التي لا بد منه لتحقيق الغاية التي من اجلها وجد العمل الاجرائي او الورقة القضائية، وان تخلفها يؤدي الى البطلان في حال تخلف

(1) قرار محكمة التمييز، الغرفة الاولى، رقم 58 تاريخ 12\12\1973، العدل سنة 1974، ص. 275.

(2) قرار اعدادي صادر عن محكمة التمييز، الغرفة الثالثة، رقم 120 تاريخ 15\7\1964 ن.ق. 1964 ص. 814.

(3) قرار محكمة التمييز المدنية، الغرفة الاولى رقم 29 تاريخ 15\3\1961 ن.ق. 1961 ص. 186.

(4) قرار محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثالثة رقم 1/28 تاريخ 1969/1/1969 العدل 1969 ص. 41.

(5) قرار محكمة التمييز المدنية، الغرفة الثانية، رقم 64 تاريخ 5/4/1968 ن.ق. 1968 ص. 923.

هذه الغاية من جرائه اذ يتحقق بذلك الضرر المشترط للحكم بالبطلان أو هي الصيغة التي تتصل بموضوع العمل الاجرائي ذاته وتحدد طبيعته وخصائصه⁽¹⁾.

مما تقدم نخلص إلى أنه وفي ظل القوانين السابقة إذا لم ينص القانون على البطلان فإنه للحكم به يجب أن يتوافر شرطان، الأول وهو ان يكون الشكل الذي تمت مخالفته جوهرياً والثاني أن تؤدي المخالفة الى الاضرار بمصالح الخصم، فالقاعدة هي ان لا بطلان من دون نص فاذا لم ينص القانون على البطلان فالاصل عدم الحكم به. ويستثنى على هذا الاصل الحالة التي يكون فيها الشكل جوهرياً، ولهذه الناحية نشاهد احيانا تضييقاً لفكرة الاجراء الجوهرى بحيث يعتبر كذلك اذا كان يتعلق بالنظام العام من قبيل الاجراءات التي يقوم عليها نظام التقاضي، وحيانا اخرى نشاهد تساهلاً أو توسعاً لهذه الفكرة بحيث يعتبر الشكل جوهرياً متى قرر المشرع وجوب القيام بالشكل⁽²⁾.

إن الخلاصة التي يمكن استنتاجها من القواعد القانونية المقررة في قوانين اصول المحاكمات والمرافعات القديمة في كل من مصر وفرنسا ومن قرارات المحاكم ومواقف الفقه الذي تعرض لهذا الموضوع هي انه تم اعتماد عدة معايير وتعريفات للشكل الجوهرى وهي التالية:

أولاً: معيار عدم الوجود بمعنى ان الشكل الجوهرى هو الشكل اللازم لوجود العمل والذي بتخلفه يعتبر العمل غير موجود.

ثانياً: معيار الشكل اللازم لتمييز العمل عن غيره اي الذي يعطي العمل صفته المميزة وطبيعته الخاصة.

(1) ادوار عيد مذکور سابقاً، الجزء الثالث. ص. 192 وما يليها.

وفي هذا الإطار تقرر بان مبدأ لا بطلان بغير نص انما يؤخذ بالنسبة للشكل فقط وليس بالنسبة للاجراءات الاساسية او الجوهرية، وان هذه الاخيرة تعرف بانها تلك التي تكسب الورقة نوعها وصفتها. وفي قرار آخر اعتبرت المحكمة ان الشكل يكون غير جوهرى اذا لم يكن يترتب على مخالفته ضرر وبمفهوم المخالفة فان الشكل يعتبر جوهرياً اذا ترتب عليه ضرر لحق بالخصم. وفي قرار آخر تقرر بان الاشكال الجوهرية هي العناصر التي تكون العمل نفسه، كما وتقرر بان الاشكال غير الجوهرية هي التي يترتب على مخالفتها بطلان نسبي ويمكن تكملة النقص فيها او تغطية العيوب في اعمال لاحقة حول ذلك ولاسيما قرارات المحاكم المذكورة فيه راجع فتحي والي واحمد ماهر زغول، (نظرية البطلان في قانون المرافعات، سنة 1995، ص. 286 وما يليها ولاسيما ص. 290).

(2) فتحي والي واحمد ماهر، مذکور سابقاً، ص. 302 وما يليها.

ثالثاً: معيار الشكل الذي يتعلق بالنظام العام.

رابعاً: معيار الشكل الضروري لصحة العمل.

خامساً: معيار الشكل اللازم لتحقيق الغاية من العمل.

سادساً: معيار الشكل الذي يترتب على تخلفه ضرر بمصالح الخصم⁽¹⁾.

أما في الوقت الراهن وتماشياً مع التوجهات الاجتهادية والفقهية فاننا نلاحظ ان القانونين الفرنسي والبناني الجديدين قد ميزا عند تعرضهما لبطلان الاعمال الاجرائية بين العيوب الشكلية والعيوب الموضوعية فالمادة 59 أ.م.م. لبناني نصت على أنه "لا يجوز اعلان بطلان اي اجراء لعيب في الشكل إلا إذا ورد بشأنه نص صريح في القانون أو كان العيب ناتجاً عن مخالفة صيغة جوهرية او متعلقة بالنظام العام واذا اثبت الخصم الذي يتمسك به وقوع ضرر له من جراء العيب المذكور "وهذا النص يعد ترجمة حرفية لنص المادة 114 من قانون اصول المحاکات المدنية الفرنسية الجديد التالي نصها:

"Aucune acte de procédure ne peut être déclaré nulle pour vice de forme si la nullité n'est pas expressément prévue par la loi sauf en cas d'inobservation d'une formalité substantielle ou d'ordre public. La nullité ne peut être prononcée qu'à charge pour l'adversaire qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public".

وتجدر الاشارة الى ان الهيئة العامة لمحكمة التمييز جنحت حديثاً الى اجراء نوع من الربط بين مفهوم الصيغة الجوهرية المذكورة في المادة 95 أ.م.م. وبين عيوب الشكل الواقعة على اجراءات المحاكمة والمذكورة في المادتين 58 و59 أ.م.م. وذلك عندما قضت بان المعترضة "... لم تدلي بعدم الاختصاص ولم تورد ما يشكل مخالفة لصيغة جوهرية تتعلق بالنظام العام وهي في ضوء المادتين عيوب في الشكل وتقع على اجراءات المحاكمة."⁽²⁾

(1) فتحي والي واحمد ماهر، منكور سابقاً، ص 337 وما يليها.

(2) قرار هيئة عامة رقم 55 تاريخ 2014\6\2، صادر في التمييز، قرارات الهيئة العامة سنة 2014 ص. 178.

هذا النوع من الربط عادت واشارت اليه الهيئة العامة في قرارها الصادر سنة 2015 عندما قضت "... ان مخالفة الصيغة الجوهرية تعني العيب الذي يطال اجراء من اجراءات المحاكمة وعدم مراعاة المحكمة لمبادئ تعتبر اساسية ومتعلقة بالنظام العام.(1)" وفي قرارها الصادر سنة 2019 كانت الهيئة العامة لمحكمة التمييز اكثر وضوحا في اجراء الربط بين مفهوم الصيغة الجوهرية وبين مبادئ المحاكمة واجراءاتها عندما قضت "... وحيث ان الدفع بحجية القضية المحكوم بها وهي من دفوع عدم القبول التي تخرج عن مفهوم الصيغة الجوهرية المتعلقة بالانتظام العام بالمعنى المقصود بالمادة 95 أ.م.م. والتي تتعلق بمبادئ المحاكمة واي اجراء من اجراءاتها اي انها تتناول النواحي الاجرائية فقط فتخرج عن نطاقها بالتالي العيوب الموضوعية والدفوع بعدم القبول..."(2).

إن عملية الربط هذه لم تجد استساعة وقبولاً من قبل البعض(3)، حيث اعتبر ان حق استعمال طرق الطعن التي ينص عليها القانون تعتبر من قبيل حق الدفاع مثله مثل حق حضور الجلسات وحق تقديم اللوائح، وكذلك اعتبر انه وخلافا لتوجه الاكثية في الهيئة العامة فان العيوب الموضوعية المنصوص عنها في المادة 60 أ.م.م. وما يليها والدفوع بعدم القبول المرعية بالمواد 62 أ.م.م. وما يليها ولاسيما الدفع بانتفاء المصلحة والصفة تشكل مخالفة لصيغة جوهرية تتعلق بالنظام العام. واذاف معتبرا ان مهمة القاضي هي احقاق الحق وانه بانتظار حصول تطور في التشريع يعطي الهيئة العامة لمحكمة التمييز اختصاصا بنقض القرارات الصادرة عن المحاكم الطائفية لمخالفتها القانون وبانتظار حصول تطور تشريعي يعطي القضاء العدلي اختصاص الحكم في جميع قضايا الاحوال الشخصية، ومع غياب نص صريح يحدد مفهوم الصيغة الجوهرية المتعلقة بالنظام العام على الهيئة العامة ان تقضي برفع الظلم اذا ما تحققت من وجوده عن طريق اعطاء مفهوم اوسع للصيغة الجوهرية المتعلقة بالنظام العام(4).

(1) قرار هيئة عامة رقم 39 تاريخ 15\6\2015 صادر في التمييز، قرارات الهيئة العامة، سنة 2015 ص. 293.

(2) قرار رقم 56 تاريخ 1\7\2019، العدل 2019 ص. 1882.

(3) القاضي منح متري، اجتهاد الهيئة العامة والراي المخالف، العدل سنة 2004 ص. 180 وما يليها.

(4) القاضي منح متري، مذكور سابقا، ص. 182.

وفي كل حال يتبين مما تقدم ان نص المادة 59 المذكورة عمد الى وضع قواعد محددة لابطال العمل الاجرائي لعيب في الشكل فنصت اولى هذه القواعد على انه لا بطلان من دون نص وهي قاعدة ذات طابع جامد وحاد، ولتخفيف هذه الحدة تم اتباع القاعدة الاولى بقاعدة ثانية ذات طابع مخفف ومرن عندما لحظت ابطال الاعمال الاجرائية متى كان العيب ناتجا عن مخالفة صيغة جوهرية او متعلقة بالنظام العام. بمعنى ان قاعدة لا بطلان من دون نص تستبعد عندما ينتج العيب الشكلي في العمل الاجرائي عن مخالفة صيغة جوهرية او متعلقة بالنظام العام.

وهكذا وبالإستناد الى نصوص المواد المتقدم ذكرها يمكن الخلوص الى ان الشروط الواجب توافرها لتقرير بطلان الاعمال الاجرائية لعيب يتعلق بالشكل او بالصيغة هي التالية⁽¹⁾:

الشرط الاول: ان توجد مخالفة للشكل تعد سببا للبطلان *irregularité de forme* بمعنى وجود مخالفة لشكل قانوني مفترض وجوده بحيث ان تخلفه يعد سببا قانونياً للبطلان، وهذه المخالفة تعد موجودة في ثلاث حالات: الأولى عندما يقرر القانون البطلان كجزاء على هذه المخالفة وفي هذا تطبيق واضح لقاعدة لا بطلان بدون نص، والثانية عندما تكون المخالفة لشكل من الاشكال الجوهرية، والثالثة عندما يكون الشكل متعلقا بالنظام العام. وفي الحالتين الأخيرتين يقع البطلان ولو لم ينص عليه القانون، ويقصد بالاشكال او الصيغ الجوهرية الاشكال التي يرتبط بها سبب وجود العمل الاجرائي وتكون لازمة في تحقيق وظيفته والقيام بدوره. اما الاشكال المتعلقة بالنظام العام فهي تلك التي تنقرر الى رعاية وحماية مصلحة عامة من قبيل حماية حسن انتظام المحاكمات والاجراءات القضائية ولا تكون بهدف رعاية مصلحة فردية. وان تحديد ما اذا كان الشكل يعد جوهريا او متعلقا بالنظام العام هي مسألة قانون وليست مسألة واقع يمارس القاضي فيها سلطته تحت رقابة محكمة التمييز⁽²⁾.

الشرط الثاني: أن يكون من شأن هذه المخالفة أحداث ضرر وهذا الشرط معمول به في القانون السابق أيضا تطبيقاً لقاعدة لا بطلان بغير ضرر، والنص الجديد بدأ اكثر تشددا من النصوص السابقة بحيث انه شمل جميع المخالفات سواء اكانت جوهرية او غير جوهرية خلافا

(1) فتحي والي واحمد ماهر، مذکور سابقا، ص. 384 وما يليها

(2) فتحي والي واحمد ماهر، مذکور سابقا، ص. 386.

لما كان عليه الامر في ظل القانون القديم حيث كان اشتراط حصول الضرر محصورا بالمخالفات الثانوية دون المخالفات الجوهرية او المتعلقة بالنظام العام. وعليه وتطبيقاً لنص القانون الفرنسي الجديد فإن المخالفة سواء أكانت مرتبطة بشكل جوهري أو متعلقة بالنظام العام أم لا، وسواء كان البطلان منصوصاً عنه أم لا فإنه على من يتمسك بالبطلان أن يثبت حصول ضرر لحق به من جراء هذه المخالفة.

الشرط الثالث: ان لا يتم تصحيح العمل وازالة المخالفة ويستتج هذا الشرط من نص المادة 115 أ.م.م.ف. الجديد. ويعني انه لا يمكن الحكم بالبطلان متى تم تصحيح العمل المشوب بمخالفة لشكل جوهري او متعلق بالنظام العام، وانه متى تم هذا التصحيح كان له اثرا رجعيا وليس أنيا ويعتبر العيب كأنه لم يكن.

• الفقرة الثانية: التطبيقات القضائية

صدر العديد من القرارات عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز، فاعتبرت في بعضها ان المخالفات المشكو منها تعتبر مخالفات لصيغة جوهريه وفي بعضها الآخر ان المخالفات المشكو منها لا تعتبر كذلك.

فبصدد الأولى اعتبرت الهيئة العامة أن عدم احترام مبدأ الوجاهية وحق الدفاع وقانونية تشكيل المحكمة مصدرة الحكم المعترض عليه، يشكل مخالفات لصيغ جوهريه. ففي قرارها الصادر سنة 1993⁽¹⁾. استعادت الهيئة العامة ما أوردته في قرارها الصادر سنة 1968⁽²⁾ حيث قضت ".... ان الصيغ الجوهريه هي التي تفرضها الانظمة العامة كالمحافظة مثلا على حق الدفاع وتشكيل الهيئة الحاكمة بصورة قانونية وعدم اشتراك القاضي الذي حكم بداية في المحاكمة الاستئنافية."

ولجهة احترام حق الدفاع اعتبرت الهيئة العامة سنة 2001⁽³⁾ "أن محكمة الاستئناف عندما ردت الاستئناف معتبرة ان الحكم الابتدائي هو قرار اعدادي في حين انه نهائي تكون

(1) قرار هيئة عامة رقم 25 تاريخ 13/5/1993 باز 1993 ص.124.

(2) قرار هيئة عامة رقم 9 تاريخ 13/5/1968 باز 1968 ص.222.

(3) قرار هيئة عامة رقم 22 تاريخ 23/11/2001، باز 2001 ص.273.

قد حرمت المستأنف حقه في استعمال طرق المراجعة وهو يتصل بممارسة حق الدفاع ويعتبر كذلك مخالفة لصيغة جوهرية متعلقة بالنظام العام ويقضي بالتالي ابطال القرار الاستئنافي المطعون فيه لهذا السبب." والسؤال هنا هل يشكل هذا القرار ردة عن القرار الصادر سنة 1997⁽¹⁾ والذي ردت فيه الهيئة العامة الاعتراض معتبرة ان قيام محكمة الاستئناف الأرتوذكسية برد الاستئناف شكلا باعتباره واردا خارج المهلة القانونية في ضوء تسلم المستأنف او وكيله صورة عن الحكم المستأنف والذي عد تبليغاً للحكم المذكور، لا يعتبر مخالفة لصيغة جوهرية تتعلق بالنظام العام."

في الواقع إن ربط مفهوم الصيغة او الاجراء بالغاية المتوخاة منه يساعد في التقرير، فلو تم الربط هنا بين صيغة التبليغ ومسالة صحته وبين الغاية المتوخاة منها وهو بدء سريان مهلة الطعن تمهيدا لممارسته لكانت الهيئة العامة انتهت ربما الى اعتبار ان احترام هذه الصيغة سيؤثر على ممارسة حقوق الدفاع ومن بينها الحق بممارسة الطعن ضد الاحكام وهو الامر الذي اكدته الهيئة العامة في القرار المذكور اعلاه.

وفي هذا السياق وضمن مبدأ تأمين احترام حق الدفاع اعتبرت الهيئة العامة⁽²⁾ "إن عدم إستجابة المحكمة الشرعية العليا لطلب المستأنفين بتكليف المستأنف بوجههم ابراز اصل الوصية لمناقشة مضمونها ومدى صحتها وصدورها عن الموصي قبل تذييلها بتوقيعه، بالرغم من ان صحة الوصية ومدى تزويرها هو موضوع اساسي لفصل الدعوى، يؤلف تجاوزا لحق الدفاع ويدخل في مفهوم الصيغة الجوهرية المتعلقة بالانتظام العام المعينة في البند الرابع من المادة 95 أ.م.م." وانتهت الى ابطال القرار. كما واعتبرت في قرار آخر سنة 2010⁽³⁾. إن إحترام مبدأ التقاضي على درجتين هو من حقوق الدفاع وان مخالفة هذا المبدأ تعتبر مخالفة لصيغة جوهرية تؤدي الى ابطال القرار وذلك عندما قضت "... ان حرمان المعارض من حق الدفاع بالنسبة لموضوع المسؤول عن التفريق يشكل

(1) قرار هيئة عامة رقم 5 تاريخ 1997\3\20 صادر في التمييز قرارات الهيئة العامة سنة 1997 ص. 77.

(2) قرار هيئة عامة رقم 3 تاريخ 2008\1\7 صادر في التمييز، قرارات هيئة عامة سنة 2008 ص. 15.

(3) قرار هيئة عامة رقم 2 تاريخ 2010\2\1 صادر في التمييز، قرارات هيئة عامة سنة 2010 ص. 214.

مخالفة لصيغة جوهرية تتعلق بالنظام العام وهي مسألة حق التقاضي على درجتين خاصة مع عدم وجود نص يحرمه من ذلك في حالة انبرام موضوع الشقاق والنزاع. ولجهة احترام مبدأ الوجاهية واعتبار مخالفته مخالفة لصيغة جوهرية اعتبرت الهيئة العامة سنة 2016 أنه⁽¹⁾ ".... وان كان يحق للمحكمة الشرعية اثاره مسألة تتعلق بالنظام العام وان لم يثرها الخصوم كما ورد في القرار المطعون فيه الا ان عليها ان تضع هذه المسألة موضوع المناقشة وفقا للمادة 373 أ.م.م. " وازافت " ... وحيث ان المحكمة المطعون في قرارها طبقت احكام المجلة دون ان تضع هذه المسألة موضوع المناقشة ودون ان تتيح للفرقاء مناقشة ما اذا كانت احكام المجلة تطبق على الدعوى الراهنة وهذا يشكل مخالفة لصيغة جوهرية تتعلق بالنظام العام ويقتضي ابطال القرار المطعون فيه سندا للبند الرابع من المادة 95 أ.م.م. ". ومع ان الهيئة العامة لمحكمة التمييز استمرت على اعتبار ان مخالفة الدفوع بعدم القبول لا تعد مخالفة لصيغة جوهرية الا انه بقرارها الصادر سنة 2016⁽²⁾ قضت " ... ان عدم بيان محكمة الاستئناف المطعون في قرارها كيف قبلت الاستئناف شكلا - بالرغم من انصرام مهلة الاستئناف - يعني ان قرارها جاء فاقتدا للتعليل فيكون القرار المعترض عليه قد خالف صيغة جوهرية تتعلق بالنظام العام ويقتضي ابطاله سندا للفقرة 4 من المادة 95 أ.م.م.⁽³⁾ كما وإنما وفي سياق توسعها في مفهوم الصيغة الجوهرية اعتبرت وبحق سنة 2014⁽⁴⁾ ان عدم قيام محكمة الاستئناف بنشر الدعوى بعد فسخ الابتدائي من اجراءات المحاكمة الجوهرية وان اغفال هذا الاجراء -نشر الدعوى بعد تقرير الفسخ- يؤدي الى ابطال القرار المستأنف. وقد ورد في هذا القرار لهذه الناحية ما حرفيته " .. وحيث ان محكمة الاستئناف المطعون في قرارها لم تعمد بعد ابطال الحكم المستأنف الى نشر الدعوى امامها والتصدي

(1) قرار هيئة عامة رقم 13 تاريخ 2016\2\15 صادر في التمييز، قرارات الهيئة العامة سنة 2016 ص.81.

(2) قرار هيئة عامة رقم 29 تاريخ 2016\2\22 صادر في التمييز، قرارات هيئة عامة 2016 ص.102.

(3) يصح التساؤل هنا حول مدى صوابية ما قرره الهيئة العامة لهذه الناحية في ضوء ما سبق وأن حسمته لجهة عدم اعتبار مخالفة الدفوع بعدم القبول مخالفة لصيغة جوهرية من جهة اولى، وكذلك ما قرره بصورة جازمة وحاسمة لجهة عدم اعتبار مخالفة القانون والخطأ في تفسيره وتطبيقه مخالفة لصيغة جوهرية باعتبار انها ليست مرجعا تمييزيا او تسلسليا للمحاكم الشرعية أو الروحية وفقا لما سنلاحظه لاحقا من قرارات.

(4) قرار رقم 64 تاريخ 2014\6\30 صادر في التمييز قرارات الهيئة العامة سنة 2014 ص.212.

لموضوعها تماشياً مع احكام المادة 239 من قانون القضاء الشرعي، فتكون قد خالفت صيغة جوهرية مفروضة بموجب المادة المذكورة فيقتضي ابطال قرارها.

وتجدر الاشارة في هذا السياق الى ان الهيئة العامة استقرت على اعتبار ان مكان وجود مخالفة الصيغة الجوهرية يجب ان يكون في الحكم المبرم المطعون فيه امامها وليس الحكم الابتدائي، ففي قرارها الصادر سنة 2014 قضت الهيئة العامة " وحيث انه ولئن كان الشرط الذي تضمنته المادة 530 أ.م.م. لناحية وجوب توقيع الكاتب على الحكم تحت طائلة بطلانه هو من العيوب الشكلية التي تندرج ضمن مفهوم الصيغة الجوهرية المتعلقة بالنظام العام، الا ان المادة 95 فقرة 4 أ.م.م. تنص على ان الهيئة العامة لدى محكمة التمييز تنظر في الاعتراض على قرار مبرم صادر عن محكمة مذهبية او شرعية لعدم اختصاص هذه المحكمة او لمخالفته صيغاً جوهرية تتعلق بالنظام العام، مما يعني ان تكون المخالفة واقعة في القرار المبرم موضوع الاعتراض وليس في الحكم الابتدائي".⁽¹⁾

وبالمقابل فان الهيئة العامة اعتبرت في عدة مواضع ان بعض المخالفات والاطعاء المرتكبة من قبل المحاكم الروحية والشرعية ولا سيما لجهة الخطأ في تطبيق القانون او تفسيره والعيوب الموضوعية ودفع عدم القبول لا تعد مخالفتها مخالفة لصيغة جوهرية تستدعي ابطال القرار المطعون فيه.

ففي قرارها الصادر سنة 2010⁽²⁾ اعتبرت الهيئة العامة لمحكمة التمييز ان الخطأ في تقدير الادلة وتفسير القانون يعتبر خطأ قانوني وليس مخالفة لصيغة جوهرية وذلك عندما قضت "وحيث ان المعارض حصر اعتراضه على القرار المعارض عليه لجهة مخالفته صيغة جوهرية في تطبيق وتفسير قواعد الاثبات المنصوص عنها في المادة 254 أ.م.م. ويأخذ بتقرير دون آخر بدون تعليل وبتشويبه مضمون المستندات واهماله مضمونها..،

⁽¹⁾ قرار هيئة عامة رقم 63 تاريخ 14/6/2014 باز سنة 2014 ص. 160 وبنفس الوجهة قرارها رقم 16 تاريخ 18/2/2016 المرجع السابق سنة 2016 ص. 500

⁽²⁾ قرار هيئة عامة رقم 10 تاريخ 1/2/2010، صادر في التمييز، قرارات الهيئة العامة سنة 2010 ص. 248. وبنفس الوجهة قرارها رقم 44 تاريخ 26/12/2012 المرجع السابق سنة 2012 ص. 117 اذ اعتبرت ان ادعاءات المعارض بخصوص تشويه المستندات واغفال الفصل في احد المطالب هي اسباب تمييزية ولا تدخل ضمن مفهوم صيغة جوهرية تتعلق بالنظام العام الواردة في الفقرة 4 من المادة 95 أ.م.م.

وحيث ان ما يدلي به المعارض بهذا الشأن يتعلق بتقدير ادلة يعود امر تقديرها للمحكمة المذهبية وبتفسير نصوص قانونية وهي مسائل قانونية تخرج عن مفهوم مخالفة صيغ جوهريّة تتعلّق بالنظام العام المنصوص عليها في المادة 95 فقرة 4 أ.م.م."

هذا وانها واستبعدت من اطار مفهوم الصيغة الجوهريّة عدة حالات عرضت عليها ابرزها ما اثير امامها لجهة الحكم باكثر مما طلبه الخصوم وعدم اعطاء الوصف القانوني الصحيح وعدم التعليل. فلجهة الحكم باكثر مما طلبه الخصوم اعتبرت الهيئة العامة في قرار لها صادر سنة 2010⁽¹⁾ ان ادلاء المعارض بخصوص الحكم بما لم يطلبه الخصوم او باكثر مما طلبوه لا يدخل ضمن مفهوم الصيغة الجوهريّة المرتبطة بالاجراءات المبيّنة في البند الرابع من المادة 95 أ.م.م. وانتهت الى عدم قبول هذه الادلاء.

وفيما يتعلق بعدم اعطاء الوصف القانوني الصحيح قضت "... ان ادلاء المعارض لجهة عدم اعطاء الوصف القانوني الحقيقي للوقائع والادلة والمستندات وتشويهها تدخل ضمن الاسباب التمييزية والهيئة العامة ليست مرجعا تمييزيا لقرارات المحكمة الشرعية العليا، بل تنظر بمدى مخالفة هذه المحكمة مسألة الاختصاص والصيغ الجوهريّة المتعلقة بالنظام العام."⁽²⁾

ولجهة عدم التعليل اعتبرت سنة 2014⁽³⁾ "... ان مسألة عدم التعليل تتعلّق بمخالفة نص قانوني هو المادة 537 أ.م.م. وبالتالي لا يتعلّق بمخالفة صيغة جوهريّة تتعلّق بالنظام العام."

هذا وإن عدم اعتبار المسائل المشار اليها اعلاه خارج مفهوم الصيغة الجوهريّة المقصودة في البند الرابع من المادة 95 أ.م.م. انسحب ايضا الى المخالفات المتعلقة بالعيوب الموضوعية والدفع بعدم القبول وحيث اعتبرت سنة 2014⁽⁴⁾ "... ان ما يدلي به المعارض لجهة انتفاء صفة المعارض ضدها ومصحتها في الدعوى على فرض ثبوته، انما يدخل في اطار العيوب

(1) قرار رقم 19 تاريخ 2010/3/8، صادر في التمييز، قرارات الهيئة العامة سنة 2010 ص.267.

(2) قرار هيئة عامة رقم 36 تاريخ 2013/6/24، صادر في التمييز قرارات هيئة عامة سنة 2013 ص.230.

(3) قرار هيئة عامة رقم 25 تاريخ 2014/3/31، صادر في التمييز قرارات هيئة عامة سنة 2014 ص. 77.

(4) قرار هيئة عامة رقم 39 تاريخ 2014/4/28 صادر في التمييز، قرارات هيئة عامة سنة 2014 ص. 146 وبنفس

المعنى قرار رقم 45 تاريخ 2014/4/28 ص. 158.

الموضوعية المعددة في المادة 60 أ.م.م. كما في اطار الدفوع بعدم القبول المعددة في المادة 62 أ.م.م. والتي لا تعتبر مشمولة بمفهوم الصيغ الجوهرية الملحوظة في الفقرة الرابعة من المادة 95 أ.م.م."

وبالنسبة لفقدان الاهلية للتقاضي فقد قضت سنة 2016⁽¹⁾ .. أنه بالنسبة لفقدان الاهلية للتقاضي، فالى جانب كونها تشكل عيبا اجرائيا لعيب في الموضوع تخرج بالتالي عن مفهوم الصيغة الجوهرية بالمعنى المقصود في الفقرة الرابعة من المادة 95 أ.م.م. وهنا يطرح السؤال هل ان العيب الاجرائي غير المتعلق بالموضوع هو الذي يدخل ضمن مفهوم الصيغة الجوهرية، وهل ثمة امكانية لوضع معيار للتمييز بين عيب اجرائي متعلق بالموضوع وبين عيب اجرائي آخر؟ يبدو ان الامر كذلك وفقا لما يستشف من قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز الصادر سنة 2019 وحيث اعتبرت ان الصيغة الجوهرية المتعلقة بالانتظام العام بالمعنى المقصود في المادة 95 هي الدفوع التي تتعلق بمخالفة مبادئ المحاكمة او اي اجراء من اجراءاتها، اي انها تتناول النواحي الاجرائية فقط.⁽²⁾

ولجهة الدفع بقوة القضية المقضية فانه بالرغم من اعتبار الهيئة العامة ان مخالفتها لا تعد مخالفة لصيغة جوهرية الا انها اعتبرت سنة 2016 انها تشكل دفعا بعدم القبول، وفي قرار آخر صادر عنها سنة 2017 اعتبرت هذا الدفع عيبا موضوعياً. ففي قرارها الصادر سنة 2016⁽³⁾، قضت "وحيث انه بالنسبة لقوة القضية المقضية... لا تشكل مخالفة لصيغة جوهرية متعلقة بالنظام العام بالمعنى المقصود في الفقرة الرابعة من المادة 95 أ.م.م. كونها تعتبر دفعا بعدم القبول." وفي قرارها الصادر سنة 2017⁽⁴⁾ قضت "وحيث انه بالنسبة الى مخالفة قوة القضية المقضية، فانها لا تدخل ضمن مفهوم مخالفة الصيغة الجوهرية المتعلقة بالنظام العام وفق احكام الفقرة الرابعة من المادة 95 أ.م.م. كونها تعتبر عيبا موضوعياً.

(1) قرار هيئة عامة رقم 45 تاريخ 2016\6\31 صادر في التمييز سنة 2016 قرارات هيئة عامة ص. 127 وبنفس المعنى لجهة عدم صحة التمثيل قرار رقم 50 تاريخ 2018\6\11، العدل 2018 ص. 171.

(2) قرار هيئة عامة رقم 56 تاريخ 2019/7/1، العدل 2019 ص. 1882.

(3) قرار هيئة عامة رقم 45 تاريخ 2016/6/31 مذكور سابقا.

(4) قرار رقم 1 تاريخ 2017/1/9 صادر في التمييز سنة 2017، قرارات هيئة عامة، ص. 205.

هذا ويبدو ان الاختلاف في توصيف الدفع بقوة القضية المقضية كما ظهر في القرارين المذكورين اعلاه حسمته الهيئة العامة في قرارها الصادر سنة 2019⁽¹⁾. عندما اعتبرت هذا الدفع من دفع عدم القبول وحيث قضت "... وحيث ان الدفع بحجية القضية المحكوم بها، وهي من دفع عدم القبول التي تخرج عن مفهوم الصيغة الجوهرية المتعلقة بالنظام العام بالمعنى المقصود بالمادة 95 أ.م.م. والتي تتعلق بمخالفة مبادئ المحاكمة واي اجراء من اجراءاتها. اي انها تتناول النواحي الاجرائية فقط فتخرج عن نطاقها بالتالي العيوب الموضوعية والدفع بعدم القبول."

هذا ويلاحظ مؤخرا ان ثمة تليينا في قرارات الهيئة العامة على صعيد مفهوم اجراءات المحاكمة بحد ذاتها. ففي قرارها الصادر سنة 2014 اعتبرت "... ان ابداء النيابة العامة رايها غير ملزم للمحكمة الشرعية العليا في دعاوى لا يعطيها القانون حق ابداء الرأي فيها، وعلى فرض صحة ذلك، لا يشكل مخالفة لصيغة جوهرية تتعلق بالنظام العام."⁽²⁾ الامر الذي يعني بمفهوم المخالفة انه اذا كان رأي النيابة العمة مطلوباً فان عدم ابداء الرأي يشكل مخالفة لصيغة جوهرية.

وفي قرارها الصادر سنة 2017⁽³⁾ كانت الهيئة العامة اكثر تساهلا في النظرة الى ماهية الاجراءات التي تعتبر مخالفتها مخالفة لصيغة جوهرية فاعتبرت "... وحيث انه طالما من الثابت ان الكاتب وقع على محضر افهام القرار فيعد جزءا لا يتجزأ من القرار،.. وطالما ان الكاتب وقع على محضر افهام الحكم فان من شأن ذلك ان يجعل اغفاله التوقيع على الصفحة الاخيرة من الحكم غير منطوق على اي مخالفة لصيغة جوهرية متعلقة بالنظام العام." نظرة التساهل كان اكثر وضحا في حيثية اخرى في متن هذا القرار عندما قضت " وحيث ان التباين بين تاريخ صدور الحكم في 2015/2/4 وتاريخ مخالفة المستشار في 2015/2/11 لا يشكل بدوره مخالفة لصيغة جوهرية متعلقة بالنظام العام."

(1) متكور سابقا.

(2) قرار رقم 12 تاريخ 2014\2\10 صادر في التمييز قرارات هيئة عامة سنة 2014 ص. 39

(3) قرار رقم 25 تاريخ 2017\3\27، صادر في التمييز قرارات الهيئة العامة سنة 2017 ص. 289.

○ خاتمة

نستنتج مما تقدم الى ان الهيئة العامة عملت الى لعب دورين اساسين في نطاق الرقابة على اعلى الاحكام الصادرة عن محاكم الشرعية والروحية، الدور الاول يمكن وصفه بضابط ايقاع للخلاف على الاختصاص بمختلف صورته بين المحاكم الشرعية والروحية وحيث لها الصلاحية الحاسمة في تحديد الاختصاص عند حصول تنازع سلبي او ايجابي فيما بينها او فيما بينها وبين المحاكم العدلية، والدور الثاني يصح وصفه او اعتباره دورا حافظا ومؤمنا لاحترام قواعد الصيغ الجوهرية المتعلقة بالنظام العام.

ان قيام الهيئة العامة بهذين الدورين، وفي ظل عدم وجود قواعد موحدة تحكم عمل المحاكم الشرعية والروحية، ينطوي على اهمية في تأمين حقوق المتقاضين وتاليا الاستقرار المجتمعي من خلال استدارك الاخطاء التي تقع بها هذه المحاكم في الاحكام الصادرة عنها فضلا عما يمكن يؤشر عليه هذا الدور من توضيح لمجالات التجاوز التي تقع بها هذه المحاكم.

القسم الثاني: دراسات في القانون العام

- د. زياد مكنّا، كاشفو الفساد: حماية وحوافز في النصوص وإشكاليّات في التطبيق
- د. سامي علوية، النصاب بين العدد والمصطلح المستخدم من المشرع الدستوري... وتدابير الضرورة
- د. عباس يوسف جابر، التناقض عن بُعد وأثره على حقوق الإنسان (لبنان نموذجاً)
- د. هاني حمزة، مدى كفاية النصوص البيئية والغذائية في ضبط تداول السلع الغذائية
- د. حسن سليم ود. عبد الملك الريماوي، سلطات القاضي الدستوري في التشريع الفلسطيني
- أحمد محمد الحسن، التفتيش الجمركي في القانون القطري
- د. جان عليه، تعليق على قرار المجلس الدستوري رقم 5/ 2021 الصادر في الطعن بقانون الشراء العام

الدراسة الأولى:

كاشفو الفساد: حماية وحوافز في النصوص وإشكاليات في التطبيق

د. زياد مكنا⁽¹⁾

يُشكّل الفساد خطورة بالغة على استقرار المجتمع وأمنه وقيم الديمقراطية والعدالة وانتظام عمل المؤسسات؛ وتستوجب مكافحته، كخطوة أولية، توفير الأدلة على حصوله وتحديد المشتبه بزلوعهم فيه، بهدف ملاحقتهم والحكم عليهم في حال ثبوت ما هو منسوب إليهم. بهدف تشجيع المواطنين على تقديم المعلومات المتوفرة لديهم عن الفساد الى الجهات المختصة، أوجبت المادة 33 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد⁽²⁾ على كل دولة النّظر في "أن تُدخّل في صلب نظامها القانوني الداخلي تدابير مناسبة لتوفير الحماية من أي معاملة لا مسوّغ لها لأي شخص يقوم، بحسن نية ولأسباب وجيهة، بإبلاغ السلطات المختصة بأي وقائع تتعلق بأفعال مُجرّمة وفقاً لهذه الاتفاقية".

إنسجاماً مع انضمام لبنان الى هذه الاتفاقية⁽³⁾، أصدر المشرع بتاريخ 2018/10/10 قانون حماية كاشفي الفساد⁽⁴⁾، وأشار في أسبابه الموجبة الى أن الدولة اللبنانية مُلزّمة بموجب المادة المشار إليها "بإدخال المبادئ والقواعد التي تنص عليها المعاهدة المذكورة (اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد) بشكل عملي في التشريع اللبناني وسنّ قوانين تُجسّد التزاماتها وتعهداتها الدولية، لا سيما لجهة محاربة الفساد وإنزال العقاب بمرتكبي أعمال فساد". وأضافت

(1) قاضي وكنكتور في الحقوق.

(2) إتمدهتها الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 4/58 تاريخ 2003/10/31.

(3) القانون رقم 33، تاريخ 2008/10/16، الإجازة للحكومة الانضمام الى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المعتمدة من قبل الجمعية العمومية بقرارها رقم 4/58 تاريخ 2003/10/31، الجريدة الرسمية، العدد 44، تاريخ 2008/10/23، ص 4389.

(4) القانون رقم 83، تاريخ 2018/10/10، الجريدة الرسمية، العدد 45، تاريخ 2018/10/18، ص 4580.

هذه الأسباب أنه "إذا كان كشف الفساد واجباً في القطاعين العام والخاص، إلا أن مكافحته تستوجب إثبات حصوله أولاً، والحصول على أدلة تُمكن من إلقاء القبض على الفاسدين ومحاكمتهم. لكن الموضوع فيه من الخطورة ما يجعل المواطنين يحجمون عن الإقدام عليه، فيجب تشجيع الناس على التحرك والإدلاء بمعلوماتهم حول الفساد، كما ثبتت ضرورة تأمين الحماية اللازمة لكاشفي الفساد إضافة إلى تحفيزهم على القيام بالكشف".

يتبين مما تقدم أن المشتري يهدف من هذا القانون إلى تشجيع المواطنين على تقديم كشوفات بالفساد عبر توفير الحماية اللازمة لهم من أي ضرر يمكن أن يقع على سلامتهم الشخصية وعلى عملهم، كما خصهم بمكافآت ومساعدات.

وبتاريخ 2020/6/12 صدر القانون رقم 182⁽¹⁾ الذي أضاف فقرة إلى المادة التاسعة من القانون رقم 2018/83، وقد ورد في أسبابه الموجبة أن الغاية من هذا التعديل "التأكيد على صلاحيات النيابة العامة، وفق القوانين النافذة، بأن تتلقى إخبارات واستقصائها بالإضافة إلى الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد"، وتوفير الحماية لكاشفي الفساد وفق "الأحكام الحمائية التي نصت عليها المادة 370 من قانون أصول المحاكمات الجزائية المضافة بموجب قانون معاقبة جريمة الإتجار بالأشخاص رقم 2011/164".

سنتناول في هذا البحث الأحكام القانونية المتعلقة بحماية كاشفي الفساد وتحفيزهم، وما يمكن أن يواجهها من إشكاليات عند تطبيقها؛ وللإحاطة بجوانب الموضوع كافة، تم تقسيمه إلى فترتين؛ تتناول الأولى الاستفادة من الحماية والحوافز، وتُخصّص الثانية لتحديد ماهية الحماية والحوافز.

○ الفقرة الأولى: الاستفادة من الحماية والحوافز

يوجب البحث في الاستفادة كاشف الفساد من الحماية والحوافز التطرّق إلى الشرطين القانونيين الواجب توافرها (البند الأول)، ومن ثم إلى أصول النظر في طلب الحماية والحوافز (البند الثاني).

⁽¹⁾ القانون رقم 182، تاريخ 2020/6/12، إضافة فقرة إلى المادة التاسعة من قانون حماية كاشفي الفساد رقم 83 تاريخ 2018/10/10، الجريدة الرسمية، ملحق العدد 25، تاريخ 2020/6/12.

• البند الأول: شرط الاستفادة من الحماية والحوافز

يُشترط للاستفادة من الحماية والحوافز تقديم كشف يتضمن معلومات تتعلق بالفساد (أولاً)، على أن يتم ذلك الى مرجع حدده القانون (ثانياً).

■ أولاً: تقديم الكشف

تشترط المادة الثانية من القانون رقم 2018/83، للاستفادة من الحماية والحوافز المنصوص عليها في هذا القانون، أن يقوم الشخص بكشف معلومات عن عمل أو امتناع عن عمل، حصل أو يحصل أو قد يحصل، ويُعتد أنها تتعلق أو تدلّ أو تساعد في إثبات الفساد. وبحسب المادة السابقة يمكن أن يكون كاشف الفساد شخصاً طبيعياً أو معنوياً، كما حددت هذه المادة "الكشف" في انه "أي كتاب أو مستند، بمعزل عن وصفه وعنوانه المدوّن في منته من قبل الكاشف (مثلاً: كشف، إخبار، شكوى، رسالة) يتضمن معلومات تتعلق بالفساد وفق أحكام هذا القانون؛ ويُقصد بالفساد، وفق المادة عينها، "استغلال الموظف للسلطة أو الوظيفة أو العمل بهدف تحقيق مكاسب أو منافع غير متوجبة قانوناً". إن الموظف المعني في هذه المادة هو "أي شخص يشغل منصباً تشريعياً أو قضائياً أو تنفيذياً أو إدارياً أو عسكرياً أو أمنياً أو استشارياً، سواء أكان مُعيناً أو منتخباً، دائماً أو مؤقتاً، مدفوع الأجر أم غير مدفوع الأجر وأي شخص يؤدي وظيفة عامة، بما في ذلك أي مركز من مراكز السلطات الدستورية أو في أية وظيفة أو خدمة عامة أو عمل يؤدّى لصالح ملك عام أو منشأة عامة أو مرفق عام أو مؤسسة عامة أو مصلحة عامة لصالح منشأة عامة أو مرفق عام، سواء تولّاها بصورة قانونية أم واقعية".

أما لجهة أصول تقديم الكشف، فقد أوجبت المادة الرابعة من هذا القانون "على الكاشف التقدّم بكشفه بواسطة أية وسيلة معتبرة قانوناً". يتبيّن مما هو وارد أعلاه أن الكشف يجب أن يتم بموجب "كتاب أو مستند". تقليدياً، يتم تنظيم الكتب والمستندات ورقياً؛ ولكن، يمكن اعتماد الكتابة الإلكترونية أيضاً وفق ما حدده قانون المعاملات الإلكترونية والبيانات ذات الطابع الشخصي⁽¹⁾، الذي صدر في اليوم عينه لصدور القانون رقم 2018/83. فبموجب المادة

(1) القانون رقم 81، تاريخ 2018/10/10، الجريدة الرسمية، العدد 45، تاريخ 2018/10/18، ص 4546.

الأولى من القانون رقم 2018/81، تُعتبر "الكتابة" تدوين أحرف أو أرقام أو أشكال أو رموز أو بيانات أو تسجيلها شرط أن تكون قابلة للقراءة وأن يكون لها معنى مفهوم، وذلك أيّاً كانت الدعامة المُستعملة (ورقيّة أو الكترونيّة) وطرق نقل المعلومات". كما تُحدد المادة عينها "السند الإلكتروني" بأنه "السند العادي أو الرسمي، كما حدده قانون أصول المحاكمات المدنيّة والذي يصدر بالشكل الإلكتروني".

تأسيساً على ذلك يمكن تقديم الكشف، على سبيل المثال، بموجب بريد الكتروني يرسله الكاشف الى العنوان المخصص لهذه الغاية من قِبَل المرجع المخوّل قانوناً تلقي كشوفات الفساد. إن اشتراط المشتري تقديم الكشف بموجب "كتاب أو مستند" يؤدي الى اعتبار الاتصال الهاتفي وسيلة غير مقبولة قانوناً في هذا المجال. نُشير هنا الى أن هذه الوسيلة غير مقبولة أيضاً لتقديم الإخبار بموجب المادة 1/27 من قانون أصول المحاكمات الجزائيّة. تُحدد المادة الخامسة من القانون رقم 2018/83 المعلومات التي يجب أن يتضمنها الكشف وهي:

- "الاسم الكامل للكاشف ونشاطه المهني وعنوانه وعنوان عمله ورقم هاتفه". هذا الشرط يتوافق مع ما اشترطه قانون أصول المحاكمات الجزائيّة لقبول الإخبار المقدّم من مخبر علم بالجريمة أو سمع عنها (المادة 2/27).
- "طبيعة الفساد موضوع الكشف"؛ يُقصد بذلك طبيعة الأفعال التي يمكن وصفها بالفساد.
- "إسم الشخص أو الأشخاص المعنيين بالكشف"، أي الأشخاص الذين يُعتبر الكاشف أنهم ارتكبوا أفعال فساد.
- "المكان والزمان اللذان حصل أو يحصل أو قد يحصل فيهما الفساد". هذا الشرط يتكامل مع الشرطين السابقين له بهدف تحديد الأفعال موضوع الكشف ومن يُعتقد أنهم ضالعون فيها تحديداً دقيقاً، ما يُضفي الجديّة عليه، ويُمكن المرجع المختص من إجراء الاستقصاءات والتحقيقات حول مضمونه.
- إضافة الى هذه المعلومات التي يجب أن يتضمنها الكشف لزاماً، يمكن أن تُرفق به أي وسيلة في حوزة الكاشف كالمستندات أو التسجيلات، ويكون من شأنها تعزيز ما هو وارد فيه؛ كما يمكن أن يذكّر الكاشف أسماء شهود لديهم معلومات عن موضوعه.

■ ثانياً: المرجع الواجب تقديم الكشف أمامه

تشترط المادة الثانية من القانون رقم 2018/83، للاستفادة من الحماية والحوافز، تقديم الكشف أمام الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد حصراً وفق الأصول المحددة في هذا القانون. هذه الحصرية لم تعد موجودة بعد التعديل الذي أدخله القانون رقم 2020/182 على المادة التاسعة من القانون رقم 2018/83 وبمقتضاه "يستفيد كاشفو الفساد من جميع أحكام هذا القانون إذا تقدموا بكشفهم الى النيابة العامة المختصة إضافة الى الهيئة. سنتطرق في ما يلي الى كل من المرجعين المذكورين على حدة.

أ- الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد

أنشأ القانون رقم 2020/175⁽¹⁾ الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد ونظّمها؛ وبموجب مادته الخامسة هي "هيئة إدارية مستقلة تتمتع بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي والإداري". تتألف هذه الهيئة، وفق المادة السادسة من "ستة أعضاء، بمن فيهم الرئيس ونائب الرئيس، يعيّنون بمرسوم يتخذ في مجلس الوزراء لمدة ست سنوات غير قابلة للتجديد". وتُشكّل على النحو التالي:

- قاضيان متقاعدان بمنصب الشرف، يتم انتخابهما وفق الأصول التي ترعى انتخاب أعضاء مجلس القضاء الأعلى، على أن تتألف الهيئة الناخبة من مجمل القضاة الأصليين في القضاء العدلي والإداري والمالي. ويكون القاضي الأعلى درجة، عند التقاعد، الرئيس الحتمي للهيئة، وإذا تساوت درجات القاضيين المنتخبين يكون القاضي الأكبر سناً رئيساً.
- محامٍ أو حقوقي، من بين أربعة أسماء يُرشّح اثنين منهم مجلس نقابة المحامين في بيروت واثنين مجلس نقابة المحامين في طرابلس.
- خبير محاسبة، من بين ثلاثة أسماء يرشّحها مجلس نقابة خبراء المحاسبة المجازين في لبنان.
- خبير في الأمور المصرفية أو الاقتصادية، من بين ثلاثة أسماء ترشّحهم هيئة الرقابة على المصارف.

(1) القانون رقم 175، تاريخ 2020/5/8، مكافحة الفساد في القطاع العام وإنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، الجريدة الرسمية، العدد 20، تاريخ 2020/5/14، ص 1203.

- خبير في شؤون الإدارة العامة أو الماليّة العامة أو مكافحة الفساد من بين ثلاثة أسماء يرشّحهم وزير الدولة لشؤون التّميّة الإداريّة.

يقنّضي التّوضيح هنا أن القانون رقم 2018/83 قد ربط الاستفادة من الحماية والحوافز في تقديم الكشف حصراً أمام الهيئة الوطنيّة لمكافحة الفساد على أساس أن مناقشة قانون إنشاء هذه الهيئة كانت تتم بالتزامن معه. بالفعل، أقرّ مجلس النواب قانون "مكافحة الفساد في القطاع العام وإنشاء الهيئة الوطنيّة لمكافحة الفساد" بتاريخ 2019/6/27، ولكن، أعاد رئيس الجمهوريّة هذا القانون، بموجب المرسوم رقم 5272 تاريخ 2019/7/25، الى مجلس النواب لإعادة النظر فيه، وفق الصلاحيّة العائدة له بموجب المادة 57 من الدستور⁽¹⁾؛ وقد صدر هذا القانون بتاريخ 2020/5/8.

أوجبت المادة السادسة من القانون رقم 2020/175 على الهيئات المعنيّة بالاقتراح أو الانتخاب أن تقوم بذلك خلال ثلاثة أشهر من نشر القانون في الجريدة الرسميّة، وأن تكتمل عمليّة التعيين في مدة أقصاها شهر تلي مهلة الثلاثة أشهر المذكورة، أي أن تشكيل الهيئة الوطنيّة لمكافحة الفساد كان يجب أن يتم، كحد أقصى بتاريخ 2020/9/14، إلا أن هذا الأمر لم يحصل، علماً أن رئيس مجلس القضاء الأعلى قد دعا، بتاريخ 2020/7/10 الهيئة الناخبة، كما حددها هذا القانون، الى الانعقاد بتاريخ 2020/8/7 من أجل انتخاب قاضيين متقاعدین في الهيئة الوطنيّة لمكافحة الفساد؛ ولكن، بسبب الظروف الاستثنائيّة الناتجة عن انفجار مرفأ بيروت وانتشار وباء كورونا تم تأجيل الانتخابات الى موعد يحدد لاحقاً؛ وقد تحدد هذا الموعد بتاريخ 2021/1/23 إلا أن الانتخابات أُرجئت مجدداً بسبب انتشار الوباء المذكور؛ وبتاريخ 2021/5/5 قرر رئيس مجلس القضاء الأعلى دعوة الهيئة الناخبة مجدداً لإجراء الانتخابات المشار إليها بتاريخ 2021/6/12. وقد حصلت الانتخابات في هذا اليوم، وفاز بنتيجتها القاضيان كلود كرم وتريز علاوي.

⁽¹⁾ يُراجع حول أسباب إعادة قانون مكافحة الفساد في القطاع العام وإنشاء الهيئة الوطنيّة لمكافحة الفساد الى مجلس النواب بموجب المرسوم رقم 5272، تاريخ 2019/7/25: عارف الزين، قوانين ونصوص العقوبات في لبنان، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2020، ص364-366.

لغاية الانتهاء من إعداد هذا البحث لم تكن هذه الهيئة قد تشكلت بعد، وإن عدم تشكيلها يُعيق، الى حد كبير، تطبيق القانون رقم 2018/83، مع الإشارة الى أنه بموجب المادة التاسعة من القانون رقم 2020/175، تضع هذه الهيئة نظامها الداخلي، الذي يتضمن القواعد والأصول التفصيلية التي ترعى تنظيمها وسير العمل لديها، ضمن مهلة ثلاثة أشهر من تاريخ صدور مرسوم تعيين أعضائها، وذلك بموجب قرار تنظيمي بعد موافقة مجلس شورى الدولة. هذا الأمر سيؤدي، بحكم الواقع، الى تأخر انطلاق أعمالها فعلياً.

أدى التأخير في صدور قانون إنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد الى طرح عدة إشكاليات حول مدى جواز تطبيق قانون حماية كاشفي الفساد، لا سيما لجهة الحق في الاستقادة من الحماية والحوافز في حال تقديم الكشف قبل إنشاء هذه الهيئة⁽¹⁾؛ ولكن، هذه الإشكالية تبذدت مع صدور القانون رقم 2020/182، الذي ألغى حصريّة تقديم الكشف للهيئة كشرط للاستقادة من الحماية والحوافز، بحيث كرس هذا الحق لمن يتقدم بكشفه لدى النيابة العامة أيضاً.

ب- النيابة العامة

حسم التعديل الذي أدخله القانون رقم 2020/182 على القانون رقم 2018/83 مسألة استفادة كاشف الفساد من أحكام هذا القانون الأخير كافة في حال تقدّم بكشفه الى النيابة العامة المختصة. وقد كان ذلك من الأسباب الموجبة لهذا التعديل.

يُقصد "بالنيابة العامة المختصة"، النيابة العامة صاحبة الاختصاص وفق قانون أصول المحاكمات الجزائية، في ما يتعلق بالقضاء العدلي، وقد تكون نيابة عامة استئنافية أو النيابة العامة المالية⁽²⁾؛ والنيابة العامة العسكرية وفق قانون القضاء العسكري⁽³⁾، في ما خص الأمور الداخلة ضمن اختصاص هذا القضاء. مع الإشارة الى أن النيابة العامة التمييزية تكون مختصة

(1) يُراجع تفصيلاً حول عرض هذه الإشكاليات والحلول المقترحة لها: غسان مخبير، دليل تطبيق قانون حماية كاشفي الفساد جزئياً قبل إنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، نيسان 2020، ص 10-13.

(2) يُراجع حول اختصاص النيابة العامة المالية: المادة 19 م.ج.

(3) القانون رقم 24 تاريخ 13/4/1968، قانون القضاء العسكري، الجريدة الرسمية، العدد 34، تاريخ 25/4/1968، ص 534.

في الحالات كافة، كون المادة 2/14 أ.م.ج. أجازت للنائب العام التمييزي "الحق في إجراء تحقيق مباشرة أو بواسطة معاونيه من قضاة النيابة العامة الملحقيين به أو أفراد الضابطة العدلية التابعين له دون أن يكون له حق الادعاء"، ولم تحدد هذه المادة، ولا أي مادة أخرى، نطاق هذا الحق، ما يفضي الى القول أنه يعود له التحقيق في الجرائم الداخلة في اختصاص النيابة العامة كافة، وما يعزز ذلك، سلطته التي تشمل بحسب المادة 2/13 من القانون عينه "جميع قضاة النيابة العامة بمن فيهم مفوض الحكومة لدى المحكمة العسكرية".

بعد صدور التعديل المشار إليه، وفي سبيل دعم تنفيذ قانون حماية كاشفي الفساد، شكّل وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية فريق عمل يضم ممثلين عن وزارة العدل ووزارة المالية ووزارة الدولة لشؤون التنمية الإدارية والنيابة العامة التمييزية والأستاذ غسان مخبير كحقوقى ومساهم في صياغة اقتراحات القوانين المتعلقة بمكافحة الفساد ومناقشتها⁽¹⁾، وذلك لدراسة السبل اللازمة لتشجيع من يمتلك معلومات عن الفساد على تقديمها الى النيابة العامة بدون انتظار تشكيل الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، مع تأمين الحماية القانونية له وحفظ حقوقه في الحوافز المالية، وفق ما ينص عليه التعديل.

بناء على توصيات فريق العمل المشار إليه، أصدرت وزيرة العدل قراراً بتخصيص "مكتب لاستقبال كاشفي الفساد" لمعاونة النيابة العامة التمييزية في تلقي كشوفات الفساد، وبدرس ملفات الموظفين التابعين لوزارة العدل الذين يمكن ترشيحهم للقيام بوظيفة تلقي كشوفات الفساد، على أن يكونوا حائزين إجازات جامعية ولديهم إلمام بالمعلوماتية وخبرة سابقة في العمل في أقلام المراجع الجزائية، ويتأمين خط ساخن لتلقي الاتصالات، ويفتح حساب الكتروني خاص لتلقي الكشوفات إلكترونياً⁽²⁾.

بعد صدور هذا القرار برز رأي اعتبر أنه "يخالف جوهر قانون حماية كاشفي الفساد رقم 83 تاريخ 2018/10/10 واستقلالية الهيئة (الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد)، وأصول إنشائها، وكذلك قانون مكافحة الفساد في القطاع العام وإنشاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، حيث تنص المادة 5 في الفقرة ب من قانون مكافحة الفساد في القطاع العام وإنشاء الهيئة الوطنية

(1) قرار وزير الدولة لشؤون التنمية الإدارية، رقم 33، تاريخ 2020/6/30.

(2) قرار وزيرة العدل، رقم 1/65، تاريخ 2020/10/9.

لمكافحة الفساد على أن تأدية الموظفين أعمالهم تكون لدى الهيئة وباستقلال كامل عن أية سلطة أخرى حيث تنص على ما حرفيته: يؤدي أعضاء الهيئة والموظفون وسائر العاملين لديها مهامهم باستقلال كامل عن أية سلطة أخرى في إطار أحكام هذا القانون. والقانون ذاته ينص في المادة الرابعة عشرة منه على أن الجهاز الإداري يتم تعيينه من قبل الهيئة بعد مباراة يجريها مجلس الخدمة المدنية، فكل ما يحق لوزير العدل أن يقوم به في إطار هذا القانون هو: إقتراح تطبيق دقائق القانون المذكور على مجلس الوزراء فقط وفق المادة 27 من القانون نفسه، وأن يرفع اسمي القاضيين المنتخبين الى مقام مجلس الوزراء، أما ما عدا ذلك فهو لا يُعدّ سوى تدخّل غير مبرر وحتى لو كانت وزيرة العدل حسنة النية إلا أنه يعتبر بمثابة وضع يد على الهيئة ومصادرة لصلاحيّاتها قبل إنشائها"⁽¹⁾.

في المقابل، برز رأي آخر أشار الى القوانين التي استند إليها الرأي أعلاه، وأورد أن "ما فات المقال ذكره أنه صدر بتاريخ 12 حزيران 2020 عن مجلس النواب قانون رابع استكمل المنظومة التشريعية لمكافحة الفساد والوقاية منه، ونُشر برقم 182 في ملحق العدد رقم 25 من الجريدة الرسمية بتاريخ 2020/6/12... وهو يرمي الى تطبيق آليات حماية كاشفي الفساد إذا ما اختاروا تقديم كشوفاتهم وإخباراتهم، إما الى النيابة العامة التمييزية وإما الى الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد. لا مجال هنا للمفاضلة بين المسارين، فلكلّ منهما ميزاته، بما فيها مدى الاستقلالية والفعالية في أداء الوظائف المنوطة بكلّ منهما؛ مع التشديد على إتاحة المسارين بالتساوي لحماية كاشفي الفساد، دون أن يحلّ أحدهما محل الآخر. وبالتالي، يكون القرار الذي اتّخذته وزيرة العدل يرمي، لا الى مصادرة دور وصلاحيّات الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، ولا دور وصلاحيّات النيابة العامة التمييزية، بل الى تطبيق القانون الجديد وإعمال المسار الجديد المتاح أمام كاشفي الفساد وفق أحكام هذا الأخير إذا ما اختاروا هم ذلك. ويعود للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، بعد تشكيلها، إنشاء آلية خاصة بها لتلقّي الكشوفات والإخبارات التي تردها واستقصائها وإحالتها الى القضاء المختص وفق صلاحيّاتها"⁽²⁾.

(1) صادق علوية، "وزارة العدل تصدر صلاحية الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد قبل تعيينها"، موقع مجلة محكمة، 2020/10/13.

(2) غسان مخبير، "وزارة العدل لا تصدر صلاحيّات النيابة العامة التمييزية والهيئة الوطنية لمكافحة الفساد"، موقع مجلة محكمة، 2020/10/13.

في الواقع، يتبين من صراحة ووضوح التعديل الحاصل بموجب القانون رقم 2020/182 أن كاشفي الفساد يمكنهم التقدم بكشوفاتهم الى النيابة العامة المختصة، إضافة الى الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، ويحق لهم في الحالتين الاستفادة من أحكام القانون رقم 2018/83، ما ينفي أي تعارض في الصلاحيات بين هذين المرجعين. هذا التعارض غير مُتصوّر أصلاً لجهة مرجعية تلقي الكشوفات، كون النيابة العامة، بحسب قانون أصول المحاكمات الجزائية، هي المرجع المناط به تلقي الشكاوى والإخبارات وتحريك الدعوى العامة وممارستها، مع كل ما يستلزم ذلك من إجراءات منصوص عليها في هذا القانون، ولا يمكن أن تنتقص من سلطتها هذه صلاحيات أي هيئة مُنشأة بموجب قانون خاص. يُمكن الاسترشاد في هذا الخصوص بما قضت به محكمة التمييز الجزائية في مسألة مشابهة تتعلق بهيئة التحقيق الخاصة في مصرف لبنان؛ فقد ورد في القرار التمييزي ما يلي:

"حيث أن المميز يدلي تحت هذا السبب بأن الفقرة الرابعة من المادة السادسة من القانون رقم 2001/318 أناطت صلاحية إجراء التحقيقات في جرائم تبييض الأموال بهيئة التحقيق الخاصة في مصرف لبنان، وبما أنه لم يصدر قرار عن الهيئة المذكورة مما يحول دون إمكانية سماع الدعوى الحاضرة أو السير بها، فيكون قرار الهيئة الاتهامية قد خالف القانون 2001/318. وحيث أنه خلافاً لما يدلي به المميز فإنه ليس من شأن الصلاحيات المعطاة للهيئة المذكورة بموجب المادة السادسة من القانون 2001/318 أن تحجب الصلاحية العائدة للقضاء في تحريك الدعوى العامة سواء بموجب الشكوى المباشرة التي يقدمها المتضرر من الجرم ويتخذ فيها صفة الادعاء الشخصي أم بموجب ادعاء النيابة العامة، فلا تكون الهيئة الاتهامية التي اعتبرت أن الحق العام قد تحرك تلقائياً بموجب شكوى المدعي التي اتخذ فيها صفة الادعاء الشخصي وعدم تأثير قرار هيئة التحقيق الخاصة على سير الدعوى العامة، قد أخطأت في تطبيق القانون رقم 2001/318، فيرد السبب الوارد تحت هذا العنوان لعدم قانونيته"⁽¹⁾.
تجب الإشارة الى أن محكمة التمييز الجزائية أكدت على هذه الوجة في ظل قانون مكافحة تبييض الأموال وتمويل الإرهاب رقم 2015/44⁽²⁾.

(1) تمييز جزائي، الغرفة الثالثة، رقم 32، تاريخ 2009/2/4، صادر في التمييز، القرارات الجزائية، 2009، ص 43.

(2) تمييز جزائي، الغرفة الثالثة، رقم 400، تاريخ 2019/11/12، كساندر الإلكترونية.

تأسيساً على ما تقدّم، يكون قرار وزيرة العدل، الذي يوفّر غرف مكاتب لاستقبال كاشفي الفساد حفاظاً على خصوصيتهم وضمان السريّة والحماية اللتين يجب تأمينهما لهم، وببريداً الكترونياً لتقديم كشوفاتهم بواسطته، ورقماً هاتفياً مخصصاً لاتصالاتهم للاستفسار عمّا يمكنهم القيام له، إضافة الى المساعدين القضائيين الذين سيعاونون النيابة العامة التمييزيّة، ويتبعون لها في أعمالهم في تلقي كشوفات الفساد، غير منطوق على إنشاء أي كيان قانوني أو إداري، ولا يتعارض مع صلاحيات أي مرجع قضائي أو رقابي أو إداري، لا سيما الهيئة الوطنيّة لمكافحة الفساد، إنما هو توفير للأمور اللوجستية والموارد البشرية لصالح النيابة العامة التمييزيّة، في سبيل القيام بالمهام المنوطة بالنيابات العامة بموجب التعديل التشريعي المشار إليه؛ هذا الأمر هو من صلب صلاحيات وزارة العدل، لا بل من صلب واجباتها. نُشير هنا، الى أنه لغاية إعداد هذا البحث لم يكن "مكتب استقبال كاشفي الفساد" قد باشر عمله فعلياً بعد.

• البند الثاني: أصول النظر في الحماية والحوافز

يوجب البحث في أصول النظر في حماية كاشفي الفساد وطلباتهم للحصول على الحوافز التمييز بين الأصول التي ترعى الحماية (أولاً)، وتلك الخاصة بالحوافز (ثانياً).

■ أولاً: أصول النظر في الحماية

إن الحماية التي يمكن توفيرها لكاشفي الفساد يمكن أن تكون، بحسب المادة الثالثة من القانون رقم 2018/83، حماية جسديّة وحماية وظيفيّة؛ فيقتضي التطرّق الى الأصول الخاصة بالنظر في كلّ من هذين النوعين من الحماية.

أ- أصول النظر في الحماية الجسديّة

يمكن للهيئة الوطنيّة لمكافحة الفساد، بحسب المادة التاسعة من القانون رقم 2018/83، عفواً أو بناء على طلب كل ذي مصلحة، أن تطلب من النيابة العامة المختصة أو القوى الأمنيّة المختصة تأمين الحماية الشخصيّة للكاشف وأحد أفراد عائلته والعاملين لديه أو الخبراء والشهود إذا تبين لها أنهم بحاجة الى حماية شخصيّة من ضغوط أو أعمال تأريّة حصلت أو يخشى حصولها. وعلى النيابة العامة والقوى الأمنيّة الاستجابة للطلب فور استلامه بالوسائل المتاحة.

يتبين من ذلك أن دور الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، في إطار الحماية الشخصية، يتمثل في الطلب الى النيابة العامة المختصة أو القوى الأمنية المختصة اتخاذ ما يلزم من إجراءات في سبيل تأمين هذه الحماية. وبعد هذا الطلب، يعود الى المرجعين المذكورين تقدير التدابير الحمائية المناسبة.

هذا النوع من الحماية قابل للتطبيق من قبل النيابة العامة قبل تشكيل الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، لا سيما أن تعديل العام 2020 أجاز لكاشفي الفساد، في حال تقدمهم بكشوفاتهم أمامها، الاستفادة من الحماية، وهي أصلاً ستتخذ ما يناسب من تدابير الحماية الشخصية، ولو كانت الهيئة المذكورة هي التي طلبت حماية كاشف الفساد جسدياً.

تقتضي الإشارة هنا الى أن المادة التاسعة المشار إليها تركت للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد الخيار في طلب الحماية من النيابة العامة المختصة أو القوى الأمنية المختصة، ولم تضع أي معيار للاختيار بين هذين المرجعين. هذا الأمر من شأنه أن يؤدي الى إشكاليات عند التطبيق، لا سيما في ضوء تعدد القطاعات الأمنية التي يمكن توجيه الطلب إليها، ما يوجب توحيد الإجراءات في هذه الحالة؛ ويتحقق ذلك عبر طلب الهيئة الحماية من النيابة العامة المختصة، التي هي أكثر اطلاعاً وتواصلًا مع هذه القطاعات بحكم عملها اليومي مع عناصرها، ويمكنها أن تُقَدِّر بشكل أفضل أي واحدة منها هي الأنسب في كل حالة.

ب- أصول النظر في الحماية الوظيفية

إن الحماية الوظيفية، أسوة بالحماية الجسدية، يمكن تقريرها عفواً أو بناء على طلب كاشف الفساد؛ ولكن، تختلف كلٌّ منهما عن الأخرى لجهة المرجع الذي يمكن أن يتخذ قرار الحماية. فإذا كانت طبيعة الحماية الشخصية توجب تقدير تدابيرها من النيابة العامة، ما يمكن معه الاعتبار أنه يجوز اتخاذ القرار بهذه الحماية من قبلها عند تقديم الكشف إليها، إلا أن الأمر يختلف بخصوص الحماية الوظيفية، حيث أن طبيعة هذه الحماية، كما هي محددة في القانون رقم 2018/83، توجب القول أن الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد هي، بموجب المادة الثامنة من هذا القانون، المرجع الوحيد الذي يمكنه إقرارها، ومتابعة تنفيذها.

تقوم الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد في ما يلزم من استنصاءات للتحقق من وجود الرابطة السببية بين الضرر الوظيفي والكشف. والمهم في هذا المجال، أن المادة 8/ب من القانون رقم

2018/83 تتص على أنه "تتشأ أمام الهيئة قرينة لمصلحة الكاشف بأن الضرر الوظيفي ناجم عن الكشف الذي قام به، وينقل عبء إثبات العكس على الإدارة حيث يعمل الكاشف". هذه القرينة، التي يرتبط مفعولها بطلب الحماية أمام الهيئة، تعزز الحماية الوظيفية، وتشجع الكاشف على تقديم كشف الفساد، ولا شك أن بدونها يمكن أن يتردد كثيراً في ذلك خوفاً من عدم تمكنه من إثبات ارتباط الضرر بالكشف، لو أن عبء الإثبات لهذه الجهة يقع على عاتقه.

تُعرّف المادة 7/أ من القانون المشار إليه "الضرر في الإطار الوظيفي في أنه "أي من الإجراءات التي تسبب ضرراً وظيفياً للكاشف، المتخذة بسبب الكشف"، وتعطي هذه المادة أمثلة على هذا الضرر:

- الإجراءات التأديبية الصريحة والمُتَّعة: من الأمثلة على إجراءات التأديب المقنعة نقل الموظف بدون مبرر من مركز عمله الى مركز عمل بعيد جداً عن مكان سكنه، أو تغيير مهامه الوظيفية بشكل غير مبرر.
 - الصرف من الخدمة أو إنهاؤها أو وقفها مؤقتاً أو تعليق ممارستها أو تخفيض الرتبة أو الراتب أو الترهيب أو التمييز أو رفض الترقية أو رفض إعطاء إفادة عمل أو إعطاء الكاشف إفادة تلحق به ضرراً أو فرض شروط من شأنها تعديل شروط العمل بما يضر بمصلحته أو فسخ تعاقدته أو عدم تجديده عقده أو تسريحه من الخدمة.
 - أي عمل، أو امتناع، أو التهديد بأي من الإجراءات المذكورة سابقاً، يؤثر سلباً على وظيفة الكاشف أو عمله، بما فيه كل ما يتعلق بفرص التوظيف وسلامة العمل.
- في مجال الاستقصاء المشار إليه، تجيز المادة 8/ج من هذا القانون للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد استدعاء الأشخاص ذوي العلاقة والاستماع إليهم، وقد فرضت على هؤلاء المثول أمامها والتجاوب مع طلباتها. ولضمان ذلك، تعاقب المادة 12 كل شخص يرفض الاستجابة لمطالب الهيئة في إطار الاستقصاءات والتحقيقات المنصوص عليها في هذا القانون بغرامة تتراوح بين سبعة ملايين ليرة لبنانية وخمسة عشر مليون ليرة لبنانية.
- في حال صدور قرار عن الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد بالحماية الوظيفية، وظهر لاحقاً أن لا رابطة سببية بين الضرر الوظيفي والكشف، يمكن للهيئة الرجوع عن قرار الحماية، ولكن مع الإبقاء على سرية هوية الكاشف وفق ما تفرضه المادة السادسة من القانون رقم 2018/83.

أما إذا تبين في هذه الحالة أن طلب الحماية قد تم افتراءً أو عن طريق الغش أو باختلاق وقائع ومستندات، فيسقط مفعول هذه السريّة، إضافة الى الرجوع عن قرار الحماية (المادة 8/ز).

○ الفقرة الثانية: ماهية الحماية والحوافز

حدد القانون رقم 2018/83 عدّة تدابير ووسائل لحماية كاشفي الفساد (البند الأول)، كما حدد الحوافز التي يمكن أن يستفيدوا منها (البند الثاني).

• البند الأول: تدابير الحماية ووسائلها

يُقصّد بتدابير الحماية تلك التي يتّخذها المرجع المختص تبعاً لصدور قرار الحماية (أولاً)، أما وسائل الحماية فهي التي ينص عليها القانون، وتهدف، بحد ذاتها، الى حماية الكاشف بدون الحاجة الى استصدار أي قرار حماية (ثانياً).

■ أولاً: تدابير الحماية

أ- تدابير الحماية الجسديّة

لا تقتصر تدابير الحماية الجسديّة على الكاشف، إنما تشمل أيضاً أفراد عائلته والعاملين لديه والخبراء والشهود، وفق ما تنص عليه المادة التاسعة من القانون رقم 2018/83. يمكن لهؤلاء أن يتقدموا بنفسهم بطلب الحماية، بدليل أن هذه المادة تجيز "لكل ذي مصلحة" التقدّم بهذا الطلب، وإن تفسير عبارة "كل ذي مصلحة" يشمل كل شخص، ممن لهم الحق في الحماية، وتكون مصلحته في ذلك متوافرة، ولا يقتصر ذلك على الكاشف، وإلا لكان استعمل المشرع عبارة "بناء على طلب الكاشف".

لم يتضمن القانون رقم 2018/83 تحديداً مُفصّلاً لتدابير الحماية الجسديّة، فقد اكتفت المادة التاسعة بالإشارة الى "اتّخاذ الإجراءات الأمنيّة المناسبة"؛ وعلى أن تتم الاستجابة لطلب الحماية الجسديّة، في حال كان صادراً عن الهيئة الوطنيّة لمكافحة الفساد، من النيابة العامة والقوى الأمنيّة "بالوسائل المتاحة".

هذا النص في تحديد التدابير المشار إليها سيخلق عدّة إشكاليّات في التطبيق، لا سيما أن القانون ربطها "بالوسائل المتاحة". هذا التعبير يفسح المجال واسعاً أمام التفسير من قبل

المرجع المفترض فيه تأمين هذه الحماية فعلياً؛ فقد يعتبر هذا المرجع أن أولوياته تنصب على مهام أخرى غير تدابير حماية كاشفي الفساد، فيخصص إمكانياته على نحو لا يعود معه من مجال لتنفيذ تدابير حماية، ويمكنه التذرع بعدم وجود "وسائل متاحة" لهذه الغاية، ويسند ذلك الى نص المادة 2/9 من القانون رقم 2018/83، ويصعب عندها، قانوناً وواقعاً، تقييم هذا الموقف، لا سيما في غياب أي آلية قانونية لهذه الجهة.

تلافياً لهذه الإشكاليات، يُفضّل أن تضع النيابة العامة التمييزية لائحة بأبرز "الإجراءات الأمنية" التي يمكن اتخاذها في سبيل تأمين الحماية الجسدية، وإبلاغها من النيابة العامة، ومن الأجهزة الأمنية المختصة في تطبيقها. وفي سبيل ضمان تطبيق هذه الإجراءات، يقتضي التوافق مع هذه الأجهزة على تخصيص "الوسائل" المناسبة لهذه الغاية.

ب- تدابير الحماية الوظيفية

تتخذ الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد قرار الحماية الوظيفية عفواً أو بناء على طلب كاشف الفساد، وتختلف التدابير بين الحالة التي يكون فيها الكاشف أجيراً في القطاع الخاص أو موظفاً عمومياً.

1- الأجير في القطاع الخاص

تنص المادة 8/د من القانون رقم 2018/83 على أنه "إذا كان طالب الحماية أجيراً في القطاع الخاص ووجدت الهيئة أن طلب الحماية الوظيفية محق، فتصدر قراراً بناءً على طلب المتضرر يبيّن العلاقة السببية بين الضرر الوظيفي وقيام الشاكي بكشف الفساد، وتقترح له تعويضاً عن هذا الضرر يُقدّر في حالات الصرف التعسفي ما بين أجرة اثني عشر شهراً وأربعة وعشرين شهراً. يستند مجلس العمل التحكيمي⁽¹⁾ الى هذا التقرير في الدعوى التي يقيمها المتضرر أمامه لاعتبار صرفه من العمل تعسفياً أو أي تدبير آخر متخذ بحقه تعسفياً".

(1) مجلس العمل التحكيمي هو بحسب المادة 79 من قانون العمل (تاريخ 1946/9/23، الجريدة الرسمية، العدد 40، تاريخ 1946/10/2، ص 1) المرجع المختص في النظر في الخلافات كافة الناشئة بين أرباب العمل والأجراء عن تطبيق أحكام هذا القانون، ومن ضمنها تلك الناشئة عن الصرف من الخدمة. يتألف هذا المجلس من قاضٍ، وهو يرأسه، ومن

يتبين من هذا النص أن التعويض عن الصرف التعسفي، في حال كان سببه كشف الفساد، هو ضعف هذا التعويض في حالات الصرف التعسفي الأخرى، إذ إن المادة 50 من قانون العمل تحدد هذا التعويض بين أجره شهرين كحد أدنى وأجره اثني عشر شهراً كحد أقصى؛ مع التذكير هنا أن هذا التعويض يُحكّم به إضافة لما قد يستحقه العامل من تعويضات قانونية نتيجة صرفه من العمل.

يُضاف إلى ذلك أن القانون رقم 2018/83 يساعد العامل، الذي كشف الفساد، في إثبات سبب صرفه أمام مجلس العمل التحكيمي، كون موجب الإثبات لهذه الجهة يقع على عاتقه. ولهذه الغاية أجازت المادة 8/د للعامل المذكور أن يطلب إلى الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد أن تصدر تقريراً يبيّن العلاقة السببية بين الضرر الوظيفي وكشف الفساد؛ وتُضيف هذه المادة، أن مجلس العمل التحكيمي يستند إلى هذا التقرير في الدعوى المقامة أمامه من المتضرر لاعتبار صرفه، أو أي تدبير آخر متخذ بحقه، تعسفياً.

لم يكتفِ هذا النص بصلاحيّة تنظيم التقرير المشار إليه لبيان الصلة السببية بين الضرر والكشف، بل أجاز للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد أن تقترح على مجلس العمل التحكيمي منح العامل التعويض وفق المقدار المحدد في متته.

2- الموظف العمومي

تنص المادة 8/هـ من القانون رقم 2018/83 على أنه "إذا كان طالب الحماية موظفاً، على الهيئة أن توجّه طلبها في تصحيح الوضع وإعادة الأمور إلى ما كانت عليه إلى مجلس الخدمة المدنية أو إلى الإدارة المختصة. وعلى الإدارة المعنية النظر بالطلب بالأولوية وإفادة الهيئة عن النتيجة التي اقترن بها هذا الطلب خلال مهلة شهر من تاريخ وروده إليها، وذلك بكتاب معلّل خاضع لموجب السريّة".

يتبين من هذا النص أن القانون أولى الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد مراجعة مجلس الخدمة المدنية أو الإدارة المختصة من أجل تصحيح الوضع الوظيفي لكاشف الفساد؛ وبذلك

عضوين أحدهما ممثل عن أرباب العمل والآخر عن الأجراء. تحدد المادتان 77 و78 من القانون المشار إليه الشروط الواجب توافرها لتولي مهام رئاسة هذا المجلس والعضوية فيه، وكيفية التعيين.

يكون قد ترك لها الخيار في اللجوء الى أي من المرجعين المذكورين بدون تحديد أي معيار في هذا الخصوص.

يُفضّل في هذه الحالة أن توجّه الطلبات المشار إليها من الهيئة الى مجلس الخدمة المدنية، بالنظر الى الصلاحيات القانونية التي يتمتع بها لجهة تعيين الموظفين وترقيتهم وتعويضاتهم ونقلهم وتأديبهم وصرفهم من الخدمة وسائر شؤونهم الذاتية، وهو يتولى إجراء اللازم، وفق الأحكام القانونية، توصلًا لتصحيح وضع الموظف لدى الإدارة التي يتبع لها.

■ ثانيًا: وسائل الحماية

أ- سرية اسم الكاشف وهويته

تُحظّر المادة السادسة من القانون رقم 2018/83 على الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، وعلى أي عضوٍ من أعضائها أو من العاملين فيها، أو أي شخص آخر، الإفصاح عن اسم الكاشف وهويته بصفته هذه من دون موافقته المُسبّقة.

إن السرية التي تفرضها هذه المادة من شأنها أن تُجنّب الكاشف أي خطر ممكن أن يتعرض له، في ما لو اتّصل الى علم من تناولهم الكشف بأنه هو من تقدّم به. ولكن، كشف الهوية يصبح متاحاً متى كانت الغاية منه اتّخاذ الإجراءات الآيلة الى حماية الكاشف، وضمن الحدود التي تقتضيها هذه الحماية. هذا الأمر طبيعي إذ إن الحماية تستلزم حتماً معرفة هوية الكاشف المطلوب حمايته من قبل الأجهزة التي يتوجب عليها قانوناً اتّخاذ الإجراءات الحمائية. ويبقى كشف الهوية، في هذه الحالة، محدد النطاق بما تستلزمه الحماية وإجراءاتها وتدابيرها. هذه السرية تبقى قائمة، بموجب المادة عينها، حتى بعد إحالة القضية الى المراجع القضائيّة أو التأديبيّة المختصة؛ إنما يجوز للهيئة الوطنية لمكافحة الفساد إدراج اسم الكاشف بصفة شاهد في قائمة الشهود المحالة على الهيئات المختصة في حال موافقته.

في هذا الإطار، جاء التعديل الحاصل بموجب القانون رقم 2020/182 لينص على استفادة "كاشفي الفساد والشهود والخبراء والضحايا من الحمايا التي نصت عليها جميع فقرات الفصل السابع مكرر من قانون أصول المحاكمات الجزائية المضافة بموجب قانون معاقبة جريمة الإتجار بالأشخاص رقم 2011/164".

إن ما قصده التعديل، في الواقع، هو سرية هوية الشاهد عند الاستماع إليه من قاضي التحقيق في حال كانت هناك خشية من تعرضه لتهديد يطل حياته أو سلامته أو عائلته أو أحد أنسابه (المادة 370 (2) أ.م.ج.). ويبقى حق الشاهد في سرية هويته قائماً طالما لم يوافق هو على كشفها (المادة 370 (3) أ.م.ج.).

يقتضي التشديد هنا على أن سرية هوية الكاشف هي وسيلة أساسية لحماية؛ ولكن، يجب تعزيز ما ورد في الكشف بأدلة أخرى في سبيل التوصل إلى إثبات الفساد، إذ إن الاستناد إلى الكشف فقط، مع الاحتفاظ بسرية هوية من قدمه، يبقى قاصراً بحد ذاته عن تشكيل دليل كافٍ للإدانة الجزائية؛ وذلك واضح من صراحة المادة 370 (5) أ.م.ج. التي تنص على أنه "لا يجوز أن يقتصر التجريم على إفادة الشخص المُستمع إليه وفقاً لأحكام المادة 370 (2)، أي الشخص الذي يُستمع إليه كشاهد بدون كشف هويته.

وفي سبيل الإلزام بالنقيد بموجب الحفاظ على سرية هوية الشاهد، تنص المادة 2/6 من القانون رقم 2018/83 على معاقبة كل من يخالف أحكامها بالعقوبة المنصوص عليها في المادة 579 من قانون العقوبات. وبالرجوع إلى هذه المادة الأخيرة يتبين أنها تندرج تحت النبذة المعنونة "في إفشاء الأسرار"، وعقوبتها الحبس من ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز الأربعمائة ألف ليرة لبنانية.

ب- معاقبة من يلحق الضرر بسبب كشف الفساد

استحدث القانون رقم 2018/83 جرماً جديداً لمعاقبة من يلحق الضرر الوظيفي بكاشف الفساد وأفراد عائلته والعاملين لديه والخبراء والشهود، كما شدد عقوبات الجرائم المنصوص عليها في قانون العقوبات، والقوانين الأخرى النافذة، إذا كان الضرر خارج الإطار الوظيفي.

1- معاقبة إلحاق الضرر في الإطار الوظيفي

تنص المادة 11/أ من هذا القانون على أنه "كل من ألحق ضرراً في الإطار الوظيفي بكاشف الفساد أو بأحد الأشخاص المذكورين في المادة 10 (كان يجب أن تكون المادة 9 لأنها تذكر أفراد عائلة كاشف الفساد والعاملين لديه والخبراء والشهود، في حين لا تذكر المادة

10 أي أشخاص غير الكاشف) يُعاقب بغرامة تتراوح ما بين عشرة ملايين ليرة لبنانية ومئة مليون ليرة لبنانية".

استحدثت المشترع هذه الجريمة الجديدة لفرض الحماية الجزائية على حق كاشف الفساد، والأشخاص المذكورين أعلاه، في عدم التعرض لهم وظيفياً، والتعويض عليهم من جراء تضررهم من هذا الجرم، وفق المبادئ العامة للتعويض المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات الجزائية، إضافة الى ما يستحق لهم من تعويض وفق الأحكام الخاصة التي ترعى علاقتهم الوظيفية بالإدارة متى كانوا موظفين عموميين، وتلك التي ترعى علاقتهم بصاحب العمل في حال كانت هذه العلاقة خاضعة لقانون العمل.

2- معاقبة إلحاق الضرر خارج الإطار الوظيفي

تنص المادة 11/ب من القانون رقم 2018/83 على أنه "إذا كان الضرر خارج الإطار الوظيفي، تُطبّق عليه الأحكام الجزائية المتعلقة بالأفعال المعيّنة المنصوص عليها في القوانين النافذة، على أن تشدد من الثلث الى النصف بسبب ارتباطها بكشف الفساد".

بموجب هذا النص، الذي ينطوي على سبب مشدد للعقوبة، إذا ارتكب جرم بحق كاشف الفساد، أو الأشخاص المذكورين أعلاه، بدون أن يكون له علاقة بالوظيفة، كالتعرض لهم بالضرب أو التهديد بسبب كشف الفساد، يُلاحق الفاعل بجرم الضرب أو التهديد المنصوص عليهما في قانون العقوبات، مع تشديد العقوبات الواردة في النص الجرمي لكلّ منهما من الثلث الى النصف.

ج- إفادة الكاشف من العذر المحل والعذر المخفف

إن الأعدار المحلّة (les excuses absolutoires) هي التي يحددها القانون على سبيل الحصر، وتؤدي الى الإعفاء من العقاب على الرغم من بقاء أركان الجريمة كافةً وشروط المسؤولية عنها متوافرة، والأعدار المخففة (les excuses atténuantes) هي حالات يحددها المشترع أيضاً على سبيل الحصر، ويلتزم فيها القاضي بأن يُخفّض العقوبة الواردة في النص الجرمي وفق القواعد التي يحددها القانون⁽¹⁾.

(1) محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات القسم العام، المجلد الثاني، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، غير مذكورة سنة النشر، ص 1089، رقم 782، وص 1092، رقم 787.

1- شروط الإفادة من العذر المحل

توجب المادة 10/أ من القانون رقم 2018/83 لإفادة الكاشف من العذر المحل، في حال ارتكابه فعلاً جرمياً يتصف بالفساد أو مساهمته في مثل هذا الفعل، أن تتوافر الشروط التالية مجتمعة:

- مبادرة الكاشف من تلقاء نفسه الى تقديم الكشف.
 - حصول هذه المبادرة قبل مباشرة الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد أي استقصاءات أو تحقيقات، وقبل مباشرة المراجع القضائية الاستقصاءات أو التحقيقات أو الملاحظات، وقبل قيام المراجع الإدارية بإجراء التحقيقات الإدارية أو المسلكية.
 - أن يؤدي الكشف الى تبيان حالة فساد.
 - إسترداد الدولة للحقوق المترتبة لها بنتيجة أفعال الفساد موضوع الكشف.
- تقتضي الإشارة الى أنه في حال توافر هذه الشروط يستفيد الكاشف من الإعفاء من العقوبة الجزائية ومن العقوبة المسلكية على حدّ سواء، وفق صراحة نص المادة 10/أ.

2- شروط الإفادة من العذر المخفف

يُشترط، بحسب المادة 10/ب من هذا القانون، لإفادة الكاشف من العذر المخفف، "أن يتقدم بكشفه بعد بدء إجراءات الاستقصاء أو التحقيق أو المحاكمة، وقبل صدور أي حكم أو قرار قضائي أو تأديبي".

هنا يُطرح السؤال: ماذا لو تم تقديم الكشف بعد صدور قرار ظني أو قرار اتهامي وقبل صدور الحكم عن محكمة الأساس؟

جواباً على هذا السؤال، إن المادة المشار إليها اشترطت حصول الكشف قبل صدور حكم أو قرار قضائي؛ فعبارة "قرار قضائي" تشمل القرارات الظنية والاتهامية، وبالتالي، إن تقديم الكشف بعد صدور مثل هذه القرارات، ولو قبل صدور الحكم في الأساس عن قضاء الحكم، لا يؤدي الى استفادة الكاشف من العذر المخفف.

Ph. Nasr, Droit pénal général étude comparée entre les deux Codes libanais et français, Imprimerie St Paul, Jounieh, Liban, 1997, p. 56.

أما بخصوص مقدار التخفيف في حال توافر شروط الاستفاة من العذر المخفف، فإن القانون رقم 2018/83 يحيل الى نص المادة 251 من قانون العقوبات.

د- عدم سريان وبطلان كل ما يعيق تطبيق القانون رقم 2018/83

1- عدم السريان

تنص المادة 17/أ من القانون رقم 2018/83 على أنه "لا تسري جميع الأحكام القانونية والتنظيمية والقرارات الإدارية التي تتعارض مع أحكام هذا القانون أو لا تأتلف معه". هذا النص يعزز حماية كاشفي الفساد ويشجعهم على تقديم كشوفاتهم بدون أن يخشوا مواجهتهم بمخالفات قد تكون ناتجة عن تطبيق أحكام قانونية متعارضة، أو قرارات إدارية، لا سيما تلك الصادرة عن رؤوسائهم الذين يتبعون لهم تسلسلياً.

2- بطلان البنود التعاقدية المتعارضة مع القانون رقم 2018/83

بموجب المادة 17/ب من القانون رقم 2018/83 يُعتبر باطلاً كل بند في عقد العمل، أو في أي عقد آخر، يتعارض مع أحكام هذا القانون أو يكون من شأنه إعاقة تطبيقه. هذا النص يحول دون خشية كاشفي الفساد من مواجهتهم بمخالفة العقد الذي يربطهم مع صاحب العمل، وما ينتج عن هذه المخالفة من مسؤولية تعاقدية. فإذا تضمن عقد العمل، على سبيل المثال، بنداً بموجبه يشترط صاحب العمل على العامل عدم تقديم معلومات الى أي مرجع تتعلق بالفساد تكون قد اتّصلت الى علمه في معرض تنفيذ عقد العمل، يكون هذا البند باطلاً بموجب النص المشار إليه، ويمكن بالتالي للعامل أن يعتبره كأنه لم يكن، ويتقدّم بكشف الفساد بدون أن يكون عرضة لأي مسؤولية مبنية على مخالفة أحكام العقد.

هـ- تطبيق أحكام المادة 387 من قانون العقوبات على جرم الذم

تنص المادة 16 من القانون رقم 2018/83 على أنه "يُبرأ الظنين وفقاً لأحكام المادة 387 عقوبات، إذا كان موضوع الذم عملاً يتعلق بفساد قام به موظف، بحسب مفهومهما المحدد في المادة الأولى من هذا القانون وثبتت صحته".

تقتضي الإشارة في البدء الى عدم دقة عبارة "بيراً الظنين" الواردة في هذا النص، لعدم انطباق مفهوم "البراءة" على هذه الحالة، إذ إن الحكم بإعلان البراءة هو نتيجة لعدم وجود دليل على ارتكاب المدعى عليه الجرم أو مساهمته في ارتكابه، وذلك بحسب المادة 197 أ.م.ج. في حين أن المسألة هنا لا تتعلق بالدليل، إنما بسبب بغير فعل المدعى عليه بالذم بحق الموظف العام متى تُثبت صحة الوقائع، وإن مثل هذا السبب يؤدي في حال توافره الى إزالة الصفة الجرمية عن فعل حاصل وليس الى إزالة الدليل على حصوله، وتكون نتيجة ذلك "إبطال التعقبات" بحق المدعى عليه وليس "تبرئته" وذلك بحسب المادة 198 من القانون عينه. أما لجهة تحديد المقصود بثبوت إقدام الموظف العمومي على الفساد، كشرط لإبطال التعقبات بحق الكاشف بجرم الذم، فإنه تقتضي العودة الى التفسير الذي أعطته محكمة التمييز الجزائية لهذا "الثبوت" في معرض بحثها في المادة 387 من قانون العقوبات، كون المادة 16 من القانون 2018/83 تحيل إليها.

فقد ورد في القرار التمييزي "أن عبارة "ثبتت صحته" الواردة في المادة 387 من قانون العقوبات إنما تعني عملاً بالمنطق القانوني واستناداً لقاعدة التفسير بالمفهوم المعاكس أن إثبات صحة الوقائع موضوع الذم إنما يعني، إقامة الدليل على أنها ليست كذباً مجرداً أو اختلاقاً، وبالتالي، فتمكّن المدعى عليها من الإتيان بأدلة منتجة وذات أسس جدية، يستدعي إفادتها من البراءة التي أتاح المشترع إمكانية منحها إيّاها، ودونما حاجة لإلزامها بأن تأتي بالدليل القاطع الحاسم على صحة كل واقعة من الوقائع المسندة لمن يدعي بأن ذماً قد لحق بشرفه واعتباره طالما أنها تمكّنت من إثبات المنحى العام المنحرف لسلوكه الوظيفي، وكل ذلك إعمالاً للقاعدة التفسيرية التي تُحتم تفسير النصوص الجزائية الغامضة والتي تحتمل التأويل على النحو الأكثر مراعاة للمدعى عليه، وبالتالي فلا يؤخذ عليها إذا ما عجزت عن الإتيان بالدليل الجازم والقاطع لإثبات صحة جميع ما تم بثه تلفزيونياً، لأن ما أبرزته من قرارات تأديبية متعددة ومتقاربة زمنياً، تقيم الدليل على أن ما بُثَّ بحق المدعي ليس كذباً مجرداً أو مُختلقاً، وهذا يعني إثباتاً لصحة الوقائع موضوع الذم المشار إليه في المادة 387 من قانون العقوبات لأن ما أورده في حلقاتها التلفزيونية قد أتى ضمن إطار تأديبية واجبها الإعلامي وعلى سبيل النقد المباح، وليس بقصد التشهير بالعاملين فيها أو المساس بشرفهم

وفي عدادهم المدعي، بل بقصد المؤازرة على مكافحة آفة الهدر المزمّن التي تكاد تقوّض كيان الدولة⁽¹⁾.

هذا التفسير الذي اعتمده محكمة التمييز يؤدي الى توسيع نطاق حرية نقد عمل الموظف العام، وينسجم مع الغاية التي من أجلها شرّح نص المادة 387 من قانون العقوبات ويُفَعَل سُبُل إعماله، وإن القول بعكس ذلك، واشتراط الثبوت الحاسم للوقائع، كشرط لإفادة المدعى عليه من نتيجة هذا النص، من شأنه أن يجعل المدعى عليه في موقع الخصومة مع الموظف العام كون قواعد الإثبات تفرض تقديم الدليل الحاسم كي يثبت الخصم ما يسوقه من ادعاءات بحق خصمه، الأمر الذي لا ينطبق على الحالة الحاضرة حيث لا خصومة بين المدعى عليه والموظف العام إنما ممارسة للأول لحق مكرّس دستورياً يتناول الإضاعة على عمل الثاني في ما يتعلق بعمله في الإدارة العامة ونقد هذا العمل. كما أن هدف النص المذكور هو تحفيز الأفراد على نشر كلّ ما يتّصل الى علمهم من معلومات حول الانحراف في سلوك الموظفين العموميين متى كان يوجد ما يعززه جدياً، فإذا تمكّن المدعى عليه من تقديم الدليل على جديّة ما نشره بشكل عام يستفيد من هذه الحماية. ولو أراد المشتري اشتراط الثبوت الكامل، لما نصّ أصلاً على هذه الحماية؛ كون هذا الثبوت لا يمكن أن يحصل إلا بعد ملاحقة قانونيّة تنتهي بحكم مبرم، ما يخرج عن نطاق سلطة المدعى عليه الذي لا يملك أصلاً وسائل الإثبات بالمعنى المذكور وليس هو المرجع المخوّل قانوناً بتقدير الثبوت من عدمه⁽²⁾.

هذا المنحى في التفسير، بما يستند إليه من مبررات، يجب تطبيقه عند تفسير المقصود "بثبوت صحة" كشف الفساد الذي قام به الموظف العمومي، كشرط لإبطال التعقبات بجرم الذم الذي يمكن أن يُنسب الى كاشف الفساد بنتيجة هذا الكشف؛ وذلك في ضوء إحالة المادة 16 من القانون رقم 2018/83 الى المادة 387 من قانون العقوبات، والى وحدة الهدف من هذين النصين.

(1) تمييز جزائي، الغرفة الثالثة، رقم 87، تاريخ 2010/3/24، صادر في التمييز، القرارات الجزائية، 2010، ص 75، رقم 5.

(2) زياد مكنّا، "حرية التعبير عن الرأي في حماية القضاء الجزائي"، العدل، العدد الأول، 2019، ص 13.

وما يعزز هذا التوجّه أيضاً، هو أن المادة 33 من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد توجب حماية من يُبلّغ عن الفساد عندما يقوم بذلك "بحسن نية ولأسباب وجيهة"؛ ما يدلّ على أن الحماية غير مشروطة بالثبوت الجازم لما أورده كاشف الفساد، إنما بحسن نيّته وبعدم اختلاقه الوقائع، وبأن تكون هناك معطيات أوليّة تشير الى إمكانية صحة ما تضمّنه الكشف. نشير هنا الى أن هذا المنحى تكرّس أيضاً في قرار صادر عن قاضي الأمور المستعجلة في بيروت في معرض فصله بطلب تقدّم به مراقب في الجمارك لإلزام إعلامي كتب على صفحته على موقع فايسبوك تصريحاً يتضمن إشارة اليه بالأحرف الأولى من اسمه في مسألة تهريب أجهزة خلويّة من المطار بإزالة هذا التصريح لأنه ينطوي على ذم ويسيء الى سمعته ومركزه الاجتماعي، وقد طلب المستدعي بوجهه رد طلب المستدعي مستنداً الى حقه في التعبير عن الرأي وفضح الفساد كإعلامي وأنه اكتفى بعرض الوقائع لا سيما لجهة مغادرة المستدعي موقعه عند مرور البضائع المهرّبة، وقد أدعت النيابة العامة على عدد من الأشخاص في هذا المجال ما يؤكد صحة خبره.

إستند قرار قاضي الأمور المستعجلة الى مقدمة الدستور والى مادته الثالثة عشرة والى العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنيّة والسياسيّة والى حق الجمهور في المعرفة والى المادة الثالثة عشرة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، وورد في حيثياته:

"حيث أن حق الجمهور في المعرفة وما يستتبعه من حرية نقل المعلومات وتلقيها وحرية التعبير والصحافة بشكل عام هي من الحقوق الأساسيّة الواجبة الحماية وقد يتم تبديتها على حقوق أخرى في بعض الأحيان كالحق في المحافظة على السمعة أو حماية حرمة الحياة الخاصة لا سيما متى كان الأمر يتعلق بممارسة السُلطة العامة وكشف إساءة استعمال السُلطة والفساد.

وحيث أن المادة الثالثة عشرة من اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد أوجبت على الدول أخذ التدابير المناسبة لتشجيع أفراد وجماعات لا ينتمون الى القطاع العام على المشاركة النشطة في منع الفساد ومحاربتة ولإنكاء وعي الناس في ما يتعلق بوجود الفساد وأسبابه، عبر تدابير عديدة، منها خاصة ما يضمن تيسر حصول الناس فعلياً على المعلومات واحترام وتعزيز حماية حرية التماس المعلومة المتعلقة بالفساد وتلقيها ونشرها وتعميمها.

وحيث في الحالات التي يتواجه فيها كل من حرية التعبير والصحافة وحق الجمهور بالمعرفة من جهة، والحق بحماية السمعة والحياة الشخصية من جهة أخرى لا بد من التحقق من الهدف الذي يتم السعي اليه وتحديد ما إذا كان يخدم فعلاً مصلحة عامة من الواجب إطلاع الجمهور عليها ومن حق هذا الأخير معرفتها، أم إنه يشكل تعريضاً غير مبرر لحرمة الحياة الشخصية وصورة الشخص الواجبة الحماية وفقاً للمواثيق عينها التي تحمي حرية التعبير⁽¹⁾.

تكمن أهمية هذا القرار في أنه تطرق الى مسألة العلاقة بين المصلحة العامة التي تستفيد من الإضاعة على أي ناحية من نواحي الفساد في الإدارة العامة من جهة، والمحافظة على السمعة وحرمة الحياة الشخصية من جهة أخرى، وغلب الأولى على الثانية متى كان الأمر يتعلق بكشف الفساد وسوء الإدارة العامة. وهو بذلك يلتقي مع ما ذهب اليه القرار التمييزي المشار إليه أعلاه في أنه في قضايا الشأن العام والحفاظ على الماليتة العامة والنزاهة في إدارة المرافق العامة لا يجوز للموظف التدرع بسمعته وبما قد يلحق من ضرر فيها إذا تم تناوله لأسباب وجيهة مرتبطة بالوظيفة دون أن يكون الهدف منها النيل منه على الصعيد الشخصي.

من ناحية أخرى، يلفت في هذا القرار الاستناد الى اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد في ما ورد فيها لجهة وجوب تشجيع الأفراد على متابعة قضايا الشأن العام المرتبطة بالفساد وتأمين حقهم في الوصول الى المعلومات والى نشرها، وإن ما تقدم لا يمكن أن يكون له معنى واقعاً إلا في تأمين الحماية القضائية لهؤلاء الأفراد من أي ملاحقة قد يتعرضون لها بسبب مساهمتهم في الإضاعة على مكامن الفساد. وقد جاء هذا القرار سابقاً لصدور قانون حماية كاشفي الفساد، ومتضمناً الخطوط الأساسية الواجب اعتمادها في سبيل تشجيع الأفراد على الانخراط في متابعة قضايا الشأن العام، الأمر الذي ينعكس حتماً على حسن الأداء⁽²⁾.

(1) قاضي الأمور المستعجلة في بيروت (جاد معلوف)، تاريخ 2014/11/26، مشار إليه في مقال لنزار صاغية بعنوان: "حرية التعبير في لبنان فضحاً للفساد في قرارات قضائية حديثة أو: حين غلب القضاء المصلحة العامة على اعتبارات الكرامة الشخصية"، موقع المفكرة القانونية، تاريخ 2015/1/13.

(2) زياد مكنا، الدراسة السابقة، ص 16.

• البند الثاني: الحوافز

بهدف تشجيع كاشفي الفساد على التقدّم بما لديهم من معلومات، خصّهم القانون رقم 2018/83 بحوافز، هي عبارة عن مكافآت ومساعدات، وأناط بالهيئة الوطنية لمكافحة الفساد اتخاذ القرار بمنحها. إن اختصاص هذه الهيئة حصري لهذه الجهة، ولكن؛ إذا تقدّم الكاشف بكشفه الى النيابة العامة المختصة عملاً بتعديل العام 2020، تبقى حقوقه محفوظة لجهة الحوافز، إنما يجب أن يطالب بإقرارها أمام الهيئة.

إن المكافأة هي مبلغ من المال يتم تخصيصه للكاشف مقابل كشفه للفساد، والمساعدة هي مبلغ من المال يُعطى للكاشف مقابل الضرر المادي والجسدي اللاحق به بنتيجة الكشف. لكي تستحق المكافأة والمساعدة للكاشف يجب، بحسب المادة 15/ج، ألا يكون مشاركاً بأي وسيلة في الفساد موضوع الكشف، كما يقتضي بحسب المادة 14/أ أن يؤدي الكشف الى حصول الإدارة على مبالغ أو مكاسب مادية، كتحصيل ضرائب أو استعادة مال مُختلس؛ وكذلك إذا أدى الى تجنب الإدارة خسارة أو ضرراً مادياً، كقيام الكاشف بكشف فساد أثناء دراسة ملف ضريبي لاحتساب الضريبة على أحد المُكلفين.

حددت المادة 14/ب الحد الأقصى لقيمة المكافأة أو المساعدة بخمسة بالمائة من قيمة المبالغ المحصّلة أو المكاسب المادية التي حققتها الإدارة، أو الخسارة أو الضرر الذي أدى الكشف الى تجنّب حصولهما. وفي حال عدم إمكانية تقييم مردود الكشف، تستند الهيئة الى أهميته لتقدّر المكافأة والمساعدة، على أن لا تتعدى قيمة كلّ منهما خمسين ضعف الحد الأدنى للأجور، المحدد بستمائة وخمسة وسبعين ألف ليرة لبنانية.

في حال قررت الهيئة مساعدة الكاشف من جزاء الأضرار اللاحقة به، يجوز للدولة بعد دفع قيمة المساعدة، الرجوع على مسبب الضرر لاستعادة ما دفعته، كما يمكنها مداعاة ضامن مسبب الضرر لهذه الغاية متى توافرت شروط هذه المداعاة.

يتم دفع قيمة المكافآت والمساعدات من اعتماد خاص بموازنة وزارة المالية أوجبت المادة 13 من القانون رقم 2018/83 فتحه لهذه الغاية. تتمتع قرارات الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد التي تُخصّص مكافآت أو مساعدات لكاشفي الفساد بصفة الإلزام لجهة نفاذها، وتُبلّغ الى وزير المالية بهذه الصيغة بهدف صرف المبالغ المقررة لصالح مُستحقيها.

○ الخاتمة

يكرّس القانون رقم 2018/83 الحماية لكاشفي الفساد بأكثر من وسيلة، سواء في الإطار الوظيفي أم خارجه، كما يحفزهم على التقدم بالكشوفات عبر تخصيصهم بمكافآت ومساعدات؛ فهو بذلك يتوافق، نظرياً، مع متطلبات اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد، لا سيّما المادة 33 منها.

ولكن؛ تبقى العبرة في التطبيق، وهنا التقييم الفعلي لأي قانون بشكل عام، ولمثل القانون موضوع البحث بشكل خاص، إذ إن المرتجى منه مكافحة آفةٍ ضربت أساسات المجتمع على أكثر من صعيد.

لا يُخفى على المراقب الموضوعي أنه بعد مرور أكثر من سنتين ونصف السنة على صدور هذا القانون لم يُحرز تقدماً ملموساً في تشجيع من لديهم معلومات عن الفساد على التقدّم بها الى المراجع المختصة. أكثر من ذلك، إن الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، التي هي المرجع الذي ينيط به القانون أكثرية الصلاحيات، لا تزال غير مُشكّلة.

من هذا المنطلق، يجب، كخطوة أولى، الإسراع في تشكيل الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد، لا سيّما بعد أن تشكّلت الحكومة بعد طول انتظار، لتبدأ هذه الهيئة ممارسة مهامها القانونية، ومنها صلاحياتها بموجب القانون رقم 2018/83. وبالتلازم مع ذلك، يجب التواصل بين المعنيين جميعاً في تطبيق هذا القانون للتوافق على السُّبل التي تؤدي الى أفضل تطبيق.

من جهة أخرى، يجب نشر ثقافة التبليغ عن الفساد، وإعلام المواطنين بحقوقهم في حال التبليغ، فلا يُفترض بهم الإلمام بتفاصيل هذه الحقوق، إنما يجب إطلاعهم عليها بشكل مُبسّط، وإفساح المجال أمامهم للاستفسار، عبر التواصل مع المراجع المعنية، في حال رغبوا بذلك.

يبقى الأهم هو خَلق القناة لدى المواطنين في أنهم إذا تقدّموا بكشوفات فساد ستتم معالجتها بجديّة والسير بها في مدد معقولة توصلاً لإدانة من يثبت ضلوعهم في الفساد وإلزامهم بالتعويض. فلا يُلام مواطن على إحجابه عن تقديم معلومات الى أي جهة رسميّة، مع ما قد ينطوي ذلك على خطر على سلامته وسلامة أفراد عائلته ووضعه الوظيفي، إذا كان على قناة مُسبّقة في أنها لن تصل الى أي نتيجة.

الدراسة الثانية:

**النصاب بين العدد والمصطلح المستخدم من المشرع
الدستوري... وتدابير الضرورة**

أ.د. سامي علوية

اللقاء الأول بين اللبنانيين وبين لفظة "دستور" يعود الى العام 1908 حيث لاقت هذه الكلمة رواجاً منقطع النظير وأصبحت على كل شفة ولسان في ذلك العام، عندما أطاحت ثورة الضباط العثمانيين بالسلطان عبد الحميد الثاني، فأصابت اللبنانيين نشوة عارمة اجتاحت النفوس، حيث كانت هذه الذاكرة الجماعية مشدودة إلى الشعارات التي شاعت منذ قيام الثورة الفرنسية، وكان من ثمارها الترنم الانشادي بأقانيم الديمقراطية الثلاثة وهي الحرية والاخاء والمساواة. وقد نشأت منذ ذلك الحين في لبنان وفي بيروت الجمعيات الوطنية والاصلاحية، وتنوّعت الخطب وسرت حمياً الاضطلاع بالشأن العام فبلغت شأواً فاق كل توقع، وكان من نتاجه صدور ذلك القانون في الأستانة الذي نظّم نشوء الجمعيات عام 1909، وصار تطبيقه عفواً في جميع أجزاء السلطنة العثمانية، وكانت بيروت رائدة في العمل به، وهو لا يزال حتى اليوم ثمرة يانعة من ثمرات الدستور، ويعد خطوة متقدمة في خطوات الحرية الاجتماعية والسياسية، بدليل أننا حتى اليوم - ورغم مرور أكثر من مئة عاماً على هذا التشريع - لم نستطع حتى اليوم أن نزيد مدماكاً واحداً من الحرية على هذا التشريع المطبق لدينا والعائد لعام 1909، بل على العكس، لقد حاولت بعض الحكومات المتعاقبة أن تتقص من السعة المنبسطة في هذا القانون وأن تجد من الطابع الحر الملازم له، فلم تستطع أن تمسّ في وجوده قيد أنملة، أمام رقابة الرأي العام غير المهادن والممانع في أي رجوع عن أي من الانجازات الديمقراطية الحرة⁽¹⁾.

(1) من قانون الأستانة حتى المجلس الدستوري دراسة منشورة في مجلة الحياة النيابية 1994 مجلد 11 ص 46.

وانتقل مدلول الكلمة بعد الحرب العالمية الأولى من نغم ونشوة في النفوس إلى نصوص تجسّدت في كتاب هو دستور عام 1926، وهي مرحلة ثانية من مراحل تعرف اللبنانيين إلى هذا المفهوم العام.

فكان عبور الدستور من معنى في النفس إلى كتابة في الطرس عبر نشر أول دستور خطي في لبنان في العام 1926، والذي أعقب تكوين الجمهورية اللبنانية، المنشأة في أعقاب الحرب الكونية الأولى، حيث سعى الآباء البناة لهذا الدستور - بالرغم مما كان من محدودية تحركهم أثناء الانتداب - إلى توطيد قاعدة قيام الدولة على أساس شرعية سياسية أساسية تمثلت بدستور العام 1926.

وقد شكلت السلطة المشترعة النواة الأساسية لهذه الشرعية، مما دفع سلطة الانتداب في العام 1927 إبان ولاية الرئيس شارل دباس إلى إدخال بعض التعديلات على وثيقة العام 1926 من خلال القانون الدستوري الصادر في 17 تشرين الأول سنة 1927 "قانون تعديل الدستور اللبناني" والذي أدخل تحوير في تأليف المجلس النيابي ليتكون من فئتين من النواب، النواب المنتخبين والنواب المعيّنين حيث عدلت المادة 2 من قانون تعديل الدستور اللبناني سنة 1927 المادة 24 من الدستور الصادر في 23 أيار 1926 على الوجه الآتي: يتألف مجلس النواب: 1- من نواب منتخبين يكون عددهم وكيفية انتخابهم وفاقا لأحكام القرار رقم 1307 التي تبقى مرعية الاجراء الى ان يضع المجلس قانونا جديدا للانتخاب.

2- من نواب معيّنين بمرسوم من رئيس الجمهورية يتخذه بمجلس الوزراء بموجب القواعد المنصوص عليها بقانون الانتخاب المعمول به وذلك بما يتعلق بتمثيل الطوائف والمناطق الانتخابية. اما عدد النواب المعيّنين فيوازي نصف عدد النواب المنتخبين⁽¹⁾.

(1) علما انه بموجب الدستور الصادر في 23 أيار 1926 تأليف مجلسي الشيوخ والنواب على الشكل التالي:

(أ) مجلس الشيوخ

المادة 22: يؤلف مجلس الشيوخ من ستة عشر عضوا يعين رئيس الحكومة سبعة منهم بعد استطلاع رأي الوزراء وينتخب الباقون وتكون مدة ولاية عضو مجلس الشيوخ ست سنوات ويمكن ان يعاد انتخاب الشيوخ الذين انتهت مدة ولايتهم او ان يجدد تعيينهم على التوالي.

(ب) مجلس النواب

المادة 24: ينتخب اعضاء مجلس النواب وفاقا للقرار 1307 المؤرخ في 8 اذار سنة 1922 الذي يبقى نافذا الى ان تضع السلطة المشترعة قانونا جديدا للانتخابات.

وبموجب هذا التعديل أصبحت تتولى السلطة المشتركة "هيئة واحدة هي مجلس النواب"، بعد ان كان السلطة المشتركة تتولاها "هيئتان هي مجلس النواب ومجلس الشيوخ"، وحل تعيين النواب بدلاً من تعيين الشيوخ.

وبما ان النصاب شكل في تلك المرحلة المبكرة، شرطاً جوهرياً وقاعدة دستورية لصحة انعقاد الهيئات التمثيلية الدستورية (ومنها مجلس النواب) وتمكينها بالتالي من التداول والمناقشة واتخاذ القرارات الصحيحة.

فقد حرصت سلطة الانتداب في تقييد السلطة المشتركة لصالح رئيس الجمهورية آنذاك، فكان لا بد من تكريس دور النواب المعيّنين البالغ عددهم نصف عدد النواب المنتخبين، في التحكم بالعمل البرلماني نصاباً وتصويتاً وتشريعاً، من خلال تعديلات اخرى استحدثتها التعديل الدستوري للعام 1927، حيث اضيف مصطلح "الاعضاء الذين يؤلفون المجلس قانوناً" في كافة المواد التي تحدد نصاب الحضور والتصويت.

ومنذ ذلك التعديل وما تلاه من تعديلات، لاتزال الإشكاليات الناشئة عن مفهوم واسس احتساب النصاب في مجلس النواب احد ابرز عناوين ومحطات المسيرة الدستورية، حيث كانت السلطة المشتركة تشدد على مقاربة الإشكاليات الدستورية الناشئة عن النصاب، انطلاقاً مبدأ الفصل بين السلطات، وإبقاء مجلس النواب منبعثاً مباشرة عن ارادة الشعب اللبناني، وتحرير الدستور من الوصاية على بعض نصوصه.

○ أولاً: تحديد النصاب بين العدد والمصطلح المستخدم من المشرع الدستوري

ان النصاب هو قاعدة قانونية ترعى اجتماعات الهيئات الجماعية التقريرية سواء في حقل القانون العام أم القانون الخاص وتشكل شرطاً يجب مراعاته كي تكون هذه الاجتماعات صحيحة وتتبنى عنها قرارات صحيحة.

وفي مجال القانون الدستوري، يشكل النصاب قاعدة دستورية تضع شرطاً لصحة انعقاد الهيئات الجماعية الدستورية (ومنها مجلس النواب) وتمكينها بالتالي من التداول والمناقشة واتخاذ القرارات الصحيحة.

وبالنسبة لمجلس النواب، يتمثل النصاب عمليا بحضور عدد معين من النواب الى المجلس، والتتاهم للمناقشة والتصويت على القرارات، على أن يمثل هذا العدد نسبة معينة تبلغ حدا أدنى لا بد منه من أصل عدد نواب المجلس، مع العلم ان هذه النسبة قد تختلف تبعا للمواضيع المطروحة.

ليتم حساب النصاب القانوني أي يتم التحقق من حضور والتتام النسبة المطلوبة من النواب على ضوء رقمين:

– رقم يمثل أصل عدد النواب الذين يتألف منهم المجلس وهذا العدد يحدده قانون الانتخاب بموجب المادة 24 من الدستور.

– رقم يمثل عدد النواب الحاضرين في الجلسة والذين لهم حق الحضور والتصويت. والنصاب اللازم لانعقاد الجلسة أصولا والتداول والتصويت يكون متوفرا عندما يبلغ حاصل قسمة الرقم الثاني على الرقم الاول نسبة معينة يكفي مبدئيا أن تزيد عن النصف ما لم يرد نص مخالف لهذه القاعدة المبدئية.

وتجدر الإشارة الى ان النسبة المكونة للنصاب تختلف في أنظمة الدول لكنها عموما تتراجع عندما يكون عدد أعضاء الهيئة الجماعية كبيرا بحيث يتعذر تأمين حضور جميع الاعضاء لأسباب مختلفة لكنها ترتفع كلما قل عدد أعضاء الهيئة وقد يصبح حضور جميع الأعضاء إلزاميا عندما يصبح العدد صغيرا جدا وعندما يصبح النصاب رقما ثابتا ويستعان بالأعضاء الردفاء اذا تعذر حضور الأصليين.

وتجدر الإشارة الى ان النسبة المكونة للنصاب تختلف أيضا مع اختلاف الهيئات واختلاف المواضيع المبحوثة وقد يحددها القانون صراحة أحيانا ويفترض نسبة معينة أحيانا لكنه عند عدم النص تطبق القاعدة العامة القائلة بانعقاد النصاب مع حضور نصف عدد أعضاء الهيئة زائد واحد على الأقل أو بالأحرى العدد الصحيح الذي يلي هذا النصف.

الا ان النسبة المكونة للنصاب، حتى عندما تكون معروفة ولا خلاف بشأنها، قد يصعب أحيانا حسابها بنتيجة إشكالات تقع حول تحديد الرقمين اللذين تحدد على ضوءهما، ومن هذه الإشكالات على الأخص بالنسبة لمجلس النواب⁽¹⁾ ما يلي:

(1) استشارة رقم 1988/1374 تاريخ 1988/1/20، الهيئة: الرئيس جبران منصور، طالب الرأي: وزير العدل، الموضوع: إبداء الرأي بشأن اقتراح قانون يرمي الى اعتبار عدد استثنائي لأعضاء مجلس النواب بالنسبة للنصاب المقرر في الدستور.

أ- تحديد عدد أعضاء المجلس: فهل يعتمد مجموع عدد أعضاء المجلس الذي نص عليه قانون إنشائه بشكل دائم ومستمر أم تحسم منه المراكز الشاغرة بسبب الوفاة أو إبطال الانتخاب أو الاستقالة وما شاكلها؟

ب- ولا يكفي للإجابة عن هذا السؤال، حسم الإشكال الناجم عن تحديد رقم عدد النواب الذي يقاس بالنسبة اليه عدد النواب الحاضرين في الجلسة للتأكد من التتام النصاب، وإنما لا بد قبل أي شيء آخر الرجوع الى التعبير الذي استعمله واضع الدستور عندما أوجب هذا النصاب صراحة أو ضمناً، حيث ان المشتري الدستوري اشترط في المواضيع المختلفة غالبية حدد نسبتها من:

- مادة 34: «من الأعضاء الذين يؤلفون المجلس».

- مادة 30 "ملغاة": «من مجموع الأعضاء».

- مادة 44: «من أصوات المقترعين».

- مادة 49: «من مجلس النواب».

- مادة 57: «من مجموع الأعضاء الذين يؤلفون المجلس قانوناً».

- مادة 60: «مجموع أعضاء مجلس النواب».

- مادة 70: «مجموع أعضاء مجلس النواب».

- مادة 77: «من مجموع الأعضاء التي يتألف منها المجلس قانوناً».

- مادة 79: «الأعضاء الذين يؤلفون المجلس قانوناً».

ت- بالإضافة الى ذلك فقد تنشأ أزمة تهدد انعقاد مجلس النواب في ظل الحاجة للتشريعات لإقرار مشاريع مصيرية، او ان يتعذر انعقاد المجلس تكراراً لفقدان النصاب بحيث يصبح انعقاده مستحيلاً بالنظر لوفاة عدد كبير من النواب ويصبح الخطر محققاً حقا على الكيان بسبب غياب المجلس، عندها يثور التساؤل حول مدى إمكانية البحث فيما اذا كان بالإمكان اللجوء الى تدبير ضرورة للخروج من الأزمة سواء بشكل تعديل الولاية او تعديل احكام النصاب.

○ ثانياً: النصاب في الدستور اللبناني النصاب العام والحالات الخاصة

ورد في الدستور اللبناني نص عام بشأن النصاب القانوني كما وردت نصوص أخرى أوجبت نصاباً استثنائياً مغايراً في حالات أخرى.

وقد ورد النص العام في المادة 34 منه، أما النصوص التي نصت صراحة على نصاب خاص في حالات خاصة فقد وردت في المادة 79 منه؛ والنصوص التي، ولئن لم تنص صراحة على نصاب خاص في حالات أخرى إلا أنها تقترضه حتماً وإلزاماً، وردت في المواد 49 و60 و70 و77 منه.

أ- النصاب العام:

النصاب العام لحظته المادة 34 من الدستور، حيث نصت على أنه لا يكون اجتماع المجلس قانونياً ما لم تحضره الأكثرية من الأعضاء الذين يؤلفونه وتتخذ القرارات بغالبية الأصوات. وإذا تعادلت الأصوات سقط المشروع المطروح للمناقشة.

وهذا النصاب العام كانت كرسته المادة 55 من النظام الداخلي لمجلس النواب الصادر في 18 تشرين الأول سنة 1994 التي نصت على أنه: "لا تفتح جلسة المجلس إلا بحضور الاغلبية من عدد اعضائه ولا يجوز التصويت الا عند توافر النصاب في قاعة الاجتماع.

- اما المناقشات فلا تستوجب استمرار توافر النصاب.

- اذا رفعت الجلسة قبل الانتهاء من مناقشة موضوع ما، حق لرئيس المجلس اعلان الجلسة مفتوحة، والجلسات التي تعقد فيما بعد لاستكمال البحث تعتبر استمراراً للجلسة الاولى." وهذا النصاب العام واجب التطبيق عند سكوت النص فهو النصاب العادي ولا يمكن

استبعاده إلا بنص مخالف صريح والدليل على ذلك مزدوج:

- ان واضع الدستور أورد المادة 34 التي نصت على هذا النصاب في معرض الأحكام العامة.

- ان واضع الدستور عندما حدد هذا النصاب لم يقرنه ببحث أي موضوع معين بل وضعه كشرط لكل اجتماع للمجلس كي يعتبر قانونياً خلافاً لما فعل في النصوص الأخرى التي لحظ فيها نصاباً خاصاً وحدد المواضيع التي تشترط التمام هذا النصاب الخاص.

ب- حالات النصاب الخاص:

هذه الحالات منها ما أتى النص عليه صريحا (المادة 79)، ومنها ما افترضه النص إلزاما (المواد 49 - 60 - 70 - 77).

1- حالة النص الصريح على النصاب الخاص:

وهي الحالة التي وردت صراحة في المادة 79 من الدستور والتي تنص على انه لا يمكن المجلس أن يبحث أو يصوت على مشروع يتعلق بتعديل الدستور «ما لم تلتئم أكثرية مؤلفة من ثلثي الأعضاء الذين يؤلفون المجلس قانونا⁽¹⁾».

“que lorsque la majorité des deux tiers des membres qui composent légalement la Chambre des Députés se trouve réunie”.

2- حالات النصاب الخاص المفترض إلزاما بنص دستوري:

♦ النصاب المفترض في المادة 49: تعرّض هذا النص ثلاث مرات للتعديل⁽²⁾:

(1) عدل نص المادة 79 بموجب المادة 44 من القانون الدستوري الصادر في 1927/10/17، ثم عدل مجددا بموجب المادة الاولى من القانون الدستوري رقم 18 تاريخ 1990/9/21، على الوجه التالي:

عندما يطرح على المجلس مشروع يتعلق بتعديل الدستور لا يمكنه ان يبحث فيه أو ان يصوت عليه ما لم تلتئم أكثرية مؤلفة من ثلثي الأعضاء الذين يؤلفون المجلس قانونا ويجب أن يكون التصويت بالغالبية نفسها. وعلى رئيس الجمهورية أن يصدر القانون المتعلق بتعديل الدستور بالشكل والشروط نفسها التي تصدر وتنتشر بموجبها القوانين العادية ويحق له خلال المدة المعينة للإصدار ان يطلب الى المجلس بعد اطلاق مجلس الوزراء اعادة المناقشة في المشروع مرة أخرى ويصوت عليه بأكثرية ثلثي الأصوات أيضا.

(2) عدل نص المادة 49 بموجب المادة 25 من القانون الدستوري الصادر في 1927/10/17 و بموجب المادة 3 من القانون الدستوري الصادر في 1929/5/8 و بموجب المادة 2 من القانون الدستوري الصادر في 1947/1/21 و بموجب المادة الاولى من القانون الدستوري الصادر في 1948/5/22، ثم عدل مجددا" بموجب المادة الاولى من القانون الدستوري رقم 18 تاريخ 1990/9/21 على الوجه التالي:

رئيس الجمهورية هو رئيس الدولة ورمز وحدة الوطن. يسهر على احترام الدستور والمحافظة على استقلال لبنان ووحدته وسلامة اراضيه وفقا لأحكام الدستور. يرأس المجلس الأعلى للدفاع، وهو القائد الاعلى للقوات المسلحة التي تخضع لسلطة مجلس الوزراء.

ينتخب رئيس الجمهورية بالاقتراع السري بغالبية الثلثين من مجلس النواب في الدورة الاولى ويكتفي بالغالبية المطلقة في دورات الاقتراع التي تلي. وتدوم رئاسته ست سنوات ولا تجوز اعادة انتخابه الا بعد ست سنوات لانتهاء ولايته.

بموجب النص الأصلي لسنة 1926 ينتخب رئيس الجمهورية «بالاقتراع السري» بغالبية الثلثين من مجموع أصوات الشيوخ والنواب ملتئمين...».

“à la majorité des deux tiers des suffrages par le Sénat et la Chambre des Députés...”

وبموجب تعديل 1927 «بغالبية الثلثين من مجموع أصوات مجلس النواب».

وبموجب تعديل 1929 «بغالبية الثلثين من مجلس النواب».

وبقيت العبارة ذاتها بتعديل 1947.

إذاً التصويت بغالبية الثلثين من مجلس النواب في الدورة الأولى يشترط نصاباً يساوي أو يفوق الثلثين لانعقاد الجلسة.

وهذا ما أكدته قرار 1976/5/5 لهيئة مكتب المجلس ولجنة الإدارة والعدل.

«... بالنسبة للنصاب الواجب توافره في جلسة انتخاب رئيس الجمهورية تطبيقاً للمادة 49 من الدستور، تبيّن للمجتمعين بعد الدرس ان اشتراط المشرع نيل المرشح أكثرية الثلثين من أعضاء المجلس النيابي في الدورة الأولى يفترض حضور ثلثي أعضاء المجلس على الأقل من أجل عقد الجلسة والشروع في الاقتراع...»

♦ **المادتان 60 و70⁽¹⁾**: تتصان على ان اتهام رئيس الجمهورية والوزراء بالخيانة العظمى يتقرر بغالبية ثلثي مجموع أعضاء المجلس.

ولا يجوز انتخاب احد لرئاسة الجمهورية ما لم يكن حائزاً على الشروط التي تؤهله للنيابة وغير المانعة لأهلية الترشيح. كما أنه لا يجوز انتخاب القضاة وموظفي الفئة الأولى، وما يعادلها في جميع الإدارات العامة والمؤسسات العامة وسائر الأشخاص المعنويين في القانون العام، مدة قيامهم بوظيفتهم وخلال السنتين اللتين تليان تاريخ استقالتهم وانقطاعهم فعلياً عن وظيفتهم او تاريخ احالتهم على التقاعد.

(1) عدل نص المادة 60 بموجب المادة الأولى من القانون الدستوري الصادر في 1947/1/21 على الوجه التالي: لا تتبعه على رئيس الجمهورية حال قيامه بوظيفته الا عند خرقه الدستور او في حال الخيانة العظمى. اما التبعية فيما يختص بالجرائم العادية فهي خاضعة للقوانين العامة. ولا يمكن اتهامه بسبب هذه الجرائم او لعلتي خرق الدستور والخيانة العظمى الا من قبل مجلس النواب بموجب قرار يصدره بغالبية ثلثي مجموع اعضائه ويحاكم امام المجلس الأعلى المنصوص عليه في المادة الثمانين ويعهد في وظيفة النيابة العامة لدى المجلس الأعلى الى قاض تعينه المحكمة العليا المؤلفة من جميع غرفها.

“à la majorité des deux tiers de l’assemblée entière”.

وبديهي، انه لكي يمكن اتخاذ قرار اتهام رئيس الجمهورية والوزراء بالخيانة العظمى بغالبية الثلثين من مجموع الأعضاء يجب التمام الجلسة بحضور عدد من النواب يمثل ثلثي مجموع الاعضاء اذا جاء القرار بالإجماع ويفوق هذا العدد اذا لم يأت القرار بالإجماع وذلك تطبيقاً لقاعدتين لا خلاف عليهما:

القاعدة الأولى وتقضي بأن عدد الاعضاء الممثل لغالبية النصاب يجب حتماً أن يساوي أو يفوق عدد الاعضاء الممثل لغالبية التصويت.

القاعدة الثانية وقد نصت عليها المادة 45 من الدستور وهي انه «ليس لأعضاء المجلس حق الاقتراع ما لم يكونوا حاضرين في الجلسة ولا يجوز التصويت وكالة».

♦ **النصاب المفترض في المادة 77 في شقها الاول:** والتي تعطي المجلس حق اقتراح إعادة النظر بالدستور بأكثرية الثلثين من مجموع الأعضاء التي يتألف منها المجلس قانوناً “à la majorité des deux tiers des membres qui la composent légalement”.

وكما ورد أعلاه وكي تأتي نتيجة التصويت على الاقتراح بأكثرية الثلثين من مجموع الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس قانوناً يجب حضور الجلسة من عدد من النواب يساوي ثلثي عدد مجموع أعضاء المجلس اذا جاء القرار بالإجماع ويفوق هذا العدد اذا لم يأت القرار بالإجماع.

♦ **النصاب المفترض في المادة 77 في شقها الثاني:** أي اذا رفضت الحكومة اقتراح المجلس فأصراره على الاقتراح يجب أن يتم بأكثرية ثلاثة أرباع مجموع الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس قانوناً.

عدل نص المادة 70 بموجب المادة الأولى من القانون الدستوري رقم 18 تاريخ 1990/9/21 على الوجه التالي: لمجلس النواب ان يتهم رئيس مجلس الوزراء والوزراء بارتكابهم الخيانة العظمى او بإخلالهم بالواجبات المترتبة عليهم ولا يجوز ان يصدر قرار الاتهام الا بغالبية الثلثين من مجموع أعضاء المجلس. ويحدد قانون خاص شروط مسؤولية رئيس مجلس الوزراء والوزراء الحقيقية.

“à la majorité des trois quarts des membres qui la composent légalement”.

أي ان نصاب جلسة الاصرار يتطلب حضور عدد من النواب يساوي ثلاثة أرباع مجموع الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس قانونا اذا جاء القرار بالإجماع ويفوق هذا العدد اذا لم يأت القرار بالإجماع⁽¹⁾.

○ **ثالثاً: في البحث في مدى اعتماد مجموع عدد أعضاء المجلس الذي نص عليه قانون إنشائه بشكل دائم ومستمر أم تحسم منه المراكز الشاغرة بسبب الوفاة أو إبطال الانتخاب أو الاستقالة وما شاكلها**

بادئ ذي بدء، لا بد من الإشارة الى وجوب التمييز بين غالبية النصاب وغالبية التصويت، فإذا كان كلاهما لازم لصحة القرار فاجتماعهما ليس محتما وان عدد الاعضاء الممثل لغالبية النصاب يجب حتما وإلزاما أن يكون مساويا على الأقل لعدد الأعضاء الممثل لغالبية التصويت. وهو ما يوجب تحديد عدد النواب الواجب اعتماده كي يقاس بالنسبة اليه عدد النواب الحاضرين في الجلسة، سواء بهدف التحقق من توفر النصاب القانوني للجلسة أو بهدف التأكد

(1) عدل نص المادة 76 بموجب المادة 41 من القانون الدستوري الصادر في 1927/10/17 على الوجه التالي: يمكن اعادة النظر في الدستور بناء على اقتراح رئيس الجمهورية فتقدم الحكومة مشروع القانون الى مجلس النواب. وعدل نص المادة 77 بموجب المادة 42 من القانون الدستوري الصادر في 1927/10/17، ثم عدل مجددا بموجب المادة الاولى من القانون الدستوري رقم 18 تاريخ 1990/9/21 على الوجه التالي:

يمكن أيضا اعادة النظر في الدستور بناء على طلب مجلس النواب فيجري الأمر حينئذ على الوجه الآتي: يحق لمجلس النواب في خلال عقد عادي وبناء على اقتراح عشرة من أعضائه على الأقل ان يبدي اقتراحه بأكثرية الثلثين من مجموع الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس قانونا بإعادة النظر في الدستور. على أن المواد والمسائل التي يتناولها الاقتراح يجب تحديدها ونكرها بصورة واضحة، فيبلغ رئيس المجلس ذلك الاقتراح الى الحكومة طالبا اليها ان تضع مشروع قانون في شأنه، فإذا وافقت الحكومة المجلس على اقتراحه بأكثرية الثلثين وجب عليها ان تضع مشروع التعديل وتطرحه على المجلس خلال أربعة اشهر وإذا لم توافق فعليها ان تعيد القرار الى المجلس ليدرسه ثانية، فإذا أصر المجلس عليه بأكثرية ثلاثة ارباع مجموع الأعضاء الذين يتألف منهم المجلس قانونا، فلرئيس الجمهورية حينئذ إما إجابة المجلس الى رغبته او الطلب من مجلس الوزراء حله واجراء انتخابات جديدة في خلال ثلاثة أشهر، فإذا أصر المجلس الجديد على وجوب التعديل وجب على الحكومة الانصياع وطرح مشروع التعديل في مدة أربعة أشهر.

من حصول القرار على الغالبية المطلقة أو الغالبية الموصوفة بنتيجة التصويت، لا سيما فيما يتعلق بتطبيق المادة 57 من الدستور (غالبية التصويت المطلقة لإصرار المجلس على القانون الذي رده اليه رئيس الجمهورية).

تضمن النص الأساسي للمادة 57 في الدستور الصادر في 23 أيار 1926 انه: "لرئيس الجمهورية الحق ان يطلب اعادة النظر في القانون مرة واحدة في خلال المهلة المعينة لنشره ولا يجوز ان يرفض طلبه. وعندما يستعمل الرئيس حقه هذا يصبح في حل من نشر القانون الى ان يوافق عليه المجلسان بعد مناقشة اخرى في شأنه واقراره بالغالبية المطلقة من مجموع الاعضاء العاملين في كل من المجلسين."

وبموجب القانون الدستوري الصادر في 17 تشرين الأول سنة 1927 "قانون تعديل الدستور اللبناني" عدلت المادة الـ 57 من الدستور الصادر في 23 أيار 1926 لتصبح على الوجه الآتي:

"لرئيس الجمهورية الحق ان يطلب اعادة النظر في القانون مرة واحدة في خلال المهلة المعينة لنشره ولا يجوز ان يرفض طلبه. وعندما يستعمل الرئيس حقه هذا يصبح في حل من نشر القانون الى ان يوافق عليه المجلس بعد مناقشة اخرى في شأنه واقراره بالغالبية المطلقة من مجموع الاعضاء الذين يؤلفون المجلس قانوناً.

كما أضيفت هذه العبارة ايضاً في المادة 42 و 44 اللتان عدلتا المادتين 77 و 79 من الدستور الصادر في 23 أيار 1926.

ثم تعدل نص المادة 57 من الدستور بموجب المادة الاولى من القانون الدستوري رقم 18 تاريخ 1990/9/21 جهة تقييد حق رئيس الجمهورية بإعادة النظر بالقوانين بموجب إطلاع مجلس الوزراء وكذلك لجهة اعتبارها القانون نفاذ حكماً ووجب نشره في حال انقضاء المهلة دون اصدار القانون او اعادته، الا انها ابقت على عبارة "مجموع الأعضاء الذين يؤلفون المجلس قانوناً"، مما دفع البعض الى التمسك بحرفية النص والاصرار على اعتماد مجموع عدد أعضاء المجلس الذي نص عليه قانون إنشائه بشكل دائم ومستمر دون ان تُحسم منه المراكز الشاغرة بسبب الوفاة أو إبطال الانتخاب أو الاستقالة وما شاكلها!!

الآن ان هذا التطبيق الحرفي لهذه العبارة يتعارض مع نية المشرع الدستوري الرامية تعزيز السلطة المشتركة، بعد ان كانت في ظل دستور 1927 ترمي الى تقييدها وتعطيلها بأعضاء معينين من قبل رئيس الجمهورية، علما أن مبدأ التعيين في المجلس النيابي كان قد اسقطه القرار رقم 129 الصادر في 18 آذار سنة 1943 المتعلق بـ "إعادة تطبيق الدستور في لبنان وبتحوير بعض احكامه" الصادر عن الجنرال ج. كاترو، المستند على قرار اللجنة الوطنية لفرنسا المحاربة في 24 كانون الثاني 1943 التي عازمت على توطيد استقلال سوريا ولبنان من خلال اعادة النظام الدستوري وجعل مجلس النواب منبعثاً مباشرة عن ارادة الشعب اللبناني، حيث نصت المادة 3 من القرار المذكور على تعديل المادة 24 من القانون الدستوري تاريخ 17 تشرين الاول سنة 1927 لتصبح على الشكل التالي: "يتألف مجلس النواب من اعضاء منتخبين حدد عددهم وكيفية انتخابهم بالقرار عدد 2 L.R/ تاريخ 3 كانون الثاني 1934 المحور بالقرار عدد 95 L.R/ تاريخ 4 أيار سنة 1934 والقرار رقم 279 L.R/ تاريخ 3 كانون الاول سنة 934 والقرار رقم 119 L.R/ تاريخ 29 تموز 1937 والقرار رقم 135 L.R/ تاريخ 7 تشرين الاول 937 وتبقى احكام هذه القرارات نافذة الى ان يضع المجلس قانونا جديدا للانتخابات".

ومن ثم تكرست هذه الاحكام المتعلقة بتأليف المجلس النيابي بالقانون دستوري الصادر في 21 كانون الثاني سنة 1947 التي عدلت المادة الاولى المادة 24 لتصبح على الشكل التالي: "يتألف مجلس النواب من نواب منتخبين يكون عددهم وكيفية انتخابهم وفاقا لقوانين الانتخاب المرعية الاجراء".

وفي هذا المجال قارن العميد فيدل في استشارته المؤرخة في 1979/12/8 بين المادتين 34 و57 من الدستور ويرى ان الاولى تنص على غالبية حضور والثانية على غالبية تصويت⁽¹⁾.

(1) المادة 34 نصاب الاجتماعات: عدل نص المادة 34 بموجب المادة 11 من القانون الدستوري الصادر في 1927/10/17 على الوجه التالي: لا يكون اجتماع المجلس قانونيا ما لم تحضره الاكثريّة من الأعضاء الذين يؤلفونه وتتخذ القرارات بغالبية الأصوات. وإذا تعادلت الأصوات سقط المشروع المطروح للمناقشة.

المادة 57 إعادة النظر بالقوانين: عدل نص المادة 57 بموجب المادة 31 من القانون الدستوري الصادر في 1927/10/17، ثم عدل مجددا بموجب المادة الاولى من القانون الدستوري رقم 18 تاريخ 1990/9/21 على الوجه التالي: لرئيس الجمهورية، بعد اطلاع مجلس الوزراء، حق طلب اعادة النظر في القانون مرة واحدة ضمن المهلة المحددة

وإذا كانت الغالبيتان قد تتساويان عددياً، إلا أن لكل منهما ماهية ووظيفة مختلفة. فغالبية الحضور تتيح للمجلس الاجتماع بشكل صحيح، وغالبية التصويت تتيح للمجلس اتخاذ القرار الملزم، ومجرد توفر النصاب لا يكفي وحده لإلزامية القرار ما لم يقترن بغالبية التصويت.

والغالبية المطلقة تحسب بالنسبة إلى عدد الأعضاء الذين يؤلفون المجلس قانوناً، وهذا العدد يختلف في مبدئه عن عدد المقترعين والعددان قد يتساويان إذا حضر جميع الأعضاء وصوتوا دون استثناء.

وعدد الأعضاء الذين يؤلفون المجلس قانوناً لا يحسم منه المتغيبون والممتعون. أما المراكز الشاغرة بسبب وفاة العضو أو استقالته فتسقط في حساب غالبية النصاب والتصويت على السواء للأسباب التالية:

بالنسبة لغالبية النصاب: أنه من غير المنطقي الكلام عن موجب حضور بالنسبة لأشباح لم يعد لها وجود جسدي.

بالنسبة لغالبية التصويت: فتسقط المراكز الشاغرة بسبب وفاة العضو أو استقالته لثلاثة أسباب:

- أن النص يتكلم «عن الأعضاء» وعضو المجلس هو الذي يحتل مقعداً وإلا تسقط عضويته وإذا كان النص تكلم عن الأعضاء الذين يؤلفون المجلس قانوناً فليس ليدخل ضمنهم الأموات والمستقلين بل ليعبر أن الممتنع والمريض والمبعد والمأذون يحسبون من عداد الأعضاء.
- أن الغائب والممتنع يبقى ممثلاً للشعب وقد يشكل غيابيه أو امتناعه موقفاً. أما الميت والمستقيل فلم يعد له صفة تمثيلية ويتعذر اتخاذ موقف من قبله.
- أن النصوص المماثلة في دستوري 1946 و1958 الفرنسيين فسرت على أن عدد الأعضاء يشمل المراكز المشغولة دون الشاغرة.

لإصداره ولا يجوز أن يرفض طلبه. وعندما يستعمل الرئيس حقه هذا يصبح في حل من إصدار القانون إلى أن يوافق عليه المجلس بعد مناقشة أخرى في شأنه، وإقراره بالغالبية المطلقة من مجموع الأعضاء الذين يؤلفون المجلس قانوناً. وفي حال انقضاء المهلة دون إصدار القانون أو إعادته يعتبر القانون نافذاً حكماً ووجب نشره.

ونشير الى انه قد سبق ان صدرت مواقف سابقة لمجلس النواب بشأن النصاب اكدت على اعتماد عدد النواب الحاليين كأساس لتحديد النصاب القانوني دون اعتبار للمراكز الشاغرة بسبب الوفاة أو الاستقالة، وفقا لما يلي:

(1) بتاريخ 1977/4/18 نظرت هيئة مكتب المجلس بموضوع النصاب القانوني في ضوء المادة 34 من الدستور وتعليق المادة 41 منه بفعل ظروف واقعية قاهرة دون الاستناد الى مسوغ دستوري، وقررت اعتماد عدد النواب الحاليين كأساس لتحديد النصاب القانوني الملحوظ في المادة 34 من الدستور.

(2) بتاريخ 1980/4/10 أقرت اللجان النيابية المشتركة (لجنة النظام الداخلي ولجنة الادارة والعدل وهيئة مكتب المجلس) عدة مبادئ بشأن تفسير المادة 57 من الدستور وقد صدق عليها المجلس بهيئته العامة بتاريخ 1980/5/29 واعتمدها فيما بعد في ممارسة أعماله وإنجازها.

المبدأ الأول هو ان عبارة «الغالبية المطلقة من مجموع الأعضاء الذين يؤلفون المجلس قانونا» تعني «الغالبية محسوبة على أساس عدد النواب الاحياء، حاضرين أو متغييبين دون المتوفين» والمبدأ الثاني هو «ان حساب الأكتريية المطلقة لا يتم على أساس قاعدة النصف زائد واحد بل على أساس العدد الكامل الصحيح الذي يأتي بعد النصف».

وقد برر التفسير المذكور بالاستناد الى صراحة النص وحكمته، فالمادة 57 تتكلم عن «الأعضاء»، الذين يؤلفون المجلس قانونا، ولا تشير الى عدد المقاعد والمتوفي لم يعد «عضوا» في المجلس وقد أصبح مركزه شاغرا خلافا للمتغيب والممتنع الذي يبقى عضوا في المجلس شاغلا لمركزه. إذا كلمة «قانونا» تعني ان الغالبية تشمل الحاضرين والمتغييبين على السواء، دون المتوفين أو المستقيلين أو المفصولين.

أما من حيث حكمة النص ومفهومه الديموقراطي فالتغيب والامتناع يعبران عن موقف، أما الميت فلا موقف له إذ من غير المعقول إدخال الأموات في حساب ممثلي الامة ويجب اعتماد المقاعد المشغولة فقط.

(3) بتاريخ 1982/8/16 أقرت هيئة مكتب المجلس ولجنتا الادارة والعدل والنظام الداخلي المبادئ التالية بالنسبة لجلسة انتخاب رئيس الجمهورية:

«يدخل في حساب الأكثرية والنصاب النواب الأحياء فقط بمن فيهم المتغيبون والممتنعون دون الاعضاء المتوفين وذلك استنادا الى المقررات التي اتخذتها اللجان المختصة... والتي صوت عليها المجلس بتاريخ 1980/5/29...».

بعد عرض هذه المبادئ التي اقترتها اللجان المشتركة وصدّق على بعضها المجلس كما اعتمدها في الممارسة، نشير الى ان العلم الدستوري يقر بالقوة القانونية لمقررات اللجان النيابية والمصدّق على بعضها من المجلس، انطلاقاً من كونه يميز بين نوعين من الأعمال التي تصدر عن المجلس:

- إقرار القوانين المعروضة عليه بصيغة مشاريع قوانين من الحكومة واقتراحات قوانين من النواب. وهذه القوانين تصبح نافذة وملزمة بعد نشرها من رئيس الجمهورية وإعلانها أصولاً.
- اتخاذ المقررات المختلفة سواء بالنسبة لسير العمل النيابي او علاقات المجلس مع سائر السلطات.

والفئة الثانية ليس لها معنى دقيق وحصري فتشمل مثلاً إصدار النظام الداخلي للمجلس والتوصية والتمني وتبني تقارير اللجان وراء هيئة مكتب المجلس وما شاكل ذلك، وهذه المقررات تختلف عن القانون كما يرى Prêlot بأنها لا ينشرها رئيس الجمهورية، وهي الوسيلة التي يلجأ اليها المجلس للتعبير عن مقاصده، ومن حسنات هذه المقررات الإبقاء على حرية المجلس في غالب الأحيان باتخاذ المواقف المرنة التي تتسجم مع الأوضاع الطارئة والتكيف مع متطلباتها⁽¹⁾. وتجدر الإشارة الى ان تصديق مجلس النواب في جلسة 1980/5/29 على تفسير اللجان المشتركة للمادة 57 من الدستور وان كان لا يعتبر اطلاقاً تفسيراً للدستور فهو تطبيق ملزم من قبل السلطة التشريعية لجهة إسقاط عدد المراكز الشاغرة في المجلس النيابي من عدد نواب المجلس في حساب النصاب مع احتفاظ المجلس بحرية الموقف في المشاريع الاخرى.

(1) يراجع بشأن كل ما ورد:

F. Boudet, la force juridique des résolutions parlementaires R.D.P. 1958 P. 27. I "L'institution du procédé de la résolution permet en particulier aux Assemblées de manifester leurs intentions, sans attacher à cette manifestation toutes les conséquences que comporterait l'adoption d'une loi...

Dans les résolutions parlementaires.. on trouve des actes aussi différents dans leur sens et dans leur portée... ce désordre apparent n'est pas... dépourvu d'avantages. Il convient de ne pas enserrer dans des règles trop strictes l'activité de corps politiques qui ont besoin de s'adapter à des nécessités parfois urgentes et souvent nouvelles.

ونضيف الى سائر ما تقدم ان عبارة "مجموع الاعضاء الذين يؤلفون المجلس قانوناً" الواردة في المادة 57 كانت في كنف التعديل الدستوري للعام 1927 ترمي الى التأكيد على احتساب مقاعد الأعضاء المعيّنين الى جانب الأعضاء المنتخبين في احتساب الغالبية المطلقة المطلوبة لإصرار المجلس على القانون بعد رده من قبل رئيس الجمهورية، فهي عبارة تعود الى زمن دستوري غابر (في الفترة ما بين تشرين الأول من العام 1927 وآذار من العام 1943)، كان فيه لرئيس الجمهورية الحق بتعيين عدد من أعضاء المجلس النيابي يوازي نصف عدد الاعضاء المنتخبين، وكان أي رئيس الجمهورية متسلحاً بالنواب المعيّنين وبعبارة "الأعضاء الذين يؤلفون المجلس قانوناً" يسعى الى تقييد نصاب التصويت والحضور في المجلس النيابي في معرض إصرار المجلس على القوانين التي يردها رئيس الجمهورية، وبالتالي ان اي اسقاط يرمي لتطبيق المادة 57 من الدستوري في الزمن الدستوري الحالي في اطار تعزيز ممارسة رئيس الجمهورية لحقه في رد القوانين والإصرار على اعتماد مجموع عدد أعضاء المجلس الذي نص عليه قانون إنشائه بشكل دائم ومستمر دون ان تُحسم منه المراكز الشاغرة بسبب الوفاة أو إبطال الانتخاب أو الاستقالة، يشكل حينئذ الى نظام التعيين للتحكم بالمجلس هذه المرة عبر نواب اشباح (متوفين او مستقيلين) بدلاً من النواب المعيّنين، وهو ما يعبر عن الرغبة بالعودة في الممارسة الدستورية الى زمن ما قبل الاستقلال في رحلة العودة من الطائف الى الأستانة.

○ رابعاً: تأثير نظرية حالة الضرورة في القانون الدستوري على احتساب النصاب⁽¹⁾

قد تنشأ أزمة تهدد انعقاد مجلس النواب في ظل الحاجة للتشريعات لإقرار مشاريع مصيرية، او قد يتعذر انعقاد المجلس تكراراً لفقدان النصاب بحيث يصبح انعقاده مستحيلاً بالنظر لوفاة عدد كبير من النواب ويصبح الخطر محدقاً حقاً على

⁽¹⁾ يراجع في هذا الموضوع:

L'état de nécessité en démocratie L. Camus. L. G.D.J 1965

La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958 Lamarque. R.D.P. 1961 p 558

Castberg. Le droit de nécessité en droit constitutionnel. Mel. p 105

Barthélémy et Duez. tr. de dr. const. éd. 1933

La suspension de la suprématie de la constitution au profit des gouvernements par l'état de nécessité. p. 240.

الكيان بسبب غياب المجلس، عندها يثور التساؤل حول مدى إمكانية البحث فيما إذا كان بالإمكان اللجوء الى تدبير ضرورة للخروج من الأزمة سواء بشكل تعديل الولاية او تعديل احكام النصاب.

من هذا المنطلق برزت نظرية حالة الضرورة في القانون الدستوري وهي التي توازي نظرية الظروف الاستثنائية في القانون الاداري.

والتي ارتسمت معالمها إثر تكاثر الأزمات بعد الحرب العالمية الاولى في جميع الدول الكبرى، مما ألزم هذه الدول بالانحراف لمدة تقصر أو تطول عن السير الطبيعي لمؤسساتها الدستورية، وهذا الحدث لفت نظر المراقبين بحدّته وشموليته في وقت كانت فيه النظريات الدستورية التقليدية تتطور مع نشوء وتطور علم السياسة الحديث بحيث اتجهت الأنظار الى درس الوقائع الحسية وانعكاساتها على القاعدة القانونية.

وبموجب هذه النظرية الأخيرة، وانطلاقاً من مبدأ «الضرورات تبيح المحظورات» تحل في الظروف الاستثنائية شرعية استثنائية محل الشرعية العادية وتمنح الإدارة مؤقتاً ما تدعو اليه الحاجة من الصلاحيات الإضافية الخارجة عن نطاق الشرعية العادية وتعتقها من الكثير من الصيغ والأصول الشكلية كما تحررها من وجوب احترام بعض القواعد القانونية. ولا يشكل ذلك أي خطر على حقوق الأفراد وحياتهم طالما ان مبرر الخروج على الشرعية العادية هو الحفاظ على بقائهم وسلامتهم جميعاً. وخشية أن تستغل الإدارة مرونة النظرية لاتخاذ التدابير الكيفية أخضع تطبيق النظرية الى شروط وضوابط صارمة تؤمن التوازن بين التدابير المتخذة والهدف المنشود.

وفي ذات الإطار تقوم حالة الضرورة في القانون الدستوري عندما تصبح الدولة، بسبب ظروف خارجة عن إرادتها، في حالة أزمة حادة ينشأ عنها خطر حقيقي يهدد سلامتها وبقائها، ويتعذر على السلطات الدستورية مواجهة ومعالجة الوضع من ضمن الشرعية الدستورية العادية ولا يمكنها ذلك إلا باتخاذ تدبير ضرورة مغاير لأحكام الدستور.

ويبرر أصحاب النظرية التدبير المذكور بأنه رغم كونه مغاير لأحكام الدستور فهو يتماشى مع روح المبادئ الدستورية طالما الهدف من اتخاذه الدفاع عن بقاء الدولة والحفاظ على كيانها وسلامتها⁽¹⁾.

ويرى Castberg ان قانون الضرورة في القانون الدستوري هو الحق الذي، في وضع استثنائي وحالة ضرورة ملحة، يخول اتخاذ إجراءات تبقى ضمن روح الدستور وإن خالفت قواعده الوظيفية التي ترعى السير الطبيعي للسلطات العامة. فالإجراء المخالف يصبح في حالة الضرورة شرعياً، شرط أن تكون المنفعة الناجمة عنه أكبر بكثير من المحذور الناجم عن مخالفة الدستور⁽²⁾.

ويقول Lamarque في مقال منشور في العام 1958⁽³⁾:

“Il existe en droit constitutionnel une théorie de la nécessité qui se propose d'expliquer et de justifier, au point de vue juridique ou politique, les infractions formelles à la constitution, commises en temps de crise ou en temps de guerre, par des organes législatifs ou exécutifs...”

“... Il n'est pas de pays où la question ne se soit posée un jour ou l'autre avec plus ou moins d'acuité... les prévisions constitutionnelles de “l'état de nécessité” sont même beaucoup plus fréquentes qu'on ne le pense généralement...”

Dans le silence de la constitution, la jurisprudence a dû aussi très souvent se prononcer sur la légalité des mesures prises par le gouvernement dans les circonstances exceptionnelles”.

(1) يراجع:

Barthélémy et Duez. D- Const. p 241

... le droit n'est pas un but en lui-même, mais un moyen pour atteindre un but; or, le but suprême de l'Etat comme du droit, c'est la sauvegarde et la conservation des conditions finales de la société; le droit existe à cause de la société et non la société à cause du droit.

Il en résulte que là où exceptionnellement, la situation est telle que l'Etat se trouve dans l'alternative de sacrifier ou le droit ou la société, il est non seulement autorisé, mais obligé à sacrifier le droit et à conserver la société...

(2) Castberg. Le droit de nécessité en droit constitutionnel. Mel. p 105,177.

"... La conformité d'une mesure prise sous l'emprise des impératifs circonstanciels avec ce qu'exige le salut de l'Etat, suffit à lui conférer une légitimité en droit. Il existe au-dessus du droit écrit, un droit non écrit de nécessité qui assure la validité des mesures de salut public..."

(3) La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958 Lamarque. R.D.P. 1961 p 558

وقد أثارَت نظرية الضرورة جدلاً كبيراً في الفقه الدستوري المقارن، واعتبرها أنصار النظرية القانونية للضرورة (هوريو ودوغي ونيفوليسكو) شرعية أخرى موازية للشرعية العادية، واعتبرها أنصار النظرية السياسية للضرورة (اسمين ونيزار وبارتيليمي) مخالفة دستورية، إنما تبررها الضرورة السياسية، إلا أنها أصبحت بحكم اللجوء إليها لحلّ الأزمات التي أصابت الدول المختلفة، واقعا دستورياً مسلماً به.

وهكذا سلم بها الاجتهاد الدستوري المقارن ونكتفي بأن نستشهد هنا بقرار مؤرخ في 14/12/1915 صادر عن المحكمة الفيدرالية السويسرية حيث ورد فيه:

“Lorsque par suite de circonstances exceptionnelles, le conseil fédéral est chargé de prendre toutes les mesures exceptionnelles nécessaires pour le bien public menacé, il ne saurait être lié par la constitution, dans cette œuvre indispensable...”

كما لحظتها صراحة الكثير من الدساتير الحالية بنص خاص كالمادة 16 من دستور فرنسا لسنة 1958 والمادتان 61 و62 من دستور رومانيا والمادة 50 من دستور ألبانيا والمادة 30 من دستور بلغاريا والمادة 18 من دستور هنغاريا والمادة 70 من دستور يوغوسلافيا.

واللجوء الى حالة الضرورة ليس حتماً ضد الديمقراطية طالما يرمي بالنهاية الى الحفاظ عليها، ويمكن القول ان الدول الديمقراطية أحوج من سواها في بعض الحالات الى اللجوء لتدابير الضرورة بالنظر لتوزيع السلطات وإطلاق الحريات فيها والأزمات التي تنشأ عن ذلك وتشكل تهديداً لها.

وهذا ما حدا بالدول الديمقراطية للتسليم قبل سواها بتقبل حالة الضرورة في الظروف العصبية⁽¹⁾.

(1) يراجع Camus ص 177.

"... Le caractère démocratique de l'Etat ne change rien à cette réalité fondamentale; la volonté majoritaire est... que le salut public soit assuré avant toute chose, elle est en faveur du recours à l'état de nécessité. Or, c'est elle qui est la source ultime de tout droit dans l'Etat Démocratique..."

ومع ذلك يجب على السلطة التي تلجأ الى تدبير الضرورة أن تسترشد أبدا بالمبادئ الديمقراطية ولا تتعد عنها إلا بأقل قدر ممكن⁽¹⁾. وهو ما حتم على الفقه الدستوري وضع شروط لقيام حالة الضرورة وتحديد ضوابط يخضع لها تدبير الضرورة.

• الشرط الأول: هو وجود تهديد ضد الدولة الديمقراطية وهذا التهديد يجب أن يكون جسيما ومباشرا ومحدقا ولا أهمية لمصدره وموضوعه

فقد يكون مصدر هذا التهديد خارجيا أو داخليا، وقد يكون موضوعه وجود الدولة أو سلامة شعبها أو اقتصادها، وقد عبر عن هذا التهديد في الأنظمة المقارنة بأشكال مختلفة. "Personne ne peut dénier à l'Etat en cas de péril grave, le droit d'user, pour sa conservation, de moyens qui sont à la hauteur des circonstances"⁽²⁾.

"Un grave péril national peut excuser un certain relâchement des scrupules constitutionnels"⁽³⁾.

وعبرت عنه المادة 16 من دستور فرنسا الحالي وفقا لما يلي:

ARTICLE 16.: "lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacées d'une manière grave et immédiate et que le fonctionnement régulier des pouvoirs publics constitutionnels est interrompu, le Président de la République prend les mesures exigées par ces circonstances, après consultation officielle du Premier ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil constitutionnel".

(1) يراجع Camus ص 207.

... Les conditions de l'exercice de l'état de nécessité en démocratie découlent... à la fois de la nature de l'état de nécessité et des exigences du principe démocratique.

... Le recours à l'état de nécessité ne va certes pas à l'encontre de la démocratie puisqu'il vise à sauver l'Etat démocratique... Il paraît possible d'atteindre ce but tout en demeurant fondamentalement attaché au principe de la souveraineté populaire; Il suffit de ne pas s'écarter de la règle suivante: limiter les dérogations que le recours à l'état de nécessité apporte inévitablement au principe démocratique, à ce qui est strictement indispensable à la sauvegarde de l'Etat.

(2) Carré de Malberg, contribution à la théorie générale de l'Etat. t I, p. 619 en note

(3) Barthélémy R,D.P. 1914 p. 571

ووصفته محكمة التمييز الرومانية في 1926/10/18 على انه:
existence d'un péril imminent
اما مجلس الشورى اليوناني في 1926/10/18 فقد عبر عن هذا التهديد من خلال ما يلي:

lorsque l'Etat est menacé en raison d'un danger immédiat.
وورد بشأن هذا التهديد في المادة 47 من دستور بلغاريا لسنة 1879 ما يلي:
cas où l'Etat serait menacé d'un danger extérieur ou intérieur.
واخيراً حددته المادة 8 من دستور اليابان لسنة 1899 بما يلي:
nécessité urgente de maintenir l'ordre public ou d'éviter les calamités publiques.

• الشرط الثاني: استحالة مجابهة الخطر بالطرق العادية

وينجم عن هذا الشرط انه مهما كان الخطر جسيماً، لا يجوز معالجته بتدابير الضرورة اذا كانت المعالجة ممكنة بالوسائل الدستورية العادية، بحيث تعجز السلطات الدستورية عن مواجهته بالطرق العادية، أما قصور السلطات الدستورية عن مجابهة الخطر، فينجم إما عن شغورها وإما عن شللها.

La voie ordinaire doit être fermée: Pour qu'un pouvoir public puisse être fondé à exercer le droit de nécessité en droit constitutionnel, c-à-d à outrepasser les limites normales de ses attributions selon la constitution, le cas échéant à négliger les dispositions de la constitution, l'exercice de la procédure normale doit être rendu impossible par les circonstances⁽¹⁾.

يراجع:

“... une menace contre l'Etat, si grave soit-elle ne saurait justifier le déclenchement de l'état de nécessité si elle ne s'accompagne pas de l'impossibilité d'y faire face par le jeu normal des institutions constitutionnelles⁽²⁾.”

⁽¹⁾ La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958 Lamarque. R.D.P. 1961 p 119.

⁽²⁾ L'état de nécessité en démocratie L. Camus. L. G.D.J 1965, p 252.

• الشرط الثالث: بتحديد السلطة التي لها حق اتخاذ تدبير الضرورة

ان تدبير الضرورة قد يصدر عن السلطة التشريعية أو عن السلطة التنفيذية وفعاليته قد تكون لهذه أو تلك تبعا للظروف، فقد ينجم عن هذه الظروف الاستثنائية سواء كانت داخلية او خارجية، انتقاص عدد أعضاء البرلمان او قد يجد نفسه مبتورا من قبل جزء من أعضائه ؛ كما انه قد يجد البرلمانيون أنه من المستحيل ترك جزء من الأراضي منزوعاً من سلطة الأجهزة الدستورية نتيجة غزو أجنبي أو تمرد محلي.

مما يحتم عملاً بنظرية الضرورة تقليل تمثيل الهيئة التشريعية تحت ضغط الظروف، او قد ينجم عنها تمديد غير متوقع للتفويض البرلماني، في حالة استمرار حالة الضرورة لفترة معينة، لما بعد انتهاء الصلاحيات النيابية، او قد تفرض هذه الظروف على البرلمان الاستمرار في ممارسة سلطاته الدستورية حتى يمكن إجراء الانتخابات.

يراجع:

“Des événements de force majeure... peuvent réduire plus ou moins le nombre des membres des assemblées... le parlement... pourra se trouver amputé d'une partie de ses membres; il en ira ainsi notamment au cas où des parlementaires se trouveraient dans l'impossibilité de quitter une portion du territoire soustraite à l'autorité des organes constitutionnels par suite d'une invasion étrangère ou d'une rébellion localisée.

... La représentativité de l'organe législatif peut également se trouver diminuée sous la pression de circonstances, du fait d'une prolongation inopinée du mandat parlementaire, dans l'hypothèse où l'état de nécessité doit durer un certain temps, au - delà de l'expiration des pouvoirs parlementaires. Le parlement est alors contraint de continuer à exercer les pouvoirs de crise tant que les élections ne peuvent pas être organisées⁽¹⁾.

• والشرط الرابع هو ان يكون تدبير الضرورة المتخذ للدفاع عن الدولة متناسب في ماهيته ومداه الزمني والمكاني مع متطلبات الهدف الذي يرمى اليه ويجب أن تكون مضاره ضئيلة جدا اذا ما قيست بمنافعه.

⁽¹⁾ L'état de nécessité en démocratie L. Camus. L. G.D.J 1965, p 214.

يراجع:

"L'exercice de l'état de nécessité se trouve dominé, depuis sa phase initiale jusqu'à l'expiration de la phase terminale, par une condition de but: la sauvegarde de l'état démocratique.

... La condition de but s'exprime d'une manière générale dans l'idée de proportionnalité des moyens aux fins: l'organe de nécessité doit être animé de la volonté de restaurer le plus rapidement possible les conditions normales d'exercice du pouvoir démocratique; il doit prendre toutes les mesures indispensables à la réalisation de ce but mais doit ne prendre que ces mesures.

يراجع Castberg نفس المرجع:

L'acte doit être nécessaire:... la procédure irrégulière doit être indispensable comme moyen adéquat en vue d'atteindre un but nécessaire...

Confrontation des intérêts en conflit: Les intérêts qui sont sacrifiés par la dérogation aux dispositions juridiques en vigueur, doivent être de peu d'importance par rapport aux intérêts que l'acte d'urgence se propose de protéger.

Bien des facteurs entrent en considération lors d'une telle confrontation des intérêts.

• والشروط الخامس والأخير، هو ان تدبير الضرورة يجب أن يتقبله ويقبل به ضمير المجتمع الديمقراطي الذي اتخذ فيه، ومن الطبيعي أن لا يتقبله هذا المجتمع إلا اذا كان فعلا يؤدي الى رفع التهديد وتخليص الدولة الديمقراطية وإخراجها من الأزمة التي تتخبط فيها.

يراجع Castberg نفس المرجع:

Conscience juridique de la nation: Lors de l'appréciation d'un acte inspiré par le droit de nécessité, il devient d'importance de savoir si cet acte est censé s'accorder ou non avec la conscience juridique régnant au sein de la communauté.

وقد اعتبر المجلس الدستوري اللبناني ان الظروف الاستثنائية هي ظروف شاذة خارقة تهدد السلامة العامة والأمن والنظام العام في البلاد، ومن شأنها ربما ان تعرض كيان الأمة للزوال،

وهذه الظروف الاستثنائية تقتضي اتخاذ اجراءات استثنائية بغية الحفاظ على الانتظام العام الذي له قيمة دستورية،
حيث تنشأ بفعل الظروف الاستثنائية شرعية استثنائية غير منصوص عليها تحل محل الشرعية العادية، ما دامت هناك ظروف استثنائية،
وبناء عليه يجوز للمشرع في الظروف الاستثنائية، الناجمة عن أحداث خطيرة جداً وغير متوقعة، وضمن حدود معينة، ان يخرج عن أحكام الدستور والمبادئ الدستورية أو القواعد ذات القيمة الدستورية، وذلك حفاظاً على الانتظام العام واستمرارية المرافق العامة، وصوناً لمصالح البلاد العليا، وهذا ما أكدت عليه قرارات المجلس الدستوري،
وقد اكد المجلس الدستوري ان تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية يتطلب اسباباً موضوعية حقيقية وظاهرة، تحول دون تأمين الانتظام العام من خلال تطبيق القوانين العادية،
وطالما ان الظروف الاستثنائية تحدد في المكان والزمان، ينبغي ان تكون حالة الضرورة مقيدة في حدود المدة الزمنية التي ترتبط بتلك الحالة،
واحتفظ المجلس الدستوري لنفسه بالرقابة على هذه التدابير المتخذة من السلطة التشريعية خلال حالة الضرورة، حيث اعتبر انه "اذا كان يعود للمشرع ان يقدر وجود ظروف استثنائية تستدعي منه سن قوانين لا تتوافق وأحكام الدستور، في حدود المدة التي تستوجبها هذه الظروف، فإن ممارسته لهذا الحق تبقى خاضعة لرقابة المجلس الدستوري"⁽¹⁾،
واعتبر المجلس الدستوري ان الظروف الاستثنائية قد تبرر تأجيل اجراء الانتخابات في موعدها وقبل انتهاء ولاية المجلس، غير أن تمديد ولاية المجلس يجب ان يكون متناسبا مع مقتضياته، فالمدة الطويلة لا يمكن تبريرها بمعطيات آنية وراهنه، كما ان تبريرها باعتبارات مستقبلية أو افتراضية لا يستقيم لا واقعاً ولا قانوناً،
كما ان المجلس النيابي وانسجاماً مع هذه النظرية ومقتضياتها وتماشياً مع المبادئ التي اقرتها اللجان المشتركة بشأن احتساب النصاب أقر القانون رقم 11 الصادر في 8 آب سنة 1990 الرامي الى تحديد العدد المعتمد لاحتساب النصاب حيث نص على انه وبصورة

(1) قرار دستوري رقم 7 صادر في 2014/11/28 وقف العمل وابطال القانون النافذ حكماً رقم 16 تاريخ 2014/11/11 المتعلق بتمديد ولاية مجلس النواب.

استثنائية، وحتى اجراء انتخابات فرعية او عامة وفقا لأحكام قانون الانتخاب، وبالنسبة الى النصاب المقرر في الدستور، يعتبر عدد اعضاء مجلس النواب الاعضاء الاحياء. وعلى ضوء هذه الشروط التي يجب أن يتميز بها تدبير الضرورة، يمكن القول ان التدابير التي قد تتخذ في بعض الظروف قد تكون متعلقة بتعديل نصاب مجلس النواب او تلك التي تنص على تخفيض عدد الأعضاء الذين يتكون منهم او تلك المتعلقة بتمديد مدة الوكالة النيابية او الاستمرار بالمهام التشريعية الى حين اجراء الانتخابات النيابية، الا ان الظروف التي حتمت هذه التدابير لا بد ان تكون قد هددت انعقاد مجلس النواب في ظل الحاجة للتشريعات لإقرار مشاريع مصيرية، او ان يتعذر انعقاد المجلس تكرارا لفقدان النصاب بحيث يصبح انعقاده مستحيلا بالنظر لوفاة عدد كبير من النواب وأصبح الخطر محققا حقا على الكيان بسبب غياب المجلس، عندها يمكن البحث بإمكانية اللجوء الى تدبير ضرورة للخروج من الأزمة سواء بشكل تعديل الولاية او تعديل احكام النصاب.

○ **وخلص ما تقدم يمكن القول ان مقارنة الإشكاليات المتعلقة بالنصاب والتصويت على السواء، يقتضي ان تنطلق من مقتضيات واهداف المسيرة الدستورية الرامية الى تعزيز السلطة المشتركة وما تجاوزته من محطات، التي وان كانت تتفاوت وتختلف في الشأن والأثر، الا انها كانت جميعها تحمل عناوين جعل مجلس النواب منبعثاً مباشرة عن ارادة الشعب اللبناني، وتحرير الدستور من الوصاية على بعض نصوصه.**

الدراسة الثالثة:

**التقاضي عن بُعد، وأثره على حقوق الإنسان
(لبنان نموذجاً)**

د. عباس يوسف جابر⁽¹⁾

يُعد حق الدفاع أمام القضاء من الحقوق الأساسية التي يتمتع بها الفرد، وقد أكدت عليه القوانين المعنية بحقوق الإنسان على المستوى الإقليمي والدولي⁽²⁾، وكفلته الدساتير وأحاطته بالضمانات اللازمة، وذلك لكي يتمكن كل متقاضٍ من تقديم ما يُبرر حقه إلى السلطة القضائية لتنفيذه⁽³⁾.

ويرتبط حق الدفاع من حيث المبدأ بحق التقاضي الذي يعني الحق في محاكمة عادلة أمام محكمة مستقلة ونزيهة وفقاً لما تضمنه معظم مواثيق حقوق الإنسان الدولية والإقليمية⁽⁴⁾.

وقد شهد العالم ثورة هائلة في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات التي اجتاحت مختلف القطاعات بشكل كبير وواضح، حتى باتت تُشكّل جزءاً لا يتجزأ من حياتنا اليومية، وقد إنسحب هذا التطور على الآليات التي يتم من خلالها ممارسة هذه الحقوق وتطبيقها، فشكّل بذلك نقلةً نوعية في مجال التقاضي الذي

(1) مدير مركز حقوق الإنسان في الجامعة الإسلامية في لبنان.

(2) إبراهيم محمود اللبيدي، ضمانات حقوق الإنسان أمام المحاكم الجنائية، دار الكتب القانونية ودار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص. 164.

(3) أحمد فتحي سرور، الوسيط في الإجراءات، الطبعة الأولى، 1979، ص. 4.

(4) إستقلال النظام القضائي في لبنان وحياده، الشبكة الأوربية- المتوسطية لحقوق الإنسان، كوبنهاغن، شباط/فبراير، 2010، ص. 9.

أصبح يعتمد على الوسائل الإلكترونية⁽¹⁾ بين أطراف النزاع الذين بات بإمكانهم تبادل الوثائق والمستندات بينهما رغم انفصالهم مكانياً، فضلاً عن سرعة الإتصالات وسهولتها مما أدى إلى توفير الجهد والوقت والتكاليف.

ويعمل نظام التقاضي الإلكتروني على التأكيد على المبادئ العامة التي تكفل تحقيق العدالة إنطلاقاً من تطوير آليات التقاضي وإجراءاتها، والتي تعتمد بصورة خاصة على الوسائط الإلكترونية، والعمل على تنظيم إجراءات التقاضي من الناحية التشريعية بحيث تتوافق مع المبادئ العامة للمنظمة لمفهوم التقاضي بصورته التقليدية مع الأخذ بالإعتبار الطبيعة المميزة للوسائل الإلكترونية، والتي تهدف إلى تسهيل إجراءات تنظيم ومتابعة الدعوى، وحماية الملفات الخاصة بها، وصولاً إلى سرعة البت بالدعوى⁽²⁾.

وحيث أن نظام التقاضي يتطور إنسجاماً مع التطور التشريعي، فإن اللجوء إلى التقاضي الإلكتروني بات واقعاً قانونياً تفرضه الحاجة الملحة لمواكبة التطور العلمي والتكنولوجي، وغني عن التعبير أن مسؤولية الدولة في تحقيق العدالة بين الأفراد لا تقوم إلا في ظل قضاء غير متحيز، يحمي الحقوق ويكفل عدم الإقتصاص الخاص⁽³⁾.

في الواقع، لقد أثبت التقاضي الإلكتروني نجاعته لا سيما في ظل إنتشار جائحة⁽⁴⁾ كورونا التي أدت إلى تعطيل عمل المحاكم العادية وتأجيل العديد من القضايا، وقد شكّل

(1) تُعتبر المحاكمة الإلكترونية نتاجاً للتطور المعلوماتي والتكنولوجي الذي نقل المحاكمة من نطاق الحضور الشخصي أمام القاضي في مقر المحكمة، إلى نطاق الحضور الافتراضي الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية: نصيف جاسم محمد عباس الكرعوي، التقاضي عن بُعد - دراسة مقارنة - منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، 2017، ص. 26.

(2) ماجد أحمد صالح العدوان، التقاضي الإداري الإلكتروني في النظام القانوني الأردني - دراسة مقارنة، بحث منشور في مجلة جامعة العين للأعمال والقانون، الإصدار الأول، السنة الثالثة، 2019، ص. 91.

(3) أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني لإستعمال الوسائل الإلكترونية في التقاضي - دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2014، ص. 6-7.

(4) "الجائحة" هي أعلى درجات الخطورة في إنتشار وقوة المرض، لأنه يعني أن المرض منتشر في أكثر مندولة، وأكثر من منطقة جغرافية، ولا يقتصر على منطقة جغرافية واحدة مثل قارة أو منطقة، الأمر الذي يتطلب تعاوناً وتنسيقاً في الإجراءات الوقائية بين كل الدول، وهناك قرارات دولية ملزمة للجميع من حيث الوقاية ومحاربة المرض. في حين أن "الوباء" يعني إنتشار المرض بقوة في منطقة محددة في العالم، سواء أكانت دولة واحدة أم عدة دول، لكن في منطقة جغرافية واحدة، مثل قارة أو منطقة جغرافية واحدة، وهي مشكلة خاصة بهذه الدول المجاورة، وتحتاج إلى تعاون بينها:

التعميم الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى اللبناني⁽¹⁾ بهدف الوقاية من إنتشار فيروس كورونا والمتعلق بالإستجواب الإلكتروني، فرصةً لتطوير نظام التقاضي والإرتقاء بالقوانين المنظمة له، خاصةً وأن معظم الدول العربية⁽²⁾ قد بدأت بالعمل في نظام التقاضي الإلكتروني -أو التقاضي عن بعد- لا سيما من ناحية مواكبة هذا النظام للتطور التكنولوجي الذي تميّز بسرعة الإتصالات، ومدى إمكانية إرسال الوثائق والمستندات بين أطراف النزاع من جهة، والمحكمة من جهة ثانية، مما يؤدي إلى توفير الوقت والتكاليف والجهد⁽³⁾، خاصةً بعد أن لجأت العديد من الدول إلى مفهوم "الحكومة الإلكترونية"⁽⁴⁾.

راجع: الفرق بين الجائحة والوباء والمتوتنة، مقال منشور في جريدة السياسة الكويتية بتاريخ 15 آذار/مارس 2020، تاريخ الإطلاع: 2021/05/20: <http://www.al-seyassah.com>
(1) التعميم الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى رقم 67 ص.ق / 2020 المتعلق بالإستجواب الإلكتروني بهدف الوقاية من فيروس كورونا.

(2) من هذه الدول: المملكة العربية السعودية التي أتاحت لأطراف الدعوى وممثلهم الترافع الإلكتروني عبر البوابة الإلكترونية "تاجز" التي سمحت لهم الرد على طلبات الدائرة من دون الحاجة لمراجعة المحكمة، وذلك في قضايا مسار التقاضي عن بُعد والتي بُدء العمل فيها آذار/ مارس 2020 وذلك ضمن جهود وزارة العدل السعودية لاستكمال منظومة التحول الرقمي، وتفعيل وتكامل مسار التقاضي الإلكتروني: للمزيد راجع: وكالة الأنباء السعودية، تاريخ الإطلاع 2021/09/01. <https://www.spa.gov.sa/2205840>

كما بدأت المنظومة القضائية في دولة الإمارات بالنظر في الدعاوى من خلال الوسائل الرقمية التي تمكن الأطراف المتقاضية من حضور الجلسات عن بعد مع التأكيد على مبدأ السرية والأمان: قانون اتحادي رقم 5 لسنة 2017 في شأن إستخدام تقنية الإتصال عن بعد في الإجراءات الجزائية: البوابة الرسمية لحكومة دولة الإمارات العربية المتحدة، تاريخ الإطلاع 2021/09/01. <https://u.ae/ar-AE>

كما بدأ النظام القضائي في الأردن بتطبيق القانون رقم 95/2018، المتعلق بنظام استعمال الوسائل الإلكترونية في الإجراءات القضائية المدنية، الجريدة الرسمية رقم 5529، تاريخ النشر 2018/9/2.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، دار الفكر الجامعي، 2008. ص. 13.

(4) على الصعيد العالمي، من الواضح أن هناك زيادة مستمرة في إستيعاب تنمية الحكومة الإلكترونية، حيث أصبح 56 % من الدول الأعضاء الآن في مجموعة مؤشر تنمية الحكومة الإلكترونية المرتفع أو المرتفع جداً، وقد إنتقل أكثر من 22 % من الدول التي شملتها الدراسة إلى مجموعة مؤشر تنمية الحكومة الإلكترونية المرتفع منذ عام 2018. وكان التقدم ملحوظاً بشكل خاص في الدول ذات الأوضاع الخاصة: الملخص التنفيذي لمسح الحكومة الإلكترونية 2020 الصادر عن الأمم المتحدة- إدارة الشؤون الاقتصادية والاجتماعية، الأمم المتحدة، نيويورك 2020: موقع الأمم المتحدة: تاريخ زيارة الموقع 2021/06/25.

https://publicadministration.un.org/egovkb/Portals/egovkb/Documents/un/2020-Survey/EgovSurvey2020_Ar.pdf

إلا أن تطبيق التعميم الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى اللبناني يُثير التساؤل حول مدى إحترام الإجراءات القضائية لحقوق الدفاع لدى إتباع آلية التقاضي عن بُعد، لا سيما وأن الإحتكام إلى الأجهزة الإلكترونية فيه مساس بالعديد من الضمانات التي كرسها القانون في التقاضي العادي، كالتحقق مبدأً للوجاهية بين الخصوم، ومدى تحقق سلطة القاضي التقديرية في المسائل والقضايا الإلكترونية نظراً لغياب الحضور المادي للخصوم في مقر المحكمة، فضلاً عن أن هذا التعميم قد صدر في ظل إعلان التعبئة العامة التي فرضها إنتشار فيروس كورونا في لبنان. وحيث أن ضمانات المحاكمة العادلة قد أكدّت عليها الإعلانات والمواثيق الدولية، وكفلها الدستور ونصّت عليها القوانين الداخلية - سواء منها المدنية او الجزائية- إلا أن ما يعيننا هنا هو ضرورة عدم إهدار هذه الضمانات في ظل تبدل وسائل وآليات التقاضي. إنطلاقاً مما سبق نطرح الإشكالية التالية: هل من الممكن للحضور الافتراضي أن يحترم كافة الضمانات التي نصّ عليها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، وعلى فرض ذلك، ألا يجب أن يكون ثمة تشريع مفصّل يُنظم الكيفية التي تتم فيها المحاكمة الإلكترونية، وبالتالي، هل ستحترم هذه المحاكمة المبادئ الأساسية للعدالة الناجزة والتي يأتي في مقدمها مبدأ الشفافية والعلانية والمواجهة؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية عدة تساؤلات من أبرزها:

- 1- ما هي الظروف التي حتمت اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية في التقاضي رغم عدم وجود قوانين او مراسيم تنظّم اللجوء إليها؟
- 2- ما هي الطبيعة القانونية لمبادئ المحاكمة العادلة في ظل القوانين الداخلية والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان؟
- 3- هل يُشكّل التعميم الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى اللبناني- فيما يتعلق بالإستجواب الإلكتروني- الخطوة الأولى للسير في نهج تجاوز إتباع الإجراءات القضائية بالطريقة التقليدية وإستبدالها بالوسائل التقنية الحديثة؟
- 4- في ظل إختلاف والوسائل والآليات، هل تتشابه إجراءات التقاضي الإلكتروني مع إجراءات الدعوى العادية فيما يتعلق بإحترام مبادئ العلانية والوجاهية وحقوق الدفاع؟
- 5- ما مدى تأثير إجراءات التقاضي عن بُعد على ضمانات المحاكمة العادلة؟ وهل يُشكّل غياب تعابير الوجه إهداراً لمبدأ المواجهة، وهل أن مجرد تغيير الوسيلة أو الشكل لعملية التقاضي يعد مساساً بحقوق الدفاع الجوهرية وهدراً لمبدأ المساواة بين الخصوم؟

6- ما هي الضمانات التي تؤكد على إحترام مبادئ المحاكمة العادلة في ظل إتباع الوسائل الإلكترونية الحديثة في التقاضي؟
هذا ما سنجيب عليه من خلال التقسيم التالي:

- **المطلب الأول:** ماهية التقاضي عن بُعد وأثره على مبادئ المحاكمة العادلة

- **المطلب الثاني:** إحترام مبادئ المحاكمة العادلة وضمائنها في التقاضي عن بُعد

ونقف في هذه الدراسة على تجربة المشرع اللبناني في التقاضي عن بُعد والتي تمّ إعتماؤها في ظل إنتشار جائحة كورونا، بحيث نتناول هذه التجربة من ناحية حقوق الإنسان بدءاً من الحقوق التي يُفترض إحترامها في التقاضي، ومروراً بالانتهاكات التي قد تحصل بفعل إستخدام الأساليب الإلكترونية، ووصولاً إلى الضمانات التي أكدت عليها المعاهدات والمواثيق الدولية والدستور.

○ **المطلب الأول: ماهية التقاضي عن بُعد وأثره على مبادئ المحاكمة العادلة**

في الواقع، لم يتم طرح نظام التقاضي عن بعد بوصفه نظاماً قانونياً في الوقت الحاضر، أو بإعتباره فرعاً من فروع القانون العام أو الخاص كونه حديثاً، ولم يتم تطبيقه بوصفه نوعاً جديداً من المرافعات في النظام القضائي⁽¹⁾، إلا ان أهمية هذا النظام نابعة من كونه يصون الحقوق ويحميها، وبالتالي، كان لا بد من توفّر وسائل قانونية تُتيح للأفراد إمكانية اللجوء إلى القضاء بصورة منظّمة⁽²⁾، ويتم ذلك عبر تنظيم القانون لمفهوم الدعوى، ذلك أنها تُعدّ الآلية القانونية المحركة للقضاء الذي يتعيّن عليه أن يتحقق من مدى قابلية الطلب المقدم له للقبول، حتى تأخذ المحكمة على عاتقها القيام بفصل النزاع عبر مجموعة من الإجراءات بدءاً من التحقيق في الدعوى، ومروراً بطرق الإثبات وجمع الأدلة، ووصولاً إلى إصدار القرار في موضوع النزاع⁽³⁾.

إلا أن حادثة هذا النظام تثير التساؤل حول مدى إحترامه لحقوق الدفاع، لا سيما من ناحية أثره على الحضور في الدعاوى المدنية، لا سيما وأن الحق في التداعي الصحيح بين الخصمين في الإجراءات في المسائل المدنية والجنائية يشكل جزءاً لا يتجزأ من حق الإنسان

(1) نصيف جاسم محمد عباس الكرعوي، التقاضي عن بُعد، مرجع سابق، ص. 11.

(2) فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 2001، ص. 17.

(3) أحمد أبو الوفا، نظرية الدفوع في قانون المرافعات، دار الوفاء القانونية، 2015، ص. 12.

في أن تنظر قضيته بعدالة كما يعني أنه لا بد من أن يكون هناك في جميع الأوقات توازن عادل بين النيابة/المدعي والدفاع. ولا يجب في أي مرحلة من مراحل الدعوى القضائية أن يكون أي طرف من الأطراف في موقف أضعف من موقف خصمه⁽¹⁾.

إنطلاقاً من هنا، سننتاول مفهوم التقاضي عن بُعد والظروف التي حتمت اللجوء إليه، وذلك في الفرع الأول تحت عنوان: "مفهوم التقاضي عن بُعد"، ثم سنبحث في الفرع الثاني عن مدى تأثير حقوق الدفاع بالتقاضي عن بعد إنطلاقاً من التجربة اللبنانية في اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية للتقاضي والإستجواب، وذلك في الفرع الثاني تحت عنوان: "التقاضي عن بُعد وأثره على حقوق الدفاع في لبنان".

• الفرع الأول: مفهوم التقاضي عن بُعد

يُعتبر مصطلح التقاضي⁽²⁾ الإلكتروني⁽³⁾ حديث النشأة، وقد تم التطرق إليه بصيغة "التقاضي عن بُعد" أو "محكمة إلكترونية"، وهي تُعدّ مفاهيم جديدة مختلفة من حيث الشكل

(1) حقوق الإنسان في مجال إقامة العدل: دليل بشأن حقوق الإنسان خاص بالقضاة والمدعين العامين والمحامين: الفصل السابع، الحق في محاكمة عادلة، الجزء الثاني - من المحاكمة إلى الحكم النهائي، ص. 235

(2) لفظ التقاضي من قضي والقضاء وأصله قضائي لأنه من قضيت، ويعني القاضي في اللغة "القاطع للأمر المحكّم" أي جعل قاضياً يحكم بين الناس: راجع، لسان العرب، ابن منظور، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم، ج. 15، دار المعارف، ص. 186. أما فيما يتعلّق بالتقاضي، فهو يعني في اللغة "القبض"، لأنه تفاعل من قضي يقال: تقاضيت ديني وإقتضيته، أي بمعنى "أخذته": راجع، تاج العروس من جواهر القاموس، الزبيدي، ج. 1، ص. 855. وبذلك يكون "التقاضي مأخوذاً عن الفعل (قضى) على سبيل المفعولية المطلقة من قضي يقضي قضاءً وتقاضياً، والتقاضي دال على المشاركة في فعل معين على سبيل المفاعلة والمنازلة بهدف الوصول إلى حكم قاطع في خصومة ما": نصيف جاسم محمد عباس الكرعوي، التقاضي عن بُعد، مرجع سابق، ص. 23. وحيث أن التقاضي يرتبط برفع الدعوى، فيقتضي تعريف لفظ دعوى لغةً، فالدعوى هي إسم من الإدعاء: ويرادف الدعوى لفظ "الزعم": وهي لا تُطلق عند العرب على القول المدعوم بالحجة والبرهان، بل يقسمى ما هو كذلك: حقاً، وهذا اللفظ يُستعمل بمعنى إضافة الإنسان إلى نفسه شيئاً، سواء بالملك أو الإستحقاق، سواء أكان عن طريق المنازعة أو المسالمة، ومن هنا عرفها بعضهم بقوله: "قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره لنفسه": مصطفى ديب البغا وآخرون: الدعوى والبيانات والقضاء، دار المصطفى، ط. 1، 1427هـ - 2006م، ص. 11.

(3) تناول تعريفها في معاجم المعلوماتية، فإلكتروني جمعها إلكترونيات، ومصدرها منسوب إلى "إلكترون": أ.و. حداد، قاموس مصطلحات المعلوماتية، مكتبة لبنان، 1987، ص. 109. وهذه العبارة تعني في اللغة ظهور العقل الإلكتروني في المكاتب، فهي عبارة عن آلة الحاسوب التي تعتمد على مادة الإلكترون بغرض إجراء أدق العمليات الحسابية وبأسرع وقت ممكن: يونس عرب، موسوعة القانون وتقنية المعلومات، قانون الكمبيوتر، منشورات إتحاد المصارف العربية، ط. 1، 2001، ص. 39.

وإنما متشابهة من حيث المضمون، وهي بمثابة آليات قانونية يتم من خلالها الإستغناء عن الملفات الورقية والإعتماد على الملفات الرقمية، فضلاً عن العديد من الإجراءات الأخرى التي تساهم في إختصار الوقت وتخفيف العبء عن المحاكم وتيسير عمل القضاة. وقد بدأ التعامل مع هذه الآليات كنظام بديل للتقاضي التقليدي، وباتت وسائل الإتصال الحديثة هي العنصر الأساس الذي يركز عليه هذا النظام الحديث.

وقد أطلق البعض على التقاضي الإلكتروني عبارة " الخصومة الإلكترونية"⁽¹⁾، حيث تمّ النظر إلى هذه العبارة عبر تقسيمها إلى جزئين:

الجزء الأول، وهو الخصومة القضائية، وهي تعني في المفهوم التقليدي، حق الشخص في أن يرفع للقضاء الخصومة التي يشاءها، أو ما يُعرض عليه من إدعاء يقيمه، ويستوي في ذلك أن يكون لهذه الخصومة سند قانوني أو إتفاقي أم لم يكن لها، أو أن تكون مستندة إلى دليل أم لم تكن.

أما الجزء الثاني، وهو الإلكترونية، فهي تعني اللجوء إلى تقنيات تحتوي على ما هو كهربائي أو رقمي أو كهرومغناطيسي أو ما يشابهها من وسائل، وهي شكل من أشكال النشاط المشار إليه في الجزء الأول، بحيث يُقصد بع القيام بإجراءات التقاضي من خلال الوسائط الإلكترونية.⁽²⁾

وقد عرّف البعض⁽³⁾ التقاضي عن بُعد بأنه يُمثّل "سلطة الإلتجاء إلى القضاء للحصول على تقرير حق موضوعي أو حمايته، ولكن تتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت". يؤخذ على هذا التعريف انه حصر التقاضي الإلكتروني بالوسائط الإلكترونية عبر الأنترنت، في حين أنها يمكن أن تتم من خلال المحادثات التلفونية كما يحدث في التحكيم الإلكتروني.⁽⁴⁾

(1) وجدي راغب، دراسات في مركز الخصم في القضاء المدني، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، السنة الثامنة عشر، العدد الأول، يناير 1976، ص. 7.

(2) يونس عرب، موسوعة القانون وتقنية المعلومات، مرجع سابق، ص. 85.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني، مرجع سابق، ص. 21.

(4) فمن خلال التحكيم الإلكتروني يمكن أن تتم مناقشة المحكم لكل خصم على حدة في موضوع النزاع عبر المحادثات التلفونية وذلك للوقوف على مستنداته وأوجه دفاعه، ثم يعاود الإتصال بالخصم الآخر لينقل إليه ما قاله الأول وليسمع

كما عرّفه البعض الآخر بأنه "سلطة لمجموعة متخصصة من القضاة النظاميين بنظر الدعوى ومباشرة الإجراءات القضائية بوسائل إلكترونية مستحدثة، ضمن نظام أو أنظمة قضائية معلوماتية متكاملة الأطراف والوسائل، تعتمد منهج تقنية شبكة الربط الدولية (الأنترنت) وبرامج الملفات الجاسوبية الإلكترونية بنظر الدعاوى والفصل فيها وتنفيذ الأحكام بغية الوصول لفصل سريع بالدعاوى والتسهيل على المتقاضين"⁽¹⁾. ويبدو لنا أن هذا التعريف هو الأقرب للواقع، وذلك لتناوله دور القاضي الذي يُباشِر إجراءات التقاضي الإلكترونية عبر الوسائل التقنية الحديثة وصولاً إلى تنفيذ الأحكام مما يؤدي إلى إختصار الوقت والتسهيل على أطراف الدعوى. وقد حتمت حالة الطوارئ الصحية التي فرضها إنتشار فيروس كورونا⁽²⁾، وما أفرزته من إعلان حالة التعبئة العامة⁽³⁾ في لبنان، التي أدت إلى فرض الإغلاق وتعطيل عمل المحاكم وتأجيل معظم الدعاوى العالقة أمام القضاء، إلى اللجوء إلى آليات بديلة تُتيح للأفراد ممارسة حقهم في التقاضي لتمكينهم من الحصول على حق أو الإنتفاع به أو حتى تعويضهم عن هذا الحق.

وقد تمثلت هذه الآليات بالوسائل الإلكترونية التي تعني نقل المحاكمة من نطاق الحضور الشخصي أمام القاضي في مقر المحكمة، إلى نطاق الحضور الافتراضي الذي يتم عبر

منه، وإذا كان هناك غموض يُعاود الإتصال مرة أخرى بالخصم الأول، وهكذا دواليك حتى يستبين العدل وتظهر الحقيقة جلية واضحة لا غموض فيها: أحمد هندي، مرجع سابق، ص. 16 في الهامش.

(1) حازم محمد الشرعة، التقاضي الإلكتروني والمحاكم الإلكترونية، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان، 2010، ص. 57، كما أشار القاضي الشرعة إلى تعريف أخر للتقاضي الإلكتروني في موضع آخر من كتابه بقوله أنها: "مكنة الوصول إلى إثبات الحق الذي تتضمنه لائحة الإدعاء بواسطة مجموعة متطورة من الإجراءات الإلكترونية منتجة لأثارها القانونية بموجب هذا القانون، وتعتمد بمضامينها آليات تقنية في الإجراءات القضائية": المرجع نفسه، ص. 59.

(2) وفي إجتهااد حديث صادر عن قاضي التحقيق في لبنان الشمالي فقد أُعتبر إنتشار فيروس كورونا "قوة قاهرة تُبرر اللجوء إلى حالة الضرورة": محمود المغربي وبلال صنديد، التكييف القانوني للجائحة الكورونية على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة بين صلاية المسلمات ومرونة الإعتبارات، دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، ملحق خاص، العدد 6، يونيو 2020، ص. 30، هامش 20.

(3) تم إعلان التعبئة العامة من قبل السلطة التنفيذية في لبنان بتاريخ 2020/03/15 بموجب المرسوم رقم 6198 وذلك بهدف مواجهة إنتشار فيروس كورونا، وقد تمّ النصّ من خلاله على منع التجمعات وتحديد اوقات التجوّل وضبطها، وإقفال المؤسسات العامة والخاصة مع الإشارة إلى بعض الإستثناءات، وتكليف السلطات والإدارات العامة والمؤسسات العامة والبلديات وإتحاداتها والأجهزة العسكرية والأمنية كافة، كل بحسب إختصاصه لتنفيذ هذه الاجراءات.

الوسائل الإلكترونية، وحيث أنه لا يوجد في لبنان قوانين أو مراسيم تُنظّم مسألة التقاضي عن بُعد، فقد أصدر رئيس مجلس القضاء الأعلى التعميم رقم 67 ص.ق/ 2020 المتعلق بالإستجواب الإلكتروني⁽¹⁾ بهدف الوقاية من فيروس كورونا، إلا أن هذا التعميم يُثير العديد من الصعوبات والعقبات.

ومن أبرز هذه الصعوبات أن المنظومة القضائية في لبنان لا يتوفر لها نظام معلوماتي موحد يربط بين كافة الوحدات القضائية وقواعد بياناتها إلكترونياً، الأمر الذي يُشكّل عائقاً أمام القضاة للوصول إلى المعلومات اللازمة والضرورية للبت في الملفات المعروضة عليهم، كما أن اعتماد الوسائل الإلكترونية في التقاضي يجب أن يُتيح للأفراد حق الوصول إلى المعلومات القانونية والقضائية المتعلقة بملفاتهم، مع إحترام مبدأ الشفافية⁽²⁾.

كما أن حدوث خلل فني في شبكة الأنترنت أو في نظام الميكنة المعلوماتية للمحكمة⁽³⁾، أو حتى إنقطاع التيار الكهربائي بسبب وقوع عطل طارئ أو حدوث قوة قاهرة، قد يؤدي إلى

(1) يقضي التعميم الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى رقم 67 ص.ق/ 2020 المتعلق بالإستجواب الإلكتروني بهدف الوقاية من فيروس كورونا بأن تجري جلسة التحقيق في أحد المكاتب المختصة للإستجواب عن بُعد، على أن تكون هذه المكاتب مجهزة بالوسائل الإلكترونية، يرأس هذه المكاتب قاضي التحقيق بحضور المدعي الشخصي ووكيله ووكيل المدعى عليه عند الإقتضاء، وفي حال إستجواب قاصر يتم إستدعاء مندوب الأحداث للحضور معه، ويمكن الإستعاضة عن الحضور الشخصي لهؤلاء عبر حضورهم الافتراضي عبر الوسائل السمعية- البصرية الإلكترونية، ثم يُصار إلى تنظيم جلسة الإستجواب عن بُعد وفقاً للأصول، من قِبَل كاتب قاضي التحقيق القائم بالإستجواب. ولدى الإنتهاء من الإستجواب، يتم إطلاع المُستجوب على مضمونه سمياً وبصرياً، وبعد ذلك، وفي حال الموافقة، يُوقع على محضر مستقل مودع لدى عنصر قوى الأمن وفق نموذج مُنظّم من قبل قاضي التحقيق، يتبيّن منه أن المُستجوب قد وافق على الإستجواب عن بُعد، وأنه قد إطلع على المحضر ووافق على مضمونه، وتتم المصافحة على توقيعه في مركز إحتجازه وفقاً للأصول المُعتمدة. ثم تُرسل المحاضر الموقعة في أماكن الإحتجاز بعد إنتهاء الجلسات مُباشرةً إلى قلم قاضي التحقيق المعني.

(2) القاضي رالف رياشي، الحق في العدالة، مؤتمر الخبراء الدوليين في روما خلال شهري شباط/فبراير وآذار/مارس 2008، المنظمة الدولية للقانون الإنمائي (IDOL)، تنمية دولة القانون في لبنان ووسائل تقديم المساعدة التقنية للنظام القضائي اللبناني: مُشار إليه في: إستقلال النظام القضائي في لبنان وحياده، الشبكة الأوروبية المتوسطية لحقوق الإنسان- مايا وهيب منصور وكارلوس يوسف داود، كوبنهاغن، فبراير/شباط 2010، ص. 47-48.

(3) تم إستخدام عبارة "الميكنة المعلوماتية" في مؤلف الدكتور محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002، ص. 122.

تعطيل التواصل بين طرفي النزاع أو أحدهم من جهة، وبين المحكمة من جهة ثانية، مما يسفر بالضرورة عن عدم إمكانية متابعة الدعوى وبالتالي تأجيلها إلى موعد آخر. هذا بالإضافة إلى أن الاعتماد على شبكة الأنترنت لا يخلو من المخاطر الناجمة عن الفيروسات التي قد تُتلف كل أو بعض محتويات البرامج المخصصة للحاسوب، والتي قد تكون ناجمة عن عمليات القرصنة وما يترافق معها من محاولات لإختراق هذه الأجهزة⁽¹⁾. بالإضافة إلى ذلك، فإن عدم فقه البعض في استخدام الحاسوب يمكن أن يُشكّل عائقاً إضافياً أمام متابعة الدعوى الإلكترونية بكافة تفاصيلها⁽²⁾، فقد تختلف طريقة تعاظم الأفراد مع الأساليب الإلكترونية والمعلوماتية الحديثة بحسب عمرهم أو درجة تعليمهم، ومع أن الدعوى الإلكترونية تستلزم وجود محام يُفترض معرفته بهذه الوسائل، إلا أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار هذه الصعوبة لاسيما في دعاوى التي لا تستلزم وجود محامٍ، الأمر الذي يؤثر على حق الأفراد باللجوء إلى التقاضي.

وحيث أن النظام القضائي غير مُهيأ بعد للتكيف مع اللجوء إلى نظام التقاضي عن بُعد، فإن تفعيل التعميم رقم 67 ص.ق/2020 السابق ذكره، يُثير العديد من التساؤلات حول إحترام حقوق الإنسان التي تمّ النص والتأكيد عليها في المواثيق الدولية والدستور والقوانين الداخلية، لا سيما وأن إصدار هذا التعميم قد ترافق مع إعلان التعبئة العامة التي تؤدي إلى تقييد الحقوق والحريات، فضلاً عن تقليص الضمانات المتعلقة بها، الأمر الذي يقتضي منا الإشارة التي الحقوق التي يتم إنتهاكها عبر تطبيق نظام التقاضي عن بُعد، وذلك في الفرع الثاني من هذه الدراسة تحت عنوان: " التقاضي عن بُعد وأثره على حقوق الدفاع في لبنان".

• الفرع الثاني: التقاضي عن بُعد وأثره على حقوق الدفاع في لبنان

يتضمن الدستور مجموعة من المبادئ والمعايير المُبلورة لحقوق الإنسان، ثم يليه القوانين وغيرها من التشريعات التي تتولى بيان هذه الحقوق ورسم المعايير والضوابط التي لا يجوز

(1) صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية، المفهوم والتطبيق، بحث منشور في مجلة الجامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مجلد رقم 28، العدد الأول، 2012، ص. 184

(2) م.م. أحمد رزاق نايف، أثر المعلوماتية في الدعوى المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، 2018، ص. 98.

العدول عنها، كما تعمل هذه القوانين على تفعيل النصوص الدستورية التي تحتاج إلى صدور أداة تشريعية تجعلها قابلة للتطبيق العملي⁽¹⁾.

وقد نصّت المادة السابعة من قانون أصول المحاكمات المدنية⁽²⁾ على الحق الذي يملكه كل ذي مطلب للتقدم إلى القضاء، بحيث يعود حق الإدعاء وحق الدفاع لكل شخص طبيعي أو معنوي، لبناني أو أجنبي، كما أشارت المادة التاسعة منه على الحق بالتقاضي⁽³⁾، على أن يُعيّد الحق بالإدعاء والحق بالتقاضي بحسن إستعمالهما⁽⁴⁾.

هذا فيما يتعلق بالتقاضي العادي، أما بالنسبة للتقاضي الإلكتروني أو التقاضي عن بُعد فهو لم يُقنن بعد في لبنان، وإنما الظروف الصحية الطارئة⁽⁵⁾ التي فرضت الإغلاق العام ومبدأ التباعد الإجتماعي إستوجبت صدور تعميم يتعلق بالإستجواب الإلكتروني، وقد حدد هذا التعميم الخطوط الرئيسية لكيفية مباشرة إجراءات الإستجواب عبر إستخدام الوسائل الإلكترونية الحديثة، وهذا ما يتطلب معرفة مدى إحترام هذه الإجراءات لحقوق الدفاع، ومدى توافقها مع المعاهدات والمواثيق الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان.

يقضي التعميم الصادر عن رئيس مجلس القضاء الأعلى رقم 67 ص.ق / 2020 المتعلق بالإستجواب الإلكتروني بهدف الوقاية من فيروس كورونا بأن تجري جلسة التحقيق

(1) ماجد راغب الحلو وآخرون حقوق الإنسان: عصام أنور سليم، الحماية التشريعية لحقوق الإنسان، مطلب جامعي، الإسكندرية، غير مذكور دار النشر، 2005، ص. 229.

(2) قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم الإشتراعي رقم 83/90 تاريخ 16/09/1983، الجريدة الرسمية العدد 40، تاريخ النشر 06/10/1983، ص. 3 وما يليها.

(3) نصت المادة 9 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني على ما يلي: " تكون الدعوى مباحة لكل من له مصلحة قانونية قائمة، أو لمن يهدف منها إلى تثبيت حق أنكر وجوده، أو الإحتياط لدفع خطر محقق أو مُستقبل، أو الإستيثاق من حق يُخشى زوال دليله عند النزاع فيه.."

(4) المادة العاشرة من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

(5) من الظواهر الخطرة التي تهدد الحق في محاكمة عادلة هو ظاهرة القضاء الإستثنائي الذي يركز بصورة خاصة على إعلان حالة الطوارئ، بحيث تتولى المحاكم العسكرية محاكمة المدنيين بتهم متعلّقة بالإضرار بأمن الدولة أو ذات صلة بالإرهاب، وتقتصد هذه المحاكمات للعديد من شروط المحاكمة العادلة، حيث يتم تجاهل الحق في الدفاع عن المتهمين أو الإخلال بهذا الحق، كما تجري المحاكمات على نحو سريع، كما يتم تجاهل طلبات المتهمين بإجراء الفحص الطبي والتحقيق فيها: سعدى محمد الخطيب، حقوق الإنسان بين التشريع والتطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص. 123-124.

في أحد المكاتب المخصصة للإستجواب عن بُعد، على أن تكون هذه المكاتب مُجهزة بالوسائل الإلكترونية. ويرأس هذه المكاتب قاضي التحقيق بحضور المدعي الشخصي ووكيله ووكيل المدعى عليه عند الإقتضاء، وفي حال إستجواب قاصر يتم إستدعاء مندوب الأحداث للحضور معه، ويمكن الإستعاضة عن الحضور الشخصي لهؤلاء عبر حضورهم الافتراضي عبر الوسائل السمعية- البصرية الإلكترونية، ثم يُصار إلى تنظيم جلسة الإستجواب عن بُعد وفقاً للأصول، من قِبَل كاتب قاضي التحقيق القائم بالإستجواب. ولدى الإنتهاء من الإستجواب، يتم إطلاع المُستجوب على مضمونه سمعياً وبصرياً، وبعد ذلك، وفي حال الموافقة، يوقع على محضر مستقل مودع لدى عنصر قوى الأمن وفق نموذج مُنظّم من قبل قاضي التحقيق، يتبيّن منه أن المُستجوب قد وافق على الإستجواب عن بُعد، وأنه قد إطلع على المحضر ووافق على مضمونه، وتتم المصافحة على توقيعه في مركز إحتجازه وفقاً للأصول المُعمّدة. ثم تُرسل المحاضر الموقعة في أماكن الإحتجاز بعد إنتهاء الجلسات مباشرةً إلى قلم قاضي التحقيق المعني.

في الواقع، يُثير هذا التعميم عدة إشكاليات على مستوى التطبيق، ذلك أن النص إلى ضرورة إجراء الإستجواب في أحد المكاتب المجهزة بالوسائل الإلكترونية والمخصصة للإستجواب عن بُعد، يفترض أن يكون ثمة تشريع يُنظّم كيفية الإستجواب فضلاً عن ربط هذه المكاتب والدوائر الخاصة بالمحكمة بموجب شبكة معلوماتية موحدة تكون قادرة على توفير إمكانية البحث القانوني في ملفات المتقاضين من جهة، وفي التشريعات والنصوص القانونية والأحكام من جهة ثانية.

كما أشار التعميم إلى إمكانية الحضور الافتراضي للمدعين و/أو وكلائهم القانونيين عبر الوسائل السمعية- البصرية الإلكترونية، وهذا ما يستدعي أن يكون الأطراف حاضرين عبر الشاشة الرقمية في الوقت المخصص للإستجواب، وهذا الحضور يتطلب وجود شبكة الأنترنت فضلاً عن توفر التيار الكهربائي، ومن الجدير ذكره أن الأزمة الإقتصادية والإجتماعية التي يعاني منها لبنان حالياً قد أثرت بشكل كبير على مقومات الحياة الرئيسية، خاصةً فيما يتعلّق بالحصول على موارد الطاقة، ومما لا شك فيه أن صعوبة تأمين هذه الموارد ستؤدي بالضرورة إلى

حرمان المدعين من متابعة إجراءات التقاضي، خاصةً في ظل الإنقطاع المستمر والطويل للتيار الكهربائي ورداءة شبكة الإنترنت.

وحيث أن المنظومة القضائية في لبنان لا زالت تعتمد على الوسائل التقليدية في التحقيق والإستجواب، فمن الطبيعي أن لا تكون الدوائر العائدة لها مجهزة بالصورة المطلوبة والكافية لإجراء الإستجواب أو إتمام إجراءات التقاضي، الأمر الذي سيحرم العديد من الأفراد من اللجوء الى هذه الآلية.

وبالإضافة إلى التعميم السابق، فقد صدر تعميم آخر عن النائب العام التمييزي رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/23،⁽¹⁾ المتعلق بالتخفيف من الإكتظاظ داخل السجون والنظارات بفعل تفشي فيروس الكورونا والذي طلب إبلاغه إلى مفوض الحكومة لدى المحكمة العسكرية للعمل به، وذلك بسبب تعذر سوق الموقوفين نظراً للتدابير المتخذة في البلاد، لا سيما وأن العمل في قصور العدل شبه متوقف، لذلك، فقد طلب النائب العام التمييزي اللجوء إلى الإستجواب الإلكتروني عملاً بكتاب وزيرة العدل متى دعت الحاجة لمن إستطاع إليه سبباً، وذلك وفقاً للآلية التالية، أو الآلية التي يراها القاضي مناسبة، حيث يحلف عنصر قوى الأمن اليمين القانونية ويكلف بكتابة المحضر بوجود المنوي إستجوابه، ثم يُوقَّع المستجوب على محضر التحقيق أو يبصمه فيرسل المحضر إلى القاضي ورقياً، وفي حال تعذر ذلك، إلكترونياً، فيوقعه القاضي ويمهره بختمه، وفي هذه الحال يُؤشر عليه أنه نسخة إلكترونية إلى حين وروده المحضر الأساسي، فيوقعه ويمهره، ويرفقه ربطاً بالنسخة، ثم تُرسل مذكرة الترك أو مذكرة التوقيف بالطريقة نفسها وبحسب القانون، فتتخذ ويُعاد إشعار التنفيذ إلى القاضي/ مع الإشارة إلى عدم المباشرة بتحقيق أولي أو قضائي إلا في حالات الضرورة القصوى.

في الواقع، يبدو أن التعميم رقم 65/ص/2020 قد صدر لأسباب إنسانية وصحية لا سيما في ظل إنتشار فيروس كورونا وما يرافقه من مخاطر صحية قد تتفاقم بشكل مخيف إذا ما إستمر الإكتظاظ في السجون والنظارات، وقد حدد هذا التعميم الآلية المعتمدة للإجراءات

(1) تعميم صادر عن النائب العام التمييزي رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/23، والذي جاء عطفاً على التعميم رقم 65/ص/2020 تاريخ 2020/03/16، والتعميم رقم 65/ص/2020 مكرر تاريخ 2020/03/19 والمتعلق بالتخفيف من الإكتظاظ داخل السجون والنظارات بفعل تفشي فيروس الكورونا.

المتبعة والتي تركز على حماية الصحة العامة من جهة، والإلتفات إلى الوضع الحقوقي والإنساني للأفراد المشتبه بهم، كما يمتاز هذا التعميم بواقعيته، فقد دُكر في منته بأنه يُمكن اللجوء إلى الإستجواب الإلكتروني " متى دعت الحاجة ولمن إستطاع إليه سبيلاً"، ففي ذلك إعتراف ضمني بعدم جاهزية معظم مكاتب التحقيق للقيام بالإستجواب الإلكتروني. وفي ضوء الضرورة التي حتمت اللجوء إلى آلية الإستجواب الإلكتروني في لبنان، وعدم جاهزية دوائر التحقيق لإتباعها، فضلاً عن عدم وجود تشريع يُنظّمها، أو يُعاقب على الإنتهاكات التي قد تُرتكب تحت عنوان "التقاضي عن بُعد"، يثور التساؤل حول الدور الذي يلعبه المجتمع الدولي لضمان إحترام حقوق الدفاع وعدم المسّ بها لا سيما وأن وسائل الحماية الداخلية لم تعد كافية بمفردها، وهذا ما سنتناوله في الفرع الثاني من هذه الدراسة تحت عنوان " الحماية الدولية لحقوق الدفاع".

○ **المطلب الثاني: إحترام حقوق الدفاع وضمائنه في التقاضي عن بُعد**

يُساهم نظام التقاضي عن بُعد في تسهيل إجراءات التقاضي⁽¹⁾ وتمكين صاحب الحق من الحصول على حقه بسرعة⁽²⁾، كما أنه يتميز بمكننة الإجراءات، أي تجريدتها من الورقية، ذلك أن عدم إستعمال الوثائق الورقية بين أطراف النزاع⁽³⁾، هو الغرض الرئيسي من التقاضي

(1) يُتيح التقاضي الإلكتروني الحضور الافتراضي للمحكمة عبر الشاشة، عوضاً عن الحضور المادي لمقر المحكمة: خالد ممدوح إبراهيم، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، مرجع سابق، ص. 16. فلم يعد من الضروري السفر أو الإنتقال إلى المحكمة لحضور الجلسات والإستماع إلى القرارات الصادرة في الدعوى: صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية، المفهوم والتطبيق، مرجع سابق، ص. 182.

(2) لا يكفي أن يقوم الجهاز القضائي في الدولة بتحقيق العدالة، وإنما يلزم إلى جانب ذلك أن تتحقق هذه العدالة بسرعة ودون تاخير، ذلك إن تمكّن صاحب الحق من الحصول على حقه بسرعة، سيؤدي بالضرورة إلى إشاعة الثقة والإطمئنان لدى أفراد المجتمع، لا سيما وإن الفصل السريع في الدعاوى سيكون من شأنه بالتالي دفع الإعتداءات على الحقوق، مما سيكون له أثر في ردع الأفراد عن اللجوء إلى الإقتصاص الخاص، فيسود النظام في المجتمع: أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، مرجع سابق، ص. 6-7.

(3) هذا بالإضافة إلى أن مكننة الإجراءات من شأنها أن تجعل سجلات المحكمة وأرشيفها أكثر أماناً، لا سيما من ناحية سهولة الإطلاع عليها وكشف أي تزيف فيها: صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية، المفهوم والتطبيق، مرجع سابق، ص. 181. وذلك دون أي تدخل من القاضي أو مساعديه في صياغة أو إختزال أو حذف أو تعديل في مضمون المذكرات،

عبر الوسائل الإلكترونية، والذي يسعى بالتالي خلق "مجتمع المعاملات اللاورقية"⁽¹⁾، هذا بالإضافة إلى أن اللجوء إلى الوسائط الإلكترونية يُمكن أن يحدّ من الممطالة وخلق الأعذار لكسب الوقت من قبل الخصم في الدعوى، فضلاً عن تخفيف المشاحنات بين الخصوم، "وهو خير دليل على الإقتصاد في الإجراء وعدم الهدر الإجرائي"⁽²⁾.

إلا أن سلبيات هذا النظام تطغى على إيجابياته، لا سيما فيما يتعلق بضمانات المحاكمة العادلة وحقوق الدفاع التي نصّت عليها القوانين والإعلانات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، خاصةً إذا ما أخذنا بعين الاعتبار أن التعميم الذي أصدره رئيس مجلس القضاء الأعلى قد ورد على سبيل الاحتياط، وأن لا قوانين تنظّمه أو تكفل التمتع بالحقوق التي يتمتع بها أطراف الدعوى. إنطلاقاً من هنا، سنتناول الضمانات الخاصة بالمحاكمة العادلة وحقوق الدفاع التي تمّ التأكيد عليها بموجب الدستور والإعلانات الدولية وذلك في الفرع الأول تحت عنوان: "الضمانات الداخلية الخاصة بحقوق الدفاع"، ثم سنتناول موضوع "الحماية الدولية لحقوق الدفاع" في الفرع الثاني من هذه الدراسة.

• الفرع الأول: الضمانات الداخلية الخاصة بحقوق الدفاع

لحضور الخصوم في الدعاوى التقليدية أثر هام يترتب على متابعة سلسلة الإجراءات التي تتطلبها الدعوى، وتمكينهم من مناقشة دفعهم والرد على أسئلة القاضي، بحيث يُمكنهم ممارسة حق الدفاع وفقاً لما يقرره القانون.

وقد تناول المشرّع اللبناني إدارة الدعوى المدنية من خلال المادة 463 من قانون أصول المحاكمات المدنية⁽³⁾ التي نصّت على أنه: " في الموعد المعين لنظر القضية امام محكمة

مما يوفر السرية المطلوبة في في المحافظة على المعلومات لدى تداول ملفات الدعوى: محمد عصام الترساوي، تداول الدعوى القضائية أمام المحاكم الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص. 103.

(1) خالد ممدوح إبراهيم، الدعوى الإلكترونية وإجراءاتها أمام المحاكم، مرجع سابق، ص. 36.

(2) نبيل عمر، الهدر الإجرائي وإقتصاديات الإجراء، دراسة في قانون المرافعات المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، ط. 1، 1999، ص. 7 وما يليها.

(3) قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الصادر بالمرسوم الإشتراعي رقم 83/90 تاريخ 16/09/1983، الجريدة الرسمية العدد 40، تاريخ النشر 1983/10/06، ص. 3 وما يليها.

الدرجة الاولى يحضر الخصوم بأنفسهم اذا كانت قيمة المتنازع عليه لا تتجاوز مليون ليرة لبنانية. ويجوز ان يحضر عنهم من يوكلونه من المحامين، أما في القضايا الاخرى فلا يجوز ان يحضروا إلا بواسطة محامين يمثلونهم وفق احكام المواد 378 الى 386 ما لم يكن الخصوم انفسهم محامين. واذا حضر الخصم وامتنع عن توكيل محام فتنظر القضية بغيابه ويعتبر الحكم وجاهياً⁽¹⁾. إلا أن عدم حضور الخصوم يؤدي إلى شطب القضية⁽¹⁾.

في الواقع، إن عدم حضور الخصوم مادياً لمتابعة إجراءات الدعوى، وحضورهم إلكترونياً، يُثير التساؤل حول عوارض الخصومة الإلكترونية، ومدى إحترام مبدأ الجاهية، ومدى إمكانية القاضي من ممارسة سلطته التقديرية من خلال تقاضي يتم بعيداً عن الحضور المادي للخصوم، وخارج جدران مقر المحكمة، وبعيداً عن ملاحظة تعابير الوجه والجسد والتي قد تلهم القاضي لدى إصدار حكمه. كما أن حضور الخصوم من شأنه إنهاء الدعوى وإصدار الحكم فيها.

فإجراءات المحاكمة أمام المحاكم العادية تتسم بالعلنية والشفافية والتدوين الكتابي للإجراءات بالإضافة إلى إحترام مبدأ حقوق الدفاع، ويُعتبر مبدأ شفوية المحاكمة بأنه القاعدة الأساسية الموضوعية لتأمين المناقشة الجاهية أثناء الجلسة، بحيث أنه لا يجوز للمحكمة أن تبني قرارها على مستندات أو إفادات لم تكن موضوع المناقشة الشفوية، وإن فعلت فقد عرّضت قرارها للنقض لبطلان المعاملات بطلاناً مطلقاً، إذ أن قاعدة شفوية المحاكمة تتعلق بالنظام العام⁽²⁾.

(1) نصّت المادة 464 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبنانية على أنه: " اذا تخلف المدعي والمدعى عليه عن حضور الجلسة بدون عذر مقبول تقرر المحكمة شطب القضية من الجدول. قرار الشطب تدبير خاص بالادارة القضائية فلا يحول دون طلب الخصوم او احدهم اعادة القضية الى الجدول والسير بها من النقطة التي وصلت اليها قبل الشطب". كما نصّت المادة 466 المعدلة من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه: " اذا غاب المدعي عن الجلسة الاولى بدون عذر مقبول وكان قد تبلغ موعد الجلسة كان للمدعى عليه اما ان يطلب شطب الدعوى من جدول المرافعات واما الحكم في الموضوع واما اسقاط الاستحضار. اذا طلب المدعى عليه الحكم في الموضوع او اسقاط الاستحضار تجل القضية الى جلسة ثانية يبلغ المدعي موعدها. واذا غاب المدعي عن الجلسة الثانية دون عذر مقبول على المحكمة اجابة طلب المدعى عليه ويصدر حكمها بمثابة الجاهي بحق المدعي على انه، في حال اسقاط الاستحضار، يمكن للمدعي اقامة الدعوى مجددا اذا كان لا يزال ضمن المهلة القانونية".

(2) قرار رقم 2001/246، تاريخ 2001/10/30، الغرفة السادسة الجزائية، عالية الموسوعة الحديثة للإجتهادات الجزائية العليا في قانون العقوبات والأصول الجزائية (1950-2005)، المجلد الثالث، (ض-ي)، ضابطة عدلية - يمين كاذبة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2017، ص. 2674.

وقد إعترض البعض⁽¹⁾ على التقاضي الإلكتروني من ناحية التخوف من المسّ بضمانات المحاكمة العادلة حيث يتم العصف بمبادئ العلنية والشفهية والمواجهة. فعلائية جلسات المرافعة تعني أن تبقى أبواب قاعة المحكمة مفتوحة أمام الجميع ليحضر المرافعة من يشاء من الأشخاص دون تمييز، ويكون رقيباً على أعمال السلطة القضائية⁽²⁾، ويُقصد بذلك أن تكون قاعات المحكمة التي تُعقد فيها هذه الجلسات مفتوحة للجمهور بغير تمييز ليدخل إليها من يشاء⁽³⁾. ذلك أن إحترام قاعدة علنية الجلسات إلى حماية حقوق المتقاضين، وذلك لكونها تُعتبر من الضمانات الجوهرية لحقوق الدفاع والتي يؤدي إغفالها إلى بطلان الحكم بطلاناً مُطلقاً، وحيث أن القانون قد أعطى القاضي صلاحيات واسعة لإجراء المحاكمة بصورة سرّية في الأحوال التي تقتضي ذلك، إلا أنه إشتراط عليه أن يُبين الأسباب التي دفعته لإتخاذ هذا القرار في محضر ضبط المحاكمة⁽⁴⁾.

كما يعني مبدأ الوجاهية أن تكون جميع إجراءات المحاكمة شفهية، كما يؤدي إحترام قاعدة علنية الجلسات إلى حماية حقوق المتقاضين، وذلك لكونها تُعتبر من الضمانات الجوهرية لحقوق الدفاع والتي يؤدي إغفالها إلى بطلان الحكم بطلاناً مُطلقاً، وحيث أن القانون قد أعطى القاضي صلاحيات واسعة لإجراء المحاكمة بصورة سرّية في الأحوال التي تقتضي ذلك، إلا أنه إشتراط عليه أن يُبين الأسباب التي دفعته لإتخاذ هذا القرار في محضر ضبط المحاكمة⁽⁵⁾. في الواقع، إن إحترام مبدأ شفاهية المحاكمة من الإجراءات الجوهرية التي يترتب على مخالفتها البطلان، ومتى تقرر البطلان فإنه يتناول جميع الآثار التي تترتب على الإجراء مباشرة، ولزم إعادته متى أمكن ذلك⁽⁶⁾، هذا بالإضافة إلى أن ضابط حقوق الدفاع يؤدي إلى ترتيب البطلان نتيجة مخالفة أية قاعدة تقرر حقاً للدفاع، وإذا كانت هذه القواعد تعتبر من القواعد الجوهرية، إلا أن هذا لا يسمح بأن يكون ضابط حقوق الدفاع وحده معياراً للإجراءات

(1) أحمد هندي، التقاضي الإلكتروني، مرجع سابق، ص. 21.

(2) محمد حسين منصور، الإثبات التقليدي والإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2010، ص. 21.

(3) علي عبد القادر قهوجي، قانون العقوبات، القسم العام، دراسة مُقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، 2002، ص. 446.

(4) حاتم ماضي، قانون أصول المحاكمات الجزائية، منشورات زين الحقوقية، ط.3، 2016، ص. 473-474.

(5) حاتم ماضي، قانون أصول المحاكمات الجزائية، منشورات زين الحقوقية، ط.3، 2016، ص. 473-474.

(6) محمود محمود مصطفى، شرح قانون الإجراءات الجنائية، ط.9، دار ومطابع الشعب، 1964، ص. 395.

الجوهرية. فهذه الحقوق هي عبارة عن قواعد وُضعت لحماية الخصوم في الدعوى ولأنها مرتبطة بحسن سير العدالة، تكون موضوعاً لحماية المصلحة العامة⁽¹⁾، وهو يضفي على أصول التحقيق طابع الوجاهية التي تقضي بإطلاع صاحب العلاقة على كامل مأخذ بحقه وعلى كل مستند يرمي إلى إدانته مع كل ما يتضمنه الملف من إفادات ومستندات ووقائع وأدلة، بحيث يصبح من حق المحكمة أن تستند في قرارها إلى من تلك الأوراق والأدلة التي تقتنع بها⁽²⁾. هذا بالإضافة إلى مبدأ المواجهة بالدليل، والذي يُقصد به حضور الخصوم لإجراءات المرافعة القضائية حتى يرى ويسمع كل منهم المرافعات وأقوال الشهود، وهم جميعاً متساوون في حق تقديم أدلتهم الثبوتية، كما أن لكل خصم الحق في مناقشة الأدلة والإثباتات التي يتقدم بها خصمه⁽³⁾.

إنطلاقاً مما سبق، نجد أن استخدام الوسائل والأساليب الجديدة في التقاضي يمس بصورة مباشرة ببعض المبادئ الجوهرية للتقاضي كالعينية والمواجهة بين الخصوم، والشفهية، خاصة وأن لا تشريع في لبنان يُنظّم هذه الصورة الحديثة من التقاضي والتي فرضتها حالة الطوارئ الصحية وظروف التعبئة العامة، وسواء أكان مصدر هذه المبادئ القوانين الداخلية، الجزائية أم المدنية، إلا أن ضماناتها تُستمد مباشرة من القوانين والإعلانات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان، الأمر الذي يقتضي منا الإضاءة على هذه الضمانات ومدى إحترامها وذلك في الفرع الثاني من هذه الدراسة تحت عنوان: "الحماية الدولية لحقوق الدفاع".

• الفرع الثاني: الحماية الدولية لحقوق الدفاع

يُقصد بالحماية الدولية لحقوق الإنسان مجموعة الإجراءات التي تتخذها الهيئات الدولية في مواجهة دولة ما، لضمان إلتزامها بتنفيذ تعدياتها الدولية وفقاً للاتفاقيات الدولية لحقوق

(1) عاصم شكيب صعب، بطلان الحكم الجزائي نظرياً وعملياً، دراسة مقارنة، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2007. ص. 86-87.

(2) قرار رقم 2004/270، تاريخ 2004/10/14، والقرار رقم 2005/317، تاريخ 2005/11/29، الغرفة السادسة الجزائية، سمير عالية وهيثم سمير عالية، الموسوعة الحديثة للإجتهادات الجزائية العليا في قانوني العقوبات والأصول الجزائية، مرجع سابق، ص. 2672.

(3) صفاء أوتاني، المحكمة الإلكترونية، المفهوم والتطبيق، مرجع سابق، ص. 186.

الإنسان، والكشف بالتالي عن الانتهاكات التي وقعت، وإتخاذ الإجراءات الكفيلة بمنع مواصلة هذه الانتهاكات⁽¹⁾.

ويُمكن إثبات التزام الدول بإحترام حقوق الإنسان عبر المعاهدات⁽²⁾ والإتفاقيات الدولية⁽³⁾ والإعلانات الدولية لحقوق الإنسان، مع الإشارة إلى أن الحماية التي تقدمها أجهزة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان هي حماية عامة وشاملة لجميع الحقوق المقررة في الإتفاقيات الدولية. فقد نصّت المادة السابعة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان⁽⁴⁾ على أن: "الناس جميعاً سواء أمام القانون، وهم يتساوون في حق التمتع بحماية القانون دونما تمييز، كما يتساوون في حق التمتع بالحماية من أي تمييز ينتهك هذا الإعلان ومن أي تحريض على مثل هذا التمييز"، كما أكّدت المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية⁽⁵⁾ على حق الفرد بأن تُنظر قضيته بنزاهة وإستقلالية وبصورة علنية، بإستثناء الحالات التي ترى المحكمة أنها تخل بمصلحة العدالة⁽⁶⁾، وبأن يكون له الحق في توكيل

(1) باسيل يوسف، سيادة الدول في ضوء الحماية الدولية لحقوق الإنسان، مجلة دراسات إستراتيجية، العدد 49، مركز الإمارات للدراسات والبحوث الإستراتيجية، أبو ظبي - الإمارات العربية المتحدة، 2001، ص. 30.

(2) تُعتبر المعاهدات أفضل الأساليب المعتمدة لإقرار حقوق الإنسان وتعزيز حمايتها داخل الدول، وهي تتفاعل مع مصادر أخرى فيما يتعلّق بالإلتزام الدولي، الأمر الذي يُساهم في حماية العديد من الحقوق الأساسية للإنسان: لمى عبد الباقي محمود العزاوي، القيمة القانونية لقرارات مجلس الأمن الدولي في مجال حماية حقوق الإنسان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص. 120-121.

(3) تُعدّ الإتفاقيات الدولية من أهم مصادر قانون حقوق الإنسان الدولي، فهي تخلق تعمل على خلق إلتزامات دولية مباشرة وواضحة للدول الأطراف، إلا أن هذه الإتفاقيات لا تكون ملزمة إلا بعد وضعها موضع التنفيذ، فضلاً عن أن إلتزاميتها تنحصر في الدول المُنظمة لهذه الإتفاقيات: آظين خالد عبد الرحمن، ضمانات حقوق الإنسان في ظل قانون الطوارئ، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، 2009، ص. 201.

(4) الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر بموجب قرار الجمعية العامة 217 ألف (د-3) تاريخ 10 كانون الأول ديسمبر 1948.

(5) العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية الصادر بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 2200 ألف (د-21)، المؤرخ في 16 كانون الأول/ديسمبر 1966، بدء النفاذ 23 آذار/مارس 1976.

(6) "الناس جميعاً سواء أمام القضاء. ومن حق كل فرد، لدى الفصل في أية تهمة جزائية توجه إليه أو في حقوقه والتزاماته في أية دعوى مدنية، أن تكون قضيته محل نظر منصف وعلني من قبل محكمة مختصة مستقلة حيادية، منشأة بحكم القانون. ويجوز منع الصحافة والجمهور من حضور المحاكمة كلها أو بعضها لدواعي الآداب العامة أو النظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو لمقتضيات حرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى، أو في أدنى الحدود التي تراها

محامٍ، إلا أن أهم ما ورد في هذه المادة هو حق الفرد بأن يُحاكم حضورياً وأن يُدافع عن نفسه بشخصه، وأن يُناقش شهود الإتهام⁽¹⁾، وهنا يثور التساؤل حول مدى إحترام الضمانات المذكورة في المادة 14 لدى اللجوء إلى نظام التقاضي الإلكتروني أو التقاضي عن بُعد، ذلك أن الحضور المادي لم يُعد لازماً لممارسة هذا النوع من التقاضي، خاصةً بعد أن حلّ مكانه الحضور الافتراضي الذي لا يستلزم الحضور المادي للأطراف في مقر المحكمة وداخل جدرانها.

وقد أشارت المادة الخامسة من الإتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري⁽²⁾ إلى "حق كل إنسان، دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الأصل القومي أو الاثني، في المساواة أمام القانون"، وقد حددت المادة المذكورة الحقوق المشمولة بالحماية، نذكر منها: الحق في معاملة علي قدم المساواة أمام المحاكم وجميع الهيئات الأخرى التي تتولى إقامة العدل، الحق في الأمن علي شخصه وفي حماية الدولة له من أي عنف أو أذى بدني، يصدر سواء عن موظفين رسميين أو عن أية جماعة أو مؤسسة⁽³⁾.

وبالإضافة إلى الحماية التي شملتها الإتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري، فقد أشارت المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية إلى مبدأ العلانية، والذي تم إستثناءه بوجود ظروف إستثنائية تسترعي السرية وعدم العلانية، كدواعي "الأداب العامة أو النظام العام أو الأمن القومي في مجتمع ديمقراطي، أو لمقتضيات حرمة الحياة الخاصة لأطراف الدعوى، أو في أدنى الحدود التي تراها المحكمة ضرورية حين

المحكمة ضرورية حين يكون من شأن العلنية في بعض الظروف الاستثنائية أن تخل بمصلحة العدالة": الفقرة الأولى من المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية.

(1) نصّت الفقرة الثالثة من المادة 14 من العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية على أنه: " لكل متهم بجريمة أن يتمتع أثناء النظر في قضيته، وعلى قدم المساواة التامة، بالضمانات الدنيا التالية: .. (د): أن يحاكم حضورياً وأن يدافع عن نفسه بشخصه أو بواسطة محام من اختياره، وأن يخطر بحقه في وجود من يدافع عنه إذا لم يكن له من يدافع عنه، وأن تزوده المحكمة حكماً، كلما كانت مصلحة العدالة تقتضي ذلك، بمحام يدافع عنه. (هـ): أن يناقش شهود الاتهام، بنفسه أو من قبل غيره، وأن يحصل على الموافقة على استدعاء شهود النفي بذات الشروط المطبقة في حالة شهود الاتهام.

(2) الإتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري الصادرة بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 2106 ألف (د-20) المؤرخ في 21 كانون الأول/ ديسمبر 1965

(3) الفقرتين أ وب من المادة الخامسة من الإتفاقية الدولية للقضاء علي جميع أشكال التمييز العنصري.

يكون من شأن العلنية في بعض الظروف الاستثنائية أن تخل بمصلحة العدالة"، وفي كل الأحوال يجب أن يصدر الحكم بصورة علنية بإستثناء الدعاوى الخاصة بالأحداث. إلا مبدأ العلنية لا يُحترم لدى إجراء المحاكمة الإلكترونية أو التقاضي عن بُعد، ذلك أن التداعي عن بُعد يفترض الدخول الى الصفحة الإلكترونية الخاصة بالمحكمة من قبل أطراف الدعوى بعد إتمام إجراءات تسجيل الدخول ومواجهة القاضي عبر شاشة رقمية، مما يعني أن لا إمكانية للجمهور أو الصحافة من الدخول ومتابعة كيفية سير الدعوى، فضلاً عما يسببه ذلك من إضعاف لثقة المتداعين بالقضاء الإلكتروني.

وبالإضافة إلى الضمانات السابقة، فقد نصّت المادة الثالثة من الميثاق العربي لحقوق الإنسان⁽¹⁾ على أن "تتعهد كل دولة طرف في هذا الميثاق بأن تكفل لكل شخص خاضع لولايتها حق التمتع بالحقوق والحريات المنصوص عليها في هذا الميثاق من دون تمييز بسبب العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو المعتقد الديني أو الرأي أو الفكر أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد أو الإعاقة البدنية أو العقلية كما تتخذ الدول الأطراف في هذا الميثاق التدابير اللازمة لتأمين المساواة الفعلية في التمتع بالحقوق والحريات كافة المنصوص عليها في هذا الميثاق بما يكفل الحماية من جميع أشكال التمييز بأي سبب من الأسباب المبينة في الفقرة السابقة".

إنطلاقاً مما سبق نجد أن الحماية الدولية قد أُسبغت على المبادئ الأساسية الخاصة بالمحاكمة التقليدية، ولكن هل يُمكن تطبيق هذه المبادئ على آليات التقاضي عن بُعد؟ وكيف يُمكن الإستعاضة عن الوسائل التقليدية في التقاضي لحساب نظام مُستحدث ما زال القصور يعتري نظامه وأحكامه؟ في الواقع، يبدو أن الحاجة بات ملحّة لإقرار نظام دولي يحدد النُظم الموضوعية والإجرائية للتقاضي عن بُعد في ضوء إلتزامات الدول والحكومات تجاه المجتمع الدولي.

(1) الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي تم إعتماده من قِبل القمة العربية السادسة عشر في تونس بتاريخ 23 أيار/ مايو 2004.

○ الخاتمة

لم تكن الثورة المعلوماتية التي إجتاحت مختلف القطاعات في العالم سبباً في دفع المشرع اللبناني إلى مجارة هذا التطور، والقيام بمراجعة القوانين القديمة وتغييرها والعمل على إستحداث قوانين جديدة تتلاءم وطبيعة هذه المرحلة، وإنما كان للأزمة الصحية التي عانى منها لبنان - كما غيره من الدول - دوراً في فرض اللجوء إلى الوسائط الإلكترونية لا سيما فيما يتعلق بإجراء الإستجواب الإلكتروني، فالتقاضي الإلكتروني أو التقاضي عن بُعد بات يُمثّل حلاً لا غنى عنه لتحقيق العدالة الناجزة، خاصةً وأن إعتقاد الوسائط الإلكترونية لم يعد خياراً بل أضحي واقعاً. في الواقع، إن التقاضي الإلكتروني في لبنان لم يتبلور بعد في صيغة قوانين تنظمه وتحدد أحكامه، الأمر الذي إستدعى جهوداً فردية من عدد من القضاة⁽¹⁾ لتعميم فكرة إجراء المحاكمات بصورة إلكترونية، كما فتحت التعاميم الصادرة عن رئيس مجلس القضاء الأعلى والنائب العام التمييزي المتعلقة بالإستجواب الإلكتروني الباب أمام تحسين قواعد التقاضي القانونية وملاحقة التطور التكنولوجي.

ورغم أن الظروف الإستثنائية قد فرضت اللجوء إلى بعض آليات التقاضي الإلكتروني إلا أنه من المفترض، وفي ظل إفتقار التشريع اللبناني إلى قوانين تنظم هذا النوع من التقاضي، أن تكون الإجراءات المتخذة متوافقة مع المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان، لا سيما فيما يتعلق بإحترام ضمانات المتهم المقررة بموجب الدستور والقانون.

إنطلاقاً من هنا، يُمكن لنا أن نحدد النتائج التي تم التوصل إليها في هذه الدراسة بالنقاط

التالية:

(1) أعلنت غرفة عمليات نقابة المحامين في بيروت في بيان صادر بتاريخ 20 أيلول/ سبتمبر 2020 عن "انعقاد جلسات محاكمات كاملة عن بعد أمام محكمة الجنايات في بيروت برئاسة القاضي طارق البيطار بالوسائط الإلكترونية، للمرة الأولى في لبنان، وذلك بالتعاون بين مجلس القضاء الأعلى ونقابة المحامين في بيروت ووزارة العدل، وبتنظيم وتنسيق غرفة عمليات النقابة في بيروت. وتمكن الموقوفون من المثول إلكترونياً بالصوت والصورة أمام المحكمة من السجون وأماكن التوقيف، إضافة إلى حضور قضاة المحكمة والنائب العام والمحامين والكاتب إلكترونيا بالصوت والصورة، مع توثيق محاضر جلسات المحاكمات ورقياً وإلكترونياً في آن معا. وجرت إدارة الجلسات بشكل طبيعي وناجح، فقرر المضي قدماً بهذه الآلية واعتمادها بشكل دائم وبدء تعميمها على سائر المحاكم". تاريخ الإطلاع: 2021/09/11.

• النتائج:

1. إن التقاضي عن بُعد غير مجسد فعلياً في التشريع اللبناني سواء في المواد المدنية أو الجزائية، إلا أن الضرورة هي أفرزت الحاجة إلى وجوده.
2. إن عدم وجود تشريع يُنظّم كيفية التقاضي عن بُعد لا يعني تجاهل الضمانات الخاصة بالمتهم أو تجاوز الحقوق الرئيسية المنصوص عليها في قوانين حقوق الإنسان.
3. إن تطبيق آليات التقاضي عن بُعد يمس بشكل مباشر في حق المتقاضي بمحاكمة عادلة لا سيما فيما يتعلق مبدأ الوجاهية والعلانية، فضلاً عن تأثيره على السلطة التقديرية للقاضي، خاصةً في غياب تعابير الوجه أو الجسد وعدم وضوحها.
4. إن التعاميم الصادرة عن رئيس مجلس القضاء الأعلى والنائب العام التمييزي لم تركز أي ضمانات كافية لحماية المدعى عليه.

• التوصيات:

- 1-يتطلب نظام التقاضي الإلكتروني توفر تشريعات تنظمه وتكفل تحقيق أهدافه، خاصةً وأن التشريعات التقليدية لم تعد كافية بحدّ ذاتها لمواكبة التطور المعلوماتي، الأمر الذي يتطلب وضع تشريعات جديدة، أو تطوير ما هو قائم منها، وضبط مفاهيمه القانونية والتقنية الخاصة به حتى تتوافق مع النُظُم الجديدة المستندة على التعامل الإلكتروني.
- 2-إن تطوير القوانين وإستحداثها فيما يتعلق بالتقاضي عن بُعد يجب أن يكون مُكرّساً للمزيد من الضمانات المتعلقة بحقوق الإنسان.
- 3-النهل من تجارب الدول التي نجحت في إستخدام نظام التقاضي الإلكتروني، والتعلم من تجارب الدول التي فشلت في إرساء قواعد هذا النظام.
- 4-العمل على تطوير النظم الخاصة بإجراءات التقاضي، وإستحداث شبكة معلوماتية تربط الجهات القضائية بعضها ببعض، فضلاً عن توفير إمكانية البحث القانوني في التشريعات والنصوص القانونية والأحكام وذلك بالإستناد إلى حق الأفراد بالوصول إلى المعلومات. والمعاملة.

الدراسة الرابعة:

**مدى كفاية النصوص البيئية والغذائية في ضبط تداول السلع
الغذائية**

د. هاني حمزة⁽¹⁾

إن عدم انتظام المسار القانوني لتوفر مكون الغذاء للمواطنين، يهدد أمنهم الغذائي، الأمر الذي يجعل البحث في تعزيز وتطوير مكون توفر الغذاء حاجة ماسة وضرورية. إن التشريعات البيئية تتكامل أهدافها مع التشريعات المتعلقة بسلامة الغذاء، وينبغي على الأشخاص العامة والخاصة العاملة في القطاعين العام والخاص احترام شروط السلامة والصحة العامتين واحترام الشروط البيئية، وينبغي على الدولة أن تضع في صلب سياستها العامة ضرورة احترام مبدأ التنمية المستدامة، ومن ضمنها احترام شروط التنمية المستدامة المتعلقة بسلامة الغذاء.

صدر القانون رقم 35 تاريخ: 2015/11/24 (قانون سلامة الغذاء)، الذي جرى العمل به فور نشره في الجريدة الرسمية في العدد 48 (بتاريخ 26 / 11 / 2015). وأبرز ما تضمنته القانون إنشاء الهيئة اللبنانية لسلامة الغذاء، وحصر مهمات مراقبة الغذاء بهذه الهيئة، مع وجود آلية للتنسيق بين الهيئة والإدارات والوزارات المعنية، ومراعاة المعاهدات الدولية لسلامة الغذاء، لا سيما تلك المتصلة بتدابير الصحة والصحة النباتية والقيود الفنية على التجارة⁽²⁾.

(1) مفتش إداري في بلدية بيروت، محاضر منتدب في كلية الحقوق والعلوم السياسية في جامعة بيروت العربية، خبير في التشريعات البيئية.

(2) د. نادر عبد العزيز شافي، سلامة الغذاء في القانون اللبناني، مجلة الجيش، العدد 367-كانون الثاني 2016.

www.lebarmy.gov.lb تاريخ زيارة الموقع 2021/3/8.

وقد سبق قانون سلامة الغذاء، قانون حماية المستهلك رقم 659/ 2005 الذي أخذ حيزاً وافراً من التطبيق أمام المحاكم الجزائية، والقانون رقم 183 تاريخ 2020/06/16 (تحفيز وهب الغذاء) الذي لم نلاحظ له أي تطبيق عملي.

إذا من المفيد العمل على تفعيل القوانين البيئية والغذائية بصورة متوازنة، لأن تسليط الضوء على القوانين البيئية يساهم في رفع مستوى ضبط الأمن الغذائي من الناحيتين التشريعية والتنفيذية، ونذكر من التشريعات البيئية اللبنانية على سبيل المثال:

1. قانون حماية البيئة رقم 444 تاريخ 2002/7/29، لا سيما النصوص المتعلقة بتطبيق مبدأ التنمية المستدامة وحماية الأرض والمياه.
2. المرسوم رقم 8633 تاريخ 2012/08/07 (أصول تقييم الأثر البيئي)
3. المرسوم رقم 8213 تاريخ 2012/05/24 (التقييم البيئي الإستراتيجي لمشاريع السياسات والخطط والبرامج في القطاع العام)
4. القانون رقم 80 تاريخ: 2018/10/10 (الإدارة المتكاملة للنفايات الصلبة)، لا سيما لجهة الإسراع في وضع خطة لفرز النفايات.
5. المرسوم رقم 8471 تاريخ 2012/06/04 (الالتزام البيئي للمنشآت)، الذي يمكن أن يلعب دوراً مميّزاً في رفع جودة المنتجات الغذائية اللبنانية وتسهيل تسويقها وتصديرها، الأمر الذي يعزز من فرص الاستثمار.
6. المرسوم رقم 167 تاريخ 2017/02/17 (تحديد دقائق تطبيق المادة 20 من قانون حماية البيئة رقم 444 تاريخ 2002/7/29) الذي كرس التخفيضات الضريبية على نشاطات الصناعة البيئية ومنها بطبيعة الحال المؤسسات الغذائية.

إنطلاقاً مما سبق، سوف نعرض لمدى فعالية التشريعات الغذائية والبيئية في ضمان جودة الغذاء من زاويتين قانونيتين، نعالج في الجزء الأول الشق الإداري لأبرز المواضيع التي تؤثر على سلامة الغذاء، لا سيما منح تراخيص الاستثمار المشاريع التي تؤثر بصورة مباشرة وغير مباشرة على سلامة الغذاء، لا سيما لجهة مخالفة الشروط القانونية لمنح تراخيص الاستثمار، وصرف المنتجات الغذائية خلافاً للأصول، والرقابة الإدارية على تشغيل هذه المشاريع، كالرقابة الصحية ورقابة التفشي المركزي. أما الجزء الثاني، فسوف نعرض لمدى

فعالية ملاحقة الجرائم المخالفة لقوانين حماية المستهلك، مع التأكيد بأن هذه المسألة ينبغي أن تعرض في بحث أعمق يبحث في مدى فعالية التشريعات البيئية في ملاحقة الجرائم البيئية، وذلك نظرا للإشكاليات القانونية العديدة التي تطرحها خصوصية هذا النوع من الجرائم، وسنكفي في هذا الجزء بعرض لتطور الاجتهاد اللبناني في مجال مكافحة الجرائم المتعلقة بمخالفة القوانين المتعلقة بحماية المستهلك والتي من ضمنها السلع الغذائية، على أن نختم بعرض ثلاثة أحكام قضائية صادرة عن محكمة النقض الفرنسية في العام 2020 تعلق بمخالفة القوانين الغذائية، وتبرز أهمية اختيارنا لهذه الأحكام القضائية الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية، في أن التشريع اللبناني يسعى إلى الامتثال بمعايير سلامة الغذاء المعتمدة لدى الاتحاد الأوروبي وفقا لما هو وارد في تقارير الجودة الصادرة عن وزارة الاقتصاد والتجارة في لبنان، وسيوضح لنا القضاء الفرنسي يضع في سلم أولوياته الالتزام بمعايير الاتحاد الأوروبي المتعلقة بسلامة الغذاء.

إنطلاقا مما سبق، سوف نعرض لهذه الدراسة في فرعين:

- الفرع الأول: منح تراخيص الاستثمار ومراقبة حسن تنفيذ استثمار المشاريع التي تؤثر بصورة مباشرة وغير مباشرة على سلامة الغذاء (إضاءة على أهمية تأثير التشريعات البيئية على سلامة الغذاء)
- الفرع الثاني: مدى فعالية ملاحقة الجرائم المخالفة لقوانين حماية المستهلك في لبنان وفرنسا

○ الفرع الأول: منح تراخيص الاستثمار ومراقبة حسن تنفيذ استثمار المشاريع التي تؤثر بصورة مباشرة وغير مباشرة على سلامة الغذاء (إضاءة على أهمية تأثير التشريعات البيئية على سلامة الغذاء)

قد تمنح السلطات العامة تراخيص استثمار للمؤسسات الغذائية (كالسوبرماركت أو الملاحم أو المطاعم) أو تمنح تراخيص استثمار للمؤسسات الزراعية أو لمؤسسات تربية الدواجن والماشية، أو تمنح تراخيص استثمار لبعض المشاريع التي يمكن أن تؤثر سلبا على سلامة الأرض والمياه (كمشاريع الري والصرف الصحي والمقالم والكسارات ومصانع الإسمنت).

والواقع إن المشكلة في توفر مكون الغذاء لا تكمن فقط في الفراغ التشريعي، ولكن في مخالفة المواطن للقوانين المرعية الإجراء، وتجاهل السلطة التنفيذية للتشريعات البيئية لدى منحها التراخيص للمؤسسات ولأصحاب المشاريع التي يمكن أن تضر بالبيئة، فتمنح تراخيص الإستثمار خلافا للتشريعات البيئية والغذائية، وتصرف المنتجات الغذائية في الأسواق اللبنانية خلافا للأصول القانونية، الأمر الذي يوجب البحث في تحديد التشريعات البيئية التي تتم مخالفتها لدى منح تراخيص الإستثمار، وأسباب هذه المخالفات، والرقابة الإدارية على تشغيل المشاريع التي تؤثر على سلامة الغذاء والحلول المقترحة لمعالجة هذه المشكلة.

هذه المواضيع سوف نعرضها في ثلاثة بنود:

- أولاً: مخالفة القانون في منح تراخيص الإستثمار للمؤسسات التي تؤثر على سلامة الغذاء
- ثانياً: صرف المنتجات الغذائية في الأسواق اللبنانية خلافا للأصول القانونية
- ثالثاً: الرقابة الإدارية على تشغيل المشاريع التي تؤثر على سلامة الغذاء

• أولاً: مخالفة القانون في منح تراخيص الإستثمار للمؤسسات التي تؤثر على سلامة الغذاء

إن المطلع على واقع تحقق الأمن الغذائي في لبنان يتضح له بسهولة عدم الانضباط في تطبيق التشريعات البيئية التي تؤثر التي تؤثر بصورة غير مباشرة على سلامة الغذاء، فما هي هذه التشريعات؟ ولماذا هذا التقاعص عن تطبيقها؟ وما هي الحلول المقترحة لمعالجة هذه الإشكالية؟

هذه المواضيع سوف نعرضها في ثلاثة عناوين:

- أ. مخالفة التشريعات التي تحمي الأرض لدى منح تراخيص الإستثمار
- ب. أسباب مخالفة السلطات المختصة للتشريعات التي تحمي الأرض لدى منح تراخيص الإستثمار
- ج. الحلول المقترحة لمعالجة مخالفة السلطات المختصة للتشريعات التي تحمي الأرض لدى منح تراخيص الإستثمار

أ- مخالفة التشريعات التي تحمي الأرض لدى منح تراخيص الإستثمار

يلاحظ بأن السلطات المختصة تمنح تراخيص استثمار للمؤسسات الغذائية (كالسوبرماركت أو الملاحم أو المطاعم) أو تمنح تراخيص استثمار للمؤسسات الزراعية أو لمؤسسات تربية الدواجن والماشية، أو تمنح تراخيص استثمار لبعض المشاريع التي يمكن أن تؤثر سلبا على سلامة الأرض والمياه (كمشاريع الري والصرف الصحي والمقالع والكسارات ومصانع الإسمنت) خلافا للشروط المفروضة بموجب قانون حماية البيئة ومراسيمه التطبيقية، ودون مراعاة المعنيين لأحكام المرسوم رقم 2366 تاريخ 2009/06/20 (الخطة الشاملة لترتيب الأراضي) وقانون التنظيم المدني (المرسوم الاشتراعي رقم 69 تاريخ 1983/9/9 وتعديلاته)، وهذا الأمر انعكس سلبا على جودة المنتجات الزراعية، والغذائية المنتجة محليا، وأيضا على السلع الغذائية التي يتم إنتاجها في لبنان أو يتم استيرادها.

فعلى سبيل المثال، يلاحظ بأن أصحاب المقالع والكسارات، إما يستثمرون بدون تراخيص استثمار أو يستثمرون بموجب تراخيص استثمار لا تلحظ الشروط القانونية المفروضة بموجب التشريعات البيئية اللبنانية، ولعل أبرزها تأمين دراسة تقييم أثر بيئي، المفروضة بموجب مرسوم تقييم الأثر البيئي الصادر في العام 2012، وهذا الأمر يؤدي بطبيعة الحال إلى ضرر في الأرض سوف يؤثر سلبا على المياه الجوفية، فيضعف من جودة المياه المستخدمة في سقاية المزروعات المحيطة بهذا المقلع أو الكسارة، كما هو واقع الحال في نهر الليطاني.

ذات المثال بالنسبة لمشاريع الصرف الصحي المنفذة خلافا للقانون والتي لوثت نهر الليطاني، فهذا النوع من المشاريع يحتاج أيضا إلى دراسة تقييم أثر بيئي، وهذه الدراسة حكما لم تحصل، لأن إنجازها يحتاج إلى إجراءات محددة ومعقدة، ولو حصلت هذه الدراسة، لما شهدنا ارتفاع نسبة التلوث في النهر وفي المياه الجوفية المحيطة فيه، ولما شهدنا هذا الاعتراض من أصحاب العلاقة، لا سيما المصلحة الوطنية لنهر الليطاني.

تتعاضم هذه المشكلة بعد منح الترخيص، خصوصا عندما تنتبه الإدارة إلى وجود نصوص قانونية ينبغي لحظها في الترخيص، الأمر الذي يولد نفور لدى أصحاب المؤسسات الغذائية أو أصحاب المشاريع، أو لدى إحالة الملف إلى القضاء الجزائي، أو لدى ضغط المجتمع المدني لإقفال المشروع المخالف للقانون والملوث للبيئة.

وضمن هذا الإطار يطرح تساؤل حول أسباب مخالفة السلطات المختصة للتشريعات البيئية لدى منح تراخيص الإستثمار؟

ب- أسباب مخالفة السلطات المختصة للتشريعات التي تحمي الأرض لدى منح تراخيص الإستثمار

لو كانت الإدارة المختصة تقوم بواجبها المقرر قانونا على أكمل وجه، لما لاحظنا ارتفاع نسبة التلوث الذي يشهده لبنان، ولكن كما هو معلوم، إن الصراع دائم بين أصحاب المشاريع، الراغبين بالربح السريع على حساب المصلحة العامة والتنمية المستدامة، وبعض من في الإدارة الذين يتناغمون معهم، والمدافعين عن البيئة.

وترتكز أسباب مخالفة السلطات المختصة للتشريعات البيئية لدى منح تراخيص الإستثمار في ما يلي:

- 1- تقاعص السلطة العامة المختصة عن القيام بواجبها عن عمد.
- 2- تواطوء السلطة العامة المختصة مع أصحاب المشاريع لمنح تراخيص الاستثمار دون الإلتزام بالشروط المفروضة قانونا، وقد يعود سبب هذا التواطوء لعدة أسباب، أبرزها:
 - أ) ما يسمى المحاصصة
 - ب) الرشوة
- 3- عدم كفاءة السلطة العامة المختصة، مثلا:
 - أ) عدم مواكبتها للتطور التشريعي والمراسيم التطبيقية.
 - ب) عدم تدريبها على التعامل مع نوعية المشاريع التي تتولى دراستها، لا سيما أن العديد من المشاريع الإنشائية والغذائية تتطور من الناحية العلمية باستمرار.
- 4- إعطاء الجهاز الإداري تفسيرات للنصوص التشريعية لا تتلاءم ومضمون النصوص القانونية والمراسيم التطبيقية، لا سيما البيئية منها، وغالبا ما تترجم هذه التفسيرات في صورة تعاميم وكتب إدارية موجهة إلى الموظفين المعنيين بدراسة ملف المشروع.
- 5- الشغور في الجهاز الإداري، أو سد الفراغ بالتكليف أو التعاقد أو الإستعانة بالمتعهدين.

ولكن إذا كانت بعض هذه الأسباب مبررة في بعض الأحيان، كالشغور الحاصل في الجهاز الإداري، فإن معظمها غير مبرر، فما هي أبرز الحلول لمعالجة تقاعص الإدارة عن القيام بأبسط واجباتها في تطبيق التشريعات التي تحمي الأرض لدى منح تراخيص الإستثمار.

ج- الحلول المقترحة لمعالجة مخالفة السلطات المختصة للتشريعات التي تحمي الأرض لدى منح تراخيص الإستثمار

إن معالجة مخالفة السلطات المختصة للتشريعات التي تحمي الأرض لدى منحها تراخيص الإستثمار يبدأ مما يلي:

1- تطوير الجهاز الإداري، لا سيما أن أغلب التشريعات اللبنانية وضعت في الستينات ولا تواكب زيادة حجم المعاملات في العام 2021.

2- تعديل النصوص التشريعية بشكل يساهم في تعزيز التنسيق والتعاون بين الإدارات المختلفة المعنية بمنح تراخيص الإستثمار للمؤسسات والمشاريع التي تؤثر على سلامة الغذاء، سواء بصورة مباشرة أو غير مباشرة.

3- بيان الثغرات في النصوص القانونية المتعلقة بسلامة الغذاء والبيئة، وحث المجلس النيابي على أخذها بعين الاعتبار من خلال الإضاءة على أهمية التعديلات، لتعزيز وتطوير مكون توفر الغذاء.

نذكر على سبيل المثال:

أ) ضرورة وضع إطار تشريعي لضبط الشروط القانونية لمنح التراخيص للمؤسسات عموماً، والمؤسسات الغذائية خصوصاً، ودور السلطات المعنية بمنح هذه التراخيص (وزارة المالية/الجمارك- وزارة الداخلية والبلديات/المحافظات والبلديات- وزارة الاقتصاد والتجارة/مصلحة حماية المستهلك- وزارة الصناعة - وزارة الأشغال العامة والنقل/المديرية العامة للتنظيم المدني- وزارة الصحة العامة- وزارة السياحة) وضبط التنسيق فيما بينها من خلال تخطيط استراتيجي.

هذا التداخل في الاختصاص محل نقاش في إطار رسم سياسة الجودة لسلامة الأغذية المعلن عنه من قبل وزارة الاقتصاد والتجارة، حيث تلحظ أن الإطار القانوني والمسؤولية عن

سلامة الأغذية مجزئة بين العديد من السلطات المختصة (مثل: وزارة الصحة العامة، وزارة الزراعة، وزارة الاقتصاد والتجارة، وزارة السياحة، وزارة الصناعة، وكذلك البلديات بهدف حماية المستهلك ومراقبة السوق في القطاعات المختلفة وعلى جميع المستويات.

وتعتبر وزارة الاقتصاد أنه: "بما أن لبنان في مرحلة الانضمام إلى منظمة التجارة العالمية- اعتمد قانون حماية المستهلك الذي يتماشى مع متطلبات الاتحاد الأوروبي (القانون رقم 659 الصادر في 4 شباط 2005، الذي صدر في 10/أيار/2005)، حيث تلعب مديرية حماية المستهلك في وزارة الاقتصاد والتجارة دوراً أساسياً في حماية المستهلك وتقوم بالدراسات والتوعية والمراقبة... وقد تم تحقيق بعض النتائج على مستوى المسائل التقنية مثل مشروع الخطة الاستراتيجية لمراقبة سلامة الأغذية، كما تم إجراء دراستين لأول مرة من أجل تحديد وقيام المخاطر الميكروبيولوجية والكيميائية المتعلقة بالأغذية للمستهلكين في لبنان.

يسعى برنامج الجودة لصياغة وثائق تشريعية مبنية على مبادئ وتوجيهات الاتحاد الأوروبي، وضمها إلى التشريعات اللبنانية. سيتم إعداد الوثائق التشريعية الخاصة بإنشاء قاعدة تسجيل المنشآت الغذائية، وتسجيل اعتماد المنشآت الغذائية، ووضع الخطة السنوية للرقابة الغذائية وتحديد الضوابط، والتخطيط والتنسيق"⁽¹⁾.

ب) تجاوز التقلت في صدور التعاميم والقرارات المخالفة للنصوص القانونية المتعلقة بحماية الأرض، عبر عرض كافة التعاميم المتعلقة بسلامة الغذاء الصادرة عن رؤساء السلطة التنفيذية في البلديات والوزراء المعنيين (الصحة العامة- الاقتصاد- الزراعة- الداخلية...الخ) على مجلس شورى الدولة لإبداء الرأي، نظراً للطابع التنظيمي لهذه التعاميم، مع الأخذ بعين الاعتبار على ضرورة إبداء وزارة الزراعة رأيها بهذه التعاميم، نظراً لدورها الأصيل الذي كرسه المشرع لها في المحافظة على سلامة الغذاء.

4- توحيد لائحة المستندات المطلوبة لمنح تراخيص الإستثمار، تضعها لجنة يشكلها مجلس الوزراء تضم أعضاء من الوزارات المختصة بحسب طبيعة المشروع (المالية والداخلية والصناعة والاقتصاد والزراعة والأشغال...الخ) وتراقب أعمالها لجنة نيابية تتأكد من مراعاة الشروط الملحوظة في لائحة المستندات للنصوص القانونية المرعية الإجراء، كقانون حماية

(1) النشاطات | سلامة الغذاء | لبنان - وزارة الاقتصاد والتجارة (www.economy.gov.lb) تاريخ الزيارة: 2021/8/20

البيئة الصادر في العام 2002 ومراسيمه التطبيقية، وقانون المياه الصادر في العام 2018 وقانون إدارة النفايات الصلبة الصادر في العام 2018.

5- دمج كافة الشروط القانونية الملحوظة في قوانين متعددة مفروضة على المؤسسة الغذائية في ملف واحد، مما يسهل على صاحب العلاقة تأمين المطلوب، وتسهيل مراقبته، ويخفض من التكاليف (مثلاً: ينبغي أن يضم في ملف واحد دراسات مكاتب التدقيق الفني (وزارة الأشغال) - دراسات تقييم الأثر البيئي (وزارة البيئة) - شروط التي تفرضها وزارة الصحة العامة ووزارة الزراعة ووزارة الصناعة والبلديات.

6- ملاحقة النيابة العامة كافة الموظفين المختصين، المتقاعصين عن تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بتراخيص الإستثمار، دون الحاجة إلى إذن من رئيس السلطة التنفيذية للموظف الملاحق.

• ثانياً: صرف المنتجات الغذائية في الأسواق اللبنانية خلافاً للأصول القانونية

إن الأثر السلبي لاستثمار المؤسسات والمشاريع عموماً خلافاً للقانون، ينسحب إلى صرف السلع الغذائية المنتجة محلياً أو المستوردة والتي تصرفها المؤسسات الغذائية خلافاً للقانون، لا سيما لجهة عدم الإلتزام بالشروط الصحية لتخزينها في المستودعات، أو التلاعب في تواريخ صلاحيتها أو بيع اللحوم المجمدة كالحوم طازجة بعد تدويرها وعرضها كالحوم طازجة، أيضاً بيع الدجاج المجمد كدجاج طازج بعد تدويره وعرضه كدجاج طازج، ومؤخراً الغش في بيع مادة الزيوت النباتية، حيث تبين أن مؤسسات تستثمر في بيع هذه المنتجات، يسمع بها لأول مرة في الأسواق اللبنانية، تباع زيوت فول الصويا كزيوت دوار الشمس، كل هذه المخالفات المشهودة، ومخالفات أخرى كثيرة تنتهك مبدأ التنمية الغذائية المستدامة للمواطنين الذي هو حق لهم، وواجب على سائر المواطنين احترامه، وتصنف هذه المخالفات في خانة الجرائم البيئية والغذائية الخطيرة. هذا الخلل الخطير في أسلوب إدارة الأمن الغذائي، سبق أن شهدنا مثله مراراً، نذكر ما حصل في العام 2014، حيث شهدت أوساط الرأي العام في لبنان اهتماماً جدياً بمسألة السلامة الغذائية، بعدما أعلن وزير الصحة العامة عن قائمة بأسماء المطاعم والمحلات التجارية السوبرماركت وغيرها من محلات الأطعمة الغذائية التي لا تستوفي معايير الوزارة فيما يتعلق

بسلامة الغذاء، حيث أثبتت الفحوصات المخبرية لبعض منتوجات هذه المتاجر والمطاعم أنها تحتوي على كائنات مجهرية ممرضة مثل السالمونيلا، وإي كولي (E.COLI)، وكائنات حيوانية مجبرة (Obligate aerobes).

وقد سبق هذه الواقعة عدة تقارير بخصوص سلامة الغذاء في لبنان (صحيفة الدائلي ستار، 2013)، وحالات التسمم الغذائي الجماعي (منظمة الأغذية والزراعة/منظمة الصحة العالمية، 2005)، وما كان قد أثر حول استخدام مادة (ناتاميسين) المحرمة/ الممنوعة كمادة حافظة في بعض منتجات طعام " اللبنة" التقليدي والذي يتناوله اللبنانيون على نطاق واسع. وعلى الرغم من هذا الواقع، وضعف الرقابة على المنتجات الغذائية، إلا أن شيئاً لم يتغير حول ممارسات السلامة الغذائية على أرض الواقع⁽¹⁾.

إذا كان هذا هو واقع الخطير لصرف المنتجات الغذائية في الأسواق اللبنانية، فإن سؤال يطرح حول أسباب هذا الواقع ولماذا لم توضح خطة لتقليص أو إزالة هذه الخطورة على صحة المواطن اللبناني؟ وما هي الحلول المقترحة لمعالجة صرف المنتجات الغذائية في الأسواق اللبنانية خلافاً للأصول القانونية؟

هذه المواضيع سوف نعرض لها على الشكل التالي:

أ- أسباب صرف المنتجات الغذائية في الأسواق اللبنانية خلافاً للأصول القانونية
ب- الحلول المقترحة لمعالجة صرف المنتجات الغذائية في الأسواق اللبنانية خلافاً للأصول القانونية

أ- أسباب صرف المنتجات الغذائية في الأسواق اللبنانية خلافاً للأصول القانونية

يلاحظ تزايد عدد المؤسسات الغذائية التي تخالف قوانين سلامة الغذاء⁽²⁾، وهذا الأمر مرده إلى تقاعص الإدارة العامة عن مواكبة مخالفات صرف المنتجات الغذائية في الأسواق

(1) El-jardali F, Hammoud R, Kamleh R, Jurdi M, K2P Briefing Note: Protecting Consumers in Lebanon: The Need for Effective Food Safety System. Knowledge to Policy (k2p) Center. Beirut, Lebanon; November 2014.

K2P BN Food Safety Arabic.pdf (www.aub.edu.lb) 2021/8/25 تاريخ الزيارة:

(2) حنان حمدان، سلامة "الغذاء العربي".. لبنان نموذجاً، المدن، 16/02/2015

www.almodon.com تاريخ الزيارة 2021/8/15

اللبنانية خلافا للأصول القانونية، حيث أننا لم نلاحظ أي خطة عملية تسمح بالتقليص التدريجي لهذه الخطوة.

وتشتكي الإدارة العامة المختصة عموماً من الشغور الكبير الحاصل فيها، الأمر الذي يمنعها من وضع خطة تسمح بمراقبة كافة المستودعات المستخدمة من قبل المؤسسات العاملة.

إلا أننا نرى بأن هذه الحجة وإن كانت صحيحة، إلا أنه يتم استغلالها من مطلقها بصورة سلبية، فمهما كان الشغور كبير، ينبغي وضع تقرير تسلسلي يوضح آلية العمل بالموارد البشرية واللوجستية المتوفرة، والطلب تسلسلياً سد الثغرات في الشغور، ونتيجة لهذا الواقع تنتقل المسؤولية في الشغور الوظيفي إلى الرؤساء التسلسليين وصولاً إلى أعلى الهرم. من ناحية أخرى إن الشغور يتيح، في كثير من الأحيان، حصول تواطؤ بين بعض الجهات المختصة بمراقبة صرف المنتجات الغذائية في الأسواق اللبنانية والمستثمرين من أصحاب المؤسسات الغذائية لغرض النظر عن بعض النصوص القانونية، الأمر الذي يؤثر سلباً على صحة المواطن.

وأغلب الظن أن الإدارات المختصة تعطل تطبيق النصوص القانونية المرعية الإجراء، كقوانين سلامة الغذاء وحماية المستهلك. ولعل التعبير الأمثل لهذا الواقع صدر عن الأمين العام لمجلس الوزراء السابق فؤاد فليفل الذي قال: "لقد استوقفتني مرسوم صادر في العام 1962 أي منذ أكثر من 50 عاماً عن فرض تدابير وقائية تتعلق بالصحة العامة ويتضمن شروطاً علمية تفصيلية تتعلق بسلامة الغذاء فتساءلت: هل نحن في حاجة فعلاً إلى نصوص قانونية جديدة أم متجددة ولبنان كان السباق ومنذ القدم في سن التشريعات. لا، بل نحن في حاجة إلى إدخال الحداثة إلى نظام عملنا وإلى اعتماد مفهوم جديد في إدارة سلامة الغذاء المتكاملة.

وقال: نحن في حاجة إلى الانتقال الفعلي من مفهوم التدخل العلاجي إلى مفهوم الوقاية الاستباقية.

نحن في حاجة إلى الاعتماد على مبدأ تحليل الأخطار العلمية من دون سواه كأساس لوضع السياسات الخاصة بسلامة الغذاء.

ونحن في أمس الحاجة الى تغيير منطوق الـ"أنا" الى منطوق الـ"نحن" في مجال تبادل المعلومات والخبرات بين مراكز البحث العلمي والوزارات وبين منتجي الغذاء، فلا نبقى متوقعين في جزر معزولة، بل نفتح نحو الآخر ونتعاون سوياً لأننا جميعاً في مركب واحد"⁽¹⁾. في ظل هذا الواقع الخطير لتقاعص الإدارات العامة المختصة عن القيام بدورها في مراقبة صرف المنتجات الغذائية، فإن سؤالاً يطرح حول طبيعة الحل المطلوب لمعالجة هذه المشكلة.

ب- الحلول المقترحة لمعالجة صرف المنتجات الغذائية في الأسواق اللبنانية خلافاً للأصول القانونية

يرى البعض أنه للتوصل الى غذاء سليم، خال من الجراثيم والفيروسات والفطريات والأوبئة ينبغي أن نولي النواحي البيئية العناية القصوى، فهذه العناية تمنح المستهلكين الاطمئنان والثقة بالنظام الغذائي، وبالتالي المساهمة في تأمين الأمن الغذائي على مستوى الوطن. ولتحقيق هذه الاجراءات يجب:

- اقتراح نظام خاص لسلامة الغذاء على المستوى الوطني.
- اتباع أسلوب تحليل المخاطر كأساس لجميع الدراسات والأبحاث الخاصة بسلامة الغذاء.
- اعادة النظر بالقوانين والأنظمة القائمة التي تشمل سلامة الغذاء.
- تنسيق أنظمة وأنشطة الرقابة على الغذاء.
- تحسين أوضاع الصناعات الزراعية والغذائية القائمة.
- المتابعة والتقييم.
- تعميم الثقافة، والأبحاث، والدراسات بشأن سلامة الغذاء.

(1) فؤاد فليفل، ورشة عمل عن "سلامة الغذاء في لبنان، المتطلبات والحوكمة والتطبيق والقوانين المتعلقة به"، نظمتها لجنة متابعة سلامة الغذاء في رئاسة مجلس الوزراء والمؤسسة اللبنانية للسلم الاهلي الدائم ضمن اعمال برنامجها "بناء مجتمع حكم القانون لتعزيز قواعد الحوكمة الرشيدة والقانون"، في قاعة الاجتماعات في السراي ضمن برنامج بناء الشركات للتقدم والتنمية والاستثمار المحلي - بناء القدرات (بلدي كاب) الذي تموله الوكالة الاميركية للتنمية الدولية، (USAID)، 2018/3/27.

- التنسيق ما أمكن بين الوزارات والهيئات المسؤولة عن سلامة الغذاء، فيحدد المهام لكل منها، ضمن برنامج سنوي يعرض على الهيئة الوطنية لسلامة الغذاء⁽¹⁾.
ويبدو لنا بأن معالجة مسألة صرف المنتجات الغذائية في الأسواق اللبنانية خلافا للأصول القانونية، تبدأ من خلال:

1- وضع رسم بياني لأماكن المستودعات الغذائية في كافة الأراضي اللبنانية، وإشراكه مع كافة الإدارات الرسمية المعنية بمنح هذه التراخيص ومراقبتها، كوزارة الداخلية والبلديات/ البلديات ووزارة الاقتصاد (مصلحة حماية المستهلك) ووزارة المالية (إدارة الجمارك) ووزارة الزراعة...ألخ

2- وضع خطة عملية للتعاون بين كافة القطاعات المختلفة لتغطية كافة مستودعات المواد الغذائية العاملة على الأراضي اللبنانية.

3- تجهيز مركزية للمعلومات، هدفها رصد كافة المؤسسات الغذائية، مع بطاقة تعريف بكل مؤسسة، وكافة فروعها، ومستودعاتها، وسيرتها في المخالفات، مع ضرورة ضمان عدم اختراق برنامج المعلومات الخاص بالمؤسسات الغذائية لعدم اختراقه والتلاعب ببياناته.

4- التشدد في سحب رخصة الاستثمار من المؤسسات التي تتقاعص عن القيام بدورها في الإلتزام بشروط السلامة العامة والصحة العامة والبيئة.

5- وضع خطة لتقادي الفوضى في الإلتزام بالشروط الصحية في بعض المناطق الشعبية، لا سيما المخيمات، ونقترح في هذا الإطار، رسم أطر للتعاون مع اللجان العاملة في هذه المناطق لفرض احترام شروط السلامة العامة والصحة العامة والبيئة.

6- إحالة كافة المؤسسات الغذائية التي تتقاعص عن الإلتزام بالشروط القانونية للتشريعات البيئية ومنها شروط السلامة العامة والصحة العامة إلى الجهات القضائية، سواء أمام القضاء الجزائي أو المدني.

(1) د. عادل قرطاس، النواحي البيئية في موضوع سلامة الغذاء في لبنان وكيفية معالجتها، ورشة العمل عن سلامة الغذاء وانشاء الهيئة التي ستعنى بسلامة الغذاء أقيمت في غرفة التجارة والصناعة والزراعة في بيروت وجبل لبنان، بتاريخ 21 كانون الثاني 2015.

7- إصدار المرسوم التطبيقية للقوانين التي تؤثر على سلامة الغذاء، بصورة مباشرة كالمراسيم التطبيقية المتعلقة بقانون سلامة الغذاء الصادر في العام 2015، أو بصورة غير مباشرة، كالقوانين المتعلقة بالتشريعات البيئية، كالمراسيم التطبيقية لقانون المياه الصادر في نيسان من العام 2018، لا سيما أن إصدار هذه المراسيم سوف يحسن من جودة المياه التي سيتم استخدامها لسقاية المزروعات، الأمر الذي سينعكس إيجاباً على جودة المنتجات الزراعية، والمراسيم التطبيقية لقانون الإدارة المتكاملة للنفايات الصلبة الذي صدر في أيلول من العام 2018، لا سيما أن تفعيل هذا القانون، سوف يؤثر مباشرة على الصحة العامة للمواطنين، ومن ضمنها سلامة الغذاء، ونستغرب في هذا الإطار عدم تنفيذ هذا القانون لغاية الآن، وعدم وضع الخطة الاستراتيجية له، على الرغم من أنه، وعلى سبيل المثال، تطبيق أحد أهداف هذا القانون، وهو فرز النفايات من المصدر، سوف يؤدي إلى ما يلي:

أ. فرز النفايات العضوية واستخدامها في استصلاح الأراضي الزراعية.

ب. فرز النفايات الصلبة وإعادة تدويرها، وهذه الخطوة سوف تساهم في تعزيز نشاطات الصناعة البيئية، وتخلق فرص عمل وتعزز الدورة الاقتصادية.

ج. إطالة عمر مطامر النفايات المعدة بصورة علمية بشكل يحافظ على السلامة العامة والصحة العامة والبيئة، بعد التخلص من أكثر من 90 بالمئة من النفايات عبر تدوير النفايات الصلبة والاستفادة من النفايات العضوية.

د. عدم إفساد المياه الجوفية نتيجة إنشاء المكبات العشوائية، الأمر الذي سينعكس إيجاباً على جودة المياه المستخدمة في سقاية الزراعة.

هـ. أخيراً وهو الأهم، التخلص من هدر الأموال العامة، التي تصرف على متعهدي كنس وجمع ونقل، ومعالجة النفايات وطمرها، وما يرافق هذه المراحل من تلاعب محتمل في الأوزان نتيجة ضعف الرقابة.

وعلى الرغم من أن المشرع خطى خطوات مهمة في إقرار قانون إدارة النفايات الصلبة، إلا أنني أعتقد بأننا لا نحتاج لتشريعات جديدة، ولكننا بحاجة إلى عقلية مرنة تسمح بالتخلص من النفايات بأسلوب علمي حديث، وكان يمكن التوصل لهذا الهدف من خلال التشريعات القديمة، كمرسوم النظافة العامة، وقانون حماية البيئة... الخ، ولكن ربما الإرادة غائبة، فإذا

اطلعنا مثلا على الفقرة أ من المادة 33 من قانون حماية البيئة، نلاحظ بأن المشرع اعتمد مصطلح " مكب النفايات" على الرغم من أنه من المعلوم أن معالجة النفايات تبدأ بإنشاء " مطامر صحية" وليس مكبات عشوائية.

وإذا كان لا يوجد بوادر إرادة وضع تخطيط عصري حديث لمعالجة كافة المشاكل التي تنتج عن تسويق السلع الغذائية، فإنه من الضروري فيما يلي إلقاء الضوء على الرقابة الإدارية على تشغيل المشاريع التي تؤثر على سلامة الغذاء، بعد أن تبين لنا ضعفها.

• ثالثا: الرقابة الإدارية على تشغيل المشاريع التي تؤثر على سلامة الغذاء

بعد الإنتهاء من إلقاء الضوء على تراخيص الاستثمار للمؤسسات التي تؤثر على سلامة الغذاء، تطرح مسألة الرقابة الحاصلة على المؤسسات الغذائية (مؤسسات استهلاكية- سوبر ماركت - مطاعم- سناك" محلات الأكل السريع"- مستودعات مواد غذائية - ملاحم - مداجن) وتتم هذه المراقبة من خلال موظف يسمى مراقب صحي يتأكد من سلامة المواد الغذائية التي يتم تسويقها، سواء لجهة صلاحيتها أو لجهة آلية تخزينها، وبالإضافة للرقابة التسلسلية على أعمال المراقب الصحي، فإن للتفتيش المركزي دورا جوهريا في التأكد من حسن أداء المراقب الصحي لمهامه المكلف بها، لذلك لا بد من تعزيز دور التفتيش المركزي- التفتيش الصحي والبيطري والزراعي، الذي له صلاحية التحقق من الأداء المسلكي للمراقب الصحي والجهاز الإداري الذي يتبع له بصورة عفوية، وفي حال تبين ارتكاب السلطة الإدارية أو صاحب المؤسسة المرخصة ومنها المؤسسات الغذائية جرائم نتيجة مخالفة التشريعات الغذائية أو البيئية، تتم ملاحقة هذه الجرائم من قبل القضاء الجزائي المختص، على المستويات الثلاث، النيابة العامة وقضاة التحقيق وقضاة الأساس، الأمر الذي يوجب البحث في مدى فعالية دور القضاء الجزائي في الحفاظ على سلامة الغذاء.

أ- الرقابة الصحية

تتم مراقبة المؤسسات الغذائية من خلال الضابطة الجمركية بالنسبة للسلع المستوردة، ومن خلال موظف صفته الوظيفية مراقب صحي يتولى مراقبة ممارسة المؤسسات الغذائية لمهامها وفقا للأصول القانونية، يمكن أن يكون هذا المراقب ضمن الملاك الإداري لوزارة

الاقتصاد أو وزارة الصحة العامة أو البلديات، ويضاف إلى ذلك، بالنسبة للملاحم يتولى موظف يدعى طبيب بيطري، وهو موظف في البلديات، التأكد من صحة اللحوم، ويختمها قبل وضعها في السوق للاستهلاك المحلي.

ولأن عمل المراقب الصحي أخذ حيزا واسعا من الاهتمام أمام القضاء، بعد إحالة المحاضر التي ينظمها المراقب الصحي والمتضمنة ضبط مخالفات لأحكام التشريعات الغذائية، لا سيما قانون حماية المستهلك. فإنه من الضروري عرض العقبات التي يواجهها المراقب الصحي أثناء أدائه لمهامه، وما هي السبل العملية والقانونية لتجاوز هذه العقبات؟

1- العقبات التي تعترض عمل المراقب الصحي

يعترض عمل المراقب الصحي في لبنان بعض العقبات، كعدم توحيد جهود المراقبين الصحيين العاملين على الأراضي اللبنانية، وتعارض الاختصاص بين الأجهزة المختصة في أعمال الرقابة الصحية وتوقف العمل بالمختبر الوطني وضعف تجهيز المراقبين الصحيين، هذا بالإضافة إلى تعطل العمل بالمسالخ وفقا للشروط الصحية والبيئية. نعرض لهذه العقبات فيما يلي:

(أ) عدم توحيد جهود المراقبين الصحيين العاملين على الأراضي اللبنانية: يلاحظ بأن المراقبين الصحيين العاملين في الأراضي اللبنانية مشتتين بين البلديات ووزارة الصحة ووزارة الاقتصاد، وإذا أضفنا مراقبي الجمارك بالنسبة للمواد الغذائية المستوردة، ومراقبي وزارة الزراعة، فإنه يمكن أن يتضح لنا أسباب ضعف أعمال الرقابة على المؤسسات الغذائية.

والإدارات العامة تتذرع دائما بقلّة عديدها لعدم تغطية عمل كافة المؤسسات الغذائية. لذلك فإن سؤالاً يطرح حول أسباب عدم توحيد جهود المراقبين الصحيين العاملين في القطاعات المختلفة، طالما أنه لديهم نفس الغاية انطلاقاً من وصفهم الوظيفي؟

(ب) تعارض الاختصاص بين الأجهزة المختصة في أعمال الرقابة الصحية: تتم مراقبة المؤسسات الغذائية من خلال الأجهزة المختصة في أعمال الرقابة الصحية، وأول ما يستوقفنا في أعمال هذه الرقابة، تعارض الاختصاص بين البلديات ووزارة الاقتصاد (مصلحة حماية المستهلك) ووزارة الصحة العامة.

فوفقا للواقع الحالي، يمكن أن يتوجه المراقب الصحي في مصلحة حماية المستهلك إلى مؤسسة غذائية أو ملحمة، ويأخذ عينة من هذه المواد، وينظم محضر بالواقعة، ويتوجه في اليوم التالي المراقب الصحي في البلدية إلى ذات المؤسسة ليقوم بذات المهمة، ولنا أن نتصور أن يتوجه المراقب الصحي في وزارة الصحة العامة إلى ذات المؤسسة ليقوم بذات المهمة. إن مساوىء تعارض الاختصاص يمكن أن نلاحظه إذا ما اختلفت تقارير المراقبة الصحية بين الإدارات المشار إليها، والتلهي في تقاذف المسؤوليات فيما بين هذه الإدارات، في حين أن المهمة الأساسية هي تنظيم محضر على المؤسسة الغذائية المخالفة، والتركيز على الأهداف الوقائية كما العلاجية لمخالفة قوانين سلامة الغذاء، ونتيجة هذا الواقع، غالبا ما يتصل صاحب المؤسسة الغذائية من المساءلة، وربما حتى رخصة الإستثمار لا تسحب منه، ويثابر على الإستثمار في المواد الغذائية على الرغم من توفر أدلة دامغة تدينه، أو أن يعود المدان لإنشاء مؤسسة غذائية تحت مسمى تجاري جديد، وطبعا ذلك كله على حساب صحة المواطن. كل ذلك يعتبر مؤشر لتخلف الإدارات العامة المختصة عن الحسم في قضايا سلامة الغذاء.

(ت) توقف العمل بالمختبر الوطني لفحص العينات.

(ث) عدم تجهيز المراقبين الصحيين بالإمكانات الضرورية لممارسة مهامهم.

(ج) عدم تنفيذ قرار وزيرى البيئة والصناعة رقم 7060 تاريخ: 2018/05/09 (الأسس التي يجب ان تقوم عليها المسالخ القائمة) عبر إقفال المسالخ الحيوية في لبنان، وعدم وجود أطباء بيطريين لفحص اللحوم أو أنهم صرفوا من الخدمة دون تعيين البديل عنهم لعدم سهولة التعيين في الأماكن الشاغر، أو سد هذا الشغور من خلال المتعاقدين أو المكلفين أو المستشارين أو من قبل المتعهدين، الأمر الذي يعطل مبدأ التسلسل الإداري للمعاملات الغذائية ومبدأ استمرارية المرفق العامة، ويؤدي حكما إلى الفوضى في مجال مراقبة المواد الغذائية واللحوم، فتضعف المساءلة المسلكية.

طبعا هذه الثغرات التي ذكرناها في تطبيق التشريعات الغذائية، يستغلها التجار لدى بيعهم المنتجات الغذائية واللحمة والدجاج، كتذويب اللحوم المجمدة وبيعها كأنها طازجة، والتلاعب بتاريخ المنتجات الغذائية وعدم تخزين المنتجات الغذائية في المستودعات بطريقة سليمة

وصحية، الأمر الذي يستوجب البحث في طرق تغادي هذه المخالفات. فما هي أبرز السبل القانونية لتغادي هذه العقبات؟

2- سبل تطوير عمل المراقب الصحي

نتيجة الضعف في أعمال الرقابة الصحية على ضوء العقبات التي سبق أن أشرنا لها، يتضح لنا درجة الخطورة على صحة مستهلك السلع الغذائية في لبنان، نتيجة مخالفة التشريعات الغذائية، ونقترح لحل هذه المشاكل ما يلي:

(أ) إصدار تشريع يتيح العمل بصورة متعاظمة بين المراقبين الصحيين في كافة الإدارات العامة المختصة، كدمج المراقبين الصحيين العاملين في كافة الإدارات العامة ضمن فريق موحد يعمل تحت إشراف الوزارة المختصة بحماية المستهلك، أي وزارة الاقتصاد، انطلاقاً من أن المشكلة تكمن في استهلاك السلع الغذائية الفاسدة التي تؤثر مباشرة على صحة المواطنين. (ب) الحرص على تعيين المراقبين الصحيين والأطباء البيطريين عبر مجلس الخدمة المدنية حصراً.

(ت) تدريب كافة المراقبين الصحيين بصورة متواصلة على الحالات المتطورة لعمليات الغش التي تقوم بها المؤسسات في السلع الغذائية.

(ث) تأمين المعدات اللوجستية للمراقبين الصحيين للقيام بمهامهم (كتأمين البرادات الضرورية لأخذ العينات من المؤسسات الغذائية)

(ج) التأكيد على صلاحية المراقب الصحي بأخذ العينة دون انتظار موافقة رؤسائه التسلسليين، إنطلاقاً من أنه موظف أقسم على تطبيق القانون. ولكن يبقى للرئيس التسلسلي والتفتيش المركزي صلاحية التأكد من عدم تجاوز المراقب الصحي حدود سلطته، وفقاً لقواعد الاختصاص.

(ح) إصدار قانون إنشاء وزارة التخطيط، نظراً لأهمية دورها في تعزيز التنمية البشرية المستدامة وتحقيق الأمن الغذائي، فلا يمكن أن نتصور أن ننتقل للعمل بصورة مثالية في مجال سلامة الغذاء، إن لم تعد خطة استراتيجية يلتزم بها كل القيمين على إدارة البلد، نظراً لتشابه الصلاحيات في مجال إدارة المواد الغذائية (وزارة المالية/مديرية الجمارك- وزارة

الداخلية/البلديات- وزارة الاقتصاد/مصلحة حماية المستهلك- وزارة الزراعة- وزارة الأشغال العامة/مديرية التنظيم المدني- وزارة الصناعة...ألخ)، وطبعاً إن هذه الخطة سوف تلاحظ عمل مشترك للمراقبين الصحيين لتغطية كافة الأراضي اللبنانية، مما سيزيد من عديدها، الأمر الذي سينعكس بصورة إيجابية على سلامة وصحة المواطنين الغذائية.

خ) تنظيم معاملات تراخيص الإستثمار والمسار المهني للمؤسسات الغذائية بصورة رقمية، فمما لا شك فيه أن هذا الإجراء سوف يرفع مستوى إنضباط استثمار المؤسسات الغذائية، ويسهل مراقبتها. فكثيراً ما نلاحظ بأن بعض المؤسسات التي ينفذ بها محاضر ضبط في حفظ المواد الغذائية، وتحال إلى القضاء، تعود بعد فترة وجيزة للإستثمار في المواد الغذائية، في حين أن المطلوب ممن تثبت مخالفته لقوانين سلامة الغذاء، أن تسحب منها بالحد الأدنى رخصة الاستثمار، وذلك بعد ثبوت مخالفتها في طريقة حفظ وتسويق المواد الغذائية أو التلاعب بالتواريخ، ويتسبب بضرر للمستهلكين، من هنا أهمية خطوة حفظ البيانات بصورة رقمية، لا سيما بعد إقرار قانون الحق بالوصول للمعلومات.

ولكن ينبغي على المتخصصين في المجال الرقمي ضمان عدم قدرة أي من الموظفين أو المواطنين من الدخول إلى البيانات الرقمية (data base) للمؤسسات الغذائية والتلاعب فيها.

إن هذه التوصيات تنسجم مع توصيات نظام الجودة المعلن من قبل وزارة الاقتصاد والتي أكدت على أهمية: "توفير التدريب للمراقبين من جميع السلطات المختصة المشاركة في الرقابة على السلسلة الغذائية. ويشمل هذا التدريب دورات حول مواضيع مثل: نظام تحليل المخاطر ونقاط الضبط الحرجة، المتطلبات الأساسية لتسجيل المنشآت الغذائية، حزمة السلامة الغذائية في الاتحاد الأوروبي، تنظيم وتخطيط المراقبة، تقييم المخاطر ومختلف المواضيع الأخرى المتعلقة بالسلامة الغذائية⁽¹⁾.

كذلك وضعت وزارة الاقتصاد والتجارة مشروع مرسوم نظام التتبع في لبنان الذي يهدف إلى: "جعل المنتجات الغذائية اللبنانية أكثر أمناً وسلامة وإلى رفع القدرة التنافسية للمنتجات

(1) النشاطات | سلامة الغذاء | لبنان - وزارة الاقتصاد والتجارة
www.economy.gov.lb تاريخ الزيارة: 2021/8/20

اللبنانية والقدرة على الامتثال لمعايير السوق الصارمة وضمان الوصول المستمر إلى الأسواق العالمية، وكذلك صحة وحماية المستهلك اللبناني.

إن عنصر التتبع يهدف إلى تعزيز قيمة السلسلة الغذائية اللبنانية من خلال تقديم الدعم الفني والاستشارات لضمان الجودة والسلامة العامة، ومطابقة المنتجات الغذائية اللبنانية مع المعايير واللوائح الدولية، بما في ذلك قانون الغذاء الأوروبي رقم 2002/178، مما يساعد أيضاً على التغلب على الحواجز التالية. إن هذه الإجراءات التي يتم اتخاذها تهدف على طول السلسلة الغذائية، مما يؤدي إلى تحقيق عمل أفضل ومنتجات أكثر أماناً.

هدف برنامج الجودة- المرحلة الثالثة- لخدمة الادارات العامة وهيئات التفتيش والمزارعين والمصدرين والجمعيات الزراعية وتجار المواد الغذائية ونقل المواد الغذائية وتعبئة المواد الغذائية والعاملين في قطاع التصنيع الغذائي من خلال:

- رفع مستوى الوعي حول نظام التتبع في السلسلة الغذائية ISO22005.

- وضع خطة عمل لتحسين التتبع على منتجات الصحة النباتية والمواد الغذائية والأعلاف.

(د) صياغة قواعد ونظم من أجل إدراج التتبع كمطلب قانوني ونشر الإجراءات التنفيذية لدى السلطات المختصة ذات الصلة.

(ذ) صياغة دليل التتبع للسلطات المختصة.

(ر) تطبيق فعال لنظامي إدارة الجودة وسلامة الغذاء، بالإضافة إلى متطلبات نظام التتبع وسحب المنتج كما تم وصفه في EC178/2002 و ISO22005، ومعايير ومواصفات أخرى في عشر مصانع غذائية لبنانية.

إن ضمان إمكانية دخول المنتجات اللبنانية إلى الأسواق العالمية، يمكن الشركات، المصانع اللبنانية والعاملين ضمن سلسلة صناعة الغذاء والأعلاف مواصلة الانتاج والتصدير مع الامتثال لمتطلبات السوق من دون حواجز وعوائق ومن دون تعريض مصدر رزقهم للخطر⁽¹⁾.

⁽¹⁾ النشاطات | سلامة الغذاء | لبنان - وزارة الاقتصاد والتجارة
(www.economy.gov.lb) تاريخ الزيارة: 2021/8/20

بعد عرض لواقع أعمال الرقابة الصحية، قد يعترض البعض على أن عمل المراقبين الصحيين يشوبه الكيدية، فكيف يمكن ملاحقة هذه التصرفات مسلكياً؟ في الواقع إن المراقب الصحي كأى موظف عام يخضع إلى رقابة التفتيش المركزي من الناحية المسلكية.

ب- رقابة التفتيش المركزي - التفتيش الصحي والبيطري والزراعي

تبرز أهمية تفعيل اعمال رقابة التفتيش المركزي، التفتيش الصحي والبيطري والزراعي المنشأ بموجب أحكام المادة 16 من المرسوم الإشتراعي (115) تاريخ 1959/6/12 المفتشية العامة الصحية والاجتماعية والزراعية في ضبط الأمن الغذائي، في أنها رقابة خارجية وليست تسلسلية، أي أن المفتش المركزي لن يتأثر لدى أدائه لمهامه بالرؤساء التسلسليين للمراقب الصحي.

إلا أن الواقع يؤكد عدم فعالية أعمال التفتيش المركزي في هذا الإطار، مما يشجع الإدارة المختصة، والمستثمرين، على تجاوز النصوص القانونية المتعلقة بالسلامة والصحة العامتين والبيئة.

ولمعالجة هذه المشكلة ينبغي تعزيز دور التفتيش المركزي، من خلال:

- 1- منح القوة التنفيذية لتقارير المفتشين.
- 2- تعزيز جهازه البشري.
- 3- تسهيل معاونة القوى الأمنية للمفتش الصحي لدى أدائه لمهامه.
- 4- تعزيز إمكانيات المفتش الصحي اللوجستية.
- 5- تخصيص موازنة خاصة تتيح استعانة المفتش الصحي بأعمال الخبرة دون أي تعقيدات روتينية.
- 6- تجهيز المفتش المركزي ببرامج معلوماتية تسهل عليه الوصول للمعلومات.

بعد أن عرضنا في الجزء الأول لهذه الدراسة لمسألة التراخيص الممنوحة لاستثمار المشاريع التي تؤثر على سلامة الغذاء، ومراقبتها، لا سيما من خلال محاضر الضبط التي

ينظمها المراقبون الصحيون، نرى من الأهمية تخصيص الجزء الثاني من هذه الدراسة لبيان مصير هذه المحاضر. لذلك سوف نعرض فيما يلي لمدى فعالية ملاحقة الجرائم المخالفة لقوانين حماية المستهلك.

○ الفرع الثاني: مدى فعالية ملاحقة الجرائم المخالفة لقوانين حماية المستهلك في لبنان وفرنسا

إثارت الجرائم التي عرضت على القضاء اللبناني والفرنسي خلافاً للتشريعات الغذائية العديد من الإشكاليات القانونية، التي نرى أنه من المفيد عرضها، لما لهذه الأحكام من أثر إيجابي في المحافظة على سلامة الغذاء، والإضاءة على الثغرات القانونية التي ينبغي معالجتها، لا سيما لجهة فعالية العقوبات الجزائية المقررة نتيجة مخالفة التشريعات الغذائية. القضايا الحديثة التي أثارت مسألة تطبيق التشريعات المتعلقة بحماية المستهلك لدى القضاة اللبناني والفرنسي سوف نعرض لها تباعاً على الشكل التالي:

- أولاً: واقع مكافحة الجريمة البيئية المرتبطة بسلامة الغذاء في لبنان - إجتهد القضاء اللبناني على ضوء تطبيق أحكام قانون حماية المستهلك رقم 659 تاريخ 2005/02/04 وتعديلاته

- ثانياً: واقع مكافحة الجريمة البيئية المرتبطة بسلامة الغذاء في فرنسا

• أولاً: واقع مكافحة الجريمة البيئية المرتبطة بسلامة الغذاء في لبنان - إضاءة على إجتهد القضاء اللبناني الحديث في ملاحقة المخالفين لأحكام قانون حماية المستهلك رقم 659 تاريخ 2005/02/04 وتعديلاته والقوانين ذات الصلة

قد تصل خطورة الجرائم البيئية إلى أبعد بكثير من خطورة الجرائم التقليدية، كالمخالفات التي وقعت من قبل القيمين على المقالع والكسارات وإمدادات الصرف الصحي التي أضرت بنهر اللباني، والمتمثلة بمخالفة أحكام مرسوم تقييم الأثر البيئي والمادة 58 من قانون حماية البيئة، هذا بالإضافة إلى مخالفة قانون المياه الصادر في العام 2018.

والواقع إن البحث في هذه المسألة يوضح بأن المشكلة ليست بالضرورة في النص التشريعي، صحيح أنه ينبغي البحث في مدى ردة العقوبات الجزائية المنصوص عليها، لأن عقوبة الحبس لمدة سنة الواردة في المادة 58 من قانون حماية البيئة ربما لا تتلاءم مع حجم الضرر البيئي والمتمثل في تلوث مياه نهر الليطاني على سبيل المثال، ولكن المشكلة هي في عدم دراية المواطنين المتضررين من الجرائم البيئية بالنصوص القانونية التي تكيف المخالفات البيئية كجرائم بيئية، فالقانون يخول للمجتمع المدني والمعنيين من أصحاب المصلحة التقدم بإخبار لدى النيابة العامة الإستئنافية، التي تقوم بإحالتها إلى المحامي العام البيئي المختص، ناهيك عن حق الجوار برفع دعاوى تعويضات على أصحاب هذه المشاريع.

من جهة أخرى، قد نلاحظ بعض التقاعص من قبل القضاء في ملاحقة الجرائم البيئية، فعلى سبيل المثال، نتساءل، لماذا لم يتم إتخاذ أي تدبير مستعجل من القضاء المختص، لإيقاف أعمال المقالع والكسارات أو مشاريع الصرف الصحي التي لوثت نهر الليطاني، لا سيما أن هذا النوع من الجرائم، مستمرة في الزمن.

مما لا شك فيه أننا نشهد تباطوء وعدم الحزم في معالجة القضايا البيئية، وربما يعود السبب إلى عدم النضج المجتمعي في معالجة مثل هذه القضايا.

أو ربما تكمن المشكلة في مدى تخصص القضاء في النظر بالمسائل البيئية، والتي من ضمنها المواضيع المتعلقة بالسلامة العامة والصحة العامة، ونرى أنه من الضروري إنشاء نيابة عامة متخصصة بالقضايا البيئية، يتدرّب فيها القضاة على القضايا البيئية حصراً.

ولأن القضاء لن يستطيع أن يحقق المهمة المرجوة منه في ملاحقة الجرائم البيئية إذا لم يعاونه ضابطة بيئية فعالة، فإننا نقترح الإسراع في تعيين المراقبين البيئيين المحددين وفقاً لأحكام المرسوم رقم 3989 تاريخ 2016/08/25 إنشاء ضابطة بيئية وتحديد عدد أعضائها وتنظيم عملها.

وإذا كان البحث في مفهوم الجريمة البيئية ينبغي تناوله في بحث مستقل نتناول فيه، التطور التشريعي في المسؤولية الجزائية البيئية، إلا أنه وفي إطار البحث في سلامة الغذاء ودور المراقبين الصحيين، نرى أنه من المفيد أن نعرض لاجتهاد القضاء الجزائي اللبناني الحديثة في تطبيق أحكام القوانين المتعلقة بحماية المستهلك.

وبالفعل عرض أمام القضاء اللبناني محاضر تتعلق بمخالفة الأحكام القانونية المتعلقة بسلامة الغذاء، وقد نظمت هذه المحاضر من قبل المراقبين الصحيين تابعين لوزارة الاقتصاد- مصلحة حماية المستهلك، والمراقبين الصحيين التابعين لوزارة الصحة، واستندت المحاكم إلى أحكام قانون حماية المستهلك رقم 659 تاريخ 2005/02/04، لا سيما المواد 48 و 108 و 109 و 117 منه والمواد 8 و 9 و 13 من قانون تعديل بعض أحكام قانون حماية المستهلك رقم 659 تاريخ 2005/2/4- رقم 265 تاريخ: 2014/04/15، هذا بالإضافة إلى المادتين 54 و 770 من قانون العقوبات.

إلا أننا لم نلاحظ تناول القضاء اللبناني لقانون سلامة الغذاء في لبنان (الرقم 2015/35 بتاريخ 2015/11/24)، الذي شدد فيه المشرع من المسؤولية الجزائية نتيجة مخالفة قواعد سلامة الغذاء، هذا بالإضافة إلى المسؤولية المدنية. حيث أنه وفقاً لأحكام هذا القانون يتحمل المحترف أو المزارع أو المؤسسة، كل ضمن إطار عمله وتبعاً لطبيعة الجرم، المسؤولية الجزائية والمدنية المنصوص عنها في قانون العقوبات وقانون حماية المستهلك والنصوص الخاصة، عن كل غذاء غير سليم جرى استيراده و/أو تصنيعه و/أو توزيعه للاستهلاك، وتُشدّد العقوبة في حال تسبّب هذا الغذاء في وفاة أحد الأشخاص⁽¹⁾.

ويلاحظ بأن أبرز النقاط القانونية المتعلقة بسلامة الغذاء التي أثارها القضاء اللبناني، لا سيما محكمة الاستئناف الجزائية. هي صحة التوصيف القانوني لمخالفة أحكام المادة 109، ومدى الالتزام باتخاذ الإجراءات القانونية لدى إجراء الكشف وتنظيم المحضر، وأن العبرة لمن يتولى الاستثمار الفعلي للمؤسسة، وأن تحقق العلم المفترض لدى المحترف يشكل العنصر المعنوي للجريمة ونفي مسؤولية التاجر المحترف في حال اتخاذه كافة الاحتياطات اللازمة، وعدم علمه بفساد المواد الغذائية، وأخيراً تبني الأسباب التخفيفية في حال عدم حصول الضرر.

أ- صحة التوصيف القانوني لمخالفة أحكام المادة 109

جاء في حكم محكمة التمييز الصادر في العام 2017 بأنه: "يأخذ طالب النقض على القرار الإستئنافي المطعون فيه مخالفة أحكام المادة 109 من قانون حماية المستهلك معطوفة

(1) د. نادر عبد العزيز شافي، سلامة الغذاء في القانون اللبناني، مجلة الجيش، العدد 367-كانون الثاني 2016

www.lebarmy.gov.lb تاريخ الزيارة: 2021/3/8

على المادة 223 والمادة 194 أ.م.ج، وذلك لعدم توصيف الفعل المنسوب إلى المدعى عليه المميز وبيان الحالة من الحالات الخمسة المنصوص عليها في تلك المادة...
وحيث أنه وبالعودة إلى حيثيات القرار الإستئنائي المطلوب نقضه، يتبين أن المحكمة قد اعتبرت أن فعل المدعى عليه- المميز حاضراً- لجهة إقدامه على الاتجار بمواد غذائية فاسدة وملوثة ومنتهية مدة استعمالها يشكل الجنحة المنصوص والمعاقب عليها بمقتضى أحكام المادة 109 من القانون رقم 2005/659.

وحيث أنه وخلافاً لإدعاءات طالب النقض، فإن محكمة الاستئناف قد وصفت الفعل المنسوب إلى المدعى عليه المميز بالاتجار بمواد غذائية فاسدة وملوثة...، مما ينطبق على جنحة المادة 109 من قانون حماية المستهلك رقم 2005/659 وتكون بذلك قد أحسنت تطبيق القانون ولم تخالفه ويرد السبب المدلى به لهذه الجهة...⁽¹⁾

ب- الالتزام باتخاذ الإجراءات القانونية لدى إجراء الكشف وتنظيم المحضر

أثيرت مسألة الالتزام باتخاذ الإجراءات القانونية لدى إجراء الكشف وتنظيم المحضر في حكم محكمة التمييز الجزائرية رقم 165 / 2017 تاريخ 2017/7/13 وحكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان- الغرفة الثانية عشرة رقم 309 / 2018 تاريخ 2018/6/28.

فقد جاء في قرار محكمة التمييز الصادر في العام 2017 بأنه: "عن الأسباب الثاني والثالث والرابع المبنية على تشويه المضمون الواضح للمستندات وانعدام التعليل وفقدان الأساس القانوني:

إن طالب النقض يأخذ على القرار الإستئنائي المطعون فيه إشارته بمعرض تدقيقه في تقرير وزارة الصحة تاريخ 2015/1/20 الذي بني عليه الإدعاء والإدانة إلى أنه ورد فيه أن الجبنة فاسدة دون إجراء أي تحليل لها في المختبرات، كما أنه يعيب على القرار المذكور تفسيره الصداً الموجود في التتك وكون البضاعة غير موضبة، بأنها فاسدة دون أي تحليل

⁽¹⁾ حكم محكمة التمييز الجزائرية رقم 165 / 2017 تاريخ 2017/7/13

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/10

للجنة لحسم مسألة الفساد بصورة دقيقة، مما يشكل تشويها للوقائع ويجعل القرار المطعون فيه...منعدم التعليل....

وحيث أنه يتبين من مراجعة القرار الإستئنافي أنه بموجب محضر فصيلة سن الفيل عدد 302/85 تاريخ 2015/1/20، تم ضبط البضاعة موضوع الدعوى، وهي عبارة عن ست وثلاثين تنكة جينة عكاوية تشيكية تقدر بحوالي خمسمائة وأربعين كيلو غراماً، كانت موضوعة بداخل المحل دون برادات، وقد أفاد فريق وزارة الصحة بأن هذه البضاعة غير صالحة للاستعمال كونها غير موضبة بشكل صحيح ويوجد الصداً عليها من الخارج،

وحيث أن المحضر المشار إليه هو محضر رسمي، وأن ما استتبته مفتشو وزارة الصحة بأنفسهم وضمن حدود اختصاصهم لجهة الحالة التي كانت عليها المواد المضبوطة وطريقة توضيها ومدى صلاحيتها للاستهلاك، بالتالي لا يقبل اثبات العكس إلا بادعاء التزوير، ونتيجة لذلك اعتبرت بأن محكمة الاستئناف جاء قرارها مشتملاً على الأسباب الواقعية المبررة للنتيجة المقضي بها⁽¹⁾.

بالمقابل ردت محكمة الاستئناف الجزائية في العام 2018 الإدعاء لعدم الالتزام بالأصول القانونية لإجراء الكشف وتنظيم المحضر، وقد ورد في حيثيات القرار بأنه: "لم ينهض من أوراق الملف ما يثبت قيام المدعى عليه ببيع مياه شرب ملوثة، إذ لم يصار إلى أخذ عينة من المياه لتحليلها، ما يقتضي معه إبطال التعقبات الجارية بحقه سنداً للمادة 109.. لعدم ثبوت تحقق عناصرها"⁽²⁾.

إن هذه القضية تؤكد على أهمية تأمين جهاز بشري متخصص ومتدرب من المراقبين الصحيين في مجال الكشف على سلامة الغذاء، وذلك منعا لتقلت الكثير من التجار الذي يستغلون هذه الثغرة لمصلحة تكديس ثروات على حساب صحة المواطن.

(1) حكم محكمة التمييز الجزائية رقم 165 / 2017 تاريخ 2017/7/13

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/10

(2) حكم محكمة الاستئناف الجزائية في جبل لبنان - الغرفة الثانية عشرة رقم 309 / 2018 تاريخ 2018/6/28

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/2

ج- العبرة لمن يتولى الاستثمار الفعلي للمؤسسة

جاء في حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 236 / 2018 بتاريخ 2018/5/31: "حيث أن النيابة العامة ادعت على المدعى عليهما سندا للمادة 108 من قانون 2005/659 لقيامهما بعرض وحياسة مواد غذائية ملوثة في ملحمة (غ)،

وحيث أن المحكمة تستنتج من الإستجواب ومن إفادة المراقبة ومجمل أوراق ومستندات الملف بما فيها القرار الجزائي رقم 797 وصورة البطاقة التي ورد فيها، أن ملحمة (غ) بإدارة (و)، وأن المدعى عليه (ج) هو الذي يستثمر الملحمة فيقوم بشراء اللحوم وبيعها، وأنه لم ينظم عقد إيجار باسم هذا الأخير على اعتبار أن (غ) لا يمكنه التأجير وأن لا علاقة للمدعى عليه (غ) بإدارة المؤسسة مما يقتضي معه إعلان براءته"⁽¹⁾.

د- تحقق العلم المفترض لدى المحترف يشكل العنصر المعنوي للجريمة

أثارت المحاكم اللبنانية مسألة أن تحقق العلم المفترض لدى المحترف يشكل العنصر المعنوي للجريمة، نذكر من هذه الأحكام:

- حكم محكمة الاستئناف الجنج- الغرفة الثامنة- رقم 0 / 2013 تاريخ 2013/4/17
 - حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 168 / 2015 تاريخ 2015/3/30
 - حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 234 / 2016 تاريخ 2016/4/28
 - حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 258 / 2016 تاريخ 2016/5/30
 - حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان- الغرفة التاسعة- الجزائرية- رقم 261 / 2016 تاريخ 2016/5/30
 - حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان - جديدة المتن- رقم: 277 / 2016 تاريخ 2016/6/29
 - حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 236 / 2018 بتاريخ 2018/5/31
 - حكم محكمة التمييز الجزائرية رقم 165 / 2017 تاريخ 2017/7/13
- نعرض لهذه الأحكام تباعا:

⁽¹⁾ صدر حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 236 / 2018 بتاريخ 2018/5/31

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/6

1- حكم محكمة الاستئناف الجنج- الغرفة الثامنة- رقم 0/2013 تاريخ 2013/4/17
بتاريخ 2012/5/3 استأنف المدعى عليه...بوجه الحق العام، الحكم الصادر بتاريخ 2012/4/20 عن القاضي المنفرد الجزائري في بيروت الذي قضى بإدانته سندا للمادة 109 من قانون حماية المستهلك رقم 2005/659 وحبسه ثلاثة أشهر وتغريمه 25 مليون ل.ل. واستبدال العقوبة تخفيفا بغرامة قدرها أربعة ملايين ل.ل.، وطلب إعلان براءته.
فحكمت محكمة الاستئناف الجزائرية بأنه: "... وحيث أن المستأنف يطلب إعلان براءته من الجرم لعدم وجود أي غش.
وحيث أنه من الثابت أن المستأنف كان يستخدم مياه الحنفية مباشرة في صنع الجلاب ولم يتأكد ما إذا كانت صالحة للشرب أو ملوثة قبل استخدامها. وحيث أن الحكم الابتدائي واقعا في محله القانون ويقتضي تصديقه..."⁽¹⁾

2- حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 168/2015 تاريخ 2015/3/30
اعتبرت محكمة الاستئناف الجزائرية في حكمها الصادر في العام 2015/3/30 بأنه:
"حيث أن المادة 48 توجب على المحترف أو المصنع الامتناع عن صناعة سلعة أو تقديم خدمة لا تتوافق مع المواصفات الالزامية المعتمدة، وتشكل خطرا على صحة المستهلك أو سلامته أو عرض هذه السلعة أو الخدمة أو توزيعها أو الترويج، بكافة الوسائل، على استعمالها أو شرائها، كما وعن تسليم سلعة أو خدمة غير مطابقة للمواصفات المعتمد أو المتفق عليها، لا سيما لجهة كميتها أو نوعها أو...
وحيث أن المادة 108 من القانون رقم 2005/659 تعاقب بالحبس...
وحيث أن قيام المدعى عليه ببيع مياه معدنية لا تتوافق تحاليلها الجرثومية مع تلك العائدة لها بحسب المتطلبات التقنية المذكورة في المواصفات القياسية اللبنانية لمياه الشرب المعبأة، بحيث تحتوي على جراثيم، يشكل مخالفة لأحكام المادة 108.. ما يقتضي إدانته بموجبها..."

⁽¹⁾ حكم محكمة الاستئناف الجنج- الغرفة الثامنة- رقم 2012/503 تاريخ 2013/4/17

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/20

حيث أن إدلاء المدعى عليه بوجود إعلان براءته لعدم ثبوت علمه بوجود العبوة غير المطابقة للمواصفات، هو مستوجب الرد، إذ أن علمه هو مفترض، بالنظر لكونه يمتن بيع المياه المعدنية ويترتب عليه التأكد من سلامة ما يعرضه للبيع، علما أنه لم يبرز أي فحص متزامن مع تاريخ تنظيم المحضر، بل ابرز تحاليل معظمها يعود تاريخها لوقت لاحق، بحيث لم يتبين أن المدعى عليه كان يقوم بفحوصات دورية سابقة لتنظيم المحضر، للثبوت من خلو المياه التي يعرضها للبيع من الجراثيم،

وحيث أن مجرد تحقق العلم المفترض بأن المياه لا تتوافق تحاليلها الجرثومية مع تلك العائدة لها بحسب المتطلبات التقنية المذكورة في المواصفات القياسية اللبنانية لمياه الشرب المعبأة، يشكل العنصر المعنوي لجرم المادة 108 من القانون رقم 2005/659، بحيث يكون إدلاء المدعى عليه خلاف ذلك مستوجبا الرد..⁽¹⁾.

3- حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 234 /2016 تاريخ 2016/4/28

جاء في حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 234 /2016 تاريخ 2016/4/28: "...بتاريخ 2011/10/4، وبناء على شكوى ر.ش الذي تعرض لتسمم وتراجع لاحقا عن ادعائه، ثم أخذ عينة من الثوم والمايونيز من مطعم... المملوك من المدعى عليه، وتبين نتيجة التحليل المخبري أنها تحتوي على الإشيريشيا كولي وعلى القولونيات الإجمالية والإحياء المهجرية الهوانة بنسب تفوق النسب المسموح بها،

...وحيث لا بد من الإشارة أولا إلى أن الأفعال الجرمية المدعى بها تمت قبل تعديل القانون 2005/659 فيطبق عليها هذا القانون دون التعديلات التي طرأت عليه عملا بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات،

وحيث أن المادة 109 من قانون 2005/659 تعاقب كل من أقدم وهو عالم بالأمر على حيازة مواد غذائية منتهية مدة استعمالها، وحيث أن المدعى عليه أقدم على حيازة وعرض مواد غذائية ملوثة مع العلم بالأمر طالما أنه تاجر محترف يبيع هذه السلع، وعلمه مفترض طالما عليه التأكد من سلامة ما يعرضه للبيع، يراجع بهذا المعنى:

(1) حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 168 /2015 تاريخ 2015/3/30

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/20

(Attendu, en premier lieu, que le vendeur professionnel est présumé connaître les défauts de la chose qu'il vend " Cour de cassation, Chambre civile 1, du 11 décembre 1990, 89-18, 155, Inédit)

وحيث أن فعله يؤلف الجرم المنصوص عليه في المادة 109 من قانون 2005/659، فيقتضي إدانته سناً لها وتغريمه خمسة وعشرين مليون ل.ل.،⁽¹⁾

4- حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 258 / 2016 تاريخ 2016/5/30

جاء في حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 258 / 2016 تاريخ 2016/5/30 أنه: "حيث تمت ملاحقة المدعى عليها بمقتضى المادة 109/48 من القانون رقم 2005/658، حيث أن المادة 109 من القانون 2005/659 المعدل تعاقب كل من أقدم، وهو عالم بالأمر، على الإتجار بمواد غذائية فاسدة..."

وحيث أن المدعى عليها أقدمت على حيازة وعرض مواد غذائية منتهية الصلاحية وهي عالمة بالأمر طالما أن تاريخ صلاحيتها مدون عليها، وأنها تاجرة محترفة تبيع هذه السلع، وحيث أن فعلها الموصوف أعلاه يؤلف جرم المادة 109 من القانون رقم 2005/659، ما يقتضي معه إدانتها بموجبها، وحبسها سناً لها مدة سنة وتغريمها بمبلغ قدره مئة مليون ل.ل."⁽²⁾

5- حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان - الغرفة التاسعة - الجزائرية - رقم 261

2016/ 2016 تاريخ 2016/5/30

جاء في حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان - الغرفة التاسعة - الجزائرية - رقم 261 / 2016 تاريخ 2016/5/30: "حيث تمت ملاحقة المدعى عليه بمقتضى المادة 109/48 من القانون رقم 2005/659، حيث أن المادة 109 من القانون رقم 2005/659 المعدل، تعاقب....."

(1) حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 234 / 2016 تاريخ 2016/4/28

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/20

(2) حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 258 / 2016 تاريخ 2016/5/30

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/20

وحيث أن المدعى عليه أقدم على حيازة وعرض مواد غذائية منتهية الصلاحية وهو عالم بالأمر طالما أن تاريخ صلاحيتها مدون عليها، وأنه تاجر محترف يبيع هذه السلع، كما أنه أقدم على بيع لحوم غير مطابقة للمواصفات القياسية المعتمدة للتحاليل، كونها تحتوي على جراثيم،

وحيث لا يرد على ذلك القول أن البضاعة كانت مرتجعة، طالما أنه من الثابت من مضمون محضر الضبط، انها كانت معروضة في الثلاجات، وهي مدرجة ضمن لائحة الأسعار الموجودة في الملحمة، أي أنها معدة للبيع، كما لا يرد على ذلك القول أن سبب التلوث يعود للمياه، طالما أن المدعى عليه، عليه أن يتخذ كامل الإحتياطات التي تحول دون تلوث البضاعة التي يعرضها للبيع،

وحيث أن فعله الموضوع أعلاه يؤلف جرم المادة 109 من القانون رقم 2005/659، ما يقتضي معه إدانته بموجبها، وحبسه سنة وتغريمه 100 مليون ل.ل⁽¹⁾.

6- حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان - جديدة المتن - رقم: 277 / 2016 تاريخ 2016/6/29

جاء في حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان - جديدة المتن - رقم: 277 / 2016 تاريخ 2016/6/29: "وحيث أن فعل المدعى عليهما ح.ه.و.ع.ق لجهة إقدامهما على بيع وعرض وتوزيع وترويج التداول بمواد غذائية لا تتوافق مع المواصفات المعتمدة والمتعلقة بالسلامة العامة يشكل الجنحة المنصوص والمعاقب عليها بمقتضى أحكام المادة 108 من القانون رقم 2005/659 المعدلة بالمادة رقم 8 من القانون رقم 265 تاريخ 2014/4/15، كما أن فعلهما لجهة إقدامهما على الإتجار بمواد غذائية فاسدة وملوثة ومنتھية مدة استعمالها يشكل الجنحة المنصوص والمعاقب عليها بمقتضى أحكام المادة 109 من القانون رقم 2005/659 المعدلة بالمادة رقم 9 من القانون رقم 265 تاريخ

(1) حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان - الغرفة التاسعة - الجزائرية - رقم 261 / 2016 تاريخ 2016/5/30

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/20

2014/4/15 بدليل التحقيقات الأولية والمستندات المبرزة وأقوال المدعى عليهما والكميات المضبوطة ومجمل الأوراق ومجريات المحاكمة.⁽¹⁾

7- حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 236 / 2018 بتاريخ 2018/5/31

اعتبرت محكمة الاستئناف الجزائرية في حكمها الصادر رقم 236 / 2018 بتاريخ 2018/5/31 على أنه: "وحيث أنه ثابت إقدام المدعى عليه ج على عرض وبيع مواد غذائية ملوثة في الملحمة التي يستثمرها،

وحيث أن علمه بتلوثها مفترض باعتبار أنه محترف وأنه يترتب عليه عملا بالمادة 48 من قانون 2005/659 أن يتأكد من أن السلع التي يعرضها تتوافق مع المواصفات الإلزامية المعتمدة والمتعلقة بالسلامة،

وحيث أن فعله يؤلف الجرم المنصوص عليه في المادة 109 من قانون 2005/659، وحيث أن النص الخاص المتعلق بالغذاء يطبق عند توافر شروطه، فيقتضي تصحيح الوصف الجرمي وإدانته سندا لها وحبسه سنة وتغريمه مئة مليون ل.ل ونشر هذا القرار في جريدة النهار على نفقته"⁽²⁾

8- حكم محكمة التمييز الجزائرية رقم 165 / 2017 تاريخ 2017/7/13

اعتبرت محكمة التمييز الجزائرية في حكمها الصادر رقم 165 / 2017 تاريخ 2017/7/13 بأنه:"

بالنسبة لأن المميز يأخذ على القرار الاستئنافي إدانته المدعى عليه المميز بجنحة المادة 109... المعدل، بالرغم من انتقاء أحد عناصرها المتمثل بالعلم بكون الجينة المتداول بها فاسدة، وحيث أن المادة 58 من قانون حماية المستهلك رقم 2005/659 المعدل توجب على المحترف التحقق من مطابقة السلطة التي يتداول بها للمواصفات المفروضة ومن سلامتها قبل تقديمها للمستهلك...

(1) حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان - جديدة المتن - رقم: 277 / 2016 تاريخ 2016/6/29

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/20

(2) حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 236 / 2018 بتاريخ 2018/5/31

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/6

وحيث أن المدعى عليه أمام محكمة الاستئناف اعترف بعمله في تجارة الألبان منذ عشر سنوات، واكتسابه تاليا صفة المحترف لهذه الجهة، وذلك لاقدامه على الاتجار بجبنة فاسدة وملوثة بالنظر لحالتها وطريقة حفظها، لا تكون قد خالفت احكام المادة 109 من قانون حماية المستهلك المشار إليه، بل أحسنت تطبيقها،...⁽¹⁾.

هـ- نفي مسؤولية التاجر المحترف في حال اتخاذه كافة الاحتياطات اللازمة، وعدم علمه بفساد المواد الغذائية

جاء في حكم محكمة الاستئناف الجزائرية الصادر في العام 2018 أنه: "تمت ملاحقة المدعى عليه بمقتضى المادة 48/109 من قانون حماية المستهلك،... حيث من الثابت أن مراقبي وزارة الاقتصاد أخذوا عينات من الجبنة على مرحلتين من الفرن العائد للمدعى عليه، وقد تبين أنها ملوثة،

وحيث أن المدعى عليه أبرز فواتير تثبت شراءه الجبنة من مؤسسة الرهبان، كما أبرز تحاليل مخبرية استحصل عليها من المؤسسة المذكورة تثبت سلامة البضاعة التي تباعها هذه المؤسسة، وحيث أن المدعى عليه أبرز شهادات وعقود وفحوصات مخبرية تثبت إتخاذه كافة الاحتياطات اللازمة للمحافظة على سلامة البضاعة الموجودة في فرنه،

وحيث فضلا عن ذلك، فإنه يتبين من الشرح المدون من المراقب ي.ك الذي قام بالكشف على الفرن العائد للمدعى عليه، أن جميع شروط سلامة الغذاء مراعاة في المطبخ والمواد الأولية المستعملة،

وحيث استناداً إلى كل ما تقدم، وإلى مجمل المعطيات المتوفرة في الملف، ترى المحكمة أن المدعى عليه لم يكن عالماً بتلوث البضاعة المعروضة في الفرن المملوك منه، كونه قام بكل ما يترتب عليه لمنع حصول هذا التلوث، مما يقتضي معه إبطال التعقبات المساقة بحقه ييمقتضى المادة 109 من قانون حماية المستهلك، لعدم توفر عناصرها،...⁽²⁾.

(1) حكم محكمة التمييز الجزائرية رقم 165 / 2017 تاريخ 2017/7/13

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/10

(2) حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 185 / 2018 تاريخ 2018/4/26

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/6

و- تبني الأسباب التخفيفية لتخفيض العقوبة

اتضح لدينا سابقا بأن إجراءات الرقابة على تنفيذ القوانين والتدابير المتعلقة بسلامة الغذاء ضعيفة، لا تردع المخالفين من المؤسسات الغذائية عن التماذي في مخالفتهم، والملفت أن التشريعات الجزائية تحفز المخالفين للتشريعات الغذائية، فقد تبين لنا أن المواد 108 و109 من قانون حماية المستهلك ترتب عقوبات جنحية على المرتكبين، وغالبا ما تتبنى المحاكم اللبنانية الجزائية الأسباب التخفيفية عن التجار المدانين بمخالفة النصوص القانونية المتعلقة بسلامة الغذاء، وهذا أمر نتحفظ عليه، وإن كانت تشترط لتبني هذا المسار عدم حصول ضرر. ونذكر من هذه الأحكام:

- حكم محكمة الاستئناف الجزائية رقم 168 / 2015 تاريخ 2015/3/30
- حكم محكمة الاستئناف الجزائية رقم 258 / 2016 تاريخ 2016/5/30
- حكم محكمة الاستئناف الجزائية في جبل لبنان- الغرفة التاسعة- الجزائية- رقم 261 / 2016 تاريخ 2016/5/30
- حكم محكمة الاستئناف الجزائية في جبل لبنان - جديدة المتن- رقم: 277 / 2016 تاريخ 2016/6/29
- حكم محكمة الاستئناف الجزائية رقم 236 / 2018 بتاريخ 2018/5/31
نعرض لها تباعا:

1- حكم محكمة الاستئناف الجزائية رقم 168 / 2015 تاريخ 2015/3/30

جاء في حكم محكمة الاستئناف الجزائية على أنه: "حيث يقتضي وعملا بأحكام المادة 108، حبس المدعى عليه مدة ثلاثة أشهر وتغريمه بمبلغ قدره 25 مليون ل.ل، وحيث أن المحكمة ترى...منح المدعي الأسباب التخفيفية، وتخفيض الغرامة إلى عشرة ملايين ل.ل، واستبدال عقوبة الحبس المحكوم بها بغرامة قدرها 500 ألف ل.ل. بحيث يصبح مجموع الغرامة الواجب دفعها ما مقداره 10 ملايين و500 ألف...على أن يحبس يوما واحدا عن كل 10000 ل.ل عند عدم الدفع (م54 ع⁽¹⁾).

(1) حكم محكمة الاستئناف الجزائية رقم 168 / 2015 تاريخ 2015/3/30

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/20

2- حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 258 / 2016 تاريخ 2016/5/30

جاء في حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 258 / 2016 تاريخ 2016/5/30 أنه: "وحيث ولئن نصت المادة 121 من قانون حماية المستهلك، على أنه في حال الأخذ بالأسباب المخففة، لا يجوز أن تنقص العقوبة عن نصف الحد الأدنى للعقوبة المنصوص عليه في القانون، إلا أن هذا النص الذي يخرج عن مبدأ فردية العقاب، وعن نص المادة 254/ع يفسر حصراً، وقد قصد منه المشرع التشدد وعدم التساهل، وافترض حصول ضرر من جراء الفعل المعاقب عليه، أما في حال ثبوت الضرر فيمكن للمحكمة منح الأسباب التخفيفية المنصوص عليها في المادة 254/ع،

وحيث أن ما يعزز قناعة المحكمة لجهة اتجاه إرادة المشرع إلى الحؤول دون التخفيف عند حصول ضرر فقط، نص المادة 117 من قانون حماية المستهلك الذي أجاز تخفيف العقوبة في حال إزالة الضرر، فبحجة أولى، إذا لم يثبت ضرر، كان للمحكمة أن تخفف العقوبة،

وحيث ترى المحكمة، استناداً إلى مجمل المعطيات المتوفرة في الملف، وفي ضوء إتلاف البضاعة المحجوزة، وعدم ثبوت الضرر، منح المدعى عليها الأسباب التخفيفية، وتخفيض مدة الحبس المقضي به إلى ستة أشهر، واستبداله بغرامة قدرها مليون وثمانماية الف ل.ل، كما وتخفيض الغرامة إلى مبلغ قدره عشرين مليون ل.ل، بحيث يصبح مجموع الغرامة المحكوم بها ما مقداره واحد وعشرين مليوناً وثمانماية ألف...⁽¹⁾

3- حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان - الغرفة التاسعة - الجزائرية - رقم 261

2016/ 2016 تاريخ 2016/5/30

جاء في حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان - الغرفة التاسعة - الجزائرية - رقم 261 / 2016 تاريخ 2016/5/30: "وحيث ولئن نصت المادة 121 من قانون حماية المستهلك على أنه في حال الأخذ بالأسباب المخففة، لا يجوز أن تنقص العقوبة عن نصف الحد الأدنى

(1) حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 258 / 2016 تاريخ 2016/5/30

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/20

للعقوبة المنصوص عليه في القانون، إلا أن هذا النص الذي يخرج عن مبدأ فردية العقاب، وعن نص المادة 254/ع، يفسر حصراً، وقد قصد منه المشتري التشدد وعدم التساهل، مفترضا حصول ضرر من جراء الفعل المعاقب عليه، أما في حال عدم ثبوت الضرر، فيمكن للمحكمة منح الأسباب التخفيفية بحسب المادة 254ع.

وحيث ترى المحكمة وفي ضوء عدم ثبوت الضرر، والسجل العدلي العائد للمدعى عليه، منح هذا الأخير الأسباب التخفيفية، وتخفيض مدة الحبس المقضي به إلى ستة أشهر، واستبداله بغرامة قدرها مليون وثمانماية ألف ل.ل، وتخفيض الغرامة إلى 30 مليون بحيث يصبح المجموع 30 مليون و800 ألف...

ويقتضي عملاً بأحكام المادة 122 من القانون رقم 2005/659 المعدلة نشر خلاصة هذا القرار في صحيفة النهار المحلية على نفقة المدعى عليه...⁽¹⁾.

4- حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان - جديدة المتن - رقم: 277 / 2016 تاريخ 2016/6/29

جاء في حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان - جديدة المتن - رقم 277 / 2016 تاريخ 2016/6/29: "وحيث أنه، وفي ضوء إزالة الضرر الناتج عن الجرم كلياً قبل إحالة الدعوى إلى المحكمة، يقتضي تطبيق أحكام المادة 117 من القانون رقم 2005/659 المعدلة بالمادة 13 من القانون 265 تاريخ 2014/4/15 وبالتالي إدانة المدعى عليه ح.ه بمقتضى المادة 117/108 من القانون رقم 2005/659 المعدلة بالمادة رقم 13/8 من القانون رقم 265 تاريخ 2014/4/15 وبمقتضى المادة 117/109 من القانون رقم 2005/659 المعدلة بالمادة رقم 13/9 من القانون رقم 2014/265 تاريخ 2014/4/15 وحبسه مدة سنة بعد الإدغام وإنزال العقوبة تخفيفاً سداً لأحكام المادة 121 من القانون رقم 2005/659 معطوفة على المادة 16 من القانون رقم 265 تاريخ 2014/4/15 بحيث تصبح الإكتفاء بمدة توقيفه والغرامة بقيمة عشرين مليون ل.ل وإدانة ع.ق بمقتضى المادة 117/108 من القانون رقم 2005/659 المعدلة بالمادة رقم 13/8 من القانون رقم 265 تاريخ 2014/4/15

(1) حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان - الغرفة التاسعة - الجزائرية - رقم 261 / 2016 تاريخ 2016/5/30

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/20

وبمقتضى المادة 117/109 من القانون رقم 2005/659 المعدلة بالمادة رقم 13/9 من القانون رقم 2014/265 تاريخ 2014/4/15 وحبسه مدة سنة بعد الإدغام وإنزال العقوبة تخفيفاً سنداً لأحكام المادة 121 من القانون رقم 2005/659 معطوفة على المادة 16 من القانون رقم 265 تاريخ 2014/4/15 بحيث تصبح الحبس مدة ثلاثة أشهر والغرامة بقيمة عشرين مليون ليرة⁽¹⁾.

5- حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 236 / 2018 بتاريخ 2018/5/31

اعتبرت محكمة الاستئناف الجزائرية في حكمها الصادر رقم 236 / 2018 بتاريخ 2018/5/31: "... وحيث ولئن نصت المادة 121 من قانون حماية المستهلك على أنه في حال الأخذ بالأسباب المخففة لا يجوز أن تنقص العقوبة عن نصف الحد الأدنى المحدد للعقوبة المنصوص عليه في القانون إلا أن هذا النص، الذي يخرج عن مبدأ فردية العقاب وعن نص المادة 254/ع يفسر حصراً، وقد قصد منه المشتري التشدد وعدم التساهل مفترضاً حصول ضرر من جراء الفعل المعاقب عليه، أما في حال عدم ثبوت الضرر فيمكن للمحكمة منح الأسباب التخفيفية المنصوص عليها في المادة 254/ع، وحيث ما يعزز قناعة المحكمة لجهة اتجاه إرادة المشتري إلى الحؤول دون التخفيف عند حصول ضرر فقط نص المادة 117 من قانون حماية المستهلك الذي أجاز تخفيف العقوبة في حال إزالة الضرر، فبجبة أولى إذا لم يثبت ضرر كان للمحكمة أن تخفف العقوبة، وحيث يقتضي في ضوء عدم ثبوت الضرر، منح المدعى عليه الأسباب التخفيفية وتخفيض الغرامة المحكوم بها عليه إلى 20 مليون ل.ل. والحبس ستة أشهر واستبداله بغرامة بحيث تصبح الغرامة الإجمالية المحكوم بها واحد وعشرين مليون وثمانمئة ألف ل.ل.⁽²⁾. بعد أن عرضنا لتطور اجتهاد القضاء اللبناني ولبيان مدى فعاليته لمكافحة الجرائم المتعلقة بسلامة الغذاء، وانطلاقاً من أن لبنان يتجه نحو الالتزام بمعايير سلامة الغذاء

(1) جاء في حكم محكمة الاستئناف الجزائرية في جبل لبنان - جديدة المتن - رقم: 277 / 2016 تاريخ 2016/6/29

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/20

(2) حكم محكمة الاستئناف الجزائرية رقم 236 / 2018 بتاريخ 2018/5/31

www.legiliban.ul.edu.lb تاريخ الزيارة: 2021/7/6

الأوروبية، فإننا سوف نعرض فيما يلي، لمدى فعالية مكافحة الجريمة البيئية المرتبطة بسلامة الغذاء في فرنسا.

• ثانيا: واقع مكافحة الجريمة البيئية المرتبطة بسلامة الغذاء في فرنسا

مما لا شك فيه أن لمفهوم الجريمة البيئية عموما، تقنيات خاصة، نظرا للتعقيدات التي تتعلق بها، ومن هذه الجرائم، الجرائم البيئية المتعلقة بالسلامة والصحة العامتين لمستهلك السلع الغذائية.

وقد تنبه بعض الفقه الفرنسي مؤخرا لأهمية هذا التمييز لمفهوم الجريمة البيئية، فما هي أبرز النقاط القانونية التي أثارها هذا الفقه ورؤيته لتعزيز سبل الحماية الجنائية البيئية. التوجه الفقهي الفرنسي الحديث لتعزيز الحماية الجنائية البيئية واجتهاد محكمة النقض الحديث في مكافحة جرائم مخالفة التشريعات الغذائية، لا سيما المبادئ القانونية التي كرسها الاتحاد الأوروبي لسلامة الغذاء، نعرضها فيما يلي:

- أ- التوجه الحديث لبعض الفقه الفرنسي في تعزيز الحماية الجنائية البيئية
- ب- اجتهاد القضاء الفرنسي الحديث في مكافحة جرائم مخالفة التشريعات الغذائية

أ- التوجه الحديث لبعض الفقه الفرنسي في تعزيز الحماية الجنائية البيئية

نبه المدعي العام لدى محكمة النقض فرنسوا مولينز إلى التحديات المتعلقة بالقانون الجنائي البيئي، ونبه إلى ضرورة أن نأخذ بعين الاعتبار دائما بأن قانون البيئة هو قانون وقائي، بحيث يجب أن تكون المبادئ التي ينطلق منها الإدعاء العام هي البحث المنهجي عن العلاج، بغض النظر عن الإجراءات المتطلبية، وأن تكون المحاكمة منتظمة في حالة حدوث ضرر جسيم غير قابل للإصلاح، مع الأخذ بعين الاعتبار بأن البطء في هذا النوع من القضايا يمكن رده إلى الطبيعة الفنية للملفات، وعدم سيطرة القضاء على كامل دقائق الملف التقنية⁽¹⁾.

(1) M. François Molins, "L'environnement: les citoyens, le droit, les juges - Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation", (21.05.21).
www.courdecassation.fr Date de visite: 1/8/2021

وحدث على أهمية إيجاد قضاء متخصص في هذه المسائل، يأخذ بعين الاعتبار التقنيات المعقدة المحيطة بالقانون البيئي، لا سيما بعدما تبين أن المعالجة الحالية للجرائم البيئية غير مرضية، الأمر الذي يتطلب استجابة نوعية وفعالة من جانب السلطة القضائية. من خلال فرض عقوبات نوعية على مرتكبي الأضرار البيئية واعتماد آلية إصلاح هذه الأضرار، لا سيما بعد ازدياد المخاطر المرتبطة بالبيئة، والصحة.

وحذر من أن انخفاض عدد القضايا البيئية التي يتم البت بها، يهدد بإلغاء التجريم بحكم الواقع لمخالفة القانون البيئي، وأكد على أهمية التركيز على هذه الأفعال الجنائية بما يتلاءم وخطورتها، لا سيما عندما تتسبب بضرر جسيم لا يمكن إصلاحه.

مشيرا إلى أنه لا يكفي اتخاذ تدابير إدارية للحد من هذه الانتهاكات، بل يجب أن تتصدى العدالة الجنائية لها بشكل فعال⁽¹⁾، وأن تتصدى لمعاقبة من يتسبب بالضرر البيئي وإصلاحه، لا سيما بالنسبة للقضايا التي تسبب آثارا مأساوية، بحيث ينبغي أن يتصدى القضاء لهذه الجرائم ويؤكد على احترام الحريات الأساسية للأجيال الحاضرة والمستقبلية.

كما حث جانب آخر من الفقه الفرنسي السلطة السياسية على اعتماد سياسة الحزم في ملاحقة هذه الارتكابات، وتنظيم محاضر بها، واتخاذ تدابير فعالة.

وحذر من العواقب الاجتماعية لانعدام العدالة البيئية، معتبرا بأن هناك حاجة ملحة لتطبيق ملموس لقواعد القانون البيئي، وهذا الأمر يتم من خلال النظر إلى العدالة والقانون البيئي ليس من زاوية رسمية، ولكن من زاوية فعالة، حيث يجب تعزيز دور السكان لكي تكون العدالة البيئية مقبولة اجتماعيا، وينبغي الموازنة بين القانون البيئي والعلوم الطبيعية والاجتماعية⁽²⁾.

وبما أن قانون البيئة هو قانون وقائي، فإنه يجب أن تكون المبادئ التي ينطلق منها الإدعاء العام، هي البحث المنهجي عن العلاج، يفض النظر عن الإجراءات المتطلبية، وأن تكون المحاكمة منتظمة في حالة حدوث ضرر جسيم غير قابل للإصلاح، مع الأخذ بعين

(1) M.FrançoisMolins,Discoursd'ouverture du cycle de formation sur le droit pénal de l'environnement, Lundi 8 février 2021 www.courdecassation.fr Date de visite: 1/8/2021

(2) Sous la direction scientifique deMadame Béatrice PARANCE, professeur à UPL, Université Paris 8 Vincennes Saint-DenisMonsieur Gilles LHUILIER, professeur à l'ENSRennes,responsablescientifique à la FMSH Paris.

Conséquences sociales, Justice environnementale: le défi de l'effectivité (cycle 2020), 2 avril2020. www.courdecassation.fr Date de visite: 5/8/2021

الاعتبار بأن البطء في هذا النوع من القضايا يمكن رده إلى الطبيعة الفنية للملفات، وعدم سيطرة القضاء على كامل دقائق الملف التقنية⁽¹⁾.

إنطلاقاً مما سبق عرضه طرح الفقه تساؤلات حول توقعات المواطنين تجاه قانون البيئة ودور القضاء؟ وما هي الصعوبات التي تمنع القانون الجنائي البيئي أن يكون فعالاً؟ وكيف يمكن تحسين هذه الفعالية؟

بعد أن عرضنا باختصار لرأي بعض أساتذة القانون في فرنسا حول التطور في مفهوم الجريمة البيئية، نختم هذه الدراسة بعرض لثلاثة أحكام قضائية تتعلق بسلامة الغذاء صدرت عن محكمة النقض الفرنسية في العام 2020.

ب- اجتهاد القضاء الفرنسي الحديث في مكافحة الجريمة البيئية المتعلقة بحماية المستهلك
ربما لا تتيح لنا هذه الدراسة المساحة الكافية لإجراء تحليل معمق لكل الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم الفرنسية، ومقارنتها مع إجتهااد المحاكم اللبنانية، ولكن أعتقد أنه من المفيد استعراض الجديد في أحكام محكمة النقض الفرنسية فيما يتعلق بسلامة الغذاء. وقد اخترت ثلاثة أحكام قضائية، صدرت في العام 2020 عن محكمة النقض الفرنسية. وهي:

- 1- حكم محكمة النقض الفرنسية رقم 606 تاريخ 31/آذار/ 2020- الغرفة الجزائية
 - 2- حكم محكمة النقض الفرنسية رقم 495 الصادر في 2/أيلول/2020- الغرفة التجارية والمالية والاقتصادية
 - 3- حكم محكمة النقض الفرنسية رقم 1494 تاريخ 8/سبتمبر/ 2020 - الغرفة الجزائية
- نعرض لهذه الأحكام تباعاً فيما يلي:

1- حكم محكمة النقض الفرنسية رقم 606 تاريخ 31/آذار/ 2020- الغرفة الجزائية
جاء في الحكم رقم 606 تاريخ 31/ آذار / 2020- محكمة النقض- غرفة الجنايات: "أنه تبين من القضية المعروضة أمام محكمة الاستئناف ومن المرافعات، أنه في 2/حزيران/2011

⁽¹⁾ M. François Molins , "L'environnement: les citoyens, le droit, les juges - Regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation", (21.05.21).
www.courdecassation.fr Date de visite: 1/8/2021

ظهرت على 16 طفل من مقاطعة الشمال أعراض متلازمة انحلال الدم اليوريمي (HUS) بسبب بكتيريا E-coli O157H7، والتي يمكن أن تسبب الفشل الكلوي الحاد.

أثبتت التحقيقات أنهم استهلكوا لحماً مفروماً تم إعداده في 11/أيار/2011 من قبل جمعية براغارد الاقتصادية (SEB)، التي كان السيد E مديراً لها منذ تأسيسها في عام 1966، وتم بيعها لشركة LIDL، وتبين أيضاً، أنه من بين 13 وحدة إنتاج تسمى "ميليس" تم تصنيعها في ذلك اليوم، خضع 3 منها لاختبار البحث عن E-coli أعطت إحداها نتيجة غير مرضية قدرها E-coli 770 لكل جرام، وهو ما يتجاوز الحد الأدنى لبدء البحث عن E-coli O157H7، المحدد ب 150 لكل جرام وفقاً للإجراءات التطبيقية لخطة المراقبة الصحية المصادق عليها من قبل السلطة الإدارية (PM2).

وقد كشف التحقيق بأنه لم يتم إجراء البحث عن E-coli O157H7، بل فقط تم إجراء تحليلات E-coli، الذي وفقاً للإجراءات المعتمدة في PM2 لم توافق عليه الإدارة مطلقاً. في ختام التحقيق القضائي، أُحيل الملف إلى محكمة الجنايات مدعين بالانتهاك المتعمد الواضح لالتزام السلامة أو الحيطة الذي يفرضه القانون أو اللوائح، الأمر الذي تسبب بعجز تام لطفل واحد وذلك لأكثر من ثلاثة أشهر، وعجز كلي عن العمل لمدة تقل أو تساوي ثلاثة أشهر لـ 15 طفلاً، وبتهمة الخداع بشأن الصفات الجوهرية لشرائح اللحم المفروم التي يشكل استهلاكها خطورة على صحة الإنسان، وطرحه في الأسواق منتجات ذات أصل حيواني خطير، وحياسة مواد غذائية تستخدم كغذاء بشري فاسد أو سام ضار بصحة الإنسان. اعتبر قضاء الدرجة الأولى بأن المدعى عليه مذنب، فاستأنف المدعى عليه والنائب العام وعدد من الأطراف المدنية ضد هذا القرار.

بالنسبة لأول طعن:

استند الدفع إلى مخالفة المواد 121-3، 222-9، 222-20 من قانون العقوبات، و593 من قانون الإجراءات الجزائية لجهة عدم وجود سند قانوني.

واستند الدفع أيضاً إلى أن الحكم المطعون فيه، أعلن أنه مذنب بارتكاب إصابات عن غير قصد، أدت إلى عجز كامل عن العمل لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر أو لا تتجاوز ثلاثة أشهر، معتبراً بأن هذه الأفعال تشكل انتهاكاً متعمداً وواضحاً لالتزام السلامة أو الحيطة الذي

يفرضه قانون أو لائحة، وحكم عليه بالسجن ثلاث سنوات، وسنة مع وقف التنفيذ، وغرامة قدرها 50000 ألف يورو، وكذلك حظر ممارسة أي نشاط في قطاع الأبقار وحظر على الإدارة السماح بهذا العمل نهائياً، وأعلن الحكم بأنه مسؤولاً عن الأضرار التي لحقت بالأطراف المدنية وأمره بتعويضها. إذا:

(1) أن الأشخاص الطبيعيين الذي لم يتسببوا بشكل مباشر في الضرر، ولكنهم خلقوا أو ساهموا في خلق الوضع الذي سمح بحدوث الضرر أو الذين لم يتخذوا تدابير لمنعه، مسؤولون جنائياً إذا ثبت أنهم فعلوا ذلك انتهاكاً متعمداً بشكل واضح لالتزام معين بالرعاية أو السلامة ينص عليه القانون أو اللوائح.

إن اللائحة (CE) رقم 2002/178 تاريخ 28/يناير/2002، والتي تحدد المبادئ العامة والمتطلبات العامة لقانون الغذاء، لا سيما فيما يتعلق بسلامة الأغذية، تشكل معياراً عاماً، وهي لا تحدد التزاماً خاصاً بالحدز أو السلامة المنصوص عليها في القانون أو اللوائح. وعلى الرغم من ذلك، أعلن أن ME مذنب بارتكاب إصابات عن غير قصد، لأنه انتهك بطريقة متعمدة، وبشكل واضح التزامات الحيطة والسلامة المنصوص عليها في اللائحة (CE) رقم 2002/178، من خلال طرح منتج طعام في السوق عن عمد يحتمل أنه خطير، دون إجراء التحليلات اللازمة، وهنا تكون محكمة الاستئناف قد فشلت في تبرير قرارها.

(2) إن الأشخاص الطبيعيين الذي لم يتسببوا بشكل مباشر في الضرر، ولكنهم خلقوا أو ساهموا في خلق الوضع الذي سمح بحدوث الضرر أو الذين لم يتخذوا تدابير لمنعه، مسؤولون جنائياً إذا ثبت أنهم فعلوا ذلك انتهاكاً متعمداً بشكل واضح لالتزام خاص بالرعاية أو السلامة ينص عليه القانون أو اللوائح.

إن التنظيم بالمعنى المقصود في المادة 121-3 من القانون الجنائي، يعني أعمال السلطات الإدارية ذات الطبيعة العامة وغير الشخصية، ومن خلال الإعلان بأن المدعى عليه مذنب بارتكاب إصابات لا إرادية، بسبب أنه لم يحترم خطة الرقابة الصحية رقم 2 لشركة SEB، يستنتج منها أنه انتهك بطريقة متعمدة بشكل واضح التزامات الحيطة والسلامة المنصوص عليها في اللائحة (CE) رقم 2002/178، من خلال طرح منتج غذائي يحتمل أن يكون خطيراً عن قصد في السوق، دون إجراء التحليلات اللازمة، بعد أن نصت بدقة على

أن خطة التحكم الصحية أو الإذن الفردي لا يمكن أن يشكلا قانون أو لائحة بالمعنى المقصود في المادة 3-121 من قانون العقوبات.
وهنا تكون محكمة الاستئناف قد عرضت قرارها للنقض.

أكدت محكمة الاستئناف في ردها على هذه الدفوع بأن الحكم في تهم جرائم الإصابات غير الإرادية التي تسبب في عجز كلي عن العمل لأكثر من ثلاثة أشهر وعجز كلي عن العمل لمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر، كما ينص الحكم المطعون فيه، نص على أنه ينبغي تحديد ما إذا كان المتهم قد انتهك بشكل واضح عن عمد التزاماً معيناً بالحدز أو الأمن المنصوص عليه في القانون أو اللوائح، كأى قرار إداري ذي طبيعة عامة وغير شخصي، والذي لا يمكن أن يكون هو الحال مع خطة الرقابة الصحية (PMS) أو الإذن الفردي.

وتحقيقاً لهذه الغاية، لاحظ القضاة أنه فيما يتعلق باللحوم المفرومة، فإن اللائحة (CE) رقم 2004/853 للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي الصادرة في 29/أبريل/2004 تنص على أن المواد الأولية لا يمكن أن تأتي إلا من مصانع التقطيع المعتمدة. وهي تحدد أن الموافقة الصادرة عن مديرية التماسك الاجتماعي وحماية السكان تفترض أن المحترف قد أجرى فحوصات مطابقة للمنتجات التي يتلقاها والتي يقوم بتصنيعها المحددة في خطة الرقابة الصحية (PMS)، التي ينبغي أن تأخذ بعين الاعتبار المخاطر المرتبطة بالتلوث ببكتيريا E-coli وببكتيريا E-coli 0157H7 والموافق عليها من قبل الإدارة.

بعد التذكير بالمبادئ المحددة في لائحة (CE) رقم 2002/178 للبرلمان الأوروبي والمجلس تاريخ 28/كانون الثاني/2002، وبالإضافة إلى أن الالتزام بخطة الرقابة الصحية (PMS) هي عنصر أساسي للمؤسسات الغذائية في تجارة الأغذية، ولا سيما في تصنيع اللحوم المفرومة المجمدة، وأنه في 11/مايو/2011، لم يتم احترام PMS2 المصادق عليه من قبل الإدارة، ولم يتم إجراء تحليل للمواد الأولية، ولم يتم إجراء تحليل E-coli 0157H7 للمنتجات النهائية. في حين كان من الضروري إجراءها بعد اكتشافها، في جزء من هذه المنتجات، معدل مقلق قدره 770/جم من E-coli الكلاسيكي.

وخلصت محكمة الاستئناف أنه من خلال طرح منتج غذائي في السوق يحتمل أن يكون خطيراً في السوق دون إجراء التحليلات اللازمة، فإن المدعى عليه يكون قد انتهك بشكل

واضح التزامات الحيطة والسلامة المنصوص عليها في لائحة (CE) رقم 2002/178 للبرلمان الأوروبي والمجلس تاريخ 28/كانون الثاني/2002. وبذلك يكون حكم محكمة الاستئناف مبرر لهذه الجهة.

في الواقع، تتشكل التزامات خاصة بالحيطة والأمان منصوص عليها في المواد 14 و17 و19 من لائحة (CE) رقم 2002/178 للبرلمان الأوروبي والمجلس تاريخ 28/كانون الثاني/2002، خصوصاً عندما يكون الطعام خطير في جزء من الكثير أو في حمولة طعام من نفس الفئة أو مطابقة لنفس الوصف، حيث أنه من المفترض أن جميع الأطعمة الموجودة في تلك الدفعة أو الحمولة تعتبر أيضاً خطرة، إذا أظهر التقييم التفصيلي أنه لا يوجد دليل على أن بقية الدفعة أو الحمولة تشكل خطورة، ومن ناحية أخرى، في مثل هذه الحالة، يجب على المشغل سحب الطعام من السوق، وأخيراً يجب أن يضمن مشغلو قطاع الأغذية، في جميع مراحل الإنتاج والتجهيز والتوزيع في الشركات الخاضعة لسيطرتهم، أن يتوافق الغذاء أو العلف مع متطلبات التشريعات الغذائية الواجبة التطبيق على هذه النشاطات، والتأكد من احترام هذه المتطلبات.

وبالتالي ينبغي استبعاد الطعن بالنقض لهذه الجهة.
بالنسبة للدفع الثالث:

جاء في الطعن أنه تم انتهاك المادة 1382 من القانون المدني، في صياغته السابقة للأمر رقم 2016-131 تاريخ 10/شباط/2016، 1-388، في صياغته السابقة للقانون رقم 2011-94 تاريخ 25/كانون الثاني/2011، 512 و593 من قانون الإجراءات الجنائية، ولغياب الدافع وعدم وجود أساس قانوني.

الدفع انتقد الحكم المطعون فيه لجهة أنه أعلن عدم قبول تورط شركة CHUBB European Group SE، وبالتالي، اتهام السيد ST. بصفته وكيل التصفية ل SociétéEconomiqueBragarde، في حين أن الشخص الاعتباري مسؤول عن الأخطاء التي ترتكبها أجهزته، ويتوجب عليها تعويض الضحية.

وأنه قبل جلسة الاستماع في المحكمة الجنائية بشأن القتل أو الإصابة غير المقصودة، يجوز لشركة تأمين المدعى عليه أو الشخص المسؤول التدخل أو استجوابه بصفته مؤمناً للمسؤولية.

أنه من خلال إعلان عدم قبول تحميل المسؤولية الضمنية لشركة CHUBB European Group SE وبالتبعية السيد T، بصفته وكيل مصرفي في التصفية القضائية لشركة Bagarde الاقتصادية (SEB)، لأسباب مفادها أن هذا الأخير لم يستمر، وأن مدير أعماله فقط..ME تم تحذيره من جريمة الإصابات غير الإرادية، وأن شركة CHUBB European Group SE بررت موافقتها على عقد تأمين مسؤولية المدنية فقط لشركة Bagarde الاقتصادية (SEB)، على الرغم من أن مطالبة شركة CHUBB European Group SE قبلت بأن تكون جمعية Bagarde الاقتصادية (SEB) كانت مسؤولية مدنية عن الأضرار التي سببها ME.

وهنا تكون محكمة الاستئناف قد عرضت حكمها للنقض.

ردت المحكمة الاستئناف بأن المتهم ليس له صفة للطعن في إبراء ذمة المؤمن للشخص الاعتباري الذي يديره، وبالتالي، تبرئة وكيل مصرفي الشخص الاعتباري المذكور. لذلك فإن الدفع غير مقبول.

من جهة أخرى، الحكم منظم من الناحية الشكلية،

لكل هذه الأسباب فإن المحكمة رفضت الطعن.

وأكدت الحكم على السيد ME بدفع مبلغ 2500 يورو لشركة CHUBB سنداً لأحكام المادة 1-618 من قانون الإجراءات الجنائية، وأكدت الحكم على السيد ME بدفع مبلغ 2500 يورو إلى UFC Que Choisir سنداً لأحكام المادة 1-618 من قانون الإجراءات الجنائية، وأكدت الحكم على السيد ME بدفع مبلغ 2500 يورو إلى شركة LIDL سنداً لأحكام المادة 1-618 من قانون الإجراءات الجنائية، وأكدت الحكم على السيد ME بدفع مبلغ 2500 يورو إلى SCP Gattineau و Fattaccini، المحامي في المحكمة، سنداً لأحكام المادة 37 من قانون 10 /تموز/ 1991 و1-618 من قانون الإجراءات الجنائية⁽¹⁾.

(1) Arrêt n°606 du 31 mars 2020 (19-82.171) - Cour de cassation – Chambre criminelle
www.courdecassation.fr Date de visite: 1/8/2021

2- حكم محكمة النقض الفرنسية رقم 495 الصادر في 2/أيلول/2020- الغرفة التجارية والمالية والاقتصادية

ادعى الاتحاد الوطني لأصحاب الفنادق والمطاعم ومتعهدي تقديم الطعام (Synhorcat) على السيدة S..T

بأنها تمارس بيع الكحول بصورة غير قانونية، وقد جاء في حكم محكمة النقض الفرنسية - الغرفة التجارية والمالية والاقتصادية رقم 495 الصادر في 2/ أيلول /2020أنه: "يتضح من الجمع بين المادتين 1-3331 و2-3331 من قانون الصحة العامة أن بيع المشروبات الكحولية مسموح به فقط لحاملي أحد التراخيص التي يقدمونها.

وعليه فإن ممارسة الفرد تقديم المشروبات الكحولية أثناء الوجبات المدفوعة، والتي يتم إعدادها وتقديمها في منزله للعملاء المسجلين من خلال منصة رقمية، يشكل مخالفة واضحة للقانون، طالما أنه ليس حائزا على التراخيص المنصوص عليها في هذه النصوص.

- في الوقائع والإجراءات: وفقا للحكم المطعون فيه (باريس، 5 أيلول2018)، تبين أن السيدة T عرضت على منصة التبادل الرقمي، المنظمة في منزلها، وجبات تعدها مقابل دفع مبلغ معين، فتقدم الاتحاد الوطني لأصحاب الفنادق والمطاعم ومتعهدي تقديم الطعام جمعية الدفاع عن المصالح الاقتصادية والمادية والمعنوية للفنادق والمطاعم والمقاهي والمؤسسات التي تنتمي عادة إلى هذا الفرع، وكذلك الأعمال ذات الصلة بشكوى بحقها.

وبناء على محضر نظم في منزل السيدة T من قبل مأمور قضائي، تبين أن الأعمال كانت تتم من خلال منصة رقمية، أو تقديم، بأي شكل من الأشكال، خدمات تقديم الطعام بصورة مخالفة للأحكام القانونية والتنظيمية، ولا سيما التشريعات المتعلقة بتقديم الكحول. وكذلك التشريعات المتعلقة بحظر التدخين في الأماكن العامة، والتي تم التعبير عنها بأنها: "حزمة النظافة" الواردة في لوائح البرلمان الأوروبي والمجلس (EC) رقم 178/2002 تاريخ 28/كانون الثاني/2002، رقم 2004/852 ورقم 853/2004 تاريخ 29/نيسان/2004.

وقد انتقد (Synhorcat) الحكم لرفض طلباته، وقد جاء في دفعه بسبب:

1) أنه يحصل اضطراب غير قانوني واضح، عندما يقوم فرد، بعرض مقابل أجر، يتجاوز المشاركة البسيطة بالتكاليف المتكبدة لإعداد وجبة في منزل شخص، خارج إطار

الأسرة أو البيئة الودية، وبدون احترام لوائح النظام العام المخصصة لحماية الصحة العامة الواجبة التطبيق على مؤسسات تقديم الطعام والشراب.

وأنة في الحالة الحالية، ثبت أن السيدة T تقدم بانتظام من خلال منصة رقمية، ومقابل أجر يتجاوز المشاركة البسيطة في التكاليف المتكبدة، خدمة تقديم الطعام مع المشروبات الكحولية، في حين أنه من غير المؤكد الإلتزام بأحكام النظام العام لحماية الصحة العامة الواجبة التطبيق، على الرغم من الأجر الثابت الذي يتم الاستحصال عليه نتيجة تقديم خدمة الطعام مع المشروبات الكحولية التي تعرض بشكل منتظم على المنصات الرقمية، وبذلك تكون محكمة الاستئناف انتهكت المواد 12 و 873 من قانون الإجراءات المدنية مضاف إليها المواد 2-3331 من قانون الصحة العامة، والقواعد الأوروبية CE رقم 2002/178، 2004/852 و 2004/853.

(2) أنه في جميع الأحوال، إن تقديم الطعام مع المشروبات الكحولية مقابل أجر يتجاوز المشاركة البسيطة في التكاليف المتكبدة هو من أجل الربح، وبالتالي، فإن القول أن هذه الأفعال: "غير هادفة للربح" ليست مبررة، حيث أن ممارسة السيدة T نشاطا مهنيا، دون التحقيق فيما إذا كان الأجر الذي تطلبه، والذي يتراوح بين (96 يورو و 132 يورو للفرد) لا يتجاوز المساهمة البسيطة في تكاليف الوجبات المطلوبة مع المشروبات الكحولية. وبالتالي تكون محكمة الاستئناف قد افتقرت في حكمها للأساس القانوني فيما يتعلق بإعمال المواد 873 من قانون الإجراءات المدنية، إلى جانب المواد 2-3331 وما يليها من قانون الصحة العامة.

(3) إن اللوائح الأوروبية التي تحدد المبادئ العامة والمتطلبات العامة لقانون الغذاء، وإنشاء الهيئة الأوروبية لسلامة الأغذية، وتحديد الإجراءات المتعلقة بسلامة المواد الغذائية تنطبق على جميع مراحل الإنتاج، من تصنيع المواد الغذائية إلى توزيعها، والأعلاف الحيوانية، لا تنطبق على الإنتاج الأولي المخصص للاستخدام المنزلي الخاص، ولا على التحضير للمواد الغذائية، ومناولتها، وتخزينها للاستهلاك المحلي الخاص. وفي هذه الحالة، من المقبول عرض المدعى عليه بانتظام على منصات رقمية متخصصة خدمة تقديم الطعام مقابل أجر دون احترام قواعد الصحة والسلامة العامة التي تفرضها التشريعات الأوروبية.

وعليه فإن رفض التحقيق فيما إذا كانت الخدمة التي قدمها المدعى عليه لا تتجاوز إطار الاستخدام المنزلي الخاص، تكون محكمة الاستئناف قد افتقدت إلى الأساس القانوني بالنظر إلى المادتين 12 و873 من قانون الإجراءات المدنية واللوائح الأوروبية EC رقم 2002/178 و2004/852 و2004/853.

ردت محكمة الاستئناف على هذه الدفوع بما يلي:

بعد التذكير بأن الإضطراب غير القانوني الواضح المشار إليه في المادة 873 من قانون الإجراءات المدنية يعني أي اضطراب ناتج عن حقيقة مادية أو قانونية تشكل، بشكل مباشر وغير مباشر، انتهاكا واضحا لقاعدة قانونية.

إن الحكم ينص على أن اللوائح الأوروبية EC رقم 2002/178 تاريخ 28/كانون الثاني/ 2002 و2004/852 و2004/853 تاريخ 29/نيسان/2004 التي تنص على أن: "قواعد المجتمع لا ينبغي أن تنطبق على الإنتاج الأولي المخصص للاستخدام المنزلي الخاص، ولا على التحضير المحلي للأغذية ومناولتها وتخزينها للاستهلاك الخاص"، علاوة على ذلك، " لا ينبغي تطبيقها إلا على الشركات التي يفترض في مفهومها الإستمرارية ودرجة معينة من التنظيم"

وبعد أن لاحظت المحكمة بأن السيدة T ليست تاجرة، ولم يثبت أنها نظمت العشاء المعني من أجل الربح، وأنها تقوم بنشاط مهني لا علاقة له بالمطعم، ولا يوجد به أي نشاط بالمعنى المقصود في الأحكام التي تم الاستشهاد بها، ونظراً لأن وجبات العشاء أقيمت في منزلها، فإن الحكم نص على أن العمل الذي قامت به السيدة T لا يمكن تكييفه بأنه نشاط تموين تجاري يندرج بوضوح ضمن اللائحة الوطنية المطبقة على هذه المسألة، وأيضاً على التشريعات الأوروبية.

ووفقاً لهذه البيانات والنتائج والتقييمات، التي يستنتج منها بأنه لم يتم إثبات أن النشاط العرضي والمحدود وغير المهني للسيدة T...، تم لحظها أمام قاضي الأمور المستعجلة التي تم الاحتجاج بها لدعم طلبات Synhorcat، لذلك فإن محكمة الاستئناف، لم يكن يتوجب عليها أن تقوم بإجراء البحث غير الفعال الذي تم التذرع به في الدفع الثالث، لذلك رفض الطلب.

وتقرر بأن الطعن لا أساس له من الصحة.

أما بالنسبة للدفع الثاني، فإن Synhorcat قدمت نفس التظلم من الحكم، فقد أشارت أن رئيس المحكمة التجارية: "يمكنه في حالة وجود نزاع جدي، أن يحدد بصورة مستعجلة تدابير تحفظية أو... إما لمنع حدوث ضرر وشيك أو لوضع حد لاضطراب غير قانوني واضح، وأنه من خلال رفض الموافقة على طلبات Synhorcat لاتخاذ تدابير مؤقتة على أساس أنه سيكون هناك شك في قابلية تطبيق القوانين التي يحتج بها المستأنف، أي بشأن انتهاك المدعى عليها الواضح، الذي يتطلب تحليل النشاط المعني وخصائصه أيضاً، كتنقيح لا يدخل في اختصاص قاضي الأمور المستعجلة، محكمة الاستئناف تجاهلت مدى صلاحيتها وانتهكت المواد 12 و873 من قانون الإجراءات المدنية.

ردت المحكمة أنه بالنظر للمادة 873 من قانون الإجراءات المدنية، والمواد 1-3331 و3331-2 من قانون الصحة العامة يمكن لرئيس محكمة التجارة في حدود اختصاصه، حتى في حالة وجود نزاع جدي، أن ينص على تدابير مستعجلة تحفظية أو علاجية ضرورية، وذلك لمنع وقوع ضرر وشيك، أو لوضع حد لاضطراب غير قانوني واضح. ويترتب على أن بيع المشروبات الروحية مسموح به فقط لحاملي أحد التراخيص.

أما بالنسبة لرفض طلب Synhorcat، الذي أثار مسألة المخالفة القانونية الواضحة الناتجة عن تقديم السيدة T...، أثناء الوجبات التي تنظمها، مشروبات كحولية دون الحصول على أي ترخيص مطعم فئة الثالثة أو رابعة، مخالفة بذلك أحكام المادتين 1-3331 و3331-2 من قانون الصحة العامة، فإن الحكم بعد أن ذكر أن هذه الأحكام تنص على أن بيع الكحول مشروط بالحصول على ترخيص، وعلى الرغم من عدم وجود شك بأن الحانات والمقاهي تندرج في فئة منشآت الشرب التي يتم تناولها في الموقع، فإنه لا ينطبق الأمر نفسه على الممارسات الأخرى التي تباع فيها المشروبات الكحولية، وعليه فإن كل شخص يقدم المشروبات لا يصبح بذلك مؤسسة للشرب، ولذلك من الضروري تحديد القانون المطبق على واقعة عملية ينبغي فحصها على ضوء عدة معايير، على سبيل المثال، الطبيعة المرحة لعرض المشروبات أو الطبيعة الخاصة للاجتماع الذي حضره الأشخاص المعنيون.

وينص الحكم كذلك على أن الأمر نفسه ينطبق على ممارسة تقديم المشروبات في نفس الوقت الذي يتطلب فيه القانون ترخيص معين، ويلاحظ بأن اللوائح المعمول بها في هذا المجال تتعلق بالمؤسسات المؤهلة كمطاعم، ولقد تطور نشاط تقديم الطعام بمرور الوقت لمراعاة عادات الأكل للعملاء.

وبناء على ما سبق، وبعد الإشارة إلى أن السيدة T ليست تاجرة، وأنه لم يتم التأكد من أنها نظمت عشاء من خلال منصة رقمية للربح، بينما، في مكان آخر، تقوم بنشاط احترافي لا علاقه له بالطعام أو الشرب وأن العشاء المتنازع عليه أقيم في منزلها، فنص الحكم على أن حفلات العشاء العرضية التي قام بها المدعى عليه والتي تم من خلالها استهلاك المشروبات الروحية، لا يسمح لقاضي الأمور المستعجلة، قاضي الأدلة، أن يكيف هذا النشاط كإطعام تجاري أو بيع بالتجزئة مشمول بالتشريع المطبق على هذه المسائل.

وبذلك عندما حكمت المحكمة أن السيدة T بمناسبة حفلات العشاء المدفوعة الأجر، المنظمة للضيوف المسجلين من خلال منصة رقمية، قدمت مشروبات كحولية دون أن تكون حاملة لأي من التراخيص المنصوص عليها في المادتين 1-3331 و 2-3331 من قانون الصحة العامة، الأمر الذي شكل خللا غير قانوني بشكل واضح، وفي هذه الحالة تكون محكمة الاستئناف قد خالفت النصوص المذكورة أعلاه.

4 لهذه الأسباب، فإن المحكمة كسرت الحكم بالنسبة لهذه النقطة، وتأكيدا للأمر، تقول بأنه لا توجد أسباب للعجلة تحت عنوان اضطراب واضح غير قانوني ناجم عن تنظيم حفلات عشاء مدفوعة الأجر بما في ذلك توريد المشروبات الكحولية، الحكم الصادر في 5 أيلول 2018، بين الأطراف، من قبل محكمة استئناف باريس، وأعدت الحكم في هذه النقطة، القضية والأطراف إلى الحالة التي كانوا فيها قبل هذا الحكم، وأحالتهم إلى محكمة الاستئناف في باريس، التي تم تشكيلها بطريقة أخرى⁽¹⁾.

(1) Arrêt n°495 du 02 septembre 2020 (18-24.863) - Cour de cassation - Chambre commerciale, financière et économique
www.courdecassation.fr Date de visite: 25/7/2021

3- حكم محكمة النقض الفرنسية رقم 1494 تاريخ 8/سبتمبر/2020 - الغرفة الجزائرية
تبين من خلال الحكم موضوع الإستئناف ومن المرافعات أنه خلال عملية فحص تم
إجراؤها على أنشطة إنتاج المأكولات البحرية، لم تتمكن شركة تربية الأحياء المائية Jaouen
من تقديم مستندات التسجيل المتعلقة بمائة وستة وثلاثين شحنة من المحار والصدفيات وبلح
البحر التي استلمتها وعالجتها بين كانون الأول/2015 وأيار/2016.
وقد تمت مقاضاتها على وجه الخصوص بسبب عدم التزامها بتأمين الطلبات المتعلقة
بالشهادات أو المستندات المطلوبة بموجب اللوائح الجماعية المذكورة في المادة R.231-42
من قانون الصيد الريفي والبحري، وعدم الالتزام بالشروط الصحية المتطلبة لنقل وتتبع المحار
المنصوص عليها في المرسوم الوزاري الصادر في 6/تشرين الثاني/2013.
وقد وجد القضاة في الدرجة الأولى أن الشركة مذنبة في هذه التهمة، وقد استأنف المدعى
عليه والنايب العام هذا القرار،

وقد جاء في اسباب الطعن في الحكم الاستئنافي الذي أيد قرار محكمة الدرجة
الأولى باعتبار شركة Jaouen Aquaculture مذنبة بنقل دفعة من المحار الحي
دون مستند تسجيل، في حين أن أي شخص مسؤول عن نقل المحار حيا يتوجب
عليه أن يصدر لكل شحنة من المحار وثيقة تسجيل مطابقة للنموذج الوارد في
الملحق، على أن يسلم أصل المستند إلى متلقي الشحنة، ويتوجب على كل منهما
أن يحتفظا بنسخة لمدة عام واحد في سجل يتم فيه أرشفة وثائق التسجيل ترتيبا
زمنيا، ويترتب على ذلك أن جريمة نقل مجموعة من المحار الحي بدون مستند
تسجيل لا يمكن تحميلها إلا ضد الشخص المسؤول عن النقل، والذي لم يصدر
هذه الوثيقة أثناء النقل، وليس ضد متلقي شحنة المحار.

وبما أن إعلان شركة Jaouen Aquaculture مذنبة بنقل مجموعة من المحار الحي
بدون وثيقة تسجيل محق، على أساس أنه: "إذا كان من واجب الصيادين بالفعل إصدار مستند،
فإنه يتعين على متلقي شحنة المحار الاحتفاظ بهذه الوثيقة لمدة عام واحد، بحيث تكون شركة
Jaouen Aquaculture غير محقة في القول بأن الصيادين الوحيدين المخطئين لأنهم سلموا
هذه المجموعات من المحار إلى الشركة دون إصدار مستندات التسجيل المطلوبة لكل عملية

تسليم، لأنه من واجب الشركة نفسها التزام بالاحتفاظ بهذه المستندات، وكان من واجبها التأكد من أن كل تسليم إلى مراكزها كان مصحوباً بمثل هذا المستند.

ومع ذلك، ونظراً لكونها ليست الشخص المسؤول عن عمليات نقل المحار، فإنه لا يمكن الحكم على شركة Aquaculture Jaouen بنقل مجموعة من المحار الحي دون وثيقة تسجيل، وفي هذه النقطة خالفت محكمة الاستئناف المواد 2-237 و 2-231 و 42-231 من قانون الصيد الريفي والبحري والمادة 2 من القرار الوزاري تاريخ 6/تشرين الثاني/2013 الذي يحدد الشروط الصحية لنقل المحار الحي وإمكانية تتبعه.

ردت المحكمة على هذا الدفع بما يلي:

بالنسبة لتأكيد الحكم، ينص الحكم موضوع الاستئناف على أنه بموجب المادة 2 من القرار الوزاري تاريخ 6/تشرين الثاني/2013 المتعلق بتصنيف ورصد وإدارة الصرف الصحي لمياه الإنتاج.

إن أي شخص مسؤول عن نقل المحار الحي يصدر لكل دفعة وثيقة تسجيل، يعطى أصلها إلى المستلم، ويحتفظ كل منهما بنسخة لمدة عام واحد في سجل يتم الاحتفاظ به ترتيباً زمنياً.

أما بالنسبة لحجة المدعى عليه، والتي تقيد بأن الصيادين الذين سلموا الشحنة دون إصدار مستندات التسجيل هم فقط المخطئين، حيث كان يتعين على صائدي المحار إصدار مستند التسجيل لدى كل تسليم، فإنه هنا يقع على عاتق المستلم مسؤولية الاحتفاظ بهذه الوثيقة لمدة عام واحد، وبالتالي التأكد من أن كل عملية تسليم مصحوبة بها. وبالتالي تكون محكمة الاستئناف قد بررت حكمها لهذه الجهة،

وفي الواقع، وفقاً للفقرة 2 من الفصل الأول، من القسم السابع من الملحق الثالث للاتحة (EC - المفوضية الأوروبية) رقم 2004/853 الصادرة عن البرلمان الأوروبي والمجلس بتاريخ 29/أبريل/2004 التي تضع قواعد النظافة المطبقة على المواد الغذائية من أصل حيواني المشار إليها في المادة 2-231 و 42-231 من قانون الصيد الريفي والبحري الذي يهدف إلى الوقاية، فإنه يجوز لمشغلي تجارة الأغذية قبول دفعات من الرخويات الحية ذات الصدفتين فقط إذا تم استيفاء كانت المتطلبات الواردة في الفقرات من 3 إلى 7، والتي تتضمن شرط أن

تكون الشحنة مصحوبة حتى وصولها بوثيقة التسجيل التي يجب الاحتفاظ بها من قبل المسلم والمستلم، وتسجيل تاريخ الاستلام عليها، لهذه الأسباب ينبغي رد الطعن بالنقض⁽¹⁾.

○ الخاتمة

• أولاً: النتائج

أتضح لنا من خلال هذه الدراسة عدة وقائع تؤثر سلباً على ضمان سلامة الغذاء، لعل أبرزها مخالفة الشروط المفروضة بموجب قانون حماية البيئة ومراسيمه التطبيقية، لا سيما مرسوم تقييم الأثر البيئي، كذلك عدم مراعاة أحكام المرسوم رقم 2366 تاريخ: 2009/06/20 (الخطة الشاملة لترتيب الأراضي) وقانون التنظيم المدني، وهذه المخالفات انعكست سلباً على جودة السلع الزراعية، والغذائية المنتجة محلياً.

كما اتضح لنا في كثير من الأحيان، أن الإدارة المختصة تتقاعص عن القيام بواجبها، هذا ناهيك عن عدم كفاءة بعض أجهزتها عن مواكبة التطور في العلوم القانونية والعلمية المتعلقة بالتشريعات البيئية وسلامة الغذاء، ولكي تكتمل سلسلة تعطيل دور الدولة عن مواكبة مهامها في تأمين توفر الغذاء، نواجه إشكالية الشغور الكبير الحاصل في الإدارات العامة المختصة، وعدم وجود تخطيط علمي يوحد جهود المراقبين الصحيين العاملين على الأراضي اللبنانية، الذين في كثير من الأحيان يعاونون من تعارض الاختصاص فيما بينها، وعدم تجهيزهم بالإمكانات الضرورية لممارسة مهامهم.

• ثانياً: التوصيات

إنطلاقاً من النتائج التي عرضنا لها أوصينا بضرورة:

- تعزيز التنسيق والتعاون بين الإدارات المختلفة المعنية بمنح تراخيص الإستثمار للمؤسسات التي تؤثر على سلامة الغذاء.

⁽¹⁾ Arrêt n°1494 du 8 septembre 2020 (19-87.252) - Cour de cassation – Chambrecriminelle
www.courdecassation.fr Date de visite: 20/7/2021

- وضع إطار تشريعي لضبط الشروط القانونية لمنح هذه التراخيص.
- معالجة الثقل في صدور التعميم والقرارات المخالفة للنصوص القانونية البيئية والغذائية.
- دمج كافة الشروط القانونية في القوانين المختلفة المتعلقة بالمؤسسة الغذائية في ملف واحد.
- ملاحقة النيابة العامة كافة الموظفين المختصين المتقاعصين عن تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بتراخيص الإستثمار إلى القضاء الجزائي، دون الحاجة إلى إذن من رئيس السلطة التنفيذية للموظف المعني.
- وضع رسم بياني لأماكن المستودعات الغذائية في كافة الأراضي اللبنانية، وإشراكه مع كافة الإدارات الرسمية المعنية بمنح هذه التراخيص ومراقبتها
- وضع خطة عملية للتعاون بين كافة القطاعات المختلفة لتغطية مستودعات المواد الغذائية العاملة في لبنان.
- تجهيز مركزية معلوماتية لرصد كافة المؤسسات الغذائية، مع بطاقة تعريف بكل مؤسسة، وكافة فروعها، ومستودعاتها، وسيرتها الذاتية التي تظهر عدد المخالفات المرتكبة من قبل المؤسسة، مع ضرورة ضمان عدم اختراق برنامج المعلومات الخاص بالمؤسسات الغذائية لعدم التلاعب ببياناته.
- التشدد في سحب رخصة الاستثمار من المؤسسات التي تتقاعص عن القيام بدورها.
- وضع خطة لتقاضي الفوضى في الإلتزام بالشروط الصحية في بعض المناطق الشعبية، لا سيما المخيمات.
- التشدد في إحالة كافة المؤسسات الغذائية التي تتقاعص عن الإلتزام بالشروط القانونية للتشريعات البيئية، ومنها شروط السلامة والصحة العامتين إلى القضاء الجزائي المختص.
- إصدار المرسوم التطبيقية للقوانين التي تؤثر على سلامة الغذاء.
- إصدار تشريع يتيح العمل بصورة متناغمة بين المراقبين الصحيين في كافة الإدارات العامة.
- تعيين المراقبين الصحيين والأطباء البيطريين عبر مجلس الخدمة المدنية حصراً.
- تدريب كافة المراقبين الصحيين، لا سيما على كشف الأساليب المتطورة للغش في تسويق السلع الغذائية.
- تأمين المعدات اللوجستية للمراقبين الصحيين لتسهيل قيامهم بالمهام الموكلة إليهم.

- إصدار قانون بإنشاء وزارة التخطيط.
- تنظيم وحفظ معاملات تراخيص الإستثمار والمسار المهني للمؤسسات الغذائية بصورة رقمية.
- منح القوة التنفيذية لتقارير المفتشين المركزيين.
- تجهيز المفتش المركزي ببرامج معلوماتية تسهل عليه الوصول للمعلومات المتعلقة بعمل المراقبين الصحيين، وكافة البيانات المتعلقة بالمؤسسات الغذائية.

• ثالثاً: المقترحات لدراسات مستقبلية

لا يسعنا في ختام هذه الدراسة إلا أن نلفت النظر إلى أننا حاولنا تسليط الضوء على أهمية العلاقة بين التشريعات البيئية والتشريعات الغذائية، إلا أنه لن نتسع هذه المقالة لتغطية كافة المواضيع التي نرغب في التعمق في بحثها، لا سيما إجراء مقارنة بين إجتهااد القضاء الفرنسي والقضاء اللبناني على صعيد تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بسلامة الغذاء، حيث أننا اكفينا بعرض لبعض أحكام الحديثة الصادرة في العام 2020 عن محكمة النقض الفرنسية، لذلك فإننا سنسعى مستقبلاً للعمل على إعداد دراسة تلاحظ هذه المقارنة، لا سيما بعد أن تبين لنا أن لبنان يسعى للالتزام بالمعايير المعتمدة من قبل الاتحاد الأوروبي، كوسيلة لتسويق السلع الغذائية التي ينتجها لبنان، تمهيداً لترحها في الأسواق الأوروبية، كما أننا نرى بأنه ينبغي التعمق أكثر في مفهوم الجريمة البيئية والإشكاليات القانونية التي تطرحها، لا سيما لجهة مفهوم الملوث البيئي والصلة السببية بين فعل الملوث والضرر البيئي، إضافة إلى مفهوم الخطأ البيئي، والأسباب العملية لعدم فعالية القانون الجنائي البيئي، وأثره على سلامة الغذاء.

الدراسة الخامسة:

سلطات القاضي الدستوري في التشريع الفلسطيني

الدكتور حسن سليم⁽¹⁾

الدكتور عبد الملك الريماوي⁽²⁾

ارتبطت تقوم سلطات القاضي الدستوري كغير من القضاة، بناءً على نصوص صريحة في القانون، وهو ما لا يثير جدلاً، غير أن المُختلف بشأنه هو حدود السلطة التقديرية القائمة على إجهاده الشخصي، والتي قد تمتد الى ما هو من غير إختصاصه، أو خارجه. ان السلطة التقديرية للقاضي الدستوري تتمثل في قيام القاضي بالبحث في مدى انسجام القانون المطعون به مع احكام الدستور شكلا ومضمونا، فاما من حيث الشكل يبحث القاضي فيما اذ كان القانون قد صدر وفق الاجراءات التي رسمها القانون ام لا، اما من حيث المضمون يبحث القاضي في مدى التزام معالجة القانون للاحكام التشريعية لمسالة ما وفق الحدود التي رسمها الدستور.

أوكل المشرع الفلسطيني مهمة الرقابة الدستورية كاختصاص أصيل للمحكمة الدستورية العليا، بالإضافة الى اختصاص الفصل في المنازعات بين السلطات، وكذلك للتحقق من عدم المس بالحقوق والحريات العامة، لتكون قراراتها نهائية وغير قابلة للطعن، وملزمة للسلطات كافة وللأفراد.

وحرصاً من المشرع الفلسطيني على إقامة القضاء الدستوري، جاء النص على تشكيل المحكمة الدستورية العليا في المادة (103) من القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة

(1) مؤسسة الرئاسة الفلسطينية.

(2) كلية الحقوق / جامعة القدس، فلسطين.

2003، كمحكمة مختصة، تتولى النظر في دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها، وأن يكون من إختصاصها الفصل بين تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، وكذلك في تفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات.

♦ أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية دراسة سلطات القاضي الدستوري في التشريع الفلسطيني من الناحيتين النظرية والعملية:

الأهمية النظرية: تتجلى الأهمية النظرية للبحث في مدى توسع سلطات القاضي الدستوري وآثارها، في ظل الانقسام السياسي والقانوني القائم، وإختلاف المرجعيات التشريعية بين المحافظات الشمالية والجنوبية، وللمهام المناطة به، من رقابة على ما يصدر من تشريعات وقرارات، والبت في مدى دستورتها.

الأهمية العملية: تتمثل في الدور المناط بالمحكمة الدستورية العليا، وما ينتظرها فلسطينياً من قضايا شائكة وعالقة، لتتظر بها وتصدر أحكامها، وما ترتب عليها من حجية وآثار على السلطات والأفراد.

♦ اهداف الدراسة:

تهدف الدراسة إلى بيان سلطات القاضي الدستوري الاصلية والتبعية والتقديرية، المستندة الى الاختصاصات التي جاء النص عليها في القانون الأساسي الفلسطيني، وفي قانون المحكمة الدستورية العليا، وكذلك وفقاً لما تم الاعتراف به للقاضي الدستوري من سلطة تقديرية في الفقه والقضاء وفقه القضاء.

♦ الإشكالية:

تتمحور إشكالية الدراسة حول سلطات القاضي الدستوري في ظل الانقسام السياسي والقانوني القائم في مدى توسع سلطات القاضي الدستوري، وفقاً للتشريعات النازمة لها، وللاجابة على الإشكالية، تم تقسيم الدراسة الى مبحثين أساسيين، طبيعة سلطات القاضي

الدستوري (المبحث الأول)، نظام سلطات القاضي الدستوري (المبحث الثاني) تسبقهما المقدمة، فضلاً عن الخاتمة والنتائج والتوصيات في النهاية.

○ المبحث الاول: طبيعة سلطات القاضي الدستوري

تعود الخصوصية لسلطات القاضي الدستوري من حيث الطبيعة والنظام الخاص بها للدور الذي يقوم به القاضي الدستوري، وللمهمة المناطة به بحماية أحكام الدستور، وحقوق ومصالح الأفراد، وتنظيم العلاقة بين مختلف مكونات المجتمع بما فيها سلطات الدولة، وحماية مبدأ الفصل بين السلطات على أساس مبدأ إحترام أحكام الدستور، وعدم تجاوز التشريعات لأحكامه امتثالاً للشرعية الدستورية.

ولأهمية وظيفة القضاء الدستوري، وما لمست المجتمعات من فوائد عادت على حقوق أفرادها واستقرار أنظمتها، جاء القضاء الدستوري لضمان التطبيق السليم للقانون، ولإمتثال التشريعات لأحكام الدستور، من خلال احترام مبدأ التسلسل الهرمي للقواعد القانونية، ضماناً للشرعية الدستورية⁽¹⁾، ومن خلال هذا البحث يتعرض الباحثان بالدراسة والتحليل لسلطات القاضي الدستوري، ممثلة بالسلطة الأصلية للقاضي الدستوري (المطلب الاول)، والسلطة التبعية للقاضي الدستوري (المطلب الثاني)

• المطلب الأول: السلطة الأصلية للقاضي الدستوري

جاء النص من قبل المشرع الفلسطيني على سلطات القاضي الدستوري في متن القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لعام 2003، وذلك حرصاً منه على حماية اختصاصاته، ووظيفته الرئيسية في حماية أحكام الدستور من أي تجاوز، أو مخالفة من قبل التشريعات أو الأعمال، محيلاً للقانون ليبين اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، والإجراءات الواجب إتباعها، والآثار المترتبة على أحكامها.

(1) نسرين طلبه، الرقابة على دستورية القوانين، رسالة دكتوراه- جامعة دمشق، مجلة دمشق للعلوم الاقتصادية والاجتماعية، مجلد رقم 27، العدد 1، لسنة 2001، ص.492.

وقد جاء إصدار قانون المحكمة الدستورية العليا لعام 2006، ليؤكد على ما ورد من سلطات مستمدة من الاختصاصات المحددة بالقانون الأساسي الفلسطيني مبيناً في الباب الثاني تحت عنوان الاختصاصات⁽¹⁾. وبالنظر للاختصاصات المبينة للمحكمة الدستورية العليا وما أنتجت من سلطات للقاضي الدستوري، يتضح أنه يغلب عليها سمة التوسع، حيث شملت اختصاص الرقابة الدستورية على التشريعات، وغيرها من الاختصاصات كالتفسير، وهذا ما سيوضح من خلال دراسة هذه السلطات المنصوص عليها في القانون الأساسي وقانون المحكمة الدستورية العليا.

■ الفرع الأول: السلطة المستمدة من اختصاص الرقابة الدستورية

منح المشرع الفلسطيني القاضي الدستوري وفقاً لما نص عليه القانون الأساسي سلطة الرقابة على دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها⁽²⁾، وجاء بالنص في باب الاختصاصات والإجراءات من قانون المحكمة الدستورية العليا: أن المحكمة تختص دون غيرها بالرقابة على دستورية القوانين والأنظمة⁽³⁾، والتي بموجبها يؤكد أخذ المشرع بنظام الرقابة القضائية المركزية، عندما قصر إختصاص الرقابة الدستورية على المحكمة الدستورية العليا، سواء كان الأمر متعلقاً بالمخالفات الشكلية للإجراءات المقررة في القانون الأساسي أو بالمخالفات الموضوعية لأحكامه. ومن خلال ما جاء التنصيص عليه يتضح أن المشرع قد أبقى قائمة ما يمكن أن يرد تحت سلطة الرقابة الدستورية مفتوحة، بإيراد كلمة "وغيرها"، عندما جاء بالنص "تشكل محكمة دستورية عليا بقانون وتتولى النظر في دستورية القوانين واللوائح أو النظم وغيرها"⁽⁴⁾، دون أن يغلق باب الاختصاصات أو يحصرها.

(1) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة، 2006، المادة (24)، تختص المحكمة الدستورية العليا دون غيرها بما يلي 1. الرقابة على دستورية القوانين والأنظمة. 2. تفسير نصوص القانون الأساسي والقوانين في حال التنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها وإختصاصاتها. 3. الفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي، 4. الفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر أحدهما من جهة قضائية، أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها

(2) القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المادة (103)

(3) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (24)

(4) القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المادة (103/أ)

وفي ذلك نرى أن جعل باب ولاية المحكمة الدستورية العليا مشرعاً، فيما يمكن إيرادها من إختصاصات، توسعاً غير مبرر، لكونه يفسح المجال أمام إمكانية تغول السلطة التنفيذية، لمنح المحكمة الدستورية العليا سلطات واسعة، ولا سيما إذا ما كان صدور القانون بتعديل نصوصها في غير أدوار إنعقاد المجلس التشريعي، وكذلك الأمر بالنسبة للسلطة التشريعية، لتعديل اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، إذا كانت فيها الأغلبية من لون سياسي واحد، مع السلطة التنفيذية، وأرادت تغيير مسار عمل المحكمة الدستورية العليا بما يخدم مصالحها، إستناداً الى رخصة التوسع الممنوحة في نص القانون الأساسي.

يتضح أيضاً من خلال ما يخضع لسلطة الرقابة الدستورية، وفقاً لما نص عليه القانون الأساسي، القوانين واللوائح، والتي ساوى المشرع فيما بينها، دون أن يأخذ بعين الاعتبار التراتبية والتدرج المنطقي للقواعد القانونية، كما هو في أغلب تشريعات الدول بأن تكون: الدستور، المعاهدات الدولية، القوانين التنظيمية، القوانين العادية، المراسيم بقوانين، ثم اللوائح والقرارات، ومن الملاحظ أيضاً، أنه عندما جاء على تفصيل ما يرد من أعمال تخضع للرقابة الدستورية في قانون المحكمة الدستورية، لم يأت على ذكر المعاهدات الدولية، الأمر الذي يشكل ثغرة في قانون المحكمة الدستورية العليا تستوجب المعالجة⁽¹⁾.

ولكل ما سلف بيانه، فإن خصوصية وظيفة المحكمة الدستورية العليا وحساسية عملها وآثار أحكامها على إستقرار أركان الدولة والمجتمع والعلاقة بين السلطات، تجعل الأهمية كبيرة لعدم ترك تحديد اختصاصات المحكمة الدستورية العليا للقانون، ليضيف إليها ما يشاء، وكان من الأفضل تحديدها حصراً في نصوص القانون الأساسي شأنها شأن باقي السلطات، بدلاً من منح الرخصة للقانون الناظم لعمل المحكمة الدستورية العليا ليكون التوسع في اختصاصاتها، مع الإشارة الى أنها جاءت ابتداءً موسعة في القانون الأساسي.

■ الفرع الثاني: السلطة المستمدة من اختصاص تفسير النصوص الدستورية والتشريعات وفقاً للاختصاص الثاني للمحكمة الدستورية العليا المبين في القانون الأساسي تقوم سلطة القاضي الدستوري بتفسير نصوص القانون الأساسي والتشريعات، في حال حدوث جدل بشأن

(1) محمد الحاج قاسم، محمد الحاج قاسم، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين، مجلة العدالة والقانون، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء - مساواة، عدد(8)، ص. 244-245

ما هو المراد منها، وما هي مقاصدها⁽¹⁾. بالطبع لا يثور الخلاف بشأن منح المشرع في متن القانون الأساسي الاختصاص بالتفسير للتشريعات، لكون القاضي الدستوري سيلجأ حتماً لما ورد من نصوص في القانون الأساسي للتفسير، والولوج في بواطنها لاستنتاج المصلحة المراد منها، لكن ما يثير الخلاف هو المتعلق باختصاص تفسير نصوص القانون الأساسي، للاعتقاد أن الأمر ليس من السهولة القيام به، وذلك لحاجة التفسير إلى تقمص شخصية واضعي الدستور، والتحقق من ماذا كانت مقاصده من النصوص.

ونشير هنا إلى رأي يفيد بأن منح اختصاص تفسير نصوص القانون الأساسي للمحكمة الدستورية العليا فيه إقبال على كاهلها، وبأنه اختصاص لم يرد في أغلب قوانين المحاكم الدستورية في مختلف الأنظمة السياسية، ويقتصر اختصاص التفسير على نصوص القوانين، الصادرة عن السلطة التشريعية والقرارات بقانون الصادرة عن رئيس الدولة، في حال ثار خلاف بشأن تطبيقها وتستوجب التفسير، ويرى أن تحميل اختصاص تفسير نصوص القانون الأساسي فيما يختص باختصاصات السلطات الثلاث، إنما فيه إقبال على المحكمة الدستورية، وأن المقبول فقط هو الإبقاء على التفسير فيما يخص الحقوق والواجبات للسلطات الثلاث⁽²⁾.

منح المشرع للقاضي الدستوري سلطة تفسير نصوص القانون الأساسي والنصوص التشريعية، بناءً على الاختصاص الذي أورده في القانون الأساسي⁽³⁾، وفي قانون المحكمة الدستورية العليا⁽⁴⁾، قد حدد أصحاب الحق بالتقدم بطلب التفسير برئيس السلطة الوطنية، أو رئيس مجلس الوزراء، أو رئيس المجلس التشريعي، أو رئيس مجلس القضاء الأعلى، أو ممن أنتهكت حقوقهم الدستورية، وكذلك الإجراءات الواجب إتباعها لتقديم طلب التفسير، وما يشترط بطلب التفسير، بأن يكون النص التشريعي مثار خلاف خلاف في التطبيق يستدعي تفسيره تحقيقاً لوحدة تطبيقه⁽⁵⁾.

(1) القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المادة (103/ب)

(2) محمد الحاج قاسم، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين مرجع سابق، ص، 251-253

(3) القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المادة (103)

(4) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006، المادة (2/24)

(5) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (30)

اختلف الفقه بشأن سلطة القاضي الدستوري بالتفسير، بين رأي يفيد أنه لا يجب أن يخرج القاضي الدستوري وهو يمارسه عن مقاصد المشرع الحقيقية، وليس ما يتوهمه أو يفترضه، كما لا يجوز للقاضي الدستوري حمل النصوص على غير مقاصدها، وإلا كان تفسيره تشويهاً للنص، أو تحايلاً عليه⁽¹⁾، فسلطة القاضي الدستوري لم تكن مُشرعة بل جاءت مُقيدة بعدم الخروج عن نطاق ولايتها التفسيرية، بأن لا تتعدى البت في أمور غير معروضة في طلب التفسير، أو إزالة الغموض عن النص التشريعي مثار الخلاف في التطبيق، دون أن يتم التدخل في تفاصيل المسألة المعروضة أمامها، أو البحث في أسانيد لترجيح موقف على حساب آخر، إلزاماً منها بأن دورها بالتفسير لقاعدة قانونية مجردة، لا يجب أن تتغير صفتها.

بالتطبيق العملي ومن خلال القضية التي نظرتها المحكمة الدستورية العليا، بشأن الطلب المقدم من وزير العدل⁽²⁾، لتفسير المادتين (18، 20) من قانون السلطة القضائية الفلسطينية، نجد أن المحكمة الدستورية العليا قد قبلت طلب التفسير للمواد المشار إليها، دون وجود غموض يستدعي التفسير، لوضوح النصوص ووضوح الشمس، وبشكل لا يقبل التأويل، كما تضمن نص الحكم دفاعاً عن قرار إداري لما تكن المحكمة الدستورية العليا مضطرة له وهي تقدم التفسير، حيث أن ذلك ليس من واجبها ولا من إختصاصها.

تطرقت المحكمة الدستورية العليا في ذات القضية الى أمر غير معروض عليها، وهو المتعلق بالحكم الصادر من المحكمة العليا رقم (2015/130)، بشأن إلغاء تعيين رئيس مجلس القضاء الأعلى، بل طالبت بإعدامه، وهذا ما كان مستغرباً، حيث ما كان عليها أن تدخل في هذا المسار، سواء كان ذلك بالبحث عن حجج للدفاع عن قرار إداري، أو أن تستدعي أموراً غير معروضة عليها.

وبشأن ترك نطاق ولاية المحكمة الدستورية العليا مشرعاً، كانت المحكمة الدستورية العليا المصرية قد قضت بأنه "تتحدد مضامين النصوص القانونية على ضوء ولايتها في مجال تفسيرها تفسيراً تشريعياً، فذلك حملاً على المعنى المقصود منها ابتداءً، ضماناً لوحدتها تطبيقها، ودون

(1) شاكر راضي شاكر، اختصاص القاضي الدستوري بالتفسير، القاهرة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 2005، ص.

159-158

(2) القضية رقم (1) لسنة (1) قضائية تفسير دستوري الصادر بتاريخ 2016/9/18، الجريدة الرسمية (الوقائع)، العدد

ممتاز (12)، الصادر بتاريخ 2016/9/26، ص 2-6.

إقحام "عناصر جديدة" على القاعدة القانونية التي تفسرها بما يغير من محتواها الحق، أو يلبسها غير الصورة التي أفرغها المشرع فيها، أو يردها إلى غير الدائرة التي قصد أن تعمل في نطاقها، بل يكون قرارها بتفسير تلك النصوص كاشفاً عن حقيقتها، معتصماً بجوهرها مندمجاً فيها⁽¹⁾.

■ الفرع الثالث: السلطة المستمدة من اختصاص الفصل في تنازع الاختصاص

تقوم للقاضي الدستوري السلطة المستمدة من الإختصاص بالفصل في تنازع الاختصاص بين الجهات القضائية وبين الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي⁽²⁾، وهو ذات الإختصاص الذي تم التأكيد عليه في قانون المحكمة الدستورية العليا⁽³⁾.

إن التنازع في الاختصاص الذي تقوم له سلطة الفصل للقاضي الدستوري، لا يكون إلا إذا كان بين جهات قضائية وبين جهات إدارية ذات إختصاص قضائي، تدعي كل منها أن النزاع المثار هو من إختصاصها، ولا تتخلى أي منها عن نظرها، وهو ما يُعرف بالتنازع الإيجابي، أو أن تمتنع كلا الجهتين عن النظر في الموضوع بحجة عدم الاختصاص، وهو ما يُعرف بالتنازع السلبي⁽⁴⁾.

يُفهم من خلال النص المتعلق بتنازع الإختصاص، أن الدعوى حتى يتم قبولها موضوعاً يجب توفر الشروط الشكلية فيها، حتى تكون من ضمن تصنيفات الدعاوى التي تنظرها المحكمة الدستورية العليا، وهي:

1. أن تكون الدعوى مرفوعة أمام جهتين من جهات القضاء، أو أمام الجهة القضائية والجهة الإدارية ذات الاختصاص القضائي، بمعنى أنه حتى يكون هناك تنازع إختصاص، يجب أن يكون النزاع إيجابياً أو سلبياً أمام جهتين من جهات القضاء، أو الهيئات ذات الإختصاص القضائي، وليس أمام جهة واحدة، لأننا نكون حينها أمام دعوى واحدة.

(1) الحكم رقم (1) لسنة 17 قضائية تفسير، جلسة رقم (1995/7/3)، الجزء السابع، ص 819، ورد في تعليق المستشار د. عبد العزيز سالم، تعليق على حكم المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (1) لسنة 1 قضائية، المركز الفلسطيني لاستقلال المحاماة والقضاء، عدد خاص، (50)، 2016.

(2) القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المادة (103/1 ج)

(3) قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006، المادة (3/24)

(4) محمد نصر الدين كامل، اختصاص المحكمة الدستورية العليا، عالم الكتب، القاهرة، 1989، ص. 376-378

2. أن تقضي كلا الجهتين المرفوعة أمامهما الدعوى بإختصاصهما في الدعوى.
3. أن يُرفع الموضوع الواحد أمام جهتين من جهات القضاء، أو الجهات الإدارية ذات الاختصاص القضائي.
4. أن يكون إتحاد في الموضوع والخصوم في الدعويين محل التنازع، حيث أن إختلاف الدعويان في الموضوع، أو في الخصوم يجعل الدعوى غير مقبولة.
5. أن لا يكون قد صدر في موضوع التنازع حكماً عن المحكمة الدستورية العليا، ذلك أن الأحكام الصادرة عنها قطعية ولا تقبل الطعن عليها.
6. أن تقضي المحكمتان المختلفتان وظيفياً، بإختصاصهما نظر الدعوى، أو بعدم الإختصاص بنظرها.
- ولم يشترط القانون لقبول دعوى التنازع حول الاختصاص الوظيفي، أن يكون الحكمان الصادران بالإختصاص أو بعدمه نهائيين.
- إن ما يتطلب الرعاية من قبل المشرع في نصه على هذا الاختصاص في المادة (24) في قانون المحكمة الدستورية العليا، بأن يزيل عنه الغموض ولا يدعه ناقصاً، بأن يحدد الجهة المختصة من بين جهات القضاء أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي، في حال رُفعت الدعوى عن موضوع واحد أمام جهتين منها، ولم تتخل إحداها عن نظرها، أو تخلت كلتاها عنها⁽¹⁾.
- إن ما كان ملفتاً هو ما ورد في نص المادة (24)، بأن المشرع قد ساوى بين الجهات القضائية وبين الجهات ذات الاختصاص القضائي، ومن ثم تصور النزاع فيما بينها، مما يثير السؤال: كيف تتنازع جهة قضائية مع جهة ليست بذات الوزن؟ حيث أن قراراتها وإن كانت تحمل الجهة المصدرة لها صفة القضائية، إلا أنها تبقى جهات إدارية، وغير مُتصور ولا يستقيم تنازع الهيئات ذات الاختصاص القضائي، وهي الأصل، مع جهة إدارية ذات اختصاص قضائي، فكيف يستقيم تنازع الأصل مع التابع في الاختصاص؟

(1) محمد الحاج قاسم، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين مرجع سابق، ص. 258-259

■ الفرع الرابع: السلطة المستمدة من اختصاص الفصل في النزاع بين الأحكام المتناقضة

جاء النص على سلطة القاضي الدستوري بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ الأحكام المتناقضة، بأنه تختص المحكمة دون غيرها بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين صادر احدهما من جهة قضائية أو جهة ذات اختصاص قضائي والآخر من جهة أخرى منها⁽¹⁾، دون أن يرد هذا الاختصاص في القانون الأساسي، والتي تمتد بموجبه سلطة القاضي الدستوري ليس فقط في حال النزاع فيما بين السلطات الثلاث في حال الاختلاف، أو التناقض، وإنما أيضاً بين الأحكام الصادرة عن السلطة الواحدة.

يُستفاد من النص الوارد في قانون المحكمة الدستورية العليا، أنه حتى تقوم سلطة القاضي الدستوري هذا الاختصاص بالفصل في النزاع الذي يقوم بشأن تنفيذ حكمين نهائيين متناقضين، فإنه يجب توفر أربعة شروط، وهي:⁽²⁾

1. أن يقوم النزاع أمام جهتين من الجهات القضائية أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي.
2. أن يكون التناقض مع غير حكم من الأحكام الصادرة عن جهة قضائية أو عن جهة ذات اختصاص قضائي.
3. أن يكون الحكمان قد حسم النزاع في موضوعه بشكل نهائي.
4. أن يكون الحكمان متناقضين تناقضاً من شأنه أن يجعل تنفيذهما معاً متعذراً.

ووفق هذا الاختصاص، فإن دور القاضي الدستوري يقتصر على تبيان الحكم الواجب الأخذ به، إعمالاً على أنه صادر عن المحكمة المختصة، ولها الولاية بالحكم في الدعوى، بعد أن يكون قد تم إتباع الإجراءات الواجبة أصولاً، بدءاً بتقديم الطلب موضوع النزاع وجهات القضاء التي نظرت، وما إتخذته كل منها في شأنه، ويترتب على تقديم الطلب وقف الدعوى المتعلقة به حتى الفصل فيه، مع وجوب إرفاق صورة رسمية من الحكمين اللذين وقع في شأنهما التنازع، وإلا كان الطلب غير مقبول⁽³⁾.

(1) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006، المادة (24)

(2) محمد الحاج قاسم، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين مرجع سابق، ص. 260

(3) قانون المحكمة الدستورية الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (29)

إن الفصل في هذا التنازع يكون عن طريق بيان أي الحكيم صدر عن محكمة مختصة، دون التعرض لما قضى به الحكم من حيث الموضوع، أو من حيث صحته الشكلية، ودون المفاصلة بين الحكيم، ويترتب على صدور الحكم بذلك زوال أمر وقف التنفيذ الصادر من رئيس المحكمة، وسقوط الحكم الصادر من الجهة التي حُكم بعدم ولايتها⁽¹⁾.

■ الفرع الخامس: السلطة المستمدة من اختصاص البت في الطعن بفقدان الرئيس للأهلية القانونية

نص قانون المحكمة الدستورية العليا في المادة (5/24) على أن المحكمة الدستورية دون غيرها، تختص بالبت في الطعن بفقدان الرئيس للأهلية القانونية، وذلك وفقاً لأحكام البند (1/ج) من المادة (37) من القانون الأساسي المعدل لسنة 2003م، ويعتبر قرارها نافذاً من تاريخ مصادقة المجلس التشريعي عليه بأغلبية ثلثي عدد أعضائه.⁽²⁾ الأمر الذي يعتبر بدون شك تعبيراً عن الثقة برأي القضاء الدستوري، لتبت في أهلية رأس النظام السياسي، وهو أمر نادر الحدوث في التشريع المقارن.

غير أن ما ورد النص عليه بالاختصاص بالبت في الطعن في أهلية الرئيس القانونية جاء غير واضح، فيما يخص الطعن المذكور، بل يتناقض مع طبيعة الأحكام الدستورية التي تمتاز بالقطعية النهائية غير القابلة للطعن، كما يثير النص العديد من الأسئلة التي لم تجد إجابات لها في نصوص قانون المحكمة الدستورية العليا، ولا في القانون الأساسي، ولم يُحلل القانون الاختصاص للإجابة عليها لقانون آخر، ومن تلك الأسئلة:⁽³⁾

1. من الذي يملك الحق بالتقدم بالطعن أمام المحكمة الدستورية العليا، ليدعي بأن رئيس الدولة يُعد فاقداً للأهلية القانونية؟

2. ما هو المقصود بالأهلية القانونية التي يمكن الطعن بفقدان رئيس الدولة لها؟

(1) فؤاد عبدالمعنى أحمد، اختصاصات المحكمة الدستورية العليا، مقال منشور على شبكة الألوكة بتاريخ 10/6/2013، تاريخ الزيارة: 2020/11/6، الساعة: 6:15 pm

<http://www.alukah.net/culture/0/55842/#ixzz4PErlx2Hn>

(2) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (5/24)

(3) محمد الحاج قاسم، الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية العليا في فلسطين مرجع سابق، ص. 261.

3. وهل هي ذاتها الأهلية الواردة في القانون المدني لسنة 1976، بأن يكون قد إعتراه عارض من عوارض الأهلية كالجنون والسفه؟ أم المقصود قانونية الولاية ودستوريتها؟

4. معلوم أن الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية العليا هي أحكام نهائية، وغير قابلة للطعن، فكيف يتم الإشتراط لنفاذ الأحكام التي هي بالأصل ملزمة لسلطات الدولة كافة وللأفراد، الحصول على موافقة المجلس التشريعي بأغلبية الثلثين؟ وهو الأمر الذي يُعد تناقضاً مع ما نص عليه القانون الأساسي، وقانون المحكمة الدستورية العليا بالزامية الأحكام الصادرة عنها، ومنع الطعن عليها، باعتبارها نهائية.

ما دامت هذه الثقة قد تولدت لدى المشرع الفلسطيني بالمحكمة الدستورية العليا، ودورها في حماية أحكام الدستور والمصلحة العامة، فإننا نرى أنه كان يجدر بالمشرع أن يمنح رئيس المحكمة الدستورية العليا الحق بإدارة البلاد بشكل مؤقت، في حال شغور منصب الرئيس لوجود مانع قانوني أو مادي لتولي رئيس المجلس التشريعي منصب الرئيس (بشكل مؤقت)، الى حين إجراء الانتخابات الرئاسية، ولا سيما أن رئيس المحكمة الدستورية العليا لن يكون أحد المرشحين ولا يحمل منصبه صبغة سياسية ويرأس هيئة مؤتمنة على حماية أحكام القانون الأساسي، غير أن القانون الأساسي الفلسطيني قد خلا من هكذا النص.

إن شغور منصب الرئيس، وفي حال عدم إمكانية تولي رئيس المجلس التشريعي المنصب بشكل مؤقت، وفقاً لما نص عليه القانون الأساسي⁽¹⁾ يجد الحل بشأنه في الدستور المصري الذي نص على أنه "عند خلو منصب رئيس الجمهورية للاستقالة، أو الوفاة، أو العجز الدائم عن العمل، يعلن مجلس النواب خلو المنصب، ويكون إعلان خلو المنصب بأغلبية ثلثي الأعضاء على الأقل، إذا كان ذلك لأي سبب آخر، ويُخطر مجلس النواب الهيئة الوطنية للانتخابات، ويباشر رئيس مجلس النواب مؤقتاً سلطات رئيس الجمهورية، وإذا كان مجلس النواب غير قائم، تحل الجمعية العامة للمحكمة الدستورية العليا ورئيسها، محل المجلس ورئيسه، فيما تقدم"⁽²⁾.

(1) القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003: مادة (2/37) إذا شغور مركز رئيس السلطة الوطنية في أي من الحالات السابقة يتولى رئيس المجلس التشريعي الفلسطيني مهام رئاسة السلطة الوطنية مؤقتاً لمدة لا تزيد عن ستين يوماً تجرى خلالها انتخابات حرة ومباشرة لانتخاب رئيس جديد وفقاً لقانون الانتخابات الفلسطيني.

(2) الدستور المصري لسنة 2014، المادة (160)

وكان المستشار عدلي منصور رئيس المحكمة الدستورية المصرية، قد تولى رئاسة الدولة المصرية بشكل مؤقت لفترة انتقالية،⁽¹⁾ وكانت تجربة عملية أثبتت نجاحاً كبيراً، وجنبت الجمهورية المصرية فراغاً دستورياً، ومنعت فوضى كان يمكن أن تعم، بعد حل مجلس الشعب.

• المطلب الثاني: السلطة التبعية للقاضي الدستوري

تكون للقاضي الدستوري بناءً على السلطات الأصلية المستمدة من الاختصاصات التي حددت له بنص القانون الأساسي، وبنص قانون المحكمة الدستورية العليا، سلطات تبعية سواء تلك التي تقوم قبل النظر في الدعوى الدستورية أو أثناء الدعوى. حيث يقوم القاضي الدستوري بالتحقق من جملة من الشروط أوجب القانون توفرها قبل النظر بالدعوى، سواء تلك المتعلقة بقبول الدعوى أو تلك المتعلقة بالاختصاص لنظر الدعوى، وبدونها لا يتم قبولها.

■ الفرع الأول: السلطة التبعية للتحقق من شرط المصلحة

إن الدعوى الدستورية هي دعوى قضائية، وبالتالي فإن شروط قبولها هي شروط أي دعوى قضائية، مع الأخذ بعين الاعتبار الطبيعة الخاصة لها، حيث تقول القاعدة العامة في شأن كافة الدعاوى: أنه لا دعوى بلا مصلحة، مع الإختلاف في الدعوى الدستورية وفقاً لطريقة تحريكها وبصاحب الحق برفعها، فإذا إنتقت المصلحة إنتفى الحق في تحريك الدعوى وتبين الحكم بعدم قبولها⁽²⁾.

ويُقصد بشرط المصلحة⁽³⁾ أن يكون لرافع الدعوى منفعة يود الحصول عليها أو تحقيقها، وتعتبر المصلحة شرطاً أساسياً لقبول أية دعوى أمام المحاكم المختلفة وفقاً للقاعدة القانونية "

(1) تولى المستشار عدلي منصور، رئاسة الجمهورية المصرية للفترة: 4 تموز 2013 - 8 حزيران 2014، الصفحة الرسمية للمستشار عدلي منصور، <http://adlymansour.bibalex.org/About.aspx> تاريخ الزيارة، 2020/11/14

(2) عباس محمد محمد زيد، الرقابة على دستورية على القوانين في اليمن، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص. 466
(3) تعرف المصلحة بأنه المكنة القانونية لطلب الحماية للمركز القانوني من التأثير أو الضرر المباشر والشخصي. أنظر، علي هادي عطية الهاللي، المباحث الموضحة لذاتية شرط المصلحة في تحريك الدعوى الدستورية، دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص. 171. والمصلحة التي يجب ان تكون قانونية يحميها

لا دعوى بغير مصلحة " أو "المصلحة هي مناط الدعوى" سواء رُفعت الدعوى من شخص طبيعي أو معنوي عام أو خاص، والمصلحة بالنسبة للشخص الطبيعي قد تتعلق بمنفعة مادية أو معنوية، أما بالنسبة للشخص المعنوي فيستنبطها القاضي من خلال الأهداف التي يسعى لتحقيقها⁽¹⁾.

وبالنظر الى ما ورد في النظام القانوني الفلسطيني، نجد أن الأساس القانوني للاستناد الى شرط المصلحة لقبول الدعوى الدستورية، يتمثل فيما جاء النص عليه في قانون المحكمة الدستورية العليا رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته، وفقاً للمادة (26) منه، عندما أحال المشرع بخصوص الإجراءات الواجب إتباعها بشأن قبول الدعوى الدستورية، بالنص على أنه: "فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل، تسري على قرارات الإحالة والدعاوي والطلبات (التي تُقدم للمحكمة) الأحكام المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية رقم (2) لسنة 2001م بما لا يتعارض وطبيعة اختصاص المحكمة والأوضاع المقررة أمامها".

وقد جاء نص المشرع الفلسطيني على شرط المصلحة، كشرط واجب لقبول الدعوى الدستورية في قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم (2) لسنة 2001، الذي أخذ بعين الاعتبار عدم التعارض وطبيعة اختصاص المحكمة الدستورية والأوضاع المقررة أمامها، فإنه:⁽²⁾

غير أن المشرع الفلسطيني قد منح القاضي الدستوري سلطة تقدير مدى توفر شرط المصلحة لصاحب الدعوى، إن كان محقاً أم لا في إثارة الخصومة مع النص التشريعي المدعى بعدم دستوريته.

القانون، بالغالب ما تكون مصلحة مادية، دون ان يكن هناك ما يمنع ان تكون مصلحة ادبية. أنظر، فتحي الوحيدي، القضاء الدستوري في فلسطين وفقاً لأحكام القانون الأساسي المعدل ومشروع قانون المحكمة الدستورية العليا (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص168.

(1) عدنان عمرو، إبطال القرارات الإدارية الضارة بالأفراد والموظفين، الهيئة الفلسطينية المستقلة لحقوق المواطن، رام الله، 2001، ص (18-19).

(2) قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم(2) لسنة 2001 المادة (3)، تنص على "1. لا تُقبل دعوى أو طلب أو دفع أو طعن لا يكون لصاحبه مصلحة قائمة فيه يقرها القانون. 2. تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه. 3. إذا لم تتوافر المصلحة وفقاً للفقرتين السابقتين قضت المحكمة من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى.

من خلال النصوص التشريعية الناظمة لعمل المحاكم الدستورية، نجد أن المشرع باشتراطه المصلحة المباشرة وفسحه المجال للمصلحة المحتملة، كان محققاً للتحقق من جدية مهاجمه النصوص بعدم الدستورية، أو بطلب تفسيرها، تجنباً لإهدار وقت القضاء، وتجنباً أن تكون الدعاوى كيدية، وبالتالي فإن عدم توفر شرط المصلحة يقتضي رفضها قبل الدخول في الدعوى لإنتفاء شرط المصلحة، وهنا يكون الحكم ذات حجبية نسبية على صاحب الدعوى، دون أن يحول عدم قبول الدعوى لإنتفاء شرط المصلحة رفعها من قبل آخرين، أو منه شخصياً في حال توفر شرط المصلحة.

■ الفرع الثاني: السلطة التبعية للتحقق من شرط الصفة

سلطة التحقق من شرط الصفة لقبول الدعوى الدستورية هي واحدة من السلطات التبعية للقاضي الدستوري، حيث ألزم القانون توافر شرط الصفة فيما يتعلق بأشخاص أطراف أي دعوى، بمعنى أنه يجب أن تكون للمدعي صفة في المطالبة بما يدعيه من حق محمي بالقانون، وأن تكون له صفة في توجيه الدعوى، وهو شرط يجب أن يتوفر أيضاً بالنسبة للمحاكم والهيئات ذات الاختصاص القضائي، كما يجب توفره أيضاً للمحكمة الدستورية نفسها في حالة التصدي، أو في حالة أن يكون النص المعروض عليها بمناسبة ممارسة اختصاصها⁽¹⁾.

إن شرط توفر الصفة وفقاً لما نص عليه المشرع في قانون المحكمة الدستورية العليا فيما يخص الأفراد، لمهاجمة النص التشريعي بعدم الدستورية، بأن يكونوا ممن:⁽²⁾

1. تضرروا بإنتهاك حقوقهم الدستورية من خلال نص تشريعي، يدعون أنه غير دستوري، فيجوز لهم إقامة الدعوى الأصلية.

2. سيطبق عليهم نص تشريعي يدعون أنه غير دستوري أثناء نظر الدعوى، حيث يجوز لهم الدفع بعدم دستوريته، وفي حال رأت محكمة الموضوع أن دفعهم جدي، تؤجل النظر في الدعوى، وتحدد لمن أثار الدفع ميعاداً لا يجاوز ستين يوماً لرفع دعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا.

(1) اشرف عبد القادر قنديل، الرقابة على دستورية القوانين، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2012-2013، ص.57

(2) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (27).

وهذا يعني انه حتى تقوم الصفة لصاحب الدعوى، فانه يُشترط أنه يكون طرفاً في دعوى منظورة أمام القضاء، وأن تثبت جدية الدفع له ليتم وقف النظر في الدعوى، ومن ثم يتم تحديد موعد للدفع لا يتجاوز الستين يوماً.

■ الفرع الثالث: السلطة التبعية للتحقق من شرط الأهلية

يتحقق القاضي الدستوري لقبول الدعوى من توفر شرط الأهلية، وهو ما ثار بشأنه خلاف في الفقه بين من إعتبر الأهلية شرط من شروط قبول الدعوى، وبالتالي فإن عدم توفرها يؤدي الى البطلان، ومن ثم عدم قبول الدعوى، وبين من إعتبرها شرطاً لمباشرة إجراءاتها أمام القضاء.⁽¹⁾

وتُعرف الأهلية بأنها وصف يقوم بالإنسان فيجعله أهلاً لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، ومتمتعاً بصلاحيات التصرفات القانونية القانونية الصحيحة، والتي ترد على صورتين، الأولى، وتُعرف بأهلية الوجوب التي تمنحه الصلاحية لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بشكل ملازم له منذ لحظة ولادته الى حين وفاته، وقد تثبت له قبل ولادته، في حين تكون أهلية الأداء بصلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية بنفسه.⁽²⁾

وقد اختلف الفقه بشأن الأهلية بين إتجاه إعتبرها شرطاً من شروط قبول الدعوى، وبالتالي فإن عدم توفرها يؤدي الى عدم قبول الدعوى، في حين ذهب الإتجاه الغالب في الفقه وهو ما نتفق معه، الى اعتبار الأهلية من شروط صحة الخصومة، ومباشرة الإجراءات أمام القضاء⁽³⁾، ذلك أن فقدان أحد الخصوم الأهلية أثناء مراحل نظر الدعوى لا يؤدي الى وقف إجراءاتها، بل تستمر إجراءات الدعوى من خلال الولي أو الوصي نيابة عن فاقد الأهلية⁽⁴⁾.

(1) عبد الوهاب بوضرسه، الشروط العامة و الخاصة لقبول الدعوى بين النظري و التطبيق، دار هومه للطباعة النشر والتوزيع، الجزائر، ط 2، 2006، ص. 253

(2) نادي محمد تيسير سمور أبو خلف، الأهلية، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين، 2008، ص(5-8).

(3) المادة (128)، قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، رقم (2) لسنة 2001: "1-ينقطع السير في الدعوى بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو فقدان أهليته أو بزوال صفة من كان يمثله إلا إذا كانت الدعوى مهياًة للحكم في موضوعها(...)"

(4) يسري محمد العصار، شرط المصلحة في دعوى الإلغاء في الدعوى الدستورية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص75.

ولاقامة الدعوى أمام المحاكم يشترط القانون⁽¹⁾ الأهلية في رافع الدعوى بأن يكون من المؤهلين قانوناً، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، حيث يشترط في حال كان شخصاً طبيعياً أن يكون قد أتم الثامنة عشرة، وأن لا يكون ناقصاً أو عديماً للأهلية، في حين يشترط للشخص المعنوي أن يكون قد استكمل البناء القانوني من حيث الترخيص والشروط اللازمة لتسجيله، وحصوله على التراخيص اللازمة لمزاولة نشاطه⁽²⁾.

■ الفرع الرابع: السلطة التبعية بالتصدي

منح المشرع الفلسطيني القاضي الدستوري سلطة التصدي والبت في دستورية أي نص يقع تحت سلطته أثناء فصله في النزاع، وهي سلطة تبعية تقوم للقاضي بناءً على الاختصاص الذي اقره القانون الأساسي، وقانون المحكمة الدستورية العليا، وجاء النص عليه في المادة (4/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا، بأنه: "إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول"⁽³⁾، لكن حتى يتم إعمال هذه السلطة للقاضي الدستوري بالفصل في النزاع من تلقاء نفسه، فإنه يشترط:

1. أن تجد المحكمة نصاً غير دستوري لقيام إختصاصها بالتصدي.
2. أن يتصل النص غير الدستوري بشكل فعلي بالنزاع المطروح أمام المحكمة.
3. أن يكون تصديها للنص غير الدستوري أثناء السير في النزاع، وليس بعد الفصل فيه.

○ المبحث الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري

تقوم السلطة التقديرية للقاضي الدستوري كغير من القضاة، بناءً على نصوص صريحة في القانون، وهو ما لا يثير جدلاً، غير أن المُختلف بشأنه هو حدود السلطة التقديرية القائمة

(1) المادة (79)، قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني، رقم (2) لسنة 2001.

(2) عدنان عمرو، مرجع سابق عدنان عمرو، القضاء الإداري في فلسطين (دراسة مقارنة)، (بدون طبعة)، القدس/ فلسطين، 2008، ص (237-238).

(3) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (4/27)

على اجتهاده الشخصي، والتي قد تمتد الى ما هو من غير إختصاصه، أو خارجه. ورغم أن الأصل في العمل القضائي أن يكون مقيداً، إلا أن السلطة التقديرية أصبحت تُعد عملاً من صميم عمل القاضي، من أجل تحقيق الغاية الموضوعية من القانون، بل أصبحت تُعتبر من المسلمات المفترضة في مجال العمل القضائي، وذلك باعتراف المشرع والقضاء والفقهاء⁽¹⁾. وإن كان الإقرار بحقيقة أن المشرع لا يستطيع الإحاطة بكافة الوقائع الممكنة الحدوث في ظل التطور المتسارع، وبأن النقص في تشريع وضعي يُعد منطقياً، إلا أن ذلك لا يعني عدم توفر الآليات والمرجعيات للقاضي للبت فيما يُعرض عليه من أفضية، سواء بتفسير صيغة النص، أو باستجلاء مقاصد المشرع، وذلك منعاً لوقوع القاضي في دائرة الإنكار للعدالة، وهو الأمر الذي يجرمه القانون⁽²⁾.

وأياً كان نوع القضاء الذي يشغله القاضي، فإن السلطة التقديرية للقاضي كانت ولا زالت من الموضوعات التي تشغل بال المشرعين، وذلك خوفاً من التوسع في استخدامها، بأن تكون لصالح خصم على حساب آخر، الأمر الذي يجعل إختيار القضاة أمراً ليس بالهين، لضمان النزاهة والعدالة والمساواة بين المتقاضين والخصوم.

لكن المؤكد أن سلطة القاضي وإختصاصاته التي نص عليها المشرع الفلسطيني، سواء في القانون الأساسي أو في قانون المحكمة الدستورية العليا، لا تجعل من دوره مجرد آلة تنطق بالحكم، وذلك أن النطق بالحكم يسبقه العديد من الأعمال التي يقوم بها القاضي، أولها التفسير للقاعدة القانونية، يليه التكييف القانوني على الواقعة المنظورة، ثم إنزال حكم القانون عليها، والنطق به. ورغم التفهم لمنطقية منح القاضي سلطة تقديرية، تتسع وتضيق حسب نوع القضاء، ووفقاً للضوابط التي تحدد وتقيد هذه السلطة، إلا أن الخطورة تكمن في إتساعها، بل في خروجها أحياناً عن الضوابط والمحددات، وكذلك إحتمالية تأثرها بعقيدته أو بخلفيته السياسية أو الثقافية أو الاجتماعية⁽³⁾. إن عقيدة القاضي التي هي بالأصل أمر نفسي، يصعب تعريفها، لكنها كما

(1) احمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1988، ص.20-24.

(2) محمد ماهر ابو العينين، الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، ص.371-375.

(3) امين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، 2002، ص(28).

يعرفها كمال عبد الواحد الجوهري، بأنها التي تتولد لدى القاضي نتاج عملية ذهنية ومنطقية تختلج في ضميره، تحت تأثير ما يُعرض عليه من وقائع، ليصل في النهاية الى ما يرتاح له ضميره من حكم،⁽¹⁾ وبالتالي من الصعوبة فصلها عن حكمه مهما كانت القيود.

ويمكن اختصار إطار السلطة التقديرية للقاضي الدستوري، بأنها ضمن حدين:⁽²⁾

الحد الاول: أن للقاضي الدستوري سلطة تقديرية مطلقة في إستبعاد كل تشريع يخرق مبدأ المساواة المنصوص عليه صراحة في النص الدستوري، كالتمييز على أساس العرق، أو الجنس، أو الدين.

الحد الثاني: بان للقاضي الدستوري سلطة تقديرية نسبية، يدخل في تكوينها عدة عوامل أهمها مدى التناقض بين قاعدتين قانونيتين بالدرجة الأولى وتحقيق المصلحة العامة بالدرجة الثانية، على المصلحة الخاصة مع التأكيد أن سلطة التقدير للقاضي نسبية، وتختلف من قاض إلى آخر.

• **المطلب الأول: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في التشريع**

وجدت السلطة التقديرية للقاضي والتي يُقصد بها مساحة الحرية المتروكة للقاضي بمقتضى القانون صراحةً، أو ضمناً، مجالاً لإعمالها من أجل اختيار الحل الأنسب والأقرب إلى الصواب من بين حلول أخرى"، وفقاً لنص يرد في القانون، كأن يرد في النص القانوني، كلمات مثل: "يمكن"، "يحق"، أو عبارة "يتعين للقاضي أن...."⁽³⁾.

وتتمثل السلطة التقديرية فيما يُعين للقاضي، سواء بصفة نظرية أو عملية، رئيسية أو تابعة، خلال أي من مراحل الدعوى، وهي جوهر العمل القضائي.⁽⁴⁾ وقد وجدت لها ما يسندها من نصوص في التشريعات، وتعتبر السلطة التقديرية تكليفاً ومسؤوليةً يلتزم القاضي من خلال استعمالها بتحقيق إرادة المشرع من خلال تطبيق النص القانوني على الوقائع المعروضة عليه، لكون القاضي في

(1) كمال عبد الواحد الجوهري، ضوابط حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه والمحاكمة الجنائية العادلة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط1، 2015، ص (27)

(2) أمين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، مرجع سابق، ص (401).

(3) لبياض محمد عبد الفتاح، مدونة عبد الفتاح لبياض، http://labyadd.blogspot.com/2011/03/blog-post_549.html، تاريخ الزيارة 2020/10/20.

(4) محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2007، ص.97-98

نهاية المطاف مطالب بتطبيق واحترام القانون، وعليه أن يضمن في الحكم فهمه، وتأويله للنص القانوني، واقتناعه بأن ما توصل إليه، يمثل إرادة المشرع فعلاً وليس توهماً⁽¹⁾. إن السلطة التقديرية التي منحها المشرع للقاضي لم تكن أبداً على إطلاقها، بل كانت دوماً في كافة الأنظمة القانونية مشروطة بتحقيق العدالة، والوصول إلى عين الحقيقة، وفي حالة القاضي الدستوري، فإن عينه دوماً مصوبة نحو ضمان الشرعية الدستورية للنصوص القانونية، من أي إنحراف عن مسار الدستور، وبالنظر إلى المواقع التي وجدت السلطة التقديرية سنداً لها في التشريع، نجدتها ترد في تقدير جدية الدفع، وخلال مرحلة إدارة الدعوى، باختيار منهج التفسير، بتقدير الغموض للنص التشريعي المطعون عليه، وأثناء الفصل فيها.

■ الفرع الاول: السلطة التقديرية بجدية الدفع

إن المحاكم وعلى إختلاف درجاتها وليست المحكمة الدستورية العليا فقط، تملك سلطة تقدير جدية الدفع المقدم لها بعدم الدستورية، حيث أن أمر تقدير الجدية بالدفع هو سلطة تقديرية للقاضي وليس نهائي، وهو إستثناء على الأحكام النهائية التي يجوز فيها لأطراف النزاع بشأن دستورية التشريع المطعون عليه، ويكون التوجه للجنة الطعون في المحكمة الدستورية خلال شهر من تاريخه صدور الحكم بعدم الجدية⁽²⁾.

ويعتبر أمر جدية الدفع بدون شك أمر بالغ الأهمية، بل هو أمر من النظام العام، لكن المستغرب هو عدم الاكتفاء بتقدير محكمة الموضوع لجدية الدفع، ليخضع مرة أخرى لسلطة القاضي الدستوري، بذريعة حماية المحكمة الدستورية من الإغراق بسيل من الطعون، الأمر الذي سيحد من الاتصال بالمحكمة الدستورية⁽³⁾.

كانت المحكمة الدستورية العليا المصرية قد قالت في اعتماد جدية الدفع، كشرط لقبول الدعوى، "أن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أن ولايتها في الدعاوى الدستورية لا تقوم إلا باتصالها بالدعوى إتصلاً صحيحاً مطابقاً للأوضاع المقررة،...، وقدرت محكمة

(1) لبياض محمد عبد الفتاح، مدونة عبد الفتاح لبياض، http://labyadd.blogspot.com/2011/03/blog-post_549.html

(2) حميد ابراهيم الحمادي، الرقابة على دستورية القوانين في دولة الامارات المتحدة، المركز القومي للإصدارات القانونية، ط 2011، ص. 266

(3) عباس محمد محمد زيد، الرقابة على دستورية القوانين في اليمن، مرجع سابق، ص. 458

الموضوع جدية الدفع، فرخصت له في رفع الدعوى بذلك أمام المحكمة الدستورية العليا، وهذه الأوضاع الإجرائية تتعلق بالنظام العام باعتبارها شكلاً جوهرياً في التقاضي حتى ينتظم التداعي في المسائل الدستورية⁽¹⁾، وتنصرف جدية الدفع إلى مسألتين أساسيتين:⁽²⁾

المسألة الأولى: بأن يكون الفصل في المسألة الدستورية منتجاً، وهي مسألة يتم تقديرها أثناء النظر في الدعوى محل النزاع، إن كان النص التشريعي المطعون عليه ذا علاقة بموضوع النزاع.

المسألة الثانية: تتعلق جدية الدفع بالشك بمدى تطابق النص المطعون عليه مع أحكام القانون الأساسي، ليكون النص يحتمل أكثر من وجهة نظر، فيطلب قاضي الدعوى الأصلية، من الخصوم رفع الدعوى أمام المحكمة الدستورية العليا.

■ الفرع الثاني: السلطة التقديرية بإدارة الدعوى:

نصت المادة (36) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه: تحكم المحكمة في الدعاوى والطلبات المعروضة عليها تدقيقاً بغير مرافعة، فإذا رأت ضرورة المرافعة الشفوية، فلها سماع الخصوم، وفي هذه الحالة لا يُؤذن للخصوم أن يحضروا أمام المحكمة من غير محام معهم، وللمحكمة طلب ما يلزم من بيانات أو أوراق ولها دعوة ذوي الشأن لاستيضاحهم عما ترى من وقائع وتكليفهم بتقديم مستندات ومذكرات تكميلية وغير ذلك من إجراءات في الأجل الذي تحدده⁽³⁾.

للقاضي الدستوري سلطة تقديرية أثناء مراحل الدعوى وفقاً لنص المادة (36) من قانون المحكمة الدستورية العليا، غير أننا نرى أن غياب المعايير والضوابط التي تحدد إدارة الدعوى، فيما يخص السلطة التقديرية للمحكمة في منح الخصوم المرافعة الشفوية، أو بالطلب لتقديم المزيد من البيانات والمذكرات التكميلية التي قد تستجد، قد يشكل إجحافاً بحق البعض الذين لا يتم منحهم هذه الفرصة أسوة بغيرهم، الأمر الذي يستوجب تحديد معايير واضحة، عنوانها المساواة بين الجميع، وهو حق دستوري مكفول بنص القانون الأساسي⁽⁴⁾.

(1) مجدي متولي، مبادئ القضاء المصري، الهيئة العامة للكتاب، 1996، ص. 83

(2) اشرف عبد القادر قنديل، الرقابة على دستورية القوانين، مرجع سابق، ص. 103-104

(3) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006 وتعديلاته، المادة (36)،.

(4) القانون الأساسي الفلسطيني المعدل لسنة 2003، المادة (9): "الفلسطينيون أمام القانون والقضاء سواء لا تمييز بينهم بسبب العرق أو الجنس أو اللون أو الدين أو الرأي السياسي أو الإعاقة".

■ الفرع الثالث: السلطة التقديرية في تحديد منهج التفسير

لم يحدد المشرع الفلسطيني بشكل واضح وصريح الطريق الواجب إتباعه لتفسير النصوص، وإن كان المشرع قد حدد الإجراءات الواجب إتباعها لتقديم طلب التفسير، والنصوص القانونية التي يقوم إختصاص التفسير لها، وهي نصوص القانون الأساسي والقوانين في حل ثار تنازع حول حقوق السلطات الثلاث وواجباتها وإختصاصاتها، كإختصاص أصيل وحصري للمحكمة الدستورية العليا⁽¹⁾، إن السلطة التقديرية التي يمارسها القاضي الدستوري فيما يخص إختصاص التفسير، تتسع وتضيق وفقاً لمنهج التفسير الذي يتخذه بقبول طلب التفسير أولاً، وإعتبار النص غامضاً مما يستدعي تفسيره، ومن ثم إصدار حكمه من خلال تحديد ما تضمنته القاعدة القانونية من أحكام، وتحديد المعنى الذي تضمنته تلك القاعدة وتحديد نطاقها، ليتم تطبيقها على الظروف الواقعية المثار بصددها تطبيق القاعدة⁽²⁾.

تعددت مدارس ونظريات التفسير إلى ثلاثة، المدرسة الواقعية، المدرسة العلمية، مدرسة الشرح على المتون، التي يتبناها النظام القانوني الفلسطيني، والعديد من الأنظمة القانونية، كما هو المصري والأردني، التي ترى أن التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، وأن مهمة القاضي يجب أن لا تخرج عن إطار التفسير لنصوص التشريع، الأمر الذي يوضح أن تلك المدرسة قائمة على التزام حدود النصوص القانونية، إعلاءً لإرادة المشرع، وتأكيداً على احتكار المشرع للتشريع⁽³⁾.

ووفقاً لمدرسة الشرح على المتون التي يأخذ بها المشرع الفلسطيني، فإن القاضي قد لا يواجه إشكالية كبيرة في التفسير، حتى وإن كان النص غامضاً، لكن في حال عدم وجود نص، فإن القاضي سيسلك مساراً ليجتنب عن إرادة المشرع المفترضة عندما وضع النص، ويستعين بوسائل القياس والاستنتاج من مفهوم المخالفة، وإذا لم يتمكن فله أن يتصور الحل وقت سن التشريع، كما يستطيع أن يستخرج بعض المبادئ والنظريات من نصوص التشريع ونسبها إلى إرادة المشرع، ثم يقوم باستخدامها في إستخراج الحلول للمسائل الفرعية⁽⁴⁾.

(1) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006، المادة (2/24)

(2) شاكور راضي شاكور، إختصاص القاضي الدستوري بالتفسير، مرجع سابق، ص 18-21

(3) شاكور راضي شاكور، إختصاص القاضي الدستوري بالتفسير، مرجع سابق، ص 33-35.

(4) شاكور راضي شاكور، إختصاص القاضي الدستوري بالتفسير مرجع سابق، ص 42.

إن أخذ القضاء الدستوري الفلسطيني بمدرسة الشرح على المتون، إنما يمنح القاضي الدستوري سلطة تقدير في التفسير، والتي يتقصد فيها القاضي إرادة المشرع، ويصغ رأيه وكأنها حقيقة ما أَراده المشرع، بعد أن يلبس النصوص التشريعية ثوب تفسيره قصراً تحت مسمى ما أَراده المشرع، وقد تكون في الحقيقة على غير ذلك.

من خلال المراجعة لقرارات المحكمة العليا الفلسطينية التي كانت تتعقد بصفتها الدستورية، كان ملاحظاً أنها ضيقت بشكل كبير من حدود إختصاصاتها فيما يخص الرقابة القضائية، من خلال رد أغلب الطعون الدستورية المعروضة عليها، ولا سيما رقابتها على القرارات بقانون التي يصدرها رئيس السلطة الوطنية، إستناداً للمادة (43)⁽¹⁾ من القانون الأساسي في حالة الضرورة، في غير أدوار إنعقاد المجلس التشريعي، التي تُمكن رئيس السلطة الوطنية من إصدارات تشريعات لها قوة القانون.

■ الفرع الرابع: السلطة التقديرية في تقدير الغموض في النص التشريعي الذي يستوجب التفسير

رغم أن المشرع منح اختصاص التفسير للمحكمة الدستورية العليا كسلطة أصلية، ضماناً لوحدة التطبيق القضائي، وحدد شروطاً لقبول التفسير، إلا أن أمر تقدير الغموض في النص التشريعي الواجب التفسير، يبقى سلطة تقديرية للقاضي، في تطبيق عملي لهذا الرأي، يتضح أن السلطة التقديرية للقاضي الدستوري قد توسعت عندما نظرت المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية قضية رقم (1) لسنة (1) قضائية تفسير، طلب التفسير الدستوري المقدم من وزير العدل لتفسير نص المادتين (20،18) من قانون السلطة القضائية رقم (1) لسنة 2001⁽²⁾،

(1) القانون الأساسي الفلسطيني لسنة 2003، المادة (43): "1. لرئيس السلطة الوطنية في حالات الضرورة التي لا تحتمل التأخير في غير أدوار انعقاد المجلس التشريعي، إصدار قرارات لها قوة القانون، ويجب عرضها على المجلس التشريعي في أول جلسة يعقدها بعد صدور هذه القرارات وإلا زال ما كان لها من قوة القانون، أما إذا عرضت على المجلس التشريعي على النحو السابق ولم يقرها زال ما يكون لها من قوة القانون".

(2) قانون السلطة القضائية الفلسطينية رقم (1) لسنة 2001، المادة (18): "1. يكون شغل الوظائف القضائية بقرار من رئيس السلطة الوطنية الفلسطينية بناء على تنسيب من مجلس القضاء الأعلى وفقاً لما يلي: أ. بطريق التعيين ابتداءً. ب. الترقية على أساس الأقدمية مع مراعاة الكفاءة. ج. التعيين من النيابة العامة. د- الاستعارة من الدول الشقيقة. 2- يشترط في القاضي المستعار كافة الشروط المنصوص عليها في المادة (16) من هذا القانون فيما عدا شرط الجنسية الفلسطينية

على أثر خلاف في التفسير بشأن تسمية "النائب الأول لرئيس مجلس القضاء ورئيس المحكمة العليا"، وكان الخلاف إن كانت التسمية المذكورة تُعتبر استحداثاً لمنصبٍ جديد، أم هي ذاتها المنصب المُسمى بالقانون "أقدم النواب"، ولهذا قام الطعن بأنه لا يوجد في قانون السلطة القضائية ما يشير إلى وجود هذا المنصب، وأن القانون قد نص على أن أقدم قضاة المحكمة العليا يكون نائباً لرئيس المحكمة العليا، وعليه صدور قرار رئيس دولة فلسطين، بتعيين نائب أول لرئيس المحكمة ليس في محله، إلا أن رأي المحكمة الدستورية العليا جاء ليؤكد على صحة قرار رئيس السلطة الوطنية بأن مصطلح نائب أول لرئيس المحكمة جاري استخدامه، وبأن قرار الرئيس هو قرار كاشف وليس منشيئ⁽¹⁾.

يتضح من نص الحكم التفسيري أن سلطة القاضي الدستوري قد توسعت عندما ذهبت إلى أبعد من مجرد تفسير النص مثار الطلب، عندما خاضت بالتفاصيل في الحكم، متعرضة للظروف وتناول الأسماء وأحكام لا صلة لها بالنصوص المطلوب تفسيرها، وذلك عندما جاءت على ذكر حيثيات الحكم الخاص بقرار المحكمة العليا (2015/130) الخاص بقرار تعيين رئيس مجلس القضاء الأعلى السابق، لتطلب إعدام القرار وعدم الاستشهاد به، وبذلك تكون قد نظرت بما هو غير معروض عليها، ولا مطلوب منها.

وكانت سلطة القاضي الدستوري قد إمتدت إلى ما هو أبعد من حدود السلطة التقديرية، لتتجاوز حدودها واختصاصها، وذلك عندما قررت الحد من نطاق اختصاصه بنظر الطعون الدستورية، وتقليص خيارات المواطنين في اللجوء إلى المحكمة الدستورية العليا، وفقاً لما ورد في منطوق الحكم الصادر عن المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم 2016/5 الصادر بتاريخ 2016/9/18، حيث أورد القاضي الدستوري ما هو متعارض مع قانون المحكمة ذاتها

شريطة أن يكون عربياً. 3. يعتبر التعيين أو الترقية من تاريخ القرار الصادر بخصوص ذلك. مادة (20)1. يشترط فيمن يعين قاضياً بالمحكمة العليا: أ. أن يكون قد شغل لمدة ثلاث سنوات على الأقل وظيفة قاضٍ بمحاكم الاستئناف أو ما يعادلها بالنيابة العامة أو عمل محامياً مدة لا تقل عن عشرة سنوات. 2. يشترط فيمن يعين رئيساً للمحكمة العليا أو نائباً له أن يكون قد جلس للقضاء بدوائر المحكمة العليا مدة لا تقل عن ثلاث سنوات أو عمل محامياً لمدة لا تقل عن خمس عشرة سنة.

(1) القضية رقم (1) لسنة 1 قضائية تفسير، طلب تفسير دستوري رقم (1) لسنة 2001، الوقائع الفلسطينية (الجريدة الرسمية)، العدد (12)، ديوان الفتوى والتشريع، 2016، ص. 2-6.

فيما يخص طرق الاتصال بالمحكمة الدستورية العليا، عندما حصرها بالنسبة للأفراد بطريق الدفع الفرعي وقال "باعتبارها الوسيلة الوحيدة التي يملك بموجبها الأفراد تحريك الدعوى الدستورية عن طريق الدفع الفرعي"⁽¹⁾، في حين أن حق الأفراد بتحريك الدعوى الأصلية المباشرة حق مكفول، ورد النص عليه في قانون المحكمة الدستورية العليا⁽²⁾.

■ الفرع الخامس: السلطة التقديرية بالتصدي

منح المشرع السلطة التقديرية للقاضي الدستوري سلطة تقديرية بالتصدي من تلقاء نفسها بالفصل في عدم دستورية نص غير دستوري متصل للنزاع، عندما نص في المادة (4/27) من قانون المحكمة الدستورية العليا على أنه: "إذا كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً عليها وأثناء السير في النزاع تبين للمحكمة أن هناك نص غير دستوري متصل بالنزاع، فلها من تلقاء نفسها أن تتصدى بأن تفصل في عدم دستوريته بشرط أن يكون ذلك النص متصلاً فعلاً بالمنازعة المطروحة أمامها حسب الأصول"⁽³⁾، يتضح من خلال ما ورد النص عليه، أن سلطة تقديرية تقوم للقاضي الدستوري بالفصل في النزاع، في حال كانت المحكمة تناقش نزاعاً معروضاً، دون أن يكون ذلك بناءً على طلب من قبل أي من الخصوم، بل يتعلق الأمر بتقدير القاضي. إن حق التصدي للنص غير التشريعي، الذي منحه المشرع للقاضي الدستوري كسلطة تقديرية، لا يتفق برأينا والوظيفه الرقابية على دستورية القوانين، وحماية أحكام الدستور من نفاذ أي نص تشريعي غير دستوري، كلما وقع تحت سلطتها، دون أن ينتظر قيام نزاع بشأنه، حيث أنه من غير المتصور أن يمر القاضي الدستوري عن نص غير دستوري مرور الكرام، دون أن يفصل فيه ويبطله، ولهذا فإن أمر الفصل في النص غير التشريعي حال وقع تحت سلطة القاضي الدستوري وإبطاله، لا بد أن يكون أمراً وجوبياً، وليس جوازياً.

(1) داوود درعاوي، تعقيبا على قرار المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم 2016/5. وكالة وطن للانباء، 2017/2/2
(2) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية رقم (3) لسنة 2006، المادة (27) " تتولى المحكمة الرقابة القضائية على الدستورية على الوجه التالي: I. بطريق الدعوى الأصلية المباشرة التي يقيمها الشخص المتضرر أمام المحكمة استناداً إلى أحكام المادة (24) من هذا القانون".

(3) قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، المادة (4/27)

• المطلب الثاني: السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في الاجتهاد وفقاً لفقهاء القضاء والفقهاء

لم تكن السلطة التقديرية للقاضي الدستوري في البداية محل إتفاق بين الفقهاء، إلا أن النظم الحديثة سلمت بمنح القاضي سلطة الاجتهاد والتقدير، ومن تلك الأنظمة النظام الأنجلو ساكسوني، بل تجاوز الأمر مجرد الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي الدستوري الى اعتبار ما يصدر عنه من نشاط تقديري بأنها سوابق قضائية، فيما إكتفى النظام اللاتيني بالاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي الدستوري دون أن يعترف بان ما يصدر عنه قاعدة قانونية⁽¹⁾. من بين الاتجاهات التي كان رافضاً لمنح القاضي سلطة الاجتهاد، كان الفقيه (روبير) ⁽²⁾، الذي قال بأن كلمة إجتهاد يجب ان تُمحي من لغتنا، وكذلك المفكر الفرنسي مونتسكيو (صاحب نظرية الفصل بين السلطات) الذي كان موقفه بأن القاضي أبعد ما يكون عن مهمة التشريع، وبأن أقصى ما يجب أن يقوم به هو إزالة الغموض عن القوانين الموجودة وكشفها للعيان، و"أن قضاة الوطن ليسوا سوى الفم الذي ينطق كلمات التشريع"⁽³⁾. وفقاً للإتجاه الرافض لمنح القاضي سلطة تقديرية، فإن التبرير لرفضهم يقوم على أن دور القاضي ينحصر في التطبيق القضائي للقانون، وأن المفترض في القانون أن يتسم بالكمال دون نقص يعتريه، في ظل اكتمال النصوص التشريعية، وما وصل إليه الفكر الوضعي من تطور وصل الى درجة الكمال، وبالتالي أصبح دور القاضي محصوراً في البحث عما تضمنه القانون ذاته، دون أن يلجأ إلى الخلفيات الاجتماعية أو الاقتصادية أو السياسية للقاعدة القانونية، ملتزماً في ذلك الحيطة، متجرداً من التأثير بالمصالح أو العواطف الشخصية⁽⁴⁾.

(1) أسهمان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية- قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، الجزائر، 2011، ص. 29.

(2) ولد روبير عام 1758 في مقاطعة آراس، وتعلم في باريس في كلية الحقوق، ودرس النظريات السياسي و بقي متعصب لافكار الفيلسوف جان جاك روسو، وهو محامي فرنساوي وزعيم سياسي، كان واحداً من اكبر الشخصيات المؤثرة وزعيماً من زعماء الثورة الفرنسية وحزب الجاكوبيين الثوري المتطرف، وتوفي عام 1794.

(3) موقع الموسوعة القانونية - الاجتهاد القضائي كمصدر من مصادر القانون، <https://elawpedia.com/print/200>، تاريخ الزيارة، 2021/11/28

(4) احمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص. 25.

إتجه غالبية الفقه الحديث إلى الاعتراف بالسلطة التقديرية للقاضي، باعتبارها ملازمة للسلطة القضائية، مستندين بإعترافهم إلى أن التشريع يضع مبادئ عامة، ولا يستطيع أن يحيط بكل ما يمكن أن يستجد، الأمر الذي يتطلب من القاضي الاجتهاد في بعض الوقائع، حتى يستقي القاعدة القانونية الصالحة للتطبيق دون أن يخلقها، بل يكون دوره منصباً على تبيان إرادة المشرع، دون المساس بمبدأ الفصل بين السلطات، وحتى لا يكون يوماً أمام موقف إنكار العدالة⁽¹⁾.

تأتي الدعوة للاعتراف للقاضي الدستوري بالسلطة التقديرية من باب أن المشرع لا يستطيع مسبقاً، وضع كل القواعد القانونية الصالحة للفصل في كل منازعة قد تحدث مستقبلاً، وفي ذات الوقت لا يستطيع القاضي أن يتمتع عن الفصل في الدعوى المنظورة أمامه، بل واجب عليه أن يتدرج في بحثه عن مصادر القانون في حال عدم وجود نص في التشريع بما يؤدي إلى الفصل في الدعوى⁽²⁾.

إن القاضي وهو يوازن بين نصوص القانون ونصوص القانون الأساسي غير مستبعد أن يتأثر بالاعتبارات السياسية، فيتعدى دوره وظيفته المقارنة بين النصوص إلى البحث في نوايا واضعي الدستور والتشريع، والموازنة بينهما، مستخلصاً آثار القانون، متخيلاً صداه، متقمصاً ذلك الدور، وهنا يكون قد تعدى وظيفته المقارنة بين النصوص، بل تعدى وظيفته القاضي ليتحول إلى رجل سياسة أيضاً، لكون الدستور يتضمن قواعد عامة في الكثير من نصوصه⁽³⁾. وفقاً للفقيه (D.Rousseau)، فإن سلطة تقدير القاضي الدستوري "تتدرج ضمن نطاق آلية معقدة من العلاقات مع السلطات الدستورية الأخرى أو مع أهل الفقه أو مع أهل السياسة، بحيث تتولد التشابكات في تقليص هامش المناورة التي يسعى إليها القاضي الدستوري، بهدف تبرير تقدير الانتهاكات التي مست مبدأ المساواة"، مما يلزم القاضي الدستوري بأن يأخذ بعين الاعتبار تأثير الأجواء الاجتماعية والسياسية، والرأي العام السائد في الزمن، الذي صدر فيه القانون⁽⁴⁾.

(1) أسهان عفيف، السلطة التقديرية لقاضي الأسرة في التعويض عن الضرر، رسالة ماجستير، مرجع سابق، ص. 30.

(2) محمد ماهر أبو العينين، الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، مرجع سابق، ص. 374-376.

(3) محمد ماهر أبو العينين، الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، مرجع سابق، ص. 533.

(4) امين عاطف صليبا، دور القضاء الدستوري في إرساء دولة القانون، مرجع سابق، ص. 402.

يقول الفقيه (ديجي) أنه يجب عدم تعارض التشريعات مع ما يمس ضمير الأمة والجماعة، بغض النظر عن مدى تطابقها مع نصوص الدستور المكتوب، وهذا يعطي القاضي مساحة أكبر وسلطة تقديرية أوسع من تلك التي قيدها القانون، ويرى (ديجي) أن القضاء يملك الحق بالامتناع عن تطبيق التشريعات التي قد لا تخالف نصاً دستورياً مكتوباً، لكنها تتعارض مع مبدأ من مبادئ القانون الأعلى غير المكتوبة، وهو مبدأ يمس ضمير الجماعة، ويعطي إحساساً قوياً بأنه ملزم للدولة⁽¹⁾.

إن السياسة التي يتبعها القاضي الدستوري، والأسلوب الذي ينتهجه في رقابته على دستورية القوانين ينبع من إعتبارات عملية سواء كانت سياسية أو اقتصادية أو اجتماعية وهذا ما يدل على الواقع العملي لعمل وأحكام القضاء الدستوري، الذي يلجأ إلى تجنب المجتمع المخاطر والأزمات، ليتضح أنه لا يقوم بعمل قضائي فقط بل يقوم بدور سياسي، وهذا يعود إلى أن التشريعات واللوائح الخاضعة لرقابته هي من نتاج سياسة عامة للحكومة بمعناها الواسع، الذي يشمل السلطتين التشريعية والتنفيذية⁽²⁾، وحتى لا يكون الباب مشرعاً أمام القاضي الممنوح سلطة التقدير أو الاجتهاد وفقاً لبعض الأنظمة، فإن ذلك يكون محصوراً في حالتين:⁽³⁾

الحالة الأولى: في حال غموض النص، بمعنى عدم وضوحه بشكل محدد ويحتمل التأويل، مما يستلزم من القاضي الاجتهاد في فهم النص، وتحديد معناه، وهنا سيظهر الاختلاف في الاجتهاد تبعاً لفهم القاضي.

الحالة الثانية: في حال النقص في النص أو السكوت عن بعض المسائل، الأمر الذي يتطلب من القاضي أن يستخلص من التشريع النافذ الحلول المناسبة، وهنا قد يتغير المعنى للنصوص، وأحكامها نتيجة لذلك الاستخلاص

(1) محمد ماهر أبو العينين، الإنحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، دراسة تطبيقية، مرجع سابق، ص. 422.

(2) يوسف عيسى الهاشمي، رقابة دستورية القوانين واللوائح وتطبيقاتها في مملكة البحرين والدول العربية والأجنبية، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2015، ط2، ص 115-116.

(3) عن موقع بيان اليوم، الموسوعة العربية، تاريخ الزيارة: 2020/11/29

http://www.bayanealyaoume.press.ma/index.php?option=com_content&view=article&id=21494:2011-09-27-13-06-32&catid=69:2010-03-30-15-19-19&Itemid=144#disqus_thread

غير أن الصفة التقديرية في سلطة القاضي يجب أن تتجم من حالة قانونية معينة يكون مصدرها قانوني، بما يعني أن السلطة التقديرية يجب أن لا تظهر إلا في ظل نظام دولة القانون التي تتحدد ضوابطها فيه⁽¹⁾.

وإتماداً على ما ورد من محاذير لاستخدام السلطة التقديرية بتوسع، فإننا نؤيد الرأي الذي يتشدد في تقييد سلطة القاضي الدستوري على وجه الخصوص، نظراً لإمكانية أن يتأثر حكمه ببعيدته وخلفيته السياسية، ولكن حتى لا يكون يوماً في موقف المنكر للعدالة، فإن الأوجب أن يتم ملائمة التشريع بما يمكنه من الإحاطة بطبيعة عمل القاضي الدستوري، والإختصاصات الموكلة له بالرقابة الدستورية والتفسير والبت في حال حدوث نزاع الاختصاص، أو تناقض في الأحكام، وذلك لضمان أن تكون أحكامه منضبطة، مضيقاً بذلك مجال الاجتهاد.

○ الخاتمة:

وفي خاتمة الدراسة ومن خلال البحث والتحليل الموضوعي للنصوص القانونية والدستورية لسلطات القاضي الدستوري توصل الباحثان إلى النتائج والتوصيات الآتية:

• النتائج:

1. لم يعالج المشرع الفلسطيني في قانون المحكمة الدستورية مسألة الفصل في حال مخالفة نظام لأحكام قانون، أو حدث تعارض بين تشريعات متساوية في المرتبة، ومنها النزاع بين القرارات بقانون التي تصدر عن رئيس الدولة، والقوانين التي تصدر عن البرلمان.

2. عمومية النصوص التشريعية، ونصوصها الفضفاضة في مواطن أخرى، بسبب عدم تحديدها.

3. أخذ المشرع الفلسطيني بالأثر الرجعي للأحكام الصادرة بعدم الدستورية على إطلاقها، وفي ذلك مخاطرة كبيرة، لما فيه من تهديد لمراكز قانونية تكون قد ترتبت لأصحابها اعتقاداً منهم أنها تمت وفقاً للقانون. وكان بإمكان المشرع الأخذ بالأثر المباشر، وللمحكمة أن تحدد

(1) احمد محمود سعد، مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني، مرجع سابق، ص.35

النطاق الزمني الذي يمتد إليه اثر الحكم، دون أن يتسبب الحكم بزعزعة النظام العام، أو يمس الاستقرار القانوني.

4. ان النظام القانوني لسلطات القاضي الدستوري، فيما يتعلق بالشروط الواجب توفرها فيمن يشغلون وظيفة القضاء، وعلى وجه الخصوص القضاء الدستوري، بأنه لم يأخذ بعين الاعتبار خصوصية التجربة الفلسطينية.

• التوصيات:

1. إن قانون المحكمة الدستورية العليا يحتاج للتعديل بما يدخل في إختصاص المحكمة الدستورية ضمن نطاق رقابتها بشكل محدد، حتى لا يكون الأمر متروكاً لسلطة تقديرية للقاضي الدستوري.

2. تعديل المادة (4) بشأن شروط قضاة المحكمة الدستورية، بأن لا يكون ملزماً بقانون السلطة القضائية، بما يسمح بإدخال العنصر السياسي لهيئة المحكمة الدستورية العليا، بما لا يزيد عن ثلث أعضاء الهيئة.

3. تعديل المادة (252/) من قانون المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، رقم (3) لسنة 2006، بما يضمن التراتبية للقواعد القانونية، وإدراج المعاهدات الدولية، من بين القوانين التي يحق المحكمة الدستورية العليا أن تبت في مدى دستورتيتها.

4. تعديل المادة (3/25) بشأن الرجعية في تنفيذ الأحكام، حيث أن مصالح ومراكز قانونية قد تكون قد تشكلت لا يمكن هدمها، أو التعويض عنها، بالتالي فان المقترح بأن يكون الأثر مباشراً، والاستثناء هو الرجعية في حال قابلية الرجعية.

5. تعديل المادة (24) بشأن اختصاصات المحكمة الدستورية العليا الفلسطينية، بإضافة الاختصاص لها بالبت في حال التنازع بين القوانين من المرتبة الواحدة.

الدراسة السادسة:

التفتيش الجمركي في القانون القطري

أحمد محمد الحسن

تلعب سلطة الجمارك دوراً كبيراً وفعالاً في أعمال الرقابة على حدودها البرية، الجوية أو البحرية، من خلال تطبيق أحكام الرقابة الأمنية والصحية، فضلاً عن تحصيل الرسوم الجمركية التي تمثل جزءاً من أهم إيرادات الدولة والدخل القومي. وهي تؤدي دوراً مباشراً في دعم الاقتصاد المحلي من خلال تطبيق سياسة الحكومة في جذب الاستثمارات أو في حماية المنتج المحلي، كما تنص على لعمليات التهريب على النطاق الإقليمي سواءً في المناطق الحرة أو في الأماكن الأخرى داخل حدود إقليم الدولة التي أقرها القانون، بالإضافة إلى تعاون الجهات الدولية في مراقبة استيراد وتصدير البضائع، وتلعب الدول دوراً مهماً في الرقابة من عدة جهات ومنها منظمة الجمارك العالمية حيث تم تأسيسها عام 1952 وتضم حالياً أكثر من 170 عضواً من إدارات الجمارك حول العالم.

ومع تزايد وفعالية الحركة الاقتصادية الدولية أصبحت مهام السلطات الجمركية معقدة وتحتاج إلى تطوير وتجديد مستمر، ودخل في مهامها تشجيع التجارة كمطلب أساسي لمنظمة التجارة العالمية، وهذا يحتاج بالطبع إلى إحداث توازن بين الرقابة من جهة وتسهيل الإجراءات الجمركية من جهة أخرى⁽¹⁾.

ولقد سعت السلطات التشريعية إلى وضع النظم والقواعد والأحكام القانونية التي تتماشى مع الغاية المرجوة، كما سعت الإدارات الجمركية إلى تطبيق توجهات منظمة الجمارك العالمية بتطبيق النظم الجمركية الجديدة لمسايرة هذا التطور والأحداث المستجدة بما لا يعرقل التبادل التجاري.

(1) انظر، تقرير عبدالله النعيمي - الشرق القطرية. <http://gulf.argaam.com/article/articledetail/199367>

وعلى الرغم من ذلك، إلا أن الدول قد تعاونت لمكافحة الكثير من أنواع الغش التجاري، والبضائع المقلدة، والتهرب الضريبي،... وغيرها، وخلاصة ذلك يمكن القول بأن "التشريع الجمركي له دور بالغ الأثر في حياة البلاد، ليس فقط لأنه يحقق للدولة مورداً مالياً، وإنما أيضاً هو السياج الذي تؤمن الدولة بواسطته فاعلية سياساتها الاقتصادية والاجتماعية"⁽¹⁾. حيث يتضح أن الإدارات الجمركية تعمل على موازنة التوفيق بين مكافحة الجريمة الجمركية من ناحية، والعمل على التسهيل والتخليص الجمركي من ناحية أخرى. كما تعدّ جريمة التهريب الجمركي لها النصيب الأكبر من حيث حدوثها في الواقع العملي، وتظهر مع تكرارها مشاكل عدة، وهذا ما يدفع للبحث عن الصعوبات العملية والإجرائية ومحاولة التوفيق في التسهيل الجمركي ومكافحة الجريمة في آن واحد.

خلاصة القول أن المعاملات الجمركية ودورها في عملية الاستيراد والتصدير تعتبر "من أهم أركان التجارة الدولية وتلعب دوراً رئيسياً في تيسير التجارة، كجهة مسؤولة عن تنفيذ ومتابعة السياسات والقرارات الخاصة بهذه العمليات، والرقابة على المنافذ الحدودية وما تخلفه من آثار على حركة انسياب وتدفق البضائع فيما بين الدول"⁽²⁾.

♦ أولاً: إشكالية البحث

تظهر إشكالية البحث في مدى توافق التفتيش في جريمة التهريب الجمركي مع التفتيش في الجرائم العادية، ومدى استيعاب النصوص القانونية في قانون الجمارك رقم (40) لسنة 2002 للنطاق المكاني والنوعي في التفتيش، ويسعى الباحث للتوصل إلى النتائج التي قد تعالج النقص الذي يطرأ على هذه النصوص، مع بيان الضوابط التي تحكم المعايير الفعلي القائم على التفتيش، ومدى وضوح هذه الأحكام.

♦ ثانياً: فرضيات البحث

يطرح البحث عدداً من الفرضيات التي تحتاج إلى إجابة:

(1) حمدي، محمد كمال، جريمة التهريب الجمركي، قرينة التهريب، دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية، ط 1989 ص 5.

(2) <http://gulf.argaam.com/article/articledetail/199367>

أولاً: هل وضع المشرع القطري معياراً محدداً لتمييز التفتيش في جريمة التهريب الجمركي عن الجرائم العادية الأخرى؟ أم إن القواعد العامة في قانون الإجراءات الجنائية تكفي لذلك؟
ثانياً: لماذا اختار المشرع القطري عبارة موظفي الجمارك ولم يختار عبارة مفتشي الجمارك؟
ثالثاً: هل هناك قواعد معينة تسري بشأن نطاق التفتيش الجمركي؟
رابعاً: هل التفتيش الجمركي يخضع للنطاق المكاني أو النوعي؟ وما هو موقف المشرع القطري؟

خامساً: ما هي حدود التفتيش الجمركي؟ وما هي الآثار المترتبة على التفتيش في جريمة التهريب الجمركي؟

♦ ثالثاً: أهمية البحث

يتناول البحث أكثر الجرائم وقوعاً في الحياة العملية، وقد اختار الباحث هذا الموضوع محل البحث لعدم وجود دراسات سابقة في جريمة التهريب الجمركي في القانون القطري، وعدم توافرها في المكتبات القانونية القطرية على الرغم من أهمية الموضوع، ويسعى الباحث بحق إلى وضع النتائج والتوصيات التي قد تفيد الإدارات المختصة في دولة قطر، وربط موضوع البحث بالإشكاليات العملية، حيث يكون مرجعاً مفيداً لهم بعد قيام الباحث بتمحيص القواعد القانونية المتعلقة بموضوع البحث. ويعتبر موضوع البحث إضافة جديدة للمكتبات القانونية، حيث لم يسبق دراسة هذا الموضوع في القانون القطري.

♦ رابعاً: الدراسات السابقة

لا توجد دراسات سابقة تتعلق بالتفتيش في جريمة التهريب الجمركي في القانون القطري، ولكن هناك بعض من الدراسات في الدول الأخرى، ومنها: الغنيمات، أمين إسحق محمد. 2019م. النطاق القانوني للتفتيش في جريمة التهريب الجمركي. الجامعة الإسلامية للدراسات الشرعية والقانونية.

وتتميز دراستنا عن الدراسة السابقة بتسليط الضوء على أحكام قانون الجمارك القطري رقم (40) لسنة 2004، فيما يتعلق بمفهوم التفتيش والمنوط للأشخاص المعنيين وحدوده وضوابطه، والصعوبات العملية التي قد تحدث أثناء عملية الضبط وما يترتب عليها من آثار.

♦ خطة البحث:

وعليه، فإننا سنتناول التحليل الموضوعي بتأصيل جديد وبيان الإشكاليات وفقاً لدراسة وصفية تحليلية مقارنة، والخطة كالاتي:

المطلب الأول: ماهية التفتيش وأنواعه

الفرع الأول: مفهوم التفتيش في الجريمة الجمركية

الفرع الثاني: أنواع التفتيش

الفرع الثالث: ضوابط التفتيش الجمركي

المطلب الثاني: نطاق وآثار التفتيش الجمركي

الفرع الأول: نطاق التفتيش الجمركي

الفرع الثاني: آثار التفتيش الجمركي

○ المطلب الأول: ماهية التفتيش وأنواعه

يُعد التفتيش خروجاً عن القواعد العامة التي تحكم خصوصية الإنسان، وقد سعت الدساتير إلى تكريس حرمة الإنسان بحيث لا يجوز التعرض لها. وعليه سوف نتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع، حيث يتضمن الفرع الأول مفهوم التفتيش في جريمة التهريب الجمركي، والفرع الثاني يتعلق بأنواع التفتيش، والفرع الثالث يتناول ضوابط التفتيش.

• الفرع الأول: مفهوم التفتيش في الجريمة الجمركية

هو إجراء يتضمن مخالفة لحق الفرد في حياته الخاصة، وقد نص الدستور القطري على أن الحرية الشخصية مكفولة، ولا يجوز القبض على إنسان أو حبسه أو تفتيشه أو تحديد إقامته أو تقييد حريته في الإقامة أو التنقل إلا وفق أحكام القانون، وأن لخصوصية الإنسان حرمتها، فلا يجوز تعرض أي شخص لأي تدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو أية تدخلات تمس شرفه أو سمعته إلا وفقاً لأحكام القانون وبالكيفية المنصوص عليها.⁽¹⁾

(1) الدستور الدائم لدولة قطر. المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 8 يونيو 2005 في العدد السادس لسنة 2005. المادة (36)،(37).

وقد سبقت الشريعة الإسلامية التشريعات الوضعية في حرمة الإنسان والمسكن، وذلك في قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تدخلوا بيوتاً غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها ذلكم خير لكم لعلكم تذكرون"⁽¹⁾، وقول الرسول صلى الله عليه وسلم "لو أن رجلاً اطع عليك بغير إذن، فحذفته بحصاه، ففقت عينه ما كان عليك من جناح"⁽²⁾.

ويتعدد مفهوم التفتيش بتعدد أنواعه، وبالتالي هناك من يُعرّف التفتيش من ناحية قضائية والآخر يعرّفه من ناحية إدارية، أو من جهة حق الخصوصية، ويقصد بالتفتيش بمدلوله العام في الفقه والقضاء على أنه "الاطلاع على محل له حرمة للبحث عما يفيد التحقيق"⁽³⁾.

وقد تعددت التعريفات حول المقصود بالتفتيش القضائي بمدلوله العام، ونقتصر على الرأي القائل بأن التفتيش هو "إجراء من إجراءات التحقيق، يقوم به المحقق أو من يُؤدّن له بالبحث في مكان معين عن أشياء محددة تتعلق بموضوع التحقيق، وبالاطلاع على محل منحه القانون حرمة خاصة باعتباره مستودع صاحبه، ويكون الهدف من ذلك الاطلاع وضبط ما يفيد في كشف الحقيقة عن جريمة معينة وقعت بالفعل"⁽⁴⁾ وقد عرفت محكمة النقض المصرية التفتيش على أنه "البحث عن عناصر الحقيقة في مستودع السر فيها"⁽⁵⁾.

ونحن نعرف التفتيش في الجريمة الجمركية على أنه قيام الشخص المخول بالتفتيش قانوناً، الممنوح له صفة الضبطية القضائية، بالبحث عن كل دليل من الأدلة التي تقيد في كشف الحقيقة عن جريمة جمركية ارتكبت بالفعل أو بوجود مظنة ودلائل كافية لإرتكاب الجريمة، متى كان ذلك في حدود النطاق الجمركي وفي الدوائر الجمركية وفي الموانئ والمطارات والمنافذ الخاضعة للرقابة الجمركية، وتكون خارج هذا النطاق عند ملاحقة ومتابعة المواد المهربة ومطاردتها مطاردة متصلة من قبل المخولين بالتفتيش بعد مشاهدتهم ضمن النطاق الجمركي في وضع يستدل على كفاية ارتكابها وتهريبها.

(1) القرآن الكريم، سورة النور، الآية 27.

(2) صحيح البخاري، الراوي أبو هريرة، المحدث البخاري، الصفحة 6902.

(3) الزعبي، علي احمد عبد، حق الخصوصية، ص356. لا يوجد عنوان للناشر.

(4) عثمان، محمد محبوب، 1999م، التفتيش وحرمة الحياة الخاصة، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص52.

(5) محكمة النقض المصرية في 1962/12/17م، مجموعة أحكام النقض، سنة (13)، رقم (205)، ص853.

وقد خول القانون موظفي الجمارك صفة مأموري الضبط القضائي بموجب نص القانون، وبذلك نص المشرع القطري على أن يكون لموظفي الإدارة الذين يندبهم الوزير بقرار منه، كلٌّ في حدود اختصاصاته، صفة مأموري الضبط القضائي⁽¹⁾، وقد أكدت محكمة التمييز ذلك بقولها "أن الشارع منح موظفي الجمارك الذين أسبغت عليهم القوانين صفة مأموري الضبط القضائي في أثناء قيامهم بتأدية وظائفهم حق تفتيش الأماكن والأشخاص والبضائع ووسائل النقل داخل الدائرة الجمركية أو في حدود نطاق الرقابة الجمركية"⁽²⁾. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع استخدم عبارة موظفي الجمارك بدلاً من عبارة مفتشي الجمارك، ونرى بأن استعمال المشرع لعبارة موظفي الجمارك له ما يبرره، حيث أن هناك اختلاف بين كلا العبارتين، فكل مفتش جمركي هو موظف جمركي، بينما ليس كل موظف جمركي هو مفتش جمارك هذا من ناحية أولى، ومن ناحية أخرى هناك فئة من الموظفين تثبت لهم صفة مأموري الضبط القضائي على الرغم من أنهم غير مفتشين، ومثال ذلك فئة موظفي الجمارك التابعين لإدارة مكافحة التهريب والأمن الجمركي حيث تثبت لهم صفة مأموري الضبط القضائي بالرغم من أنهم غير مفتشين وفي بعض الأحوال غير موجودين في المنافذ الجمركية.⁽³⁾

(1) قانون رقم 40 لسنة 2002 بإصدار قانون الجمارك، المنشور في الجريدة الرسمية العدد الثاني في 30 يناير لسنة 2003، المادة (115)، وانظر المادة (120) "على موظفي الإدارة مكافحة التهريب، ولهم في سبيل ذلك ان يقوموا بالكشف على البضائع ووسائل النقل وتفتيش الأشخاص وفقاً لأحكام هذا القانون والقوانين الأخرى النافذة". وانظر المادة (126) "يجوز لموظفي الإدارة المخولين صفة مأموري الضبط القضائي التحفظ على أي شخص إذا كان لديهم إشتباه بأنه ارتكب أو حاول ارتكاب جريمة أو كان ذا علاقة بارتكاب جريمة التهريب أو نقل بضائع مهربة أو حيازتها". وانظر الطعن رقم 223 لسنة 2015 بجلسة 01/02/2016 المنشور في مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية بمحكمة التمييز، السنة الثانية عشرة، ص122.

(2) المجموعة العشرينية الجنائية الأولى للقواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز القطرية في المواد الجنائية، الجزء الأول، طعن رقم 336 لسنة 2013، جلسة 17/03/2014، ص889.

(3) المادة (23) من القرار الأميري رقم (37) لسنة 2014 بإنشاء الهيئة العامة للجمارك، حيث تنص على اختصاص إدارة مكافحة التهريب والأمن الجمركي بما يلي:

1- إعداد الخطط الامنية لجميع الدوائر الجمركية والمناطق الخاضعة لرقابة الهيئة ورفعها إلى الرئيس لإقرارها.

2- مراقبة دخول ووسائل النقل والبضائع عن بوابات الدوائر الجمركية والتأكد من استكمال الإجراءات الجمركية قبل مغادرتها.

• الفرع الثاني: أنواع التفتيش

يقسم غالبية الفقه إلى نوعين للتفتيش، الأول وهو التفتيش القضائي والثاني التفتيش الوقائي والإداري، ويعتبر أشد أنواع التفتيش هو التفتيش القضائي لأنه يهدف للبحث عن الأدلة المتحصلة عن جريمة معينة، وبذلك فإن التفتيش القضائي هو "إجراء من إجراءات التحقيق، ويتم اللجوء إليه للبحث عن أدلة مادية بغية التلليل بها على وقوع جريمة ما، من شخص معين بالذات"⁽¹⁾، وبالتالي فإن التفتيش القضائي هو إجراء وعمل من أعمال التحقيق وطالما كان كذلك، فإنه لا يجوز - في غير حالات التلبس - القيام به إلا بعد الحصول على إذن من جهة التحقيق وهي النيابة العامة.

وأما التفتيش الوقائي يعرفه الباحث على أنه إجراء الهدف منه حماية مكان معين دون وجود جريمة، يقوم به الشخص المخول له ذلك دون الحاجة لصدور إذن من سلطة التحقيق، وهو بذلك المعنى ليس إجراءً من إجراءات التحقيق⁽²⁾.

ومن أكثر الأمثلة الشائعة والمتردة لدى الفقه على التفتيش الوقائي، هو تفتيش الركاب قبل الصعود إلى الطائرة، بحيث يهدف إلى عدم وجود مواد خطيرة تهدد سلامة الرحلة الجوية. وأما التفتيش الإداري يتقارب من التفتيش الوقائي بمفهومه العام، فهو يتجرد من المقومات التي توجد في التفتيش القضائي، فهو بذلك إجراء إداري يرد على مجموعة من الأشخاص دون حدوث جريمة معينة بهدف تحقيق الأمن والسلامة واحترام القوانين واللوائح والأنظمة المعمول بها، ودون الحاجة - للقيام به - إلى صدور إذن من سلطة التحقيق، ومن أبرز الأمثلة الفقهية، التفتيش الجمركي الذي يتم في المطارات والمنافذ، وتفتيش السجون.

3- متابعة المخلصين الجمركيين والمستخدمين والمسافرين داخل الدائرة الجمركية، والتأكد من التزامهم بالنظم والإجراءات المقررة.

4- تنظيم حركة المركبات والأفراد داخل الدائرة الجمركية.

5- مكافحة المخالفات وجرائم التهريب الجمركي وعمليات الغش التجاري فيما في ذلك تحرير محضر ضبط للبضائع محل الجريمة وحجزها، تمهيداً لاتخاذ الإجراءات القانونية بشأنها.

6- تنفيذ جولات تفتيشية على الدوائر الجمركية للتأكد من حسن سير العمل، ومعاينة وتفتيش أي بضاعة أو واسطة نقل أو شخص بصورة تلقائية أو عشوائية بعد إنهاء الإجراءات الجمركية العادية بصصدها.

(1) نسيمية، شيخ، 2013م، ضبط الشرطة القضائية وعمليات التفتيش، صلاح الدين دكدك، مجلة الفقه والقانون، ص180.

(2) غنام، محمد غنام، 2017م، شرح قانون الإجراءات الجنائية القطري، كلية القانون، جامعة قطر، ص376.

وعليه فإن التفتيش الوقائي هو تفتيش إداري، وبذلك قضت محكمة النقض بأن تفتيش المتهم قبل إيداعه في سجن القسم تمهيداً لعرضه على سلطة التحقيق أمر لازم لأنه من وسائل التوقي والتحوط من شر من قبض عليه إذا ما سولت له نفسه التماساً للفرار أن يعتدي على غيره بما يكون محرزاً له سلاح أو نحوه⁽¹⁾، وقضت محكمة التمييز القطرية على أن تفتيش الزائرين للسجون وأغراضهم لا يُعد تفتيشاً أو عملاً من أعمال التحقيق، واعتباره إجراءً إدارياً تحفظياً، لا يلزم لإجرائه أدلة كافية أو إذن سابق من سلطة التحقيق⁽²⁾.

فإذا أسفر التفتيش الإداري والوقائي عن جريمة فإننا نكون أمام حالة تلبس عرضي، ويكون نتيجة إجراء مشروع، ويصح الاستشهاد به كثمرة مشروعة، وهذا ما سوف نتطرق له لاحقاً بمنهجية مفصلة.

• الفرع الثالث: ضوابط التفتيش الجمركي

نص المشرع القطري من المادة (120) من قانون الجمارك على أنه يكون لموظفي الإدارة مكافحة التهريب، ولهم في سبيل ذلك أن يقوموا بالكشف على البضائع ووسائط النقل وتفتيش الأشخاص وفقاً لأحكام هذا القانون والقوانين الأخرى النافذة. ولا يجوز تفتيش النساء ذاتياً إلا من قبل مفتشات الجمارك، ويحقّ لموظفي الإدارة في حال وجود دلائل كافية على وجود مواد مهربية، وبعد الحصول على إذن من الجهة المختصة، تفتيش أي بيت أو مخزن أو أي محل وفقاً للقوانين النافذة.

وبالتالي فإن التفتيش الجمركي تحكمه الضوابط المنظمة له في قانون الجمارك رقم (40) لسنة 2002 كقاعدة عامة، ووفقاً لقاعدة الخاص يقيد العام، وأما المسائل التي لم ينظمها القانون فإن القواعد العامة هي التي تسري بشأنها، ونقصد بذلك قانون الإجراءات الجنائية تحديداً باعتباره الشريعة الإجرائية العامة في التفتيش.

والأصل أن التفتيش الجمركي هو تفتيش إداري ووقائي كما سبق بيانه، لا يهدف للبحث عن الأدلة المتحصلة عن الجريمة، ويشترط فيه أن يكون بطبيعة الحال من قبل موظف

(1) نقض مصري، جلسة 09/05/1985، مجموعة أحكام محكمة النقض، س36، ص643.

(2) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية بمحكمة التمييز، السنة الثانية عشرة 2016، طعن رقم 321 لسنة 2015، جلسة 04/04/2016، ص273.

الجمارك، بالاستناد إلى المواد (120) (121) (122) (125) (126)، فإذا كان القائم به ليس من موظفي الجمارك فلا يُعد تفتيشاً جمركياً صحيحاً⁽¹⁾.

فإذا أسفر التفتيش عن جريمة فعندئذ نكون أمام حالة تلبس عرضي لا يثير أي إشكالية، ويصح الاستشهاد به كدليل نتيجة إجراء مشروع قانوناً⁽²⁾، ويشترط حتى يكون التفتيش صحيحاً أن يكون في حدود تحقيق الأمن والسلامة داخل النطاق الجمركي والرقابة الجمركية، فإذا جاوز المفتش الجمركي هذه الحدود دون وجود اشتباه بالتهريب فإنه يكون قد جاوز الغرض الذي شرع من أجله، وبالتالي فإنه يكون قد استطال لغرض آخر وهو البحث عن دليل وعن جريمة لا صلة لها بذلك النوع من التفتيش، مما يترتب عليه بطلان التفتيش⁽³⁾.

ويختلف الحكم في حالة الاشتباه، وبالتالي يصح التفتيش حتى وإن جاوز حدود نطاق الأمن والسلامة وكان ذلك نتيجة وجود مظنة قامت لدى موظف الجمارك، فإذا توافرت حالة الاشتباه وقام موظف الجمارك بالتفتيش داخل جسم المشتبه به، أو تفتيشه تفتيشاً ذاتياً فإن الإجراء يكون صحيحاً طالما كان ذلك بناء على مظنة الموظف بقيام المشتبه به بارتكاب جريمة التهريب، وهذا ما أكدته محكمة التمييز القطرية بقولها "بل إنه يكفي أن تقوم لدى الموظف المسؤول عن المراقبة والتفتيش في تلك المناطق حالة تتم عن شبهة في توافر التهريب الجمركي فيها في الحدود المعرف بها في القانون حتى يثبت له حق الكشف عنها، وكانت حالة الشبهة المقصودة حالة ذهنية تقوم بنفس المنوط بهم تنفيذ القوانين الجمركية يصح معها

(1) غنام، محمد غنام. 2017م، مرجع سابق، ص 381.

(2) المجموعة العشرينية الجنائية الأولى للقواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز القطرية في المواد الجنائية، الجزء الأول، طعن رقم 366 لسنة 2013، جلسة 17/03/2014، ص 889.

(3) حكم محكمة الاستئناف، طعن على الحكم الابتدائي رقم 1806 لسنة 2012 الصادر بجلسة 30/05/2013 في القضية رقم 276/2012، دائرة الجنايات والحدود والقصاص الأولى. تابع حيثيات الحكم " لما كان ذلك وكان البين من الحكم المستأنف وسائر اوراق الدعوى أن تفتيش أمتعة المستأنف الذي أسفر عن ضبط الأقرص المحظورة مخبئة في قطع الحلوى - كيك - بعد ان لفت بورق الألمنيوم ووضعت في طردين للحلويات أغلقا بشريط لاصق تم داخل الدائرة الجمركية... وكان من غير المتصور أن يتقضي بحث مفتش الجمارك عن أشياء مهربة أن يقوم بالبحث عنها داخل قطع الحلوى وهي لا تصلح لوضع أي منها داخلها فإن التفتيش منه وبالكيفية التي تم بها يكون متجاوزاً للغرض الذي شرع من أجله ويكون قد استطال لغرض آخر وهو سعي من أجره للبحث عن جريمة لا صلة لها بذلك النوع من التفتيش الأمر الذي يترتب عليه بطلان التفتيش ويضحي الدليل المستمد منه باطلاً ويستطيل البطلان إلى كل ما ضبط مع المستأنف من مواد مخدرة نتيجة الإجراء الباطل بما في ذلك شهادة من أجره وما أثبتته في محضره.

في العقل القول بقيام مظنة التهريب في حدود دائرة المراقبة الجمركية، وتقدير ذلك منوط بالقائم بالتفتيش تحت إشراف محكمة الموضوع ومتى أقرت توافر تلك الحالة فلا معقب عليها - كما هو الحال في الدعوى - ويصح الاستشهاد بهذا الدليل على تلك الجريمة على اعتبار نتيجة إجراء مشروع قانوناً فإن الحكم المطعون فيه يكون على صواب فيما انتهى إليه من رفض الدفع ببطلان التفتيش⁽¹⁾.

وكما يصح التفتيش إذا كان مظنة الاشتباه ليس من الموظف الجمركي الذي قام بالتفتيش فعلاً، وإنما كانت المظنة من قبل رئيسه، وقام الموظف بالتفتيش بناء على طاعة رئيسه، على سند بوجود مظنة لدى الرئيس⁽²⁾.

وأما إذا كان التفتيش الذي أجراه موظف الجمارك دون أن تتوافر لديه مظنة التهريب أو كان نتيجة تلقيه بلاغاً أو تعليمات من جهات أخرى بوجود جريمة تهريب، فإن التفتيش في هذه الحالة يكون قضائياً لا يصح إلا بوجود إذن من سلطة التحقيق للقيام به، فإذا قام موظف الجمارك بتفتيش المسافرين بناء على تعليمات تلقاها من إدارة مكافحة المخدرات ودون الحصول على إذن من النيابة العامة للقيام بالتفتيش فإنه يكون في هذه الحالة تفتيشاً باطلاً⁽³⁾.

(1) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية بمحكمة التمييز، السنة الثالثة عشرة 2017، طعن رقم 280 لسنة 2016، جلسة 06/05/2017، ص 99.

(2) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية بمحكمة التمييز، السنة الثانية عشرة 2016، طعن رقم 222 لسنة 2015، جلسة 01/02/2016، ص 122، تابع حيثيات الحكم "...، لا يغير من ذلك قيام مأموري الضبط الجمركي بإجراء تفتيش المتهم دون أن تقوم لديه مظاهر للاشتباه مادام قد أجراه امتثالاً لأوامر رئيسه مفتش الجمارك الذي قامت لديه دواعي الشك والاشتباه في الطاعن فكلف الشاهد بتفتيشه ذاتياً، الأمر الذي يضحى معه النعي على الحكم لعدم بيان الواقعة بأركانها وأدلتها وإغفاله الرد على الدفع ببطلان التفتيش غير سديد."

(3) حكم محكمة الأستئناف، طعناً على الحكم الابتدائي رقم 1424/2014 الصادر بجلسة 31/03/2015. تابع حيثيات الحكم " لما كان ذلك وكان البين من الحكم المستأنف وسائر اوراق الدعوى وإستناداً إلى ما قرره المفتش الجمركي أمام هذه المحكمة أنه قام بتفتيش شخص المستأنف وأمتعته ولم يعثر على ثمة ممنوعات وأنه لم يشتبه فيه لأن حالته كانت طبيعية وإنما حوله للمستشفى للكشف عما إذا كان يحتفظ في أحشائه على ثمة مواد مخدرة نظراً لتلقيه بلاغ بذلك من مكافحة المخدرات بأن المتهم يحوز مواد مخدرة داخل احشائه - وكان الواضح من - نصوص قانون التهريب الجمركي أنه يتطلب أن يقوم لدى موظف الجمارك المنوط به المراقبة والتفتيش في حدود نطاق الرقابة الجمركية ان تقوم عنده مظنة التهريب فلا يتلقى نبأها عن الغير الامر الذي يترتب عليه بطلان التفتيش ويضحى الدليل المستمد منه باطلاً ويستطيل البطلان إلى كل ما ضبط مع المستأنف."

وجدير بالذكر بأن التفتيش الجمركي لا يشترط فيه توافر قيود القبض والتفتيش المنظمة في قانون الإجراءات الجنائية، بل يكفي توافر المظنة والإشتباه لدى الموظف الجمركي، فإذا توفرت حالة الإشتباه صح التفتيش دون القيود الواردة في قانون الإجراءات الجنائية⁽¹⁾.

○ **المطلب الثاني: نطاق وأثار التفتيش الجمركي**

سوف نتناول في هذا الطلب فرعين، ويتعلق الفرع الأول بنطاق التفتيش الجمركي، واما الفرع الثاني يتعلق بآثار التفتيش في الجريمة الجمركية.

• **الفرع الأول: نطاق التفتيش في الجريمة الجمركية**

أورد المشرع القطري تحديد نطاق التفتيش الجمركي من المواد (121)، (122)، (123)، (124)، (125)، وقام بوضع الأسس التي يتم بها تحديد النطاق الجمركي الذي يتم فيه التفتيش، ويقع محل التفتيش - على سند من المواد المشار إليها - على الأشخاص والأماكن وتشمل المخازن والمحلات والسفن والطائرات والأوراق والمستندات⁽²⁾، ويتضح من نصوص التشريعات الجمركية أن الحق في التفتيش ليس مطلقاً، "بل يجب أن يمارسه المخاطبون به

(1) مجموعة الأحكام الصادر عن الدائرة الجنائية 2017، السنة الثالثة عشرة، طعن رقم 569 لسنة 2016، جلسة 05/05/2017، ص262، تابع "...، وأن الشارع بالنظر إلى طبيعة التهريب الجمركي وصلته المباشرة بصالح الخزانة العامة ومواردها وبمدى الاحترام الواجب للقيود المنظمة للاستيراد والتصدير لم يتطلب بالنسبة للأشخاص توافر قيود القبض والتفتيش المنظمة بقانون الإجراءات الجنائية أو اشتراطه وجود المراد تفتيشه في إحدى الحالات المبررة له في نطاق الفهم القانوني للمبادئ المقررة في القانون المذكور، بل إنه يكفي أن يقوم لدى الموظف المنوط به بالمراقبة والتفتيش في تلك المناطق حالة تتم عن شبهة في توافر التهريب الجمركي فيها".

(2) قانون الجمارك القطري رقم (40) لسنة 2002، المادة (120) "...، ويُحق لموظفي الإدارة في حالة وجود دلائل كافية على وجود مواد مهربة، وبعد الحصول على إذن من الجهة المختصة، تفتيش أي بيت أو أي محل وفقاً للقوانين النافذة،..." وتنص المادة (122) على أنه " للموظفين المخولين صفة مأموري الضبط القضائي الحق في الصعود إلى السفن داخل النطاق الجمركي لتفتيشها أو المطالبة بتقديم بيان الحمولة وغيره من المستندات المطلوبة وفق أحكام هذا القانون " وتنص المادة (124) على أنه " يجوز إجراء التحري عن التهريب وحجز البضائع وتحقيق المخالفات الجمركية بشأن جميع البضائع على إمتداد أراضي الدولة في الاماكن التالية:3...- خارج النطاق الجمركي عند متابعة البضاعة المهربة ومطاردتها مطاردة متواصلة من قبل المسؤولين عن ذلك، بعد أن شوهدت ضمن النطاق الجمركي في وضع يستدل منه على قصد تهريبها "

في نطاق ما يصادفهم من حالات تتم عن شبه توافر الغش أو التهريب الجمركي، بمعنى يكفي أن يقوم لدى الموظف المختص بالمراقبة والتفتيش داخل الدائرة الجمركية حالة الشبهة حتى يحق له ضبطها⁽¹⁾، وبالتالي فإن نطاق التفتيش نقسمه بما يلي:

■ أولاً: تفتيش الأشخاص

يعتبر تفتيش الأشخاص من أشد أنواع الإجراءات الوقائية والقانونية، سواء نظرنا إليه في ذاته، أو من حيث النتائج المترتبة عليه، لأنه مساس بالحرية الشخصية⁽²⁾.

أ- التفتيش دون حالة التلبس:

لا يجوز تفتيش الأشخاص في غير حالات التلبس إلا في حدود النطاق الجمركي والدوائر الجمركية والأماكن الخاضعة للرقابة الجمركية، وبقصد تحقيق الأمن والسلامة لأن التفتيش - كما سبق بيانه - تفتيش إداري، وبالتالي إذا تم التفتيش خارج هذا الحدود فإنه يكون قد جاوز التفتيش الذي قصده الشارع مما يترتب عليه بطلان التفتيش⁽³⁾.

ونحن نرى بأن قول المشرع القطري بمدلول النطاق الجمركي، هي مسألة نظرية قد تترتب عليها بعض الإشكاليات في الواقع العملي، وبالتالي فإن الباحث يرى بأن نطاق التفتيش يخضع للدائرة الخاضعة لإشراف الجمارك، فإذا كانت الدائرة لا تخضع لإشراف الجمارك فإنها تكون خارج النطاق وبالتالي لا يصح التفتيش فيها، وأما إذا كانت الدائرة خاضعة لإشراف الجمارك فعندئذ نكون في حدود الدائرة الجمركية التي قصدها الشارع ويصح التفتيش في هذا النطاق. ولكن، ومع ذلك التقسيم الذي سقناه فقد يكون نطاق التفتيش في بعض الأحوال مشتركاً بين موظفي الجمارك وجهات أخرى مما يثير بعض الإشكاليات، وكما هو الحال في بعض صالات المطارات كصالة تغيير الرحلات - الترانزيت - فقد يكون موظف الجمارك هو ممثل

(1) مداح، حاج علي، 2004م، معاينة الجرائم الجمركية، مجلة الفقه والقانون، المغرب، ص196.

(2) الشخلي، عبدالقادر عبدالحافظ، 2007م، الجهود والاتفاقيات الدولية والعربية لمكافحة الجريمة الاقتصادية، كلية التدريب، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، ص10.

(3) الغنيمات، أمين إسحق محمد، 2019م، النطاق القانوني للتفتيش في جريمة التهريب الجمركي، الجامعة الإسلامية بغزة - عمادة البحث العلمي والدراسات العليا، ص389 وما بعدها.

النقطة الأولى عند دخول المسافرين لصالة تغيير الرحلات، وفي الداخل نرى بأن هناك مراقبة من قبل موظفي وزارة الداخلية وموظفي الجواله التابعين للهيئة العامة للجمارك، وفي هذه الحالة قد تثير بعض تنازع الاختصاص بين هؤلاء الموظفين بمختلف تبعيتهم، ونرى بأن الحل الأمثل لهذه الظروف أن يتم تقسيم الدوائر بين العاملين في المنافذ بصورة واضحة ودقيقة تفادياً لبطلان الإجراءات في حالة القبض أو التفتيش لعدم اختصاص الموظف صاحب الإجراء الباطل. وتكون معالجة الإشكالية بالتعاون بين الجهات المختلفة والمكلفة من خلال التنسيق ويتم وضع ضوابط وأسس واضحة لا يشوبها أي غموض أو إبهام.

ب- التفتيش في حالة التلبس:

يلتزم الموظف الجمركي في الحدود الجمركية الخاضعة لإشراف الجمارك والقوانين المنظمة لها، ولكن إذا أسفر التفتيش عن جريمة متلبس بها فإنه يحق لموظف الجمارك القبض على المتهم إستناداً لحالة التلبس كون موظف الجمارك من الأشخاص الذين خولهم القانون صفة مأموري الضبط القضائي، ويقدم المقبوض عليه في غضون أربعة وعشرين ساعة على النيابة العامة.⁽¹⁾ وكما يجوز أن يتم التفتيش خارج حدود الدائرة الجمركية إذا فر المتهم من موظف الجمارك، ويشترط في هذه الحالة أن تكون ملاحقة المتهم ملاحقة متصلة، فإذا تبين لدى موظف الجمارك بعد مغادرة المتهم حدود الدائرة الجمركية بأن المتهم متلبس بجريمة تهريب فإنه لا يجوز ملاحقته لأنه لم يكن هناك مطاردة متصلة من قبل موظف الجمارك على سند من المادة (134) من قانون الجمارك المشار إليه.

■ ثانياً: تفتيش المنازل والمخازن والمحلات

لما كانت المادة (37) من الدستور تنص على أن لخصوصية الإنسان حرمتها فلا يجوز تعرض أي شخص لأي تدخل في خصوصياته أو شؤون أسرته أو مسكنه أو مراسلاته أو أية

(1) قانون الجمارك القطري رقم (40) لسنة 2002، المادة (134) والتي تنص على " لا يجوز القبض إلا في الحالات التالية: 1- جرائم التهريب المتلبس بها. 2- مقاومة رجال الجمارك أو الأمن التي تعوق ضبط المخالفات الجمركية أو جرائم التهريب أو تحقيقها أو ضبط المتهمين فيها... ويقدم المقبوض عليه إلى الجهة المختصة خلال أربع وعشرين ساعة من من وقت القبض عليه "

تدخلات تمس شرفه أو سمعته إلا وفقاً لأحكام القانون وبالكيفية المنصوص عليها، وهذا النص ورد بشكل عام ومطلق ولم يرد عليه ما يقيد أو يخصصه مما مؤداه أن هذا النص الدستوري يستلزم في جميع أحوال التعرض للمسكن أن يكون وفقاً لأحكام القانون وبالكيفية المنصوص عليها، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز القطرية⁽¹⁾. وعليه، أجاز المشرع القطري لموظفي الجمارك تفتيش المنازل والمخازن والمحلات ومافي حكمها⁽²⁾، وقد أورد المشرع هذه الحالات على سبيل المثال، استنتاجاً لقوله "أو أي محل" وبالتالي يجوز تفتيش المزارع والحدائق والكراجات ومافي حكمها. وبما أن تفتيش المنازل أشد أنواع التفتيش لما يترتب عليه انتهاك حرمة المنازل، فقد اشترط المشرع أن يتم هذا التفتيش بناء على إذن من النيابة العامة، وبشرط وجود دلائل تفيد بارتكاب جريمة التهريب.

وقد عرف قانون الإجراءات الكويتي "بأن تفتيش المنازل المقصود في المادة 83 يكون بدخول المساكن والبحث فيها عن شيء أو أثر يفيد التحقيق أو يلزم له، وللقيام بتفتيش المسكن أن يبحث عن الأشياء المطلوب ضبطها في جميع أجزاء المسكن وملحقاته ومحتوياته"⁽³⁾. ويشترط " لصحة التفتيش الذي يجريه أو تأذن النيابة بإجرائه في مسكن المتهم أو ما يتصل بشخصه أن تكون هناك جريمة معينة، وتكون هذه الجريمة جنائية أو جنحة، وأن تقوم القرائن ما يسمح بتوجيه الاتهام إلى الشخص المراد تفتيشه"⁽⁴⁾.

وطالما كان قانون الإجراءات الجنائية هو الشريعة الإجرائية العامة فتسري أحكامه على ما لم يرد بشأنه نص، وعليه لا يجوز تفتيش المساكن حتى في حالة التلبس إلا بعد الحصول على إذن من النيابة العامة، بإستثناء ما أورده المشرع من المادة 50 من قانون الإجراءات الجنائية، والتي يجوز فيها تفتيش المساكن دون الحصول على إذن من النيابة العامة، وقد أورد

(1) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدارة الجنائية بمحكمة التمييز، السنة الخامسة عشرة، 2019، طعن رقم 679 لسنة 2018، جلسة 21/10/2019، ص275 وما بعدها.

(2) المادة (120) من قانون الجمارك القطري رقم (40) لسنة 2002 "...، ويحق لموظفي الإدارة في حالة وجود دلائل كافية على وجود مواد مهربية، وبعد الحصول على إذن من الجهة المختصة، تفتيش أي بيت أو مخزن أو أي محل وفقاً للقوانين النافذة".

(3) عبدالله، آمال علي مخلوق، 2009م، تفتيش المنازل وضماناته، جامعة المرقب، كلية القانون ترونة، ليبيا، ص60.

(4) عبدالملك، جندي، الموسوعة الجنائية، الجزء الرابع، ط 2010، ص587.

المشرع هذه الحالات على سبيل الحصر وهي الجنايات الموجه ضد أمن الدولة الخارجي أو الداخلي، وجنايات الإرهاب، والقتل العمد، والجنايات المنصوص عليها في قانون مكافحة المخدرات والمؤثرات العقلية الخطرة وتنظيم استعمالها والاتجار بها، والجنايات المنصوص عليها في قانون الأسلحة والذخائر والمتفجرات⁽¹⁾.

ونحن نرى بأن هذه الإستثناءات ليس لها تطبيق في ظل الجرائم الجمركية إذ تخرج بطبيعتها عن هذه الإستثناءات، فنخلص للقول بأن تفتيش المنازل في الجرائم الجمركية لا يجوز حتى في حالة التلبس إلا بعد الحصول على إذن من النيابة العامة.

وكما يشترط لصدور إذن من النيابة العامة لتفتيش المساكن، توفر الشروط اللازمة، على أن يصدر الإذن بناء على تحريات جدية، وهذا ما عبر عنه الشارع بقوله "في حالة وجود دلائل كافية على وجود مواد مهربة"، ويلزم بطبيعة الحال وقوع جريمة معينة، وأن يكون ضرورياً لتجميع الأدلة عن التهمة، وأن يتم التفتيش نهاراً، وأن يتم تنفيذ التفتيش بشكل صحيح ويلزم حدوده وضوابطه⁽²⁾. وكما أن تقدير هذه الظروف التي تحيط بالجريمة والقرائن موكل لمحكمة الموضوع دون معقب عليها ما دام استخلاصها سائغاً مع المنطق والعقل⁽³⁾.

• الفرع الثاني: آثار التفتيش في القانون القطري

نص المشرع القطري في المادة (27) من قانون الإجراءات الجنائية على أن يكون مأمورو الضبط القضائي هم أعضاء النيابة العامة وأعضاء قوة الشرطة، ويجوز بقرار من النائب العام، بالاتفاق مع الوزير المختص تخويل بعض الموظفين صفة مأموري الضبط القضائي بالنسبة للجرائم التي تقع في دائرة اختصاصهم وتكون متعلقة بأعمال وظائفهم، وتنص المادة (28) من ذات القانون على أن يكون مأمورو الضبط القضائي تابعين للنائب العام وخاضعين لإشرافه فيما يتعلق بأعمال الضبط القضائي⁽⁴⁾. ونص المشرع القطري في المادة (115) من قانون

(1) المادة (50)، من قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم (23) لسنة 2004.

(2) غنام، محمد غنام، المرجع السابق، ص 424 وما بعدها.

(3) مجموعة الأحكام الصادر عن الدائرة الجنائية بمحكمة التمييز، السنة الرابعة عشرة، طعن رقم 252 لسنة 2017، جلسة 15/01/2018، ص 25.

(4) المادة (27) و (28) من قانون رقم (23) لسنة 2004 الصادر بقانون الاجراءات الجنائية.

الجمارك على أن يكون لموظفي الإدارة الذين يندبهم الوزير بقرار منه، كل في حدود اختصاصاته صفة مأموري الضبط القضائي.⁽¹⁾

وتظهر الإشكالية في تحديد النطاق الذي يختص به موظفو الجمارك الممنوح لهم صفة مأموري الضبط القضائية، وبالرجوع إلى قانون الجمارك نجد بأن المشرع حدد اختصاص موظفي الجمارك في النطاق الجمركي والدوائر الجمركية والأماكن الخاضعة للرقابة الجمركية، ويجوز أن ينعقد الاختصاص خارج النطاق الجمركي عند متابعة البضاعة المهربة ومطاردتها مطاردة متواصلة.

وعند الرجوع إلى القرارات المنظمة بموضوع التفتيش والمعاينة أيضاً نجد ما ينص على أن تجري معاينة البضائع داخل الدائرة الجمركية.⁽²⁾ مما يثير التساؤل عما إذا كان موظفو الجمارك يخضعون للاختصاص النوعي، أم للاختصاص المكاني؟ حتى نقوم بالإجابة على هذه الإشكالية، لا بد من التوضيح بصورة موجزة المقصود بالاختصاص النوعي والمكاني.

■ أولاً: الاختصاص النوعي والمكاني

يقسم الفقه الاختصاص النوعي إلى نوعين، الأول هو الاختصاص النوعي الشامل كأعضاء الشرطة في أقسامهم المختلفة، وأما النوع الثاني فهو الاختصاص النوعي المحدد وهم من مأموري الضبط القضائي كشرطة الأحداث أو شرطة المرور. وأما الاختصاص المكاني أيضاً يقسمه الفقه إلى قسمين، وهما مأمورو الضبط القضائي ذوو الاختصاص المكاني الشامل الذي يكون على كل إقليم الدولة كالمباحث الجنائية، والاختصاص المكاني المحدد الذي ينحصر فيه عمل مأموري الضبط القضائي في المكان المحدد دون غيره.⁽³⁾

(1) المادة (115) من القانون رقم (40) لسنة 2002 الصادر بقانون الجمارك.

(2) قرار مدير عام الهيئة العامة للجمارك والموانئ، رقم (2) لسنة 2003، المادة رقم (1) والتي تنص على "تجري معاينة البضاعة داخل الدائرة الجمركية كلياً أو جزئياً وبحضور المستورد أو من يمثله قانوناً وعلى نفقته".

(3) غنام، محمد غنام، 2017م، المرجع السابق، ص212.

ونحن نرى بأن موظفي الجمارك من مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص المكاني المحدد، فينعد اختصاصهم في النطاق المحدد لهم في قانون الجمارك، وينحصر عملهم في هذا النطاق دون غيره كقاعدة عامة، استنتاجاً لإرادة المشرع في قانون الجمارك.

وحيث إن المشرع وإن لم ينص على ذلك صراحةً، إلا أنه عندما تحدث عن اختصاص موظفي الجمارك لم يشر إلى نوع معين من الجرائم بل نص على أن يكون لهم مكافحة التهريب، وهذه العبارة جاءت بصورة مطلقة لتشمل التهريب بكافة صوره وأنواعه، ولذلك فإن التهريب يقع على مواد مختلفه فمنها ما يخضع لرسوم جمركية مرتفعة، أو بضائع عادية، أو بضائع غير خاضعة للرسوم الجمركية، أو بضاعة مقيدة، أو بضاعة يمنع استيرادها ابتداءً⁽¹⁾، مما يترتب عليه خروج موظفي الجمارك من فئة مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص النوعي بنوعيه الشامل والمحدد.

وأيضاً خروجهم من فئة مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص المكاني الشامل لأن المشرع حدد اختصاص موظفي الجمارك في النطاق والدوائر الجمركية، والإماكن الخاضعة للرقابة الجمركية. فنخلص إلى القول بأن موظفي الجمارك هم من فئة مأموري الضبط القضائي ذوي الاختصاص المكاني المحدد.

وأخيراً قد تتداخل ولاية الضبط الإداري مع ولاية الضبط القضائي وذلك عندما تجتمع هاتان الولايتان في يد موظف واحد مما يترتب عليه صعوبة التمييز بين الولايتين، وقد يباشر الموظف الجمركي عملاً من أعمال الضبط الإداري ثم يتغير الضبط الإداري إلى عمل من أعمال الضبط القضائي،⁽²⁾ وهو ما يعرف بحالة

(1) المادة (142) من قانون الجمارك، ينص المشرع على " مع عدم الاخلال بأي عقوبة أشد ينص عليها قانون آخر، يعاقب على التهريب وما في حكمه ما يلي: 1- إذا كانت البضاعة المهربة تخضع لرسوم جمركية مرتفعة فتكون العقوبة...، أما البضائع الأخرى فتكون العقوبة... 2- إذا كانت البضاعة غير خاضعة للرسوم الجمركية، فتكون العقوبة... 3- إذا كانت البضاعة المهربة من البضائع الممنوعة، فتكون العقوبة...".

(2) الشيباني، مختار أو سبيحة، 2007م، سلطة مأمور الضبط القضائي في جمع الاستدلالات، جامعة أم درمان الإسلامية، كلية الشريعة والقانون، السودان، ص25.

التلبس العرضي، والذي أجاز المشرع القطري لموظفي الجمارك القبض على المتهم بنص صريح⁽¹⁾. ولا تقتصر أعمال موظفي الجمارك على ذلك فقط، وإنما يجوز لهم طلب الحصول على إذن بالتفتيش، والقيام بتحرير المضبوطات وعمل محضر بذلك، والقيام ببعض إجراءات التحقيق في حالة التلبس⁽²⁾.

■ ثانياً: تحريك الدعوى الجنائية في جرائم التهريب الجمركي

على ضوء ما سبق يترتب على اختصاص موظفي الجمارك ببعض الآثار الناتجة عن التفتيش وهو الكشف عن جريمة معينة، وتقتضي هذه الظروف إتخاذ الإجراءات القانونية حتى يتم معاقبة مرتكبيها، ومن أهم الآثار القانونية اللازمة تحريك الدعوى الجنائية ضد المتهم وعرضه على المحكمة المختصة حتى يتم معاقبته بمواد الاتهام بعد أن تم عرضه على سلطة التحقيق.

وقد نص المشرع القطري في المادة (1) من قانون الإجراءات الجنائية على أن النيابة العامة تختص دون غيرها بتحريك الدعوى الجنائية ومباشرتها، ولا تحرك من غيرها إلا في الأحوال المبينة في القانون، ونص المشرع القطري من المادة (147) من قانون الجمارك على أنه لا يجوز تحريك الدعوى الجنائية في جرائم التهريب، إلا بناء على طلب كتابي من المدير العام.

وبالتالي فإن الطلب هو من القيود التي ترد على سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية فتغل يدها عن الإجراءات القانونية للجريمة حتى يتم تقديم طلب بتحريك الدعوى الجنائية⁽³⁾، وما يثير هذا الفرع هو طرح بعض التساؤلات.

(1) المادة (134) من قانون الجمارك رقم (40) لسنة 2002، "لا يجوز القبض إلا في الحالات التالية: 1- جرائم التهريب المتلبس بها. 2- مقاومة رجال الجمارك أو رجال الأمن التي تعوق ضبط المخالفات الجمركية أو جرائم التهريب أو تحقيقها أو ضبط المتهمين فيها....".

(2) المادة (126) من قانون الجمارك "يجوز لموظفي الإدارة المخولين صفة مأموري الضبط القضائي التحفظ على أي شخص إذا كان لديهم إشتباه بأنه ارتكب أو حاول ارتكاب جريمة أو كان ذا علاقة بارتكاب جريمة التهريب أو نقل بضائع مهربة أو حيازتها"

(3) غنام، محمد غنام، 2017م، المرجع السابق، ص104.

وبالتالي هل يشترط لتقديم طلب تحريك الدعوى الجنائية أن يتم ذلك خلال فترة زمنية معينة كما هو الحال في الشكوى لاتحادهم في القيود الواردة على سلطة النيابة في تحريك الدعوى؟ وما هو أثر الحكم لو تم تحريك الدعوى الجنائية من قبل النيابة العامة دون تقديم طلب؟ وفيما لو تم تقديم طلب فهل يلزم أن يكون الطلب متضمن أوصاف الفعل أو الأشخاص أو الشركات؟ وما هي القاعدة في حال كون الفعل يشكل جريمة التهريب الجمركي وجريمة استيراد المخدرات، فهل يجوز للنيابة العامة تحريك الدعوى في الشق الثاني دون طلب من الجمارك؟

لم ينص المشرع القطري على الوقت الذي يتم فيه تقديم طلب بتحريك الدعوى الجنائية في جرائم التهريب، وعليه نرى بأنه يجوز تقديم الطلب في أي وقت طالما لم تسقط الدعوى الجنائية، ونؤسس ذلك على القواعد العامة لاختلاف الطلب عن الشكوى، إذ إن الشكوى تتصل بفرد بينما الطلب في مثل هذه الحالات يتصل بأنظمة الدولة، وإضافة إلى ذلك فإن هناك اختلاف بين الشكوى والطلب في مضمونه ومصالحه، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز بقولها "وإذا كان من المقرر أن الطلب يختلف عن الشكوى اختلافاً جذرياً بحسبانه عملاً إدارياً لا يعتمد على إدارة فرد ولكن على مبادئ موضوعية في الدولة ولا يكون إلا كتابياً...، لما كان ذلك وكان القانون لم يتطلب تقديم الطلب في خلال فترة زمنية معينة من وقت الجريمة فإن الحق في الطلب يظل قائماً حتى تسقط الدعوى الجنائية"⁽¹⁾.

ولم ينص المشرع القطري على أثر الحكم في حال تم تحريك الدعوى الجنائية من قبل النيابة العامة دون تقديم طلب، وبما أن المشرع نص في المادة (2) من قانون الإجراءات على الأحوال التي يتوقف فيها تحريك الدعوى الجنائية بعبارة "لا يجوز" فهو أمر غير جائز، ولكن ما هو الأثر المترتب عليه، فهل يترتب عليه بطلان الحكم أو انعدامه، حيث إن هناك اختلاف بينها، ولذلك ذهبت محكمة التمييز إلى أن اتصال المحكمة يكون معدوم الأثر⁽²⁾، وبالتالي

(1) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية بمحكمة التمييز، السنة الثانية عشرة، طعن رقم 2 لسنة 2016، جلسة 03/10/2016، ص443.

(2) المجموعة العشرينية الجنائية الأولى للقواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز القطرية في المواد الجنائية، الجزء الأول، طعن رقم 108 لسنة 2006، جلسة 09/10/2006، ص1291 تابع حيثيات الحكم "لما كان ذلك، وكان من المقرر أنه إذا أقيمت الدعوى الجنائية قبل ورود طلب بذلك من قبل إدارة الجمارك بالنسبة للمخالفات الجمركية وجرائم

فإن الأثر المترتب عليه هو انعدام اتصال المحكمة بالدعوى حيث لا يكون لها أن تتعرض للموضوع ولو ورد الطلب بعد تحريكها، مما يوجب أن يقتصر الحكم على القضاء بعدم القبول⁽¹⁾.

وإذا صدر الطلب فإنه يكون للنيابة العامة أن تبسط سلطانها على كل ما يتصل بموضوع الدعوى، وهذا ما ذهبت إليه محكمة التمييز إلى أن "رفع القيد عن النيابة العامة رجوعاً إلى حكم الأصل في الإطلاق، وإذن متى صدر الطلب ممن يملكه قانوناً في جريمة من جرائم التهريب، حقّ للنيابة العامة اتخاذ الإجراءات في شأن الواقعة أو الوقائع التي صدر عنها وضد من يثبت ارتكابه لها، وصحت الإجراءات بالنسبة إلى كافة ما قد تتصف به من أوصاف قانونية مما يتوقف رفع الدعوى الجنائية على طلب بشأنه من أي جهة كانت، والقول بغير ذلك يؤدي إلى زوال القيد وبقائه معاً مع وروده على محل واحد دائر مع الأوصاف القانونية المختلفة للواقعة عينها، وهو ما لا مساغ له من وحدة النظام القانوني الذي يجمع أشتات القوانين المالية بما تضمنته من توقف الدعوى الجنائية على الطلب"⁽²⁾.

ولم ينص المشرع القطري في حالة إذا كان الفعل الواحد يشكل أكثر من جريمة كما هو الحال في جريمة التهريب الجمركي وجريمة استيراد مواد مخدرة أو مؤثرة عقلياً، وعليه نرى بأنه في هذه الحالة يجب البحث عن الغاية التي استهدفها المشرع من الطلب، وبالتالي نرى جواز أن تقوم النيابة العامة بتحقيق واقعة استيراد المخدرات والمؤثرات العقلية، ومباشرة الدعوى الجنائية نظراً لاختلاف كلا الجريمتين حتى وإن كان بينهما ارتباط غير قابل للتجزئة، ونرى ذلك لأن المشرع أورد قيد الطلب على النيابة العامة في جرائم التهريب كون هذه الجرائم ذات طبيعة مالية تمس ائتمان الدولة ولا تتعلق بأشخاص مرتكبيها، وأن طبيعة قانون الجمارك ذات

التهريب فإن اتصال المحكمة في هذه الحالة بالدعوى يكون معدوماً قانوناً ولا يحق لها أن تتعرض لموضوعها ويتعين على المحكمة أن تقتصر حكمها على القضاء بعدم قبول الدعوى إلى ان تتوفر لها الشروط التي فرضها الشارع لقبولها، فإن مضت في نظر موضوع الدعوى فإن حكمها وما بني عليه من الإجراءات يكون معدوم الأثر باعتبار باب المحاكمة موصداً أمام المحكمة".

(1) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية بمحكمة التمييز، السنة الحادية عشرة، طعن رقم 197 لسنة 2014، جلسة 02/02/2015، ص 95.

(2) مجموعة الأحكام الصادرة عن الدائرة الجنائية بمحكمة التمييز، السنة الخامسة عشر، طعن رقم 416 لسنة 2018، جلسة 01/04/2019، ص 124.

طبيعة مالية، الأمر الذي جعل المشرع يقيد من سلطة النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية بهدف تحقيق سياسة عقابية متلائمة مع الظروف التي تكون فيها الجريمة، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض⁽¹⁾.

○ الخاتمة:

تناول بحثنا هذا، إشكالية التفتيش في جريمة التهريب الجمركي في القانون القطري، وقام الباحث ببيان ضوابط وأنواع وشروط صحة التفتيش والقيود التي ترد عليه، ومفهوم النطاق الجمركي وربط هذا النطاق الجمركي في الواقع العملي أثناء المعاينة الجمركية، واحكام التفتيش وحالة التلبس، وانتهى الباحث إلى ضرورة وجود قواعد تنظم جريمة التهريب الجمركي عن الجرائم العادية لاختلافها في طريقة ارتكابها والهدف منها، وقد تناولنا في المطلب الأخير الإشكالية بعينها والتي رآها الباحث قد يترتب عليها بعض الإشكاليات في الواقع العملي، ثم انتقل إلى إشكالية تحريك الدعوى الجنائية في جرائم التهريب الجمركي والآثار المترتبة عليها، وبالسعي والاجتهاد توصل الباحث إلى عدة نتائج وتوصيات.

• النتائج:

- 1- يخضع موظفو الهيئة العامة للجمارك للاختصاص المكاني المحدد كقاعدة عامة، ويجوز استثناء أن يكون خارج النطاق والدوائر الجمركية بعد الحصول على إذن من النيابة العامة، أو في حال مطاردة البضائع المهربة مطاردة متصلة.
- 2- يشترط لصحة التفتيش الجمركي وجود مظنة لدى موظف الجمارك بوجود تهريب جمركي.
- 3- يتحول التفتيش الإداري إلى تفتيش قضائي في حال التلبس.
- 4- لا يجوز التفتيش في حال تلقي موظفو الجمارك بلاغاً من جهات أخرى بوجود مواد مهربة كون التفتيش في هذه الحالة تفتيشاً قضائياً بهدف الحصول على الأدلة.

(1) نقض جلسة 09/02/1984، س 15 ق 25 ص 127، وأنظر غنام، محمد غنام، المرجع السابق، ص 106.

- 5- لم ينص المشرع القطري على الوقت أو الأجل الذي يمكن فيه تقديم طلب بتحريك الدعوى الجنائية في جرائم التهريب الجمركي.
- 6- يكون للهيئة العامة للجمارك تقديم طلب بتحريك الدعوى الجنائية في جرائم التهريب في أي وقت إلى حين سقوط الدعوى الجنائية.
- 7- يترتب على عدم تقديم الطلب انعدام سلطة المحكمة في النظر في الدعوى.
- 8- لا يصح إجراءات الدعوى إذا قدم الطلب بعد تحريك الدعوى.

• التوصيات:

- 1- إصدار قرارات إدارية من الهيئة العامة للجمارك لبيان ماهية النطاق الجمركي وتحديد حدوده ومداه، وذلك تجنباً لبطلان الإجراءات الذي يقوم بها موظفو الجمارك. ومثال ذلك تحديد النقاط الأمنية في مطار حمد الدولي التي تخضع لسلطة الجمارك والنقاط الأخرى التي تدخل ضمن اختصاص سلطات أخرى كوزارة الداخلية، وكذلك الحال بالنسبة لميناء حمد والمنافذ الأخرى في دولة قطر سواء كان المنفذ جواً أو بحرياً أو برياً.
- 2- تعديل نص المادة (147) من قانون الجمارك بالإضافة إلى بيان المدة التي يجوز فيها تقديم طلب بتحريك الدعوى الجنائية، وعليه يمكن اقتراح النص التالي:
{لا يجوز تحريك الدعوى في جرائم التهريب، إلا بناء على طلب كتابي من الرئيس، ويقدم الطلب في أي وقت ما لم تسقط الدعوى الجنائية}.

الدراسة السابعة:

**تعليق على قرار المجلس الدستوري رقم 2021/5 الصادر في
الطعن بقانون الشراء العام**

د. جان عليه

أسئلة مشروعة طرحها قرار المجلس الدستوري رقم 2021/5 تاريخ 2021/9/16، لا سيما لناحية حوله محل السلطة التشريعية في التعبير عن ارادتها وتعديله القوانين، وتبديله تعييناً دائماً إلى مؤقت، بحيث قلب هذا القرار المعادلة الراسخة، من ان موظفاً معيناً وفقاً للأصول يصرف من وظيفته، عملاً باحكام المادة 65 من الدستور، بقرار من مجلس الوزراء وفقاً لاحكام القانون، الى المعادلة التالية: ان موظفاً معيناً، في الملاك الإداري العام الدائم، اصبح بفعل قرار المجلس الدستوري الملزم للسلطات كافة موظفاً مؤقتاً الى حين تقرر السلطة السياسية استبداله من دون ان يشغر موقعه، أي ان المجلس الدستوري المؤتمن على مراقبة حماية القانون للحقوق المكتسبة للموظفين قد حرم موظفاً محددًا بالشخص من هذه الحقوق، وعرضه لابتزاز نهج ما انفك يهدد باقالته.

وأن هذا القرار قد أصاب بالصميم ركائز الحوكمة في قانون الشراء العام وهي النزاهة والكفاءة، الاستقلالية، والحصانة؟ واغتالوا هذا القانون القائم على لامركزية مطلقة في التنفيذ لقاء رقابة مركزية صارمة من جهة كفاءة مستقلة ومحيدة، ونظام بت المنازعات سريع ومرن مرتبط بهيئة اعتراضات كفاءة مستقلة ومحيدة، باغتيال مقوماته وركائزه، بخاصة وأن الهيئات العمومية المستقلة Les Autorités Publiques Indépendantes وهيئة الشراء العام واحدة منها، انما أنشأت اصلاً لتكون مستقلة وبعيدة عن تأثير السلطة التنفيذية، وهي لا تخضع لانظمة موظفي الدولة وتحكمها أنظمة خاصة بها؟ وهي لا تخضع لسلطة وصايا ولا لرقابة تسلسلية؟

لكن القرار محل التعليق لم يحسن تفسير مصطلح الاحكام الانتقالية Dispositions Transitoires وهي التي تربط بين نص ونص، أو هيكل اداري وهيكل اداري، وهي غير الاحكام المؤقتة Dispositions Temporaires التي يعمل بها لفترة محددة، والدليل ان المشرع في المادة 88 الفقرة الأولى (وليس البند الأول) قد نص على كيفية انتقال رئيس إدارة المناقصات وموظفيها الى المسمى الجديد هيئة الشراء العام، من هنا جاءت تسمية المادة "احكام انتقالية". استطرادًا هل يريد أعضاء المجلس الدستوري ان تكون هذه الاحكام الانتقالية مؤقتةً بالنسبة الى رئيس إدارة المناقصات ودائمة بالنسبة الى موظفيها والعاملين فيها؟؟؟ علمًا ان الرئيس وسائر الموظفين والعاملين هم في ذات الوضعية بالنسبة للقانون العتيق؟ أم ان مبدأ المساواة بات من غياهب الماضي ولم يعد له من اثر في الدساتير المعاصرة؟

ثم هل يدرك أعضاء المجلس الدستوري ان كلمة "يكون" في الفقرة الأولى من المادة 88 هي لتنظيم المواءمة بين هيكلتين إداريتين لكيان واحد، تبدل اسمه وتوسعت مهماته وتغير شكله الإداري ليحمل اسم هيئة الشراء العام بدل إدارة المناقصات كما جاء في متن القانون واسبابه الموجبة تكررًا، وليس للتحايل الذكي لاختفاء تعيين، وانما لتنظيم الانتقال من نص قديم الى نص جديد على نحو مستدام.

وهل يدرك أعضاء المجلس الدستوري، وقد ارهقوا انفسهم في تحليل نية المشرع من الفقرة الثانية من المادة 88 من قانون الشراء العام، ان هذه النية هي تأمين استمرارية المرفق العام لئلا يتأخر تعيين أعضاء الهيئة، من غير الرئيس، المضافين الى الملاك الإداري السابق؟ فكان النص ان يتولى رئيس الهيئة مهامها الى حين تعيين الأعضاء؟

هل يدرك أعضاء المجلس الدستوري انه بحذفهم كلمة "أعضاء" من هذه الفقرة قاموا بتعديلها بحلول غير دستورية، لتتطوي على اقالة مقنعة لم يتبناها المشرع لا في لجانته المشتركة ولا في هيئته العامة، وبالإجازة لمجلس الوزراء تعيين رئيس آخر غيرالرئيس المعين سابقًا، والذي اصبح في وظيفة تسمى رئيس هيئة الشراء العام، وفقًا للفقرة الأولى من المادة 88 تبعًا لتعديل اسم وشكل ومهام إدارة المناقصات؟ واستطرادًا لماذا لم يفصح لنا أعضاء المجلس الدستوري، كاشفو نوايا المشرع ماذا سيكون مصير الرئيس "المؤقت" (الأصيل) لهيئة الشراء العام عند

تعيين رئيس من قبل مجلس الوزراء لهذه الهيئة؟ وأين ذهبوا بالحقوق المكتسبة؟
ومن اين استمدوا شرعية تعديل القوانين والاقالة القيصرية للموظفين؟

هل يدرك أعضاء المجلس الدستوري انهم بصياغة الفقرة 2 من المادة 88 من قانون
الشراء العام على الشكل التالي: "الى حين تعيين الهيئة، يتولى رئيس الهيئة مهامها"، تجاوزوا
دورهم واختصاصهم من الرقابة الى التشريع ولكن بصياغة مبهمة غير واضحة، فاذا كان
رئيس الهيئة من ضمن الهيئة، وهذا صحيح وهذا ما اوضحه أعضاء المجلس الدستوري
انفسهم، واذا كان هذا الرئيس، لم يعين، فكيف سيتولى من لم يعين بعد مهام الهيئة؟ الا اذا
كانت قواعد الوضوح في التشريع باتت من الماضي في علم القانون؟

هل اطلع أعضاء المجلس الدستوري على محاضر جلسات المجلس النيابي
ولجانته المشتركة او اللجنة الفرعية للوقوف على النية الحقيقية للمشرع التي
افترضوها، وهل اكتفوا بطلبها لضمها شكلاً الى الملف، هل علموا منها، على
الأقل، ان عبارة - رئيساً لهذه الهيئة الى حين تعيين رئيس جديد وأعضاء للهيئة
من قبل مجلس الوزراء - كانت اسقطت في احدى اللجان ونظرا لمدلولها الذي لا
يعكس نية المشرع اسقطتها اللجان المشتركة ثم الهيئة العامة، فهل يعقل ان يسقط
المشرع نصاً لانه لا يعبر عن ارادته ثم يعود المجلس الدستوري وينسبه الى ارادته؟
وهل بات المجلس الدستوري يحل محل المجلس لاستنباط نواياه وتعديل النصوص
وفقاً لهذه النوايا؟ اين نحن من الدستور والحق والقانون؟

لا نعتقد ان من دحض مزاعم الطاعنين في سائر المواد المطعون بها، غابت عن باله
المبادئ التي اشرنا اليها، وهو من درسها وكرسها في اجتهادات نعلمها للاجيال، فقيل الطعن
بهذا الجزء من القانون، الا اذا كانت النية التضحية بهذا الجزء لإنقاذ الباقي، وهذا ما المح
اليه احد العشرة الموقعين على الطعن من على احدى الشاشات، بالقول ان المجلس الدستوري
توصل الى اقل مما يجب، على حد زعمه، نتيجة لاختلاف ثم اتفاق أعضائه. هنا نقول ان
وجهة النظر هذه تدمر فكرة دولة الحق والقانون، لان النظر في القانون يكون على أساس
مدى انطباقه على الدستور والمبادئ والقواعد العامة وليس من ضمنها قاعدة التراضي، وان
كان الامر يتعلق بقانون الشراء العام.

نتوجه بالسؤال لماذا سرب مضمون القرار قبل اكثر من أسبوع، حيث ورد في اسرار نداء الوطن بتاريخ 03-09-2021 ان مقدمي الطعن حصلوا على تأكيد بكسب نقطتين على الأقل اهمهما اقصاء جان العلية عن رئاسة هيئة الشراء العام، هل هي صدفة ام همزة وصل لعينة بين القضاء والسياسة، وهل تخلت السلطة التشريعية عن دورها في تعديل القوانين والتعبير عن ارادتها لصالح المجلس الدستوري؟ وهل تخلت السلطة التنفيذية ايضًا عن دورها في التعيين لصالح المجلس الدستوري؟

○ أولاً: الملاحظات التفصيلية

1- في مدى تعارض الفقرة 2 من المادة 88 من قانون الشراء العام مع أحكام الفقرة الثالثة من المادة 65 من الدستور، معطوفة على الفقرة الخامسة منها، والتي تنيط بمجلس الوزراء صلاحية تعيين موظفي الدولة، وصرفهم وفقاً لاحكام القانون:

أ- إن المادة 88 المشار إليها نصّت على أن يكون رئيس إدارة المناقصات، المعين في العام 2012 بمرسوم متخذ في مجلس الوزراء، رئيساً لهذه الإدارة التي أصبح اسمها، وكما ورد بالنص الصريح وتأكيداً في الأسباب الموجبة، هيئة الشراء العام، وبالتالي:

- لسنا أمام تعيين جديد وإنما أمام أحكام انتقالية تنظّم وجود موظفي إدارة المناقصات ضمن الإطار الجديد لها بسمى هيئة الشراء العام.

- لا يستقيم الاستنتاج الذي ذهب اليه المجلس الدستوري من ان هذا النص ينطوي على تعيين لأن التعيين حصل سابقاً ومن قبل مجلس الوزراء.

- استطراداً في حال كان هنالك تعيين مخالف للدستور كان يفترض بالمجلس ابطاله.

ب- لا توجد سابقة بصرف موظفي ادارة او مؤسسة عامة عندما يتحول الشكل القانوني لهذه الادارة او المؤسسة بموجب نص تشريعي. هنا نستشهد على سبيل المثال بالقانون رقم 2000/247 تاريخ 2000/8/7 (ج.ر رقم 2000/35 تاريخ 2000/8/14) المعدل بموجب القانون رقم 295 تاريخ 2001/4/5 المتعلق ب دمج وإلغاء وإنشاء وزارات ومجالس. هذا المنطق الرفض بالمطلق لوجود تعيين سلم به المجلس الدستوري نفسه في قراره رقم 2021/5 اذ اعتبر ان لا مخالفة للدستور او احد مبادئه عندما يلغي المشرع قانونا نافذا او يعدل احكام

هذا القانون بالغاء فئات من الوظيفة العامة او ضم فئة الى فئة يستحدثها وفقا لما يراه مناسباً (ص 17 من القرار)

ج- في مطلق الأحوال، فإن هيئة الشراء العام لا يخضع أعضاؤها لنظام الموظفين ولا يعتبرون موظفين بالمعنى الوارد في المادة 65 من الدستور، باعتبارها هيئة عمومية مستقلة⁽¹⁾ ذات استقلال مالي وإداري وصفه الطاعنون أنفسهم بالعضوي عن السلطة التنفيذية لضمان استقلاليتهم الوظيفية، ومن الأمثلة على ذلك الية تعيين رئيس وأعضاء الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد...

وقد أقرّ مقدمو الطعن أنفسهم وهو ما اشار اليه ايضا مضمون القرار، بأن هيئة الشراء العام هي هيئة عمومية مستقلة، وسلّموا بتمتعها بالإستقلال العضوي والإستقلال الإداري والمالي الكامل⁽²⁾، وبالتالي بخروجها من هيكلية التنظيم الإداري للوحدات الإدارية الحكومية وبالتالي خضوع التعيين فيها لآليات خاصة، تحد الى اقصى الحدود من دور السلطة التنفيذية التي يصفها الطاعنون بالسلطة السياسية، لإنشاء صفة الموظفين العموميين عن أعضاء هيئتها، وحماية لها من تدخل السياسيين في عملها ما ينفي مبرر وجودها.

ولقد نصّت المادة 74 من قانون الشراء العام، القانون رقم 244 تاريخ 19 تموز سنة 2021، المنشور في العدد 30 من الجريدة الرسمية، على إنشاء هيئة إدارية مستقلة تسمى هيئة الشراء العام، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلالين المالي والإداري. لا تخضع لأحكام المرسوم رقم 4517 تاريخ 1972/12/13 (النظام العام للمؤسسات العامة) ولم تُربط تالياً بأي سلطة تسلسلية أو سلطة وصايا إدارية.

لم يكلف أعضاء المجلس الدستوري أنفسهم البحث عن الطبيعة القانونية لهذه الهيئة، لمعرفة النصوص الواجبة التطبيق عليها، علماً أن عدة اجتهادات متوفرة بهذا المعنى، منها أيضاً باللغة العربية. واعتبروا رئيس وأعضاء هذه الهيئة موظفي دولة يخضعون لأحكام المادة 65 من الدستور اللبناني التي تنصّ على صرفهم وتعيينهم بمرسوم يُتخذ في مجلس الوزراء

(1) Autorité Publique Indépendante (API).

(2) الهيئات العمومية المستقلة هيكل خارجة عن هرمية الإدارة ومعفاة من كل سلطة توجيه أو رقابة اشراف، تتمتع بحرية تصرف مضمونة قانونياً. تعتبر هذه الهيئات شكلاً جديداً من اشكال تنظيم الهياكل العمومية الديمقراطية والتصرف الاداري الحديث، تقوم على مفاهيم النجاعة والحياد والشفافية.

بأغلبية الثلثين، وفقاً لأحكام القانون. هذا شأنهم ومترك لسלטهم الاستثنائية، وهذا الاجتهاد حق لهم ويُسجل عليهم للأجيال، وتحت أنظار الباحثين في علم القانون وأساتذته ورواده. وإن كنا نسجل ان التسليم بهذا الاجتهاد ينفي مبرر وجود الهيئات الناظمة ويحولها الى ادارات عامة تشكل موازنتها عبئاً مالياً بدون مردود على خزينة الدولة.

د- أنّ ما تعمد القرار تسميته "إيلاء" لا يقع في موقعه الصحيح، فإدارة المناقصات أصبحت بموجب أحكام قانون الشراء العام، هيئة الشراء العام، وتأكيداً على مضمون المادة 88 بفقرتها الاولى والثانية، نص قانون الشراء العام في اسبابه الموجبة صراحة على ان ادارة المناقصات تتوسع مهامها وصلاحياتها لتصبح او تسمى هيئة الشراء العام⁽¹⁾.

هـ- اذا سلمنا بوجود تعيين مسبق *Nomination anticipée* ، الا انه يصبح مشروعاً عندما تفرضه المصلحة العامة والمحافظة على انتظام سير المرفق العمومي⁽²⁾، إذ عند انشاء هياكل ادارية يجوز مخالفة قواعد التعيين العادية فيها للحفاظ على استمرارية المرفق العام، ولقد جاءت المادة 22 من قانون الوظيفة العامة الفرنسي رقم 84/16 تاريخ 11 كانون الثاني 1984 تجيز بشكل صريح التعيين من دون مباراة خلافاً لاحكام المادة 19 منه عند التعيين الاول في هياكل ادارية مستحدثة⁽³⁾.

(1) بالاستناد الى هذا الواقع، ينظم.....، بالموازاة مع تطوير وتوسيع صلاحيات ادارة المناقصات لتصبح هيئة الشراء العام..... بالتالي ينص اقتراح القانون على تفعيل دور ادارة المناقصات لتسمى هيئة الشراء العام (الصفحة الاخيرة من الاسباب الموجبة).

(2) DC N# 86-217, 18 septembre 1986

Les nominations anticipées sont irrégulières parce qu'elles empiètent sur les pouvoirs d'une autre autorité et qu'elles ont pour but d'assurer à l'avance a un agent un emploi qu'il n'a pas encore le droit d'occuper (CE Fighiera 5-6-1919 , Rec p 605). CE syndicat national des cadres hospitaliers FO 20-5-1988 Rec. p 197.

Elles ne sont légales qu'exceptionnellement, si elles ont été prononcées peu de temps à l'avance pour des motifs d'intérêt public, par exemple pour assurer la continuité du service. CE Cornilleau 2-21-1944 Rec. p 40) et à condition que l'emploi soit vacant (CE Lamoulières 2-3-1938 Rec. p 221).

(3) Article 22: Par dérogation à l'article 19 ci-dessus, les fonctionnaires peuvent être recrutés sans concours dans les cas suivants:

- a) En application de la législation sur les emplois réservés ;
- b) Lors de la constitution initiale d'un corps ;
- c) Pour le recrutement des fonctionnaires de catégorie C, lorsque le grade de début est doté de l'échelle de rémunération la moins élevée de la fonction publique, le cas échéant, selon des conditions d'aptitude prévues par les statuts particuliers ;

2- التطبيق المجتزأ للمادة 65 من الدستور:

إن أول استهداف لقانون الشراء العام والمسار الإصلاحي المفترض أن يكون من أساسياته، تمثّل في قيام السلطة السياسية في لبنان بمصادرة استقلالية هيئة الشراء العام، المرتبط بها الإشراف على تنفيذ وتطبيق هذا القانون، في محاولة لها لتعطيل تطبيق هذا القانون أو تطبيقه صوريًا كما فعلت مع حق الوصول الى المعلومات، لاستحالة وضعه في الجارور، كما فعلت في القوانين الأخرى وعدهه يجاور ال 72. واطلاق يد السلطة التنفيذية في تعيينات هيئتي الشراء العام والاعتراضات، بحجة عدم تقييد سلطة مجلس الوزراء في التعيين علما ان هذا المنطق يسري على عدم تقييد سلطة مجلس الوزراء في الصرف ايضًا بموجب المادة 93 فقرة ب من الدستور، وان موظفي ادارة المناقصات من غير الرئيس من الفئات الثانية والثالثة والرابعة والخامسة تعينهم ايضا السلطة التنفيذية، فيمون السؤال المشروع لماذا سمح المجلس الدستوري استطرادًا بتجاهل السلطة التنفيذية بالنسبة لجميع موظفي ادارة المناقصات الا بالنسبة للرئيس؟

○ ثانيًا: خرق قواعد دستورية اساسية

لقد حصل ارتكاب أربع خروقات لقواعد دستورية على الأقل في تفسير المادة 65 من الدستور، اضافة الى اطلاق يد مجلس الوزراء في صرف موظف من الخدمة دون اية ضوابط.

1- قاعدة عدم الحل محل السلطة التشريعية.

- إن المجلس الدستوري، بتفسيره الفقرة الأولى من المادة 88 من قانون لشراء العام، على نحو مخالف تمامًا لمضمونها الذي أقر بها العضو المخالف للقرار نفسه، من دون الرجوع الى قراءة الأسباب الموجبة التي تدحض هذا التفسير جملةً وتفصيلاً، وحذف عبارة "أعضاء" من الفقرة (2) من المادة 88 عينها، لتثبيت المعنى الذي أعطاه للفقرة الأولى منها، إنما أحلّ نفسه حلولاً غير دستوري محل السلطة التشريعية وشرّع بديلاً عنها، وهنا نسأل من باب الاستطراد الكلي: هل اطلع المجلس الدستوري على محاضر جلسات اللجنة الفرعية واللجان المشتركة والهيئة العامة المفترض انه طلبها وحصل عليها ام اكتفى بضمها شكلا الى الملف؟

d) (paragraphe abrogé).

e) En cas d'intégration totale ou partielle des fonctionnaires d'un corps dans un autre corps classé dans la même catégorie.

حيث أن النص الذي أورده في متن قراره للتفسير كان هو ذاته الذي اضافه نواب في اللجان المشتركة وسقط في التصويت الثاني، ولم يُعتمد في الهيئة العامة. (المادة 88 فقرة 2 الى حين تعيين الهيئة، يتولى رئيس الهيئة مهامها)

- أن صلاحيات المجلس الدستوري المحددة في المادة 22 من القانون رقم 250 تاريخ 14-07-1993 المعدل، لا تشمل لا صياغة نصوص قانونية ولا تعديل نصوص قانونية بل التثبيت من دستورية النصوص القانونية.

- ان المجلس الدستوري قد اقر بدستورية المادة 88 بكاملها بما فيها الفقرة 2 منها بالنص في الصفحة 19 من قراره على تحصين هذه المادة اذا لا يجوز للمجلس الدستوري المؤتمن على دستورية القوانين ان يحصن نص غير دستوري الا اذا كان في مفرداته معنى اخر للتحصين كما المعنى المؤقت ليكون في الفقرة 2 استثنائياً.

- ان الإبطال لا يعني أبداً حذف عبارة من النص لقلب معناه رأساً على عقب، بل إبطال نص لتعارضه مع الدستور، ولا يكون بحذف عبارة تقلب المعنى رأساً على عقب لتكون أمام تشريع جديد مختلف، كما فعل المجلس الدستوري بالنسبة للفقرة (2) من المادة (88) بحذف عبارة "أعضاء" منها.

- ان المجلس الدستوري نفسه اقر في قراره رقم 2021/5 تالايخ 2021/9/16، المنشور في العدد 38 من الجريدة الرسمية تاريخ.23-09-2021، ب: ان لا رقابة للمجلس الدستوري على النص التشريعي، ما لم ينطو على مساس بالمبادئ الدستورية". ص10 من القرار.

- ان المقصد التشريعي واضح لا يحتمل التأويل عملاً بقاعدة لا اجتهاد في معرض النص الصريح. وهذا المقصد هو في تولية مدير عام المناقصات المباشرة الفورية في تطبيق قانون الشراء العام لدى نفاذه وهذا هو النص الذي صدق في الهيئة العامة بمعارضة النواب مقدمي الطعن. لهذا كانت صياغة الفقرة الأولى من المادة 88 واضحة بحيث تضمنت ثلاث ثوابت متصلة بعضها ببعض ولا يمكن تجزئتها ولا تفسير جزء منها بمعزل عن الآخر، وهذه الثوابت هي: إلغاء إدارة المناقصات، ويكون مدير عام المناقصات رئيساً للهيئة، كما يكون موظفو ومتعاقدو وإجراء إدارة المناقصات في الهيكل الإداري للهيئة. هذه الثلاثية الواضحة جزأها المجلس الدستوري في حكمه رقم 2021/5 تاريخ 2021/9/16، فاعتبر أن الجزئيتين

(الأولى والثالثة هما دائمتين) أي إلغاء إدارة المناقصات وألحاق موظفي إدارة المناقصات بالهيكل الإداري والهيئة، بينما الجزئية الثانية (الخاصة بالمدير العام للمناقصات) هي مؤقتة. هذا دون أن يعلل المجلس كيف توصل إلى هذه النتيجة من الناحية القانونية، لذا استعان باللغة العربية إلا أنه لم يجيد أيضاً استخدامها فلجأ إلى تفسير فعل: "يكون" وقضى المجلس بأن فعل "يكون" يدلّ على الطبيعة المؤقتة. وليته استعان بمعجم اللغة العربية لما كان اجتهد فأخطأ، إذ أن فعل: "يكون" لغوياً هو الفعل الذي يدلّ على حصول الفعل بالزمن الحاضر ولكن لا ينفي وقوع الفعل بالزمن الماضي، ولا يتضمن هذا الفعل ما يفيد على انحسار مفاعيله بالحاضر دون امتداد للمستقبل، بل لقد استخدم القرآن الكريم هذا الفعل بمعنى الاستمرار: "وَيَكُونُ الرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيداً"، وايضاً لئلاً يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللَّهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ فَهَاتَانِ الْآيَاتَانِ تَدْلَانِ عَلَى الاستمرارية وليس على الحالة المؤقتة، وجاء في الانجيل المقدس أيضاً: "فِي الْبَدْءِ كَانَ الْكَلِمَةُ، وَالْكَلِمَةُ كَانَ عِنْدَ اللَّهِ، وَكَانَ الْكَلِمَةُ اللَّهُ".

إضافة الى ذلك فان هذه الفقرة من المادة 88 قد ورد فيها فعل: "يكون" مرتين: مرّة أولى بخصوص المدير العام ومرّة ثانية بخصوص باقي الموظفين، فكيف يبرر المجلس الطابع المؤقت لـ "كان" الأولى والطابع الدائم لـ كان الثانية؟ علما ان المشرع ربط بين كان الاولى المتعلقة بالمدير العام وكان الثانية المتعلقة بسائر الموظفين بـ "كما" للعطف بناءً ومضموناً. - لم يكتفِ المجلس الدستوري في حكمه بتحويل نية المشرع ومقصده الواضح لناحية تولية مدير عام المناقصات رئاسة الهيئة، بل تمادى لناحية تحويل البند الثاني من المادة 88 بالرغم من كونه واضح جداً ومنسجماً مع البند الأول. حيث وبعد أن تثبت القانون في الفقرة الأولى من المادة 88 رئاسة مدير عام المناقصات برئاسة هيئة الشراء العام، فإن المشرع وللمقصد الذي ذكرناه لناحية التطبيق الفوري لقانون الشراء العام، فإنه وضع البند الثاني الذي يؤكد هذه الغاية وبمقتضاه يتولى رئيس الهيئة أعمال الهيئة إلى حين تعيين الأعضاء. والمشرع لم يضع هذا النص عبثاً أو من غير بيّنة أو على غير هدى كما أوحى المجلس الدستوري في قراره، بل على العكس كانت هذه الفقرة محلّ مناقشة مستفيضة في اللجان النيابية حتى تمّ تشبيتها بهذه الصيغة، بعد اسقاط الصيغة التي تبناها المجلس الدستور ذاتها في التصويت الثاني في اللجان المشتركة والهيئة العامة. وأتت هذه الصياغة لتؤكد الطابع النهائي لتولي

مدير عام المناقصات رئاسة الهيئة، ولتمنح المدير العام الإذن بالمباشرة بتطبيق قانون الشراء العام إلى حين تعيين أعضاء الهيئة.ولهذا فإن ما خلص إليه المجلس الدستوري في تفسيره هو تجاوز للنص الصريح وتحويل لنية المشتري والاستعانة باللغة لتقرير نتيجة مغايرة لهذه النية، والخروج عن دور هذا المجلس في التحقق من انطباق النص على الدستور، إذ نفت الحثيات المتصلة بهذه المادة وجود مخالفة للدستور أو للمبادئ الدستورية.

2- قاعدة المساس بالحقوق المكتسبة:

إن أعضاء المجلس الدستوري، بنقلهم موظفي إدارة المناقصات الى الملاك الإداري العام لهيئة الشراء، كل بحسب فنته ورتبته وراتبه، باستثناء المدير العام لإدارة المناقصات، الموظف فئة أولى في الملاك الإداري العام في التفتيش المركزي، الذي قرروا "إيلاء" مؤقتاً رئاسة هيئة الشراء العام، لمدة غير محددة، مرتبطة بمشيئة السلطة السياسية، قد وضعوا، من خارج اختصاصهم الدستوري، هذا الموظف بتصرف السلطة السياسية بمجرد بدء نفاذ قانون الشراء العام، وحرموه من كامل حقوقه في الوظيفة التي دخل ملاكها الإداري العام الدائم اعتباراً من العام 1993.

هنا نسأل تحديداً ب"إيلاء" مدير عام إدارة المناقصات رئاسة هيئة الشراء العام المؤقت ما هي وظيفته الاصلية بعد نفاذ قانون الشراء العام، وقد الغتيم وظيفة مدير عام إدارة المناقصات من دون دمجها في وظيفة اخرى في ملاك هيئة الشراء العام على غرار ما اقرتيم به عن حق لسائر موظفي ادارة المناقصات، وهو ما ارتكز اليه تعليل قراركم؟

3- قاعدة المساواة:

خرق المجلس الدستوري مبدأ المساواة من دون أي مبرر في تطبيق نص المادة 65 من الدستور اللبناني على العاملين في إدارة المناقصات الموجودين في ذات الوضعية تجاه قانون الشراء العام. لا بل تفسير فعل "يكون" ذاته وفي ذات الفقرة الاولى من المادة 88، مرة على انه دائم بالنسبة لسائرالموظفين ومرة على اساس انه مؤقت بالنسبة للرئيس.

أقر المجلس الدستوري وبشكل صريح، بدستورية النصوص المتعلقة بتنظيم الإنتقال بين هيكلية إدارية ملغاة، لتندمج في هيكلية إدارية مستحدثة هي هيئة الشراء العام، اذ ثبتت الفقرة الأولى من المادة 88 التي تنص حرفياً على ما يلي: "...كما يكون الموظفون والمتعاقدون

والأجراء الحاليون في إدارة المناقصات من ضمن الهيكل الإداري العام لهيئة الشراء العام". إلا انه ومن باب الإنتقام والتفشي اعتبر كلمة "يكون" الواردة في ذات الفقرة وذات المادة في عبارة يكون مدير عام إدارة المناقصات رئيسًا للهيئة الى حين تعيين رئيس لها، على أنها تعني المؤقت. فلماذا فسر الأحكام الإنتقالية بالنسبة لموظفي إدارة المناقصات وجميع العاملين فيها بمعنى إنتقال من إدارة المناقصات الى هيئة الشراء العام؟ إلا بالنسبة لمديرها العام، فاعتبر الأمر "إيلاءً".

4- قاعدة الوضع في التشريع:

إذا تولى اعضاء المجلس الدستوري اعادة صياغة الفقرة (2) من المادة 88 من قانون الشراء العام، بحذف كلمة منها تشوّه معناها وتجعلها وفقًا لتفسيرهم دون أي معنى. علمًا أن اجتهاد المجلس الدستوري المستقر هو إبطال النص الذي يعطل غموضه تطبيقه.

من يفسر هذا النص الى حين تعيين الهيئة (اعضاء + رئيس وفقًا لتفسير المجلس) يتولى الرئيس مهام الهيئة؟

كيف يتولى رئيس مهام رئاسة قبل ان يصبح رئيسًا. كما ان المجلس الدستوري بتحويله الدائم والثابت الى مؤقت لغير مدة خرق قاعدة الاستقرار والثبات في الصياغة القانونية.

○ ثالثاً: الحد من فعالية قانون الشراء العام

1- الحد من استقلالية هيئة الشراء العام:

إن تحويل هيئة الشراء العام المستقلة تمامًا عن السلطة السياسية الى إدارة بين أيديها، من خلال هيئة كاملة مؤقتة (رئيس + اعضاء) غير مرتبط وجودها بفترة زمنية محددة بل بإرضائها لهذه السلطة، هي المسرحية الأولى من عملية الإنقضااض على قانون الشراء العام، كما قوانين أخرى.

في قراره المنشور في الجريدة الرسمية العدد ٣٨ تاريخ ٢٣-٠٩-٢٠٢١، اقر المجلس الدستوري اللبناني للحكومة اللبنانية التعيين في هيئة الشراء العام وهيئة الاعتراضات دون التقيد بمراتب النجاح في ضربة موجعة للكفاءة والنزاهة ومعايير الحوكمة في قانون الشراء العام؛

وحول بالتالي هيئة الشراء العام إلى أقل من إدارة عامة فيما النص على أنها هيئة عمومية مستقلة وتوسع في تفسير السطة المقيدة لمجلس الوزراء بمقتضى المادة 65 من الدستور، مقابل التضييق في اعطاء الاثر التطبيقي لموجبات التقيد بمعايير الكفاءة والجدارة المنصوص عليهما في المادتين 12 و99 من الدستور. واثبت التجربة في لبنان ان الصيغ المؤقتة ضربت بنية الادارة اللبنانية في الصميم.

2- اعطاء السلط التنفيذية هامش استنساب لتعيين الاقل كفاءة:

نصت المادة 65 من الدستور اللبناني على ان تناط السلطة الاجرائية بمجلس الوزراء، ومن الصلاحيات التي يتولاها وفقاً للفقرة 3 من هذه المادة: "تعيين موظفي الدولة وصرفهم وقبول استقالتهم وفق القانون". كما نصت المادة 95 من الدستور اللبناني في الفقرة ب على ما يلي: "تلغى قاعدة التمثيل الطائفي ويعتمد الاختصاص والكفاءة في الوظائف العامة والقضاء والمؤسسات العسكرية والامنية والمؤسسات العامة والمختلطة وفقاً لمقتضيات الوفاق الوطني باستثناء وظائف الفئة الاولى فيها وفي ما يعادل الفئة الاولى فيها وتكون هذه الوظائف مناصفة بين المسلمين والمسيحيين، دون تخصيص اي وظيفة لاية طائفة مع التقيد بمبدأي الاختصاص والكفاءة. ونصت المادة 12 من الدستور اللبناني على مايلي: "لكل لبناني الحق في تولي الوظائف العامة لا ميزة لاحد على آخر الا من حيث الاستحقاق والجدارة، حسب الشروط التي ينص عليها القانون وسيوضع نظام خاص بحقوق الموظفين في الدوائر التي ينتمون اليها. وأن المادة 65 تنيط بمجلس الوزراء التعيين وفقاً لأحكام القانون التي لا يجب أن تتعارض مع المادتين 12 و95 اللتين تحصران معايير التعيين بالكفاءة والجدارة وعلى مجلس الوزراء تبعاً لذلك وبموجب النص الدستوري الصريح التقيد بها.

La nomination ne doit se faire qu'en fonction des mérites et des talents, y compris lorsque la nomination est à discrétion du gouvernement (CE, 16 décembre 1988, n# 7713).

اذا سلمنا جدلاً بعدم تقييد سلطة مجلس الوزراء في التعيين بمعايير الجدارة والكفاءة نكون قد شرعنا لمجلس الوزارة مخالفة المبدأ المكرس في المادة 12 من الدستور والذي يعطي لكل لبناني الحق في تولي الوظائف العامة مع اعتماد معايير تمييز غير الاستحقاق والجدارة.

إن وضع المشرّع لقواعد ومعايير التعيين التي تستجيب للجدارة والكفاءة، لا تقيد عمل مجلس الوزراء في التعيين من ضمن القواعد والاختيار من بين مرشحين تثبت كفاءاتهم وجدراتهم، وأي تفسير خارج السياق يجعل السلطة التنفيذية مطلقة وإستتسابية وإعتباطية وهو لا يتفق مع منطق دولة القانون ويضرب أي مشروع إصلاح في الصميم، وإذا كان المجلس الدستوري اجاز تعيين الناجح الاخير من طائفة معينة اذا لم يتقدمه مرتبة من هذه الطائفة ناجح اخر، فيمكننا ان نفهم ذلك من ضمن قواعد التمثيل الطائفي في الفئة الاولى، اما ان يجيز المجلس الدستوري تعيين الناجح الاخير من طائفة ما في وقت يتقدمه ناجحون اخرون في اللاتحة، فهذا يعني ان المجلس الدستوري اللبناني تخلى تماما عن قيد الجدارة والاستحقاق في التعيين المنصوص عليه صراحة في المادتين 12 و95 من الدستور لصالح استتساب السلطة التنفيذية وحرره من القيود الدستورية تاركًا قيود المحاصصة والزبائنية والمحاسيب.

مع التذكير بان ما سلم بها الطاعنون في سياق الطعن من ان هيئة الشراء العام هي هيئة عمومية مستقلة تتمتع بالاستقلالين المالي والاداري، ولا تتضوي عضوياً في هيكلة التنظيم الاداري للدولة اللبناني، ولا تقع تحت وصاية اي من وحداته الادارية يقيد التعيين في هذا الكيان فلا يكون خاضعاً بالمطلق لاحكام المادة 65 من الدستور.

3- الغاء ضمانات عدم الصرف التعسفي:

نصت قانون الشراء العام على حالات محددة لإنهاء ولاية الرئيس أو أعضاء الهيئة، محصنة بذلك وجودهم لضمان حسن أدائهم في مواجهة السلطة السياسية، فلا تُتهدى خدماتهم في مجلس الوزراء إلا بناءً على اقتراح هيئة مؤلفة من رئيس الهيئة الوطنية لمكافحة الفساد ورئيس مجلس الخدمة المدنية ورئيس ديوان المحاسبة، بقرار تتخذه بالأكثرية بناءً على إحالة رئيس التفتيش المركزي بهذا الشأن (فقرة 1 من المادة 81 - فقرة فرعية (ب) من الفقرة 1 من المادة 93).

صادر المجلس الدستوري هذه الضمانة والحصانة لرئيس وأعضاء هيئة الشراء العام ووضعهم جميعاً بتصرف السلطة السياسية، من خلال ابتداع فكرة الإيلاء أو التعيين المؤقت. ولو كان المجلس الدستوري مقتنعاً بمخالفة الدستور للتعين الأصيل، وهذا ما سلك باتجاه

مناقض له في تثبت هذا التعيين الأصيل، لكان يجب عليه أن يبطل هذا التعيين ونقطة على السطر. فمن لا يملك التعيين الأصيل لا يملك التعيين الرديف أو الإيلاء وفقاً لقاموسهم.

4- تأخير تطبيق القانون الى ما بعد نفاذه في 29-07-22 بتعيين هيئة انتقالية لفترة غير محددة للشراء العام ما يعني تأجيل تطبيق القانون بكامل مفاعيله.

○ رابعاً: الخلل في بنية القرار

1- افتقار قرار المجلس الدستوري الى التعليل الصحيح اي الذي يربط بين السبب والنتيجة أ- إذا كانت المادة 75 فقرة (1)، تحدثت عن طريقة تشكيل الهيئة وتعيين رئيسها وأعضائها الاربعة بمرسوم يُتخذ في مجلس الوزراء.، والمادة 75 فقرة (3) نصت على أنه في ما خلا الرئيس، الذي تُطبّق بشأنه أحكام الفقرة الأولى من المادة 81 من هذا القانون، يُعتبر كل عضو من أعضاء الهيئة مسؤولاً من الناحية القانونية والمادة 79 فقرة 1: تحدثت عن التزام رئيس وأعضاء الهيئة بالسرية المهنية، فقرة 2 عن وجوب تفرغ رئيس وأعضاء الهيئة، فقرة 3 عن موانع تعيين رئيس الهيئة وأعضائها(الفئات التي لا يجوز تعيين رئيس الهيئة منها)، فقرة 4 عن الأعمال المحظورة على رئيس وأعضاء الهيئة خلال توليهم مهامهم، فقرة 5 عن الأعمال المحظورة على رئيس وأعضاء الهيئة بعد إنتهاء مهامهم، فقرة 6 عن المستجدات التي تؤثر على وجود رئيس وأعضاء الهيئة، فقرة 7 عن اليمين القانونية التالية لكل من رئيس وأعضاء الهيئة.

ان ما تقدّم برأي رئيس وأعضاء المجلس الدستوري ووفقاً لنية المشرّع وهي تأمين المصلحة العامة، ومبدأ استمرارية المرفق العام، ومبدأ تكامل النصوص، يؤدي الى دمج كلمة رئيس وكلمة اعضاء بكلمة مركبة واحدة رئيس واعضاء، وتالياً وجوب ذكر الرئيس حيث وردت عبارة أعضاء الهيئة، وحذف كلمة عبارة اعضاء من الفقرة (2) من المادة (88)، وهذا امر سخيّف وغير منطقي وغير صحيح له علاقة بالوصف غير المنتج لا بالاستنتاج في الصياغة المنهجية للقرارات والابحاث.

ب- يرى أعضاء المجلس الدستوري أن المادة 75 التي تنص على كيفية تعيين رئيس وأعضاء هيئة الشراء العام وضعت لتطبق على اول رئيس وكامل الملاك الاداري لهيئة الشراء

العام، فما هو اذا مبرر الاحكام الانتقالية التي تنظم الإنتقال من إدارة المناقصات الملغاة لتندمج ضمن هيئة الشراء العام، ولماذا يبنى على ذلك ويعلق القرار بخصوص سائر الموظفين على انظمة التعيين الخاصة التي ستصدر لاحقاً وفقاً لاحكام المادة 97.

ان المادة 75 كما المادة 97 من قانون الشراء العام وضعتا ليعمل بهما بعد نفاذ الاحكام الانتقالية لا قبلها الا تعلمون قواعد التشريع؟ ام تقصدون اخفائها لتضليلنا لغاية ما في نفس يعقوب؟ سيما انكم اقرتتم بالحيثيات التي ارتكزتم اليها بعدم وجود تعيين

2- خلافاً لما انتهى اليه المجلس الدستوري، فإن الأحكام الانتقالية لم يكن القصد منها أبداً "أحكاماً مؤقتة" بل على العكس من ذلك، كان القصد التشريعي هو الشروع فوراً في تطبيق هذا القانون، وتمّ تعيين الحارس الأمين على هذا التعيين الذي خبره مجلس النواب في مجابهته للفساد وفي مناقشته لمواد القانون مادةً مادةً في اللجان النيابية. وحيث أن المجلس الدستوري لم يجد في المادة 88 من قانون الشراء العام أي مخالفة للدستور، فإن هذه المادة تبقى نافذة ولا يوجد أي إلزام للسلطة التنفيذية لاعتماد التفسير الذي تبناه المجلس الدستوري، ولهذا على مدير عام المناقصات الشروع فوراً وبعد نفاذ قانون الشراء العام بتطبيق المواد التي يمكن تطبيقها منه دون حاجة لصدور مراسيم تطبيقية لأحكامه.

أخيراً يطرح السؤال؟

كيف ستنفذ السلطة التنفيذية قرار المجلس الدستوري الذي يتعذر عمليا تطبيقه ومن هي الجهة الواجب ان تتولى تفسيره لكي يكون صالحاً للتطبيق، نحن امام 3 خيارات:

- تفسير من مصدر القرار اي المجلس الدستوري.
- صياغة قانون تفسيري للمادة 88 أثر استحالة تطبيقها بعد اعادة صياغتها من قبل المجلس الدستوري،
- تطبيق النص دون الاخذ بتعديل المجلس الدستوري له باعتباره من خارج اختصاصه ولا يفتقر الى منطوق قانوني سليم.