



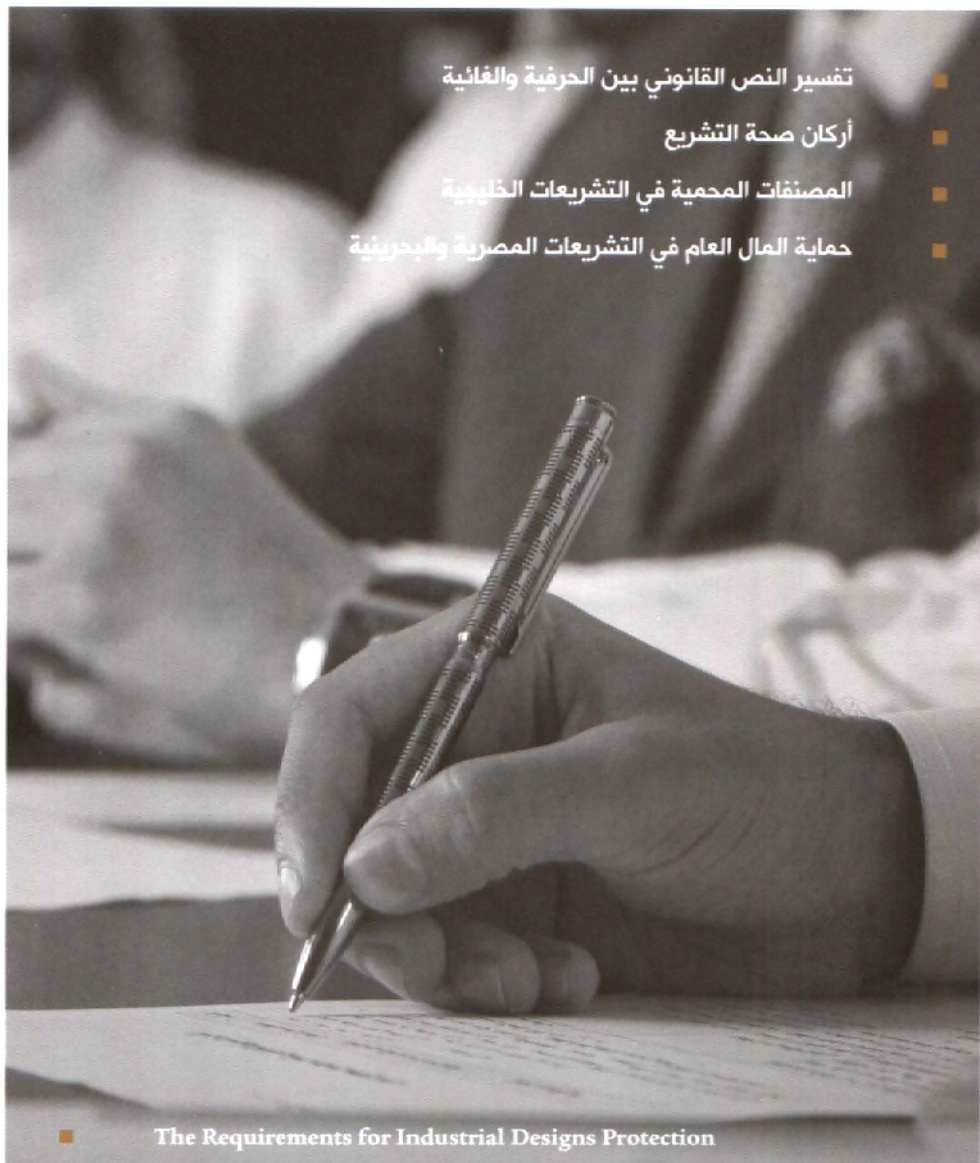
هيئة التشريع والإفتاء القانوني  
Legislation & Legal Opinion Commission

# القانونية

مجلة علمية قانونية محكمة نصف سنوية تصدر عن  
هيئة التشريع والإفتاء القانوني - مملكة البحرين

العدد الثاني - السنة الأولى - شعبان ١٤٣٥ - يونيو ٢٠١٤

- تفسير النص القانوني بين الحرفية والغائية
- أركان صحة التشريع
- المصنفات المحمية في التشريعات الخليجية
- حماية المال العام في التشريعات المصرية والبحرينية



# محتويات العدد

## متابعات قانونية:

محاضرة للأمين العام لاتحاد المحامين العرب  
« من أجل سيادة حكم القانون ودور المحامين في تعزيزها وحمايتها »  
المحامي الأستاذ / عمر زين

## مقالات:

المحكمة العربية لحقوق الانسان - نحو حماية فعالة لحقوق الانسان  
العربي- المستشار المساعد / جواهر عادل العبد الرحمن . مستشار  
مساعد بهيئة التشريع والإفتاء القانوني

## البحوث بالإنجليزية:

The Requirements for Industrial Designs  
Protection  
The International Overview and National  
Appliction

المستشار الدكتور / محمد فؤاد الحريري  
المستشار القانوني بوزارة المالية - مملكة البحرين  
نائب رئيس مجلس الدولة

تقديم العدد الثاني : كلمة سماعة المستشار رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني  
كلمة هيئة التحرير

## البحوث :

١- تفسير النص القانوني بين الحرفية والغائية  
الأستاذ الدكتور / خالد جمال أحمد حسن . أستاذ القانون المدني المشارك .  
كلية الحقوق - جامعة البحرين

٢- أركان صحة التشريع  
الأستاذ الدكتور / صبيح محمد السنوسي  
أستاذ القانون العام - كلية الحقوق - جامعة القاهرة

٣- المصنفات المحمية في التشريعات الخليجية  
الأستاذ الدكتور / أمجد محمد منصور  
عميد كلية الحقوق سابقاً - أستاذ القانون المدني المشارك - جامعة المملكة  
- مملكة البحرين

٤- حماية المال العام في التشريعات المصرية والبحرينية ( دراسة مقارنة )  
الدكتور / طارق عبد الحميد توفيق - أستاذ القانون العام المساعد - جامعة  
المملكة - مملكة البحرين

٥- المركز القانوني لوكالات توريد العمالة الأجنبية  
الأستاذ / علي فيصل علي - باحث قانوني لدى المكتب التنفيذي لمجلس وزراء  
العمل بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي



تتشرف هيئة التشريع والإفتاء القانوني بإصدار القانونية وهي دوريه علميه محكمه نصف سنوية متخصصة في المجال القانوني على المستوى المحلي والعربي والدولي.

### أولاً : المقدمة:

جاءت فكرة القانونية لتكون داعمة للفكر القانوني وانطلاقة مضيئة لنشر المعرفة القانونية للمتخصصين والعاملين وكافة المعنيين المهتمين في المجال القانوني بما يساهم في تطوير العمل القانوني.

وتعمل القانونية ، على تحقيق الأهداف الآتية:

١. المساهمة الجادة في إثراء الفكر القانوني من خلال نشر المستجدات من الأحكام على الصعيد القضائي ، والآراء الفقهية والبحثية الأكاديمية ، والمستحدث في مجال التشريع والإفتاء القانوني ، مع التأكيد على الجودة العالية للمادة العلمية المنشورة وصلتها الوثيقة بالواقع الوطني والعربي.
٢. نشر الثقافة القانونية وصولاً إلى تعزيز الوعي القانوني لدى المواطن ومؤسسات الدولة.
٣. تهيئة المناخ الملائم للمفكرين والباحثين لنشر نتاج أفكارهم وأنشطتهم العلمية والبحثية في المجالات القانونية.
٤. التعريف بالتطور القانوني والتشريعي الذي تشهده مملكة البحرين ، في عصر العولمة الثقافية القانونية.

### ثانياً : المضمون: تصدر القانونية نصف سنوية ، وتتضمن الآتي:

١. البحوث والمقالات.
٢. التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية.
٣. متابعات قانونية (أهم المعاهدات الدولية و التشريعات الحديثة ، الترجمات ، مراجعات الكتب والمتابعات العلمية للمؤتمرات والندوات والأنشطة وندوات الدائرة المستديرة)

### ثالثاً : أهم قواعد وإجراءات النشر: تنشر القانونية البحوث في المجال القانوني وذلك بمراعاة الآتي:

١. الالتزام بمنهجية البحث العلمي.
٢. الكتابة باللغة العربية أو باللغة الإنجليزية.
٣. الالتزام بعدم النشر السابق للبحث في أية دورية أخرى، وأن لا يكون جزءاً من رسالة الماجستير أو الدكتوراه.
٤. أن يكون اختيار موضوع البحث ذا طابع عملي، أو أن يطرح فكرة أو مفهوماً جديداً.
٥. أن يتضمن البحث الإشارة إلى الأحكام القضائية في التخصص -إن وجدت-.
٦. أن يتضمن البحث - أسفل كل صفحة - الهوامش التي تشير إلى المراجع والمصادر ، مع مراعاة

أن يكون الترقيم متسلسلاً لكل صفحة مستقلة.

٧. يجب ألا يقل البحث عن خمس وعشرين صفحة ولا يزيد على أربعين صفحة أما بالنسبة للمقالة القانونية والتعليق على الأحكام وغيرها فيجب ألا يزيد عدد الصفحات على عشرين صفحة.
٨. تعبر الآراء التي يحتوى عليها البحث أو المقالة عن آراء الباحث، وتتسبب إليه، في إطار من حرية الرأي التي تكفلها القانونية.
٩. تقدم البحوث وغيرها من أربع نسخ مطبوعة على الحاسب الآلي ومنسوخة على ورق مقاس (A٤) على وجه واحد بمسافتين (بما في ذلك الحواشي، والمراجع والمقتطفات والملاحق) ومصحوبة بملخصين، أحدهما باللغة العربية والآخر باللغة الإنجليزية بما لا يزيد على (١٥٠) كلمة لكل منهما، وكذا قرص مرن (ديسك) مسجل عليه البحث والملخصان والبيانات الخاصة بالباحث.
١٠. الموافقة على نشر ملخص البحث أو المقالة أو التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية والمتابعات القانونية.
١١. يمنح الباحث مكافأة مالية بعد نشر البحث أو المقالة أو التعليق على الأحكام القضائية والفتاوى القانونية والمتابعات القانونية.

#### رابعاً : رسالة القانونية:

لعل ماتضمنته هذه الدورية العلمية من أبواب ومنها الابحاث القانونية التي جاءت لتعكس الثقافات القانونية العلمية والعملية في الوطن العربي فضلاً عن الأبحاث بالانجليزية التي تعتمد على السوابق القضائية Case Law في القانون والقضاء الأنجلوأمريكي، وبالإضافة إلى ذلك فهي تعكس المزج الذي فرض نفسه بين الثقافتين القانونيتين السائدتين في العالم وهما الثقافة القانونية في دول النظام اللاتيني Civil Law Legal Systems ، والثقافة القانونية في دول النظام الأنجلوأمريكي Common Law Jurisdictions ، هذا المزج هو نتاج العولمة الثقافية القانونية ، التي باتت تفرض نفسها على معطيات الواقع القانوني في عالمنا العربي. وتأتي الأبحاث المنشورة بالمجلة لتعكس تمسك هيئة التحرير بجودة البحث العلمي أثناء التحكيم ورقية لمستويات النشر للأبحاث على الصعيد الدولي International Publishing Standards في الدوريات العلمية القانونية المحكمة. والقانونية بهذه المثابة تجمع في طياتها بين العمل والنظر لتصبح سفيراً عظيماً تنقش فيه من الأبحاث ما يشار إليه بالبنان في محافل الفكر القانوني العربي.

## كلمة سعادة المستشار/ رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

بعد أن أنعم الله علينا بصدور العدد الأول من القانونية والذي لاقى نجاحاً وقبولاً في المحافل القضائية والقانونية في مملكة البحرين والعالم العربي وذلك بفضل من الله تعالى وتوفيقه، أقدم الآن للقارئ العربي العدد الثاني من مجلة القانونية التي تصدرها هيئة التشريع والإفتاء القانوني لتحقيق ما تصبو إليه نفس القارئ العربي من نهم إلى المعرفة القانونية الرصينة التي إتخذتها مجلة القانونية منهجاً منذ البداية من خلال عرضها لأحدث المستجدات البحثية والمتابعات القانونية والتشريعية في عالمنا العربي والفقهاء والقضاء المقارن حيث حرصت القانونية على كفاءة عالية من الجودة للأبحاث المحكمة سواء بالعربية أو بالإنجليزية.

ولقد لاقت مجلة القانونية الصادرة عن هيئة التشريع والإفتاء القانوني إستحساناً وقبولاً، بل وحقت صدىً كبيراً وذلك بصدور العدد الأول منها لدى المشتغلين بالقضاء والمحاماة والتدريس وغيرهم من العاملين بالقانون في أفرع القانون المختلفة بحسبانها تمثل اثراءً فكرياً في شتى مناحي المعرفة القانونية، فجاء العدد الأول شاملاً للعديد من فروع المعرفة القانونية المتنوعة بالعربية والانجليزية، وجاءت الأبحاث لتعرض الفقه العربي والمقارن والسوابق القضائية في القضاء الانجليزي English Case Law والأمريكي.

ولقد ظهر جلياً الإقبال على مجلة القانونية من مرتادي معرض البحرين الدولي للكتاب السادس عشر، تحت رعاية وزارة الثقافة بمملكة البحرين في الفترة من ٢٧/٣ وحتى ٤/٤ / ٢٠١٤.

وسيراً على ذات النهج فقد إنطلقت القانونية من مبدئين إعتنقتهما منذ ميلاد عددها الأول وهما الإرتقاء بالأبحاث المحكمة إلى مستويات النشر الدولية International Publishing Standards وكذلك تدويل Internationalization الفكر القانوني بالمجلة من خلال إرتكان الأبحاث بالعربية والانجليزية إلى الفقه المقارن والسوابق القضائية Case Law في دول العالم المختلفة لا سيما المملكة المتحدة والولايات المتحدة الأمريكية مع مؤلفات الشراح في دول العالم المختلفة، حيث إرتكنت المجلة إلى هذين المبدئين في باكورة صدورهما مع مراعاة التنوع في التخصصات القانونية التي تعالجها الأبحاث المحكمة قبل نشرها لتصبح المجلة سفراً بحثياً يشار إليه بالبنان في محافل البحث العلمي القانوني في عالمنا العربي والعالم الخارجي.

وليس من شك أن المعايير الدقيقة التي تضمها القانونية لإختيار الأبحاث وتحكيمها وصولاً إلى المراحل النهائية للنشر هي المحك في الوصول إلى صدارة العمل القانوني العربي والمقارن من خلال طرح رؤى قضائية وقانونية جديدة لموضوعات تتسم بالجدة والإبتكار لم تألفها الدوريات العلمية القانونية العربية من قبل. ولعل هذا هو الدافع الرئيسي لتألق القانونية منذ عدها الأول.

لقد أصرت القانونية على أن تضمن عدها الثاني موضوعات تتعلق بالتشريع بحسبانه جوهر عمل هيئة التشريع والإفتاء القانوني التي تشارك في صنع عملية التشريع البحريني حيث صار للهيئة دور محوري بل وجوهري في عملية صناعة التشريع بمملكة البحرين وأضحى تضمين مجلة القانونية موضوعات تتعلق بعملية التشريع والأحكام الموضوعية والإجرائية لصناعة وصياغة التشريع، أضحى كل ذلك نتاجاً للخبرة القانونية الرصينة للسادة مستشاري الهيئة في صناعة التشريع بمملكتنا الغالية على مدى العقود المنصرمة. ولقد راعت الهيئة المزج بين معطيات علم التشريع في الأبحاث المنشورة والذي هو جوهر عملها من ناحية، والواقع القانوني المحلي والاقليمي والدولي من ناحية أخرى.

ولقد جاء هذا المزج بين الواقع التشريعي وهو جوهر عمل الهيئة والمعطيات البحثية على الصعيد الاقليمي والدولي ليظهر بجلاء في العدد الثاني من القانونية حيث تضمنت بين دفتيها أبحاثاً قيمة تتعلق بأركان صحة التشريع من واقع القضاء الدستوري العربي، وتفسير النص القانوني بين الحرفية والغائية من منظور الفقه الفرنسي المقارن بالفقه العربي، لتخطو القانونية خطوات جديدة وتشر أبحاثاً متعلقة بتشريعات الملكية الفكرية في العالم العربي وتحديداً دول مجلس التعاون الخليجي، مع بحث بالإنجليزية يتسم بجودة المعالجة لموضوع من أهم موضوعات قوانين الملكية الفكرية على الصعيد الدولي والإقليمي وهو متطلبات حماية النماذج الصناعية على هدي من المعطيات الدولية والتطبيق المحلي وذلك مع تسليط الضوء على معاهدة باريس، ومعاهدة برن، واتفاقية التريبس TRIPS بحسبانها الآليات الدولية التي إرضاهها وتعارف عليها المجتمع الدولي كيما يلتزم بأحكامها في المسألة محل البحث.

ولم تغفل القانونية فروع القانون الأخرى فأجازت بحثاً قيماً يتعلق بحماية المال العام في التشريعات المصرية والبحرينية ( دراسة مقارنة )، وبحثاً آخر يعالج موضوعاً من موضوعات الساعة بمملكة البحرين ودول مجلس التعاون الخليجي وهو المركز القانوني لوكالات توريد العمالة الاجنبية، ثم أضافت متابعات قانونية لمحاضرة قيمة أقيمت بالدار البيضاء بالمغرب تتعلق بدولة سيادة القانون ودور المحامين في تعزيزها وحمايتها. وفي باب المقالات أوردت القانونية مقالاً يتسم بالجدة بعنوان المحكمة العربية لحقوق الإنسان.

جمعت القانونية بين دفتيها في عدها الثاني نخبة من الأبحاث المتنوعة من معظم فروع القانون، راعت المزج بين الأصالة والمعاصرة مع البعد الدولي المقارن لموضوعات جديدة لم يألفها الفقه القانوني العربي من قبل بمعالجة بحثية تتسم بالعمق وأصالة البحث مع البعد الدولي المقارن بالفقه الدولي والمعاهدات الدولية

، هادفةً إلى تدويل Internationalization الفكر القانوني البحثي بالمجلة.

ويسعدني أن أرفق الي القارئ القانوني العربي بشرى توقيع القانونية لاتفاقية توأمة مع الدورية العلمية للإصلاح التشريعي والصياغة التشريعية بالمملكة المتحدة IJOLDALR والصادرة عن الجمعية الدولية للتشريع بالمملكة المتحدة IALDLAR ، حيث صدرت هذه الدورية العلمية البريطانية أول ما صدرت كأحدى الدوريات العلمية الصادرة عن جامعة لندن. وتشمل اتفاقية التوأمة من بين ما تشمل تبادل الأبحاث بين الدوريتين العلميتين في البحرين والمملكة المتحدة ، والتبادل العلمي والبحثي في مجال التشريع لنقل أكبر الخبرات في هذا المجال ، على الصعيد الدولي ، الى مملكتنا الغالية.

ولايسعني في نهاية كلمتي الا أن أتوجه بالشكر الي هيئة التحرير وفريق العمل بمجلة القانونية ، والذي يلقى دعماً مستمراً ، ومؤازرة متواصلة من المستشار / معصومة عبد الرسول عيسي ، نائب رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني ، فلولا الجهد الدؤوب لهذا الفريق ، والتوجيه المستمر للمستشارة الفاضلة نائب رئيس الهيئة لما حققت القانونية النجاح الذي وصلت اليه.

أقدم للقارئ القانوني العربي مجلتنا «القانونية» آملاً أن يجد فيها ما يروي ظمأه ونهمه إلى المعرفة القانونية الرصينة وأن يجد فيها كل فائدة ومتمعة ، داعياً المولى - عز وجل - أن يتحقق بما بذلت ما إبتغيت، وهو من وراء القصد، والهادي إلى سواء السبيل.

والله الموفق،،،

**عبدالله بن حسن البوعيين**

رئيس هيئة التشريع والإفتاء القانوني

مايو - ٢٠١٤





## كلمة هيئة التحرير

يسعد هيئة التحرير أن تقدم للقارئ البحريني بالأخص والعربي بشكل أعم العدد الثاني من القانونية بعد أن حقق العدد الأول نجاحاً منقطع النظير لاسيما خلال معرض البحرين الدولي للكتاب ، ووقعت هيئة التشريع والإفتاء القانوني إتفاقية توأمة مع الدورية العلمية الصادرة عن الجمعية الدولية للتشريع بالمملكة المتحدة IALDLARL الأمر الذي يكفل للقانونية إنطلاقة كبيرة وخطوات واسعة في المحافل الدولية.

والقانونية بهذه المثابة وفي إطار التنوع في الطرح الفكري والثقافي القانوني ، الذي كفلته في عددها الأول وفي هذا العدد ، والأعداد التالية بإذن الله تعالى ، فإنها تقدم في هذا العدد الثاني العديد من الأبحاث في مختلف فروع القانون لتكفل التنوع في التخصصات القانونية والتعدد الفكري في شتى فروع القانون ومن كافة الدول والبقاع الجغرافية ، وكذلك وكما تحرص القانونية دائماً على تقديم بحثاً باللغة الانجليزية في موضوع مهم من موضوعات الملكية الفكرية وذلك في إطار من الآليات التشريعية الدولية المتمثلة في المعاهدات الدولية في المسألة محل البحث.

وتقدم القانونية بحثها الأول الذي يتسم بقدر كبير من الرصانة وأصالة المعالجة في تناول للمادة البحثية وهو بعنوان تفسير النص القانوني بين الحرفية والغائية للأستاذ الدكتور / خالد جمال أحمد حسن ، أستاذ القانون المدني المشارك ، كلية الحقوق ، جامعة البحرين.

وينقسم هذا البحث الى المبحث الأول الذي يعالج مدلول تفسير النص القانوني لغةً واصطلاحاً ، والمبحث الثاني المتعلق بنطاق التفسير أو مجاله ، والمبحث الثالث وعنوانه موضوع التفسير ، ثم المبحث الرابع ويحلل الأجهزة المعنية بالتفسير ، وأخيراً المبحث الخامس الذي يتناول مذاهب التفسير أو مدارسه ، وأخيراً المبحث السادس المتعلق بوسائل أو طرق التفسير.

ويأتي البحث الثاني بعنوان أركان صحة التشريع للأستاذ الدكتور/ صبري السنوسي ، أستاذ القانون العام بكلية الحقوق ، جامعة القاهرة بمثابة إضافة ملموسة في المجال وفي علم القانون الدستوري حيث يتناول ، أولاً العناصر الشكلية في إصدار التشريع ، وثانياً الأركان الموضوعية في إصدار التشريع.

ويتناول البحث الثالث أحد التخصصات العلمية القانونية الجديدة في عالمنا العربي وهو مجال الملكية الفكرية حيث جاء البحث بعنوان « المصنفات المحمية في التشريعية الخليجية » للأستاذ الدكتور/أمجد محمد منصور ، عميد كلية الحقوق بجامعة المملكة سابقاً ، وأستاذ القانون المدني المشارك ، حيث ينقسم الى ثلاثة مباحث وهي مفهوم المصنف وشروط حمايته ، والمبحث الثاني أنواع المصنفات المحمية بالنظر

الى الفن الذي تتناوله ، والمبحث الثالث أنواع المصنفات المحمية بالنظر الى انفراد أصحابها بإبداعها . ويتناول البحث الرابع وهو بعنوان حماية المال العام في التشريعات المصرية والبحرينية (دراسة مقارنة) للدكتور / طارق عبد الحميد توفيق سلام ، أستاذ القانون العام المساعد ، بجامعة المملكة ، مملكة البحرين حيث ينقسم البحث الى المبحث الأول وهو عن مفهوم المال العام وقواعده ، و المبحث الثاني بعنوان الحماية الدستورية للمال العام في التشريعات المصرية والبحرينية ، و المبحث الثالث ويتناول الحماية القانونية للمال العام في التشريعات المصرية والبحرينية.

وأخيراً وليس آخرأً يتناول البحث الخامس في البحوث العربية بحثاً حيوياً بالنسبة لدول مجلس التعاون الخليجي للباحث الأستاذ /علي فيصل علي ، وهو بعنوان المركز القانوني لوكالات توريد العمالة الأجنبية حيث يتناول المبحث الأول الإطار العام لنشاط توريد العمالة الأجنبية ، ويعالج المبحث الثاني مركز وكالات توريد العمالة الأجنبية في مواجهة صاحب العمل ، و يوضح المبحث الثالث مركز وكالات توريد العمالة الأجنبية في مواجهة العامل الأجنبي.

وفي مجال المتابعات القانونية تقدم القانونية محاضرة للمحامي الأستاذ/ عمر زين ، للأمين العام لاتحاد المحامين العرب ، بالدار البيضاء بالمغرب الشقيقة ، في الدورة الثانية للمكتب الدائم ، بعنوان من أجل سيادة حكم القانون ودور المحامين في تعزيزها وحمايتها ، وتنقسم المحاضرة الى قسمين هما : الأول هو مفاهيم عامة حول سيادة حكم القانون ، والثاني هو دور المحامين في هذا الميدان.

وفي مجال المقالات تعرض القانونية لمقال يتسم بالجدة للأستاذة / جواهر عادل العبدالرحمن ، المستشار المساعد بهيئة التشريع والإفتاء القانوني بعنوان المحكمة العربية لحقوق الإنسان «نحو حماية فعّالة لحقوق الإنسان العربي» وتتناول فيه أولاً: حماية حقوق الإنسان في جامعة الدول العربية وثانياً: ملامح إنشاء المحكمة العربية لحقوق الإنسان.

وأخيراً تعرض القانونية في القسم الانجليزي بها الى البحث في موضوع مهم من موضوعات الملكية الفكرية وهو مقدم من المستشار الدكتور/ محمد فؤاد الحريري نائب رئيس مجلس الدولة المصري والمستشار القانوني بوزارة المالية بمملكة البحرين ، حيث يتناول متطلبات حماية النماذج الصناعية من منظور دولي مقارن ، ويتناول نظرة عامة على الموقف دولياً ومحلياً ، وينقسم هذا البحث الى قسمين وهما نظرة عامة علي الصعيد الدولي تناقش متطلبات الحماية دولياً ، و ثم المتطلبات اللازمة للحماية وفقاً للمشرع في جمهورية مصر العربية في ضوء قانون الملكية الفكرية الصادر بالقانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ .

والببحث الأخير يتسم بالجدة والابتكار والمعالجة من منظور دولي مقارن بالاتفاقيات الدولية في المسألة محل البحث.

وهيئة التحرير إذ تختتم عرضها لأبحاث ومقالات العدد الثاني من القانونية بالعربية والانجليزية فإنها تتمنى للقارئ العربي ان يجد في مختلف فروع المعرفة التي تقدمها القانونية له ما يجد فيه كل فائدة وامتعه في شتى انواع التخصص القانوني.

والله ولي التوفيق،،،،

**هيئة التحرير**



البحوث



# تفسير النص القانوني بين الحرفية والغائية

الأستاذ الدكتور / خالد جمال أحمد حسن

أستاذ القانون المدني المشارك  
كلية الحقوق - جامعة البحرين

## مقدمة البحث

لا جرم أن مهمة تفسير النصوص القانونية ليست أمراً سهلاً هيناً ، وإنما هي مهمة شاقة ، بل ومحفوفة بكثير من المخاطر ، لأنه قد يحدث أن يحيد المفسر عن الجادة أو الطريق الصحيح أثناء اضطلاعهم بعملية التفسير إذا لم يكن حائزاً لمقومات وآليات القدرة على التفسير السليم والدقيق للنص محل التفسير ، على نحو يخشى معه من توسيعه أو تضيقه من نطاق تطبيق هذا النص ، بل قد يتصور منه أن يعتمد إلى تغيير معنى هذا النص برمته تحت ستار تفسيره ( ١ ) ، ولقد بلغ من خطورة تلك المخاوف التي قد تكتنف التفسير أنه ذكر عن الزعيم الفرنسي « نابليون بونابرت » أنه لما قيل له عن صدور مؤلف شارح لنصوص قانونه المدني قال كلمته الشهيرة « لقد ضاع قانوني » Mon code est perdu ، استشعاراً منه بأن التفسير قد يتم اللجوء إليه في بعض الأحوال لإحداث تغيير أو تعديل للقانون محل التفسير ولو بصورة مستترة ، أي تحت ستار تفسيره .

ولذا تحتاج مهمة التفسير في واقع الأمر إلى أن يحوز كل مفسر ملكة قانونية تؤهله لحسن أداء عمله بصورة صحيحة ودقيقة ، وذلك من خلال ما يتكون لديه من تراكم معرفي وصلقل فني أثناء مباشرة عمله القانوني ، يؤهله لأن يكتسب حساً قانونياً معقولاً ( وفقاً لمعيار الشخص المعتاد ، وهو شخص متوسط الصفات ليس حاد المعرفة والخبرة ، وفي نفس الوقت ليس محرومهما ، وإنما هو قوام أي وسط بينهما ) يتيح له حسن فهم مضمون النص القانوني بلفظه ومعناه ، تفادياً للوقوع في أحد مزلق الانحراف به عن مراده الذي وضع من أجله ، فيتخلى حينئذ - بقصد أو دون قصد - عن دوره الطبيعي في تفسير القاعدة القانونية متجهاً نحو دور آخر ليس له ولا يدخل في اختصاصه ، ألا وهو دور الإنشاء والخلق لهذه القاعدة ، فيمارس بذلك سلطة التشريع التي تدخل أصلاً في اختصاص السلطة التشريعية منتهكاً بهذا السلوك مبدأ

١ / د / خالد جمال أحمد حسن « الوسيط في مبادئ القانون البحريني » ص ٢٢٤ ، طبعة عام ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م ، بدون دار نشر .



دستورياً ألا وهو « مبدأ الفصل بين السلطات ».

ولا غرو أن تكون مهمة التفسير جزءاً لا ينفك عن حسن تطبيق القاعدة القانونية ، وكيف لا وإنزال المفسر ( سواء كان واضعاً للقانون كما هو في التفسير التشريعي ، أم قاضياً كما هو في التفسير القضائي ، أم فقيهاً كما هو في التفسير الفقهي ) حكم القاعدة القانونية على أي واقعة ما من الوقائع لا يتم دون معرفته التامة بمضمونها ووقوفه بكل دراية ودقة على دلالات ألفاظها وعبارات جملها وقراتها ، وهذا هو حقيقة التفسير ومؤداه .

وفي الحقيقة ينبغي علينا إذا أردنا إماماً شاملاً بجوانب هذا الموضوع الحيوي ، وحلاً حاسماً لما قد يثيره من إشكالات علمياً وعملاً ( أي سواء من الناحية النظرية أم من الناحية التطبيقية ) أن نعالج في هذا البحث المختصر عدداً من الموضوعات الجوهرية المرتبطة به ، والتي يمكننا جمع شتاتها في النقاط الآتية : ما هو التفسير ؟ وذلك لكي نعرف مدلوله أو معناه فنقف - من ثم - على ماهية تفسير القاعدة القانونية لغةً واصطلاحاً .

ما هو نطاق التفسير أو مجاله ؟ لنعرف مدى تصور وجوده مع وضوح النص أو حتى في حالة غياب النص أو عدم وجوده ، وهل يتصور قصر هذا التفسير على المصادر المكتوبة دون المصادر غير المكتوبة أم أنه يشملهما معا .

ما هو محل التفسير أو موضوعه ؟ أي نبحث عن ماهية القواعد القانونية التي يجري تفسيرها ، هل تقتصر على القواعد التشريعية وحدها ، أم تمتد لتشمل غيرها من القواعد القانونية الأخرى أيا كانت مصادرها .

من الذي يضطلع بمهمة التفسير ؟ أي بيان ماهية الأجهزة المعنية قانوناً بتفسير القاعدة القانونية . كيف يتم التفسير ؟ أي تحديد ماهية المذاهب المعتمدة في تفسير القاعدة القانونية .

ما هي وسائل التفسير أو طرقه ؟ أي الكشف عن القواعد أو المعايير المتبعة في تفسير القاعدة القانونية

وسأعرض - بمشيئة الله تعالى - كل موضوع من هذه الموضوعات في بحث خاص به أحاول من خلاله - من غير اقتضاب أو إسهاب - تغطية كل جوانبه بصورة محققة للغاية المنشودة من وراء معالجتنا له بأسلوب بسيط وواضح ، آملاً في أن يستفيد منه - بكل سهولة ويسر - كل من يطالعه من طلاب العلم ورجالات الفقه والقضاء ، والله الموفق إلى الفلاح والسداد ، إنه ولي ذلك والقادر عليه .

## المبحث الأول مدلول تفسير النص القانوني لغةً واصطلاحاً

### المطلب الأول المدلول اللغوي للتفسير

لعل المطالع لكتب اللغة يجدها تضي على لفظ التفسير أحد هذه المعاني المترادفة ، مثل البيان ( أقول فسرت الشيء أي بيّنته ) ، والإيضاح أو التوضيح ( أقول فسرت الأمر أي أوضحته ) ، وكشف المغطى ( أقول فسّر المغطى أي كشف عنه ، والتأويل ( أقول أول الكلام وتأوله أي فسّره وقدره ) ، فبعض كتب اللغة ترى أن التفسير والتأويل مترادفان فهماً بمعنى واحد على أساس أن التفسير يعني كشف المراد عن المشكل ، والتأويل يعني رد أحد المحتملين إلى ما يطابق الظاهر (١) ، في حين أن البعض الآخر يثبت التفرقة بينهما رغم ما بينها من أمارات الاشتراك في الدلالة والمغزى ، فقد جاء في فاكهة البستاني أن التفسير : مصدر والفرق بينه وبين التأويل أن التفسير هو إيضاح معنى اللفظ ، في حين أن التأويل هو سوقه إلى ما يؤول إليه . (٢) .

والحقيقة أنه وإن كان هناك تعانق واضح بين المعنى اللغوي للتفسير والمعنى اللغوي للتأويل لاتحادهما في الغاية والهدف منهما ، إذ يستهدف في نهاية المطاف من ورائتهما حسن فهم مضمون النص الخاضع لهما ، لضمان حسن إنزاله وتطبيقه على الواقعة التي تتعلق به ، إلا أن ثمة فرقاً واضحاً في دلالتهما مما يوجب التمييز بينهما ، إذ التفسير يعني التبيين والتوضيح لمعنى اللفظ محل التفسير ، في حين أن التأويل يعني التدبر في اللفظ لسوقه إلى أرجح الدلالات التي يحتملها (٣) ، وبناء عليه يمكن القول باختلاف التفسير عن التأويل ، ذلك أن التفسير حين ينزل على اللفظ يكشف لنا عن معناه فيوضحه ويبينه لنا على سبيل الجزم والقطع بحسب ظاهره ومبناه ، بخلاف التأويل الذي يردنا إلى أرجح الدلالات المحتملة لظاهر اللفظ ومبناه ، فيكون بيانه لمعنى اللفظ على سبيل الظن وليس على سبيل القطع .

### المطلب الثاني المدلول الاصطلاحي لتفسير النص القانوني

لقد أورد الفقهاء تعريفات عديدة للكشف عن المدلول الاصطلاحي لتفسير القاعدة القانونية ، نذكر منها هذه التعريفات الآتية :

١. انظر في ذلك إلى : محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي « مختار الصحاح » ص ٥٠٣ ، الطبعة الثانية عام ١٣٥٥ هـ ، المطبعة الأميرية - بولاق . الجيزة ، جبران مسعود « الرائد » ص ١١١٩ ، طبعة عام ١٣٨٤ هـ - ١٩٦٥ م ، دار العلم للملايين ، « المعجم الوجيز » ، ص ٤٧١ ، صادر عن مجمع اللغة العربية ، طبعة خاصة بوزارة التربية والتعليم بجمهورية مصر العربية ، عام ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م .
٢. انظر في ذلك : عبد الله البستاني « فاكهة البستاني » وهو مختصر من البستان ، ص ١٠٨٠ ، طبعة عام ١٩٣٠ م ، بيروت - لبنان .
٣. أ.د / محمد صبري السعدي « تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية » بند ٨ ، ص ٢١ ، الطبعة الأولى عام ١٩٧٩ م - ١٣٩٩ هـ ، دار النهضة العربية بالقاهرة .

عرّفه البعض بأنه يعني « معرفة المعنى الذي تتضمنه القاعدة القانونية » (١) ، أو هو « تحديد معنى القاعدة القانونية » (٢) .

ويؤخذ على هذا التعريف أو ذلك أنه ركز فقط على المدلول اللغوي للتفسير دون الكشف عن ماهيته ، أو إبراز موضوعه ، أو الإشارة إلى طريقه أو وسائله .

عرّفه البعض الآخر قائلاً إن « تفسير التشريع هو توضيح ما أبهم من ألفاظه ، وتكميل ما اقتضب من نصوصه ، وتخريج ما نقص من أحكامه ، والتوفيق بين أجزائه المتناقضة » (٣) ، أو هو « بيان أو توضيح لمعنى النص الغامض أياً كان سبب هذا الغموض ، أي سواء كان مرده إلى النقص (عدم الكفاية) أو عدم تناسب الألفاظ و غرابتها أم كان راجعاً إلى وجود تناقض عقلي بسبب طابع أسلوب اللغة المستعمل في التعبير أو بسبب وجود أخطاء مطبعية » (٤) .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه قصر مجال التفسير على التشريع دون غيره من مصادر القانون الأخرى ، وهذا قصور غير مبرر ، لأن التفسير كما يرد على القاعدة التشريعية يرد على غيرها من القواعد الأخرى التي مصدرها العرف أو مصدرها مبادئ الشريعة الإسلامية أو مصدرها مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، هذا فضلاً عن إغفاله لحقيقة التفسير وماهيته ، وعدم بيانه لطرق التفسير ووسائله .  
في حين عرفه البعض الثالث قائلاً « التفسير هو العملية العقلية التي تهدف إلى البحث والتوضيح للمعنى الذي ترمي إليه القاعدة » (٥) ، أو « هو العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها » (٦) .

ويتميز هذا التعريف عن التعريفات السابقة بإبرازه لحقيقة التفسير وماهيته ، غير أنه رغم ذلك لم يسلم من النقد لإغفاله موضوع التفسير ووسائله وطرقه .

في حين عرفه البعض الثالث قائلاً « التفسير هو البحث والتحري بهدف إيجاد المعنى الصحيح للقاعدة لتطبيقها بعد ذلك على الحالة الواقعية » (٧) ، أو هو « الاستدلال على الحكم القانوني وعلى الحالة النموذجية التي وضع لها هذا الحكم من واقع الألفاظ التي عبر بها المشرع عن ذلك » (٨) .

١. أ.د / جميل الشرفاوي « دروس في أصول القانون » ص ١٩٥ ، طبعة ١٩٧٢م ، بدون دار نشر . أ.د / محمود جمال الدين زكي « دروس في مقدمة الدراسات القانونية » ، ص ٢٥٠ ، الطبعة الثانية ١٩٦٩ م .
٢. أ.د / منصور مصطفى منصور « دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية » بند ١٥٧ ، ص ٢٨١ ، طبعة عام ١٩٧٢م ، دار النهضة العربية بالقاهرة ، أ.د / عبد الودود يحيى « المدخل لدراسة القانون » ، ص ١٩٥ ، طبعة عام ١٩٧٥ م .
٣. أ.د / عبد الرزاق السنهوري ، أ.د / حشمت أبو ستيت « أصول القانون » ص ٢٣٥ ، طبعة عام ١٩٥٢م . بدون دار نشر .
٤. انظر عرض ذلك الرأي إلى : أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٨ ، ص ٢١ .
٥. أ.د / عبد الحي حجازي « المدخل لدراسة العلوم القانونية » بند ٣٩٥ ، ص ٥١٠ ، جزء ١ ، مطبوعات جامعة الكويت عام ١٩٧٢م .
٦. انظر عرض ذلك إلى : أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ١١ ، ص ٢٣ . وقرب ذلك أ.د / توفيق حسن فرج « المدخل للعلوم القانونية » بند ٢٣٦ ، ص ٣٩١ ، طبعة عام ١٩٧٥م ، مكتبة مكاوي بيروت . لبنان ، إذ يقول التفسير هو تحديد المعنى الذي تضمنته القاعدة القانونية وتبيين نطاقها ، وذلك حتى يمكن الاستدلال على ما تتضمنه القاعدة ، وحتى يمكن مطابقتها على الظروف الواقعية » .
٧. أ.د / سليمان مرقس « المدخل للعلوم القانونية » ص ٢٣٦ ، الطبعة الرابعة عام ١٩٦١م .
٨. د / محمد أديب صالح « تفسير النصوص في الفقه الإسلامي » ص ٢٤ ، رسالة دكتوراة عام ١٩٦٤م ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة .

ويؤخذ على هذا التعريف أنه لم يبرز ماهية التفسير ولا موضوعه ، هذا فضلاً عن أنه لم يشير إلى طريقته ووسائله .

ويعرفه فقهاء الشريعة الإسلامية بأنه « بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام للعمل بالنص على الوضع الذي يفهم منه » (١) .

والملاحظ على التعريفات السابقة جميعها أنها تقتصر إلى التكمال في إبراز جميع عناصر التفسير ، إذ يركز كل واحد من هذه التعريفات على عنصر واحد أو عنصرين من عناصر التفسير أو جوانبه متجاهلاً بهذا القصر بقية عناصره أو جوانبه الأخرى .

ولذا يذهب رأي في الفقه نؤيده إلى أن التعريف المنشود للتفسير ينبغي أن يبرز جميع عناصر عملية التفسير ، من غير تجاهل لواحد منها بغية أن يكون تعريفاً جامعاً مانعاً ، ولذا فهو يعرفه قائلاً « التفسير عملية ذهنية منطقية تؤدي باتباع قواعد علمية إلى تحقيق غرضه الذي يختلف باختلاف حالة النص ، وذلك لاستنباط حكمه لتطبيقه على الحالة الواقعية » (٢) .

وجدير بالملاحظة أن التعريف الجامع المانع للتفسير يجب أن تراعى في صياغته النقاط الآتية :

إبراز أهمية التفسير بوصفه عنصراً جوهرياً لا غناء عنه في تطبيق القانون .

احتواء التعريف على جميع عناصر التفسير دون إغفال لأي عنصر من عناصره .

الأخذ بالمعنى الواسع للتفسير حتى لا يقصر مدلوله على مجرد بيان أو توضيح معنى النص القانوني الغامض محل التفسير ، فيمتد ليشمل إلى جانب ذلك إصلاح العيوب التي تكتنف هذا النص ، وإزالة ما قد يوجد بين النصوص من تعارض أو التوفيق بينها عند حصول هذا التعارض ، بل ويمتد لأكثر من هذا فيبسط التفسير حتى يسع ما قد يعتمد عليه القاضي في بعض الفروض عند تفسيره لنص ما إلى إكمال ما عجز ضيق عباراته وألفاظه عن أن يسعه في مبناه رغم أن يسعه في مضمونه ومحتواه .

ولذا يمكنني تعريف التفسير بأنه «عملية ذهنية ترد على القاعدة القانونية أياً كان مصدرها وفق قواعد علمية رصينة لبيان معنى هذه القاعدة أو كشف غموضها أو إزالة تعارضها مع ما يرتبط بها من قواعد أخرى أو إكمال ما انتقص في مبنائها مما لا ينفك عن معناها ، بغية إنزال مضمونها الصحيح على الحالة الواقعية محل التفسير » (٣) .

## المبحث الثاني

### نطاق التفسير أو مجاله

#### هل يتصور ورود التفسير بشأن النص الواضح ؟

يرى أنصار هذه النظرية أن التفسير لا يتصور وجوده إلا مع غموض النص ، ومن ثم فلا مجال

١. د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ١٣ ، ص ٢٨ .

٢. انظر قرب ذلك : د / كمال عبد الواحد إبراهيم أحمد الجوهري « القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي » ، بند ١٠١ ، ص ٢٤٣ ، رسالة دكتوراة عام ١٩٩٢ م ، كلية الحقوق - جامعة بني سويف ..

له عند وضوح هذا النص ، إذ يكون المجال مجال تطبيق النص لا تفسيره ، وينبغي على القاضي مع ثبوت الوضوح في النص أن يطبقه بصورة آلية ، لأنه لن تكون ثمة حاجة إلى هذا التفسير مع تحقق هذا الوضوح للنص القانوني المراد تطبيقه .

### بيد أن هذا الرأي محل نظر لسببين :

**السبب الأول :** أن الحكم على أي نص قانوني بوضوح النص أو الغموض مسألة أولية سابقة على مرحلة تطبيقه ، ولذا يتعين على القاضي ابتداءً قبل تطبيقه لأي نص إخضاعه لاجتهاده ليحسم هذه المسألة مقررًا وضوحه فيطبقه على الواقعة التي ينظرها ، أو عدم وضوحه فيخضعه لسلطته في التفسير تمهيداً لتطبيقه بإنزال مضمونه على الواقعة التي ينظرها (١) .

**السبب الثاني :** أن وضوح النص أو غموضه مسألة نسبية يتفاوت فيها الأشخاص ، فما يعد واضحاً بالنسبة لقاضٍ قد لا يكون بالنسبة لغيره من القضاة ، بل إن ما يعد واضحاً بحسب ظاهره لمفسر سطحي ، قد يعد غامضاً لآخر عميق الفهم يحرص على ربط النص بكثير من تطبيقات الحياة المرتبطة به ، ولذا فإن القول باستبعاد عملية التفسير عند وضوح النص فيه مصادرة على المطلوب (٢) .

وإذا أردنا أن نصح لهذه النظرية مسارها ومنطقها فإننا نتصح مع البعض بوجود الفصل بين مسألتين أساسيتين كثيراً ما يحدث الخلط بينهما ، مسألة حظر التفسير تحت ادعاء وضوح النص وعدم الحاجة إليه وتلك مقولة محل نظر كما سبق أن رأينا آنفاً ، وبين مسألة ضرورة إجراء عملية التفسير للنصوص القانونية في جميع الحالات قبل تطبيقها مع وجوب التزام القاضي بالمعنى الواضح للنص من ظاهر ألفاظه ومضمون عباراته ، وعدم جواز تجاهله له تحت ستار البحث عن معنى آخر أكثر عدالة أو أنسب وأليق واقعاً ، لما في ذلك من إخلال واضح بموجبات الأمانة في التفكير لدى القاضي ، فضلاً عما يؤدي إليه هذا المسلك من جانب القاضي رغم وضوح النص إلى مباشرة عمل لا يدخل في اختصاصه مفتتاً بذلك على اختصاص السلطة التشريعية ، وهذا يشكل إهداراً لأحد المبادئ الدستورية ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات ، وأخيراً فإن هذا المسلك من شأنه أن يحدث في نفوس أفراد المجتمع زعزعة كبيرة فيما أودعوه من ثقة في كمال احترام قدسية النصوص القانونية واضحة المعاني من قبل القضاة وعدم تجربتهم على تجاهل تطبيقها كما هي مع سلامة ألفاظها ووضوح معانيها ، والميل بها إلى تفسيرات غير لازمة تتحرف بتلك النصوص الواضحة عن حقيقة معانيها التي وضعت من أجلها إلى معاني أخرى مغايرة لها تحت ستار التفسير .

### هل يتصور التفسير عند عدم وجود النص ؟

لا شك أن الإجابة المتوقعة للوهلة الأولى أن تكون بالنفي مع غياب النص الذي يرد عليه التفسير ، تأسيساً على منطوقية انتفاء وجود التفسير مع انتفاء وجود النص القانوني الذي يمكن أن يكون محلاً له ، بيد أنه بإمكان النظر يمكن القول بتصور وجود التفسير في مثل هذا الفرضية ، بل يتوجب علينا القول

١. /د كمال عبد الواحد إبراهيم أحمد الجوهرى « القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي » ، بند ١٠٠ ، ص ٢٤٠ .

٢. /د محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ١٧ ، ص ٣٥ ، ٣٦ .

بحتمية حصول هذا التفسير هاهنا ، وذلك حتى يتسنى للقاضي الوصول إلى الاقتناع الكامل بعدم انطباق النص القانوني النموذجي الذي قد يبدو له لأول نظرة وجوده وانطباقه على الحالة الواقعية المعروضة عليه ، ويصل من ثم في نهاية المطاف إلى أن هذه الحالة مسكوت عنها ، فيعمد على إثر ذلك التفسير إلى البحث عن حل خاص لهذه الحالة في مصدر آخر من مصادر القانون .

### هل يقتصر التفسير على المصادر المكتوبة ؟

يرى البعض أن التفسير لا يرد إلا على المصادر المكتوبة فقط مثل القواعد المستمدة من التشريع والقواعد المستمدة من الأحكام الدينية ، على اعتبار أن هذه المصادر هي - بحسب طبيعتها - مصادر واردة في قوالب مكتوبة لفظاً ومعنى على نحو يسمح بخضوعها للتفسير سواء بهدف الوقوف على مدلولاتها غير الواضحة أم الكشف عن مضامين عباراتها الغامضة ، هذا بخلاف المصادر غير المكتوبة فهي ليست واردة في ألفاظ وعبارات محددة حتى تسمح بخضوعها للتفسير ، إنما هي في الحقيقة مجرد معان ثابتة في الأذهان غير مصبوبة في ألفاظ أو عبارات محددة ، ولذا لا يتصور ورود التفسير بشأنها ، كل ما في الأمر أن الجدل الذي يثار بشأنها لا يكون بخصوص تفسيرها ، إنما يدور حول مدى التثبت من وجودها من عدمه (١) .

لا شك أن هذا الرأي محل نظر لأن غاية التفسير أن يبين المفسر من خلاله مفاد القاعدة القانونية ومضمونها أيأ كان مصدرها ، وهذا أمر لازم لإنزال هذا المضمون على الحالة الواقعية التي تعالجها ، ولذا بات من الطبيعي أن يرد التفسير على مطلق القواعد القانونية بكل مصادرهما سواء مكتوبة أم غير مكتوبة ، وذلك حتى يتسنى للمفسر تحقيق غاية التفسير أو هدفه .

## المبحث الثالث

### موضوع التفسير

يرى الفقه التقليدي ضرورة أن ينصب التفسير على إرادة المشرع وقت وضعه النص القانوني ، حتى يمكن الوقوف على معناه الحقيقي ، تأسيساً على أن مفاد التفسير أن يجري الكشف عن إرادة واضعه وقت عملية الوضع ، ومن هنا تتجلى القيمة الكبرى للأعمال التحضيرية من أجل الكشف عن مراد أو قصد تلك الإرادة ، بل إنها تمثل عندهم أحد المصادر الرسمية للتفسير (٢) .

١. أ.د / عبد الفتاح عبد الباقي « نظرية القانون » بند ٢٠١ ، ص ٢٧٥ ، الطبعة الرابعة عام ١٩٦٥ م ، إذ يقول سيادته في ذلك « إذا كان التفسير لا يكون بالنسبة إلى القواعد العرفية ومبادئ القانون الطبيعي والعدالة ، إلا أنه تنور بالنسبة إلى هذه القواعد صعبة من نوع آخر هي صعوبة التثبت من وجود القاعدة القانونية » ، ويقول في موضع آخر في بند ٨٤ ، ص ١١٢ « للفرقة بين القواعد المكتوبة وغير المكتوبة أهمية خاصة بالنسبة إلى التفسير ، فالتفسير لا يمكن أن يتصور إلا في القواعد الأولى دون الثانية ، لأنه يقوم على استخلاص المعنى من طيات الألفاظ التي أريد بها التعبير عنه ، والقواعد المكتوبة هي وحدها التي تجب في عبارات تتضمنها» .

٢. انظر في ذلك المعنى : أ.د / جميل الشرفاوي - المرجع السابق - بند ٦٦ ، ص ١٩٩ ، أ.د / عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - بند ٢١٦ ، ص ٢٨٦ .

• انظر في ذلك المعنى : أ.د / رمسيس بهنام « النظرية العامة للقانون الجنائي » ، ص ٢٢٩ ، الطبعة الثالثة عام ١٩٧١ م ، منشأة المعارف بالأسكندرية . أ.د / مأمون سلامة « حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون » ، ص ٢٤ ، طبعة عام ١٩٧٥ م ، دار الفكر .

لقد تعرض هذا الرأي لسهام النقد تأسيساً على أن المشرع الذي يرى أنصار الفقه التقليدي البحث عن إرادته عند تفسير النص هو في الحقيقة كائن لا وجود له أصلاً أو بمعنى أدق هو شخص رمزي غير محدد ، على أساس أن التشريع لم يعد في ظل النظم الدستورية الحديثة ثمرة إرادة واحدة لشخص واحد وهو المشرع كما كان الوضع قديماً ( حيث كانت تتجمع في يد شخص واحد ليس فقط مجرد سلطة التشريع وحدها بل وجميع السلطات العامة الأخرى ) حتى يلزم دوران التفسير حول فلك إرادته ، إنما هو ثمار جهود مشتركة لعدد غير قليل من الأشخاص الذين ساهموا جميعاً في وضعه ، ومع ذلك لكل واحد منهم ذاتيته الخاصة التي تميز بينه وبين غيره من الأشخاص الذين شاركوه في سن هذا القانون في الميول والاتجاهات والآراء ، مما يصعب على أي مفسر الوقوف على الإرادة الذاتية لكل واحد منهم ، أو استلهاهم إرادة مشتركة واحدة لهم جميعاً (١) .

لذا فقد بات من الضروري فصل إرادة القانون ( أو إرادة النص القانوني ) عن إرادة واضعيه في ظل الفكر القانوني الحديث الذي يؤمن بضرورة البحث عما يعنيه النص ذاته عند تفسيره وليس عما كان يعنيه واضع النص وقت سنه ، على أساس أنه متى تم الفراغ من وضع القانون فقد تحقق له الانفصال عن إرادة من وضعه وأضحت له على إثر ذلك بعد اكتمال ولادته إرادة خاصة مستقلة عنه ، بل ومستقلة حتى عن الظروف التي عاصرت عملية وضعه (٢) .

وينبغي التحرز عند القول بضرورة مراعاة إرادة القانون عند التفسير وليس إرادة المشرع أن إرادة القانون لا تعني أن لهذا القانون إرادة بالمعنى الحرفي أو النفسي لمدلول الإرادة ، إنما تعني هذه العبارة أن للقانون مضموناً أو معنى أو مقصوداً مستقلاً عن نية أو إرادة واضعيه الذين ساهموا في صناعة عباراته وألفاظه ، هو الذي يتعين البحث عنه في ظل الظروف الجديدة التي تعاصر أو تزامن تطبيقه على الحالات الواقعية التي يعالجها هذا القانون ، ولم يعد مقبولاً مع وجود هذه النظرة الحديثة تقبل فكرة العودة إلى الوراء أو الماضي بحثاً عن إرادة المشرع أو الظروف التاريخية التي عاصرت وضع القانون التي تلاشت وأصبحت نسبياً منسياً بمرور الزمان أو تقادم العهد عليها .

ثم إن المشرع الوضعي ( وهو في العصر الحديث لا يمثله شخص واحد إنما تمثله سلطة عامة في الدول ألا وهي السلطة التشريعية وهذه تضم عدداً غير قليل من الأشخاص ) عند وضعه للنصوص القانونية لا يعبر فيها عن إرادته الشخصية ، إنما يعبر عن إرادة المجتمع الذي يمثله فيضع لها مضامين معينة أو معاني محددة تعكس وتترجم واقع ظروف هذا المجتمع أيأ كانت طبيعتها ، أي سواء كانت اجتماعية أم اقتصادية أم غيرهما من الظروف التي أملت وضعها (٣) .

١. انظر في ذلك المعنى : أ.د / عبد الحي حجازي « المدخل لدراسة العلوم القانونية » ، ص ٥١٨ ، طبعة عام ١٩٧٢ م ، مطبوعات جامعة الكويت .

٢. انظر في ذلك المعنى : أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٣٤ ، ص ٦٥ : ٦٧ .

٣. انظر في نفس المعنى : أ.د / إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، بند ٣٤٠ ، ص ٢٨٢ ، طبعة ٢٠٠٦ م ، مطبوعات لجنة التأليف والترتيب والنشر ، جامعة الكويت ، د / خالد بن عبد العزيز الرويس ، د / رزق بن مقبول الرئيس « المدخل لدراسة العلوم القانونية » ، بند ٢٥٥ ، ص ١٧٩ ، الطبعة الأولى عام ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م ، مكتبة الشقري بالرياض - السعودية .

## المبحث الرابع الأجهزة المعنية بالتفسير

### تمهيد وتقسيم

يمكن تقسيم تفسير القاعدة القانونية بالنظر إلى الأجهزة المختصة بإصداره إلى أنواع ثلاثة ، فهناك التفسير التشريعي وهو التفسير التي تصدره ذات السلطة التي أصدرت التشريع محل التفسير أو هيئة مفوضة بإجرائه من قبل السلطة التي أصدرت التشريع ، وهناك التفسير القضائي الذي يصدره القاضي عند تطبيق النص القانوني بوصفه إجراءً ذهنياً يجريه القاضي تلقائياً عند تطبيقه لأي نص قانوني فينزل مضمونه على الواقعة المعروضة عليه في الدعوى ، ليتأكد من حسن انطباق الصورة النموذجية لمضمون هذا النص على الحالة الواقعية التي ينظرها ، وأخيراً هناك التفسير الفقهي الذي يجريه الفقهاء في مؤلفاتهم وبحوثهم القانونية بحثاً عن مضامين النصوص القانونية ودلالات ألفاظها وعباراتها وفق المنهج العلمي السليم ، كل ذلك سوف نعرضه مفصلاً على النحو الآتي :

### المطلب الأول التفسير التشريعي

يقصد بالتفسير التشريعي *interpretation législative* 'L' ذلك « التفسير الذي تجريه السلطة التشريعية ذاتها أو من تفوضه لذلك الغرض لتوضيح معنى هذا التشريع الذي اختلفت حول مضمونه المحاكم أو للكشف عما يكتنفه من لبس أو غموض أو لإزالة ما اعتراه من أوجه التعارض مع غيره من النصوص القانونية » .

فقد يحدث أن تلحظ السلطة التشريعية على إثر تطبيق تشريع ما اضطراب العمل القضائي بشأنه بسبب اختلاف المحاكم حول فهم مقصود ذلك التشريع ، مما قد يؤدي إلى زعزعة الثقة فيه ، فتتدخل هذه السلطة حسماً لمظاهر الشقاق والاختلاف حول دلالة مقصود هذا العمل التشريعي عن طريق تشريع آخر مفسر له ليوضح معناه أو يزيل اللبس والغموض المثار حول هذا المعنى ، وقد تكلف هيئة معينة للاضطلاع بهذه المهمة بدلاً عنها .

ويلاحظ من استقراء الواقع المعاش أن اللجوء إلى التفسير التشريعي بات نادر الحدوث في الوقت الحالي ، بعد أن كان كثير الحدوث قديماً ، وهذا مرده إلى حرص الجهات المعنية حالياً على بذل الجهود اللازمة لميلاد التشريعات بعد دراسات متخصصة متأنية تتسم بالعمق تدرس خلالها المشكلات موضوع التشريعات عن طريق أشخاص متخصصين أكفاء بلا تسرع أو رعونة ، ثم يشارك في صياغة مشروعات هذه القوانين متخصصون في علم القانون لتجيب الفاض دقيقة المبنى واضحة المعنى ، على نحو لا يسمح بالتباس معانيها أو تضارب عباراتها ، غير أن ذلك لا يحول كلياً دون أن تصدر بعض النصوص التشريعية مشوبة باللبس أو الغموض تارة أو بالتضارب أو التعارض تارة أخرى ، الأمر الذي يوجب ضرورة تدخل



السلطة التشريعية بإصدار التفسير التشريعي بنفسها أو تفويض جهة أخرى إدارية للاضطلاع بهذه المهمة . (١)

ويلزم لصحة هذا التشريع المفسر بوصفه مفسراً للتشريع الأصلي توافر الشروط الآتية :

**الشرط الأول:** أن يكون التشريع المفسر من ذات درجة التشريع الأصلي الصادر بشأنه التفسير أو من درجة أعلى ، فالتشريع يفسر بتشريع مماثل له ، واللائحة تفسر بلائحة مثلها أو بتشريع ، والمعاهدة الدولية تفسرها معاهدة دولية أخرى ، ومن ثم لا يجوز تفسير التشريع العادي بلائحة (أي تشريع فرعي) .

**الشرط الثاني:** أن يراعى في إصدار التشريع المفسر نفس الشكل وذات الإجراءات الخاصة بإصدار التشريع محل التفسير ، وإلا كان التشريع المفسر باطلاً .

**الشرط الثالث:** أن يكون التشريع الأصلي في حاجة إلى التفسير بسبب عدم وضوح معناه أو عدم ظهور القصد منه أو بسبب ما قد يكتنف عباراته أو ألفاظه من مظاهر اللبس أو الغموض ، لأنه إذا انتفت الحاجة في التشريع الأصلي إلى حكمة التفسير وغايته ، فكان - من ثم - ظاهر المبنى واضح القصد والمعنى (أي محدد الدلالة) وخالياً من أي مظهر من مظاهر اللبس أو الغموض ، ولم ينطو على أي تضارب أو تعارض بين نصوصه أو نصوص غيره من التشريعات ، ورغم ذلك صدر تشريع مفسر يحمل دلالة مغايرة لدلالة التشريع الخاضع للتفسير أو يتضمن معنى جديداً لا يحتمله التشريع الأصلي لم يكن تشريعاً مفسراً ولا نكون بصدد تفسير لهذا التشريع وإنما نكون أمام تعديل له ، ويعتبر هذا التشريع المفسر في الحقيقة تشريعاً جديداً معدلاً للتشريع الأول وليس مفسراً له .

**الشرط الرابع:** أن يأخذ التشريع المفسر بإحدى دلالات التشريع الأصلي أو أحد معانيه المحتملة ، ذلك أنه إذا جاء التشريع المفسر بدلالة جديدة أو بمعنى جديد غير موجود بالتشريع الأصلي فلا يعتبر تشريعاً مفسراً ولكن يعد تشريعاً معدلاً .

فإذا توافرت في التشريع الجديد الشروط الأربعة سألفة الذكر كان تشريعاً مفسراً للتشريع الأصلي وجرى تطبيقه - من ثم - بصورة ملزمة أمام جميع المحاكم باختلاف درجاتها على جميع الوقائع التي وقعت في ظل سريان التشريع الأصلي (أي حتى ولو كانت قد وقعت قبل صدور التشريع المفسر) ، لأنهما لا يعتبران - في الحقيقة - تشريعين مختلفين ، وإنما يمثلان تشريعاً واحداً متمثلاً في التشريع الأصلي ، ويعتبر تفسيره جزءاً متمماً له ، وليس تشريعاً منفصلاً عنه أو مغايراً له ، فيحظى إذن بذات قوته الملزمة (فالتشريع المفسر يصبح باستيفائه الشروط السابقة جزءاً لا ينفك عن التشريع المفسر أو الأصلي) ، شريطة ألا يكون قد فصل في هذه الوقائع بأحكام قضائية نهائية (أي قطعية حائزة لحجية الأمر المقضي به) ، هذا بعكس التشريع المعدل الذي لا يعمل به - بصفة عامة - إلا من تاريخ اليوم التالي لتاريخ نشره في الجريدة الرسمية ، فلا يجري العمل به بأثر رجعي من تاريخ العمل بالقانون المعدل (أي الأصلي الذي جرى بشأنه التعديل) ، هذا ما لم يرد به نص صريح يقضي بتطبيقه بأثر رجعي منذ ذلك التاريخ ، مثله

١ . انظر في نفس المعنى : أ.د / إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، « بند ٢٤٠ ، ص ٢٨٢ ، طبعة ٢٠٠٦ م ، مطبوعات لجنة التأليف والتعريب والنشر ، جامعة الكويت ، د / خالد بن عبد العزيز الرويس ، د / رزق بن مقبول الريس « المدخل لدراسة العلوم القانونية » ، بند ٢٥٥ ، ص ١٧٩ ، الطبعة الأولى عام ١٤٢٠ هـ - ١٩٩٩ م ، مكتبة الشقري بالرياض - السعودية

في ذلك مثل أي تشريع جديد .

ولعل من أمثلة التشريع المفسر في مصر المرسوم بقانون رقم ٤٥ الصادر في ٢ مايو ١٩٣٥ م والذي صدر تفسيراً للأمر العالي الصادر في ٢ أغسطس عام ١٩١٤ م بشأن تقرير السعر الإلزامي لأوراق البنكنوت ، وبطلان شرط الدفع بالذهب ، حيث اختلفت المحاكم في شأن تطبيقه ، فكانت تذهب المحاكم المختلطة إلى قصر تطبيقه على المعاملات الداخلية ( أي التي تتم داخل الدولة ) دون المعاملات الخارجية أو الدولية ( أي التي كانت تتم خارج إقليم الدولة ) ، الأمر الذي أوجب سرعة التدخل لحسم هذا الخلاف بتفسير رسمي يوضح أن بطلان شرط الدفع بالذهب عام في جميع المعاملات الداخلية منها والخارجية على حد سواء .

وكذلك ما صدر في شأن حساب مكافأة نهاية الخدمة من تفسير على إثر الخلاف الذي أثير عند تطبيق نص المادة ٧٣ من قانون العمل المصري رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ م ، والتي كانت تقضي باحتساب مكافأة نهاية الخدمة على أساس استحقاق العامل نصف شهر عن كل سنة من السنوات الخمس الأولى ، وشهر كامل عن كل سنة من السنوات اللاحقة على هذه الخمس سنوات ، هذا مع اعتماد الأجر الأخير الذي كان مستحقاً للعامل أساساً لحساب قيمة ما يستحقه عن هذه المكافأة ، فقد وقع جدل حول هذا الموضوع وطرح على بساط البحث هذا التساؤل هل هذا النص يسري على مكافأة نهاية الخدمة المستحقة للعامل بعد تطبيقه سواء في شأن السنوات التي أمضاها العامل قبل نفاذ هذا القانون ، إلى جانب سريانه بطبيعة الحال على سنوات الخدمة التي أمضاها العامل بعد سريانه ، أم أن مدد الخدمة السابقة على سريانه تبقى خاضعة للقانون الذي كان سارياً وقت اكتمالها فلا يمتد إليها القانون الجديد الذي يقتصر تطبيقه على ما بدأ واكتمل في ظلالة من سنوات الخدمة فقط ؟ لقد اختلفت الآراء حول هذا الموضوع فكان البعض يأخذ بأحد هذين الرأيين ، والبعض الآخر كان يأخذ بالرأي الآخر ، الأمر الذي أملى على واضع القانون سرعة التدخل لحسم هذا الخلاف موجياً بصورة صريحة على أن يبقى حساب مدة الخدمة بشأن السنوات التي اكتملت قبل صدور هذا القانون ( أي قبل صدور قانون العمل رقم ٩١ لسنة ١٩٥٩ م ) خاضعة لما كان منصوص عليه في ظل قانون العمل رقم ٣١٧ لسنة ١٩٥٢ م وعلى أساس الأجر المستحق عند انقضاء عقد العمل .

وينبغي أن يكون ماثلاً في الذهن أن التشريع المفسر تكون له درجة إلزامية التشريع المفسر (أو الأصلي محل التفسير ) ، سواء أصدر هذا التفسير عن ذات السلطة أو الجهة التي أصدرت التشريع المفسر أم صدر عن جهة أو هيئة أخرى مفوضة في إصدار هذا التفسير ، وهذا ما يسمى بالتفويض في إصدار التفسير الرسمي ، وعندئذ يعامل هذا التفسير معاملة التفسير الصادر عن السلطة الأصلية ، ولعل من نماذج العملية في مصر ما جاء في قانون الإصلاح الزراعي من تفويض للهيئة العليا للإصلاح الزراعي في إصدار أي تفسيرات رسمية ملزمة بشأن أحكام قانون الإصلاح الزراعي ، على أن يجري نشرها في الجريدة الرسمية ، ويعمل به بوصفها جزءاً لا ينفصل عن هذا القانون ، بل ومن تاريخ العمل بهذا القانون .

### ما هو حكم التفسير الرسمي المعدل للتشريع الأصلي ؟

يثار التساؤل حول حكم التفسير الرسمي المتضمن تعديلاً لبعض أحكام التشريع الأصلي إلى جانب تفسيره لبعض أحكامه الأخرى ؟

ينبغي التفرقة في هذا الشأن بين التفسير الرسمي الصادر عن الجهة أو الهيئة صاحبة الاختصاص

الأصيل بوضع التشريع الأصلي ، والتفسير الرسمي الصادر عن جهة أو هيئة مفوضة في تفسير التشريع الأصلي ، ففي خصوص التفسير الأول الذي أجرته السلطة المختصة بسن التشريع الأصلي فإن التفسير الذي يوضح معنى التشريع الأصلي أو يكشف غموضه أو يزيل وجه التعارض بينه وبين غيره من النصوص المرتبطة به ، دون أن يتضمن تعديلاً أو تغييراً أو إضافةً فيه ، تكون له قوة التشريع الأصلي ويعمل به بأثر رجعي من تاريخ سريان هذا التشريع الأصلي ، ولا يمثل هذا خروجاً على مبدأ عدم رجعية القانون ، لأنه ليس تشريعاً جديداً ، وإنما هو ترديد أوضح أو شرح مفصل لذات التشريع الأصلي محل التفسير ، أما ما جاء في هذا التفسير ذاته من مظاهر التعديل أو التغيير أو الإضافة فلا يعد في حقيقته تفسيراً ، بل يعد بمثابة تشريع جديد ، ويأخذ نفس حكمه فتكون له القيمة القانونية بوصفه تشريعاً صادراً عن سلطة مختصة قانوناً بسن التشريع ، غير أنه يعمل به بأثر فوري مباشر ، فلا يجري العمل به بأثر رجعي من تاريخ العمل بالتشريع الأصلي ( المفسر ) ، بل يعمل به من تاريخ اليوم التالي لنشره في الجريدة الرسمية ، حكمه في ذلك حكم أي تشريع جديد ، هذا ما لم يرد نص صريح يقضي بسريانه بأثر رجعي أي قبل ذلك التاريخ (١) .

أما التفسير الصادر من جهة أو هيئة مفوضة في التفسير وحده ، فإن قيمته القانونية بوصفه في حكم التشريع الأصلي وفي نفس قوته ودرجة إلزاميته تقتصر على ما ورد فيه من تفسير لمضمون التشريع الأصلي ( ببيان معناه أو كشف غموضه أو إزالة وجه التعارض عنه لينسجم مع غيره من نصوص التشريع الأصلي ، دون أدنى تجاوز لحدود مهمة التفسير ) ، وتكون له هذه القيمة من تاريخ العمل بالتشريع الأصلي وليس من تاريخ صدوره أو نشره في الجريدة الرسمية ، دون حاجة إلى وجود نص قانوني يقضي بذلك ، تأسيساً على أن هذا التفسير يعد جزءاً لا يتجزأ من التشريع الأصلي ( فهو جزء مكمل ومتمم له وليس منفصلاً عنه ) ، أما ما قد يرد في التفسير ذاته من مظاهر التعديل أو التغيير أو الإضافة التي قد ترد على التشريع الأصلي ، فتعتبر بمثابة تشريع جديد صادر عن جهة لا تملكه ، فتمثل في الحقيقة ممارسة غير دستورية لسلطة سن التشريع مما يخرج أصلاً عن اختصاص الهيئة المفوضة بالتفسير ، ومن ثم لا تكون لهذه المظاهر أية قيمة قانونية نظراً لصدورها من جهة غير مختصة بمباشرة سلطة سن التشريع ابتداءً ، وغيرمختصة بسلطة إدخال أية تعديلات عليه انتهاءً ، بل ويعتبر هذا التفسير المجاوز لحدود العمل التفسيري من هذه الهيئة - من الناحية القانونية - في حكم العدم ، ومن ثم لا تلتزم المحاكم أو الأفراد بما ورد فيه من مظاهر التعديل أو التغيير أو الإضافة (٢) .

وينبغي على القضاء مراقبة التفسير التشريعي للتأكد من التزام الجهة المختصة بالتفسير حدود التفسير دون تجاوز ، فتادياً لاتخاذ التفسير ستاراً للتعديل والتغيير في التشريع الأصلي ( أو المفسر )

١. انظر في نفس المعنى : أ.د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - بند ١٦٠ ، ص ٢٨٥ ، أ.د / عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - بند ٢٠٤ ، ص ٢٧٦ .
٢. أ.د / أحمد سلامة « المدخل لدراسة القانون » ص ١٧٥ ، طبعة عام ١٩٧٥ م ، إذ يقول في ذلك « أما إذا صدر التفسير من سلطة أخرى خولتها السلطة التشريعية حق إصداره فلا يجوز لهذه السلطة أن تنشيء قواعد جديدة ، لأنها بذلك تكون قد خرجت عن حدود المهمة الموكولة إليها ، ولئن فعلت فلا قيمة بما تصدره ، ولا يكون قولها ملزماً ويكون للقضاء أن يمتنع عن تطبيقه بقضى ما له سلطة مراقبة صحة التشريع » ، وانظر في نفس المعنى إلى : أ.د / جميل الشرفاوي - المرجع السابق - ص ١٩٦ ، أ.د / منصور مصطفى منصور - المرجع السابق - بند ١٦٠ ، ص ٢٨٦ .

، فتعمد إلى ممارسة دور الخلق والإنشاء للتشريع باسم التفسير ، لاسيما إذا كان التفسير صادراً عن هيئة غير مختصة أصلاً بسن التشريع ، أو التثبت من التزام الجهة المختصة بسن التشريع بالضوابط اللازمة لسريان ونفاذ التشريع عند إصدارها تفسيراً تشريعياً ينطوي على أحد مظاهر التعديل أو التغيير أو الإضافة للتشريع الأصلي ( أو المفسر ) ، حتى لا يتخذ التفسير وسيلة لتطبيق مثل هذا التفسير المعدل للتشريع الأصلي بأثر رجعي دون وجود نص صريح يقضي بذلك ، خروجاً على مبدأ عدم رجعية القوانين .

## المطلب الثاني التفسير القضائي

يمكن أن نعرف التفسير القضائي *L' interpretation judiciaire* بأنه « ذلك التفسير الذي يجريه القاضي بهدف إنزال حكم النص القانوني محل التفسير على الحالة الواقعية المعروضة عليه في الدعوى».

ولا جرم أن تفسير القاضي للنص القانوني قبل تطبيقه في الدعوى المعروضة عليه جزء أساسي من عمله ، إذ لا يتصور أن يكتمل أدائه لهذا العمل القضائي فينزل حكم هذا النص القانوني على النزاع المثار أمامه ، دون أن يضطلع بمهمة التفسير ، فتفسير النص من قبل القاضي يمثل في الحقيقة مرحلة تمهيدية لا غنى عنها كأحد مراحل تطبيق النص القانوني في الدعوى (١) .

وينبغي أن يكون ماثلاً في ذهن أن القاضي يمارس دوره التفسيري للنص القانوني عند توافر الحاجة إلى هذا التفسير من تلقاء نفسه ، أي ولو لم يطلب منه ذلك أحد الخصوم ، تأسيساً على أنه جزء من تنفيذ عمله القضائي أو وظيفته القضائية بالفصل في المنازعات المعروضة عليه بأحكام قضائية قطعية تكون عنواناً للحقيقة ، فينزل بها مضامين النصوص القانونية بصورة صحيحة على الحالات الواقعية التي تتناولها في ألفاظها ومعانيها .

ولا يتصور ممارسة القاضي لعمله التفسيري بعيداً عن دائرة عمله القضائي أو وظيفته القضائية ، لأن القاضي ليس مفتياً أو فقيهاً حتى يصدر من تلقاء نفسه أو بناءً على طلب أحد الأفراد فتاويه أو آراءه حول دلالات نصوص القانون ومعانيها بعيداً عن دائرة ممارسته لوظيفته القضائية ، فلا يجوز للقاضي أن يضطلع بمهمة التفسير القضائي للنصوص القانونية خارج دائرة الدعاوى القضائية (٢) .

ويتميز التفسير القضائي باصطباغه بالصبغة العملية ، فهو ليس مجرد فتوى ذات طابع نظري محض ، وإنما هو في حقيقته استنباط لمعنى النص بما يتفق مع الظروف الواقعية الملازمة للنزاع المثارة بشأنه الدعوى ، لكن لا ينبغي أن يفهم من ذلك الطابع التطبيقي للتفسير أنه يرخص للقاضي في الانحراف من خلاله عن مضمون النص القانوني فيعدل فيه أو يغير بما يجاوز حدود سلطته في التفسير والتطبيق إلى

١. انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد حسين عبدالعال « المدخل لدراسة القانون البحريني » ص ٢٥٨ ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٤م ، مطبعة جامعة البحرين .  
٢. ١ انظر في نفس المعنى : أ.د / عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٢٧٨ ، أ.د / توفيق حسن فرج - المرجع السابق - بند ٢٣٩ ، ص ٢٩٧ .

حد السماح له بممارسة سلطة لا يملكها ولا تدخل في اختصاصه ألا وهي سلطة سن التشريع ، كل ما هنالك أن القاضي يحرص في تفسيره على أن يتخلّى عن الحرفية المجردة لظاهر النص مستلهماً روح النص وجوهره بالقدر الذي يحقق به هدف التفسير أو غايته المتمثلة في حسن تطبيق النص القانوني بما يتناسب مع الظروف الواقعية الجديدة من غير تضحية بحقيقة مضمونه ومعناه (١) .

ويتسم التفسير القضائي بأنه نسبي الأثر ، فلا يتجاوز في حجتيه أو قوته الإلزامية نطاق الدعوى التي صدر بشأنها ، بل يقتصر أثره على هذه الدعوى وحدها فيكون ملزماً لأطرافها فقط ، دون أن يمتد إلى غيرها من الدعاوى المماثلة لها أو المتشابهة معها ، بل إن هذا التفسير لا يكون ملزماً حتى للمحكمة التي أصدرته ، ولذا فهي لا تتقيد به في دعوى أخرى في المستقبل حتى وإن كانت ظروفها مشابهة للظروف الواقعية للدعوى التي جرى التفسير من أجل الفصل فيها ، ومن باب أولى لا يكون هذا التفسير ملزماً لأي محكمة أخرى غير المحكمة التي أصدرت التفسير ، سواء كانت هذه المحكمة من نفس درجة المحكمة التي أصدرت التفسير أم محكمة أدنى درجة أو أعلى درجة منها .

بيد أنه يستثنى من نسبية أثر التفسير القضائي ذلك التفسير الذي تصدره المحكمة الدستورية العليا في مصر ، إذ يحظى التفسير الصادر عنها بطابع الإلزام أمام جميع المحاكم عملاً بنص المادة ٤٩ من قانون إنشاء هذه المحكمة رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ م ، وكذلك التفسير الذي تصدره المحكمة الدستورية في الكويت ، فقد جعل لها القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٧٣ م مهمة تفسير النصوص الدستورية وحدها ، دون غيرها من نصوص التشريع العادي أو الفرعي (٢) .

ويراعى أن هذا الاستثناء سالف الذكر غير مقرر في مملكة البحرين ، نظراً لأن قانون إنشاء المحكمة الدستورية البحرينية الصادر بالمرسوم رقم ١٢٧ لسنة ٢٠٠٢ م لم يشأ أن يورد بين نصوصه نصاً مماثلاً لنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا في مصر فيجعل لهذه المحكمة مهمة تفسير النصوص التشريعية أياً كانت درجاتها ( أي سواء كانت تنتمي إلى التشريع الأسمى وهو الدستور أم كانت تنتمي إلى التشريع العادي أو الرئيسي أم كانت تنتمي إلى التشريع الفرعي أو اللائحة ) أو حتى يقصر نطاق اختصاصها في التفسير على نوع واحد من التشريعات دون غيره من الأنواع الأخرى ، فيجعله محصوراً في تفسير النصوص الدستورية فقط مثلما فعل واضع القانون الكويتي ، ومن ثم لم يمنح واضع القانون البحريني المحكمة الدستورية البحرينية أي اختصاص للاضطلاع بمهمة التفسير القضائي لأي نوع من أنواع النصوص القانونية المختلف في مضامينها بين المحاكم .

كما أنه لا يخفى على ذي الفطنة مدى المكانة الأدبية التي تحظى بها التفسيرات القضائية أمام المحاكم ، إذ كثيراً ما تستهدي المحاكم بهذه التفسيرات لفهم مضامين النصوص القانونية التي ستطبقها في الدعاوى التي تنظرها والوقوف على دلالات ألفاظها وعباراتها ، وتتعاظم تلك القيمة الأدبية عندما تكون هذه التفسيرات صادرة عن كبريات المحاكم القضائية مثل المكانة الأدبية العالية التي تتمتع بها التفسيرات

١ . انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد حسين عبد العال - المرجع السابق - ص ٢٥٨ ، إذ يقول في ذلك « فالقاضي يسعى من خلال التفسير إلى التوفيق بقدر الإمكان بين الاعتبارات النظرية المستمدة من نصوص القانون وبين الاعتبارات العملية التي تفرضها ظروف الدعوى المعروضة أمامه » .

٢ . انظر في نفس المعنى : د / عثمان عبد الملك الصالح « الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت » دراسة تحليلية نقدية مقارنة ، ص ٩٦ ، إصدار مجلة الحقوق بالكويت عام ١٩٨٦ م ، أ.د / إبراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق - بند ٢٤١ ، هامش ٢ ، ص ٢٨٢ ، ٢٨٤ .

التي تصدر عن محكمة النقض المصرية و محكمة التمييز البحرينية لدى بقية محاكم القضاء العادي في مصر أو البحرين (١) .

ويراعى أن التفسير القضائي في النظام الأنجلوأمريكي له طابع الإلزام أمام المحاكم ، إذ يتمتع التفسير الصادر عن القاضي بطابع الإلزام في المستقبل سواء بالنسبة لهذا القاضي أم بالنسبة لغيره من القضاة الذين هم في نفس درجته أو في درجة أدنى ، ولا غرابة في تمتع مثل هذا التفسير بتلك المكانة ، لأنه في ظلل أيدولوجية وفكر هذا النظام يعتبر القانون في معظمه خارج نطاق القواعد المكتوبة من صنع القضاء ، لدرجة أنه يشيع لديهم ذلك التعبير الذي يقول إن « القاضي يصنع القانون » *Judge made law* . ومن ثم فهم ينظرون إلى القضاة على أنهم يمثلون في الحقيقة « التعبير الحي عن القانون » (٢) .

### المطلب الثالث التفسير الفقهي

يمكننا تعريف التفسير الفقهي *L' interpretation doctrinale* بأنه « ذلك التفسير الذي يصدر عن فقهاء القانون وعلمائه في كتبهم وبحوثهم عند تناولهم للنصوص القانونية بالدراسة والتحليل لتوضيح معانيها وكشف غموضها وإزالة ما قد يعترضها من أوجه التعارض مع غيرها من النصوص القانونية الأخرى » .

ويضطلع الفقيه بدوره في تفسير القانون من خلال بحوثه ومؤلفاته بصرف النظر عن اتصال أو عدم اتصال تلك النصوص القانونية محل التفسير بدعاوى قضائية مثارة أمام المحاكم ، ويحرص الفقيه فيما يصدر عنه من تفسيرات على مراعاة طابع التجريد والعمومية وفق الأصول العلمية الرصينة ، بعيداً عن التأثير باعتبارات الواقع وملابساته الخاصة ، لذا يغلب على هذا التفسير الطابع النظري بخلاف التفسير القضائي الذي يغلب عليه الطابع العملي .

ويراعى أن التفسير الفقهي ليس له طابع إلزامي لأي أحد ، مثله في ذلك مثل التفسير القضائي ، ذلك أن الفقيه ذاته لا يتقيد بما سبق أن إرتأه من تفسيرات معينة لبعض النصوص القانونية ، ففي مقدوره أن يعدل عنها إلى غيرها من التفسيرات المغايرة الجديدة التي قد يراها صواباً ، كما أن القاضي غير ملزم بتفسيرات الفقيه ، فله أن يأخذ بها أو يأخذ بغيرها حسبما يراه موافقاً لمضامين النصوص القانونية في ضوء الظروف الواقعية المحيطة بالدعاوى التي ينظرونها ، غير أن ذلك لا ينفي في نفس الوقت ما تحظى به شروح هؤلاء الفقهاء وتفسيراتهم لنصوص القانون من قيمة سامية في نفوس القضاة ، فكثيراً ما يستعين القضاة بهذه التفسيرات الفقهية لإعانتهم على فهم مضامين هذه النصوص والوقوف على مقاصدها ومدلولاتها الصحيحة ، والكشف عن مواطن اللبس والغموض التي قد تكتنفها ، وإزالة ما قد يعترضها من مظاهر التضاد والتعارض بينها وبين غيرها من النصوص القانونية المرتبطة بها (٢) .

وعلى أية حال فإن الاختلاف الواضح بين التفسير الفقهي والتفسير القضائي لم يحل دون وجود صلة قوية تربط بينهما في ظلل وجود التعاون المتبادل بينهما بغية تحقيق غاية التفسير ، ويتجلى ذلك واضحاً من خلال اضطلاع كل واحد منهما بدور مكمل ومعاون لدور الآخر في الوصول إلى الدلالات الصحيحة

١ . انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد حسين عبدالعال - المرجع السابق - ص ٢٥٨ .

٢ . انظر في ذلك المعنى : أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - ص ١٢٣ ، ١٢٤ .

والدقيقة للنصوص القانونية، نظراً لأن الفقيه لا يمكن أن يستغني بحال من الأحوال عن مطالعة أحكام القضاء ليقف على المنهج التطبيقي للقضاة في تفسيراتهم للنصوص القانونية، حتى يتسنى له استقرار الواقع العملي بكل ظروفه وملابساته من خلال تلك التفسيرات، وهذا دون أدنى شك يساعد الفقهاء على التخفيف من حدة المنهاج العلمي الرصين القائم على العمومية والتجريد بعيداً عن التأثر بالظروف الواقعية، حتى لا تتنكر تفسيرات الفقهاء لاعتبارات الواقع بالكلية فتتجافى مع اعتبارات العدالة، كما أن القاضي لا يستطيع البتة حسن الاضطلاع بدوره في مباشرة عمله القضائي والنهوض بأعبائه ومتطلباته بعيداً عن مطالعة الدراسات العلمية الفقهية الشارحة لنصوص القانون والمفسرة لمضامينها ذات الطابع العلمي المجرد بصورة دورية ومستمرة، حتى لا ينزوي كثيراً وراء اعتبارات العدالة التي تستثير ضميره الشخصي عادة عند تفسيره للنصوص القانونية المراد تطبيقها فتعصمه هذه التفسيرات الفقهية من مزالق الانحراف في نهاية المطاف عن مراد النصوص القانونية (٢).

## المبحث الخامس مذاهب التفسير أو مدارسه

### تمهيد وتقسيم

لقد اختلفت مذاهب أو مدارس تفسير القاعدة القانونية على إثر اختلاف وجهات نظر الفقهاء حول أساس القانون أو أصله، فمن نظر من الفقهاء إلى أن أساس القانون هو إرادة الدولة ممثلة في إرادة المشرع الصريحة أو الضمنية، اعتمد فكر «مدرسة الشرح على المتون» أو ما يسمى «مدرسة التزام النص» مذهباً وأسلوباً في التفسير بحثاً عن إرادة المشرع الصريحة أو الضمنية وقت وضع التشريع، ومن نظر إلى أن أساس القانون وأصله كامن في البيئة الاجتماعية التي يتكون فيها، باعتباره وليد هذه البيئة الاجتماعية أو ثمرة هذا المجتمع الذي ينشأ فيه بظروفه المختلفة، رضى فكر «المدرسة التاريخية أو الاجتماعية» التي تعتمد في التفسير على أسلوب موضوعي بحثاً عن مضمون النص القانوني وقت تفسيره بما يتناسب مع الظروف الجديدة للمجتمع بعيداً عن إرادة واضعيه، وأخيراً فإن من توسط من الفقهاء بين فكر المدرستين السابقتين، فنظر إلى أن القانون علم وصناعة أو جوهر وصياغة أنشأ مدرسة تسمى «مدرسة البحث العلمي الحر» أو «المذهب العلمي»، وهذا كله سنعرض دقائقه وتفصيله في مطالب ثلاثة على التفصيل الآتي:

## المطلب الأول مدرسة الشرح على المتون أو مدرسة التزام النص

### أولاً: مضمون فكر مدرسة الشرح على المتون

١. د / خالد جمال أحمد - المرجع السابق - ص ٢٢٧ .  
٢. د / خالد جمال أحمد - المرجع السابق - ص ٢٢٧، ٢٢٨ .

ظهرت هذه المدرسة في فرنسا على إثر صدور مجموعة نابليون بونابرت عام ١٨٠٤م ، وحظيت حينها بقدرٍ وافٍ من الاحترام والتقدير ، وقد عكف أنصارها على دراسة وشرح هذه المجموعة متناً متناً مثلما يفعل عادة شارحو الكتب الدينية ، ومن هنا جاءت تسميتها باسم « مدرسة الشرح على المتون » ، وقد لوحظ أن أنصار هذه المدرسة وإن لم يفصحوا صراحة عن مكنون معتقدتهم بشأن أساس القانون أو أصله ، إلا أن منطلق فكرهم وفلسفته تقود على نحو قاطع وحاسم إلى أنه متمثل في إرادة الدولة ممثلة في إرادة المشرع ، وكيف لا وهم يرون في التشريع أنه هو المصدر الوحيد للقانون ، بل ويقصدون بنصومه بوصفها معبرة عن إرادة المشرع أو مشيئته ، ويرونها حاوية لكل شيء ، ولذا فقد أوجبوا على الفقيه أو القاضي أن يفتش في نصوص هذا التشريع بحثاً عن الإرادة الصريحة أو الحقيقية للمشرع وقت وضعه التشريع باعتباره الحكم المناسب للواقعة المعروضة عليه ، فإن عجز عن الاهتداء إليها فذاك مرده إلى عيب في كفاءته وقدرته على استخلاص النص من هذا التشريع ، وليس عيباً أو قصوراً في التشريع ذاته (١) .

بل إنه إذا لم يتمكن الفقيه أو القاضي من الاهتداء إلى الإرادة الصريحة للمشرع ، فعليه البحث عن إرادته المفترضة التي تكشف له عن إرادة المشرع المحتملة وقت التشريع فيما لو أنه عرضت عليه ظروف الحالة الواقعية المنظورة أمامه والتي يبحث لها عن حل قانوني ليحسم به النزاع الدائر بين الخصوم بسببها ، وله أن يستعين في سبيل الوصول إلى غايته بالمصادر التاريخية لاسيما أقوال الفقهاء الذين عاصروا وضع التشريع وعلى رأسهم « بواتيه Pothier ، ودوما Domat » ، ولم يسمح أنصار هذه المدرسة للفقيه أو القاضي بالبحث عن حل للنزاع في مصادر أخرى للقانون مثل العرف ، على اعتبار أن التشريع لم يترك شيئاً ، فهو يتضمن النظام القانوني كله ، هذا ما لم يجز المشرع نفسه الرجوع إلى العرف بصورة ضمنية تستفاد من عدم نهي صراحة عن الرجوع إليه (٢) .

## ثانياً: تقييم مدرسة الشرح على المتون

لا شك أن هذه النظرية رغم أنها أكثر مدارس التفسير تعرضاً لكثير من مظاهر الانتقاد ، إلا أنها لم تغل من بعض المزايا التي تولدت عن شيوعها فكرها والعمل به في المراحل الزمنية التي سادت فيها ، وسأبدأ بعرض مزاياها قبل عرض مثالبها ، وذلك على التفصيل الآتي :

### ١- مزايا مدرسة الشرح على المتون

#### لقد ساهم فكر هذه المدرسة في تحقيق المزايا الآتية :

١. إبراز قيمة التشريع بوصفه أهم وأبرز مصادر القانون في العصر الحديث ، لا سيما وأن الدول الحديثة رغبةً منها في إحكام سيطرتها على أفراد المجتمع وشتى مناحي شؤونهم ومصالحهم تعمد إلى تنظيم جل أمورهم ومصالحهم في شتى مناحي حياتهم بنصوص تشريعية أمره ، ولا تترك لبقية مصادر القانون الأخرى إلا النزر اليسير من التنظيم ، مما يجعل للتشريع اليد الطولى في

١. انظر في نفس المعنى: أ.د. / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٥٩ ، ص ١٤١ .

٢. نظر في نفس المعنى: أ.د. / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٦١ ، ص ١٤٣ : ١٤٦ .



قدر إسهامه في بناء معالم التنظيم القانوني داخل المجتمع ، هذا مع مراعاة أن هذه المدرسة قد غالت كثيراً في فكرها باعتبارها التشريع المصدر الرسمي الوحيد للقانون ، ولم تسمح بالاعتراف بالواقع المعاش الذي يشهد على عدم صدق دعواها ذلك أن التشريع ليس هو المصدر الرسمي الوحيد الذي ينفرد بتنظيم كل مظاهر الحياة في المجتمع ، وإنما توجد بجواره مصادر أخرى تراحمه هذه المهمة بقدر ما قلَّ هذا القدر أو كثر قديماً وحديثاً .

ب. الحيلولة دون أي محاولة للتحكم من جانب القاضي عند تفسيره للنص القانوني من أجل تطبيقه ( لا سيما في ظل إلزامهم إياه بتقديس النص وعدم الانحراف في تفسيره عن الإرادة الصريحة أو الحقيقية لواضع التشريع وقت وضع هذا التشريع ) ، وهذا من شأنه أن يؤدي إلى وحدة النتائج والحلول التي يهتدي إليها المفسرون على نحو مؤدٍ إلى تحقيق العدل والمساواة بين الأفراد عند تطبيق النصوص عليهم ، الأمر الذي يسهم في نهاية المطاف في بث روح الثقة والاطمئنان لدى الأفراد بشأن مدلولات ومضامين النصوص التشريعية (١) .

ج. تحقيق قدر معقول من الثبات أو الاستقرار النسبي للمراكز القانونية في ظل إلزام القاضي بتقديس النص القانوني دون أن يترك له أي مجال للاجتهاد عند تطبيقه لهذا النص (٢) ، فهو ملزم في ظلال فكر هذه النظرية بأن يدور مع إرادة واضع التشريع الصريحة أو الضمنية ، دون أن يسمح له بتجاوزهما ، لأنهم يلزمون القاضي في حالة وجود النص التشريعي بعدم الانحراف عن الإرادة الحقيقية لواضع القانون عند وضعه للنص ، وفي حالة عدم وجود النص يلزمونه أيضاً بالبحث عن إرادة واضع التشريع المحتملة عند وضع النص ، أي يفتش عما كانت ستتجه إليه إرادة واضع القانون لو عرضت عليه المشكلة محل النزاع عند سنه التشريع ، وهو ما يسمونه بالبحث عن الإرادة المفترضة لواضع التشريع .

## ٢- مطالب مدرسة الشرح على المتون

يؤخذ على هذه المدرسة الانتقادات الآتية :

١. فساد الأساس الذي بنت عليه هذه المدرسة فكرها في التعبير عن أصل القانون وجوهره ، إذ ليس صحيحاً ما يدعيه أنصار هذه المدرسة من أن إرادة الدولة ممثلة في المشرع هي أساس القانون وأصله ، نظراً لأن القانون بعد وضعه يصبح كائناً له وجوده الذاتي المعبر عن الظروف التي أملت وضعه ، والمنفصل في ذات الوقت عن إرادة واضعه ، ثم إن المشرع نفسه عند وضعه للتشريع لا يعبر عن إرادته الشخصية ، وإنما يعبر عن إرادة الجماعة التي يمثلها حيال ظروفها الواقعية التي

١. انظر في نفس المعنى : أ.د. / إبراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق - بند ٢٤٨ ، ص ٢٩٠ .

٢. انظر في نفس المعنى : أ.د. / إبراهيم الدسوقي أبو الليل - المرجع السابق - بند ٢٤٧ ، ص ٢٨٩ ، أ.د. / سمير تناغو « النظرية العامة للقانون » ، ص ٧٤٥ ، طبعة عام ١٩٧٢ م ، منشأة المعارف بالإسكندرية .

ب. تجاهل فكر المدرسة للواقع المعاش الذي يكشف عن التعددية في مصادر القانون الرسمية وليس عن وحدتها ، إذ ليس صحيحاً من واقع الاستقراء التاريخي أن كان التشريع وحده هو كل النظام القانوني في أي مجتمع من المجتمعات حتى في أوج ريادة على ما سواه من المصادر ، بحيث يصح أن يقال عنه أنه صار منفرداً بالتنظيم القانوني ولم يكن معه غيره من مصادر القانون الأخرى - كما يظن أنصار هذه المدرسة - بل الصحيح الذي لا مرأى فيه أنه ما كان أبداً مصدراً للقانون إلا ومعه غيره من المصادر الأخرى التي يستعان بها في سد ثغراته وإكمال أوجه القصور فيه مثل العرف.

فالمشرع الوضعي بشر وقدراته لا تتجاوز قدرات البشر ، ومن طبيعته العجز والقصور فأنى له وتلك سجيته أن يسن تشريعاً يحوي كل شيء فيتسم بالكمال ، إذن لا بد حتى وإن قدره الله على تصور بعض الحلول المناسبة لبعض الأمور أن تغيب عنه كثير من الحلول ، بل ربما يظن الصواب في بعض ما يسنه من حلول لبعض الأمور ثم يتبين له أو لغيره من المحللين لهذه النصوص عدم صدق تصورهم من خلال ما أثبتته الواقع المعين بطريق اليقين (٢) .

ج. الإفراط المقيت في تقديس إرادة المشرع الصريحة والزام المفسر فقيهاً كان أم قاضياً بالبحث والتتقيب عنها إلى حد مقيت تظهر معه معاني الغلو وعدم المعقولية فيما يرسمونه للمفسر من خطوات في معرض سعيه الحثيث وراء تلك الإرادة المقدسة ، وفي ذلك يقول الفقيه الفرنسي «ماركديه Marcadé في وصف طريقتهم » إن طريقة الشرح على المتن تقتضي اتباع النص خطوة خطوة ، فيجري تشريح كل مادة لتطبيقاتها جملةً جملةً وكلمةً كلمةً ، ويتم الربط بين ما سبق وما يلي ، بحيث يتحدد معنى كل عبارة وكل اصطلاح ، ويبرز ما بها بدقة أو غموض وما تحويه من فائدة أو قفاهة ، ثم بعد أن يتحقق فهم المادة في ذاتها ، يعمد الفقيه إلى دراسة انسجامها أو تعارضها مع المواد الأخرى المتصلة بها ليستنتج النتائج ويوضح الثغرات « (٣) .

١. انظر في نفس المعنى : د / كمال عبد الواحد أحمد إبراهيم الجوهري « القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي » بند ١٣٤ ص ٣٠٧ ، رسالة دكتوراة عام ١٩٩٢ م . كلية الحقوق - جامعة بني سويف .
٢. ١. فيها هو كتاب الله تعالى تشريع سماوى شامل يحوي بين جنباته كليات هذا الدين الحنيف ومبادئه العامة التي تتسع لجزئيات غير متناهية لا حصر لها ، تلك المبادئ التي عبر عنها الحق تبارك وتعالى في قوله « ما فرطنا في الكتاب من شيء » ( الآية رقم ٢٨ من سورة الأنعام ) ، ورغم ذلك هناك تفاصيل وجزئيات لم = يتناولها القرآن الكريم تاركاً أمر تفصيلها للسنة النبوية المطهرة ، ومحليلاً إليها في هذا التبيين والتفصيل ، إذ يأمرنا جل في علاه بأن نأخذ من رسولنا العظيم هديه وسننه ، فقال سبحانه وتعالى « وما أتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا » ( الآية رقم ٧ من سورة الحشر ) . فأنى لتشريع بشري يحوي كل شيء ، فهذا تصور من لا يدرك بشرية المشرع الوضعي وما هو مجبول عليه من الضعف والعجز والقصور ، فكيف لمن هذا طبعه ، وتلك سجايه أن يضع نصوصاً غير متناهية لأحداث وجزئيات غير متناهية .
3. Marcadé : Explication théorique et pratique du code civil, t1 : Paris . Delamotte et fils 2 .preface . p; 12 . . مشار إليه لدى : أ.د / ثروت أنيس الأسيوطي « المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية » مجلة مصر المعاصرة » ع ٣٢٢ ، س ٥٩ ، يوليو ١٩٦٨م ، بند ٢١ ، ص ١٨٢ .

- د. إغراق المفسر في غياهب البحث عن إرادة مظنونة لا وجود لها في أرض الواقع ، ولا سبيل أمامه للوصول إليها وفق منهج علمي سديد ، أو طريق منطقي مقبول ، ألا وهي الإرادة الضمنية للمشرع ، إذ يرون ضرورة توجيه المفسر جهوده عند عدم وجود النص المعبر عن الإرادة الصريحة للمشرع إلى البحث عن إرادته الضمنية ، لإستلها ما كان يمكن أن تتجه إليه إرادة المشرع المحتملة لو أنها انصرفت صراحةً إلى وضع حل لهذه المسألة محل النزاع وقت وضع التشريع ، مسترشداً في سبيل الوصول إلى تلك الإرادة بأسلوب المشرع وطريقته في معالجة المسائل التي تناولها بالتنظيم ، وما أحاط الحياة في المجتمع آنذاك من ظروف سياسية واقتصادية واجتماعية عند وضع التشريع ، ولا شك أن إحالة القاضي إلى تلك الإرادة الموهومة تعد إحالةً إلى سراب ، ودفعاً بالقاضي إلى متاهات التأمل والخيال بغير هدى أو سبيل يبلغه مراد مسعاه ، ويعينه على استكشاف معالم الطريق إلى معرفة هذه الإرادة المظنونة .
- هـ. إلزامهم للمفسر بالبحث عن إرادتي المشرع الصريحة أو الضمنية وقت وضع التشريع ، وعدم السماح له بتجاوز نطاق تلك الإرادة وحدودها بحثاً عن حلول جديدة في مصادر أخرى غير التشريع تواكب مستجدات الحياة وتتسجم مع متطلبات تطورها ومظاهر تغيرها ، وهذا ينطوي دون أدنى شك على تنكّر صارخ للواقع المتغير والمتجدد في الحياة على نحو يؤدي إلى إصابة النظام القانوني بالجمود وعدم المرونة (١) .
- و. تصورهم المغلوط بأن إلزام القاضي بالنص القانوني عند تفسيره إياه بحثاً عن إرادة المشرع الصريحة أو الضمنية سيمثل سبباً واقعياً يحول دونه ومجازة دور التفسير الذي يدخل في صلاحيته واختصاصه ، والانتقال منه إلى رحاب دور لا يدخل في اختصاصه ألا وهو رحاب دور التشريع ، فهذا ظن خائب لأن إحالة القاضي إلى البحث عن إرادة المشرع الضمنية ، التي هي في حقيقتها إرادة موهومة لا وجود لها في الحقيقة والواقع عند غياب إرادته الصريحة وإلزامه باستلهاها من الظروف التي عاصرت نشأة التشريع ، من شأنها أن تحمل القاضي حملاً دون أدنى شك على التخلي عن دور التفسير والتطبيق إلى دور التشريع ، بل وتخضع ما يصدر من حل قانوني للنزاع المطروح لقدراته الخاصة واجتهاده الشخصي بصورة قد تؤدي إلى تحكم القضاة وتفاوت أحكامهم القضائية في هذه الفرضية تفاوتاً كبيراً في الموضوعات المتشابهة ، وهذا من شأنه أن يهدد الثقة المودعة في القضاء من جانب الأفراد ، بل ويحرم الخصوم من حقهم الطبيعي في العلم بالقواعد القانونية الدقيقة التي يمكن أن يخضعوا لها وتبني عليها مراكزهم القانونية في الدعاوى التي يرفعونها أمام القضاء (٢) .

١. انظر في نفس المعنى: أ.د. / عبدالفتاح الصيفي « القاعدة الجنائية » ، ص ٣٥٩ ، طبعة عام ١٩٦٧ م ، بيروت - لبنان . أ.د. / محمد سليم العوا « تفسير النصوص الجنائية » ، ص ٧٧ . الطبعة الأولى عام ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م ، مكتبة عكاظ للنشر والتوزيع ، السعودية .

٢. انظر في نفس المعنى: أ.د. / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٦٤ ، ص ١٥٨ ، ١٥٩ ، أ.د. / محمد سليم العوا - المرجع السابق - ص ٧٧ ، د / كمال عبد الواحد - المرجع السابق - بند ١٣٤ ، ص ٣٠٩ .

## المطلب الثاني المدرسة التاريخية أو الاجتماعية في التفسير

### أولاً : مضمون فكر المدرسة التاريخية في التفسير

يعتبر الفقيه الفرنسي « مونتيسكيو » Montesqueieu المؤسس الأول لفكر هذه المدرسة ، فهو أول من لفت أنظار العالم الحديث في كتابه الشهير « روح القوانين L' esprit des lois » إلى أهمية تأثير البيئة بكل أشكالها وصورها في القوانين ، ودعا إلى ضرورة تناسب هذه القوانين مع طبيعة البلدان ومركزها واتساعها ونوع الحياة فيها ودين الأفراد وعاداتهم وميولهم (١) ، إلا أن فكر هذه المدرسة لم يتبلور جل مضمونه ، ولم يجر الكشف عن معالمة بصورة متكاملة إلا على يد الفقيه الألماني « سافينيي Savigny » الذي كشف بكل وضوح عن مضمون وجوهر فكر هذه المدرسة في رده الشهير المعارض لدعوة الفقيه الألماني « تيبو Taibaut » التي دعا فيها إلى تقنين القانون الألماني على غرار القانون الفرنسي ، فكان رده المعارض لهذه الدعوة إنطلاقاً حقيقية لإبراز فكر هذه المدرسة ونشره ، معلناً للعالم كله أن القانون ليس تعبيراً عن إرادة المشرع أو السلطان ، ولكنه تعبير عن حاجات المجتمع ، فهو حدث اجتماعي ينشأ بين أحشاء الجماعة وينمو في ظلال ظروفها ومعطيات واقعها ، بل ويتطور بتطور هذه الظروف ، وأنه ليس هناك قانون طبيعي ثابت لا من حيث المكان ولا من حيث الزمان ، فهو كائن حي يتفاعل مع البيئة الاجتماعية التي ينشأ فيها ويتطور معها ، ولذا تختلف قوانين الشعوب عن بعضها البعض ، بل نجد أن قانون الشعب الواحد يختلف من عصر إلى آخر (٢) .

كما أعلن عن النشأة التلقائية للقانون قائلاً « إن القانون يتكون من عمل جماعي مستمر ملازم لركب الأمة على مر الدهور ، ويأخذ صفاتها الخاصة وطبيعتها ، وهو يشبه اللغة كمظهر من مظاهر نشاط الشعب ، فالأمة تخلق قانونها كما تخلق لغتها بنفسها ، وكذلك تقاليدها وأخلاقها وآدابها التي هي عبارة عن الميراث من الأجيال المتعاقبة المتصلة ، وكما تسهر الأمة على لغتها لتحفظها ، فهي تسهر أيضاً على حفظ القانون الذي يتولد من الضمير الجماعي ، وأن القانون من وضع الزمن وثمرته التاريخ إذ أنه وليد حاجات الجماعة والعوامل المختلفة التي تتفاعل في وجدانها وضميرها» (٣) .

كما أشار إلى التطور المتلاحق للقانون على إثر تغير ظروف المجتمع على نحو يصعب من مسألة وضعه في قالب مكتوب ، وتجميع نصوصه - من ثم - في تقنين يصيبه بالجمود قائلاً « القانون يتطور تبعاً لتطور المجتمع وظروف الشعوب ، فمن الصعب أن يثبت في تقنين ، إذ أن هذا يؤدي إلى جموده ، ويعوقه بل ويمنعه من ملاحقة التطور ، ويدفع به إلى الركود والتعفن» (٤) .

#### 1. Livre 1. chapitre 3. p : 10 et 11. Montesquieu : « L'esprit des lois »

٢. انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٦٨ ، ص ١٦٨ ، ١٦٩ . أ.د / سليمان مرقس « الوافي في شرح القانون المدني » ، الجزء الأول ، المدخل للعلوم القانونية ، ص ٥٣٤ ، الطبعة السادسة عام ١٩٨٧ م ، مطبعة السلام .
٣. انظر في ذلك : أ.د / ثروت حبيب الأسيوطي - المرجع السابق - ص ١٧ ، ١٨ ، أ.د جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٢٠٠ ، أ.د / عبد المنعم البدر اوي - المرجع السابق - ص ٢١٢ ، أ.د / حسن كبيرة « أصول القانون » ، ص ١٥١ ، الطبعة الثانية عام ١٩٦٠ م ، أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٦٨ ، ص ١٦٩ ، ١٧٠ .
٤. انظر في ذلك : أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٦٨ ، ص ١٧٠ .

وأخيراً فقد أشار « سافيني » إلى الدور الحقيقي للمشرع فهو عند وضعه النصوص القانونية يقف دوره عند حد صياغتها مسجلاً من خلالها الواقع المعاش للشعب بكل أشكاله ( أي الواقع الاجتماعي أو التاريخي أو الاقتصادي أو الأخلاقي ) ، مع التزامه المتواصل بمراقبة ما يستجد في هذا الواقع من مظاهر التطور المتلاحق والمستمر فيعدل النصوص بما يتوافق مع مستجدات هذا التطور (١) .

## ثانياً: تقدير المدرسة التاريخية أو الاجتماعية في التفسير

إن التقييم العلمي الدقيق لفكر هذه المدرسة ليملي علينا أن لا نغفل عن مزاياها إلى جانب ذكرنا لعيوبها ومساوئها ، وذلك على التفصيل الآتي :

### مزايا المدرسة التاريخية أو الاجتماعية في التفسير :

لا جرم أن من أبرز محاسن هذه المدرسة أنها نادى بضرورة ترسيخ عدد من المبادئ الأساسية التي تعد من قبيل المسلمات في أي مجتمع إنساني قديماً أو حديثاً ، هذه المبادئ هي :

لا يتصور وجود قانون طبيعي واحد لا يختلف باختلاف المكان أو الزمان ، فليس صحيحاً ما ادعاه أنصار فكرة القانون الطبيعي من وجود قواعد كاملة أبدية تصلح لتنظيم الشعوب في كل زمان ومكان ، لأن لكل مجتمع في مكان معين ما يناسب ظروف واقعه من النصوص القانونية ، بل إنه في المجتمع الواحد تختلف فيه نصوصه القانونية باختلاف الزمان من عصر إلى آخر .

لا يعبر القانون عن إرادة المشرع أو مشيئة السلطان ، إنما يعبر عن إرادة الجماعة التي نشأ في ظلها واقعه . فهو كائن حي يولد في البيئة التي كانت سبباً في وجوده ، بل ويتطور بتطور تلك الظروف ، ولذا كان طبيعياً أن تختلف قوانين الجماعات أو الشعوب بسبب التفاوت والاختلاف بين ظروف واقعهم .

إن المشرع عند سنه للتشريع لا يمثل نفسه ولا يعبر عن إرادته الشخصية ، وإنما يمثل مجتمعه ويعبر عن ظروف واقعه سياسياً واقتصادياً واجتماعياً وأخلاقياً ، ويقف دوره عند وضعه لتلك النصوص عند حد التسجيل والتدوين لمعطيات واقع هذا المجتمع الذي ينتمي إليه ، فهو لا يخلق التشريع ، بل يسجل ميلاده التلقائي من مخاض البيئة التي انسل منها .

### مثالب المدرسة التاريخية أو الاجتماعية في التفسير

بالرغم مما لهذه المدرسة من مزايا على نحو ما رأينا آنفاً ، إلا أنها لم تسلم من سهام النقد في الجوانب الآتية :

يؤخذ على هذه المدرسة تجاهلها غير المبرر للجهود الذهنية أو المادية للبشر في سن القانون ، بدعوى أن القانون تلقائي النشأة يتمخض عن واقع المجتمع الذي يولد فيه ، كما أنه تلقائي التطور فيتطور تبعاً لتطور

١ . انظر في نفس المعنى: أ.د. / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٦٩ ، ص ١٧١ ، د / كمال عبد الواحد - المرجع السابق - بند ١٢٦ ، ص ٢١٢ .

ظروف واقعه ، وأن المشرع يقف دوره عند حد التسجيل والتدوين لهذا الميلاد التلقائي للقانون دون أن يكون له دور في خلقه ونشأته .

ولا جرم أن التلقائية في نشأة القانون أو حتى في تطوره لا تتصور إلا بشأن مصدر واحد من مصادر القانون ، ألا وهو العرف ، ومن ثم لا وجود لهذه التلقائية في التشريع ، لأننا لا نستطيع أن ننكر الجهود البشرية التي تبذل في صياغة وسن النصوص التشريعية ، فهي لا تولد من تلقاء نفسها ، بل إن كثيراً من التشريعات ما خرجت إلى حيز الوجود إلا بعد صراع كبير من أجل الحصول على موافقة بسنها ، فكانت ثمرة جهاد وكفاح لبعض حركات الإصلاح الاجتماعي في المجتمعات الإنسانية قديمها وحديثها ضد استبداد الحاكم تارة ( فلم تصدر مثلاً الدساتير التي تنصف المحكومين في مواجهة ظلم الحكام واستبدادهم إلا بعد سنوات عجاف من الكفاح والجهاد ) ، وضد الإقطاعيين تارة أخرى ( للحد من طغيان نفوذهم في مواجهة السواد الأعظم من المتعاملين معهم في سبيل الحصول على السلع والخدمات بأسعار معقولة ) وضد أرباب الأعمال تارة ثالثة ( مثل تشريعات العمل التي تمثل وبحق انتصاراً كبيراً حظي به العمال في مواجهة أرباب الأعمال ) ، وهذا المعنى قد عبّر عنه الفقيه الفرنسي بكلمات بليغة بقوله « إن القوانين الحسنة مثل الانتصارات لا تأتي وحدها :

« Les bonnes lois sont comme les victoires , elle ne viennent pas toutes seules » (١) .

وبناءً على ما سبق نلاحظ أن هذه النظرية تعمد إلى إلغاء أي دور للعقل البشري أو التفكير الإنساني في قيادة وتوجيه حركات الإصلاح القانوني ، وهذا ظن خائب وتصور مجاف للحقيقة والواقع ، فما حركات الإصلاح القانوني في العالم بإسره قديماً وحديثاً إلا ثمار جهود بشرية مادياً وذهنياً ، لأن القانون لا يمكن أن يصلح نفسه (٢) .

و يؤخذ على هذه المدرسة أنها كانت ترخص للقاضي في الخروج على المضمون أو المعنى الذي أوجد واضع القانون النص القانوني من أجله ، والذي انصرفت إليه إرادته وقت وضعه تعبيراً عن ظروف الجماعة آنذاك ، وذلك بحجة أنه يجب على القاضي البحث عن المعنى أو المضمون الذي يتفق مع الظروف الجديدة في الجماعة عند تطبيق هذا النص ، ولا يقف عند المعنى الذي وضع من أجله النص وقت وضعه ، وإلا أصيب القانون بالركود والتخلف عن مواكبة مستجدات الحياة (٣) .

ولا شك أن هذا الترخيص السابق من شأنه أن يدفع القاضي إلى الافتئات على اختصاص المشرع ، والتخلي عن دوره أو اختصاصه المتمثل في تفسير النص القانوني وتطبيقه ، والاضطلاع بما لا يدخل في اختصاصه ألا وهو خلق وإنشاء القاعدة القانونية تحت ستار النهوض بمهمة تفسيرها ، فيخالف على إثر ذلك مبدأً دستورياً أساسياً ، ألا وهو مبدأ الفصل بين السلطات .

1. 2 Fouillée : L'idée modern du droit ,6 ème edition , p : 240 .

٢ . انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٧٠ ، ص ١٧٣ .

٣ . انظر في نفس المعنى : د / كمال عبد الواحد - المرجع السابق - بند ١٢٧ ، ص ٣١٥ .

كما أن شيوع هذا المسلك بين القضاة سيؤدي حتماً إلى تفاوت المعنى أو المضمون المستلهم من النص القانوني الواحد باختلاف المعنى أو المضمون الذي يبحث عنه القاضي لينسجم مع الظروف الموجودة وقت تطبيق هذا النص على نحو يفقد الثقة في الأحكام القضائية لدى الأفراد لعدم ثبات معاني النصوص القانونية التي تبني عليها تلك الأحكام (١) .

و يؤخذ على هذه النظرية نقدها الشديد غير المبرر لفكرة التقنين مخافةً أن يكون سبباً في جمود القانون أو عدم مرونته ، وهذا القول محل نظر ، لأن التقنين في حد ذاته لا يصيب النصوص القانونية بالجمود ، إنما الذي يؤدي إلى هذه النتيجة السيئة أن تتجاهل السلطة التشريعية حاجة النصوص القانونية الموجودة إلى التعديل أو التغيير ، وتبقي عليها رغم زوال مبرر استمرار وجودها ، ولعل مما يؤكد فساد ادعائهم في هذا الخصوص أن حركة التقنين في العالم كله لم تتأثر بدعواهم المناهضة له ، بل على العكس من ذلك فقد نشطت حتى في الدول التي كانت معقلاً ومنطقاً لفكر هذه المدرسة التاريخية ، فقد عمدت ألمانيا على سبيل المثال في أواخر القرن التاسع عشر رغم دعوة « سافيني » المناهضة لفكرة التقنين إلى تقنين نصوص قانونها المدني (٢) .

### المطلب الثالث

## المدرسة العلمية في التفسير ( المذهب العلمي الحر )

### أولاً : مضمون فكر المدرسة العلمية في التفسير

يرجع الفضل في نشأة هذه المدرسة إلى الفقيه الفرنسي « جيني Geny » الذي اعترف أنه لم ينشأ من مذهبه محو فكر المدارس السابقة عليه وإنشاء مدرسة جديدة لها فكرها الجديد المختلف عن غيرها من المدارس السابقة عليها ، وإنما قصد تحليل ودراسة النظريات السابقة وبذل محاولاته وجهوده للتوفيق بينها قدر الاستطاعة أملاً في الجمع بين محاسنها وتفادي ما قد اعترأها من مثالب ، ليصل في نهاية المطاف إلى القدر الصحيح في كل منها (٣) . وقد أصدر مؤلفه الشهير الموسوم بعنوان « العلم والصياغة في القانون الخاص الوضعي Sience et technique en droit privé positive » في أربعة مجلدات في الفترة ما بين عام ١٩١٤ : ١٩٢٤ م ، لإبراز فكره ، ويرجع تسمية مؤلفه بهذا الاسم إلى أنه كان يؤمن بأن القانون يتكون من مجموعة من المواد الأولية التي تشكل جوهر القاعدة القانونية ، وهذه المواد يتولى العلم أمر تحديدها ، أما الصياغة فهي تتصل بأصول الفن التشريعي ، وهي تعنى بالكشف عن جوهر أو مضمون القاعدة القانونية إلى الناس في صيغة عامة ومجردة ليسهل تطبيقها على الحالات الفردية (٤) .

- ١ . انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد سليم العوا « تفسير النصوص الجنائية » ، ص ٧٨ ، ٧٩ ، الطبعة الأولى عام ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م . مكتبة عكاظ للنشر والتوزيع ، المملكة العربية السعودية ، د / رفاعي سيد سعد « تفسير النصوص الجنائية » ص ٦٦ . رسالة دكتوراة عام ١٩٩٠ م ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة . . ص ٢١٥ .
- ٢ . انظر في نفس المعنى : أ.د / سليمان مرقس « الواجب في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، المخل للعلوم القانونية » ، بند رقم ١٩٠ ، ص ٥٢٦ ، الطبعة السادسة عام ١٩٨٧ م ، مطبعة السلام بالقاهرة . د / كمال عبد الواحد - المرجع السابق - بند رقم ١٢٧ ، ص ٣١٥ .
- ٣ . انظر في نفس المعنى : أ.د / عبد الرزاق أحمد السنهوري ، أ.د / أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع السابق - بند ٥٥ ن ص ٧٤ .
- ٤ . انظر في نفس المعنى : د / كمال عبد الواحد - المرجع السابق - بند ١٢٩ ، ص ٣١٧ .

وجدير بالذكر أن « جيني » لم ينكر على مدرسة الشرح على المتون كل أفكارها ، بدليل أنه دعا مجدداً إلى البحث عن الإرادة الحقيقية للمشرع وقت وضع التشريع في حالة وجود النص التشريعي ، وبذلك يكون قد حصر نطاق النص التشريعي في التطبيق فجعله مقصوراً على المعنى الذي انصرفت إليه إرادة المشرع الحقيقية وقت وضعه ، غير أنه أنكر في ذات الوقت على هذه المدرسة جانباً آخر من فكرهم المتمثل في دعوتهم عند غياب النص التشريعي المعبر عن الإرادة الصريحة إلى البحث عن إرادة مظنونة للمشرع أشبه بالخيال ، ألا وهي الإرادة المفترضة للمشرع وقت وضع النص ، داعياً إلى البحث عن مصادر أخرى للقانون ، مثل العرف الذي يمثل مصدراً احتياطياً لإكمال النقص التشريعي ، فإن لم يجد عرفاً تعين على القاضي البحث عن حل قانوني للنزاع المعروض عليه في ضوء البحث العلمي الحر *La libre recherche scientifique* ، وذلك من خلال الرجوع إلى المصادر المادية للقانون (١) .

وينبغي مراعاة أن هذه المصادر المادية للقانون هي عبارة عن جميع المعطيات والحقائق المختلفة المحيطة بالمجتمع وقت صياغة المشرع للتشريع سواء كانت معطيات وحقائق طبيعية *Données et réalités naturelles* أم معطيات وحقائق تاريخية *Données et réalités historiques* أم معطيات وحقائق عقلية *Données et réalités rationnelles* أم معطيات وحقائق مثالية *Données et réalités idéales* ، فهذه الحقائق الأربع تمثل في الحقيقة والواقع المواد الأولية التي تتكون منها النصوص القانونية ، والعلم هو الذي يكشف عن هذه المصادر التي تشكل جوهر القانون وأصله ، أما الصياغة فهي لا تتعلق بجوهر القانون ، وإنما تتعلق بالشكل أو الصيغة التي يخرج بها ( أو من خلالها ) القانون إلى حيز الوجود من أجل تطبيقه (٢) .

وأشار « جيني » إلى أنه لا مجال للتخوف من ممارسة القاضي لسلطته في البحث عن الحل القانوني للنزاع بين المصادر المادية للقانون ، عند عدم وجود نص قانوني في أي مصدر من مصادر القانون ، لأنها سلطة غير مطلقة ، بل هي مقيدة بأصول فنية وعلمية رصينة ، يتعين على القاضي الالتزام بها ، بل إن « جيني » يرى أن القاضي هنا لا يخلق قاعدة قانونية بالمعنى الفني الدقيق ، على اعتبار أنه لا يضع قاعدة عامة ومجردة يتقيد بها في الحالات المماثلة أو يتقيد بها غيره من القضاة ، وإنما يخلق حلاً فردياً للنزاع المعروض أمامه تنفيذاً لموجبات عمله القضائي ، وهو في هذا الفرض يتقيد بمراعاة ذات الاعتبارات التي كان سيلتزم المشرع بمراعاتها لو أنه أراد أن يسن نصاً تشريعياً لعلاج الحالة محل النزاع (٣) .

١ . انظر في هذا المعنى : أ.د / سمير عبد السيد تاغو - المرجع السابق - ص ٧٥٦ ، د / كمال عبد الواحد - المرجع السابق - بند ١٤٢ ، ص ٣١٩ ، ٣٢٠ .

٢ . انظر في نفس المعنى : أ.د / أحمد سلامة « المخل لدراسة القانون » ، الكتاب الأول . نظرية القانون ، ص ٢٢٩ ، طبعة عام ١٩٧٥ م ، أ.د / نعمان محمد خليل جمعة « دروس في المدخل للعلوم القانونية » ، ٢٢٢ ، طبعة عام ١٩٨٠ م ، أ.د / محمد حسين عبد العال - المرجع السابق - ص ٢٦٣ .

٣ . En ce sens regardez ce ouvrage: F. Geny . Science et technique en droit privé positive « n : 371 , et p : 384 . 167 , p ; 371 , et p : 384 . انظر في هذا المعنى : أ.د / سمير عبد السيد تاغو - المرجع السابق - ص ٧٥٦ ، د / كمال عبد الواحد - المرجع السابق - بند ١٤٢ ، ص ٣١٩ ، ٣٢٠ .



## ثانياً : تقدير المدرسة العلمية في التفسير

يمكننا تقييم فكر هذه المدرسة من خلال عرض ما اتسمت به من مزايا ، وما اعترافها من عيوب على التفصيل الآتي :

### ١- مزايا فكر المدرسة العلمية في التفسير

لا جرم أن للمدرسة العلمية في التفسير كثيراً من المزايا ، فهي تفضل ما سواها من النظريات التي سبقتها في نواحٍ عديدة ، يمكن إبرازها في النقاط الآتية :

- أ. ينسب للفقيه « جيني » الفضل في إبراز القيمة المثلى لمعطيات وحقائق الواقع المعيش في المجتمع بكل أشكاله وصوره بوصفها المواد الأولية التي يصنع منها المشرع نصوص التشريع لتجيين منسجمة مع المجتمع الذي تطبق فيه ، وهذا من شأنه أن يؤكد على خصوصية قانون كل بلد بوصفه صورة معبرة عن واقع هذا البلد ، وأن ما يصلح لبلد ما من القوانين قد لا يصلح لغيره من البلاد .
- ب. أوجب « جيني » على القاضي عند غياب الإرادة الصريحة للمشرع ، أن يبحث عن الحل القانوني للمشكلة محل النزاع في مصدر آخر من مصادر القانون مثل العرف ، بدلاً من أن يفتش عن إرادة موهومة لا وجود لها في أرض الواقع ، ألا وهي الإرادة المفترضة للمشرع وقت التشريع والتي نادى بها أنصار مدرسة الشرح على المتون ، أو الإرادة المفترضة للمشرع وقت النزاع والتي نادى بها أنصار المدرسة التاريخية أو الاجتماعية .
- ج. دعا « جيني » القاضي إلى البحث عن حل للنزاع المعروض عليه عند خلو مصادر القانون من قاعدة قانونية تنطبق عليه في المصادر المادية للقانون وقت اضطلاع المشرع بوضعه القانون ، شريطة أن يتم ذلك البحث وفق أصول فنية وعلمية دقيقة في ضوء ما أسماه « جيني » باسم « منهج البحث العلمي الحر » ، وذلك رغبة في ضبط سلطة القاضي والحيلولة دون شططه في ممارستها ، وهذا دون أدنى شك يسهم في تحقيق قدر معقول من الثبات النسبي للقواعد المستلهمة من قبل القضاة في الأنزعة المتشابهة تقادياً لاحتمال تفاوت الأحكام القضائية تفاوتاً كبيراً بصورة تؤدي إلى التعارض والتصادم بينها على نحو يضعف ثقة الخصوم فيها .
- د. لفت « جيني » الانتباه إلى أهمية دور العقل في الكشف عن المقومات الأساسية في المجتمع التي كانت تحيط بالمشرع وقت وضع التشريع باعتبارها تمثل المعطيات والحقائق التي يجب أن يستلهم منها القاضي الحل القانوني للواقعة المعروضة عليه عند غياب النص القانوني .

### ٢- مثالب المدرسة العلمية في التفسير

يؤخذ على هذه النظرية عدداً من المآخذ الآتية :

- ١- يؤخذ على هذه المدرسة أنها نظرت إلى القانون على أنه علم وصياغة ، متجاهلة بذلك عنصراً ثالثاً جوهرياً في القانون بوصفه فناً أيضاً ، إذ يعتبر القانون من حيث الشكل صياغة ، ويمثل من حيث

الموضوع مزيجاً مشتركاً من العلم والفن ( أي الحقائق العلمية Les données ou Les réalités scientifiques ) والفن ( أي السياسة القانونية La politique juridique ) ( ١ ) .

٢- يؤخذ على هذه المدرسة أنها حينما أوجبت على القاضي في حالة وجود النص القانوني الالتزام الكامل بالإرادة الحقيقية لمشرع هذا النص ، فرضت عليه في هذه الفرضية البحث عما انصرفت إليه تلك الإرادة وقت وضع هذا النص ، وهذا تكليف شاق لا يمكن أن يوصل القاضي إلى حقيقة ملموسة ، نظراً لأن المشرع ذاته مجرد تصوير رمزي غير محدد أو هو في حقيقته يعبر عن مجرد فكرة معنوية لا وجود لها في الحقيقة والواقع ، لذا كيف يستعاض منا تكليف القاضي بالتفتيش عن المراد الشخصي لهذا المشرع أو نيته ، ثم إنه حتى مع التسليم بوجود المشرع بوصفه كائناً حياً ( من دم ولحم ) له وجوده المادي الملموس سواء كان فرداً ( مثلما كان عليه الأمر قديماً في مستهل ظهور السلطة التشريعية ) أم مجموعة من الأفراد ( أي مثلما أصبح عليه الوضع منذ ظهور فكرة الشخصية المعنوية للسلطة التشريعية فأصبح يتولى مهمة الاضطلاع بأعباء سن التشريع عدد غير قليل من أعضاء تلك السلطة ) ، فكيف يمكن للقاضي أن يقف على المكون الحقيقي لتلك الإرادة سواء كانت فرداً أم جماعة في ضوء الاعتماد على النظرية الشخصية في التفسير . ثم إنه حتى على فرض قدرة القاضي على الوقوف على الإرادة الحقيقية للمشرع - وهذا فرض جدلي - فإن تقيده بما انصرفت إليه تلك الإرادة وفق النظرة الشخصية لدلول تلك الإرادة وقت وضع النص من شأنه أن يصيب القانون بالجمود وعدم المرونة ، إذ الواجب الذي أراه متسقاً مع المنطق والعقل ، ومنسجماً في ذات الوقت مع الحقيقة والواقع أن أي واضع للقانون عند سنه نصوصاً تشريعية لا يعبر عن نفسه أو ذاته ، إنما يعبر عن إرادة المجتمع ( أو الجماعة ) الذي يمثله ، وأنه بمجرد وضعه لهذه النصوص تضحى كائناً جديداً مستقلاً عن إرادة واضعها ( إن كان المشرع فرداً واحداً ) أو واضعها ( إن كان التشريع قد سنه عدد غير قليل من أفراد السلطة التشريعية ) ، فتصير لها - من ثم - معاني خاصة بها أو مقصودات مستقلة عن إرادة واضعها أو واضعها ، الأمر الذي يملئ على القاضي البحث عند تطبيقه لأي نص من هذه النصوص عن المعنى الخاص لهذا النص ( وهو ما يعبر عنه الفقه الحديث بأسلوب استعاري أو مجازي باسم الإرادة التشريعية أو إرادة القانون ) ، وليس عن القصد الشخصي لواضع القانون نفسه . إذ يتعين انصراف قصد القاضي عند تفسير النص القانوني إلى مضمونه الموضوعي بالنظر إليه في ذاته ، وليس بالنظر إلى إرادة واضعه ، لا سيما وأن واضع القانون قد أنهى دوره ومهمته بمجرد صب المعنى المقصود في ألفاظ وعبارات هذا النص في ضوء الغاية المقصودة من سنه ، بوصفه يشكل معياراً موضوعياً ، بعيداً عن الإرادة الشخصية لواضع القانون بوصفها تشكل معياراً شخصياً ( ٢ ) .

يؤخذ على هذه المدرسة أنها رخصت للقاضي عند عدم وجود نص في التشريع أو العرف أن يفتش عن الحل العادل في المصادر المادية للقانون ، من غير أن يفرض عليه واجب البحث عن هذا الحل في مصدر ثالث من مصادر القانون ، كأن يبحث عنه في قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة مثلاً ، وهذا الترخص الممنوح للقاضي يشكل دون أدنى شك افتتاتاً واضعاً على اختصاص السلطة التشريعية ، وإهداراً صارخاً في نفس الوقت لمبدأ الفصل بين السلطات ( ٣ ) .

١ . انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٧٧ ، ص ١٩١ .

٢ . انظر في ذلك : أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٣٥ ، ص ٦٩ ، ٧٠ .

٣ . انظر في نفس المعنى : د.كمال عبد الواحد - المرجع السابق - بند ١٤٣ ، ص ٢٢١ .

وقد حاول بعض الفقهاء المعاصرين أن يتلمس سبيلاً مستساغاً للرد على الانتقاد سالف الذكر قائلاً إن دور القاضي هنا لا يختلط بدور المشرع ، فدورهما - من وجهة نظرهم - متغايران ، وذلك تأسيساً على أن القاضي عند رجوعه إلى المصادر المادية للقانون بحثاً عن الحل القانوني العادل للمشكلة محل النزاع لا يشرع قاعدة عامة مجردة ، إنما يضع حلاً خاصاً مقصوداً على الحالة المعروضة عليها دون سواها من الحالات المماثلة لها والتي طرحها على القضاء في المستقبل ، ومن ثم فهو لا ينشيء قاعدة قانونية . وإنما يستمدّها من مصادرها القانونية ، وهذا هو جوهر عمل القاضي وحقيقته (١) .

يؤخذ على هذه المدرسة أنها حينما أحالت القاضي إلى البحث عن الحل العادل في المصادر المادية للقانون ، وأوجبت عليه مراعاة منهج البحث العلمي الحر ، لم تبين له ماهية هذا البحث وحدوده وضوابطه ، ليستهدي بها القاضي في سبيل بلوغ غايته ويجنبه مواطن الزلل والخروج على طبيعة دوره المرسوم له بوصفه مفسراً ومطبقاً للقانون وليس خالقاً أو منشئاً له (٢) .

## المبحث السادس وسائل أو طرق التفسير

يميل أغلب الفقهاء في مصر إلى تقسيم وسائل أو طرق التفسير إلى طرق داخلية *Méthodes interieures* وطرق خارجية *Méthodes exterieures* ، ويقصد بالطرق الداخلية تلك الطرق التي تعتمد في التفسير على النص ذاته لفظاً ومعنى دون أن تتلمس سبيلاً آخر خارجه بغية الوصول إلى غاية التفسير ، وعندئذ يطلق على المعنى المستمد من هذه الطرق الداخلية اسم « المعنى المأخوذ من عبارة النص أو لفظه » ، في حين يقصد بالطرق الخارجية تلك الطرق التي يستهدي بها المفسر بعيداً عن عبارة النص أو لفظه للوقوف على مضمون النص ومعناه ، مثل الاستهداء بالأعمال التحضيرية ، والمصادر التاريخية ، وحكمة التشريع ، والمبادئ العامة للقانون ، ويطلق على المعنى المستمد من خلال هذه الطرق اسم « المعنى المستمد من روح النص ومعناه » (٣) .

ومن الفقه من يعمد إلى ربط عملية تقسيم طرق أو قواعد التفسير بحالة النص القانوني الذي يفتش عنه ليطبقه على الحالة المعروضة عليه ، فقد يكون النص سليماً لا يعتره أي عيب ولا يكتنفه أي غموض ، وقد يكون النص معيباً ، بل وقد يحدث أن يغيب النص القانوني الذي كان يتصور وجوده لتناول الواقعة محل النزاع ، وعندئذ ستختلف في ضوء هذه الفروض الثلاثة طرق التفسير ووسائله التي ينتهجها القاضي لبلوغ غاية التفسير (٤) ، وذلك على التفصيل الآتي :

١. أ.د / حسن كبيرة - المرجع السابق - ص ٤١١ ، أ.د / شمس الدين الوكيل « المدخل لدراسة القانون » ، ص ٢٧٠ ، طبعة ١٩٦٢ م ، بدون دار نشر .
٢. انظر في نفس المعنى : أ.د / ثروت أنيس الأسيوطي - المرجع السابق - ص ٤١٦ ، أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٧٨ ، ص ١٩٦ .
٣. انظر في ذلك المعنى إلى : أ.د / عبد الرزاق السنهوري ، أ.د / أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع السابق - ص ٢٤٤ ، أ.د / عبد المنعم البدرائي - المرجع السابق - ص ٢١٦ ، أ.د / سليمان مرقس - المرجع السابق - ص ٢٤٤ ، أ.د / جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٢٠٣ .
٤. انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد حسين عبد العال - المرجع السابق - ص ٢٦٤ .

- الفرض الأول :** وسائل التفسير في حالة النص القانوني السليم .  
**الفرض الثاني :** وسائل التفسير في حالة النص القانوني المعيب .  
**الفرض الثالث :** وسائل التفسير في حالة عدم وجود النص القانوني .

## المطلب الأول حالة النص القانوني السليم

لا جرم أنه حينما يكون النص القانوني سليماً من العيوب ، فلا يكتنفه أي خطأ في ألفاظه ، ولا أي لبس أو غموض في معاني عباراته ، يسهل على القاضي أن يستخلص مضمونه ومعناه ، وعندئذ يتوجب عليه أن يتقيد به ، فلا يجوز له أن يحيد عنه بحثاً عن مضمون آخر أكثر عدالةً أو إنصافاً (١) ، لكن التساؤل الذي يثار هنا يدور حول الكيفية أو الطريقة التي توصل القاضي إلى هذا المضمون ؟

تنص المادة الأولى من القانون المدني البحريني في فقرتها الأولى على أن « تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تحكمها هذه بلفظها أو بمفهومها » ، ويستفاد من هذا النص أن مضمون النص القانوني أو معناه قد يسهل استخلاصه من ألفاظه وعباراته ( أي من خلال منطوق النص ، فيظهر جلياً من مجرد مطالعة رسمه ومبناه ) ، وقد يصعب ذلك فيستلهم هذا المضمون أو ذلك المعنى حينئذ روحه وفحواه ( أي لا يظهر من خلال منطوق النص ، إنما يظهر من خلال مفهومه ) .

أولاً : المعنى المستفاد من منطوق النص ( الألفاظ وعباراته )

لا شك أن هذا المعنى يتم الوصول إليه من خلال ما يسمى بالتفسير اللفظي *L'interprétation littérale ou grammaticale* ، وهو التفسير الذي يظهر مباشرة من صيغته وعبارته ، فالمفسر يعول في استخلاصه لمعنى النص ومضمونه على ألفاظ هذا النص وعباراته ، بحيث يتضح له هذا المعنى في سهولة ويسر - من مجرد مطالعة عبارات النص في ألفاظها وجملها ، من غير أن يحتاج إلى شيء آخر في سبيل الوصول إلى ذلك .

ويعتمد المفسر في هذا التفسير على التركيبات اللفظية للنص ( سواء كانت كلمة أم عبارة ) ، وما تحمله هذه التراكيب من معانٍ واضحات بحسب مدلولاتها اللغوية ، مع الأخذ بعين الاعتبار ضرورة الأخذ بالمعنى الكلي والإجمالي لألفاظ النص وعباراته ، بوصفه في مجموعها تمثل كتلةً واحدةً أو كلاً لا يتجزأ ، وعدم الوقوف إذن عند المعنى الحر في لكل كلمة أو عبارة على حدة ، حتى لا يضيع النسيج الواحد إذا فرقت أجزاءه ومزقت أشلاءً (٢) .

١. انظر في ذلك المعنى : أ.د / عبد الرزاق السنهوري ، أ.د / أحمد حشمت أبو ستيت « أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون » ، ص ٢٣٧ ، طبعة عام ١٩٥٠ م ، أ.د / توفيق حسن فرج « المدخل للعلوم القانونية » ، ص ١٥٤ ، ١٥٥ ، طبعة عام ١٩٧٩ م ، مؤسسة الثقافة الجامعية بالأسكندرية ، أ.د / محمد حسين عبد العال - المرجع السابق - ص ٢٦٤ .

٢. انظر في ذات المعنى : أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٨٠ ، ص ٢٠٢ ، إذ يقول سيادته « وعلى المفسر ألا يفهم كل لفظ على حده ، وكل عبارة من عبارات النص مستقلة عن غيرها . بل يجب عليه بعد تفهم الألفاظ والعبارات استخلاص المعنى من مجموع عبارات النص مرتبطة كل منها بالأخرى » وقرب ذلك : أ.د / سعيد جبر « المدخل لدراسة القانون » ، ص ٣٠٢ ، الجزء الأول ، نظرية القانون ، طبعة عام ١٩٩٩ م .

وجدير بالذكر أنه عادة ما يتطابق المعنى اللغوي للفظ مع معناه الاصطلاحي ، بل كثيراً ما يعتمد أهل الاصطلاح في كل علم أو فن من العلوم أو الفنون على علم اللغة في الكشف عن معاني كلمات ومصطلحات تخصصهم ، بيد أنه إذا صادف أن اختلف المعنى اللغوي للفظ معين عن معناه الاصطلاحي ، فإنه يتعين تغليب معناه الاصطلاحي ( أي المدلول الفني الخاص باللفظ في هذا العلم أو ذاك ) ، فعلى سبيل المثال نجد أن لفظ الزنا له دلالة لغوية أوسع من دلالاته الاصطلاحية في علم القانون ، ففي علم اللغة يتحقق الزنا عند وقوع أي علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تحل له ، أي بغير وجود رباط شرعي أو قانوني يسمح لهما بذلك ، في حين الزنا من الناحية القانونية لا يكون في كل علاقة جنسية تقتصر إلى الرباط الشرعي أو القانوني المسوغ لوقوعها ، إنما لابد من أن يكون أحد طرفي هذه العلاقة الجنسية متزوجاً ( ١ ) .

ويراعى عند تعدد المعاني الاصطلاحية للفظ معين ، عدم صرفه إلى واحد منها دون العثور على دليل مسوغ لحمله على هذا المعنى بالذات من بين تلك المعاني ( ٢ ) .

وقد يحدث ألا يسعفنا التفسير اللفظي وحده في معرفة معنى النص ، وذلك حينما تقصر ألفاظ النص وعباراته عن بيان مراد هذا النص ومعناه ، الأمر الذي يحتم علينا أن نفوس في أعماق النص لنقف على روحه وفحواه ، وذلك من خلال اللجوء إلى التفسير المنطقي ، ذلك التفسير الذي لا يكتفي بمجرد مطالعة ظاهر الألفاظ والعبارات ، إنما ينظر نظرة عميقة إلى داخل النص ليستلهم معناه من روحه ومفهومه ، وهذا يستوجب ضرورة أن يكون تفسير النص تفسيراً واسعاً ، شريطة أن يكون هذا النص يقرر قاعدة عامة ، ذلك أن النص الذي يتضمن استثناءً لا يجوز التوسع في تفسيره ، إنما يجب الوقوف عند المعنى المستفاد من ألفاظه وعباراته فحسب ( ٣ ) .

ويجري استخلاص معنى النص من روحه أو مفهومه إما من خلال إشارة النص وتلميحاته إليه أو من خلاله دلالة هذا النص أو مفهومه الذي يستخلص بطريق القياس أو بطريق مفهوم المخالفة ، وذلك على التفصيل الآتي :

### استخلاص معنى النص من إشارته إليه أو تلميحه به

قد لا تظهر ألفاظ النص وعباراته معناه أو مضمونه بصورة صريحة ، ولكنها تلمح به وتشير إليه بوصفه يمثل نتيجة حتمية لها ( ٤ ) . مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٩٤٥ مدني بحريني بقولها « إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن لا ينفذ في حق المالك إلا إذا أقره بورقة رسمية » ( ٥ ) . فهذا النص تدل ألفاظه وعباراته بصورة صريحة على أن إقرار المالك لعقد الرهن الصادر من غيره

١ . انظر في نفس المعنى : أ.د. عبد الفتاح عبد الباقي - المرجع السابق - ص ٢٣٥ ، أ.د. / عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص ٥٢٠ .

أ.د. / عبد المنعم البدرابي - المرجع السابق - ص ٢١٥ .

٢ . انظر في هذا المعنى إلى : أ.د. / حسام الدين كامل الأهواني « المدخل لدراسة القانون » ، ص ٢٦٦ ، طبعة عام ١٩٩٧ م .

٣ . انظر في ذلك المعنى : أ.د. / محمد حسين عبد العال - المرجع السابق - ص ٣٦٥ ، د. / حمدي محمد عطيفي « دروس في المدخل لدراسة

القانون » ، ص ٢٤٧ ، طبعة عام ٢٠٠٣ م .

٤ . انظر في ذلك المعنى : أ.د. / أحمد سلامة - المرجع السابق - ص ١٨٧ ، أ.د. / محمد حسين عبد العال - المرجع السابق - ص ٢٦٦ .

٥ . هذه المادة تعادل المادة ١٠٢٣ / ١ مدني مصري .

يجعله نافذاً في حقه ، وتلمح وتشير في نفس الوقت إلى أن عقد الرهن الصادر من غير مالك حتى قبل أن يقره المالك هو عقد موجود وصحيح قانوناً بين طرفيه ، ذلك أن النص يجيز للمالك أن يقر هذا الرهن ، والإقرار لا يتصور وروده إلا على عقد موجود وصحيح قانوناً ، إذن يستفاد من ذلك بطريق الإشارة صحة وجود عقد رهن ملك الغير بين طرفيه .

## استخلاص معنى النص من دلالاته أو مفهومه

قد يحدث ألا تصرح ألفاظ النص وعباراته بالمعنى المقصود منه ، وفي نفس الوقت لا تلمح به ولا تشير إليه ، إنما يستلهم من روحه ( أي دلالاته أو مفهومه ) بطريق القياس أو بطريق مفهوم المخالفة ، وذلك على التفصيل الآتي :

### الاستنتاج بطريق القياس

يقصد بالقياس إلحاق واقعة غير منصوص عليها على واقعة أخرى منصوص عليها لاتحادهما في علة الحكم (١) . ويستوي بعد ذلك أن تكون هاتان الواقعتان ( أي الواقعة المنصوص عليها ، والواقعة غير المنصوص عليها ، والتي يجري إلحاقها بها ) مشتركتين في العلة بصورة متساوية ، وعندئذ يكون القياس عادياً ، أم كانت العلة أظهر وأبرز في الواقعة غير المنصوص عليها من تلك الواقعة المنصوص عليها ، فيكون القياس قياساً جلياً أو قياساً من باب أولى .

ففي القياس العادي يجري إعطاء الواقعة غير المنصوص عليها حكم الواقعة المنصوص عليها لاشترائهما معاً بنفس الدرجة أو بصورة متساوية في علة الحكم ، مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٩٦٤ مدني بحريني من أنه « يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون بالدين أو بأي ثمن كان أو في بيعه دون مراعاة الإجراءات التي فرضها القانون حتى ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن ، ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائته عن العقار المرهون وفاءً لدينه»(٢) .

فقد قرر هذا النص قاعدة عامة أفاد فيها صراحةً بطلان الاتفاق ابتداءً بين الدائن والمدين على شرط تملك الدائن المرتهن للعقار المرهون عند عدم الوفاء ، أو على شرط بيع الدائن المرتهن للعقار المرهون بغير الإجراءات التي فرضها القانون في هذا الشأن ( وهو ما يسمى بشرط الطريق الممهد ) ، وذلك حمايةً للمدين الراهن من سوء استغلال الدائن المرتهن له تحت تأثير حاجته إلى مبلغ الدين ، ثم أجاز النص صراحةً على سبيل الاستثناء أن يجري الاتفاق انتهاءً بين الدائن والمدين عند حلول أجل الدين أو قسط منه على أن يملك الدائن المرتهن العقار المرهون مقابل الدين ، وذلك لزوال أو انتفاء مظنة استغلال

١ . انظر في نفس المعنى : الإمام محمد أبو زهرة « أصول الفقه » ، ص ٢٠٩ ، طبعة عام ١٩٥٧ م . أ.د. / زكريا مبروك البري « أصول الفقه الإسلامي » ، ص ٩٦ . الطبعة الأولى ، بدون تاريخ ، دار النهضة العربية بالقاهرة . أ.د. / عباس متولي حمادة « أصول الفقه » ، ص ١٤٢ . الطبعة الأولى عام ١٩٦٥ م . دار النهضة العربية بالقاهرة . أ.د. / حسام الدين الأهواني - المرجع السابق - ص ٢٦٨ ، أ.د. / سمير عبد السيد تباغو - المرجع السابق - ص ٤٩٦ .

٢ . هذه المادة تعادل المادة ١٠٥٢ مدني مصري .

الدائن لمدينه بعد أن حلَّ أجل الدين أو قسط منه ، دون أن يتناول هذا الاستثناء حكم الاتفاق على شرط الطريق الممهد بعد حلول أجل الدين أو قسط منه ، على الرغم من اشتراكه في نفس العلة بصورة متساوية مع شرط تملك العقار عند عدم الوفاء ، فعندئذ نلحق شرط الطريق الممهد بعد الوفاء غير المنصوص عليه ، على شرط تملك العقار مقابل الدين بعد الوفاء ، فيكون حكمهما واحد وهو الجواز وعدم الحظر لاشتراكهما في العلة المتمثلة في زوال مظنة استغلال الدائن لمدينه عند طلب الدين .

أما في القياس الجلي ( أو القياس من باب أولى ) فإننا نجد أن العلة المشتركة فيه بين الواقعتين ( المنصوص عليها وغير المنصوص عليها ) أظهر في الواقعة غير المنصوص عليها من الواقعة المنصوص عليها ، لذا يكون إلحاقها في الحكم على الواقعة المنصوص عليها من باب أولى ، مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٩١ مدني بحريني على أنه « أ- يلزم لإبطال العقد على أساس التديس أن تكون الحيل قد صدرت من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو من أحد أتباعه أو ممن وسطه في إبرام العقد أو ممن أبرم العقد لمصلحته» . ب- فإن صدرت الحيل من الغير ، فليس لمن انخدع أن يتمسك بالإبطال إلا إذا كان المتعاقد الآخر عند إبرام العقد يعلم بها أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بها» (١) .

فقد دلَّ هذا النص صراحةً في فقرته «ب» على أن التديس الصادر من الغير لا يجيز للعاقدين المدلس عليه طلب إبطال العقد بسببه إلا إذا أثبت أن العاقد الآخر كان يعلم عند إبرام العقد بهذا التديس أو كان من المفروض عليه حتماً أن يعلم به ، ولم يتناول النص في حكمه صورة ثالثة هي في حقيقتها أظهر أولى بالحكم من الصورتين السابقتين ، ألا وهي صورة اشتراك العاقد مع الغير في التديس على العاقد الآخر ، رغم أنها أقوى في الدلالة على اتصال علم العاقد بالتديس الحاصل للعاقدين الآخر من الغير ، فعندئذ يجري إلحاقها في الحكم بالصورتين المذكورتين من باب أولى ، فيجوز - من ثم - للعاقدين طلب إبطال العقد للتديس الصادر عن الغير عند ثبوت اشتراك العاقد الآخر مع ذلك الغير في العمل التديسي الحاصل له ، هذا إلى جانب ثبوت حقه في هذا الطلب عند ثبوت علم هذا العاقد بتديس الغير أو حتمية علمه به .

ومثال ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٣٣٤ من قانون العقوبات البحريني من أنه « يعاقب بالحبس من فاجأ زوجته متلبساً بجريمة الزنا فقتله وشريكه في الحال أو اعتدى عليهما اعتداءً أفضى إلى موت أو عاهة » (٢) ، فهذا النص عالج حالة معينة ألا وهي قتل الزوج لزوجته الآخر وشريكه عند مفاجأته إياهما متلبساً بالزنا أو اعتداؤه عليهما اعتداءً أفضى إلى موت أو إلى عاهة معتبراً أن مفاجأة الزوج لزوجته متلبساً بالزنا يعد عذراً مخففاً له في العقاب ، فلا يتعرض للعقوبة المقررة للقتل عند قتله لهما ، ولا للعقوبة المقررة للضرب المفضي إلى موت أو إلى عاهة ، إذا كان قد اعتدى عليهما اعتداءً أدى إلى الموت أو إلى العاهة ، ولم يتضمن حالة اعتدائه عليهما بما هو أقل من ذلك ، كما لو اعتدى عليهما بما دون القتل أو بما

١. هذه المادة في فقرتها الأولى تعادل الفقرة الأولى من المادة ١٢٥ مدني مصري ، وفي فقرتها الثانية تعادل المادة ١٢٦ مدني مصري .

٢. هذه المادة تعادل المادة ٢٢٧ من قانون العقوبات المصري . غير أننا لاحظنا في النص البحريني يغير النص المصري الذي يقصر العذر المخفف على الزوج فقط دون الزوجة ، بل أثبت هذا العذر لأي من الزوجين عند تلبس الزوج الآخر بالزنا ، إذ تنص المادة ٢٢٧ من قانون العقوبات المصري « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها في الحال هي ومن يزني بها يعاقب بالحبس بدلاً من العقوبات المقررة في المادتين ٢٢٤ ، ٢٢٦» .

دون الضرب المفضي إلى موت أو إعاقة ، كما لو كان مجرد ضرب عادي أو كان جرحاً ، ففندئذ نلحق الحالة غير المنصوص عليها ( وهي المتمثلة في اعتداء الزوج على زوجه الآخر وشريكه في الزنا بما دون القتل وبما دون الاعتداء المفضي إلى موت أو إعاقة ) ، على الحالة المنصوص عليها في المادة سالفة الذكر ، فيجري على إثر ذلك مبرر تخفيف العقاب على الزوج عند ارتكابه ما دون القتل أو الضرب المفضي إلى موت أو إعاقة في مواجهة زوجه الآخر وشريكه في الزنا من باب أولى (١) .

ويثار التساؤل حول مدى وجود فرق بين التفسير الواسع والقياس ، هل هما متغايران أم متماثلان ؟ بداية ينبغي الوقوف أولاً على دلالة كل واحد منهما لنعرف مدى التغاير أو التماثل بينهما ، فالتفسير الواسع *L'interprétation extensive* هو التفسير الذي يعطي فيه المفسر الألفاظ والعبارات المستعملة في النص مدلولاً أوسع مما تعطيه دلالتها الحرفية ، وذلك بسبب وجود قصور في المعنى الذي جرى إظهاره بالنص ( من خلال ما أورده فيه من ألفاظ وعبارات ) عن المعنى المراد إظهاره فيه (٢) ، فكأن الإرادة التشريعية اتجهت إلى معنى معين واسع لكن جرى صبه في شكل مادي ناقص ، فقصرت بذلك عباراته وألفاظه عن استيعاب كل مدلولات هذا المعنى الواسع ، لذا يتعين على المفسر تفسير هذا النص تفسيراً يسع ما قصرت الألفاظ والعبارات عن استيعابه مما يتفق مع مقصود الإرادة التشريعية من النص ، في حين أن القياس يعني أن حالة غير منصوص عليها لم تتجه إليها الإرادة التشريعية أصلاً عند وضع النص ، تشترك في علة الحكم مع حالة منصوص عليها ، فيجري إلحاقها بها تقديراً للعللة المشتركة التي تجمع بينهما (٣) .

وبناءً على ما سبق فإن مقتضى التفسير الواسع أن يجري تطبيق النص التشريعي على حالات لم يتضمنها المعنى الحرفي لعباراته ، غير أنها بحسب روح هذا النص تكون داخلة في مقصود الإرادة التشريعية التي جاء التعبير عنها غير محكم أو جاء ضيقاً جداً ، في حين أن القياس يتعلق بحالات لم ترد في ذهن المشرع ولم تدخل - من ثم - في الإرادة التشريعية للنصوص ، ويجعل لها أحكاماً مستتبهاً إياها بطريق الإلحاق على حالات مشابهة أو مشتركة معا في علة هذه الأحكام (٤) .

## الاستنتاج بطريق مفهوم المخالفة

إن مؤدى هذا النوع من الاستنتاج أن يجري إعطاء حالة غير منصوص عليها عكس حكم حالة

١. انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد حسن قاسم « المدخل لدراسة القانون » ، ص ٤٠٦ ، طبعة عام ٢٠٠٩ م ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، أ.د / سعيد سعد عبد السلام « المدخل في نظرية القانون » ، ص ٢٠٢ ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٢ م - ٢٠٠٣ م ، مطابع الولاء الحديثة .
٢. انظر في نفس المعنى : أ.د / أحمد سلامة - المرجع السابق - ، ص ، إذ يقول سيادته « أما التفسير الواسع فيتوافر حينما يستعمل المشرع للتعبير عن الهدف من القاعدة ألفاظاً تقصر عن إعطاء المدلول الحقيقي له ، أي ينبغي إعطاء الألفاظ المستخدمة مفهوماً أوسع مما تعطيه دلالتها الحرفية » ، ويقول الأستاذ الدكتور / رمسيس بهنام في مرجعه السابق بصفحة ٢٤٧ ، « التفسير المنطقي يكون مضيقاً إذا كان أقصر مدى من التفسير اللغوي ، ويكون موسعاً إذا كان أبعد مدى من هذا التفسير .
٣. انظر في نفس المعنى : أ.د / مأمون سلامة - المرجع السابق - ص ٥٣ ، أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٩٧ ، ص ٢٤٥ .
٤. انظر في نفس المعنى : أ.د / عبد الحي حجازي - المرجع السابق - ص ٥٩٩ .



منصوص عليها ، إما بسبب اختلافهما في العلة ، أو لأن الحالة المنصوص عليها تمثل استثناءً يرد على الحالة غير المنصوص عليها (١) ، أو « مؤداه أن اقتصار النص على حالات معينة يوجب تطبيق عكس حكمه على الحالات الأخرى التي لا يشملها النص » (٢) .

وينبغي في الاستدلال بمفهوم المخالفة التثبت من أن القيد الوارد بالنص معتبر في إثبات الحكم للحالة المنصوص عليها على وجه التخصيص والتقيد لورود هذا القيد ، بحيث يستساغ إثبات عكسه في غيرها من الحالات حيث ينتفي هذا القيد (٣) .

مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٣٩ مدني بحريني « إذا حدد الموجب ميعاداً للقبول أو اقتضت هذا الميعاد ظروف الحال أو طبيعة المعاملة بقي الإيجاب ملزماً للموجب طوال هذا الميعاد وسقط بفواته » (٤) . إذ يستفاد صراحةً من هذا النص أن الإيجاب يكون ملزماً للموجب فلا يستطيع العدول عنه إذا كان مقترناً بميعاد ، سواء حدد الموجب هذا الميعاد في إيجابه أو لم يحدده لكن اقتضته طبيعة المعاملة ( كما لو كان التعاقد بين غائبين ) ، ويستفاد من ذات النص بمفهوم المخالفة أن الإيجاب يكون غير ملزم للموجب فيكون في مقدوره أن يعدل عن إيجابه إذا لم يكن مقترناً بميعاد .

ومثال ذلك أيضاً ما نصت عليه المادة ٢٧ مدني بحريني بأن « استعمال الحق استعمالاً مشروعاً لا يترتب عليه مسئولية ولونشأ عن هذا الاستعمال ضرر للغير » (٥) . فهذا النص أفاد صراحةً أن من يستعمل حقه استعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر لغيره ، وأفاد بمفهوم المخالفة أن من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع كان مسئولاً عما يتولد عنه من ضرر لغيره .

وكذلك الحال ما تنص عليه المادة ٤٠٤ مدني بحريني بأنه « إذا هلك المبيع قبل تسليمه لسبب أجنبي لا يد لأحد المتعاقدين فيه انفسخ البيع واسترد المشتري ما أداه من الثمن ، وذلك ما لم يكن الهلاك بعد إعدار المشتري لتسلم المبيع » (٦) فهذه المادة أفادت صراحةً أن البيع ينفسخ بقوة القانون بهلاك المبيع ، مادام أن الهلاك قد حدث قبل تسليم المبيع إلى المشتري أو حدث قبل التسليم لكن ثبت إعدار البائع للمشتري لتسلم المبيع ، وعندئذ يتحمل البائع تبعه الهلاك ويسترد المشتري الثمن ، كما يفيد بمفهوم المخالفة أن العقد يبقى قائماً لا ينفسخ رغم هلاك المبيع ، إذا ثبت حصول الهلاك بعد التسليم أو حصوله قبل التسليم لكن ثبت إعدار البائع للمشتري لتسلم المبيع لكنه لم يستلمه ، وعندئذ يتحمل المشتري تبعه هذا الهلاك ولا يرخص له في استرداد شيء من الثمن إن كان دفعه ، ولا يرخص له الامتناع عن أدائه له

- ١ . انظر في نفس المعنى : أ.د. / حسام الأهواني - المرجع السابق - ص ٢٧٠ ، أ.د. / سعيد جبر - المرجع السابق - ص ٣٠٨ ، أ.د. / محمد حسين منصور " نظرية القانون " ص ٤٢٦،٤٢٧ ، طبعة عام ٢٠٠٤ م ، دار الجامعة الجديدة للنشر بالأسكندرية ، أ.د. / محمد حسن قاسم " المدخل لدراسة القانون " ، ص ٤٠٦ ، طبعة عام ٢٠٠٩ م ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان .
- ٢ . أ.د. / عبد الحي حجازي - المرجع السابق - بند ٤١٨ ، ص ٥٣٣ .
- ٣ . انظر في ذلك إلى : أ.د. / مصطفى محمد الجمال " النظرية العامة للقانون " ، ص ٢٢٨ ، طبعة عام ١٩٨٧ م ، الدار الجامعية بالأسكندرية ، أ.د. / نبيل إبراهيم سعد ، أ.د. / همام محمد محمود " المبادئ الأساسية في القانون " ، ص ١٤٩ ، طبعة عام ٢٠٠١ م ، منشأة المعارف بالأسكندرية .
- ٤ . هذه المادة تعادل المادة ٩١ مدني مصري .
- ٥ . هذه المادة تعادل المادة ٤ مدني مصري .
- ٦ . هذه المادة تعادل المادة ٤٣٧ مدني مصري .

إذا كان لم يدفعه بعد ، بل يجبر على سداه ما دام ليس مؤجلاً (١) .

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢١ من قانون الإثبات البحريني ( الصادر بالمرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٦ م ) يجوز للخصم أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أية محررات منتجة في الدعوى تكون تحت يده في الأحوال الآتية (٢) :

أ- إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمها أو تسليمها .

ب- إذا كانت مشتركةً بينه وبين خصمه ، وتعتبر المحررات مشتركةً ، على الأخص ، إذا كانت محررة لمصلحة الخصمين أو كانت مثبتةً لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة (٣) .

ج- إذا استند خصمه إليها في أية مرحلة من مراحل الدعوى .

فقد أفاد هذا النص صراحةً أنه يجوز للخصم طلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر تحت يده منتج في الدعوى في أي من الحالات المحددة بالنص والوارد على سبيل الحصر والتعيين ، ويستفاد منه في نفس الوقت بمفهوم المخالفة عدم جواز إلزام الخصم بتقديم أي محرر تحت يده في غير هذه الحالات المستثناة سالفه الذكر (٤) .

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٤٢ مدني بحريني على أن « الحقوق المبينة في المواد الآتية (وهي تقصد المواد من ١٠٤٣ : ١٠٥٤ ) تكون ممتازة إلى جانب حقوق الامتياز المقررة بنصوص خاصة» (٥) . فقد أفادت هذه المادة صراحةً أن الحقوق الممتازة هي الحقوق التي نصت عليها نصوص المواد التالية من نصوص القانون المدني وهي تبدأ من المادة ١٠٤٣ وتنتهي بالمادة ١٠٥٤ ، فضلاً عن الحقوق التي نصت عليها صراحةً نصوص وردت في قوانين خاصة ، كما أفادت بمفهوم المخالفة أن ما سوى هذه الحقوق

- ١ . انظر في نفس المعنى : أ.د / سعيد سعد عبد السلام - المرجع السابق - ص ٣٠٤ ، أ.د / محمد حسن قاسم - المرجع السابق - ص ٤٠٧ ، أ.د / محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٤٢٧ .
- ٢ . هذه المادة تعادل المادة ٢٠ من قانون الإثبات المصري الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ م .
- ٣ . قضت محكمة التمييز البحرينية - الدائرة الثانية - بتاريخ ٩ / ٤ / ٢٠٠٧ م ، في الطعن رقم ٤١٢ / ٢٠٠٦ م ، بأنه «وحيث إن النعي برمته مردود ، ذلك أنه لما كان شرط قبول الخصومة أمام القضاء قيام نزاع بين أطرافها على الحق موضوع التقاضي حتى تعود على المدعي منفعة من اختصاص المدعي عليه للحكم عليه بطلباته فتكون له مصلحة شخصية مباشرة مما وصفته المادة الخامسة من قانون المرافعات بأنه المصلحة القائمة التي يقرها القانون وكان لا يتمتع في القانون أن يرفع الوكيل الدعوى نيابة عن الأصيل إذ لا صلة بين الصفة في الدعوى كشرط لقبولها وبين صحة التمثيل القانوني . وكان المطعون ضده قد أقام الدعوى الراهنة وكيلاً عن والده بطلب إلزام الطاعن بتقديم أصل عقد الإيجار الذي قدم صورته في الدعوى المستعجلة المرفوعة من الأصيل بطرده وأتكره الأخير وذلك للطعن عليه فإن الحكم المطعون فيه إذ أيد الحكم الابتدائي فيما انتهى إليه من رفض الدفع بعدم قبول الدعوى وبقبولها يكون قد التزم صحيح القانون ويضحي النعي عليه - في هذا الخصوص - لا أساس له وإذا كان ذلك وكان طلب الخصم إلزام خصمه بتقديم محرر تحت يده إذا توافرت إحدى الحالات المنصوص عليها بالمادة ٢١ من قانون الإثبات ومنها أن يكون المحرر مشتركاً من الطرفين كأن يكون مثبتاً لالتزاماتهما وحقوقهما إنما هو من إجراءات الإثبات التي لم يعدد القانون لإبدائه شكلاً خاصاً فيجوز تقديمه بمذكرة إلى المحكمة المنظور أمامها الدعوى أو بإبدائه في محضر الجلسة كما يصح أن ترفع به دعوى مبتدأه بالطرق المعتادة لرفع الدعاوى وبالتالي فإن الحكم المطعون فيه إذ أجاب المطعون ضده لطلبه الذي أقام به دعوى مبتدأه إلزام الطاعن بتقديم أصل عقد الإيجار الذي قدمه الأخير منسوباً إلى موكل المطعون ضده باعتباره محرراً مشتركاً بينهما ولكونه منتجا في النزاع المردد بينهما لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ في تطبيقه ويضحي النعي عليه قائماً على غير أساس.»
- ٤ . انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد حسن قاسم - المرجع السابق - ص ٤٠٧ .
- ٥ . هذه المادة تعادل المادة ١١٢٧ مدني مصري .

المحددة على سبيل الحصر سواء في القانون المدني أم في قوانين خاصة تعد من قبيل الحقوق العادية أو ليست حقوقاً ممتازة<sup>(١)</sup> .

وما نصت عليه المادة ٢٢٣ مدني بحريني على أنه « ومع ذلك إذا كان الالتزام مصدره العقد فلا يلتزم المدين الذي لم يرتكب غشاً أو خطأً جسيماً إلا بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد » (٢) .

## المطلب الثاني حالة النص القانوني المعيب

قد يحدث أن يجيء النص القانوني معيباً ، سواء كان ذلك راجعاً إلى وجود خطأ مادي في لفظه أو حدوث لبس أو غموض في أي جزء من عباراته ، أم وقوع تعارض بين أجزائه أو مع حكم نص آخر أو أحكام نصوص أخرى (٣) .

### أولاً : وجود خطأ مادي في النص القانوني

يقع الخطأ المادي في النص القانوني تارة بالزيادة فيه وتارة أخرى بالنقص منه ، كما لو زاد أو نقص في كلمات النص أو عباراته لفظاً أو حرف أربك النص في مبناه فقط دون أن يؤثر في معناه ( بمعنى أن النص رغم وقوع هذا الخطأ المادي فيه لم يقدح في وضوح معناه وتكامل أجزائه ، لكنه نال فقط من سلامة مبناه ، ودقة عباراته ، كما لو زاد في أحد ألفاظ النص حرف ، أداة عطف ، لم يغير من شيء يذكر في مجمل مضمونه ) أو كان من شأن هذه الزيادة أن أدت إلى وجود خلل في معنى النص ومضمونه .

ولعل من أمثلة الخطأ المادي المتمثل في نقصان حرف بالنص القانوني لم يغير من مضمون هذا النص ومعناه ، وإن كان قد نال من سلامة شكل عباراته ودقة لفظه ومبناه ، ما جاء في المادة ٦٧٦ مدني مصري بقولها « تسري أحكام عقد العمل على العلاقة بين أرباب الأعمال وبين الطوافين والممثلين التجاريين الجوابين ومدوبي التأمين وغيرهم من الوسطاء ..... » (٤) فقد نقص في النص إضافة حرف العطف « و » بين كلمتي «الممثلين التجاريين» وكلمة « الجوابين» .

ومن أمثلة الخطأ المادي المتمثل في زيادة أداة عطف بالنص من غير أن تنال من سلامة المعنى رغم ما لها من تأثير واضح على دقة المبنى ، ما ورد في نص المادة ١٥٣ من القانون المدني المصري القديم من

١. انظر في نفس المعنى : أ.د / حسن كيرة - المرجع السابق - بند ٢١٣ ص ٤٠٦ .

٢. هذه المادة تعادل المادة ٢٢١ / ٢ مدني بحريني .

٣. انظر في نفس المعنى : أ.د / محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٤٢٧ ، أ.د / نبيل إبراهيم سعد ، أ.د / همام محمد محمود - المرجع السابق - ص ١٥١ ، أ.د / محمد حسن قاسم - المرجع السابق - ص ٤٠٧ ، أ.د / سعيد سعد عبد السلام - المرجع السابق - ص ٣٠٦ .

٤. ليس لهذه المادة ما يعادلها في القانون المدني البحريني ، وبذلك تفادى واضع القانون المدني البحريني الوقوع في مثل هذا الخطأ .

زيادة أداة العطف «أو» ، إذ تقول «يجوز أن يكون التعهد معلقاً على أمر مستقبل أو غير محقق يترتب على وقوعه أو عدم وقوعه وجود ذلك التعهد أو تأييده أو منع وجوده أو زواله» . فقد ورد في النص أن «..... الشرط أمر مستقبل غير محقق .....» ، وهذا يخالف طبيعة الشرط بوصفه حدثاً مستقبلياً غير محقق الوقوع ، ولذا يظهر بسهولة معرفة مثل هذا الخطأ المادي واضح الفساد ، ولا يمكن أن يغير وجوده من حقيقة المعنى المعلوم عن الشرط لغةً واصطلاحاً باعتباره أمراً مستقبلياً غير محقق الحدوث (١) .

ومن أمثلة الخطأ المادي المؤثر وجوده على سلامة المعنى واستقامة مضمونه ، سواء كان ذلك متمثلاً في ورود لفظ بطريق الخطأ أخل بمعنى النص أم كان متمثلاً في عدم ورود لفظ معين بالنص أدى إلى حصول ذلك الخلل ، ولعل من أمثلة الفرض الأول ما ورد في المادة ١٠٨٨ مدني مصري بشأن حق الاختصاص إذ جاء فيها أنه «لا يجوز أخذ حق الاختصاص إلا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق وجواز بيعها بالمزاد العلني» . إذ يستفاد من هذا النص أنه يلزم لكي يتسنى للدائن الحصول عن طريق القضاء على حق اختصاص على عقار معين أو عقارات معينة مملوكة للمدين لهذا العقار أو تلك العقارات وقت قيد هذا الحق ، وهذا أمر غير متصور إذ لا يعقل أن يتم قيد حق الاختصاص قبل أن يقرره القضاء للدائن أصلاً ، ومن ثم لا يجوز أن يجعل شرطاً لازماً لاستيفاء حصول الدائن عليه (٢) ومن أمثلة الفرض الثاني ما جاء في نص المادة ١٥١ مدني مصري قديم من أنه «كل فعل نشأ عنه ضرر للغير يوجب ملزومية فاعله بتعويض الضرر» . فقد وقع نقص في عبارة النص حيث لم يقيد واضح القانون الفعل المنشئ لمسئولية مرتكبه ضرورة ثبوت معنى الخطأ فيه ، وهذا أمر جوهرى لانعقاد مسئولية محدث الفعل المؤدي إلى إلحاق ضرر بالغير ، إذ لا يتصور أن يكون قصد واضع القانون قد انصرف إلى أن تتعدد مسئولية الشخص عن كل فعل يقع منه فيضر بغيره حتى وإن انتفى وصف الخطأ عنه ، وهذا ما ظهر من عبارة النص بطريق الخطأ لغياب اللفظ المقيد للفعل الضار بضرورة تحقق معنى الخطأ فيه ، وهذا ما حرص واضع القانون المدني المصري الجديد على إبرازه في النص القانوني المبين لأساس المسئولية التقصيرية ، فقد نصت المادة ١٦٣ منه على أن «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض» ، كما أبرزه بجلاء أيضاً واضع القانون المدني البحريني في المادة ١٥٨ منه بقولها «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من أحدثه بتعويضه» (٣) .

ومثال ذلك أيضاً ما كان ينص عليه القانون المدني المصري القديم من أن التقادم المكسب بالمدة القصيرة يتحقق بثبوت الحيازة لمدة خمس سنوات مع توافر السبب الصحيح ، دون أن يرد ذكر لاشتراط حسن نية الحائز بوصفه شرطاً لازماً لكسب الملك بهذا التقادم ، لكن كان الفقه و القضاء يحرصان على

- ١ . وجدير بالذكر أن النص المعادل لهذا النص سواء في القانون المدني المصري الجديد أم في القانون المدني البحريني قد سلم من هذا الخطأ ، راجع في ذلك المادة ٢٦٥ مدني مصري ، والمادة ٢٤٥ مدني بحريني .
- ٢ . ليس لهذه المادة ما يعادلها في القانون المدني البحريني ، نظراً لأن واضع القانون المدني البحريني لم ينظم حق الاختصاص أصلاً بين نصوصه ، ومن ثم لا يعد هذا الحق أحد الحقوق العينية التبعية في البحرين .
- ٣ . ٢ انظر في نفس المعنى : أ.د. / سعيد سعد عبد السلام - المرجع السابق - ص ٣٠٨ ، أ.د. / محمد حسن قاسم - المرجع السابق - ٤٠٩ ، انظر في نفس المعنى : أ.د. / محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٤٢٨ .

اشتراط حسن نية الحائز ، ثم صدر القانون المدني المصري الجديد متضمناً صراحةً وجوب إثبات توافر هذا الشرط.

## ثانياً : وجود لبس أو غموض في النص القانوني

قد يحدث أن يستعمل واضع القانون في النص لفظاً غير محدد في معناه ، بحيث يكون له أكثر من معنى أو يستعمل عبارة لها أكثر من دلالة ، فيتعذر حينئذ حمل هذا اللفظ أو تلك العبارة على معنى واحد أو دلالة واحدة (١).

مثال ذلك ما أثير في مصر أو في البحرين حول دلالة لفظ « الليل » الوارد في شأن جريمة السرقة (٢) والذي يعتبره القانون ظرفاً مشدداً (٣)، هل يقصد به الليل من الناحية الفلكية ، والذي يبدأ من غروب شمس اليوم إلى ما قبل طلوع شمس اليوم الذي يليه ، والذي يعبر في الحقيقة عن المعنى الفني أو الاصطلاحي لهذا اللفظ ، وهذا ما اتجه إليه البعض (٤)، أم أنه يقصد به دخول الظلام وحلوله والذي يبدأ من بدء غياب الشفق إلى وقت بزوغ الفجر ، على نحو يسر للجاني سبيل ارتكاب الجريمة ، جرياً وراء الحكمة التشريعية من اعتبار الليل ظرفاً مشدداً في السرقة ، وهذا ما اتجه إليه البعض الآخر (٥) ؟ ويرجع ترجيحنا لاعتماد المعنى العلمي أو الفلكي لليل إلى أنه مادام أن واضع القانون قد اعتبر الليل ظرفاً مشدداً للسرقة دون تحديد لمبتدئه ومنتهاه ، فإن سكوته عن مثل هذا التحديد رغم أهميته ، ليجدر حمله على انصراف إرادته الضمنية إلى ما تواضع عليه أهل العلم والدراية في خصوص تحديد معنى الليل وهم علماء الفلك ، هذا فضلاً عن أنه كيف يكون الحكم إذا أخذنا بالرأي الذي يقصر معنى الليل على الوقت الذي يخيم في الظلام عند ارتكاب جريمة السرقة في ليلة مقمرة ، هل لا تشدد العقوبة أم تشدد ؟ لا يعقل أن نجعل الحكم رهين بحلول الظلام أو عدم حلوله فيرتفع التشديد عند غياب الظلام ويبقى قائماً مع وجوده (٦) .

١. انظر في نفس المعنى: أ.د / محمد حسن قاسم - المرجع السابق - ص ٤٠٩ ، أ.د / محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٤٢٧ ، ٤٢٨ ، أ.د / سعيد سعد عبد السلام - المرجع السابق - ص ٣٠٦ .
٢. إذ تنص المادة ٩٦٩ / ١ مدني مصري على أنه « إذا وقعت الحيازة على عقار أو على حق عيني عقاري وكانت مقترنة بحسن النية ومستندة في الوقت ذاته إلى سبب صحيح ، فإن مدة التقادم المكتسب تكون خمس سنوات » . وذلك استثناءً من نص المادة ٩٦٨ مدني مصري التي قضت بأن « من حاز منقولاً أو عقاراً دون أن يكون مالكا له أو حاز حقاً عينياً على منقول أو عقار دون أن يكون هذا الحق خاصاً به ، كان له أن يكسب ملكية الشيء ، أو الحق العيني إذا استمرت حيازته دون انقطاع خمس عشرة سنة » .
٣. راجع في ذلك قانون العقوبات المصري ، والمادة ٢٨٠ من قانون العقوبات البحريني .
٤. ولعل الحكمة في اعتبار الليل ظرفاً مشدداً لجريمة السرقة أنه يجعل هذه الجريمة ذات طابع مياغت للمجني عليه على نحو لا يعينه على أن يتأهب لحماية ماله ، لاسيما وفيه يخلد المجني عليه إلى النوم والراحة ، هذا فضلاً أنه يسهل للجاني سبيل تنفيذ جريمته ، بل وسبيل الهرب منها ( انظر في ذلك المعنى : أ.د / هلالى عبد اللاه أحمد « شرح قانون العقوبات البحريني » ، القسم الخاص ، ص ٥٢١ ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٧ م . مطبعة جامعة البحرين ) .
٥. أ.د / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٨٢ ، ص ٢١١ ، ٢١٢ ، أ.د / هلالى عبد اللاه أحمد - المرجع السابق - ص ٥٢٢ ، ٥٢٣ ، أ.د / عبد المهيم بكر « القسم الخاص في قانون العقوبات ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال » ، ص ٢٥٢ ، طبعة عام ١٩٧٧ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
٦. انظر في ذلك المعنى : أ.د / عبد الرزاق السنهوري ، أ.د / أحمد حشمت أبو ستيت - المرجع السابق - ص ٢٤٩ ، أ.د / جميل الشرقاوي - المرجع السابق - ص ٢٠٥ ، أ.د / عبد المنعم البدرأوي - المرجع السابق - ص ٢٣٦ ، أ.د / حسن كبيرة - المرجع السابق - ص ٤٠٢ .

ومثال ذلك أيضاً ما أثير من جدل بشأن المادة ٣١١ من قانون العقوبات المصري (١) ، والمادة ٣٧٣ من قانون العقوبات البحريني (٢) في تعريفهما للسرقة ، حول دلالة الفعل المكون للسرقة ( الاختلاس ) ، ودلالة المال المنقول محل الاختلاس ، ودلالة نية التملك في فعل الاختلاس ؟

ففي خصوص السؤال الأول المتعلق بمدى توافر معنى الاختلاس المكون للسرقة ، هل يتحقق معناه حينما يأخذ شخص من آخر مبلغاً من المال من فئة العشرة دنانير ليغيرها له إلى ورقتين من فئة الخمسة دنانير ، فيأخذها منه ثم يفر بها هارباً مستولياً عليها لنفسه ، أم أنه يتحقق هنا معنى التسليم المنطوي على الائتمان فيشكل حينئذ خيانة أمانة ؟

استقر الرأي الراجح في الفقه على أنه في هذه الفرضية يتحقق فعل الاختلاس المكون لجريمة السرقة ، تأسيساً على أن من سلم العشرة دنانير لم يخرجها من دائرة الامتداد البصري لعينه حتى يمكن أن يقال عنه أنه ائتمن عليها من سلمه إياها ، إنما سلمه إياها تسليماً مشروطاً بفعل واجب الأداء تحت بصر المجني عليه ، ألا وهو أن يسلمه ورقتين من الخمسة دنانير ، ومادام لم يحدث ذلك فإن تسليم المجني عليه للجاني مبلغ العشرة دنانير لا ينقل الحيازة إليه ويكون أخذه إياها وفراره بها محققاً لمعنى الاختلاس المكون لجريمة السرقة (٣) .

وفي خصوص دلالة المال محل الاختلاس ، فقد أثير جدل حول التيار الكهربائي الذي يعد منقولاً معنوياً ، هل يصدق عليه وصف المال المنقول محل السرقة أم لا يصدق تأسيساً على أن المعنى اللغوي للمنقول أنه شيء مادي قابل للنقل من مكان إلى آخر ؟

استقر الرأي الراجح فقهاً وقضاً على أن التيار الكهربائي يصدق عليه وصف المال محل السرقة ، لأنه مال منقول قابل للحيازة والتملك والنقل ، ولا يقدح في صلاحيته كمحل للسرقة كونه منقولاً غير مرئي أو غير ملموس (٤) .

وفي خصوص نية التملك الواجب توافرها في فعل الاختلاس ، فقد استقر الرأي على أنه يكفي لثبوتها توافر نية مباشرة الأعمال التي لا يمكن مباشرتها إلا من خلال المالك ، ومن ثم فإن الاختلاس بنية رهن الشيء وإعادته ثانية إلى صاحبه بمجرد تحصيل قيمة الدين المضمون بالرهن ، يعد مكوناً لفعل السرقة (٥) .

١. انظر في نفس المعنى : ( أ.د. / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٨٢ ، ص ٢١١ ، ٢١٢ . أ.د. / هلالى عبد اللاه أحمد - المرجع السابق - ص ٥٢٢ ، ٥٢٣ . أ.د. / عبد المهيم بكر " القسم الخاص في قانون العقوبات ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال " ، ص ٢٥٢ . طبعة عام ١٩٧٧ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
٢. إذ تنص هذه المادة على أن " كل من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق " .
٣. إذ تنص هذه المادة على أن " تقع السرقة باختلاس مال منقول مملوك للجاني بنية تملكه " .
٤. انظر في نفس المعنى : أ.د. / رمسيس بهنام - المرجع السابق - ص ٢٤٤ . أ.د. / هلالى عبد اللاه أحمد - المرجع السابق - ص ٤٩٨ ، ٤٩٩ . أ.د. / محمد صبري السعدي - المرجع السابق - بند ٩٩ ، ص ٢٤٧ ، ٢٤٨ .
٥. انظر في ذلك المعنى : أ.د. / رمسيس بهنام - المرجع السابق - ص ٢٤٣ ، ٢٤٤ . أ.د. عبد الفتاح الصيفي " القاعدة الجنائية " ، ص ٣٩١ . طبعة عام ١٩٦٧ م ، بيروت - لبنان ، أ.د. / مأمون سلامة - المرجع السابق - ص ٥٦ . أ.د. / هلالى عبد اللاه أحمد - المرجع السابق - ص ٥٠٨ ، ٥٠٩ . نقض مصري ٥ أبريل سنة ١٩٣٣ م - مجموعة القواعد القانونية - ج ٤ ، رقم ٦٩ ، ص ٦٣ ، نقض مصري ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ م - مجموعة القواعد القانونية - ج ٧ ، رقم ٢٩ ، ص ٢١ .

### ثالثاً : وجود تعارض بين أجزاء النص الواحد أو بينه وبين نصوص أخرى

قد يحدث أن يكون ثمة تعارض بين أجزاء النص الواحد ، أو بين نصين مختلفين في تشريع واحد ، أو بين نصين في تشريعين مختلفين ، سواء كان هذان التشريعان من درجة واحدة أم كانا من درجتين مختلفتين ، فما الحكم ؟

لا جرم أنه إذا كان التعارض بين أجزاء نص واحد أو بين نصين في تشريع واحد أو بين نصين في تشريعين مختلفين من درجة واحدة ، وكانا صادرين في تاريخ واحد ، تعين على المفسر اللجوء إلى بعض قواعد التفسير للترجيح بينهما ، كأن يرجح مثلاً المعنى المستفاد من عبارة النص ، على المعنى المستفاد من إشارته ، أو يحاول التريب بين الأجزاء المتعارضة على نحو يزيل ما بينهما من تعارض ، سواء تحقق ذلك بالرجوع إلى حكمة التشريع ، أم إلى الأعمال التحضيرية أم إلى المصدر التاريخي أو المصادر التاريخية للتشريع الواحد أو للتشريعين (١) .

أما إذا كانا التشريعان المتعارضان اللذان من درجة واحدة صادرين في تاريخين مختلفين ، تعين ترجيح معنى النص الأحدث منهما في تاريخ نفاذه والعمل به ، وذلك عملاً بقاعدة نسخ التشريع اللاحق للتشريع السابق عليه ، وإذا كان التشريعان المتعارضان من درجة مختلفة تعين ترجيح التشريع الأعلى على التشريع الأدنى ، وذلك عملاً لقاعدة تدرج التشريعات (٢) .

### المطلب الثالث

#### وسائل التفسير في حالة عدم وجود النص القانوني

إذا لم يجد القاضي نصاً قانونياً ينزله على الواقعة المعروضة عليه ( فلم يجد في التشريع أو العرف حكماً ، أو عجز عن استنباط الحكم المطلوب من معين مبادئ الشريعة الإسلامية لافتقاره إلى مقومات وآليات هذا الاجتهاد (٣) ) تعين عليه أن يجتهد للبحث عن الحل العادل في مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة ، معتمداً في سبيل الحصول عليه على قواعد الاستنباط مثل القياس أو الاستنتاج ، وإلا عد مرتكباً لجريمة إنكار العدالة .

ويراعى في المسائل الجنائية عند وجود نص تجريبي أو عقابي ، ألا يعتمد القاضي إلى القياس من أجل التجريم أو تشديد العقاب ، لما في ذلك من انتهاك صارخ للمبدأ الدستوري الذي يقضي بأنه « لا

١ . انظر في ذلك المعنى : أ.د / محمد حسين منصور - المرجع السابق - ص ٤٢٩ .

٢ . انظر في ذلك المعنى : أ.د / سعيد سعد عبد السلام - المرجع السابق - ص ٣٠٩ .

٣ . فمن غير اللائق مع مقام هذه الشريعة الكاملة والمتكاملة بتكامل مبادئها التي تستوعب ما لا حصر له من الجزئيات والتفصيلات إلى أن تقوم الساعة . ذلك أن الله عز وجل لم يشأ لهذه الشريعة أن تكون مؤقتة في مدتها كغيرها من شرائع السماء التي سبقتها ، ولا متناهية الأحكام تعجز عن مواكبة مستجدات الحياة ومستحدثاتها على الدوام ، بل ضمنها أحكاماً عامة ومبادئ كلية تتسع لتشمل عدداً غير متناه من الجزئيات ، وصدق الله العظيم إذ يقول عن هذا المعنى « ما فرطنا في الكتاب من شيء » أية رقم ٣٨ من سورة الأنعام .

جريمة ولا عقوبة إلا بنص » ، بيد أنه يجوز اللجوء إلى القياس أو التفسير الواسع إذا كان ذلك في صالح المتهم ، كما لو كان سيجري اللجوء إلى أيهما من أجل التخفيف من عقاب المتهم أو الوصول إلى إباحة الفعل بالنسبة له .



## المراجع

١. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، « طبعة ٢٠٠٦ م ، مطبوعات لجنة التأليف والتعريب والنشر ، جامعة الكويت.
٢. أحمد سلامة « المدخل لدراسة القانون » ، الكتاب الأول ، نظرية القانون ، طبعة عام ١٩٧٥ م .
٣. توفيق حسن فرج « المدخل للعلوم القانونية » ، طبعة عام ١٩٧٥ م ، مكتبة مكاوي بيروت . لبنان .
٤. توفيق حسن فرج « المدخل للعلوم القانونية » ، طبعة عام ١٩٧٩ م ، مؤسسة الثقافة الجامعية بالأسكندرية .
٥. ثروت أنيس الأسيوطي « المنهج القانوني بين الرأسمالية والاشتراكية » مجلة مصر المعاصرة « ، ع ٣٣٢ ، س ٥٩ ، يوليو ١٩٦٨ م ، ص ١٨٢ .
٦. جبران مسعود « الرائد » ص ١١١٩ ، طبعة عام ١٣٨٤هـ - ١٩٦٥ م ، دار العلم للملايين .
٧. جميل الشرفاوي « دروس في أصول القانون » ص ١٩٥ ، طبعة ١٩٧٢ م ، بدون دار نشر .
٨. حسام الدين كامل الأهواني « المدخل لدراسة القانون » ، ص ٢٦٦ ، طبعة عام ١٩٩٧ م .
٩. حسن كيرة « أصول القانون » ، ص ١٥١ ، الطبعة الثانية عام ١٩٦٠ م .
١٠. حمدي محمد عطيفي « دروس في المدخل لدراسة القانون » ، طبعة عام ٢٠٠٣ م .
١١. خالد بن عبد العزيز الرويس ، رزق بن مقبول الريس « المدخل لدراسة العلوم القانونية » ، الطبعة الأولى عام ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩ م ، مكتبة الشقري بالرياض - السعودية .
١٢. خالد جمال أحمد حسن « الوسيط في مبادئ القانون البحريني » ، طبعة عام ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥ م ، بدون دار نشر .
١٣. رفاعي سيد سعد « تفسير النصوص الجنائية » ، رسالة دكتوراة عام ١٩٩٠ م ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة .
١٤. رمسيس بهنام « النظرية العامة للقانون الجنائي » ، ص ٢٣٩ ، الطبعة الثالثة عام ١٩٧١ م ، منشأة المعارف بالأسكندرية .
١٥. زكريا مبروك البري « أصول الفقه الإسلامي » ، الطبعة الأولى ، بدون تاريخ ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
١٦. سعيد سعد عبد السلام « المدخل في نظرية القانون » ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٢ - ٢٠٠٣ م ، مطابع الولاء الحديثة .
١٧. سليمان مرقس « المدخل للعلوم القانونية » ص ٢٣٦ ، الطبعة الرابعة عام ١٩٦١ م .
١٨. سليمان مرقس « الواجبات في شرح القانون المدني » ، الجزء الأول ، « المدخل للعلوم القانونية » ، الطبعة السادسة عام ١٩٨٧ م ، مطبعة السلام .
١٩. سمير تناغو « النظرية العامة للقانون » ، ص ٧٤٥ ، طبعة عام ١٩٧٣ م ، منشأة المعارف بالأسكندرية .
٢٠. شمس الدين الوكيل « المدخل لدراسة القانون » طبعة ١٩٦٢ م ، بدون دار نشر .

٢١. عباس متولي حمادة « أصول الفقه » ، الطبعة الأولى عام ١٩٦٥ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
٢٢. عبد الحي حجازي « المدخل لدراسة العلوم القانونية » ، ج ١ ، مطبوعات جامعة الكويت عام ١٩٧٢ م .
٢٣. عبد الرزاق السنهوري ، أ.د / أحمد حشمت أبو ستيت « أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون » ، طبعة عام ١٩٥٠ م .
٢٤. عبد الرزاق السنهوري ، أ.د / حشمت أبو ستيت « أصول القانون » ص ٢٣٥ ، طبعة عام ١٩٥٢ م . بدون دار نشر .
٢٥. عبد الفتاح الصيفي « القاعدة الجنائية » ، ، طبعة عام ١٩٦٧ م ، بيروت - لبنان .
٢٦. عبد الفتاح الصيفي « القاعدة الجنائية » ، ص ٣٥٩ ، طبعة عام ١٩٦٧ م ، بيروت - لبنان .
٢٧. عبد الفتاح عبد الباقي « نظرية القانون » بند ٢٠١ ، ص ٢٧٥ ، الطبعة الرابعة عام ١٩٦٥ م .
٢٨. عبد الله البستاني « فاكهة البستاني » وهو مختصر من البستان ، طبعة عام ١٩٣٠ م ، بيروت - لبنان .
٢٩. عبد المهيم بكر « القسم الخاص في قانون العقوبات ، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال » ، طبعة عام ١٩٧٧ م ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
٣٠. عبد الودود يحيى « المدخل لدراسة القانون » ، طبعة عام ١٩٧٥ م .
٣١. عثمان عبد الملك الصالح « الرقابة القضائية أمام المحكمة الدستورية في الكويت » دراسة تحليلية نقدية مقارنة ، إصدار مجلة الحقوق بالكويت عام ١٩٨٦ م .
٣٢. كمال عبد الواحد إبراهيم أحمد الجوهرى « القصور التشريعي وسلطة القاضي الجنائي » ، رسالة دكتوراة عام ١٩٩٢ م ، كلية الحقوق - جامعة بني سويف .
٣٣. مأمون سلامة « حدود سلطة القاضي الجنائي في تطبيق القانون » ، ص ٢٤ ، طبعة عام ١٩٧٥ م ، دار الفكر .
٣٤. محمد أبو زهرة « أصول الفقه » ، طبعة عام ١٩٥٧ م .
٣٥. محمد أديب صالح « تفسير النصوص في الفقه الإسلامي » ، رسالة دكتوراة عام ١٩٦٤ م ، كلية الحقوق - جامعة القاهرة .
٣٦. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي « مختار الصحاح » ، الطبعة الثانية عام ١٣٥٥ هـ ، المطبعة الأميرية - بولاق . الجيزة .
٣٧. محمد حسن قاسم « المدخل لدراسة القانون » ، طبعة عام ٢٠٠٩ م ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت . - لبنان .
٣٨. محمد حسن قاسم « المدخل لدراسة القانون » ، طبعة عام ٢٠٠٩ م ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت . - لبنان .
٣٩. محمد حسين عبدالعال « المدخل لدراسة القانون البحري » ، الطبعة الأولى عام ٢٠٠٤ م ، مطبعة جامعة البحرين .

٤٠. محمد حسين منصور « نظرية القانون » طبعة عام ٢٠٠٤ م ، دار الجامعة الجديدة للنشر  
بالأسكندرية .
٤١. محمد سليم العوا « تفسير النصوص الجنائية » ، الطبعة الأولى عام ١٤٠١ هـ - ١٩٨١ م ، مكتبة  
عكاظ للنشر والتوزيع ، السعودية .
٤٢. محمد صبري السعدي « تفسير النصوص في القانون و الشريعة الإسلامية » بند ٨ ، ص ٢١ ،  
الطبعة الأولى عام ١٩٧٩ م - ١٣٩٩ هـ ، دار النهضة العربية بالقاهرة .
٤٣. محمود جمال الدين زكي « دروس في مقدمة الدراسات القانونية » ، ص ٢٥٠ ، الطبعة الثانية  
١٩٦٩ م .
٤٤. مصطفى محمد الجمال « النظرية العامة للقانون » ، طبعة عام ١٩٨٧ م ،الدار الجامعية  
بالأسكندرية.
٤٥. منصور مصطفى منصور « دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية » ، طبعة عام ١٩٧٢ م ، دار  
النهضة العربية بالقاهرة .
٤٦. نبيل إبراهيم سعد ، همام محمد محمود « المبادئ الأساسية في القانون » ، طبعة عام ٢٠٠١ م  
، منشأة المعارف بالأسكندرية .
٤٧. نعمان محمد خليل جمعة « دروس في المدخل للعلوم القانونية » ، ٢٢٢ ، طبعة عام ١٩٨٠ م .
٤٨. هلاي عبد اللاه أحمد « شرح قانون العقوبات البحريني » ، القسم الخاص ، الطبعة الأولى عام  
٢٠٠٧ م ، مطبعة جامعة البحرين.

# أركان صحة التشريع

الأستاذ الدكتور / صبري محمد السنوسي

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

ومدير مركز البحوث والإستشارات القانونية والتدريب

بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

التشريع العادي الذي يصدر من السلطة التشريعية ، هل له نفس مقومات التشريع اللائحي والقرار الإداري الفردي، اللذين يصدران عن السلطة التنفيذية ؟ ، بمعنى أنه إذا كان للقرار اللائحي أو الفردي عناصر أو أركان رئيسية لا بد من توافرها كعناصر لوجود أو لصحة أو سلامة هذا القرار ، فهل ينطبق نفس الأمر على العمل التشريعي الصادر من السلطة التشريعية المختصة بسن التشريع العادي بحيث يلزم لوجوده أو لصحته أو لسلامته توافر ذات الأركان ؟

من المعروف أن القرار اللائحي أو الفردي يخضع لرقابة القضاء ويلزم لوجوده أو لصحته أو لسلامته توافر أركان معينة تتعلق بالاختصاص ، وبالشكل أو الإجراءات ، وبالمحل ، وبالسبب ، وأخيراً بالغاية .

ويعد عدم توافر هذه الأركان أو العناصر سبباً من أسباب الطعن على القرار الإداري لوجود عيب يتعلق بالاختصاص أو الشكل أو الإجراءات أو عيب مخالفة القانون ( لعدم وجود ركن السبب أو المحل ) أو عيب الانحراف بالسلطة ، فهل يمكن القول بأن التشريع يلزم لوجوده أو صحته توافر ذات العناصر أو الأركان اللازمة لوجود أو صحة القرار اللائحي أو الفردي ، وأنه يخضع في الدول التي تسمح بوجود رقابة على دستورية القوانين - وبصفة خاصة الرقابة القضائية سواء كانت رقابة سابقة أم رقابة لاحقة - بالرقابة وعدم السماح بإصدار هذا التشريع أو إلغائه إذا ما توافر به عيب من هذه العيوب المعروفة ؟

وإذا كان الفقه والقضاء قد استقرا على تعريف القرار الإداري بأنه ( إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى اللوائح والقوانين بقصد إحداث أثر قانوني معين متى كان ذلك ممكناً و جائزاً قانوناً وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة ) ، فهل يمكن تعريف التشريع استناداً إلى ذات العناصر بأنه ( إفصاح السلطة التشريعية عن إرادتها الملزمة بما لها من سلطة بمقتضى نصوص الدستور بقصد إحداث أثر قانوني معين ، متى كان ذلك ممكناً و جائزاً قانوناً ، وكان الباعث عليه ابتغاء مصلحة عامة ) ؟

هذا ما سوف نحاول التعرف عليه في هذا البحث ، غير أنه من المؤكد أنه لا بد من توافر عناصر شكلية وأخرى موضوعية في التشريع الصادر من السلطة التشريعية ( البرلمان ) ، فلا بد أن يصدر القانون من الجهة المختصة بإصداره سواء كانت السلطة التشريعية ممثلة في غرفة واحدة أو غرفتين ، أو بمعنى آخر

من مجلس تشريعي واحد أو مجلسين تشريعيين ، وذلك فضلاً عن تطلب صدور هذا القانون في شكل معين أو صدوره مع مراعاة القيام بإجراءات معينة ، كما أن الغاية من إصدار القانون هي دائماً المصلحة العامة ، ويفترض أن يكون لكل تشريع سبب ، و السبب هو الحالة القانونية أو الواقعية التي من أجلها يصدر القانون ، أما المحل فهو الأثر القانوني المترتب على صدور القانون. ولكن هل يمكن إلغاء التشريع لعيب في السبب أو المحل ، هذا ما سوف نحاول الإجابة عليه في السطور القليلة القادمة.

## أولاً العناصر الشكلية في إصدار التشريع

يشترط في التشريع حتى يمكن إضفاء هذا الوصف عليه شروط شكلية تتعلق بصدوره من الجهة المختصة بإصداره ( وهى في الأصل المجلس التشريعي ) ، وذلك وفقاً للأشكال أو الإجراءات التي تطلبها الدستور لصدور التشريع ، ويترتب على عدم توافر هذه الشروط الشكلية أن يكون التشريع مشوباً بعيب عدم الاختصاص أو عيب مخالفة الشكل أو الإجراء لصدوره من السلطة المختصة على خلاف ما تطلبه الدستور من إجراءات لصدور هذا التشريع ، وفيما يلي بيان ذلك .

### ( أ ) ركن الاختصاص

ترتبط فكرة الاختصاص بمبدأ الفصل بين السلطات ومبدأ المشروعية ، ويقوم مبدأ الفصل بين السلطات على أساس توزيع الاختصاصات بين السلطات الثلاث وعدم جواز اقتتات أي منها على الأخرى احتراماً لتوزيع الاختصاص فيما بينها بمقتضى نصوص الدستور . وبطبيعة الحال فإن التشريع يكون من اختصاص المجلس التشريعي أو المجلسين التشريعيين اللذين نص عليهما الدستور ومنحهما سلطة التشريع ، كما قد يكون من اختصاص رئيس الجمهورية في حالات محددة منها إذا سمح الدستور بها ، توافر حالة الضرورة ، وغياب المجلس التشريعي أو المجلسين التشريعيين . كما أن القاعدة هي عدم جواز التفويض في الاختصاص ما لم يسمح النص الدستوري بذلك ويبين حدوده ، ولهذا فإن السلطة التشريعية يمكنها أن تفوض التشريع بضوابط معينة لرئيس الجمهورية ، ولرئيس الجمهورية - إذا سمح له النص الدستوري - تفويض سلطته إلى نائبه - حال وجوده - أو إلى رئيس مجلس وزرائه ، ويبدو ذلك بصورة خاصة بالنسبة للوائح على اختلاف أنواعها. ويمكن القول أن ركن الاختصاص أو العيوب المتعلقة بركن عدم الاختصاص في العمل التشريعي هي تقريباً ذات العيوب التي يمكن نسبتها إلى ركن الاختصاص في العمل أو القرار الإداري. ومن أمثلة عيب عدم الاختصاص في هذا المجال ، صدور تشريع يمنح سلطة غير المشرع أو غير السلطة القضائية سلطة توقيع جزاءات جنائية ، حيث ينص الدستور على أنه لا جريمة إلا بنص ولا عقوبة إلا بحكم قضائي . وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا (١) بعدم دستورية نص المادة الأولى من قرار رئيس

مجلس الوزراء رقم ٣٠٨٦ لسنة ١٩٩٦ فيما تضمنه من حظر الموافقة على هدم القصور والفيلات بمدينة الإسكندرية . ثانياً- بعدم دستورية نص المادة الثانية من أمر رئيس مجلس الوزراء ونائب الحاكم العسكري العام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ فيما تضمنه من حظر هدم أو التصريح بهدم القصور والفيلات في جميع أنحاء جمهورية مصر العربية. ثالثاً- بعدم دستورية نص المادة ١١ مكرراً (٥) من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٠٦ لسنة ١٩٧٦ المضاف بقرار وزير الإسكان والمرافق والمجمعات العمرانية رقم ١٨٠ لسنة ١٩٩٨ فيما تضمنه من حظر الموافقة على هدم القصور والفيلات في جميع أنحاء جمهورية مصر العربية. رابعاً- بسقوط ما يقابل هذا الحظر من أحكام وردت بكل من المادة الثانية من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٣٠٨٦ لسنة ١٩٩٦، والمادة الثالثة من أمر رئيس مجلس الوزراء ونائب الحاكم العسكري العام رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ المشار إليهما ، وذلك على أساس أن المسائل التي احتجزها الدستور بنص صريح ليكون التشريع فيها بقانون صادر من السلطة التشريعية لا يجوز تنظيمها أو تعديل أحكامها أو إلغاؤها بأداة تشريعية أدنى وإلا كانت مخالفة للدستور.

كما قضت بأن الدستور لم يعقد للسلطة التنفيذية اختصاصاً ما بتنظيم شيء مما يمس الحقوق التي كفلها الدستور ، إذ أن هذا التنظيم يتعين أن تتولاها السلطة التشريعية بما تصدره من قوانين . وقد جرى قضاء هذه المحكمة على أنه إذا ما أسند الدستور تنظيم حق من الحقوق إلى السلطة التشريعية فلا يجوز لها أن تسلب من اختصاصها وتحيل الأمر برمته إلى السلطة التنفيذية دون أن تقيد بها في ذلك بضوابط عامة ، وأسس رئيسية تلتزم بالعمل في إطارها ، فإذا ما خرج المشرع على ذلك وناط بالسلطة التنفيذية تنظيم الحق من أساسه ، كان متخلياً عن اختصاصه الأصلي المقرر بالدستور ساقطاً بالتالي في هوة المخالفة الدستورية ، حيث لا يجوز للسلطة التشريعية وقد اختصها الدستور بسلطة التشريع أن تتخلى بنفسها عن ذلك (٢) .

ولاشك أن صدور التشريع من رئيس الجمهورية بناءً على تفويض يسمح به الدستور ذاته بعد انتهاء مدة التفويض يعد صدوراً من غير مختص ، أو صدور التشريع من مجلس قضى بعدم دستوريته ، وهو ما حدث بالنسبة لقانون انتخاب أعضاء الجمعية التأسيسية في مصر لإعداد دستور ٢٠١٢ وهو القانون رقم ٧٩ لسنة ٢٠١٢ الخاص بانتخاب أعضاء الجمعية التأسيسية لإعداد مشروع دستور جديد للبلاد (٢) ، والذي تم إحالته من مجلس الشعب الذي قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قانون انتخابه ومن ثم بطلان تكوينه (٤) ، ومع هذا أحال رئيس مجلس الشعب المنحل القانون إلى المجلس العسكري لإصدار القانون .

١. جلسة ١٥ يناير ٢٠٠٦ القضية رقم ٧٤ لسنة ٢٢ ق دستورية عليا ، الجريدة الرسمية العدد ٣ مكرر بتاريخ ٢٤ يناير ٢٠٠٦ .
٢. المحكمة الدستورية العليا جلسة ١٠ يونيو ٢٠٠٧ قضية رقم ٦٨ لسنة ٢٥ ق دستورية عليا الجريدة الرسمية العدد ٢٤ مكرر أ بتاريخ ١٧ يونيو ٢٠٠٧ .
٣. و جدير بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بعدم دستورية هذا القانون وذلك بجلسة ٢ يونيو ٢٠١٣ في القضية رقم ١١٦ لسنة ٢٤ ق دستورية عليا ، وذلك بعد أن تم إحالة هذا القانون من قبل محكمة القضاء الإداري بتاريخ ٢٣ أكتوبر ٢٠١٢ في الدعوى رقم ٤٥٩٣١ لسنة ٦٦ ق ، وقد أسست المحكمة الدستورية العليا قضاءها في هذا الشأن على أساس تجاوز المجلس لحدود ولايته التشريعية عندما أسند الاختصاص بنظر القرارات التي تصدر من الاجتماع المشترك للأعضاء غير المعيّنين لمجلس الشعب والشورى إلى الجهة المعنية بالرقابة على دستورية القوانين والقرارات البرلمانية .
٤. انظر حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٤ يونيو ٢٠١٢ .

ويتوافر ركن عدم الاختصاص في التشريع أيضاً في حالة صدور التشريع من رئيس الدولة الذي انتهت مدة ولايته ، أو انتهت المدة الواجب صدور التفويض فيها إذا كانت السلطة التشريعية قد فوضت رئيس الدولة في إصدار تشريعات خلال فترة زمنية محددة وهو ما يطلق عليه ( زمن التفويض ) .

كما أن فكرة الاختصاص الموضوعي لها محل في هذا المجال ، وذلك حينما ينص المشرع الدستوري على أن موضوع معين يتعلق بالحقوق والحريات محظور على المشرع العادي تناوله أو تنظيمه ، مثل حظر المصادرة العامة للأموال مثال ذلك ما تنص عليه المادة الأربعون من الدستور المصري ٢٠١٤ من أن المصادرة العامة للأموال محظورة. ولا تجوز المصادرة الخاصة ، إلا بحكم قضائي (أو حظر تسليم اللاجئين السياسيين ) مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٩١ من الدستور المصري الصادر في ٢٠١٤ ، إذ لا يجوز لمجلس النواب التدخل في هذا الأمر .

والأمر في هذه الحالة يتعلق بمراتب الحقوق والحريات ، فثمة حقوق وحريات لا يملك المشرع العادي بنصوص الدستور الاقتراب منها أو تنظيمها . ومثال هذه الأخيرة ما تنص عليه المادة (٩٢) من الدستور المصري ٢٠١٤ من أن ( الحقوق والحريات اللصيقة بشخص المواطن لا تقبل تعطيلاً ولا انتقاصاً. ولا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيدتها بما يمس أصلها وجوهرها. )

أما الاختصاص المكاني فهو لا وجود له في الدول الموحدة أو البسيطة ، حيث يكون التشريع - في الأصل - من اختصاص السلطة التشريعية على سائر أرجاء الإقليم ، ومن ثم فإن عيب عدم الاختصاص المكاني هو أمر غير متصور بالنسبة للتشريع لأن التشريع بطبيعته الحال يسرى على كافة أرجاء الدولة ، وذلك على خلاف الدول الفيدرالية أو الاتحادية ، حيث يقتسم التشريع السلطة التشريعية المركزية ، مع السلطة التشريعية المحلية وذلك على نحو ما ينظمه الدستور الاتحادي أو الفيدرالي .

ومن ثم يتصور في هذه الحالة وجود تنازع في الاختصاص المكاني وهو الأمر الذي يحسم فيه الدستور الاتحادي هذا الخلاف ، ويمنح المحكمة الدستورية الاتحادية حل هذا التنازع (١) .

وجدير بالذكر أن البعض يعتبر عيب عدم الاختصاص من العيوب الموضوعية لا الشكلية التي تصيب القرار بالعوار (٢) ، ونعتقد بأن الأمر محل نظر .

## ب) ركن الشكل أو الإجراء الذي تطلبه الدستور لصدور التشريع .

يقصد بركن الشكل أو الإجراء ما يتطلبه الدستور من أشكال أو إجراءات معينة لإصدار هذا التشريع ، ومن ثم فإن مخالفة النص التشريعي لما تطلبه الدستور يعد مخالفة تستوجب إلغاءه ، ومثال ذلك ما يلي

١. وبطبيعة الحال فإن السلطة التشريعية لدولة الاتحاد تختص بالتشريع فيما يهم الدولة بأكملها ويحافظ على دستورها ، أما ما عدا ذلك من مسائل فيكون من اختصاص السلطة التشريعية لكل ولاية أو إمارة على حدة ، والأمر مرجعه في تحديد الاختصاصات بين الدولة الاتحادية والدول الأعضاء في الاتحاد إلى الدستور الاتحادي . لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر مؤلفنا مبادئ النظم السياسية ٢٠١٣ ص ٥٤ وما بعدها .
٢. أستاذنا أ. د. / يحيى الجمل القضاء الدستوري في مصر دار النهضة العربية ٢٠٠٦ ص ١٩٤ .

تطلب الدستور صدور التشريع من السلطة التشريعية بأغلبية خاصة ، ومن ثم فإن صدور التشريع بغير تلك الأغلبية التي تطلبها الدستور لإصدار هذا التشريع يصم العمل التشريعي بعدم الدستورية :

- ومثال ذلك ، حينما يتطلب الدستور لسريان القانون بأثر رجعي أغلبية خاصة ، مثل تطلب موافقة أغلبية ثلثي أعضاء المجلس التشريعي أو أغلبية أعضاء المجلس التشريعي في مجموعه لا أغلبية الأعضاء الحاضرين - لصدور التشريع ، فالقاعدة هي سريان القانون بأثر فوري ، والقاعدة أيضاً أن تكون الأغلبية هي أغلبية أعضاء المجلس التشريعي الحاضرين المصوتين على القانون ، غير أن المشرع الدستوري قد ينص على سريان القانون بأثر رجعي ، خاصة عندما يكون ذلك في صالح المواطنين ، ويبدو ذلك بصورة خاصة لتقرير سريان القانون بأثر رجعي في غير المواد الجنائية ، ولا شك أن صدور التشريع بموافقة أغلبية غير تلك التي تطلبها الدستور يصم القانون بالعموم الشكلي (١) ، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن الأصل في القانون هو أن يسري بأثر مباشر على ما يقع بعد نفاذه ، فإذا سرى القانون على وقائع تم تكوينها أو على مراكز قانونية اكتملت عناصرها قبل العمل بأحكامه ، فإن هذا القانون يكون متضمناً أثراً رجعياً لا يجوز تقريره إلا في المواد غير الجنائية وبعد استيفاء الأغلبية الخاصة التي اشترطتها المادة (١٨٧) من الدستور ، كضمانة أساسية للحد من الرجعية وتوكيداً لخطورتها في الأعم الأغلب من الأحوال إزاء ما تهدره من حقوق وتخل به من استقرار . ويتعين تبعاً لذلك أن تصدر القوانين رجعية الأثر عن السلطة التشريعية بأغلبية أعضائها في مجموعهم ، وليس بالأغلبية المعتادة المنصوص عليها في المادة (١٠٧) من الدستور ، وهي الأغلبية المطلقة للحاضرين منهم ، وبما يتعين معه تبعاً لذلك وعلى ما اطرده عليه قضاء هذه المحكمة أن يكون الدليل على استيفاء هذا الإجراء جلياً لا يحتمل التأويل ، ثابتاً على وجه قطعي (٢) .

- ومثال ذلك أيضاً أن ينص الدستور على أن يتم التصويت على القانون بطريقة معينة ، ويأتي أخذ الموافقة بطريقة أخرى ، وهو ما ينظمه الدستور عادة عن مناقشة أبواب الموازنة العامة (٣) .

- ومثال العموم الشكلي أيضاً أن ينص الدستور على أن يسبق عرض الموضوع على البرلمان إبداء الرأي من لجنة معينة أو هيئة معينة أو جهة معينة ، ومثال ذلك ما كان يتطلبه دستور مصر ٢٠١٢ من أخذ

ولا تسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ومع ذلك يجوز في غير المواد الجنائية والضريبية ، النص في القانون على خلاف ذلك ، بموافقة أغلبية ثلثي أعضاء مجلس النواب .

- ١ . المحكمة الدستورية العليا قضية ١٠١ لسنة -٢٢ - ق - دستورية- جلسة ٢١ - ٧ - ٢٠١١
- ٢ . مثال ذلك ما نصت عليه المادة (١٢٤) من دستور ٢٠١٤ من أنه ( تشمل الموازنة العامة للدولة كافة إيراداتها ومصروفاتها دون استثناء ، ويُعرض مشروعها على مجلس النواب قبل تسعين يوماً على الأقل من بدء السنة المالية ، ولا تكون نافذة إلا بموافقة عليها ، ويتم التصويت عليه باباً باباً ، ويجوز للمجلس أن يعدل النفقات الواردة في مشروع الموازنة ، عدا التي ترد تنفيذاً لالتزام محدد على الدولة .
- ٣ . وإذا ترتب على التعديل زيادة في إجمالي النفقات ، وجب أن يتفق المجلس مع الحكومة على تدبير مصادر للإيرادات تحقق إعادة التوازن بينهما ، وتصدر الموازنة بقانون يجوز أن يتضمن تعديلاً في قانون قائم بالقدر اللازم لتحقيق هذا التوازن . وفي جميع الأحوال ، لا يجوز أن يتضمن قانون الموازنة أي نص يكون من شأنه تحميل المواطنين أعباء جديدة . ويحدد القانون السنة المالية ، وطريقة إعداد الموازنة العامة ، وأحكام موازنات المؤسسات والهيئات العامة وحساباتها ، وتجب موافقة المجلس على نقل أي مبلغ من باب إلى آخر من أبواب الموازنة العامة ، وعلى كل مصروف غير وارد بها ، أو زائد على تقديراتها ، وتصدر الموافقة بقانون .



رأي الهيئات القضائية عن إعداد قانون السلطة القضائية ، وأيضاً ما تنص عليه المادة ١٨٥ من دستور ٢٠١٤ من أنه ( تقوم كل جهة ، أو هيئة قضائية على شئونها ، ويكون لكل منها موازنة مستقلة ، يناقشها مجلس النواب بكامل عناصرها ، وتدرج بعد إقرارها في الموازنة العامة للدولة رقماً واحداً ، ويؤخذ رأيها في مشروعات القوانين المنظمة لشئونها).

- ومثاله أيضاً ما يتطلبه الدستور من أخذ موافقة المجلسين التشريعيين معاً - وذلك في الدول التي تقر دساتيرها الأخذ بنظام المجلسين التشريعيين - في حين يتم إصدار التشريع من مجلس واحد ، أو أن يتطلب الدستور أخذ رأي المجلس النيابي الثاني قبل إصدار التشريع فيتم إصدار التشريع دون أخذ رأي المجلس النيابي ، مثال ذلك قانون الجمعيات الأهلية في مصر ، والذي قضي بعدم دستوريته لعدم عرضه على مجلس الشورى وهو المجلس الثاني في مصر في ظل دستور (١٩٧١) (١)، ويبدو ذلك فيما يسمى أو يعرف بالقوانين الأساسية .

- والعيوب الشكلية كثيرة ومنها أيضاً ما يتطلبه الدستور من صدور التشريع من رئيس الجمهورية في الحالات التي يسمح له فيها الدستور بذلك دون مراعاة الشروط والإجراءات التي تتطلبها الدستور لإصدار التشريع من رئيس الجمهورية ، مثل إصدار قرار من رئيس الجمهورية استناداً إلى حالة الضرورة التي يفترض معها غياب البرلمان ، في حين يصدر رئيس الجمهورية التشريع في وجود البرلمان .

- ومن العيوب الشكلية أو الإجرائية أيضاً ، تطلب الدستور إجراءات معينة لإصداره كأن يتم الاقتراح من شخص ما أو جهة معينة ، في حين يصدر التشريع دون اقتراحه من الشخص أو الجهة المختصة .

- وأخيراً فإنه من العيوب الشكلية والإجرائية مخالفة القواعد المتعلقة بنظر التشريع أو إقراره أو إصداره على نحو يخالف نصوص الدستور ، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة (١٥٤) (يعلن رئيس الجمهورية، بعد أخذ الرأي مجلس الوزراء حالة الطوارئ، على النحو الذي ينظمه القانون، ويجب عرض هذا الإعلان على مجلس النواب خلال الأيام السبعة التالية ليقرر ما يراه بشأنه، وإذا حدث الإعلان في غير دور الانعقاد العادي، وجب دعوة المجلس للانعقاد فوراً للعرض عليه. وفي جميع الأحوال تجب موافقة أغلبية عدد أعضاء المجلس على إعلان حالة الطوارئ، ويكون إعلانها لمدة محددة لا تتجاوز ثلاثة أشهر، ولا تمد إلا لمدة أخرى مماثلة، بعد موافقة ثلثي عدد أعضاء المجلس، وإذا كان المجلس غير قائم ، يعرض الأمر على مجلس الوزراء للموافقة ، على أن يعرض على مجلس النواب الجديد في أول اجتماع له، ولا يجوز حل مجلس النواب أثناء سريان حالة الطوارئ).

والخلاصة أنه كما قضت المحكمة الدستورية العليا ( أن كل قاعدة قانونية لا تكتمل في شأنها الأوضاع الشكلية التي تتطلبها الدستور فيها ، كتلك المتعلقة باقتراحها وإقرارها وإصدارها وشروط نفاذها ، إنما تقدم مقوماتها باعتبارها كذلك ، فلا يستقيم بنيانها ، وكان تطبيقها في شأن المشمولين بحكمها مع

١ . انظر بحثنا تعليق على حكم المحكمة الدستورية بدم دستورية القانون رقم ١٥٢ لسنة ١٩٩٩ بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية منشور بمجلة القانون والاقتصاد العدد السبعون بصفة خاصة ص ٢١ وما بعدها .

افتقارها لقوابها الشكلية . لا يلتزم ومفهوم الدولة القانونية التي لا يتصور وجودها ولا مشروعية مباشرتها لسلطاتها ، بعيداً عن خضوعها للقانون وسموه عليها باعتباره قيده على كل تصرفاتها وأعمالها ( ١ ) .

ولاشك أنه عند النظر في طبيعة المطاعن الشكلية فإن العبرة هي بالدستور الذي صدر في ظل القانون ، فلا يعقل أن يتطلب من تشريع سبق صدوره في ظل دستور ما أن يحكم بعدم دستورية هذا التشريع لأنه أصبح مخالفاً من الناحية الشكلية للدستور الجديد (٢) .

كما أن الحكم بعدم الدستورية للعوار الشكلي يعني عن البحث في العوار الموضوعي ، ولذا فإن الحكم بعدم الدستورية استناداً إلى أسباب موضوعية يعني سلامة التشريع دستورياً من الناحية الشكلية ، ولا يمنع سلامة التشريع من الناحية الشكلية أن يقضي بعدم الدستورية استناداً إلى الأسباب الموضوعية ، وهو ما يبرر اضعاف الحجية المطلقة على الأحكام الصادرة من القضاء الدستوري (٣) .

## ثانياً

### الأركان الموضوعية في إصدار التشريع

للتشريع أركان موضوعية يجب أن تتوافر فيه تماماً ، مثل الأركان الموضوعية للقرار الإداري أو اللائحي ، ويعد مخالفة هذه الأركان مخالفة تستوجب القضاء بعدم دستورية التشريع ، وتتمثل هذا الأركان الموضوعية في ركن المحل وركن السبب وأخيراً ركن الغاية ، وفيما يلي نتحدث عن هذه الأركان وجزء تخلفها .

### أ) ركن المحل .

من المعروف أن المحل هو الأثر القانوني الذي يهدف إلى تحقيقه القانون ، ولا شك أن محل القانون يجب أن يكون متفقاً مع نصوص الدستور .

- ١ . المحكمة الدستورية العليا بجلسته ١٣ مايو ٢٠٠٧ قضية رقم ٢٧٤ لسنة ٢٤ ق دستورية عليا .
  - ٢ . لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر مؤلفنا آثار الحكم بعدم الدستورية الطبعة الثالثة دار النهضة العربية ٢٠١٢ .
  - ٣ . ومن الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا قد قضت بالتمييز من حيث الحجية بين ما إذا كانت المطاعن الدستورية تقوم في مبنائها على عيوب شكلية أو عيوب موضوعية ، ففي الحالة الأولى يكون قرار المحكمة متعلقاً بها وحدها ، ولا يعتبر رفض المطاعن الشكلية مطهراً من العيوب الموضوعية . أما في الحالة الثانية فإن قرار المحكمة ينطوي بحكم اللزوم على التعرض للمطاعن الشكلية - والموضوعية - ومن ثم يكون مانعاً من العودة إليها . انظر المحكمة الدستورية بجلسته ١٢/٧/١٩٩١ قضية رقم ٣ لسنة ١٠ ق مج الجزء الخامس ص ٥٧ .
- وهو ما أكدته من جديد بجلسته ١٩٩٦/٤/٦ قضية رقم ٢٩ لسنة ١٦ ق مج الجزء السابع ص ٥٤٠ مشار إليه أ. د. أحمد فتحي سرور الحماية الدستورية للحقوق والحريات حواشي ص ٢٨١ .
- ونعتقد بأن المحكمة قد جانبها الصواب لأن الحجية العينية المطلقة لأحكامها - التي أقرتها بصورة مطلقة - تعنى أن المحكمة تتعرض للنص من جميع جوانبه وأسبابه . انظر أ. د. صلاح الدين فوزي الدعوى الدستورية ص ٢٩٨ وما بعدها .
- ولهذا فالأصل أن تكون الحجية للحكم سواء كان الطعن بعدم الدستورية متعلقاً بالعيوب الشكلية أو المطاعن الموضوعية . انظر المحكمة الدستورية العليا بجلسته ١٩٩٣/٢/٦ قضية رقم ٣ لسنة ١٤ ق مجلة المحاماة الستة ٧٣ ديسمبر ١٩٩٤ الجزء الثالث ص ٢٧ .
- إما إذا اقتصر قضاء المحكمة على تناول العيوب الشكلية دون العيوب الموضوعية . واقتصرت الحجية على المطاعن الشكلية دون الموضوعية فهو بل لاشك يؤدي ما سبق أن قلناه من أن الحجية المطلقة لأحكام المحكمة يجب أن تقتصر على ما صدر منها بعدم الدستورية لا الرفض .

ويبدو هذا الركن من الأركان الأساسية الموضوعية التي يترتب على تخلفها القضاء بعدم دستورية التشريع ، والأمثلة كثيرة في هذا الصدد ، فمبدأ المساواة بين المواطنين أو المواطنة ، والذي يحظر التمييز بين المواطنين لأسباب تتعلق بالجنس أو الأصل أو العرق أو الديانة هو أساس لكل تشريع ، ولذا نجد الكثير من الأحكام القضائية التي تقضي بعدم الدستورية لمخالفة التشريعات لهذا المبدأ المهم .

ولا شك أن هذا المبدأ أصبح من الأمور المستقر عليها في الضمير العالمي وتتضمنه المواثيق الدولية وإعلانات الحقوق وغيرها ، فهو أساس لتمتع الأفراد بحرياتهم ، وأية صورة من صور التمييز بين الأفراد في المجتمع حتى ولو لم تقم على ما ذكره المشرع الدستوري من أمثلة - تشكل انتهاكاً لمبدأ المساواة الذي أقره المشرع الدستوري.

غير أن المقصود بالمساواة بين الأفراد ليس المساواة النظرية أو الحسابية أو الفعلية ، بل المساواة بين من تماثلت مراكزهم القانونية ، فلا شك أن المشرع تحقيقاً لمقتضيات الصالح العام له سلطة تقديرية في وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية للأفراد بحيث إذا تساوت هذه المراكز القانونية وجب إعمال مبدأ المساواة (١).

وقد كان عدم احترام هذا المبدأ مبرراً لحل الكثير من المجالس النيابية (٢) قبل ثورة يناير ، وما بعدها (٣) .

ويمكن القول إجمالاً أن غالبية الأحكام الصادرة سواء من المحكمة العليا أو من المحكمة الدستورية العليا والتي قضت فيها بعدم دستورية التشريعات القانونية ومخالفتها للدستور إنما تستند في الأساس إلى عدم توافر المحل القانوني الذي تطلبه الدستور وما يجب أن يتضمنه من مواصفات لإقرار صحة التشريع المطعون عليه ، ومن هذه الأحكام ما قضت به المحكمة الدستورية على سبيل المثال من أن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن سلطة تفسير النصوص التشريعية سواء تولتها السلطة التشريعية أم باشرتها الجهة التي عهد إليها بهذا الاختصاص ، لا يجوز أن تكون موطئاً إلى تعديل هذه النصوص ذاتها بما يخرجها عن معناها أو يجاوز الأغراض المقصودة منها ، ذلك أن المجال الطبيعي لهذا التفسير ، لا يعدو أن يكون ووقفاً عند المقاصد الحقيقية التي توختها السلطة التشريعية من وراء إقرارها للنصوص القانونية ، وهي مقاصد لا يجوز توهمها أو افتراضها كي لا تحمل هذه النصوص على غير المعنى المقصود منها ابتداء ، بل منطها ما تفياه المشرع حقاً حين صاغها ، وتلك هي الإرادة الحقيقية التي لا يجوز الالتواء بها ، ويفترض

١. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ، وبصورة خاصة لتطبيقات القضاء الدستوري حول ضوابط وأحكام مبدأ المساواة انظر حسام فرحات شحات أبو يوسف الحماية الدستورية للحق في المساواة دراسة مقارنة رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه جامعة القاهرة ٢٠٠٤ ، وبصفة خاصة ص ١٦٨ وما بعدها .
٢. المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢١ / ٥ / ١٩٨٩ طعن رقم ١٦ لسنة ٨ ق دستورية عليا ، و بجلسة ١٩ مايو ١٩٩٠ قضية رقم ٢٧ لسنة ٩ ق دستورية مع الدستورية العليا الجزء الرابع ص ٢٥٦ ، و بجلسة ٤ مايو ١٩٩١ قضية رقم ٣٨ لسنة ١٠ ق دستورية .
٣. انظر مؤلفنا النظم السياسية دار النهضة العربية ٢٠١٣ ، ومؤلفنا الوسيط في القانون الدستوري دار النهضة العربية ٢٠٠٨ ، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا أكثر من مرة بعدم دستورية القوانين الانتخابية المكونة لمجلس الشعب وللمجلس الشورى والتي اعتمدت نظام القائمة الانتخابية كأساس لبعض القوانين ، والتي سمحت أيضا بإهدار مبدأ تكافؤ الفرص بين المرشح الفردي ومرشح القائمة فيما تضمنه القانون من تخصيص مقعد للمرشح الفردي في الدائرة وتخصيص باقي المقاعد للمرشحين على أساس القائمة

في النصوص القانونية أن تكون كاشفة عنها مبلورة لها ، وهي بعد إرادة لا يجوز انتحالها بما يناقض عبارة النص ذاتها ، أو يعتبر مسخاً أو تشويهاً لها ، أو نكولاً عن حقيقة مراميها أو انتزاعاً لبعض ألفاظها من سياقها ، كذلك لا يجوز أن يتخذ التفسير التشريعي ذريعة لتصويب أخطاء وقع المشرع فيها ، أو لمواجهة نتائج لم يكن قد قدر عواقبها حق قدرها حين أقر النصوص القانونية المتصلة به ( ١ ) .

ومنها أيضاً ما قضت به المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية البند ( ٢ ) من المادة ( ٢٧٧ ) من القانون المدني فيما نص عليه من يتقادم بثلاث سنوات أيضاً الحق في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق ( ٢ ) ، حيث قضت المحكمة بأنه ( المشرع قد أجرى بالقانون رقم ٦٤٦ لسنة ١٩٥٢ بشأن تقادم الضرائب والرسوم تعديلاً على مدة تقادم الضرائب والرسوم المستحقة للدولة يجعلها خمس

بعد أحدث ٢٥ يناير ٢٠١١ ، وحيث تم تعطيل العمل بدستور ١٩٧١ ، وصدر الإعلان الدستوري في مارس ٢٠١١ وأجريت الانتخابات لمجلسي لشعب والشورى على أساس الجمع بين نظامي قائمة والانتخاب الفردي قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية قانون الانتخاب الذي أجري على أساسه انتخاب مجلس الشعب وقضت ببطان تكوين المجلس الشعب ( حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ١٤ يونيو ٢٠١٢ ) . وجاء في أسباب حكم حل مجلس الشعب أن المادة ٢٨ من الإعلان الدستوري الصادر في ٢٠ مارس ٢٠١١ المعدل بالإعلان الدستوري الصادر في ٢٥ سبتمبر ٢٠١١ تنص على أن: «ينظم القانون حق الترشيح لمجلسي الشعب والشورى وفقاً لنظام انتخابي يجمع بين القوائم الحزبية المغلقة والنظام الفردي بنسبة الثلثين للأولى والثالث الباقي للثاني» وقالت المحكمة إن مؤدى عبارات هذا النص في ضوء مبدأي المساواة وتكافؤ الفرص، وقواعد العدالة، أن حصر التقدم للترشيح لعضوية مجلس الشعب فيما يتعلق بنسبة الثلثين المخصصة للانتخاب بنظام القوائم الحزبية المغلقة في المنتمين للأحزاب السياسية، يقابله قصر الحق في التقدم للترشيح لنسبة الثلث الباقي المحدد للانتخاب بالنظام الفردي على المستقلين غير المنتمين للأحزاب السياسية .

وأشارت المحكمة إلى أن المشرع الدستوري قد اعتنق هذا التقسيم هادفاً إلى إيجاد التنوع في التوجهات الفكرية والسياسية داخل مجلس الشعب، ليصير المجلس بتشكيله النهائي معبراً عن رؤى المجتمع، وممثلاً له بمختلف أطرافه وتوجهاته ومستوعباً لها، لتضطلع بدورها الفاعل في أداء المجلس لوظيفته الدستورية المقررة بنص المادة ٢٢ من الإعلان الدستوري.

وقالت المحكمة إن ما يناقض تلك الغاية ويصادمها ذلك النهج الذي سلكه المشرع بالنصوص المطعون عليها، فقد أتاح لكل من مرشحي الأحزاب السياسية إحدى فرصتين للفوز بعضوية مجلس الشعب، إحداهما بوسيلة الترشيح بالقوائم الحزبية المغلقة، والثانية عن طريق الترشيح للنظام الفردي، بينما جاءت الفرصة الوحيدة المتاحة أمام المرشحين المستقلين غير المنتمين لتلك الأحزاب مقصورة على نسبة الثلث المخصصة للانتخاب بالنظام الفردي، يتنافس معهم ويزاحمهم فيها المرشحون من أعضاء الأحزاب السياسية، الذين يتمتعون بدعم مادي ومعنوي من الأحزاب التي ينتمون إليها من خلال تسخير كافة الإمكانيات المتاحة لديها لدعمهم، وهو ما لا يتوافر للمرشح المستقل غير المنتمي لأي حزب.

وأكدت المحكمة أنه على ضوء ما تقدم فإن هذا الأمر يقع بالمخالفة لنص المادة ٢٨ من الإعلان الدستوري، ويتضمن مساساً بالحق في الترشيح في محتواه وعناصره وتكافؤ الفرص، دون أن يكون هذا التمييز في جميع الوجوه المتقدمة مبرراً بقاعدة موضوعية ترتد في أساسها إلى طبيعة حق الترشيح وما تقتضيه ممارسته من متطلبات، والتي تتحقق بها ومن خلالها المساواة وتكافؤ الفرص، فضلاً عما يمثله ذلك النهج من المشرع من إهدار لقواعد العدالة التي أكدتها المادة ٥ من الإعلان الدستوري

وأكد الحكم علي أن العوار الدستوري الذي أصاب النصوص المطعون فيها يمتد للنظام الانتخابي الذي سنه المشرع بكامله، سواء في ذلك نسبة الثلثين المخصصة لنظام القوائم الحزبية المغلقة أو نسبة الثلث المخصصة للنظام الفردي .

وأوضح الحكم في أسبابه أن تقرير مزاحمة المنتمين للأحزاب السياسية للمستقلين غير المنتمين لأي منها في الانتخاب بالنظام الفردي كان له أثره وانعكاسه الأكيد والمتبادل مع نسبة الثلثين المخصصة للقوائم الحزبية المغلقة، إذ لولا مزاحمة المنتمين للأحزاب للمستقلين في الثلث الباقي لحدث إعادة ترتيب داخل القوائم الحزبية، بمرعاة الأولويات المقررة داخل كل حزب.

كما قضت المحكمة الدستورية العليا أيضاً بعدم دستورية قانون انتخاب مجلس الشورى ( حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسة ٢ يونيو ٢٠١٢ قضية رقم ١١٢ لسنة ٢٤ ق دستورية ) .

١ . قضية رقم ٢٢٢ لسنة ٢٥ ق دستورية عليا بتاريخ ١٥ أبريل ٢٠٠٧ .

٢ . قضية ١٠٠ لسنة ٢٨ ق دستورية- جلسة ٧- ٢٠١٠-٣

سنوات، في حين أبقى على مدة التقادم المقررة لحق الممول في المطالبة برد الضرائب والرسوم التي دفعت بغير حق بثلاث سنوات ، والتي تضمنها النص المطعون عليه ، مغايراً بذلك المنهج الذي حرص عليه - قبل التعديل - بتوحيد مدة التقادم في الحالتين السالفتي الإشارة ، ومن ثم فإنه يكون قد أقام تمييزاً غير سائغ للدولة بأن اختصاصها بمدة تقادم للحق الضريبي تزيد على المدة المقررة للممول في هذا الشأن ، بالرغم من تكافؤ مركزيهما القانوني ، لكونهما دائنين بدين ضريبي ، مما يستوجب وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي أن تنتظمها في شأن سقوط الحق في المطالبة بالدين الضريبي لتحقيق الحماية القانونية المتكافئة لكلا الطرفين - وذلك بالمخالفة لمبدأ المساواة المنصوص عليه في المادة ٤٠ من الدستور ) .

## ب) ركن السبب

من المعروف أن السبب هو الحالة القانونية أو الواقعية التي من أجلها يصدر القانون، و الأصل أن سلطة المشرع تقديرية في إصدار التشريع ، غير أنها في بعض الأحيان تكون مقيدة ، من هنا تختلف رقابة القضاء الدستوري على هذا العنصر ، فحين تكون سلطة المشرع تقديرية يتمتع المشرع بسلطة أكبر في تنظيم الموضوع واختيار توقيته ، ومع هذا فإن سلطة المشرع في التنظيم لا تصل بأي حال من الأحوال إلى حد إهدار الحقوق أو الانتقاص منها إلا بالقدر المسموح به دستورياً ، وبذات الضوابط والحدود التي يرسمها المشرع الدستوري.

أما عندما تكون سلطة المشرع مقيدة فإن مخالفة المشرع لهذا التقييد تبدو واضحة ، ومثال التقييد حينما ينص المشرع الدستوري على أن إبعاد المواطنين أمر محظور ، أو أن توقيع عقوبة الإعدام غير جائز ، هنا لا يملك المشرع مخالفة هذا الحظر الصريح من الدستور وتبدو المخالفة الموضوعية لأحكام الدستور جلية .

ومثالها أيضاً نص المشرع الدستوري على عدم جواز توقيع عقوبة إلا بحكم قضائي ، أو عدم جواز العقاب إلا على الأفعال اللاحقة على نفاذ القانون .

ومثاله بصورة واضحة في الدستور المصري الحالي ٢٠١٤ ، أن حرية الرأي والتعبير مكفولة دون أن يقرنها المشرع الدستوري بلفظ في حدود القانون أو بناءً على قانون ، ولهذا فإن صدور أي تشريع يجرم حرية الرأي والتعبير يكون مشوباً بمخالفة نص الدستور .

والعبرة هنا هي بمخالفة نص التشريع لأي نص دستوري ، وذلك على الرغم من أن النص التشريعي قد يكون متفقاً مع نصوص دستورية أخرى ، وهو أمر في غاية الأهمية .

ويرتبط ركن السبب ارتباطاً وثيقاً بركن الغاية فحينما لا يكون للقانون سبب يبرر إصداره يبدو الانحراف التشريعي واضحاً ، ولما كانت الرقابة القضائية على ركن الغاية نادرة أو ضعيفة كانت الرقابة على ركن السبب أيضاً ضعيفةً ، ولهذا لا نجد تركيزاً من الفقه أو القضاء في تناول هذا الجانب .

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا الصدد أنه إذا كانت فكرة الامتناع السلبي قد استقرت في أحكام القضاء الإداري ومؤلفات الفقه الإداري بحيث بات من المسلم به وجود إمكانية للطعن على القرارات السلبية المنسوبة لجهة الإدارة إلا أن مسألة الامتناع السلبي للمشرع ما زالت تلاقي معارضة كبيرة في الفقه والقضاء الدستوريين ، وإن كانت بعض الدول قد بدأت تنص صراحة على إمكانية ممارسة رقابة امتناع

المشرع السلبي عن إصدار قوانين كان من المتعين على البرلمان اتخاذها (١) .

### ج) الغاية

لاشك أن القانون باعتباره صادراً عن المشرع فهو يفترض أن يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة دائماً، ولذا يندر أن ينسب إلى المشرع عيب يتعلق بالغاية أو عدم استهداف المصلحة العامة، ولهذا فالأصل أنه يفترض أن المشرع قد استهدف المصلحة العامة، ولهذا لا نجد أحكاماً من القضاء الدستوري تتناول هذا العيب أو تشير إليه، ولهذا يقال أيضاً أن عيب الانحراف بالسلطة التشريعية واستهداف المشرع لأهداف خاصة هو أمر صعب الإثبات، وأن هذا العيب هو عيب احتياطي لا يلجأ إليه القاضي إلا عندما لا يجد عيوباً أخرى، وهو عيب مجمع عليه في القضاء الإداري، أما القضاء الدستوري، فإن الإشارة إلى هذا العيب نادرة جداً ولكنها موجودة .

ويقصد بهذا العيب الانحراف عن مقاصد التشريع المتمثلة أساساً في تغي المصلحة العامة، ويبدو ذلك بصورة خاصة عندما يستهدف المشرع العادي تحقيق مصلحة معينة لفرد معين أو جماعة معينة أو حزب معين أو الإضرار بفرد معين أو جماعة معينة أو حزب معين على غير ما تقتضيه المصلحة العامة (٢) . ولاشك أن إثبات وجود هذا العيب أمر عسير لصدور العمل القانوني عن جماعة وليس عن فرد، كما أنه صعب الإثبات لأن إصدار التشريع من الملاءمات المتروكة أصلاً للمشرع، وهو ما كاد أن يستقر عليه القضاء، وتطبيقاً لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بأن رقابة المحكمة الدستورية العليا على دستورية القوانين تقف عند حد مقابلة النص المطعون فيه بنصوص الدستور الشكلية أو الموضوعية لبيان مخالفتها أو اتفاقها معها، ولا تمتد إلى بحث ملاءمة إصدار التشريع أو الباعث عليه (٣) .

وإذا كان القضاء الدستوري - في مصر - لم يقض لفترة طويلة بعدم الدستورية استناداً إلى هذا العيب فقد قضت المحكمة الدستورية العليا في مصر بعدم الدستورية للانحراف في إصدار التشريع الذي صدر لعزل أحد المرشحين لرئاسة الجمهورية في الانتخابات الرئاسية التي تمت في يونيو ٢٠١٢ (٤) ، وهو الحكم المعروف بعدم دستورية قانون العزل السياسي، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية

١. لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع انظر مستشار د/ محمد ماهر أبو العينين الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته دراسة تطبيقية في مصر الجزء الثاني ٢٠٠٦ ص ٧٦ ، د عبيد أحمد الغفلول فكرة عدم الاختصاص السلبي للمشرع دراسة مقارنة دار الفكر العربي ٢٠٠٣ .
٢. نود أن نشير إلى أن الفقه القانوني قد تعرض لبحث هذه المسألة وأكدوا إمكانية نسبة هذا العيب إلى المشرع، ومنهم على سبيل المثال الفقيه الكبير المرحوم الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري حيث كتب مقالاً بعنوان ( مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استعمال السلطة التشريعية وهو منشور بمجلة مجلس الدولة السنة الثالثة يناير ١٩٥٢ ، والمستشار الدكتور محمد ماهر أبو العينين نائب رئيس مجل الدولة تناول هذا الموضوع في رسالته لنيل درجة الدكتوراه ١٩٨٧ ، وأستاذنا الأستاذ الدكتور يحيى الجمل في مؤلفه القضاء الدستوري في مصر طبعة ٢٠٠٦ دار النهضة العربية، وهو ما يعني أن وجود هذا العيب أمر مسلم به لدى غالبية رجال الفقه الإداري والدستوري، وإن كان هذا العيب عيب احتياطي لا يلجأ إلى البحث فيه إلا عند عدم إمكانية الطعن على التشريع أو القرار بعيوب أخرى أسهل في البحث والإثبات .
٣. المحكمة الدستورية العليا بجلسته ١٣ مايو ٢٠٠٧ قضية رقم ١٥٢ لسنة ٢٧ ق دستورية عليا الجريدة الرسمية العدد ٢٠ مكرر بتاريخ ٢١ مايو ٢٠٠٧ .
٤. انظر حكم المحكمة الدستورية العليا بجلسته ١٤ يونيو ٢٠١٢ الطعن رقم ٥٧ لسنة ٣٢ ق دستورية عليا، حيث قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية البنود المضاف إلى قانون مباشرة الحقوق السياسية، وهو ما كنا قد توقعناه بل .قررناه ( انظر حوارنا منشور بصحيفة المصور العدد ٤٥٧٥ بتاريخ ١٣ يونيو ٢٠١٢ ص ١٣) .

التعديلات التي طرأت على قانون مباشرة الحقوق السياسية (١) .

وأكدت المحكمة في حيثيات حكمها على أن لجنة الانتخابات الرئاسية تعد من الهيئات ذات الاختصاص القضائي ، والتي عنهاها المشرع في نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، موضحة أنه توافر لها المعيار الشكلي لاعتبارها هيئة قضائية، عندما أفصح الإعلان الدستوري الصادر في مارس من العام الماضي عن الطبيعة القانونية لهذه اللجنة.

كما أكدت أيضاً على قرار الإحالة إلى هذه المحكمة من قبل لجنة الانتخابات الرئاسية قد استوفى الشروط الشكلية المقررة، لاتصال الدعوى المعروضة بالمحكمة.

وأشارت المحكمة في أسباب حكمها إلى أن قرار الإحالة، يعنى على النص المحال، أنه قد استحدث عقوبة الحرمان من مباشرة الحقوق السياسية عن واقعات سابقة على صدوره، بالمخالفة لقاعدة عدم رجعية العقوبات، فضلاً عن كونه أنشأ قرينة قانونية فرض عليها جزاء بغير حكم قضائي، بعد محاكمة يكفل فيها حق الدفاع، كما أنه أسس الجزاء الوارد به على مجرد صفات وحالات لا على أفعال محددة .

وأكدت المحكمة مخالفة القانون لمبدأ المساواة أمام القانون، وذلك بأن مايز بين بعض من تقلد وظائف بعينها والبعض الآخر، دون أن يرتكن ذلك إلى معيار موضوعي معتبر.

واستطردت المحكمة بأن قضاءها جرى على أن الدستور هو القانون الأساسي الأعلى، وأضافت أنه بذلك يكون قد عين الدستور لكل من السلطات القيود الضابطة لولايتها، بما يحول دون تدخل إحداها في أعمال السلطة الأخرى أو مزاحمتها في اختصاصاتها، كما أنه اختص السلطة القضائية في الفصل في المنازعات والخصومات.

وأوضحت المحكمة أنه لازم ذلك أن اختصاص السلطة التشريعية بسن القوانين لا يخولها التدخل في أعمال أسندها الإعلان الدستوري إلى السلطة القضائية، وانتحلاً من المشروع لاختصاص السلطة القضائية.

وقالت المحكمة الدستورية العليا إن المادة ١٩ من الإعلان الدستوري تنص على أنه لا جريمة إلا بقانون، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي، وأوضحت أن النص المحال رتب الحرمان من ممارسة الحقوق السياسية لمدة ١٠ سنوات تالية لتاريخ ١١ فبراير ٢٠١١، لكل من عمل بأي من المناصب التي أوردتها حصراً، وبالتالي فإنه رتب جزاء يوقع عليهم تلقائياً ودون حكم قضائي.

كما أكدت المحكمة على أن ممارسة المواطنين لحقوقهم السياسية تعد أهم مظاهر وتطبيقات ممارسة السيادة الشعبية ، وقالت المحكمة إنه إذا كان ما قضى به النص المحال، إنما يمثل في واقع الأمر حرمانهم من مباشرة هذه الحقوق طيلة المدة التي حددها دون مقتضى أو مبرر يتفق وأحكام الإعلان الدستوري، يجاوز حدود دائرة تنظيم الحقوق التي يملكها المشرع، الأمر الذي يصبح معه ذلك النص مخالفاً لثماني مواد من الإعلان الدستوري.

١ . حيث كان قد تم إضافة بند إلى المادة الثالثة من قانون مباشرة الحقوق السياسية بمقتضى القانون رقم ١٧ لسنة ٢٠١٢ مضمونه الإيقاف عن مباشرة الحقوق السياسية لكل من عمل خلال العشر سنوات السابقة على ١١ فبراير سنة ٢٠١٢ رئيساً للجمهورية أو نائباً لرئيس الجمهورية أو رئيساً للوزراء أو رئيساً للحزب الوطني الديمقراطي المنحل أو أميناً عاماً له أو كان عضواً بمكتبته السياسي أو أمانته العامة وذلك لمدة عشر سنوات ابتداء من التاريخ المشار إليه .

وأكدت المحكمة أن النص المحال إليها تضمن حرماناً لفئة من المواطنين من مباشرة حقوقهم السياسية استناداً إلى سبق تقلدهم المناصب الواردة فيه قبل تاريخ ١١ فبراير من العام الماضي بعشر سنوات إبان حكم النظام السابق ، وقد حصر تلك المناصب في كل بعض الأشخاص دون غيرهم ممن شغلوا المناصب ذاتها خلال مدة سابقة للسنوات العشر ، وكذلك من تولى مناصب تماثل من حيث طبيعتها ومسئولياتها المناصب الواردة بالنص وخلال المدة المحددة فيه ، ومن ذلك منصب نائب رئيس مجلس الوزراء والوزراء والأمراء العاميين المساعدين بالحزب الوطني.

وأشارت المحكمة إلى أن ذلك النص القانوني يكون قد تضمن تمييزاً لا يستند إلى أسس موضوعية تبرره، فضلاً عن تبنيه تقسيماً تشريعياً بين المواطنين لا يرتكن إلى أسس منطقية، وبالتالي يمثل مخالفة لمبدأي المساواة وتكافؤ الفرص المنصوص عليهما في الإعلان الدستوري.

وذكرت المحكمة أن النص المحال قد رتب الجزاء لمجرد تقلد أي من المناصب الواردة حصراً فيه ، دون أن يتطلب ذلك أن يثبت في حق من تولى من هذه المناصب إتيان فعل أو انتهاج سلوك يستأهل هذا الجزاء . غير أنه ورغم صدور هذا الحكم من المحكمة الدستورية العليا والذي أظهر ما بهذا التشريع من عوار إلا أنه وولأسف ، تم نقل هذا العوار التشريعي إلى صلب الدستور ذاته ، وذلك عندما صدر دستور ٢٠١٢ ، حيث نصت المادة (٢٣٢) منه على أنه ( تمنع قيادات الحزب الوطني المنحل من ممارسة العمل السياسي والترشح للانتخابات الرئاسية والتشريعية لمدة عشر سنوات من تاريخ العمل بالدستور. ويقصد بالقيادات كل من كان في الخامس والعشرين من يناير ٢٠١١ ، عضواً بالأمانة العامة للحزب الوطني المنحل أو بلجنة السياسات أو بمكتبه السياسي ، أو كان عضواً بمجلس الشعب أو الشورى في الفصلين التشريعيين السابقين على قيام الثورة. )

وتطبيقاً لذلك فقد صدر القانون رقم ٢ لسنة ٢٠١٢ (١) بإضافة بند رقم ٧ للمادة الخامسة من القانون رقم ٢٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب نصه كالاتي :

( ٧- ألا يكون من قيادات الحزب الوطني المنحل ، ويقصد بالقيادات كل من كان عضواً بأمانته العامة أو بمكتبه السياسي أو بلجنة السياسات في الخامس والعشرين من يناير ٢٠١١ ، أو كان عضواً بمجلس الشعب أو الشورى في الفصلين التشريعيين السابقين على قيام الثورة . ولا يسرى هذا الشرط إلا لمدة عشر سنوات من تاريخ العمل بالدستور . )

غير أنه سرعان ما سقط دستور ٢٠١٢ : حيث قامت ثورة يونيه ٢٠١٣ و تم تعطيل العمل بدستور ٢٠١٢ ، وتم إصدار دستور جديد هو دستور يناير ٢٠١٤ الذي جاء خلواً من هذا النص ، وهو ما يحتم إلغاء هذا البند من القانون الخاص بمجلس الشعب أو مجلس النواب ، مع العلم أيضاً أن نص المادة ٢٤٦ من الدستور الجديد قد نصت على إلغاء أية نصوص دستورية أو أحكام وردت في الدستور الصادر في ٢٠١٢ ، ولم تتناولها هذه الوثيقة الدستورية ، وتعتبر ملغاة من تاريخ العمل بها ويبقى نافذاً ما ترتب عليها من آثار .





# المصنفات المحمية في التشريعات الخليجية

الأستاذ الدكتور / أمجد محمد منصور

عميد كلية الحقوق جامعة المملكة سابقاً

أستاذ القانون المدني المشارك

## مقدمة

لقد بات واضحاً حرص المشرع في القانون المقارن على حماية حقوق المؤلف على مصنفاته المبتكرة، تشجيعاً منه على الإبداع الذهني، وكذلك سعياً للارتقاء الفكري والثقافي للكائن البشري. وكان طبيعياً أن يربط المشرع هذه الحماية بشرطين، أحدهما شكلي وهو أن يكون العمل قد تم إخراجه إلي الواقع المادي الملموس، والآخر موضوعي وهو توفر عنصر الابتكار، أي أن يكون المؤلف قد أضفى على العمل من شخصيته ما يبرر هذه الحماية.

غير أن التشريعات المقارنة قد تباينت في أمور شتى في هذا الصدد، ومن ذلك على سبيل المثال ما يتعلق بالتعريف بالمصنف محل الحماية، ومنها كذلك ما يتعلق بالشروط التي ينبغي توفرها في هذا المصنف، إذ انقسمت التشريعات الخليجية إلى ثلاثة اتجاهات في نظرتها لشروط الابتكار، مع احتفاظها جميعاً بتطلب هذا الشرط من حيث المبدأ لوجود الحماية.

ومن ذلك أيضاً وسائل التعبير عن المصنف، من كتابة وصوت ورسوم ونحت وغير ذلك. ثم كان لابد من الحديث عن الأمور التي نص عليها المشرع الخليجي والتي أخرجها من نطاق الحماية القانونية كالوثائق الرسمية وأخبار الحوادث والوقائع الجارية وغير ذلك.

كما أن هناك نظرة اختلف فيها المشرع الخليجي حول أنواع بعينها من المصنفات المحمية كالمصنفات الأدبية والعلمية والمصنفات الفنية وبرامج الحاسب الآلي والمصنفات المشتقة، وقد استلزم الأمر طرحها جميعاً على مائدة البحث في إطار مقارن ليستفيد منها الباحث والقارئ بشكل عام.

وكان حرياً بهذا البحث أن يتناول أنواع المصنفات المحمية بالنظر إلى إنفراد أصحابها بعملية الإبداع ولذا فقد تعرضنا للمصنف المنفرد والمصنف المشترك والمصنف الجماعي إذ لكل حالة من هذه الحالات ظروفها وموقف المشرع الخليجي منها والذي يختلف أو يتفق مع غيره بشأنها.

من كل ما تقدم فقد بدت لنا أهمية طرح هذا الموضوع على مائدة البحث القانوني وقد عرضنا له في دراسة مقارنة بدأناها بموقف المشرع البحريني في القانون رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ ومن خلاله نظرة التشريعات الخليجية الأخرى مبينين وجهة نظر المشرع في كل منها والرأي الذي نعتقد بصحته في هذا الشأن. أملاً أن

ينال هذا العمل بعض القبول لدى القارئ الكريم وأن يعد إضافة متواضعة في هذا الفرع من فروع المعرفة .

### تمهيد وتقسيم:

لا جرم أن تحديد المصنفات المحمية والشروط الواجب توافرها فيه لحمايته بموجب قانون حق المؤلف أمر في غاية الأهمية، باعتبار أنه حجر الزاوية عند تقرير هذه الحماية، بمعنى آخر أن حماية الحق دائماً ما تستلزم ثلاثة أمور:

**الأول:** تحديد المقصود بالحق محل الحماية ( المصنف المحمي ) .

**الثاني:** تحديد شروط حماية هذه المصنفات أو معيار التمييز بين المصنف المحمي وغير المحمي.

**الثالث:** تحديد أنواع المصنفات المحمية.

وعلى هدي ذلك سنتناول في هذا البحث فكرة المصنفات المحمية، من حيث المقصود بالمصنف، والشروط الواجب توافرها في المصنف لإقرار الحماية القانونية له، فضلاً عن التعرف على أهم المصنفات التي قررت التشريعات الخليجية حمايتها، والتي يمكن تقسيمها إلى قسمين، الأول: مفهوم المصنف وشروط حمايته ، والثاني : المصنفات بحسب الفن الذي تناوله أما الثالث: فيتمثل في المصنفات بحسب مدى انفراد المؤلف بإبداعها. الأمر الذي نرى معه تخصيص المباحث التالية:

**المبحث الأول:** مفهوم المصنف وشروط حمايته.

**المبحث الثاني:** أنواع المصنفات المحمية بالنظر إلى الفن الذي تناوله.

**المبحث الثالث:** أنواع المصنفات المحمية بالنظر إلى انفراد أصحابها بإبداعها.

## المبحث الأول مفهوم المصنف وشروط حمايته

### تمهيد وتقسيم:

لقد حرص المشرع في القانون المقارن على حماية حقوق المؤلف على مصنفاته المبتكرة، وذلك تشجيعاً للإبداع الذهني، وسعيًا وراء الارتقاء الفكري والثقافي للبشرية، لذلك نجد أنه قد تناول بالتفصيل المصنف المحمي، مبيناً مفهومه، ومحددًا للمعيار الفارق بين ما هو محمي وما هو غير محمي. ذلك المعيار الذي يتمثل في ضرورة أن يستوفي المصنف المحمي شرطين، أحدهما شكلي: وهو أن يكون العمل قد أخرج من مجال الفكر إلى الواقع الملموس، والآخر موضوعي، ويتمثل في كون المصنف مبتكرًا بشكل يوحى بأن المؤلف قد خلع عليه من شخصيته ما يبرر مثل تلك الحماية. وبناءً على ذلك يمكن تقسيم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول: مفهوم المصنف في التشريعات الخليجية. ونعرض في الثاني: الشروط اللازمة لحماية المصنف. ثم نختم دراستنا لهذا المبحث ببيان ما يخرج من نطاق الحماية القانونية، وذلك في المطلب الثالث.

## المطلب الأول مفهوم المصنف في التشريعات الخليجية

يقصد بالتصنيف لغة، تمييز الأشياء بعضها عن بعض، وصنف الشيء أي ميز بعضه عن بعض (١) في حين يقصد بالمصنف كل نتاج ذهني مبتكر سواء كان مكتوباً أو مرسومًا أو محفوراً أو مخطوطاً، أو مذاعاً بواسطة الإذاعة أو التلفزيون، أو معبراً عنه بالحركة وسواء كان هذا الإنتاج في مجال الفن أو الأدب أو العلوم.

هذا ولقد تناول المشرع في القانون المقارن المصنف، محدداً المقصود منه، ومعرِّفاً آياه، فتعددت التعريفات بتعدد التشريعات، إلا أن هذه التعريفات وإن اختلفت في اللفظ فقد اتفقت في المعنى، وهو ما يظهر لنا جلياً من استعراض نصوص هذه التشريعات، فنجد أن المشرع البحريني قد عرفه بأنه « كل إنتاج مبتكر في مجال الآداب أو الفنون أو العلوم » المادة الأولى من القانون البحريني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ (٢).

قريب من ذلك تعريف المشرع الإماراتي للمصنف، حيث عرفه بمقتضى نص المادة ١ من القانون رقم ٧ لسنة ٢٠٠٢، بأنه « كل تأليف مبتكر في مجال الآداب، أو الفنون، أو العلوم، أياً كان نوعه أو طريقة التعبير عنه، أو أهميته أو الغرض منه ».

أما المشرع القطري فقد عرفه بأنه « كل عمل أدبي فني أو علمي مبتكر » المادة الأولى من القانون رقم ٧

١. د. رقية عواشريه - الحماية القانونية لحق المترجم والمصنفات المترجمة في الوطن العربي والتحديات الراهنة - مجلة علوم انسانية WWW.ULUM.NL السنة السابعة: العدد ٤٢: خريف ٢٠٠٩
٢. قريب من ذلك نص المادة ١٢٨ من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ والتي جاء فيها أنه « كل عمل مبتكر أدبي أو فني أو علمي أياً كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه ».

لسنة ٢٠٠٢، وهو ذات التعريف الذي تبناه المشرع العماني في المادة الأولى من قانون حماية المؤلف الصادر عام ٢٠٠٠.

في حين عرفه المشرع السعودي بأنه « أي عمل أدبي أو علمي أو فني لم يسبق نشره». هذا وقد خلا التشريع الكويتي من ثمة تعريف للمصنف، مكتفياً في هذا الخصوص بالنص على أن الحماية التي كفلها القانون تقتصر على مؤلفي المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أيًا كانت قيمة هذه المصنفات أو أنواعها أو الغرض من تأليفها أو طريقة التعبير عنها.

ومن هذه التعريفات يبين لنا أن المصنف هو كل إنتاج ذهني معبر عنه أيًا كانت طريقة هذا التعبير، فيستوي أن يكون التعبير بالكتابة العادية أو الالكترونية أو بالرسم أو بالصوت أو بالتصوير أو بالحركة أو غير ذلك (١)، أو هو ابتكار أو إنتاج الذهن البشري (٢)، أو هو كل عمل مبتكر أيًا كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من ابتكاره (٣)، الأمر الذي يعنى أنه يشترط في العمل لاكتساب صفة المصنف الابتكار أو الجدة، فضلاً عن التعبير عنه.

وعليه فإن الإنتاج الذهني المشمول بالرعاية هو الإنتاج المعبر عنه فقط، أي الذي خرج إلى حيز الوجود المادي، والمنفصل عن ذهن صاحبه، وبشرط أن يكون في استطاعة الغير أن يعلم به (٤)، أما الانتاج الذي لا يخرج عن كونه أفكاراً تدور في ذهن صاحبها، فلا يعد مصنفًا، أيًا كانت قيمته، وبالتالي لا يصلح محلاً للحماية القانونية (٥). هذا ولا يقتصر نطاق حماية المصنف على مضمونه ومحتواه بل ينصرف أيضاً إلى عنوانه إذا كان متميزاً في ذاته بطابع ابتكاري (٦).

## المطلب الثاني شروط حماية المصنف

لقد حرص المشرع في القانون المقارن عند إسباغ الحماية القانونية على المصنفات الأدبية والفنية والعلمية أن يحدد هذه المصنفات، معدداً أياها - على سبيل المثال لا الحصر - مع أخذه في الاعتبار تحديد

١. هذا وقد تضمنت المادة الثانية من القانون البحريني بشأن حماية حقوق المؤلف بعض الأمثلة لفكرة المصنف وهذه الأمثلة هي :  
١- المصنفات المكتوبة : الكتب والكتيبات والبحوث وجميع المواد المكتوبة .

المصنفات السمعية : الخطب والندوات والمحاضرات الأدبية والعلمية والفنية، كلمات الأغاني والمقطوعات الموسيقية والحفر وموسيقى الكلمات الملحنة . أعمال الرسوم والنحت والزخرفة والحفر والتصوير الفوتوغرافي ، الصور والخرائط، والمخططات الجغرافية والتصاميم الهندسية والمعمارية ، الأعمال التشكيلية والمتصلة بالطوبوغرافيا وفن العمارة والعلوم . تصاميم الرقصات والتمثيل الإيمائي ، الأعمال السينمائية و الإذاعية والتليفزيونية ، برامج الحاسب الآلي المبتكرة شخصياً . بما في ذلك قاعدة البيانات ، ويقصد بالبرامج المذكورة مجموع العبارات والتعليمات المعبر عنها بأية لغة أو رمز أو إشارة والمعدة للاستعمال في الحاسب الآلي بطريق مباشر أو غير مباشر بهدف التوصل إلى نتائج محددة . أعمال الجمع والتصنيف لمواد التراث الشعبي .

٢ د. شحاته غريب شلقامى - الملكية الفكرية في القوانين العربية - دار الجامعة الجديدة - طبعة ٢٠٠٩ - ص ٣٠.

٣ د. محمد محي الدين عوض - حقوق الملكية الفكرية وحمايتها قانوناً - بحث مقدم إلى أكاديمية نايف للعلوم الأمنية - مركز الدراسات والبحوث - الطبعة الأولى - ٢٠٠٤ - ص ٣٧ .

٤ ومن المسلم به أن المصنف لا يعلم به إلا إذا كان قد تم نشره بأى طريقة من طرق النشر .

٥ د. محمد شكري سرور - النظرية العامة للحق - طبعة ١٩٩٠ - دار النهضة العربية - ص ٧٥

٦ د. حسن جميعي - المدخل إلى العلوم القانونية - نظرية القانون - ١٩٩٨ - ص ٣٤٠.

الشروط اللازمة لحماية هذه المصنفات، والتي يمكن من خلالها التمييز بين المصنفات المحمية وغير المحمية، وتظهر هذه الشروط من التعريف الذي تبنته معظم التشريعات الخليجية للمصنف المحمي، حيث عرفت المصنف بأنه كل إنتاج مبتكر في مجال الآداب أو الفنون أو العلوم.

ويظهر لنا من هذا التعريف أن المصنف لا يكون جديراً بالحماية إلا إذا توافر فيه شرط الابتكار، إلا أن حماية المصنف تستلزم توافر شرط آخر مستفاد ضمناً من النصوص القانونية التي تضمنتها التشريعات الخليجية بشأن حماية حق المؤلف، وهذا الشرط هو التعبير عن المصنف.

وعليه يمكن القول أنه يشترط لحماية المصنف شرطان، الابتكار والتعبير عن المصنف، وستعرض لهذين الشرطين فيما يلي بالتفصيل مخصصين لكل منها فرعاً مستقلاً وذلك على النحو التالي:-

### الفرع الأول: شرط الابتكار (الضابط الشخصي).

### الفرع الثاني: شرط التعبير عن المصنف (الضابط الموضوعي).

## الفرع الأول

### الابتكار

يكاد يجمع الفقه على ضرورة توافر شرط الابتكار كعنصر مميز للمصنف المحمي قانوناً عن غيره من المصنفات غير المحمية. حتى أن البعض يرى أنه الشرط الوحيد اللازم توافره في المصنف حتى يكون متمتعاً بالحماية القانونية<sup>(١)</sup>، ويعني ذلك أنه يشترط لاسباغ الحماية القانونية على المصنف أن يكون مبتكراً، والابتكار هو البصمة الشخصية للمؤلف، بحيث تستكشف شخصية المؤلف من مقومات الفكرة التي عرضها أو من الطريقة التي سلكها لعرض هذه الفكرة<sup>(٢)</sup>.

و الابتكار قد يكون مطلقاً بحيث يكون جديداً لم يسبق المؤلف إليه أحد غيره، وقد يكون نسبياً أي مجرد التجديد في طريقة العرض والتأصيل أو الأسلوب. ففي كل هذه الحالات يصبح المصنف مطبوعاً بشخصية المؤلف وطابعه المميز.

وستتناول فيما يلي شرط الابتكار بشيء من التفصيل سواء من حيث ماهيته أو صورته مخصصين

لذلك الفصنين التاليين:

### الفصل الأول: ماهية الابتكار.

### الفصل الثاني: صور الابتكار.

## الفصل الأول

### مفهوم الابتكار

يقصد بالابتكار - كما عرفه المشرع الإماراتي - الطابع الإبداعي الذي يسبغ على المصنف الأصالة والتميز<sup>(٣)</sup> أو هو - كما عرفه المشرع السعودي - « الإنشاء الذي توفرت فيه عناصر الجودة أو تميز بطابع خاص غير معروف من قبل»، وإذا كان التشريعان المشار إليهما قد حرصا على تحديد المقصود

١. د. حسام لطفي، المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، ١٩٩٩، ص ٢٥

٢. د. كمال سعدي- مرجع سابق - ص ١٢٢

٣. المادة الأولى من القانون الإماراتي بشأن حقوق المؤلف والحقوق المجاورة. قريب من ذلك نص ١٨٢ فقرة ٢ من القانون المصري بخصوص حق المؤلف، والتي جاء فيها أنه « الابتكار: الطابع الإبداعي الذي يسبغ الأصالة على المصنف ».

بالابتكار، فعلى الجانب الآخر نجد أن باقي التشريعات المقارنة قد جاءت خلواً من ثمة تعريف له. ويستفاد مما سبق أن التشريعات الخليجية عند تحديدها لمفهوم الابتكار قد انقسمت إلى ثلاثة مذاهب، المذهب الأول: ويتبناه المشرع السعودي ويأخذ بالجددة أو الحداثة كمعيار مميز للمصنفات الجديرة بالحماية، وهو ذات المعيار المأخوذ به في مجال براءة الاختراع. وهو أمر منتقد لأن الابتكار معيار شخصي وليس موضوعياً، ويقصد بالمعيار الشخصي ذلك الطابع الذي يسمح بتمييز المصنف عن سواه من المصنفات المنتمية إلى نفس النوع<sup>(١)</sup>، بحيث لا يشترط أن يكون المصنف جديداً على نحو لم يصل إليه أحد من قبل.

أما المذهب الثاني فيتبناه المشرع الإماراتي والذي يرى في الابتكار ذلك الطابع الإبداعي الذي يسبغ على المصنف الأصالة والتميز، بحيث يبرز شخصية المؤلف سواء في مقومات الفكرة التي عرضها أو في الطريقة أو الأسلوب الذي اتبعه لعرض هذه الفكرة. وبمعنى آخر البصمة الشخصية للمؤلف التي يضيفها على المصنف والتي تميز مصنفه عن غيره. ومما لا شك فيه أن قانون حماية حقوق المؤلف يحمي الابتكار بهذا المعنى لا يحمي الجدة أو الحداثة لأن الأخيرة محمية بقانون براءة الاختراع.

في حين جاء المذهب الثالث والذي تبناه باقي المشرعين الخليجيين بموقف مختلف عن الموقفين السابقين، حيث لم يحدد هؤلاء المشرعون مفهوم الابتكار تاركين المجال إلى الفقه ليقول قولته في هذا الخصوص، وهو بلا شك مسلماً محموداً من المشرع، فوضع التعريفات من المسائل التي يفضل تركها للفقه والقضاء دون التشريع.

أما على الصعيد الفقهي فيمكن القول أن الفقه في غالبته يرى أن الابتكار هو البصمة الشخصية للمؤلف أو الإبداع العقلي الذي يسبغ الأصالة والتميز على المصنف<sup>(٢)</sup>، حيث ذهب هذا الرأي إلى أن الابتكار يستلزم أن يكون للمؤلف دور يبرز شخصيته سواء كان ذلك من حيث موضوع المصنف أم من حيث التعبير عن الفكرة والطريقة التي يعالج بها هذه الفكرة، ويظهر ذلك بوضوح من التعريفات التي أوردها فقهاء القانون للابتكار، تلك التعريفات التي وإن اختلفت في الالفاظ فقد اتفقت في المعنى ومن ذلك، تعريفه بأنه « الطابع الشخصي الذي يعطيه المؤلف لمصنفه مما يسمح بتمييز المصنف عن غيره من المصنفات الأخرى<sup>(٣)</sup>. ومنها تعريفه بأنه « الطابع الشخصي الذي يعطيه المؤلف لمصنفه هذا الطابع الذي يسمح بتمييز المصنف عن سواه من المصنفات المنتمية لنفس النوع<sup>(٤)</sup>» وغير ذلك من التعريفات التي لا يتسع المقام لذكرها<sup>(٥)</sup>.

١. د. حسام لطفي - مرجع السابق - ص ٢٦.
٢. وقد تبنى القضاء المصري هذا الاتجاه فتوسع في معنى الابتكار حيث اعتبر كافياً لتحقيق الابتكار أن يكون عمل واضع حديثاً في نوعه ويتميز بطابع شخصي خاص، حتى أنه يعتبر من قبيل الابتكار الترتيب والتنسيق أو بأي مظهر آخر إذا كان من شأنه اسباغ المؤلف طابعه الشخصي على المصنف، فقد اعتبر أن فهرس إحدى كتب الأحاديث النبوية من قبيل العمل المبتكر (نقض مدني في ٧ يوليو ١٩٦٤ مجموعة النقض المدني سنة ١٩٦٤، ص ٩٢) مشار إليه د. حسام الأهواني - حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنت - بحث منشور بموقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي - [www.arablawninfo.com](http://www.arablawninfo.com) - ص ٥. نقض مدني، جلسة ١٨/٢/١٩٦٥، مكتب فني س ٩٦ رقم ٢٨، ص ١٧٨.
٣. د. شعاعه شلقامي - مرجع سابق - ص ٤٣.
٤. د. حسام لطفي - مرجع سابق - ص ٢٦.
٥. ويندرج ضمن هذه المعاني والمفاهيم التي وضعها الفقه تعريفاً للابتكار ما قال به البعض بأنه يقصد بالابتكار « بروز شخصية المؤلف في المصنف » د. صبري حمد خاطر، الملكية الفكرية، مطبوعات جامعة البحرين، ٢٠٠٧ - ص ٥٧ أو هو « الطابع الشخصي الذي يعطيه المؤلف لمصنف » د. وداد العيدوني - مرجع سابق - ص ١٢، ومن هذه التعريفات، تعريفه بأنه « وبعبارة أخرى يقصد بالابتكار بصمة المؤلف التي تتبع من شخصيته، والتي تصل في بعض الأحيان لمعرفة المؤلف بمجرد الاطلاع على مصنفه » مستشار على الصادق - الحماية الجنائية لحقوق الملكية الفكرية - مقال منشور بمجلة معهد القضاء - ص ١٠٤ كما عرفه آخرون بأنه « الاتيان بشيء مفيد من حقول المعرفة يرضي اناساً من ذوي الدراية بحقل الابتكار » د. كمال سعدي - مرجع سابق - ص ١٢٥.

وعلى الخلاف من ذلك هناك من الفقه من يقصر الابتكار على الجدة، فيري أن الابتكار بشكل عام يقصد به « وضع شيء جديد لم يكن موضوعاً من قبل» (١) أو هو « إيجاد شيء جديد لم يكن موجوداً من قبل أو اكتشاف شيء كان موجوداً ولكنه كان مجهولاً وغير ملحوظ الوجود» (٢). والابتكار بهذا المعنى يصلح كعنصر لحماية براءات الاختراع، إلا أنه لا يصلح كمييار مميز للمصنفات المحمية بموجب قانون حماية حق المؤلف، ذلك القانون الذي يضي الحماية على المصنفات التي يسبغ عليها المؤلف شخصيته وفكره.

## الفصل الثاني صور الابتكار

الابتكار - كما سبق القول - شرط ضروري لحماية المصنف، فالمصنف الذي لا يتصف بهذه الصفة لا يحظى بالحماية القانونية (٣)، ولكن الابتكار لا يعني ابتداء شيء جديد لم يصل إليه أحد من قبل، وهو ما يطلق عليه « الجدة » وإنما يكفي أن يقدم المصنف شيئاً جديداً يعبر من خلاله المؤلف عن فكره وشخصيته، وما بذله من جهد فيه (٤)، ويفهم من ذلك أن للابتكار صورتين، الأولى: الابتكار المطلق، والثانية: الابتكار النسبي، ونستعرض فيما يلي هاتين الصورتين بإيجاز فيما يلي:-

أولاً: الابتكار المطلق: الابتكار المطلق هو ما يطلق عليه الجدة (٥)، والجدة تعني أن يضع المؤلف مصنفاً جديداً لا صلة له بمصنف آخر سابق، سواء من حيث الشكل أم التعبير أم الأسلوب (٦)، فالجدة ابتكار، ولكنها ابتكار مطلق، فلا ريب أن كل جديد مبتكر، وليس كل مبتكر جديد (٧).

ثانياً: الابتكار النسبي: وهذه الصورة من الابتكار يكفي لتحقيقها إبراز المؤلف شخصيته على المصنف، حتى لو كان هذا المصنف قد تأثر بمصنف آخر سبقه، أو كان مشتقاً منه، و بالتالي يستفيد من الحماية صاحب المصنف الجديد وصاحب المصنف المبتكر، فمن يبتكر تمثلاً دون أن يسبقه إلى ذلك أحد يعد مؤلفاً، ومن يحاكي هذا التمثال بأسلوبه الخاص يعد مؤلفاً (٨)، والفنان الذي يقوم برسم لوحة لم يقم أحد قبله بالتعبير عنها، يعد مقداً لمصنف جديد، فإذا قام أحد الفنانين بعد ذلك برسم نفس اللوحة ولكنها عبر عنها بطريقة ظهر فيها طابعه الشخصي، فلا تعتبر اللوحة الثانية جديدة، ولكنها تعتبر

١. رأى السيد سمير جميل حسين الفتلاوي مشار إليه د. كمال سعدي - مرجع سابق - ص ١٢٤.
٢. د. حلو أبو حلو، ود. سائد المحتسب - بحث بعنوان « مقدمة في الملكية الفكرية والحماية القانونية لبراءات الاختراع » منشور بموقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي - [www.arablawninfo.com](http://www.arablawninfo.com) - ص ٣.
٣. وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية حيث قررت أنه لا تكون للمؤلف على مصنفه حق الحماية إلا إذا تميز المصنف بالابتكار الذهني، أو بالترتيب في التنسيق، أو بأي مجهود آخر يتسم بالطابع الشخصي ويضفي عليه وصف الابتكار. نقض مدني جلسة ١٩٦٦/٧/٧ مشار إليه د. وداد العيدوني - مرجع سابق - ص ١٢
٤. د. شعاته شلقامي - مرجع سابق - ص ٤٢.
٥. والجدة هي المعيار الأساسي المميز للملكية الصناعية، حيث لا تمنح براءة الاختراع للمصنف الصناعي إلا إذا كان جديداً. د. كاظم عجيل - مرجع سابق - ص ٣٥٠
٦. د. صبري خاطر - مرجع سابق - ص ٥٧.
٧. ومن أمثلة ذلك يعد مؤلف « التانجو » الأول - وهي رقصة أرجنتينية شهيرة - مؤلفاً لمصنف جديد ومبتكر، أما من وضع التانجو الثاني فقد ابتكر مصنف ولكن هذا المصنف لا يعتبر جديداً. د. حسام لطفي - مرجع سابق - ص ٢٧
٨. د. صبري خاطر - مرجع سابق - ص ٥٨.



مبتكرة Original، وكذلك المسرحية المأخوذة عن رواية معينة يتمتع مؤلفها بالحماية طالما أنها تعكس شخصيته (١).

وعليه يمكن القول أن المصنف يتمتع بالحماية القانونية، حتى ولو كان المؤلف قد استوحاه من مصنف سابق، طالما عبر فيه عن شخصيته وأفكاره.

## الفرع الثاني التعبير عن المصنف

تناولنا فيما سبق الشرط الأول من الشروط الواجب توافرها في المصنف لبسط الحماية القانونية عليه، وقد تمثل هذا الشرط في الابتكار، وسنتناول في هذا المطلب الشرط الثاني لاسباغ الحماية القانونية على الانتاج العقلي للمؤلف، ويتمثل هذا الشرط في التعبير عن المصنف.

ويمكن القول أنه يقصد بالتعبير عن المصنف خروج الفكرة الكامنة في النفس الى حيز الوجود بشكلها المحسوس (٢)، لأن تلك الأفكار غير المعبرة عنها لاتعتبر مصنفاً (٣)، فالإنتاج الذهني المشمول بالرعاية - كما بينا سابقاً - هو الإنتاج المعبر عنه فقط، أي الذي خرج إلى حيز الوجود المادي، والمنفصل عن ذهن صاحبه، والذي يستطيع الغير أن يعلم به، أما الإنتاج الذهني الذي لا يخرج عن كونه أفكاراً تدور في ذهن صاحبها، فلا يعد مصنفاً، أي كانت قيمته، وبالتالي لا يصلح محلاً للحماية القانونية (٤).

وعليه لا يكون المصنف جديراً بالحماية القانونية إلا إذا تم التعبير عنه بإحدى الوسائل المحسوسة كالكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة، أما الفكرة التي لم يتم التعبير عنها، فتبقى مجرد فكرة لا يقوم القانون بحمايتها. ويجوز لكل شخص أن يتناولها ويعبر عنها، مؤيداً أو مفنداً، على أن ينسبها لصاحبها (٥)، وهو ما نصت عليه صراحة المادة الرابعة فقرة (أ) من قانون حماية حق المؤلف البحريني والتي جاء فيها أنه «لا تشمل الحماية ما يلي: أ- مجرد الأفكار...». يقابلها المادة الثالثة من قانون حقوق المؤلف الإماراتي والتي نصت على أنه «لا تشمل الحماية الأفكار..... لكنها تنطبق على التعبير المبتكر عن أي منها». ويقابلها أيضاً نص الفقرة ٣ من المادة الرابعة من القانون القطري والتي جاء فيها أنه «لا تتمتع بالحماية المقررة بموجب هذا القانون ..... ٣ - الأفكار والإجراءات وأساليب العمل والمفاهيم الرياضية، والمبادئ والحقائق المجردة، ومع ذلك يعتبر المبتكر عن أي منها مشمولاً بالحماية».

١. د. عبد الرشيد مأمون - حماية حق المؤلف في إطار المصنفات المشتركة - بحث منشور بموقع الدليل الالكتروني للقانون العربي - [www.arablawninfo.com](http://www.arablawninfo.com) - ص ٤.
٢. وتعني الصورة المحسوسة للمصنف أن يستطيع الشخص أن يحس بالمصنف عن طريق أحد الحواس المعروفة، النظر أو السمع أو اللمس. د. سعيد عبد السلام - الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في ظل قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠٤ - ص ١٥٦
٣. د. كمال سعدي- مرجع سابق - ص ١٥٢. وهناك من يعرف التعبير عن المصنف بأنه انتقال الفكرة من ذهن المؤلف إلى العالم الخارجي. د. كاظم عجيل - مرجع سابق - ص ٢٥٤
٤. إحالة: أنظر ذات المصنف.
٥. رأى د. عبدالرزاق السنهوري مشار إليه د. كمال سعدي- مرجع سابق - ص ١٥٣.

وقد ساوى المشرع الخليجي بين وسائل التعبير عن المصنف فنص صراحة على حماية المصنفات أياً كان شكل التعبير عنها ، ففي التشريع البحريني نجد المادة الثانية من قانون حماية المؤلف تنص على أن « تتمتع بالحماية المقررة بموجب أحكام هذا القانون المصنفات الأدبية والفنية والعلمية بمجرد ابتكارها ، دون حاجة إلى أي إجراء شكلي ، أياً كانت قيمة هذه المصنفات أو نوعها أو غرضها أو طريقة أو شكل التعبير عنها .....».

وهو ذات ما قرره المشرع الكويتي - مع اختلاف الصياغة - في المادة الأولى من قانون حقوق الملكية الفكرية ، والتي جاء فيها أنه « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أياً كانت قيمة هذه المصنفات أو أنواعها أو الغرض من تأليفها أو طريقة التعبير عنها » ، قريب من ذلك نص المادة الثانية من قانون حق المؤلف العماني والتي نصت على أن « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة الأدبية والعلمية والفنية والثقافية بصفة عامة مهما كانت قيمة تلك المصنفات أو نوعها أو طريقة التعبير المستعملة فيها أو الغرض من تأليفها» ، والمادة الثانية من قانون حماية حقوق المؤلف القطري والتي تضمنت النص على أنه « يتمتع بالحماية المقررة في هذا القانون مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون ، أياً كانت قيمة هذه المصنفات أو نوعيتها ، أو الغرض من تأليفها ، أو طريقة التعبير عنها» . كذلك ورد ذات الحكم في نظام حماية حقوق المؤلف السعودي ، في المادة الثانية منه ، والتي جاء فيها أنه « يتمتع بحماية هذا النظام مؤلفو المصنفات المبتكرة في العلوم والآداب والفنون أياً كان نوع هذه المصنفات أو طريقة التعبير عنها أو أهميتها أو الغرض من تأليفها » . ولم يكتف المشرع السعودي بالنص على ذلك بل أشار إلى وسائل التعبير عن المصنف المحمي وذلك في المادة الثالثة من ذات القانون والتي نصت على أنه «شمل الحماية بوجه عام مؤلفي المصنفات التي يكون مظهر التعبير عنها الكتابة أو الصوت أو الرسم أو التصوير أو الحركة».

ولم يرد مثل هذا النص في القانون الإماراتي ، إلا أن ذلك لا يعني استلزام المشرع شكلاً معيناً للتعبير عن المصنف المحمي ، فقد اكتفى المشرع الإماراتي للتأكيد على المساواة بين وسائل التعبير عن المصنفات بتضمينها تعريف المصنف ذاته ، حيث قرر أنه يقصد بالمصنف : كل تأليف مبتكر في مجال الآداب ، أو الفنون ، أو العلوم ، أياً كان نوعه أو طريقة التعبير عنه ، أو أهميته أو الغرض منه .

ويمكن الإشارة بإيجاز لأهم وسائل التعبير عن المصنف ( ١ ) فيما يلي :

**الوسيلة الأولى :** الكتابة : والكتابة بلا شك من أهم وسائل التعبير عن المصنفات ، ونشرها على نحو يتيح للجمهور الإطلاع عليها ، وهي تظهر في كافة أنواع المصنفات سواء أكانت علمية أم أدبية أم فنية ، وسواء تعلق بمجال التاريخ أو الفلسفة أو القانون أو السياسة أو الموسيقى وغير ذلك .

**الوسيلة الثانية:** الصوت: ويعد الصوت الوسيلة الثانية للتعبير عن الإبداع العقلي وطريقة من طرق نشر المصنف واتاحته للجمهور ومن مظاهر استخدام الصوت كوسيلة للتعبير عن المصنف ، الالتقاء الشفهي ، كالخطب والمحاضرات والمواعظ والدروس والآراء الخاصة في المناقشات والندوات وما يماثلها ، ومن ذلك أيضاً عزف الموسيقى والتمثيل .

**الوسيلة الثالثة:** الرسم والتصوير والنحت: وهي أيضاً وسائل للتعبير عن المصنفات، يستوي أن يتم ذلك عن طريق الخطوط أو الألوان أو الحفر أو النحت أو النقش أو الزخرفة أو التصوير الفوتوغرافي أو السينمائي، فنجد أن هناك الرسوم التخطيطية والخرائط والرسوم البيانية والخرائط والتصاميم والرسوم الزيتية والمائية والخشبية وما يماثلها.

**الوسيلة الرابعة:** الحركة: وتستخدم هذه الوسيلة عادة للتعبير عن الابتكارات الفنية، فيلجأ إليها المؤلف لايصال مصنفة الى الجمهور، وهو ما نجده في فنون الرقص والباليه والتمثيل والالعاب كالعاب الكاراتيه وما يماثلها.

### المطلب الثالث

#### ما يخرج من نطاق الحماية القانونية

تعرفنا فيما سبق على مفهوم المصنف وشروط حمايته، وقبل أن نختم هذا المبحث نتعرض بإيجاز للمصنفات غير المحمية، وقد حددت التشريعات الخليجية المصنفات غير المحمية على سبيل الحصر، مع ملاحظة أن هذه التشريعات اتفقت على استبعاد مصنفات معينة من نطاق الحماية، واختلفت في شأن مصنفات أخرى، فقد اتفقت على إباحة مجموعات الوثائق الرسمية، والأخبار العادية، واختلفت في إباحة الأساليب وطرق العمل والمفاهيم الرياضية وغيرها(١)، حيث نجد بعض التشريعات تنص على إباحتها، كالتشريع البحريني والإماراتي والقطري، والبعض الآخر لم يذكرها وهو ما يعني حمايتها، ومن ذلك التشريع العماني ونظام حماية حقوق المؤلف السعودي.

وهذه المصنفات مباحة إباحة عامة بمعنى أنها تدخل في الملك العام مباشرة دون حاجة لإذن أصحابها(٢). ومع ذلك تتمتع تلك المصنفات بالحماية، إذا كانت مبتكرة من حيث اختيار محتوياتها أو ترتيبها.

وعلى هدي ذلك نقسم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع، نتعرض في الأول إلى استبعاد الأفكار والإجراءات من نطاق الحماية، ونتناول في الثاني الوثائق الرسمية، ونخصص الثالث لدراسة استبعاد أخبار الحوادث والوقائع الجارية من نطاق الحماية.

### الفرع الأول

#### استبعاد الأفكار والإجراءات من نطاق الحماية

تنص المادة ٤ فقرة أ من قانون حماية حقوق المؤلف البحريني على أنه « لا تشمل الحماية ما يلي: أ-

١ هذا ولقد خلا قانون حق المؤلف الكويتي من ثمة نص يبيح أي من تلك المصنفات، وهو ما يعني شمولها بالحماية المقررة بمقتضى هذا القانون.

٢ د. مختار القاضي- مرجع سابق - ص ٨٥ . بالإضافة إلى المصنفات المباحة إباحة عامة وضع المشرع بعض القيود على حق المؤلف في إستغلال مصنفته، وهذه القيود ترد على الحق المالي للمؤلف.

مجرد الأفكار والأساليب وطرق العمل والمفاهيم الرياضية والمبادئ والاكتشافات والبيانات»<sup>(١)</sup>. وأضاف المشرع البحريني في الفقرة الأخيرة من ذات المادة أنه ومع ذلك تتمتع بالحماية مجموعات ما تقدم، إذا كانت مبتكرة من حيث اختيار أو ترتيب محتوياتها».

وهو ذات ما نصت عليه المادة ٣ من قانون حق المؤلف الإماراتي، والتي جاء فيها أنه «لا تشمل الحماية الأفكار والاجراءات وأساليب العمل والمفاهيم الرياضية والمبادئ والحقائق المجردة ولكنها تطبق على التعبير المبتكر عن أي منها». كما ورد مثل هذا الحكم في قانون حق المؤلف القطري، والذي تضمن في المادة ٤ فقرة ٣ منه النص على أنه «لا تتمتع بالحماية المقررة بموجب هذا القانون الأعمال التالية: الأفكار والإجراءات وأساليب العمل والمفاهيم الرياضية، والمبادئ والحقائق المجردة، ومع ذلك يعتبر المبتكر لأي منها مشمولاً بالحماية».

على الجانب الآخر نجد أن قانون حق المؤلف العماني، وكذلك نظام حماية حقوق المؤلف السعودي قد جاء خلواً من النص على استبعاد الأفكار والأساليب وطرق العمل وغيرها من نطاق الحماية، الأمر الذي يعني - كما أشرنا سابقاً - تطبيق القواعد العامة بشأنها، وبالتالي حماية تلك المصنفات.

ولعل العلة من استبعاد الأفكار والأساليب وطرق العمل والمفاهيم الرياضية والمبادئ والاكتشافات والبيانات من نطاق الحماية تتمثل في أن المصنف - كما سبق القول - لا يكون محمياً إلا إذا توافر فيه شرطان الابتكار والتعبير عن المصنف، أي إخراج المصنف إلى حيز الوجود المحسوس، وبالتالي إذا ظل الأمر مجرد فكرة دون أن يتم إفراغها في صورة مادية محسوسة، فإنه يخرج من نطاق الحماية القانونية<sup>(٢)</sup>، لذا حرص المشرع في القانون المقارن على النص على عدم حماية مجرد الفكرة، أما فيما يتعلق بالإجراءات وأساليب العمل والمفاهيم الرياضية والمبادئ والاكتشافات والبيانات فأنها لا تكون محمية لافتقارها الشرط الثاني من شروط الحماية المتمثل في الابتكار<sup>(٣)</sup>، وهو ما حدا بالمشرع إلى النص على حماية هذه المصنفات إذا كانت مبتكرة من حيث اختيار أو ترتيب محتوياتها.

## الفرع الثاني الوثائق الرسمية

وتتمثل هذه الوثائق في نصوص القوانين واللوائح والقرارات القضائية وأحكام المحكمين والقرارات الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي والاتفاقيات الدولية وسائر الوثائق الرسمية،

١. وقد ورد استبعاد الأفكار والإجراءات وأساليب العمل والمفاهيم الرياضية في المادة ١٤١ من القانون المصري رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ والتي جاء فيها أنه «لا تشمل الحماية مجرد الأفكار والإجراءات وأساليب العمل وطرق التشغيل والمفاهيم والمبادئ والاكتشافات والبيانات ولو كان معبراً عنها أو موصوفة أو موضحة أو مدرجة في مصنف».

٢. ولبيان أن الحماية لا تكون لمجرد الفكرة وأنه يجب التعبير عن تلك الفكرة لاماكان حمايتها، ضرب الفقه بعض الأمثلة على ذلك منها أنه إذا تخيل طالب فكرة معينة كاختطاف استاذ جامعي من قبل تلاميذه قبيل وقت الامتحان لاسباب مجهولة، وتحدث بتلك الفكرة إلى أحد المنتجين الذي قدمها بدوره إلى مؤلف تولى وضع سيناريو لها وقام بانتاج تلك القصة كفيلم سينمائي فإن هذا الطالب لا يمكن أن نقول أنه مالك للمصنف، لأن ما طرحه لم يتجاوز مجرد الأفكار التي لا تقبل التملك. د. صبري خاطر- مرجع سابق - ص ١٩٢

٣. د. شحاته شلقامي- مرجع سابق - ص ٩٤.

وكذلك الترجمات الرسمية لأي منها ، وقد أوجب المشرع أن تكون تلك الوثائق في متناول جميع أفراد المجتمع ، فلا يجوز لشخص أن يستحوذ عليها ويمنع غيره من الإطلاع عليها (١).

هذا و تقرر إباحة هذه الوثائق للجميع بموجب نص المادة ٤ فقرة ب من القانون البحريني والتي جاء فيها أنه « لا تشمل الحماية ما يلي:.....ب- التشريعات والأحكام والقرارات القضائية وأحكام المحكمين والقرارات الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائي والاتفاقيات الدولية وسائر الوثائق الرسمية، وكذلك الترجمات الرسمية لأي منها » (٢).

ويشترط القانون لإباحة نشر تلك الوثائق ألا تتميز بطابع ابتكاري أو ترتيب معين أو مجهود شخصي يستحق الحماية (٣)، وعليه فإذا قام أحد الأشخاص بتجميع نصوص القوانين أو الأحكام القضائية، ثم هذبها ورتبها على نحو يظهر معه شخصية هذا الشخص فإنه يكون في هذه الحالة محمياً بقانون حق المؤلف (٤).

### الفرع الثالث

#### استبعاد أخبار الحوادث والوقائع الجارية من نطاق الحماية

لعل استبعاد أخبار الحوادث والوقائع الجارية من نطاق الحماية القانونية يجد مبرره في افتقار تلك الأخبار إلى عنصر الابتكار، ذلك العنصر الذي يضي الحماية على المصنفات ، إذ أن وظيفة المخبر لا تخرج عن تسجيل ما رآه أو سمعه من وقائع كما هي ، دون أن يبتكر فيها أو يضي عليها أو يحولها من لون إلى لون آخر (٥).

ولقد ورد النص على استبعاد هذه الأخبار من نطاق الحماية في معظم التشريعات الخليجية، فنصت على ذلك المادة ٤ فقرة ج من قانون حق المؤلف البحريني، يقابلها المادة ٢ فقرة ٢ من القانون الإماراتي، والمادة ٤ فقرة ٢ من القانون القطري، والمادة ٤ فقرة ب من القانون العماني، والمادة ٦ فقرة ب من نظام حماية حقوق المؤلف السعودي، في حين خلا القانون الكويتي من ثمة نص يحكم هذه المسألة، الأمر الذي يخضعها للقواعد العامة.

ومن نافلة القول أن نشير في هذا الصدد إلى أن استبعاد هذه الأخبار من نطاق الحماية منوط بعدم توافر عنصر الابتكار فيها، وعليه فإذا تم عرضها بطريقة مبتكرة، كأن يتم تجميعها وعرضها في صورة فيلم إخباري، على نحو ينم عن شخصية مؤلفها وبصمته الشخصية، ففي هذه الحالة تكون جديرة بالحماية (٦).

١. د. شحاته شلقامي- مرجع سابق - ص ٩٥. د. صبري خاطر- مرجع سابق - ص ١٩٣
٢. يقابلها المادة ٣ فقرة ١ من القانون الإماراتي، والمادة ٦ فقرة أ من النظام السعودي، والمادة ٤ فقرة أ من القانون العماني، والمادة ٤ فقرة ١ من القانون القطري، ولم يرد مثل هذا الحكم في القانون الكويتي.
٣. د. مختار القاضي- مرجع سابق - ص ٨٦
٤. د. شحاته شلقامي- مرجع سابق - ص ٩٦.
٥. د. مختار القاضي- مرجع سابق - ص ٨٢
٦. د. شحاته شلقامي- مرجع سابق - ص ٩٦، ٩٧.

## تعقيب:

وفي ختام هذا المطلب، نشير إلى أن بعض التشريعات الخليجية قد استبعدت، علاوة على الأفكار والأساليب وطرق العمل والمفاهيم الرياضية وكذلك الوثائق الرسمية وأخبار الحوادث والوقائع الجارية، المصنفات التي آلت إلى الملك العام. وهو ما نصت عليه المادة ٤ فقرة ج من القانون العماني، والمادة ٣ فقرة ٣ من القانون الإماراتي.

ويقصد بالملك العام - كما عرفه المشرع الإماراتي - « جميع المصنفات المستبعدة من الحماية بداية، او التي تنقضي مدة حماية حقوقها المالية » المادة الأولى من قانون حقوق المؤلف الإماراتي(١). ومن هذا التعريف يتضح لنا أن المصنفات التي آلت للملك العام هي المصنفات المستبعدة ابتداءً من الحماية، وقد حددها المشرع الخليجي على سبيل الحصر، وتعرفنا عليها في هذا المطلب، أما المصنفات التي كانت محمية ابتداءً ثم خرجت من نطاق الحماية لانتهاء مدة حمايتها، فهي مباحة إباحة عامة دون حاجة إلى النص على ذلك صراحة، فمن البديهي أن انتهاء مدة الحماية القانونية يعني أن تلك المصنفات أصبحت غير محمية دون الحاجة إلى نص على ذلك.

## المبحث الثاني أنواع المصنفات المحمية بالنظر إلى الفن الذي تتناوله

### تمهيد وتقسيم:

باستعراض نصوص قانون حق المؤلف في القوانين محل المقارنة، نجد أنه يمكن تقسيم المصنفات التي يحميها القانون بالنظر إلى الفن الذي تتناوله إلى نوعين رئيسيين، أولهما المصنفات الأدبية والعلمية وثانيهما المصنفات الفنية، فضلاً عن برامج الحاسب الآلي، وهذه المصنفات - سواء أكانت أدبية أم علمية أم فنية - قد تكون جديدة بحيث يأخذ الابتكار فيها معنى الجدة، وقد تكون مشتقة من مصنفات سابقة، فيتحقق الابتكار فيها بمجرد إبراز المؤلف لشخصيته في المصنف، وعليه سندرس في هذا المطلب هذه الأنواع بإيجاز مخصصين لذلك الفروع التالية:

**الفرع الأول:** نستعرض فيه المصنفات الأدبية والعلمية.

**الفرع الثاني:** نتعرف فيه على المصنفات الفنية.

**الفرع الثالث:** برامج الحاسب الآلي.

**الفرع الرابع:** المصنفات المشتقة.

١. يقابلها نص المادة ١٣٨ فقرة ٨ من قانون حماية حق المؤلف المصري، والتي جاء فيها أنه « الملك الذي تؤول اليه المصنفات المستبعدة من الحماية بداية أو التي تنقضي مدة حماية الحقوق المالية عليها... ».

## الفرع الأول المصنفات الأدبية والعلمية

يقصد بالمصنفات الأدبية والعلمية تلك المصنفات التي يعبر عنها شفاهاً ( بالصوت ) أو كتابة ( بواسطة الكلمات المكتوبة ) ، ويعني ذلك أن هذه المصنفات نوعان ، هما المصنفات الشفهية والمصنفات الكتابية، ويهتما في هذا الخصوص قبل أن نتعرف على هذين النوعين ، أن نشير إلى أن التشريعات الخليجية قد وضعت قاعدة عامة مفادها أن المصنفات الأدبية والعلمية تتمتع بالحماية القانونية أيًا كانت وسيلة التعبير عنها أو شكل هذا التعبير ، ونستعرض فيما يلي هذه القاعدة ، ونلي ذلك بالتعرف على المقصود بالمصنفات الشفهية والكتابية. مخصصين لكل منهما غصناً مستقلاً.

### الغصن الأول الحماية القانونية للمصنف أيًا كانت وسيلة التعبير عنه

لا ريب أن المشرع في القانون المقارن مسيراً في ذلك المواثيق الدولية والعربية قد أرسى قاعدة عامة، وتقوم هذه القاعدة على فكرة تمتع المصنف الأدبي والعلمي بالحماية القانونية بغض النظر عن طريقة التعبير عن هذا المصنف، الأمر الذي يعني أنه يستوي لتمتع المصنف الأدبي والعلمي بالحماية أن يكون التعبير عن هذه المصنف شفهاً أو كتابياً، ومع ذلك فقد حرص المشرع في القانون المقارن على ذكر أمثلة على هذه المصنفات، كان من بينها هذان النوعان من المصنفات(١).

وهو ما يظهر لنا جلياً من استعراض نصوص التشريعات الخليجية ، ففي التشريع البحريني نجد أن المادة الثانية منه قد وضعت القاعدة العامة بخصوص المصنفات المحمية، في حين قررت الفقرتان أ، ج من ذات المادة شمول الحماية القانونية المصنفات الشفهية، والكتابية، حيث نصت هذه المادة على أن « تتمتع بالحماية المقررة بموجب أحكام هذا القانون المصنفات الأدبية والفنية والعلمية بمجرد ابتكارها، دون حاجة إلى أي إجراء شكلي، أيًا كانت قيمة هذه المصنفات أو نوعها أو غرضها أو طريقة أو شكل التعبير عنها، وتشمل الحماية بوجه خاص المصنفات التالية:

أ - الكتب والكتيبات والمقالات والنشرات وغيرها من المصنفات المكتوبة.

ج - المصنفات التي تلقى شفاهاً، كالمحاضرات والخطب والمواظع، والمصنفات الأخرى التي لها طبيعة مماثلة».

وهو ذات ما نصت عليه المادة الثانية من التشريع العماني، حيث وضعت القاعدة العامة، وتلتها بذكر أمثلة على المصنفات المحمية كان من ضمنها هذه المصنفات، فقرة أ، ب من ذات المادة.

قريب من ذلك نص المادة الأولى والثانية في الفقرتين أ ، ب من التشريع الكويتي، حيث وضعت المادة الأولى القاعدة العامة فيما يتعلق بالمصنفات المحمية، فنصت على أن « يتمتع بحماية هذا القانون مؤلفو

١ - ويعني ذلك أن ما قام المشرع بذكره من مصنفات محمية في النصوص القانونية هو مذكور على سبيل المثال لا الحصر .

المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أياً كانت قيمة هذه المصنفات أو أنواعها أو الغرض من تأليفها أو طريقة التعبير عنها». في حين نصت المادة الثانية فقره أ ، ب على شمول الحماية القانونية للمصنفات الشفهية، والكتابية وهي: «المصنفات المكتوبة ، والمصنفات التي تلقى شفاها كالمحاضرات والخطب والمواعظ الدينية وما يماثلها».

وهو ذات ما قرره تقريباً التشريع القطري، وذلك في المادة الثانية والثالثة فقره ١ ، ٢ ، حيث تكفلت المادة الثانية بوضع القاعدة العامة، في حين تضمنت المادة الثالثة فقره ١ ، ٢ ذكر هذه المصنفات، كمصنفات تخضع للحماية، ومن هذه المصنفات الكتب والكتيبات وغيرها من المواد المكتوبة، و المحاضرات والخطب والمواعظ فضلاً عن الأشعار والأناشيد، وهو أيضاً ما قرره نظام حماية حقوق المؤلف (التشريع السعودي ) ، وذلك في المادتين الثانية والثالثة فقره ١ ، ٢ منها.

أما التشريع الاماراتي فقد عرف المصنفات في المادة الأولى منه ثم قرر في المادة الثانية فقره ١ ، ٣ من ذات القانون شمول الحماية لبعض المصنفات كان من ضمنها المصنفات الكتابية كالكتب والكتيبات وغيرها من المواد المكتوبة، والمصنفات الشفهية، كالمحاضرات والخطب والمواعظ، والمصنفات الأخرى التي لها طبيعة مماثلة.

ولاريب أن هذا المسلك من المشرع الخليجي - على النحو السابق - يتفق مع ما قرره المواثيق العربية والدولية بهذا الخصوص، ففي الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف نجد أن المادة الأولى من الاتفاقية قد وضعت القاعدة العامة فيما يتعلق بالمصنفات المحمية، حيث نصت في الفقرة أ من هذه المادة على أن « يتمتع بالحماية مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أياً كانت قيمة هذه المصنفات أو نوعها أو الغرض من تأليفها أو طريقة التعبير المستعملة فيها»، ثم نصت في الفقرة ( ب ١ ، ٢ ) من ذات المادة على شمول الحماية للمصنفات الكتابية وهي الكتب والكتيبات وغيرها من المواد المكتوبة، والمصنفات الشفهية وهي «المصنفات التي تلقى شفاها كالمحاضرات والخطب والمواعظ الدينية».

في حين نصت اتفاقية برن (١) في المادة الثانية فقره ١ منها على أن المصنفات المحمية تشمل المصنفات الأدبية والفنية، ثم حددت ذات المادة المقصود بهذه المصنفات، فنصت على أن « تشمل عبارة «المصنفات الأدبية والفنية» كل إنتاج في المجال الأدبي والعلمي والفني أياً كانت طريقة أو شكل التعبير عنه مثل الكتب والكتيبات وغيرها من المحررات، والمحاضرات والخطب والمواعظ والأعمال الأخرى التي تتسم بنفس الطبيعة» وهو ما يعني أنها وضعت أيضاً قاعدة عامة مفادها تمتع المصنفات الأدبية والفنية بالحماية القانونية أياً كانت طريقة التعبير عنها، ثم ضربت أمثلة على هذه المصنفات على نحو شملت معه المصنفات الكتابية والشفهية.

١. وقد صدرت هذه الاتفاقية في ٩ سبتمبر/أيلول ١٨٨٦ . وتم تعديلها أكثر من مرة، فتم تعديلها باتفاقية باريس في ٤ مايو/أيار ١٨٩٦ ، والمعدلة ببرلين في ١٣ نوفمبر/تشرين الثاني ١٩٠٨ . والمكملة ببرن في ٢٠ مارس/آذار ١٩١٤ ، والمعدلة بروما في ٢ يونيو/حزيران ١٩٢٨ وبروكسل في ٢٦ يونيو/حزيران ١٩٤٨ واستكهولم في ١٤ يوليو/تموز ١٩٦٧ وباريس في ٢٤ يوليو/تموز ١٩٧١ والمعدلة في ٢٨ سبتمبر/أيلول ١٩



## الغصن الثاني أنواع المصنفات الأدبية والعلمية

وستتناول في هذا الغصن أنواع المصنفات الأدبية والعلمية ، والتي يمكن قسمتها إلى نوعين، الأول: المصنفات الشفهية، والثاني: المصنفات المكتوبة، وستتناول فيما يلي هذين النوعين بإيجاز.

### أولاً- المصنفات الشفهية:

ويقصد بها المصنفات التي لم يتم كتابتها أصلاً، حيث يتم التعبير عنها بالصوت، ويعني ذلك أنها تنقل للجمهور شفويًا، ومن أمثلة هذه المصنفات، المحاضرات والدروس والخطب والمواعظ والندوات والقاء الشعر والأناشيد والنثر وما يماثلها(١).

وعليه لا يعتبر المصنف شفهيًا إذا كتب ثم نقل الى الجمهور عن طريق التلاوة العلنية، فيعتبر في هذه الحالة المصنف من المصنفات المكتوبة لا الشفهية، وذلك لأن التلاوة العلنية أسلوب من أساليب نشر المصنف، فلا ينقلب المصنف المكتوب مصنفاً شفويًا بمجرد تلاوته على الجمهور(٢).

### ثانياً- المصنفات المكتوبة:

ويشمل هذا النوع من المصنفات كافة المصنفات التي تعبر عنها بواسطة الكلمات وتصل الى الجمهور عن طريق الكتابة(٣)، ومن هذه المصنفات الكتب والكتيبات والمقالات والنشرات وغيرها من المصنفات المكتوبة، ويعني ذلك أن المصنفات المكتوبة(٤) هي التي تكون وسيلة التعبير عنها الكتابة، يستوي بعد ذلك

١. وهو ما قرره المادة الثانية فقرة ج من التشريع البحريني، يقابلها الثالثة فقرة ٢ من النظام السعودي، والثانية فقرة ٢ من التشريع الاماراتي، والثانية فقرة ب من التشريع الكويتي، والثانية فقرة ٢ من التشريع القطري، والثانية فقرة ب من التشريع العماني، انظر تفصيلاً ذات البحث - هامش ص ٦، ٧
٢. د. مختار القاضي - حق المؤلف - الكتاب الأول - مكتبة الأنجلو المصرية - طبعة ١٩٥٨ - ص ١٦٢، وكذلك اضى القانون الفرنسي لعام ١٩٥٧ في مادته الثالثة الحماية القانونية على المصنفات التي تلقى شفويًا كالخطب والمواعظ القضائية وغيرها مما يماثلها في الطبيعة» وتنص المادة المذكورة على انه: (تعتبر اعمال ذهنية وفقاً لهذا القانون وبوجه خاص مما يأتي: الكتب والنشرات وكتابات ادبية اخرى . فنية وعلمية ، المؤتمرات ، الخطب القصيرة ، الخطب، المرافعات وبقية الاعمال من ذات الطبيعة، اعمال الدراما، الدراما الموسيقية، اعمال وصف البلدانيين، اعمال من التعبير الاشارة التي يصنفها محور مدون او بصفة اخرى، المؤلفات الموسيقية سواء اقتترنت بالالفاظ او لم تقترن بها، الاعمال السينمائية وتلك التي سبقتها مقدمة مماثلة للسينما، اعمال الرسم والتصوير والمعمار والنحت والحفر والمخصص بالطبع الحجري، التصاميم واعداد الرسوم والاعمال البلاستيكية المختصة بالجغرافية واعمال المساحة وتوبوغرافيا والهندسة المعمارية او العلوم . د . كمال سعدي - الملكية الفكرية - الجزء الأول - حق الملكية الأدبية والفنية - الطبعة الأولى - ٢٠٠٤ - ص ١٥٦
٣. وهو ما قرره المادة الثانية فقرة أ من التشريع البحريني، يقابلها الثالثة فقرة ١ من النظام السعودي، والثانية فقرة ١ من التشريع الاماراتي، والثانية فقرة أ من التشريع الكويتي، والثانية فقرة ١ من التشريع القطري، والثانية فقرة أ من التشريع العماني. ويقصد بالكتابة طباعة المصنف على أوراق وتجميعه على شكل كتب متبلورة في مجموعة من الأوراق أو مكتوبة على الأقراص المضغوطة أو على شاشات الحاسبات، ويتم تخزينها على الأقراص المضغوطة مما تتمتع بالحماية القانونية. تفصيلاً محمد فواز - مرجع سابق - ص ١٦
٤. ومن أمثلتها المقالات والاخبار والريپورتاجات والتعليقات والدراسات الصحفية والرسائل الخاصة وما يماثلها. تفصيلاً، د . كمال سعدي - مرجع سابق - ص ١٥٨

أن يكون التعبير بالكتابة في مجال العلوم أو الفنون أو الأداب، فالقانون يحمي القصص والدواوين الشعرية والروايات وهي مصنفاً أدبية، كما يحمي الأبحاث العلمية والدراسات وغيرها من الكتب العلمية، ويحمي أيضاً الكتالوجات الفنية، وهي من المصنفات الفنية(١).

## الفرع الثاني المصنفات الفنية

المصنفات الفنية هي تلك المصنفات التي يعبر عنها بواسطة الخطوط والألوان أو الحركات أو الأصوات أو الصور كالمصنفات التمثيلية والمصنفات التمثيلية الموسيقية والتمثيل الصامت والمعزوفات الموسيقية المصحوبة أو غير المصحوبة بكلمات(٢)، اللوحات الزيتية والمائية والبوسترات والخرائط الجغرافية والأفلام الصامتة والأوبريتات الصامتة وصور فوتوغرافية والأفلام الدرامية وما يماثلها(٣). وستعرف فيما يلي على أهم هذه المصنفات بشئ من التفصيل.

## الغصن الأول المصنفات الموسيقية

اهتم المشرع الخليجي بهذا النوع من الفنون(٤)، فأضفى حمايته عليه، وهو ما يظهر لنا جلياً من استعراض التشريعات الخليجية، ففي قانون حماية المؤلف البحريني، وبعد أن أرسى القاعدة العامة والتي تتمثل في إضفاء الحماية القانونية على كافة المصنفات الأدبية والفنية، نجده يؤكد على أن هذا النوع من الفنون يعد من المصنفات المحمية بصفة خاصة، حيث أن المادة الثانية فقرة هـ تنص على أن « وتشمل الحماية بوجه خاص المصنفات التالية.. هـ/ المصنفات الموسيقية المصحوبة أو غير المصحوبة بكلمات». وهو ذات ما قرره المشرع الاماراتي في المادة الثانية فقرة ٥، والمشرع العماني في المادة الثانية فقرة (د)،

١. د. شحاته شلقامي - مرجع سابق - ص ٤٦، مع ملاحظة أن كثير من المصنفات هي مزيج من المصنفات الأدبية والفنية في ذات الوقت. ومن أمثلة ذلك نصوص المسرحيات وسيناريوات الافلام وقصص التمثيليات، فهذه المصنفات مصنفاً أدبية مكتوبة، ويتم أدائها وتوصيلها للجمهور بالحركة ( أي مصنف فني ). كما أن الكتالوجات الفنية الخاصة بفنون الديكور أو الرسم تعد من المصنفات الفنية وهي في ذات الوقت من المصنفات المكتوبة.
٢. وهو ما قرره المادة الثانية فقرة ج من التشريع البحريني، والتي جاء فيها « جميع المؤلفات المسرحية والمسرحيات الموسيقية، وكذلك الفقرة د. ط من ذات المادة حيث تضمننا النص على شمول الحماية القانونية - (د) كلمات الأغاني والمقطوعات الموسيقية وموسيقى الكلمات الملحنة. (ط) الأعمال السينمائية والإذاعية والتلفزيونية. يقابلها الثالثة فقرة ٣ من النظام السعودي، والثانية فقرة ١ من التشريع الاماراتي، والثانية فقرة ج.و من التشريع الكويتي، والثانية فقرة ٣.٧، ١١ من التشريع القطري، والثانية فقرة أ من التشريع العماني.
٣. د. كمال السعدي - مرجع سابق - ص ١٥٨.
٤. فقد أصبحت الموسيقى لغة الشعوب حتى أننا نجد في العصر الحديث أن أي شخص مهما كانت لغته يستطيع قراءة النوتة الموسيقية التي كتبها غيره، والأخير يتحدث بلغة أخرى، لأن لغة الموسيقى لغة واحدة، كما أن الموسيقى أصبحت إحدى العلوم القائمة بذاتها، والتي تضمن العديد من المتخصصين مما أدى لإيجاد معاهد ومدارس خاصة بالموسيقى في كافة أنحاء العالم. محمد فواز - مرجع سابق - ص ٢٠

والمشروع القطري في المادة الثانية فقرة (١)، قريب من ذلك المشروع الكويتي، والذي قرر في المادة الثانية فقرة (د) والتي جاء فيها أنه « تشمل الحماية بصفة خاصة المصنفات التالية.... د- المصنفات الموسيقية سواء اقترنت بالألفاظ أو لم تقترن بها» (٢). ولم يتضمن مثل هذا الحكم نظام حماية حقوق المؤلف السعودي.

ومن هذه النصوص يتضح لنا أن المشروع الخليجي قد ساوى عند حمايته للمصنفات الموسيقية بين المصنفات المقرونة بالكلمات وغير المصحوبة بكلمات، أي أن جميع المصنفات الموسيقية مشمولة بالحماية سواء اقترنت هذه المصنفات بالأغاني والأناشيد أو غير مقترنة بها ويدخل ضمن النوع الأخير السامفونيات، كسامفونيات بيتهوفن، وموزارت، وسواء أكانت هذه الموسيقى شرقية أم غربية، معزوفة بألة عزف واحدة كالعود أو بعدد قليل من الآلات (موسيقى الغرفة) أو بعدد كبير من الآلات الموسيقية كالأوركسترا الفني (٣). ويستوي أيضاً أن تكون هذه المصنفات جمالية أم غير جمالية، وطنية أم شعبية.. الخ.

- ومن نافذة القول أن نشير إلى أن المصنفات الموسيقية تتكون من ثلاثة عناصر:

١- اللحن أو النغم وهو عبارة عن طائفة غير محددة من النغمات الموسيقية المتتابعة والمتألفة.

٢- فإذا انسجمت هذه النغمات وصلنا إلى العنصر الثاني وهو الانسجام.

٣- أما العنصر الثالث فيتمثل في الإيقاع فهو الوقت المقدر لتوقيع لحنين متتابعين مختلفين. أو هو التنسيق بين نغمين مختلفين على الآلة الموسيقية فيشكلان معاً أنغاماً متناسقة.

## الفصل الثاني

### المصنفات السمعية البصرية

بادئ ذي بدء لابد من الإشارة إلى أن المصنفات السمعية البصرية، سواء السينمائية منها أو التلفزيونية إزدادت أهميتها في الأونة الأخيرة، لكونها لم تعد كما كانت في السابق وسيلة من وسائل الترفيه بل أصبحت صناعة من أهم الصناعات الحديثة، كما أنها أضحت واحدة من وسائل العلم ونشر المعرفة بين الناس (٣)، لذا حرصت التشريعات الخليجية على اسباغ الحماية القانونية عليها (٤). وهو ما يظهر لنا جلياً من استعراض نصوص هذه التشريعات، ففي التشريع البحريني نجد أن المادة ٢ فقرة (و) من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة قد نصت على اعتبار هذا المصنف من المصنفات المحمية، حيث نصت على حماية « المصنفات السمعية البصرية، كالمصنفات السينمائية والتلفزيونية». قريب من ذلك التشريع القطري في المادة الثانية فقرة (٥).

١. وقد ورد ذات الحكم في المادة الأولى فقرة ٤ من الاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف. فيعد أن قرر القاعدة العامة في الفقرة (أ) - من ذات المادة، والتي جاء فيها أنه « يتمتع بالحماية مؤلفو المصنفات المبتكرة في الآداب والفنون والعلوم أياً كانت قيمة هذه المصنفات أو نوعها أو الغرض من تأليفها أو طريقة التعبير المستعملة فيها». نجد وقد ذكر المصنفات التي تتمتع بالحماية ومن ضمنها المصنفات الموسيقية سواء أكانت مرقمة أو لم تكن، وسواء أكانت مصحوبة بكلمات أم لم تكن.

٢. د. شحاتة شلقامي - مرجع سابق - ص ٥٣.

٣. محمد فواز - مرجع سابق - ص ١٩.

٤. وقد حرصت الاتفاقية العربية بشأن حماية حقوق المؤلف على التأكيد على شمول الحماية القانونية للمصنفات السمعية البصرية، إذ تضمنت في المادة الأولى فقرة (٦) النص على حماية المصنفات السينماتوغرافية، الإذاعية السمعية والبصرية.

٥. هذا وقد حرصت التشريعات الخليجية على تحديد المقصود بمنتج هذه المصنفات، حيث عرفه المشروع البحريني في المادة الأولى من قانون حق المؤلف بأنه « الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون الذين يتم بمبادرتهم وعلى مسئوليتهم إنجاز المصنفات السمعية البصرية». في حين عرفه المشروع الاماراتي في المادة الأولى من قانون حق المؤلف بأنه « الشخص الطبيعي او الاعتباري الذي يوفر الامكانيات اللازمة لإنجاز المصنف السمعي البصري، ويضطلع بمسؤولية هذا الانجاز».

أما المشرع الكويتي فقد قرر ذات الحكم مع اختلاف الصياغة وذلك بمقتضى نص المادة الثانية فقرة (و) من قانون الملكية الفكرية، والتي نصت على حماية «المصنفات السينمائية والمصنفات الإذاعية السمعية والبصرية».

في حين قرر المشرع الإماراتي هذه الحماية في المادة الثانية فقرة (١) من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، إذ نصت على حماية المصنفات السمعية أو البصرية أو السمعية البصرية، وهو ما يعني عدم اقتصر الحماية القانونية على المصنفات السينمائية والتلفزيونية وإنما تشمل أيضاً المصنفات الإذاعية (أي التي يتم بثها عبر المذياع). قريب من ذلك المشرع العماني الذي قرر حماية المصنفات السمعية والسمعية البصرية (المادة ٢ فقرة (و) من قانون حق المؤلف العماني).

على الجانب الآخر نجد أن المشرع السعودي قد قيد هذا النوع من المصنفات بحسب الوسيلة المستخدمة في عرضها فاسبغ حمايته على المصنفات التي تعد خصيصاً لتذاع أو تعرض بواسطة الإذاعة أو التلفزيون (المادة الثالثة فقرة ٤ من نظام حماية حقوق المؤلف السعودي).

ومن هذه النصوص يتضح لنا أن المشرع الخليجي حرص على حماية هذا النوع من المصنفات نظراً لأهميته، كما أنه يتكون من مجموعة من المصنفات المبتكرة التي تمتزج فيما بينها لتشكل مصنفاً واحداً، فهي تبدأ بالقصة المكتوبة، مروراً بالسيناريو، فالحوار، ولا ريب أن كل هذه المصنفات تحتاج إلى إعمال الفكر والذهن، فهي لكي تصل إلى صورتها النهائية كمصنف سمعي أو سمعي بصري يلزم المزج بين سلسلة من الابتكارات المختلفة التي تشكل فيما بينها وحدة واحدة يديرها المنتج (٢).

### المقصود بالمصنف السمعي البصري:

يقصد بهذا المصنف - كما عرفه المشرع البحريني في المادة الأولى من قانون حق المؤلف - «كل مصنف يتكون من سلسلة صور مترابطة فيما بينها تعطي انطباعاً بالحركة سواء كانت مصحوبة بالصوت أو بدونها» (٣)، وهو ذات التعريف الذي تبناه المشرع القطري مع اختلاف الصياغة حيث استلزم بالإضافة إلى كون هذه المصنفات تعطي انطباعاً بالحركة أن تكون أيضاً قابلة للمشاهدة (٤). أما المشرع العماني فقد عرف المصنف السمعي البصري في المادة الأولى من قانون حق المؤلف بأنه «أي مصنف معد للسمع والنظر في أن واحد يتكون من مجموعة من الصور المترابطة والمصحوبة بأصوات والمسجلة على دعامة ملائمة ويعرض بواسطة أجهزة مناسبة».

في حين اعتبر المشرع الإماراتي المصنف السمعي البصري نوع من التسجيلات الصوتية إذا اشتمل التسجيل الصوتي على عملية تثبيت الأصوات مع الصورة (٥)، على الخلاف من ذلك لم يعرف المشرع

١. هذا ولم يضع المشرع المصري تعريفاً للمصنفات السمعية البصرية، في المقابل لذلك نجد أن المشرع الفرنسي في المادة ٢ - ١١٢ من تقنين الملكية الفكرية قد عرف المصنفات السينمائية بأنها «عبارة عن سلسلة متتابعة من الصور الحية، مقترنة كانت بالصوت أم غير مقترنة بها والتي تلقب في مجموعها بالمصنفات السمعية البصرية. مشار إليه د. شحاته شلقامي - مرجع سابق - ص ٥٥
٢. حيث نصت المادة الأولى من قانون حق المؤلف القطري على أن «المصنف السمعي البصري: مصنف يتألف من سلسلة من الصور المترابطة التي تعطي انطباعاً بوجود حركة وتكون مصحوبة بالصوت وقابلة للمشاهدة، والسمع إذا كانت مصحوبة بالصوت».
٣. فقد نصت المادة الأولى من قانون حق المؤلف الإماراتي على أنه يقصد بالتسجيل الصوتي «تثبيت يخاطب السمع لمجموعة من الأصوات المؤدية لأداء معين بغض النظر عن طريقة التثبيت، أو الدعامة المستخدمة. ويشمل التسجيل الصوتي عملية تثبيت الأصوات مع الصورة لإعداد مصنف سمعي بصري، ما لم يتفق على غير ذلك».
٤. والدليل على ذلك ما تضمنته معظم التشريعات الخليجية بما فيها التشريع البحريني من أن النص استقلالاً على المصنفات التمثيلية، والتمثيلات الموسيقية، والرقصات، والتمثيل الصامت (البانوماتيم)، وغيرها من المصنفات التي تبتكر للأداء التمثيلي كمصنفات تختلف عن المصنفات السمعية البصرية. ذات الرأي د. شحاته شلقامي - مرجع سابق - ص ٥٦
٥. وهذه المصنفات تشمل الرسم بالخطوط أو بالألوان والنحت والطباعة على الحجر والأقمشة وأية مصنفات مماثلة في مجال الفنون الجميلة.

السعودي والكويتي المصنف السمي البصري تاركاً هذه المهمة للقضاء والفقهاء.

وفي رأبي أن التعريف الذي تبناه المشرع العماني كان أفضل من هذه التي تبناها المشرع الخليبي، حيث اشتمل على كافة العناصر المميزة لهذا النوع من المصنفات، حيث استلزم لاعتبار المصنف سميأً بصرياً ما يلي:

١ - أن يكون المصنف معد للسمع والنظر في أن واحد.

٢ - أن يتكون هذا المصنف من مجموعة من الصور المترابطة والمصحوبة بأصوات.

٣ - أن يكون هذا المصنف مسجلاً على دعامة ملائمة، ويتم عرضه بواسطة أجهزة مناسبة.

على الخلاف من ذلك نجد أن التعريف الذي تبناه المشرع البحريني للمصنف السمي البصري

- على النحو السالف ذكره - لا يستقيم مع طبيعة هذا المصنف، فهذا المصنف يجب أن يكون مصحوباً بالصوت والصورة. (١)

### الفصل الثالث

#### مصنفات الرسم والنحت والطباعة

لقد اسبغ المشرع الخليبي حمايته على أعمال الرسم والنحت والطباعة (٢) لما تنطوي عليه هذه المصنفات من إعمال الفكر والإبداع على نحو تظهر معه شخصية المؤلف، ويشترط لحماية هذه المصنفات أن تكون من عمل يد الفنان، بحيث يكون هو الذي نفذ العمل الفني، أما إذا كان المصنف منفذاً عن طريق آلة ميكانيكية فلا يخضع هذا العمل للحماية القانونية (٣)، ويمكن القول أن هذا النوع من الفنون من أقدمها، فلا تكاد حضارة من الحضارات القديمة تخلو من فن النحت والرسم، ليس ذلك فحسب، بل إن الإنسان كتب تاريخه مستخدماً هذه الوسائل (٤).

ويمكن استظهار اهتمام المشرع الخليبي (٥) بهذا النوع من الفنون من خلال عرض النصوص القانونية، حيث نجد أن المشرع البحريني قد أخضع أعمال الرسم والنحت والحفر للحماية القانونية وذلك

١. فلا ريب أن هناك فرق بين قيام الفنان برسم منظر طبيعي معين، أظهر من خلاله شخصيته وإبداعه، وبين منظر تم تنفيذه عن طريق آلة ميكانيكية، تستطيع أن تقوم بعمل الأف المناظر في ساعات معدودة. ذات الرأي د. شحاته شلقامي - مرجع سابق - ص ٦١

٢. فهناك العديد من الأعمال الفنية في هذا المجال قد نالت إعجاب الجماهير، حتى أن هذا العمل قد أصبح مرتبطاً بشخص الفنان الذي أنتجه، ومن أشهر هذه الأعمال لوحة المونليزا للفنان ليونارد دوفنشي، وتمثال نهضة مصر، وغيرها من الأعمال.

٣. كما أهتم بهذا النوع من الفنون أيضاً المشرع المصري الذي أخضع هذه المصنفات للحماية بمقتضى نص المادة الثانية فقرة ٢ من قانون حماية حق المؤلف المصري، وكذلك المشرع الأردني في البند السادس من الفقرة (ب) من المادة الثالثة، وتقرر ذات الحكم في اتفاقية برن، والاتفاقية العربية لحماية حقوق المؤلف.

٤. حيث قررت المادة الثانية فقرة ( ز ) من قانون حق المؤلف العماني الحماية القانونية لأعمال الرسم والتصوير بالخطوط والألوان والعمارة والنحت والفنون الزخرفية والحفر.

٥. فقد نصت المادة الثالثة فقرة ٥ سعودي على إخضاع " أعمال الرسوم وأعمال الفن التشكيلي والعمارة والفنون الزخرفية والحياكة الفنية" للحماية القانونية.

بمقتضى نص المادة الثانية فقرة (ز) إذ اعتبرت هذه المادة مصنفات الرسم بالخطوط أو بالألوان، والنحت والنقش والطباعة على الحجر أو الأقمشة أو الخشب أو المعادن، وأية مصنفات مماثلة لأي من ذلك من ضمن المصنفات المحمية، وهو ذات ما قرره المادة الثانية فقرة ٨ من قانون حقوق المؤلف الإماراتي.

كذلك أخضع المشرع القطري « مصنفات الرسم والتصوير بالخطوط والألوان، والعمارة والنحت والفنون الزخرفية، والحفر والتصميمات والمخططات والمجسمات الجغرافية والطبوغرافية » للحماية القانونية ( المادة الثانية فقرة ٩ من قانون حماية حق المؤلف القطري )، قريب من ذلك نص المادة الثانية فقرة (ز) من القانون العماني (١)، والمادة الثالثة فقرة ٥ من نظام حماية حقوق المؤلف السعودي (٢)، والمادة الثانية فقرة (ز) من قانون حق المؤلف الكويتي (٣).

وعليه يمكن القول أن مصنفات الرسم تتمتع بالحماية القانونية أيضاً كانت وسيلة التعبير عن المصنف، أي سواء تمت هذه المصنفات بالخطوط كالرسومات التي تتم بواسطة جهاز الكمبيوتر والتي تسمى بتصميمات الجرافيك، أو تمت بالألوان الزيتية أو الشمعية كاللوحات الفنية. ذات الأمر بالنسبة لأعمال النحت فهي أيضاً تتمتع بالحماية القانونية سواءً كان النحت على الأخشاب أو الأحجار أو المعادن. وكذلك الحال في الطباعة والنقش على الأحجار أو الأقمشة أو الخشب أو المعادن.

## الغصن الرابع مصنفات العمارة

لقد شغل فن العمارة - في العصور القديمة والحديثة - مكانة متميزة في مجال الفنون، حتى أنه لا تكاد تخلو حضارة إنسانية من إبراز لشخصيتها من خلال هذا الفن، الذي يضيف على المدن جمالاً يجعل منها قبلة للسياح والزوار، فعلى سبيل المثال نجد الفن المعماري الإسلامي يظهر لنا في قلب أوروبا معبراً عن رقي وجمال هذه الحضارة. كل ذلك استوجب حماية مؤلفي هذه المصنفات.

هذا وقبل أن نتناول موقف المشرع الخليجي من هذه المصنفات نشير بدءاً إلى المقصود بالمصنف

١. حيث اسبغت المادة الثانية فقرة ( ز ) من قانون حق المؤلف الكويتي الحماية القانونية على أعمال الرسم والتصوير بالخطوط أو الألوان أو الرسوم البيانية والعمارة والنحت والفنون والزخرفية والحفر.
٢. وقد عرفه البعض بأنه « عبارة عن كل ما يظهر على البناء من نحت أو رسم أو أشكال هندسية وضعت بشكل مبتكر » سهيل حسين الفتلاوي - مشار إليه د. طارق كاظم عجيل - حماية حقوق المصمم المعماري وفقاً لقانون حق المؤلف - دراسة مقارنة - بحث مقدم للمؤتمر الثامن عشر بشأن عقود البناء والتشديد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة - ص ٣٤١ .
٣. ومن التطبيقات القضائية في هذا الشأن ما ذهبت إليه محكمة ليموجه الفرنسية في قرار صدر لها في ١٥ يوليو ١٩٣٦ من أن الحماية التي قررها القانون الصادر في سنة ١٧٩٣ تشمل المصنفات المعمارية التي تظهر على الأبنية، كما ذهبت محكمة استئناف باريس في حكم لها صدر في ٢٣/يوليو/١٩٠٥ إلى اسباغ الحماية على الرسوم البارزة على الجدران أو السقوف المطعمة بالفسيفساء أو الأحجار المركبة لكونها مصنفات أصلية تعبر عن شخصية مبتكرها، كما ذهبت محكمة السين في قرار لها صدر في ٤/فبراير ١٩٠٨ إلى أن مصنفات البناء الفنية التي تتضمن ديكورات خاصة متميزة عن المصنفات القديمة وتتضمن ابتكاراً أصيلاً جديراً بالحماية القانونية. د. طارق كاظم عجيل - مرجع سابق - ص ٣٤١ ، ص ٣٤٢ .

المعماري، وستتناول هاتين المسألتين من خلال الورقتين التاليتين:

**الورقة الأولى:** نتناول فيها تحديد المقصود بالمصنفات المعمارية.

**الورقة الثانية:** نستعرض فيها موقف المشرع الخليجي من هذا النوع من المصنفات.

## الورقة الأولى

### المقصود بالمصنفات المعمارية

يقصد بالمصنف المعماري النحت أو الرسم أو الأشكال الهندسية التي تظهر على البناء والتصميمات المتعلقة به إذا تم وضعها بشكل مبتكر (١).

ويعني ذلك أن المصنف المعماري يشمل كافة ما يظهر على البناء من نقوش أو رسوم بارزة أو ديكور أو نحت، وكذلك كل ما يقوم به المصمم المعماري من تصاميم يمكن وضعها موضع التنفيذ كتصميمات المباني أو الحدائق أو الجسور أو غيرها، كل ذلك مشروط بأن يبرز المصمم شخصيته كمؤلف، على نحو يكون معه المصنف مبتكراً (٢).

والمصنف المعماري يخضع للحماية القانونية أياً كانت وسيلة التعبير عنه، وسواء تم التعبير عنه برسمه أو نقشه على جدران المباني أو كان التعبير عنه بوضع تصميم له يستوي أن يكون هذا التصميم مكتوباً أو مطبوعاً أو مجسماً ( أي نموذج مصغر للبناء أو المشروع الذي يراد تنفيذه ).

وفي هذا الشأن يثور التساؤل التالي: ما حكم قيام شخص ما ( مهندس معماري أو مقاول أو أي شخص آخر ) بالإطلاع على تصميم مكتوب أو مخطط لبناء وضعه أحد المصممين المعماريين ثم قام هذا الشخص بتنفيذ هذا التصميم وإخراجه إلى حيز الوجود؟

للإجابة على هذا التساؤل يمكن القول بأن هناك من يرى أن الحماية القانونية التي يتمتع بها المصمم المعماري المكتوب أو المخطط تنحصر في عدم جواز قيام الغير بإعادة نشر هذا المصنف على هذا النحو، ويعني ذلك أنه يجوز للغير أن ينفذ هذا التصميم ويظهره إلى الوجود - أي يطبقه على بناء - بشرط عدم الإخلال بحقوق مؤلف الخرائط والتصاميم، وذلك بحجة أن تحويل التصاميم المعمارية إلى شكلها الواقعي يحتاج إلى مجهود فكري وعلمي لا يتوافر إلا لمن له موهبة خاصة، أي أنه يحتاج إلى إبداع وفكر لتحويل التخطيط المجرد إلى واقع عملي ملموس، وفي هذه الحالة يعد هذا العمل مصنف مشتق، والمصنف المشتق يحميه القانون. على الخلاف من ذلك يرى هؤلاء أن وضع تصميم مجسم لبناء - أي عمل نموذج مصغر له - لا يجيز للغير القيام بتنفيذه، لأن القيام بتنفيذ هذا النموذج لا يعني تحويله من لون إلى آخر، الأمر الذي يعني عدم اعتبار هذا العمل مصنفاً مشتقاً، وينتقد جانب آخر من الفقه هذه التفرقة، ويرى ضرورة

١. طارق كاظم عجيل - مرجع سابق - ص ٣٤٤.

٢. حيث نصت المادة الثانية فقرة ٧ اماراتي على إخضاع " مصنفات العمارة والرسوم والمخططات الهندسية " للحماية القانونية، في حين نصت الفقرة الحادية عشر من ذات المادة على حماية " الصور التوضيحية ، والخرائط الجغرافية ، والرسومات التخطيطية ، والمصنفات ثلاثية الابعاد المتعلقة بالجغرافيا او الطبوغرافيا او التصميمات المعمارية وغيرها " .

اخضاع الخرائط والمخططات المتعلقة بالفنون المعمارية لذات الحماية المقررة للمجسمات.

## الورقة الثانية موقف المشرع الخليجي من المصنف المعماري

حرصت التشريعات الخليجية على حماية المصنف المعماري ويمكن استظهار ذلك من استعراض ما تضمنته هذه التشريعات من نصوص، ففي التشريع البحريني نجد أنه تضمن النص على حماية « الرسومات التوضيحية والخرائط الجغرافية والتصميمات والرسوم التخطيطية (الإسكتشات) والمصنفات ثلاثية الأبعاد المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العمارة أو العلوم». (مادة ٢ فقرة ٥ من التشريع البحريني). قريب من ذلك نص المادة الثانية الفقرة (ي) من التشريع الكويتي والتي جاء فيها النص على حماية «الصور التوضيحية، والخرائط الجغرافية والتصميمات والمخططات والأعمال المجسمة المتعلقة بالجغرافيا والطبوغرافيا وفن العمارة والعلوم». وهو ذات ما قرره المشرع الاماراتي في المادة الثانية فقرة (٧) والتي نصت على حماية فنون العمارة، والفقرة (١١) الخاصة بحماية التصميمات المعمارية(١).

أما نظام حق المؤلف السعودي فقد قرر هذه الحماية بموجب نص المادة الثالثة في الفقرات الخامسة والثامنة والتاسعة، حيث نصت المادة الثالثة فقرة ٥ سعودي على حماية « أعمال الرسوم وأعمال الفن التشكيلي والعمارة والفنون الزخرفية والحياكة الفنية » ، في حين نصت الفقرة الثامنة من ذات المادة على حماية « الصور التوضيحية والخرائط الجغرافية والتصاميم والمخططات (الرسوم الكروكية) والأعمال التشكيلية المتصلة بالجغرافيا والطبوغرافيا وفن العمارة والعلوم ». أما الفقرة التاسعة فقد نصت على حماية « المصنفات المجسمة المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو العمارة أو العلوم». وهو ما قرره المشرع العماني في الفقرتين (ز) و(ط) من المادة الثانية، وللتين نصتاً على أن حماية « أعمال الرسم والتصوير بالخطوط والألوان والعمارة والنحت والفنون الزخرفية والحفر » ( الفقرة ( ز ) ) ، و« الصور التوضيحية والخرائط الجغرافية والتصميمات والمخططات والأعمال المجسمة المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا وفن العمارة والعلوم » ( الفقرة ( ط ) ) من ذات المادة المشار إليها .

كذلك نص المشرع القطري على حماية هذا النوع من المصنفات بموجب نص المادة الثانية فقرة (٩) والتي نصت على حماية « مصنفات الرسم والتصوير بالخطوط والألوان، والعمارة والنحت والفنون الزخرفية، والحفر والتصميمات والمخططات والمجسمات الجغرافية والطبوغرافية».

ومن هذه النصوص يتضح أن المشرع الخليجي لم يحدد المصنفات المعمارية على وجه الدقة، فلم يضع لها تعريفاً جامعاً وبالرغم من أن هذا المسلك قد يكون ممدوحاً للمشرع في كثير من الأحيان، إلا أنه في هذا الشأن كان عليه أن يحدد المقصود بالمصنفات المعمارية أو على الأقل تحديد أنواع هذه المصنفات،

١ . محمد فواز - مرجع سابق - ص ١٨

٢ . حيث نصت على حماية هذه المصنفات المادة الثانية فقرة (ط) بحريني . يتناولها المادة ٢ فقرة ٩ من القانون الاماراتي . والمادة ٢ فقرة ٧ من القانون القطري، والمادة ٢ فقرة (ح) من القانون الكويتي، والمادة ٢ فقرة ٧ من نظام حقوق المؤلف السعودي.



وذلك لعدم تكرار استخدام اللفظ دون توضيح معناه، حيث أنه يذكر في فقرة كلمة « العمارة » وهي كلمة فضفاضة، وفي فقرة أخرى من ذات المادة « فن العمارة »، وتارة ثالثة « تصميمات معمارية »، وكان من الأفضل إيراد النص على النحو التالي « يقصد بالمصنف المعماري لأغراض هذا القانون فنون العمارة والتصاميم المعمارية والبناء ذاته ». أو « يقصد بالمصنف المعماري لأغراض هذا القانون كل نحت أو رسم أو شكل هندسي يظهر على البناء والتصميمات المتعلقة به إذا تم وضعها بشكل مبتكر ».

## الفصل الخامس

### المصنفات الفوتوغرافية وما يماثلها

بادئ ذي بدء يلزم الإشارة إلى المصنفات الفوتوغرافية التي لم تكن في السابق خاضعة للحماية القانونية، لكون هذه المصنفات يتم تنفيذها عن طريق آلات ميكانيكية مما لا يمكن اعتبارها أحد المصنفات الفنية لعدم وجود الطابع الشخصي المميز لعمل المؤلف ( الابتكار ) فيها مما يتم حمايتها بطرق قانونية أخرى(١)، إلا أن نظرة المشرع قد تغيرت إلى هذه المصنفات، وبصفة خاصة بعد أن تحولت إلى فن، حيث بدء الطابع الشخصي يغلب على الطابع الميكانيكي، ويتمثل هذا الطابع في قدرة الشخص الفنية على التقاط الصور وحسن تسييقها وتهذيبها، واختيار زوايا التصوير، وغير ذلك من الأعمال التي من شأنها إبراز شخصية مؤلفها، وتميز كل مؤلف عن الآخر.

لذا حرص المشرع الخليجي على النص على الحماية القانونية للمصنفات الفوتوغرافية وما يماثلها، ودراسة موقف المشرع الخليجي من هذه المصنفات يظهر لنا الآتي:

١ - أن معظم التشريعات الخليجية قد أفردت لهذا النوع من المصنفات بنداً مستقلاً عند تحديدها المصنفات التي تخضع للحماية(٢)، فلم يخرج عن السرب سوى المشرع العماني حيث لم ينص صراحة على إدخال هذه المصنفات ضمن المصنفات المحمية، وقد اكتفى في هذا الشأن بالنص في المادة الثانية فقرة (ز) على حماية أعمال التصوير بالخطوط والألوان، وهذا النوع من المصنفات يختلف عن مصنفات الصور الفوتوغرافية، إلا أن ذلك لا يعني خروج هذه المصنفات من دائرة الحماية القانونية، لأن المصنفات المحمية التي نص عليها المشرع العماني وردت على سبيل المثال لا الحصر.

٢ - أن المشرع الخليجي - باستثناء المشرع السعودي - عند نصه على حماية هذه المصنفات قد أضاف عبارة وما يماثلها، دون توضيح ما المقصود بالمصنفات المماثلة للمصنفات الفوتوغرافية، على الخلاف

١. حيث تضمنت هذه الاتفاقيات النص على تمتع برامج الحاسوب بالحماية القانونية باعتبارها مصنفات أدبية وهو ما قرره المادة ٤ من معاهدة الويبو ١٩٩٦ بشأن حق المؤلف والتي نصت على تطبيق تلك الحماية على برامج الحاسوب أي كانت طريقة التعبير عنها أو شكلها. كما منحت اتفاقية تريبس الحماية القانونية - بموجب المادة ١٠ منها - لبرامج الحاسوب سواء أكانت بلغة المصدر أو بلغة الآلة باعتبارها مصنفات أدبية بموجب معاهدة بيرن.
٢. د. وداد العيدوني - حماية الملكية الفكرية في البيئة الرقمية - برامج الحاسوب وقواعد البيانات نموذجاً - بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر السادس لجمعية المكتبات والمعلومات السعودية - تحت عنوان البيئة المعلوماتية الآمنة، المفاهيم والتشريعات والتطبيقات - الفترة من ٦ - ٧ أبريل ٢٠١٠ - ص ٥.

من ذلك فقد حرص المشرع السعودي على تحديد الأعمال المماثلة، حيث نص في المادة ٣ فقرة ٧ من نظام حماية حقوق المؤلف السعودي على حماية « أعمال التصوير الفوتوغرافي بما في ذلك الأعمال التي يستخدم فيها أسلوب شبيه بالتصوير الفوتوغرافي مثل الصور الثابتة المنقولة عن طريق التلفزيون ولكنها غير مثبتة على دعامة مادية ».

## الفصل السادس مصنفات الفن التطبيقي والتشكيلي

يقصد بمصنفات الفن التطبيقي ذلك الفن الذي يتقيد فيه الفنان بتقليد عمل معين من أعمال غيره حتى يكون صورة مطابقة للأصل حتى كأنه قد طبق صورة على صورة ونقل منها، وهذا يحتاج إلى دقة في الملاحظة وقوة في اليد وإتقان في الأداء والتنفيذ. والفنان فيه تابع لأصله الذي ينقل منه دون أن ينصبَّ خياله في الجري وراء الجديد أو في انتقاء الأفضل من عدة خيارات، فهو يقوم على فكرة المحاكاة والتقليد. ومن أمثلة هذه المصنفات أعمال الزخرفة والنقش وأعمال الخزف، فهذه الأعمال تحتاج إلى مهارة خاصة في نقل الصورة وتنفيذها على الأواني والأدوات.

أما الفن التشكيلي فهو الفن الذي تتحقق به أشكال جديدة علي يد الفنان التشكيلي فهو مبتكر ويبدع وينوع في الأشكال دون محاكاة لأعمال الآخرين أو تقليد، ودون تقيد بطريقة معينة أو قواعد مدونة وهذا يحتاج إلى خيال واسع وابداع من المؤلف. ومن أمثلة ذلك فن الخط العربي، والرسم، وتجدر الإشارة إلى أن العمل الفني يكون تشكلياً إذا كان بكرة لم يسبق إليه فإذا أعيد مرة ثانية بجملته وتفصيله كان فناً تطبيقياً.

ومن نافذة القول أن تشير إلى المشرع الخليجي أنه قد حرص على أفراد بند خاص بحماية هذا النوع من الفنون، إلا أن هذه التشريعات قد جاءت خلوا من ثمة نص يحدد المقصود بهذه المصنفات، ولم يستثنى من ذلك سوى التشريع القطري الذي تضمن النص على تعريف أحدها دون الأخرى، فقام بتعريف مصنفات الفن التطبيقي ولم يتم بتعريف مصنفات الفن التشكيلي، وقد يكون مبرره في ذلك أنه لم يتضمن النص على حماية النوع الأخير، وعليه فبالرجوع إلى نص المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف القطري نجد أنه قد عرف هذه المصنفات بأنها « إبتكار فني له وظيفة مفيدة أو يدرج في سلعة مفيدة سواءً أكان من مصنفات الحرف اليدوية أو من المنتجات الصناعية ». ولم يكتفِ المشرع القطري بذلك وإنما قام بتحديد لهذه المصنفات حيث قرر في المادة الثانية فقرة ٨ من القانون القطري حماية مصنفات الفن التطبيقي سواء أكانت حرفية يدوية أو صناعية. وهو ذات ما قرره المشرع الكويتي في المادة الثانية فقرة (ط) والتي جاء فيها النص على حماية « أعمال الفنون التطبيقية سواء أكانت حرفية أم صناعية »، كذلك تقرر ذات الحكم وبذات الصياغة في نظام حماية حقوق المؤلف السعودي في المادة الثالثة فقرة ٦، وقانون حماية حق المؤلف العماني في المادة الثانية فقرة (ح).

قريب من ذلك التشريع البحريني والذي نص في المادة الثانية فقرة (ح) منه على حماية « مصنفات الفنون التطبيقية » على الخلاف من ذلك نجد أن المشرع الاماراتي قد نص في المادة الثانية فقرة (١٠)

على حماية هذين النوعين من المصنفات أي حماية « مصنفات الفن التطبيقي والتشكيلي » .

ومن نافلة القول أن نشير إلى أن التشريع القطري والكويتي والعماني والبحريني قد خلوا من النص على حماية المصنفات التشكيلية، بالرغم من أنها أكثر إبرازاً لشخصية مؤلفها، ولكن لا يعني ذلك عدم شمولها بالحماية. حيث أن ما ورد في نصوص هذه التشريعات من ذكر للمصنفات المحمية كان على سبيل المثال لا الحصر. كما أن الرسم من الفنون التشكيلية، وقد نصت على حماية فن الرسم هذه التشريعات صراحة، ومما يؤكد ذلك أن نظام حماية حقوق المؤلف السعودي قد نص على حماية الفنون التشكيلية وهو في معرض نصه على حماية فن الرسم، مادة ٣ فقرة ٥ والتي جاء فيها النص على حماية « أعمال الرسوم وأعمال الفن التشكيلي والعمارة والفنون الزخرفية والحياكة الفنية » .

### الفرع الثالث برامج الحاسب الآلي

لا خلاف على أن برامج الحاسب تعتبر مصنفاً فكرياً، وهي تتمتع بالحماية القانونية أياً كانت طريقة التعبير عنها، وقد حرصت الاتفاقيات الدولية والتشريعات العربية على إقرار الحماية لهذا النوع من المصنفات، وفي هذا الخصوص يثور التساؤل حول ما إذا كان هذا المصنف مصنفاً أدبياً أم فنياً أم علمياً؟ وقد أجابت على هذا التساؤل اتفاقية برن وغيرها من الاتفاقيات الدولية، والتي اعتبرت برامج الحاسب أحد المصنفات الأدبية<sup>(١)</sup>، على خلاف ذلك أدرجتها التشريعات العربية كنوع مستقل من المصنفات الفكرية، دون تحديد ما إذا كانت هذه المصنفات أدبية أم فنية أم علمية.

وقد ورد النص على حماية هذه المصنفات في التشريعات الخليجية صراحة، حيث قرره المادة الثانية فقرة ب من القانون البحريني، والتي جاء فيها أنه « تتمتع بالحماية المقررة بموجب أحكام هذا القانون المصنفات ..... ب - برامج الحاسب، سواءً كانت بلغة المصدر أو بلغة الآلة ».

في حين نصت المادة الثانية فقرة (ك) من التشريع الكويتي على حماية مصنفات الحاسب الآلي بحيث تشمل هذه الحماية البرامج والقواعد البيانات وما يماثلها، قريب من ذلك نص المادة ٢ فقرة ٢ من التشريع الإماراتي والتي نصت على حماية برامج الحاسب وتطبيقاتها . وقواعد البيانات ، وما يماثلها من مصنفات تحدد بقرار من الوزير .

وتنقسم برامج الحاسب إلى ثلاثة أنواع: الأول: برنامج المصدر، وهي الأوامر التي يضعها المبرمج أو مؤلف البرنامج وتكون مفهومه له لكنها غير مفهومه للآلة ( الكمبيوتر كجهاز مادي ) .

والثاني: برنامج الآلة، ( ويطلق عليه برنامج الهدف ) وهو عكس مفهوم برنامج المصدر تماماً. إذ

١. حيث تضمنت هذه الاتفاقيات النص على تمتع برامج الحاسوب بالحماية القانونية باعتبارها مصنفات أدبية وهو ما قرره المادة ٤ من معاهدة الويبو ١٩٩٦ بشأن حق المؤلف والتي نصت على تطبيق تلك الحماية على برامج الحاسوب أياً كانت طريقة التعبير عنها أو شكلها، كما منحت اتفاقية تريبس الحماية القانونية بموجب المادة ١٠ منها - لبرامج الحاسوب سواء أكانت بلغة المصدر أو بلغة الآلة باعتبارها مصنفات أدبية بموجب معاهدة بيرن.

تدركه الآلة وتستطيع التعامل معه وتشغيله. والنوع الثالث من هذه البرامج هو برامج ذات غرض تحويلي أو ما يطلق عليه برامج ترجمة. وهي برامج تربط بين برنامجي المصدر والآلة. وبموجبها تتحول برامج المصدر إلى برامج آلة.

ومن نافذة القول أن نشير إلى أن الخوارزميات - وهي العناصر والرموز الرياضية التي يتكون منها بناء البرنامج كالأفكار والحقائق العلمية ليست محلاً للحماية لأنها ليست موضعاً للاستثناء حسبما تقضي به المادة ٩/٢ من اتفاقية ترينس(١)، فالحماية القانونية تشمل برامج الحاسب الآلي طالما أنها خرجت من نطاق الأفكار وتم التعبير عنها بشكل أو بآخر، والخوارزم مجرد إجراء منطقي يدخل في تكوين البرنامج ولكنه لا يعدو كونه فكرة، والأفكار تخرج من نطاق الحماية(٢)، ويخرج من نطاق الحماية أيضاً لغة البرمجة لأن هذه اللغة كالأفكار وهي من حق الجميع، ما لم تكن لغة برمجة جديدة لها شكل مميز، ففي هذه الحالة تكون جديدة بالحماية القانونية

### موقف الفقه من برامج الحاسب الآلي(٣):

**الرأي الأول:** يرى البعض أن برامج الحاسب الآلي تظهر فيها شخصية المؤلف بوضوح في كل مراحل إعدادها سواء في مرحلة التحليل أو البرمجة، وتفسير ذلك: أنه في مرحلة التحليل قد يتم البرنامج في شكل مكتوب، وتتوافر الإبتكارية في هذه المرحلة من خلال ما يقوم به المبرمج عند ترتيبه لتسلسل العمليات، فهو في هذه المرحلة اشبه بالسيناريو، والأخير هو عبارة عن وضع تسلسل لعمليات ومناظر مختلفة، وهو لا يقل أهمية في التنفيذ النهائي للعمل عن دور مؤلف القصة.

أما في مرحلة البرمجة: والتي تعتمد على التعامل مع لغة من لغات المعلوماتية، وتتمثل الإبتكارية في هذه الحالة في كيفية اختيار اللغة أو الصيغة التي يكتب بها البرنامج، فبعد عملية التحليل يتم اختيار اللغة التي يبرمج بها، وهذا الاختيار يختلف من مبرمج لآخر، الأمر الذي يعني أن عملية اختيار اللغة في حد ذاتها أمر مهم وابتكاري(٤).

١. مع ملاحظة أن هناك فرق بين حماية الخوارزم ذاته وحماية أسلوب عرضه إذا كان مبتكراً. والآخر يدخل ضمن نطاق الحماية. د. شحاته شلقامى - مرجع سابق - ص ٢٧٠
٢. تفصيل هذه الآراء. د. شحاته شلقامى - مرجع سابق - ص ٢٧٠ وما بعدها
٣. مع ملاحظة أن هناك رأي يفرق بين برامج المصدر وبرامج الهدف، حيث يرى أن الإبتكار يظهر جلياً في برامج المصدر حيث يختار الإنسان لغة معلوماتية متطورة ليصنع بها البرنامج كلفة Fortran . Basic أما في برامج الهدف فلا يظهر دور الإنسان فيها حيث أن الآلة هي التي تحول برامج المصدر إلى برامج الهدف اتوماتيكياً دون ابتكاره. د. شحاته شلقامى - مرجع سابق - ص ٢٧٠
٤. ويقصد بهذه المجموعات - كما أوضحها المشرع البحريني - « كل إنتاج من المآثورات الشعبية الشفوية أو الموسيقية أو الحركية أو الملموسة يتمثل في عناصر متميزة تعكس التراث الشعبي التقليدي الذي نشأ أو تم تطويره وتواتر الحفاظ عليه في منطقة جغرافية معينة والذي لا يمكن نسبته إلى مؤلف معلوم، ويشمل بوجه خاص التعابير التالية: أ- الحكايات والأمثال والألغاز والأشعار الشعبية. ب- الأغاني الشعبية المصحوبة بموسيقى. ج- الرقصات والعروض الشعبية، ( المادة الأولى من قانون حق المؤلف البحريني) قريب من ذلك نص المادة الأولى من التشريع القطري والتي جاء فيها « الفولكلور الوطني: كل تعبير يتمثل في عناصر متميزة للتراث التقليدي الفني الذي نشأ أو استمر في أراضي دولة قطر ويعكس تراثها الفني، وبوجه خاص التعبيرات الآتية: ١ - التعبيرات الشفوية مثل الحكايات والأشعار الشعبية والأحاجي.

**الرأي الثاني:** يرى أنصاره أن برامج الحاسب الآلي لا تتضمن معنى الابتكار التقليدي (البصمة الشخصية) وبالتالي لا يمكن حمايتها بقانون حماية المؤلف، وإذا كان لابد فيجب تحديث معنى الابتكار .

## الفرع الرابع المصنف المشتق

يفترض المصنف المشتق قيام المؤلف بابتكار مصنفاً يستمد أصله من مصنف آخر سابق الوجود أو على عناصر منه، ومن أمثلة ذلك ترجمات المصنفات والتوزيعات الموسيقية وتجميعات المصنفات، ومجموعات التعبير الفلكلوري (١). ويدخل ضمنها أيضاً قواعد البيانات المقروءة سواء من الحاسب أو من غيره. ويشترط لحماية هذه المصنفات عدة شروط، كما أن لها عدة صور، وسنتناول في هذا الفرع هذه الشروط، وتلك الصور مخصصين لكل منها غصناً مستقلاً.

## الغصن الأول مفهوم المصنف المشتق وشروط حمايته

لقد عرفت المادة الأولى من القانون البحريني المصنف المشتق بأنه « المصنف الذي يستمد أصله من مصنف آخر سابق الوجود أو من تعابير الفلكلور» (٢)، وعرفته المادة الأولى من القانون الإماراتي بأنه «المصنف الذي يستمد أصله من مصنف سابق للوجود كالترجمات، ويعد كذلك مجموعات المصنفات الادبية والفنية ومجموعات التعبير الفلكلوري ما دامت مبتكرة من حيث ترتيب أو اختيار محتوياتها». ومن نافذة القول أن نشير إلى أن التشريعات الخليجية - عدا التشريع البحريني والإماراتي على ما سبق بيانه - قد جاءت خلواً من ثمة تعريف للمصنف المشتق، واكتفى بعضها بالإشارة إلى بعض صور هذا النوع من المصنفات، وهو ما سنتناوله في الغصن الثاني من هذا الفرع. ولا ريب أن المصنف المشتق ملك للمؤلف الذي أعده بشرط عدم الإخلال بحقوق مؤلف المصنف الأصلي. وبإمعان النظر في التعريفات السابقة نجد أنه يشترط لوجود المصنف المشتق توافر شرطين:

### ١ - الاستعانة بمصنف سابق:

ويقصد بهذا الشرط أن يكون المصنف مشتقاً من مصنف آخر سابق الوجود ويطلق عليه المصنف

١. قريب من ذلك نص المادة ١٣٨ فقرة ٦ من قانون حماية الملكية الفكرية المصري، في حين عرفته المنظمة العالمية للملكية الفكرية بأنه مصنف مبتكر استناداً إلى مؤلف آخر سابق له وتكمن أصالته سواء في وضع اقتباس للمصنف السابق له أو في العناصر الإبداعية لترجمته إلى لغة مختلفة ويتمتع المصنف المشتق بالحماية دون المساس بحق المؤلف على المصنف السابق له. وقد عرفت المادة ١١٣-٢ من قانون حماية الملكية الفكرية الفرنسي المصنف المشتق بأنه المصنف الذي يدمج فيه مصنف سابق دون مشاركة من جانب مؤلف هذا المصنف الأخير.

٢. د. سعيد عبد السلام - مرجع سابق - ص ٦٧، د. شعاعه شلقامي - مرجع سابق - ص ٧٥. د. صبري خاطر - مرجع

الأصلي، فيستعين مؤلف المصنف المشتق بالمصنف الأصلي بحيث يتم الدمج بين المصنفين، وقد يكون الدمج مادياً كما قد يكون فكرياً، فهو يكون مادياً إذا استعان المؤلف بأفكار المؤلف الأول بنقل محتوى مصنفه كما هو مقتصر على وضع بعض الإضافات عليه، أو ينقل محتوى المصنف السابق أو جزء منه إلى المصنف المشتق ثم يشرحه ويعلق عليه، في حين يكون الدمج فكرياً إذا استعان المؤلف بالفكرة العامة لسابقه وقام بعمل تعديل أو تغيير جذري في المصنف، كالمترجم (١).

على أن الاستعانة بمصنف سابق في المصنفات المشتقة تفترض بديهياً إنفراد المؤلف في المصنف الجديد، بحيث لا يشترك معه المؤلف الأصلي، ولا يخضع مؤلف المصنف الجديد عند دمج مصنفه بالمصنف السابق إلى أي إشراف أو توجيه أو تدخل من قبل المؤلف السابق ويعني ذلك أنه لا بد أن لا يكون هناك اشتراك بين مؤلفي المصنفين وإلا كنا بصدد مصنف مشترك.

## ٢ - أن يكون العمل الفكري مبتكراً:

ويعني ذلك أنه لا بد وأن يكون العمل الذي قام به مؤلف المصنف المشتق - الدمج المادي أو الفكري للمصنفين - مبتكراً وليس مجرد ترتيب للمصنف، فإذا كان المصنف الجديد خالياً من ثمة ابتكار، كان غير جدير بالحماية القانونية، وتحديد ما إذا كان هناك ابتكار من عدمه لسلطة قاضي الموضوع (٢).

## الفصل الثاني

### صور المصنفات المشتقة

تعددت صور المصنفات المشتقة التي قررت التشريعات المقارنة حمايتها، ومن أهم هذه الصور الآتي:

أ- الترجمات والاقْتباسات والتوزيعات الموسيقية والتحويلات.

ب- مجموعات المصنفات وتعابير الفلكلور، كالموسوعات والمختارات، وقواعد البيانات سواء كانت في

١ . وتطبيقاً لذلك فقد تصدت محكمة النقض المصرية بصدد المنازعة حول إعادة طبع كتاب « صحيح الإمام مسلم بشرح النووي »، وهو كتاب أصبح متاحاً لمن يشاء أن ينقل عنه لسقوطه في الملك العام، ولقد انتهت محكمة النقض المصرية في هذا النزاع إلى التزام القضاء بهذا المعيار على أن تحديد مدى الابتكار والتميز في المصنف المشتق يخضع لسلطة قاضي الموضوع. حيث قررت المحكمة أنه « إنه وإن كان الأصل أن مجموعات المصنفات القديمة التي ألت إلى الملك العام بانقضاء مدة حمايتها إذ أعيد طبعها ونشرها لا يكون لصاحب الطبعة الجديدة حق المؤلف عليها، إلا أنه إذا تميزت هذه الطبعة عن الطبعة الأصلية المنقول عنها بسبب يرجع إلى الابتكار أو الترتيب في التنسيق أو بأي مجهود آخر ذهني يتسم بالطابع الشخصي فإن صاحب الطبعة الجديدة يكون له عليها حق المؤلف، ويتمتع بالحماية المقررة لهذا الحق، إذ لا يلزم لإضفاء هذه الحماية أن يكون المصنف من تأليف صاحبة وإنما يكفي أن يكون عمل واضعه حديثاً في نوعه و متميزاً بطابع شخصي خاص بما يضمن عليه وصف الابتكار .. و هذه القواعد التي قررها الفقه والقضاء من قبل صدور القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٤٥ الخاص بحماية حق المؤلف قد قننها هذا القانون بما نص عليه في المادة الرابعة منه . فإذا كانت محكمة الموضوع قد سجلت - وفي حدود سلطتها التقديرية - أن المطعون ضده مهد لكتابه بمقدمة بقلمه تتضمن تراجم للمؤلف الأصلي للكتاب وللشارح له استقى عناصرها من أمهات الكتب القديمة ولم يكن لها نظير في الطبعة الأصلية التي نقل عنها، وأن كتاب المطعون ضده يتميز عن هذه الطبعة بترتيب خاص فريد في نوعه وبفهرس منظم وأنه أدخل على الطبعة الأصلية تنقيحات أجراها أحد العلماء المختصين، فإن هذا الذي سجلته محكمة الموضوع تتوفر فيه عناصر الابتكار الذي يتسم بالطابع الشخصي لصاحبه، ولا يكون على المحكمة بعد ذلك معقب فيما انتهت إليه من اعتبار المطعون ضده مستاهلاً للحماية المقررة لحق المؤلف .. طعن رقم ١٣، س ٢٩٠، جلسة ٠٧ / ٠٧ / ١٩٦٤، مكتب فني س ١٥

٢ . رقية عواشرية - الحماية القانونية لحق المترجم والمصنفات المترجمة في الوطن العربي والتحديات الراهنة - مجلة علوم

شكل مقروء من الحاسب أو بشكل آخر، إذا كانت هذه المجموعات أو قواعد البيانات مبتكرة من حيث اختيار أو ترتيب محتوياتها.

وتجدر الإشارة إلى أن الصور التي ورد ذكرها في التشريعات الخليجية قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، وسنتناول فيما يلي صورتين من صور المصنفات المشتقة، هما أعمال الترجمة، و مجموعات المصنفات وتعابير الفلكلور.

**أولاً: أعمال الترجمة:** لا ريب أن الترجمة ظلت ولا زالت أداة للتواصل بين الشعوب و الحضارات، وبعد أن كانت مجرد نقل من لغة إلى أخرى أو مجرد هواية، أضحت علماً و فناً يسمى علم الترجمة (١)، ويقصد بالترجمة « التعبير عن أية مصنفات شفوية أو مكتوبة بلغة غير لغة النص الأصلية» (٢). أما المترجم فيقصد به ذلك الشخص الذي يقوم بفك رموز الرسائل المرسله في لغة و يعيد تركيبها في لغة أخرى (٣)، وللمترجم حق على مصنفه منحه إياه المشرع الخليجي، حيث اعتبره مؤلفاً (٤)، على الرغم من أن تأليفه ليس خالصاً وإنما هو بمثابة تحويل المصنف من لون إبداعى إلى لون آخر، إلا أن اكتسابه وصف المؤلف مقرون ببذله مجهوداً ملحوظاً في الترجمة، بحيث لا يقف عند الترجمة الحرفية لكلمات المصنف السابق، وإنما عليه أن يبدع ويبتكر في استخدام الكلمات والمرادفات المناسبة، والتي تعبر عن أحاسيسه كمؤلف (٥). هذا وبالنظر إلى كون المصنف المترجم مشتقاً من المصنف السابق لذا استلزم القانون استئذان المؤلف الأصلي قبل الترجمة، والحصول على إذن كتابي منه بذلك، كما أنه يلتزم عند تعديل المصنف وفقاً لأسلوبه أن يحترم المصنف بحيث لا يكون من شأن التعديل الإساءة لصاحب المصنف الأصلي، كما يجب عليه أن يشير إلى مواطن الحذف والتغيير، حتى لا يشكل عمله اعتداءً على حق المؤلف الأصلي.

### المبحث الثالث

#### أنواع المصنفات المحمية

#### بالنظر إلى أفراد أصحابها بإبداعها

#### تمهيد وتقسيم:

تناولنا فيما سبق أنواع المصنفات المحمية من حيث الفن الذي تتناوله (موضوعه)، على الجانب الآخر يمكن تقسيم المصنفات المحمية من حيث صاحبها، أي بحسب ما إذا كان قد انفرده بتأليفها وإعدادها، أم اشترك مع غيره في ذلك، إلى مصنف فردي، ومصنف مشترك. فضلاً عن المصنف الجماعي، ونستعرض هذه المصنفات فيما يلي بإيجاز مخصصين لكل منها مطلباً مستقلاً، وذلك على النحو التالي:

#### المطلب الأول: المصنف المنفرد.

#### المطلب الثاني: المصنف المشترك.

#### المطلب الثالث: المصنف الجماعي.

١. وهو التعريف الذي تبنته المنظمة العالمية للملكية الفكرية. د. شحاته شلقامي - مرجع سابق - ٨٠

٢. د. رقية عواشيرة - مرجع سابق - WWW.ULUM.NL

٣. ويعني ذلك أن يكون للمترجم حقاً أدبياً في أن تنسب ترجمته إليه وحده دون سواه، ويكون له الحق كمترجم - بعد موافقة المؤلف -

في الحذف أو التغيير احتراماً لما تقتضيه طبيعة المصنف الجديد. د. حسام لطفي - مرجع سابق - ص ٦٢

٤. د. شحاته شلقامي - مرجع سابق - ٨١

## المطلب الأول المصنف الفردي

يعتبر المؤلف منفرداً إذا قام بابتكار المصنف وحده دون أن يشترك معه غيره بحيث تؤول إليه كافة حقوق الملكية الفكرية، المالية منها والأدبية، فهو المهيمن والمبدع للمصنف، وهو الذي يضع فكرته وينقلها من محض فكرة إلى نموذج مادي محسوس، ويعني ذلك أن المصنف يعتبر فردياً إذا انفرد بوضعه شخص واحد دون أن يسهم معه غيره. وهنا يثور التساؤل بشأن ما إذا كان من الممكن أن ينفرد الشخص الاعتباري بتأليف المصنف أم يلزم أن يكون مؤلف المصنف الفردي شخصاً طبيعياً.

للإجابة على هذا التساؤل نستعرض التعريفات التي تبنتها التشريعات الخليجية محل المقارنة للمؤلف، فضلاً عن التعريفات الفقهية له، ونلي ذلك ببيان مدى صلاحية الشخص الاعتباري لكي يكون مؤلفاً.

**أولاً:** تعريف المؤلف في التشريعات الخليجية: لقد أهتمت التشريعات الخليجية بتحديد المقصود بالمؤلف، فعرفه المشرع البحريني في المادة الأولى من القانون البحريني رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٦ بشأن حماية حقوق المؤلف بأنه « الشخص الطبيعي الذي ابتكر المصنف»، وهو ذات التعريف الذي تبناه المشرع القطري في المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف القطري، وقريب من ذلك تعريف المشرع العماني له في المادة الأولى من قانون حماية حق المؤلف والتي جاء فيها أنه يقصد بالمؤلف « الشخص الطبيعي الذي أبدع المصنف »، ويظهر من هذه التعريفات أن المؤلف لا بد وأن يكون شخصاً طبيعياً.

على الجانب الآخر، عرفت المادة الأولى من نظام حق المؤلف السعودي المؤلف بأنه « الشخص الذي ابتكر المصنف». في حين عرفته المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٩ في شأن حقوق الملكية الفكرية الكويتي بقولها « ويعتبر مؤلفاً الشخص الذي يبتكر المصنف أو ينسب إليه عند نشره سواء أكان ذلك بذكر اسمه على المصنف أو بأي طريقة أخرى إلا إذا قام الدليل على خلاف ذلك». قريب من ذلك تعريف المشرع الإماراتي للمؤلف بأنه « الشخص الذي يبتكر المصنف. ويعد مؤلفاً للمصنف من يذكر اسمه عليه، أو ينسب إليه عند نشره بأعباره مؤلفاً له، ما لم يقم الدليل على غير ذلك. كما يعتبر مؤلفاً للمصنف من ينشره بدون اسم أو بأسم مستعار أو بأية طريقة أخرى بشرط ألا يقوم شك في معرفة حقيقة شخصية المؤلف، فإذا قام الشك اعتبر ناشراً أو منتجاً للمصنف، سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً، نائباً عن المؤلف في مباشرة حقوقه إلى أن يتم التعرف على حقيقة شخصية المؤلف». ( المادة الأولى من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة الإماراتي)(١).

ويستفاد من هذه التعريفات أنها اعتبرت الشخص مؤلفاً للمصنف إذا ابتكر المصنف دون أن تميز بين الشخص الطبيعي والشخص الاعتباري، حيث لم تحدد التشريعات المشار إليها طبيعة هذا الشخص وما إذا كان من اللازم أن يكون طبيعياً أم من الممكن أن يكون اعتبارياً.

١ وهو ذات ما قرره المشرع المصري في المادة ١٣٨ من قانون حماية الملكية الفكرية والتي تضمنت النص على أنه « المؤلف الشخص الذي يبتكر المصنف، ويعد مؤلفاً للمصنف من يذكر اسمه عليه أو ينسب إليه عند نشره بأعباره مؤلفاً له ما لم يقم الدليل على غير ذلك. ويعتبر مؤلفاً للمصنف من ينشره بغير اسمه أو بأسم مستعار بشرط ألا يقوم شك في معرفة حقيقة شخصه ».



أما إذا ولينا وجوهنا شطر الفقه، فسنجد أن الفقهاء قد حرصوا في مؤلفاتهم على تعريف المؤلف، فأدلى كل منهم بدلو، فتعددت التعريفات بتعدد الفقهاء، وهذه التعريفات تتفق إلى حد بعيد في المعنى، وإن اختلفت في اللفظ، فهناك من عرف المؤلف بأنه ذلك الشخص الذي يبتكر المصنف (١). وهناك من عرفه قائلاً « أن لفظ المؤلف يشمل كل من وضع مصنفاً مبتكراً من نتاج ذهنه أياً كان نوعه وأهميته وطريقة التعبير عنه، طالما كان على قدر من الابتكار» (٢).

**ثانياً:** مدى صلاحية الشخص الاعتباري لكي يكون مؤلفاً: يظهر لنا من التعريفات التي تبناها المشرع الخليجي للمؤلف، أنه أخذ بأحد مسلكين، الأول: يقصر صفة المؤلف على الشخص الطبيعي دون الاعتباري، وقد أخذ بهذا المسلك المشرع البحريني والقطري والعماني، أما الثاني: فيرى صلاحية الشخص الاعتباري لاكتساب صفة المؤلف، فالمؤلف - وفقاً لهذا المسلك - قد يكون شخصاً طبيعياً كما قد يكون شخصاً معنوياً؛ ويعتبر المؤلف شخصاً طبيعياً إذا كان النشاط الفكري المنسوب إليه هو من مبتكرات عقله في حين يكون شخصاً اعتبارياً عندما يتكفل بنشر المصنف الذي اشتركت في وضعه جماعة بتوجيهه وتحت إدارته وباسمه بحيث يندمج في هدف عام مشترك دون أن يكون من الممكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة ( وهو ما يطلق عليه المصنف الجماعي )، وقد أخذ بهذا المسلك صراحة المشرع الكويتي في المادة ٢٦ من قانون حق المؤلف (٣)، والمشرع الاماراتي في المادة ٢٦ من قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة (٤)، والمشرع السعودي في المادة التاسعة فقرة ٣ من نظام حماية حقوق المؤلف السعودي (٥).

وقد انقسم الفقه بشأن ذلك إلى قسمين، فيرى البعض صلاحية الشخص الاعتباري لكي يكون مؤلفاً استناداً للنصوص المشار إليها (٦) ويرى البعض الآخر - وهو ما نؤيده - أن المؤلف لا يمكن أن يكون إلا شخصاً طبيعياً (٧)، فمن ناحية أولى، فإن الشخص المعنوي وإن كان المشرع قد اعترف له بكافة حقوق الشخص الطبيعي إلا أن هناك من الحقوق ما هو لصيق بشخص الإنسان - الشخص الطبيعي - ومن

١. د. شحاته شلقامي - مرجع سابق - ص ١١٤
٢. د. كمال سعدي - مرجع سابق - ص ٨٨
٣. حيث نصت المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف الإماراتي على أن « يكون للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجهه بابتكار المصنف الجماعي أن يباشر وحده حقوق المؤلف الادبية والمالية عليه ما لم يكن هنالك اتفاق بخلاف ذلك».
٤. حيث نصت المادة ٢٦ من قانون حماية حق المؤلف الإماراتي على أن « يكون للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجهه بابتكار المصنف الجماعي أن يباشر وحده حقوق المؤلف الادبية والمالية عليه ما لم يكن هنالك اتفاق بخلاف ذلك ».
٥. وقد نصت المادة ٩ فقرة ٣ من نظام حماية حق المؤلف السعودي على أن « المصنف الجماعي هو المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه من شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة، ويعتبر الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجهه ونظم ابتكار هذا المصنف مؤلفاً، ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف».
٦. من هذا الرأي د. كمال سعدي - مرجع سابق - ص ٩٢، د. سعيد سعد عبد السلام - الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠٤ - ص ١١ د. حسام لطفي - مرجع سابق - ص ٣٥
٧. انظر تفصيلاً الحجج التي قال بها الرأي المعارض لاكتساب الشخص الاعتباري صفة المؤلف، د. صبري خاطر - مرجع سابق - ص ٣٧، حيث يقول سيادته « إن الاعتراف بوصف المؤلف للشخص المعنوي يؤدي إلى سلب المؤلف الحقيقي ابتكاره ونقله إلى شخص لا يمتلك القدرة على الابتكار. بل ويفرغ الحق الأدبي من مضمونه ويحوّله إلى سلعة للتداول ..... ».

هذه الحقوق، الحقوق الأدبية المقررة لمؤلف المصنف كحق الأبوة ونسبة المصنف إليه وغيرها، وهذه الحقوق لا يمكن أن يتمتع بها الشخص المعنوي.

ومن ناحية ثانية، فإن الابتكار لا يصدر إلا عن كائن حي له ميزة العقل والتفكير، ومن المسلم به أن الشخص المعنوي، وأن كان من أشخاص طبيعيين إلا أنه مستقل عنهم قانوناً، على نحو لا يمكن القول معه بوجود عقل مميز لهذا الشخص، ولا خلاف على أن طبيعة المصنف تستلزم وجود شخص لديه العقل والقدرة على إبداعه(١)

## المطلب الثاني المصنف المشترك

### تمهيد وتقسيم:

بادئ ذي بدء يلزم الإشارة إلى أن المصنف قد يكون نتاجاً لفكر وإبداع شخص واحد، كما أنه قد يكون ثمرة اشتراك أكثر من مؤلف، وقد تعرفنا في المطلب الأول من هذا المبحث على المصنف الفردي، ونستعرض في هذا المطلب أحكام المصنف المشترك، هذا ولقد تناول المشرع الخليجي بالتفصيل المصنفات المشتركة محدداً المقصود منها ومبيناً أحكامها، وهو ما سنعرضه فيما يلي مخصصين لذلك الفرعين التاليين:-

**الفرع الأول:** المقصود بالمصنف المشترك.

**الفرع الثاني:** أحكام المصنف المشترك.

## الفرع الأول المقصود بالمصنف المشترك

لقد حرص المشرع الخليجي في معظم التشريعات محل المقارنة على تحديد المقصود بالمصنف المشترك، فعرّفه المشرع البحريني في المادة الأولى من قانون حماية حقوق المؤلف بأنه «المصنف الذي ساهم في ابتكاره أكثر من مؤلف، سواء أمكن فصل مساهمة كل منهم فيه أو لم يمكن، والذي لا يندرج ضمن المصنفات الجماعية»، وهو ذات التعريف تقريباً الذي تبناه المشرع الاماراتي، في المادة الأولى من قانون حقوق المؤلف(٢)، ودمج المشرع العماني تعريف المصنف المشترك مع أحكامه حيث عرفه في المادة الأولى من قانون حق المؤلف بأنه « المصنف الذي يشترك في تأليفه أكثر من شخص فإذا لم تكن هناك إمكانية لفصل نصيب أي منهم في العمل المشترك عن نصيب الآخرين اعتبر الجميع أصحاب المصنف بالتساوي فيما بينهم إلا إذا اتفق على غير ذلك. أما إذا أمكن فصل نصيب كل منهم كان لكل من المشتركين الحق في استغلال الجزء الذي ساهم به على حدة بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك».

١. د. صبري خاطر - مرجع سابق - ص ٢٧

٢. حيث نصت المادة الأولى من التشريع الإماراتي على أن « المصنف الذي يساهم في وضعه عدة اشخاص سواء امكن فصل نصيب كل منهم فيه او لم يمكن ، والذي لا يندرج ضمن المصنفات الجماعية».

وأخيراً فقد عرفه المشرع القطري بأنه « المصنف الذي يساهم في إخراج مؤلفان إثنان أو أكثر ويمكن فصل عمل كل منهم وتمييزه على حده» ( المادة الأولى من قانون حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة ) على خلاف النهج الذي انتهجه المشرعون في التشريعات المشار إليها نجد أن المشرع السعودي والكويتي قد اكتفيا ببيان أحكام هذا المصنف دون أن يحددا المقصود منه.

ويظهر لنا من التعريفات السابقة أن التشريعات الخليجية - فيما عدا التشريع القطري - قد قسمت الاشتراك في المصنف إلى نوعين، الأول: الاشتراك المطلق، ويتمثل الاشتراك في هذا النوع من المصنفات في ذوبان شخصية جميع المؤلفين في المصنف على نحو لا يمكن الفصل فيه بين إسهام وإبداع كل منهم، ومن أمثلة ذلك اشتراك أكثر من فنان في نحت تمثال ففي هذا المصنف لا يمكن فصل عمل كل واحد من المشاركين فيه، أما النوع الثاني: ( الاشتراك النسبي ) فيتمثل في اشتراك أكثر من مؤلف في تأليف المصنف على نحو لا يندمج مساهمة كل منهم بمساهمة الآخر ويمكن تمييزه وفصله، ومن أمثلة ذلك المصنفات السمعية البصرية، التي يشترك في إعدادها أكثر من مؤلف.

أما المشرع القطري فقد قصر المصنفات المشتركة على النوع الثاني فقط ( الاشتراك النسبي )، حيث اعتبر المصنف المشترك هو الذي يساهم في إخراج مؤلفان إثنان أو أكثر ويمكن فصل عمل كل منهم وتمييزه على حده، فإذا اندمجت مساهمة المؤلفين على نحو لا يمكن فصل عمل كل منهم عن الآخر لا يعتبر هذا المصنف من قبيل المصنفات المشتركة، وهو قول محل نظر لتعارضه مع نصوص التشريع القطري الذي ميز المصنف المشترك المطلق عن المصنف المشترك النسبي في الأحكام التي يخضع لها كل منهما.

ويظهر لنا كذلك أن المشرع الخليجي قد حرص على التأكيد على أن المصنفات المشتركة لا تدخل ضمن المصنفات الجماعية، وأراد بذلك استبعاد فكرة الشخص الموجه الذي يقوم بالتنسيق بين المؤلفين عند وضع المصنف(١).

ومن أمثلة المصنفات المشتركة بنوعيتها، تأليف كتاب مشترك بين عدة مؤلفين في القصة القصيرة أو الشعر أو النثر أو الخرائط المعمارية أو إعداد بحث علمي أو بحث قانوني أكاديمي لأغراض الدراسة الجامعية ومن هذه الأنواع أيضاً المصنفات التي تستوجب طبيعتها أن يشارك فيها عدد من المؤلفين لغرض الإخراج أو الأعداد كالمصنفات الموسيقية أو التمثيلية أو المسرحية، وفي جميع الأحوال لا يعد شريكاً في المصنف من يسدي نصيحة أو يطرح فكرة مجردة لا تظهر في تعبير إبداعي أو يقوم بتعديل المصنف بإضافة لاحقة دون اتفاق، فالأول لم يعبر عن فكرته، فلم تخرج إلى حيز الوجود المحسوس، والثاني يعتبر مؤلفاً لمصنف مشتق.

## الفرع الثاني أحكام المصنف المشترك

لقد أثارَت المصنفات المشتركة العديد من الإشكاليات التي تتعلق بتحديد أحكام هذا النوع من المصنفات، ومن ذلك الآتي، ما هو القدر الذي يقع عليه حق كل من المشتركين في المصنف المشترك؟ وهل

يجوز لكل شريك أن يقوم باستغلال أدائه في المصنف منفصلاً عن باقي المشتركين معه في عمل هذا المصنف؟

عالجت التشريعات الخليجية هذه الإشكالية، مفرقةً بين فرضين. الفرض الأول: الاشتراك المطلق، ويتمثل هذا الفرض في حالة اشتراك أكثر من مؤلف في إعداد المصنف على نحو يتعذر معه تحديد نصيب كل منهم في العمل المشترك، أما الفرض الثاني: الاشتراك النسبي فيتمثل في حالة إمكان فصل نصيب كل مشترك في هذا المصنف عن نصيب غيره.

**أولاً: أحكام الاشتراك المطلق:** الاشتراك المطلق يعني - كما سبق القول - ذوبان شخصية جميع المؤلفين في المصنف على نحو لا يمكن الفصل فيه بين إسهام وإبداع كل منهم، وفي هذا النوع من الاشتراك، يقوم أكثر من مؤلف بالاشتراك في تأليف مصنف، فيمتزج كل عمل بالآخر، كحالة المصمم المعماري الذي يشترك مع آخر في تصميم نموذج مصغر لمبنى، والنحات الذي يشترك مع آخر في نحت تمثال (١).

ويمكن استظهار أحكام المصنف المشترك المطلق من خلال عرض نصوص التشريعات الخليجية بهذا الخصوص، ففي التشريع البحريني نجد أن المادة ٣٢ فقرة ١ قد نصت على أن « إذا ساهم أكثر من شخص في تأليف مصنف مشترك، اعتبر الجميع أصحاب الحق في المصنف بالتساوي فيما بينهم، ولا يجوز لأحدهم الانفراد بمباشرة حقوق المؤلف بشأن هذا المصنف، وذلك كله ما لم يتفق كتابة على خلافه»، وأضافت الفقرة الثانية من ذات المادة حكماً آخر (٢) حيث نصت على أن « ولكل من الشركاء في المصنف المشترك الحق في رفع دعوى أمام المحكمة المختصة لاتخاذ أية إجراءات تحفظية أو لمنع التعدي على أي من حقوق المؤلف بشأن هذا المصنف».

وقد قررت ذات الحكم المادة ٢٥ فقرة ١ من التشريع الإماراتي حيث نصت على أن «إذا اشترك عدة اشخاص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب أي منهم عن الآخر اعتبر جميع الشركاء مؤلفين للمصنف بالتساوي فيما بينهم، ما لم يتفق كتابة على غير ذلك، وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم الانفراد بمباشرة حقوق المؤلف الا بإتفاق مكتوب مسبق بينهم»، وأضافت الفقرتان ٣.٤ من ذات المادة أحكاماً أخرى - وهي تسري على نوعي المصنف المشترك - حيث نصتا على أن «ولكل منهم الحق في رفع الدعاوى عند وقوع اعتداء على أي حق من حقوق المؤلف المحمية بهذا القانون، وإذا توفى أحد المؤلفين الشركاء دون خلف عام، يؤول نصيبه إلى باقي الشركاء أو إلى من خلفهم من بعدهم، ما لم يتفق كتابة على غير ذلك»، وهو ذات ما قرره المشرع القطري مع اختلاف الصياغة حيث نص في المادة ٣٣ فقرة ١ على أنه، إذا اشترك عدة أشخاص في تأليف مصنف، يكون المؤلفون المشاركون هم المالكون الأصليون للحقوق المالية في ذلك المصنف، ولا يجوز لأحد الشركاء منفرداً مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف، إلا باتفاقهم جميعاً كتابة، وإذا وقع خلاف بينهم يكون الفصل فيه من اختصاص القضاء، ولكل من المشتركين في التأليف الحق

١. ويدخل برنامج الحاسب الالى في هذه النوعية من المصنفات فلا يمكن فصل عمل أحد المؤلفين عن الآخر فضلا عن صعوبة التمييز بينهم، ومن ثم فإنه يجب أن يتفق كافة المؤلفين على طريقة استغلال البرنامج.  
٢. مع ملاحظة أن هذا الحكم يسري على نوعي المصنف المشترك، أي سواء كان اشتراكا مطلقاً أو نسبياً.

في رفع الدعوى عند وقوع أي اعتداء على حق المؤلف، كما ينتقل ذلك الحق إلى ورثة أي منهم».

أما المشرع العماني فقد قرر أن «... إذا لم تكن هناك إمكانية لفصل نصيب أي منهم في العمل المشترك عن نصيب الآخرين اعتبر الجميع أصحاب المصنف بالتساوي فيما بينهم إلا إذا اتفق على غير ذلك» ( المادة الأولى من قانون حق المؤلف العماني ).

وهي ذات الأحكام التي قررها نظام حقوق المؤلف السعودي في المادة التاسعة فقرة ١ والتي جاء فيها أنه «إذا اشترك عدة أشخاص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل دور أي منهم في المصنف يعتبرون جميعاً شركاء بالتساوي في ملكية المصنف، ولا يجوز لأي منهم منفرداً مباشرة حقوق المؤلف المقررة بمقتضى هذا النظام ما لم يتفق كتابة على خلاف ذلك».

هذا وقد كان المشرع الكويتي أكثر تفصيلاً حيث نص على أنه «إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث لا يمكن فصل نصيب أي منهم في العمل المشترك عن نصيب الآخرين اعتبر الجميع أصحاب المصنف بالتساوي فيما بينهم إلا إذا اتفق على غير ذلك كتابة، وفي هذه الحالة لا يجوز لأحدهم مباشرة الحقوق المترتبة على حق المؤلف إلا باتفاق جميع المؤلفين المشتركين فإذا وقع خلاف بينهم فيكون الفصل فيه من اختصاص المحكمة الكلية، ولكل من المشتركين في التأليف الحق في اتخاذ الإجراءات التحفظية والمستعجلة عند وقوع أي اعتداء على حق المؤلف والحق في رفع الدعوى للمطالبة بنصيبه في التعويض عن الضرر الذي لحقه بسبب هذا الاعتداء» مادة ١٨ من قانون حق المؤلف الكويتي.

ويتضح مما سبق أن الأحكام التي يخضع لها هذا النوع من المصنفات تتلخص فيما يلي:-

١. الأصل في هذا النوع من الاشتراك أن يكون نصيب كل مؤلف مشترك في ملكية المصنف مساوياً لنصيب بقية الشركاء، إلا أن هذا الحكم ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على خلاف ذلك.
٢. لا يجوز لأي مشارك في المصنف أن ينفرد بمباشرة الحقوق المترتبة عليه، إلا إذا كان هناك اتفاق بين الشركاء على غير ذلك، فإن اختلفوا ترك الأمر للمحكمة المختصة.
٣. اشترطت أغلب التشريعات محل المقارنة للاتفاق على خلاف ما ورد في هذه النصوص من أحكام أن يتم الاتفاق كتابة، ( وهو ما نص عليه القانون البحريني والإماراتي والقطري والكويتي فضلاً عن نظام حقوق المؤلف السعودي )، ويعني ذلك أن التشريع العماني هو التشريع الوحيد الذي لم يستلزم الكتابة عند الاتفاق على ما يخالف أحكام المصنف المشترك المطلق.
٤. يجوز للشريك في حالة الاستعجال الانفراد باتخاذ الإجراءات المستعجلة عند وقوع أي اعتداء على حق المؤلف، مثل الإجراءات التحفظية أو منع التعدي، ( وقد ورد هذا الحكم في القانون البحريني والكويتي والقطري والإماراتي، في حين خلا من ثمة ذكر لهذه الأحكام القانون العماني ونظام العمل السعودي ).
٥. يجوز للمؤلف المطالبة - وفقاً للقواعد العامة في القانون - منفرداً بالتعويض عن الضرر الذي لحقه لأن الضرر الذي يصيبه ما هو إلا ضرر شخصي وإن نجم عن المساس بالمصنف المشترك.

**ثانياً: أحكام الاشتراك النسبي:** يقصد بالاشتراك النسبي اشتراك أكثر من مؤلف في تأليف المصنف على نحو لا يندمج نصيب كل منهم بالآخر وبحيث يمكن تمييز مساهمة كل منهم وفصله عن

مساهمة الآخر. ومن أمثلة ذلك اشترك أكثر من شخص في تأليف كتاب نسب كل جزء من أجزائه إلى من كتبه أو عندما يشترك عدد من الأشخاص في أغنية فيكون أحدهم كاتباً للكلمات والآخر ملحنًا.

ويمكن استظهار أحكام الاشتراك النسبي من خلال استعراض نصوص التشريعات الخليجية في هذا الخصوص، حيث تضمن التشريع البحريني النص على أن «إذا كانت مساهمة كل من المؤلفين في المصنف المشترك تندرج تحت نوع مختلف من الفن ومميزة بحيث يمكن فصلها، كان لكل منهم الحق في استغلال الجزء الذي ساهم به على حدة بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك، ما لم يتفق كتابة على غير ذلك». ( مادة ٢٢ فقرة ٢ من التشريع البحريني بشأن حماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة ).

قريب من ذلك نص المادة ٢٥ فقرة ٢ من التشريع الاماراتي، والتي جاء فيها أنه « فإذا كان اشترك كل من المؤلفين يتدرج تحت نوع مختلف من الفن داخل ذات المصنف، كان لكل منهم الحق في استغلال الجزء الذي ساهم به على حدة، بشرط الا يضر ذلك باستغلال المصنف بالنسبة للباقيين ما لم يتفق كتابة على غير ذلك»، والمادة التاسعة فقرة ٢ من النظام السعودي، والتي نصت على أن «إذا اشترك عدة أشخاص في تأليف مصنف بحيث يمكن فصل دور كل منهم في المصنف المشترك، كان لكل منهم الحق في استغلال الجزء الخاص به على حدة بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك».

كذلك وردت ذات الأحكام في المادة ٣٢ فقرة ٢ من القانون القطري، والتي جاء فيها أنه « وإذا اشترك عدة أشخاص في تأليف مصنف مشترك، كان لكل منهم الحق في استغلال الجزء الخاص به على حدة، وبشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف، ما لم يتفقوا على غير ذلك»، وهو ما تضمنته أيضاً - مع اختلاف الصياغة - المادة الأولى من القانون العماني والتي نصت على أنه « ..... أما إذا أمكن فصل نصيب كل منهم كان لكل من المشتركين الحق في استغلال الجزء الذي ساهم به على حدة بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك». والمادة ١٩ من القانون الكويتي، والتي جاء فيها أنه «إذا اشترك أكثر من شخص في تأليف مصنف بحيث يمكن فصل الجزء الخاص بكل منهم كان لكل من المشتركين الحق في استغلال الجزء الذي ساهم به على حدة بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك كتابة».

### وبناء على هذه النصوص يتضح الآتي:

١. أن لكل شريك أن ينفرد في استغلال الجزء الذي ساهم به، وذلك ما دام هذا الجزء لا يندمج مع غيره، بشرط عدم الاضرار بالمصنف المشترك كما لو ساهم المشترك بنصيبه في مؤلف مشابه (١) وقد ورد هذا الحكم في كافة التشريعات محل المقارنة، مع ملاحظة أن هذا الحكم ليس من النظام العام، فيجوز الاتفاق على خلافه.
٢. - أن التشريعات الخليجية - محل المقارنة - قد انقسمت إلى قسمين فيما يتعلق باشتراط الكتابة من عدمه، حيث الزم التشريع البحريني والاماراتي والكويتي أن يكون الاتفاق بين المؤلفين على خلاف هذه الأحكام مكتوباً، على الخلاف من ذلك لم يشترط المشرع السعودي

والقطري والعماني الكتابة في هذه الحالة.

## أحكام خاصة ببعض المصنفات المشتركة:

**أ - المصنف الموسيقي:** لقد اهتم المشرع الخليجي بهذا النوع من المصنفات فوضع له أحكاماً خاصة به، ويمكن القول بداءة أن هذه المصنفات تقتضى ارتباط الموسيقى بكلمات، ففي هذه الحالة هناك ابداع الكلمة الغنائية، وهناك ابداع الموسيقى، بالإضافة إلى عمل فنان الأداء (المغني) ويظهر هذا المصنف كمصنف واحد ولكنه مشترك، ولكن بالرغم من ذلك يمكن تمييز مساهمة أي من المشتركين في هذا المصنف.

ونستعرض فيما يلي أحكام الاشتراك في هذا النوع من المصنفات من خلال عرض النصوص التشريعية في القوانين محل الدراسة: حيث تضمن القانون الكويتي النص على أن « مع عدم الإخلال بحق مؤلف الشطر الأدبي في مصنفات الموسيقى الغنائية يكون لمؤلف الشطر الموسيقي وحده الحق في الترخيص بالأداء العلني للمصنف المشترك كله أو بتنفيذه أو بنشره أو بنسخه، ويكون لمؤلف الشطر الأدبي الحق في نشر الشطر الخاص به على أنه لا يجوز له التصرف في هذا الشطر ليكون أساساً لمصنف موسيقي آخر ما لم يتفق على غير ذلك كتابة»، (المادة ٢٠ من قانون حق المؤلف الكويتي). كذلك نصت المادة ٢١ من ذات القانون على أن « في المصنفات المشتركة التي تنفذ بحركات مصحوبة بموسيقى وفي جميع المصنفات المشابهة يكون لمصمم الحركات الحق في الترخيص بالأداء العلني للمصنف المشترك كله أو بتنفيذه أو بنسخه، ويكون لمؤلف الشطر الموسيقي حق التصرف في هذا الشطر وحده على ألا يستعمل في مصنف مشابه للمصنف المشترك ما لم يتفق على غير ذلك كتابة».

وقد وردت ذات الأحكام في المادة ٣٥ من القانون القطري بشأن حماية حقوق المؤلف، حيث تضمنت النص على أن «في حالة الاشتراك في تأليف مصنفات الموسيقى الغنائية، يكون لمؤلف اللحن الموسيقي وحده الحق في الترخيص بالأداء العلني للمصنف كله، أو نشره أو عمل نسخ منه أو نقله إلى الجمهور، مع عدم الإخلال بحق مؤلف الشطر الأدبي. ويسري ذات الحكم في شأن المصنفات التي تنفذ بحركات مصحوبة بالموسيقى، وفي الاستعراضات المصحوبة بموسيقى، وفي جميع المصنفات المشابهة. ويكون لمؤلف الشطر الأدبي الحق في نشر الشطر الخاص به وحده. على أنه لا يجوز له التصرف فيه ليكون أساساً لمصنف آخر مماثل، ما لم يكن هناك اتفاق على خلاف ذلك». هذا ولم ترد مثل هذه الأحكام في باقي التشريعات الخليجية.

## ويتضح لنا من عرض هذه النصوص ما يلي: -

١ - أن المصنف الموسيقي يقتصر الاشتراك فيه على مؤلفي الشطر الأدبي (الكلمات) والشطر الموسيقي (الملحن)، ويستبعد من الاشتراك فنان الأداء (المغني) وذلك لكونه ليس مبتكراً فيقتصر دوره على نقل المصنف إلى الجمهور، كما أنه ليس معرضاً للاعتداء بعكس الكلمات والموسيقى التي يمكن استغلالها في مصنفات أخرى (١).

٢ - أعطى المشرع الكويتي والقطري لمؤلف الشطر الموسيقي وحده الحق في الترخيص والأداء العلني للمصنف الموسيقي المشترك كله أو بتنفيذه أو نشره أو بعمل نسخة منه، وذلك لأن الشطر الموسيقي هو الأساس في المصنف الغنائي، ولكن حق المؤلف الموسيقي يكون مقيداً بعدم الإخلال بحق مؤلف الشطر الأدبي أو الإساءة لسمعة المؤلف (٢).

٣ - أجاز المشرعان الكويتي والقطري لمؤلف الشطر الأدبي نشر الشطر الخاص به وحده، فلا يجوز له نشر المصنف الموسيقي كاملاً، إلا أن حق مؤلف الشطر الأدبي في نشر الشطر الخاص به مقيدٌ بالأحكام التي التصرف فيها من شأنه جعل هذا الشطر أساساً لمصنف آخر مماثل، إلا أن هذا الحكم ليس من النظام العام فيجوز الاتفاق على خلافه، مع ملاحظة أن المشرع الكويتي اشترط أن يكون الاتفاق مكتوباً، وهو ما لم يقره المشرع القطري.

٤ - لا يعد فنان الأداء ( المغني ) مؤلفاً إلا أن ذلك لا يمنع من أن له الحق في إدارة هذا المصنف والحق في اتخاذ الإجراءات اللازمة لحمايته بالقدر الذي يحقق الغرض منه وذلك لما يأتي :

- يتمتع المغني بحق مجاور على المصنف يرتبط به على نحو لا يمكن فصله عنه.
- يلعب المغني حالياً الدور الأساسي من الناحية العملية فهو بمثابة رب العمل الذي يوزع الأدوار على المشاركين.

➤ صوت المغني هو الأساس في مدى قابلية المصنف للاستغلال المالي.

**ب - المصنف السمعي البصري:** يعتبر المصنف السمعي البصري من أكثر المصنفات التي نالت اهتمام المشرع في الدول محل الدراسة عدا المشرع السعودي والعماني (٣)، فوضعا أحكاماً خاصة تحمي مؤلفه، ويفترض هذا المصنف وجود أكثر من مؤلف، قدم كل منهم فكره وإبداعه، فساهم في وضعه وإعداده، وهذا النوع من المصنفات يعد من قبيل المصنفات المشتركة اشتراكاً نسبياً، حيث يمكن تميز مساهمة كل مؤلف عن مساهمة الآخر.

ونستعرض فيما يلي أحكام المصنف السمعي البصري من خلال عرض نصوص التشريعات الخليجية في هذا الصدد:

**١ - تحديد المؤلف الشريك في هذا المصنف:** لقد حدد التشريع البحريني في الفقرة الأولى من المادة ٣٥ المؤلف الشريك في المصنف السمعي البصري، حيث تضمن النص على أنه « يعتبر مؤلفاً شريكاً في المصنف السمعي البصري كل من ساهم في ابتكار هذا المصنف، وبوجه خاص: أ- مؤلف السيناريو أو صاحب الفكرة المكتوبة للمصنف، ب- من قام بتحويل مصنف أدبي سابق الوجود بشكل يجعله ملائماً للأسلوب السمعي البصري، ج- مؤلف الحوار، د- واضع الموسيقى التصويرية إذا قام بوضعها خصيصاً للمصنف، هـ- المخرج إذا بسط رقابة فعلية وقام بعمل إيجابي من الناحية الفكرية لإنجاز المصنف». وهو

١. د. صبري خاطر - مرجع سابق - ص ٤٢، ٤٣

٢. حيث يلتزم مؤلف الشطر الموسيقي بعدم تعديل المصنف الغنائي إلا بأذن مؤلف الشطر الأدبي. وكذلك يراعي حقوقه المالية الناتجة عن الشركة. د. مختار القاضي - مرجع سابق - ص ١٤٣

٣. حيث خليا هذان القانونان من ثمة نصوص خاصة بهذه المصنفات، الأمر الذي يعني خضوعها لأحكام المصنفات المشتركة.



ذات ما تضمنه التشريع الكويتي في المادة ٢٢ منه، والتشريع الإماراتي في المادة ٢٧ فقرة ١ ، والتشريع القطري في المادة ٣٦ .

ويعني ذلك أن المصنف السمعي البصري ينشأ نتيجة لتعاون مجموعة من الأشخاص، ومساهماتهم في ابتكاره، فيدلو كل منهم بدلو، ويكون ثمرة هذا التعاون وهذه المساهمة مصنفاً يتم عرضه على الجمهور، ويبدأ المصنف السمعي البصري بفكرة ما، وهذه الفكرة قد تم التعبير عنها في صورة قصة، والقصة إما أن تكون عبارة عن مصنف موجود سلفاً لم يكتب للعرض السينمائي أو التلفاز أو أنها معدة خصيصاً لذلك ولا خلاف أن صاحب القصة يعد مؤلفاً شريكاً فهو مبتكرها(١).

ثم يأتي دور كاتب السيناريو وهو أيضاً مؤلف لأنه يقوم بإعادة صياغة الفكرة، وتحويلها من لون إلى لون آخر، فهو الذي يعد الفصول والمناظر والمشاهد. وينتقل السيناريو إلى كاتب الحوار، الذي يعد بدوره مؤلفاً شريكاً، فهو يبتدع الحوار ويضعه على ألسنة الممثلين أو يعدل السيناريو.

كذلك يعد الموسيقي مؤلفاً شريكاً حتى ولو لم توضع الموسيقى خصيصاً للمصنف، ولكن في هذه الحالة يجب التخلي عن وصف المؤلف المنفرد فلا يستطيع أن يستغل الشطر الموسيقي إلا من خلال ذلك المصنف المشترك، وباعتباره مؤلفاً شريكاً(٢)، كما يعد المخرج مؤلفاً شريكاً، على أنه يشترط لذلك أن ييسر رقابة فعلية في تحقيق المصنف وأن يساهم بعمل ايجابي من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف(٣).

على الخلاف من ذلك لا يعد المنتج من المؤلفين، لأنه لا يساهم بأى مساهمة فكرية مبتكرة، ولا يعد الممثل أيضاً مؤلفاً، فهو يحصل على أجر لقاء عمله في المصنف، كما أنه لا يبتكر عملاً فكرياً، وإن كان البعض يرى اعتباره مؤلفاً لأن بعض الممثلين ينفرد بحركات متميزة أو بطريقة معينة في التمثيل تستوجب الحماية. كذلك لا يعد مؤلفاً المصور الفوتوغرافي والقائم بعملية الدوبلاج أو التوجيه ومصمم الديكور(٤).

## ٢ - حقوق المؤلف الشريك قبل إتمام المصنف السينمائي: لقد حرص المشرع الخليجي على

حماية حق المؤلف الشريك في المصنف السمعي البصري ( السينمائي ) حتى قبل إتمام هذا المصنف، فإذا امتنع أحد الشركاء في التأليف عن إتمام الجزء الخاص به، لا يستطيع باقي الشركاء إرغامه على إتمام الجزء الخاص به، ولكنهم فقط يستطيعون استغلال ما تم إنجازه، فلهم أن يمضوا في التأليف مع إدخال

١. هناك من يعتبر القصة المعدة للفن السينمائي ابتكار مستقل بذاته مقطوع العلاقة بالقصة الأصلية التي استخرج منها الفيلم، بحيث لا يعتبر المؤلف الأصلي - بمجرد أن يأذن بتحويل مصنفه لعمل سينمائي - مؤلفاً شريكاً في المصنف السمعي البصري، ويعني ذلك أن هذا المصنف يبدأ بوضع السيناريو المستخرج من المصنف الأصلي، ولا يبدأ بتأليف القصة الأدبية. د. مختار القاضي - مرجع سابق - ص ١٤٧ إلا أن ذلك يتعارض مع ما نصت عليه التشريعات الخليجية صراحة من اعتبار المؤلف الأصلي شريكاً في المصنف السمعي البصري.

٢. ويشترط في هذه الحالة أن يؤخذ المصنف الموسيقي كما هو دون تعديل، أما إذا أجرى الموسيقي على المصنف تعديلاً اعتبر الشطر الموسيقي شطراً جديداً في المصنف السمعي البصري ولا يستلزم ذلك تخليه عن وصف المؤلف المنفرد. د. صبري خاطر - مرجع سابق - ص ٤٦.

٣. فإذا اقتصر عمل المخرج على مجرد الربط بين المناظر المختلفة وضبط الصوت واختيار الممثلين اللائقين فلا يشفع له ذلك في أن يعطى صفة المؤلف. وهو ما قضت به محكمة تجاري السين في ١٧ يناير ١٩٢٢ وتأييد من محكمة استئناف باريس في ١٠ فبراير ١٩٢٦ فيلم " دانتون " مشار إليه، د. مختار القاضي - مرجع سابق - ١٤٧ وهامش ذات الصفحة.

٤. د. صبري خاطر - مرجع سابق - ص ٤٧

هذا الجزء في المصنف حتى رغم معارضة مؤلفه، وذلك مع عدم الإخلال بما قد يكون للممتنع من حقوق ناشئة عن مساهمته في التأليف، فيظل شريكاً بهذا الجزء ويتقاضى أجراً عنه (١).

وقد وردت هذه الأحكام في المادة ٣٥ فقرة ٢ من القانون البحريني، يقابلها المادة ٢٧ فقرة ٣ من القانون الإماراتي، والمادة ٢٤ من القانون الكويتي، والمادة ٢٧ من القانون القطري. إلا أن هذه الأخيرة أضافت حكماً آخر حيث اشترطت لإمكان الاستفادة المؤلف الممتنع عن استكمال المصنف من الجزء الذي قام بتأليفه أن يكون الامتناع راجعاً إلى أسباب مقبولة، وأن تكون هذه الأسباب هي التي حالت دون إتمام العمل، أما إذا كان الامتناع دون وجود أسباب تبرر ذلك، فيحرم من أي حقوق تترتب له نظير الجزء الذي أنجزه.

**٣ - حقوق المؤلف الشريك بعد إتمام المصنف:** لم تتضمن التشريعات الخليجية عدا التشريع الكويتي والإماراتي والقطري أحكاماً خاصة بحقوق المؤلف الشريك بعد إتمام المصنف، ويعني ذلك خضوعه للأحكام العامة المنظمة للمصنفات المشتركة، فيكون جميع الشركاء متساوين في الحقوق الناشئة عن المصنف، ولا يجوز لأحدهم الانفراد بمباشرة حقوق المؤلف على هذا المصنف، إلا إذا كان المصنف المشترك تدرج المساهمة فيه تحت نوع مختلف من الفن ومميزة بحيث يمكن فصلها، ففي هذه الحالة يكون لكل شريك الحق في أن يتفرد في استغلال الجزء الذي ساهم به، بشرط عدم الاضرار بالمصنف المشترك كما لو ساهم المشترك بنصيبه في مؤلف مشابه، ويعني ذلك أن للمؤلفين أما حقوقاً مشتركة أو حقوقاً منفردة:

**أ- حقوق الاشتراك:** وهي تثبت لكافة المؤلفين في المصنف السمعي البصري بوصفه مصنفاً مشتركاً.

**ب- حقوق الانفراد:** وهي تثبت لمؤلف الشطر الأدبي والموسيقي حيث يكون لكل منهما الحق في أن يتفرد بنشر مصنفه بطريقة أخرى بشرط عدم الاضرار بالمصنف ويجوز الاتفاق على خلاف ذلك.

أما التشريع الكويتي فقد تضمن في المادة ٢٣ منه النص على حكم خاص بمؤلف السيناريو ولمن قام بتحويل المصنف الأدبي ولمؤلف الحوار وللمخرج، فأجاز لهم مجتمعين الحق في عرض المصنف السينمائي أو المعد للإذاعة أو التلفزيون رغم معارضة واضع المصنف الأدبي الأصلي أو واضع الموسيقى وذلك مع عدم الإخلال بالحقوق المدنية للمعارض المرتبة على الاشتراك في التأليف، كما تضمنت ذات المادة حكماً خاصاً بمؤلف الشطر الأدبي أو الشطر الموسيقي فحولت لهم الحق في نشر مصنفهم بطريقة أخرى ما لم يتفق على غير ذلك كتابة، وهذه الأحكام ورد النص عليها أيضاً في المادة ٢٨ من التشريع القطري، في حين اكتفى المشرع الإماراتي في المادة ٢٧ من قانون حق المؤلف بالنص على أن لمؤلف الشطر الأدبي أو الشطر الموسيقي الحق في نشر ما يخصه بطريقة أخرى غير الطريقة المنشور بها المصنف المشترك ما لم يتفق كتابة على غير ذلك.

**٤ - حقوق المنتج:** عرفت المادة الأولى من قانون حق المؤلف البحريني منتجي المصنفات السمعية البصرية بأنهم « الأشخاص الطبيعيون أو الاعتباريون الذين يتم بمبادرة منهم وعلى مسؤوليتهم إنجاز المصنفات السمعية البصرية »، في حين اعتبر المشرع الكويتي الشخص منتجاً للمصنف السينمائي أو

المصنف المعد للإذاعة أو التلفاز إذا كان هذا الشخص قد تولى إنجازها أو تحمل مسؤولية هذا الإنجاز أو كان قد وضع في متناول مؤلف المصنف الوسائل المادية اللازمة لتحقيق إخراجها، يستوي بعد ذلك أن يكون هذا الشخص طبيعياً أو اعتبارياً<sup>(١)</sup>، أما المشرع القطري فقد عرف المنتج بأنه « الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتخذ مبادرة صنع المصنف السمعي البصري أو التسجيل السمعي»<sup>(٢)</sup>.

كما عرفته المادة الأولى من قانون حق المؤلف الإماراتي بأنه « الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يوفر الامكانيات اللازمة لإنجاز المصنف السمعي البصري ، ويضطلع بمسؤولية هذا الإنجاز». واكتفى المشرع العماني بتعريف منتج المصنف السمعي<sup>(٣)</sup>، وجاء نظام حماية المؤلف السعودي خلواً من ثمة نص يحدد المقصود بمنتج المصنفات.

وعليه فالمنتج هو ممول المصنف السينمائي، فهو عادة الذي يختار الممثلين، ويعطيهم أجورهم، ويتولى توفير المستلزمات المادية اللازمة لتحقيق هذا العمل من ملابس وأثاث وأدوات يستعملها الفنانون فضلاً عن نشر المصنف... وغير ذلك من الأمور التي يتولى القيام بها، ولا يعد المنتج مؤلفاً شريكاً<sup>(٤)</sup>، حيث لم يرد ذكره ضمن المؤلفين لهذا النوع من المصنفات في نصوص التشريعات الخليجية.

هذا ولقد أعطى المشرع الخليجي للمنتج نياية قانونية عن مؤلفي المصنف السمعي البصري وخلفهم، وهو ما يظهر جلياً من استعراض نصوص التشريعات محل الدراسة، حيث نصت المادة ٣٥ في الفقرة (٥) من قانون حق المؤلف البحريني على أنه « يكون منتج المصنف السمعي البصري نائباً عن مؤلفي هذا المصنف - عدا مؤلفي المصنفات الموسيقية - بشأن استغلال حقوقهم على هذا المصنف، ما لم يتفق كتابة على غير ذلك».

وقد ورد ذات الحكم في المادة ٢٥ فقرة ٣ من قانون حق المؤلف الكويتي والتي جاء فيها أنه « ويكون المنتج خلال مدة الاستغلال المتفق عليها نائباً عن مؤلفي المصنف وعن خلفهم في الاتفاق على عرضه أو استغلاله دون الإخلال بحقوق مؤلفي المصنفات الأدبية أو الموسيقية ما لم يتفق على غير ذلك كتابة». وهو ذات ما نصت عليه المادة ٣٩ من قانون حماية حقوق المؤلف القطري<sup>(٦)</sup>، والمادة ٢٧ فقرة ٤ من قانون حقوق المؤلف الإماراتي<sup>(١)</sup>. ولم يرد مثل هذا الحكم في نظام حقوق المؤلف السعودي وكذلك في قانون

١. المادة ٢٥ الفقرة الأولى من قانون حماية المؤلف الكويتي.

٢. المادة الأولى من قانون حماية المؤلف القطري.

٣. حيث عرفه بأنه " يعد منتجاً لتسجيل سمعي الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يتكفل بالتسجيل تحت اسمه ومسؤوليته" المادة ١٧ من قانون حماية المؤلف العماني.

٤. وقد حاول رجال الصناعة أن يعطوه صفة الشريك في المصنف السينمائي بحجة أنه هو الذي يجمع بين يديه السيناريو وتعاقب المناظر والحوار والموسيقى وهو الذي يراقب الإخراج. وأخيراً بما أنفق من أمواله، وهو ما رفضه الفقه والقضاء وفي ذلك يقول الأستاذ أولانبيه بأنه إذا سمح للمنتج بذلك فيجب كذلك أن يسمح لمدير المسرح بهذه الصفة لأنه هو الذي يقوم باستلام التمثيلية ويعد الديكور وملابس الممثلين ثم ينفق فوق ذلك أموالاً طائلة. د. مختار القاضي - مرجع سابق - ص ١٥٠

٥. حيث نصت هذه المادة على أنه " يعتبر المنتج ناشراً للمصنف، ويكون طوال مدة استغلال المصنف نائباً عن مؤلفيه. وعن خلفهم، في الاتفاق على عرض المصنف واستغلاله وذلك دون الإخلال بحقوق المؤلفين في أعمالهم بطريقة أخرى، ما لم يكن هناك إتفاق على غير ذلك".

٦. والتي تضمنت النص على أنه " يكون المنتج طول مدة استغلال المصنف السمعي البصري أو السمعي أو البصري المتفق عليه نائباً عن مؤلفي هذا المصنف ، وعن خلفهم في الاتفاق على استغلاله دون الإخلال بحقوق مؤلفي المصنفات الادبية . او الموسيقية المتبتسة . او المحورة . كل ذلك ما لم يتفق كتابة على غير ذلك".

حق المؤلف العماني.

ويعني ذلك أن المنتج يكون خلال مدة الاستغلال المتفق عليها نائباً عن مؤلفي المصنف وعن خلفهم في الاتفاق على عرضه أو استغلاله دون الإخلال بحقوق مؤلفي المصنفات الأدبية أو الموسيقية ما لم يتفق على غير ذلك كتابة، كما تكون للمنتج كافة حقوق الناشر، وهو ما نصت عليه صراحة بعض التشريعات الخليجية(٢).

## المطلب الثالث المصنف الجماعي

### تمهيد وتقسيم:

تعرفنا فيما سبق على المصنف الفردي والمصنف المشترك ونختتم حديثنا عن المصنفات المحمية بحسب شخص مبتكرها، بالتعرف على أحكام المصنف الجماعي، والفرص في تلك المصنفات اشتراك أكثر من مؤلف في إعداد مصنف ما، وذلك بتوجيه من شخص آخر طبيعي أو اعتباري، فيقوم هذا الأخير بنشر المصنف تحت إدارته، ومن أمثلة ذلك الموسوعات العلمية ودوائر المعارف(٣).

والمصنف الجماعي يخضع لأحكام خاصة به تميزه عن غيره من المصنفات المشتركة، وهذه الأحكام وردت تفصيلاً في التشريعات الخليجية بشأن حماية حقوق المؤلف، وقبل التعرف على هذه الأحكام نتناول المقصود بالمصنف الجماعي، وعليه نرى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، وذلك على النحو التالي:

**الفرع الأول:** المقصود بالمصنف الجماعي.

**الفرع الثاني:** أحكام المصنف الجماعي.

## الفرع الأول المقصود بالمصنف الجماعي

لقد عرفت المادة الأولى من القانون البحريني المصنف الجماعي(٤) بأنه «المصنف الذي يساهم في ابتكاره أكثر من مؤلف بمبادرة وتوجيه شخص طبيعي أو اعتباري يتكفل بنشره باسمه وبحيث تندمج مساهمة كل منهم في تحقيق الهدف العام الذي قصده هذا الشخص»، في حين عرفته المادة الأولى من القانون الإماراتي بأنه «المصنف الذي تضعه جماعة من المؤلفين بتوجيه شخص طبيعي أو اعتباري، يتكفل بنشره باسمه وتحت إدارته، ويندمج عمل المؤلفين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص

١. المادة ٢٥ فقرة ٢ كويتي. والمادة ٣٩ قطري. والمادة ٢٧ فقرة ٤ اماراتي.

٢. شحاته شلقامى - مرجع سابق - ص ١١٥.

٣. يقابلها المادة ١٣٨ مصرى، وقد عرفته المادة ١١٣-٢ من قانون الملكية الفكرية الفرنسي بأنه المصنف الذى ينشأ نتيجة مبادرة شخص طبيعى أو معنوى يقوم بنشر المصنف تحت إدارته وباسمه وتمتاز فيه الأنسبة التى يقدمها المؤلفون بحيث لا يمكن أن يخول لكل واحد منهم حقاً مميزاً على مجموع المصنف .

٤. كأن تعهد الدولة إلى بعض المتخصصين فى علم أو فن معين بالقيام بإعداد مصنف ما فى هذا العلم أو الفن .

، بحيث يستحيل فصل عمل كل مؤلف وتمييزه على حدة».

وتعرفه المادة ٢٦ من قانون حماية المؤلف الكويتي بأنه «المصنف الجماعي هو المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه من شخص طبيعي أو اعتباري بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين فيه وتمييزه على حدة»، ومن جانبه عرفه نظام حقوق المؤلف السعودي بأنه «المصنف الجماعي هو المصنف الذي يشترك في وضعه جماعة بتوجيه من شخص طبيعي أو معنوي يتكفل بنشره تحت إدارته وباسمه ويندمج عمل المشتركين فيه في الهدف العام الذي قصد إليه هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي بحيث لا يمكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة».

أما القانون القطري فقد عرفه بأنه «المصنف الذي يساهم فيه عدة أشخاص طبيعيين، بمبادرة شخص طبيعي أو معنوي وتحت إشرافه بحيث يستحيل فصل عمل كل مساهم وتمييزه على حدة، ويتم نشر المصنف باسم هذا الشخص الطبيعي أو المعنوي» في حين نصت المادة الأولى من المرسوم العماني بأنه «هو المصنف الذي تشترك في وضعه جماعة بتوجيه من شخص طبيعي أو معنوي بحيث يكون من غير الممكن فصل عمل كل من المشتركين وتمييزه على حدة».

ومن هذه التعريفات يتضح لنا أن المصنف الجماعي يفترض فيه أن يشترك جماعة من الأشخاص الطبيعيين في وضعه، فيدلي كل منهم بدلوه في هذا العمل، فيندمج عمل المشتركين في إعداده، ويكون نصيب كل منهم مجهولاً، بحيث يكون من المتعذر معه تمييز عمل كل فرد من المساهمين فيه، ويكون هذا الاشتراك بتوجيه من شخص طبيعي أو معنوي تحقيقاً لهدف معين، على أن يتكفل هذا الأخير بنشره، تحت إدارته وإشرافه، ويكون له حق المؤلف على هذا المصنف.

ويعني ذلك أنه في مثل هذا العمل يعهد شخص، يستوي أن يكون طبيعياً أو معنوياً، إلى مجموعة من الأشخاص الطبيعيين بوضع مصنف ما، تحت إشرافه، وكفالة نشره، وذلك تحقيقاً لهدف عام (١)، على أن ينسب هذا العمل له، بحيث يعتبر هذا الشخص مالِكاً للمصنف الجماعي، وذلك على الرغم من كون دوره يقتصر على توجيه هذا الابتكار وإدارته (٢).

## وعليه يشترط لاعتبار المصنف مصنفًا جماعياً الشروط الآتية:

١ - وجود جماعة من المؤلفين: ويعني ذلك أنه يشترط أن يضع المصنف جماعة من المؤلفين، ولم يحدد المشرعون في التشريعات محل المقارنة - عدا التشريع البحريني - حداً أقصى أو حداً أدنى، حيث تضمنت النصوص لفظ «جماعة» أو «عدة أشخاص»، الأمر الذي يستفاد منه ألا يقل العدد عن ثلاثة أشخاص (أي أكثر من شخصين) حتى نكون أمام جماعة (١).

١. الأصل أن ينسب المصنف الجماعي إلى واضعيه، إلا أن المشرع رعاية منه للهدف الذي وضع هذا المصنف لأجله قد قرر نسبة هذا المصنف للشخص الذي قام بالتوجيه إليه وتكفل بنشره. فأعطاه كافة حقوق المؤلف. إلا أن هذا التوجه كان مثاراً للنقد - وبحق - لما يمثله من خروج عن الواقع، ومخالفة الأوضاع القانونية السليمة. فقد كان ينبغي الاعتراف لمؤلفي هذا المصنف بحقوق المؤلفين، بحيث يكون لهم على المصنف السلطات الأدبية والمادية، وبحيث تظل لهم صفة المؤلف حتى ولو تنازلوا عن سلطاتهم المادية. د. شكري سرور - مرجع سابق - ص ٧٨، د. نزيه المهدي - مرجع سابق - ص ٧٢.

٢. د. سعيد عبد السلام - مرجع سابق - ص ٥٦.

على خلاف ذلك نجد المشرع البحريني قد اكتفى لتحقيق الجماعة أن يشترك في وضع المصنف الجماعي أكثر من شخص، أي أنه يعتبر المصنف جماعياً إذا قام به مؤلفان، هذا ولا بد أن تتكون الجماعة من أشخاص طبيعيين لأن الشخص المعنوي لا يمكن أن يبتكر مصنفاً<sup>(٢)</sup>.

**٢ - وجود شخص موجه:** لقد اشترط المشرع - في الدول محل الدراسة - أن تضع الجماعة المصنف بتوجيه من شخص، ويستوي أن يكون الأخير شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ويقوم الشخص الموجه بالإشراف على عمل المؤلفين<sup>(٣)</sup>، ويتعهد بنشر المصنف باسمه، أي أن دور الموجه يتمثل في التنسيق والتنظيم بين المؤلفين، فيقوم بتجميعهم، ووضع خطة العمل اللازمة لانجاز المصنف، ومتابعة عملهم، ثم نشر المصنف، كل ذلك دون أن يكون له دخل في عملية الابتكار والتأليف<sup>(٤)</sup>.

**٣ - اندماج عمل كل مؤلف مع عمل الآخر:** فيشترط أن يندمج عمل كل مشارك في المصنف مع عمل الآخر، بحيث لا يمكن تحديد عمله في المصنف وتمييزه على حدة<sup>(٥)</sup>، وهذا الشرط من الشروط الواجب توافرها في أي عمل مشترك، فالجماعة شركاء في المصنف، وتسري عليهم أحكام الاشتراك لولا وجود الشخص الموجه.

## الفرع الثاني أحكام المصنف الجماعي

إذا استوفى المصنف الشرائط المشار إليها كان للشخص الموجه كافة حقوق المؤلف، من نسبة المصنف إليه، والحق في إستغلاله، وهذا ما نصت عليه التشريعات محل المقارنة، حيث نصت المادة ٣٣ من التشريع البحريني على أنه « يكون الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي تم بمبادرته وتوجيه منه إنجاز المصنف الجماعي وتكفل بنشره باسمه، مالكاً للحقوق الأدبية والمالية على المصنف الجماعي ما لم يتفق كتابة على غير ذلك»، قريب من ذلك نص المادة ٢٤ من التشريع القطري والتي جاء فيها أنه « في حالة المصنف الجماعي، يكون الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي تم إبتكار المصنف بمبادرته وتحت إشرافه، هو المالك الأصلي لحقوق المؤلف المالية إلا إذا نص في العقد على خلاف ذلك، في حين نصت المادة ٢٦ من التشريع الإماراتي على أنه «يكون للشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي وجه بابتكار المصنف الجماعي أن يباشر وحده حقوق المؤلف الأدبية والمالية عليه ما لم يكن هنالك اتفاق بخلاف ذلك»، وهو ذات ما نصت عليه المادة الأولى من قانون حق المؤلف العماني والتي جاء فيها أنه «ويباشر الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي

١. د. سعيد عبد السلام - مرجع سابق - ص ٥٦.

٢. د. صبري خاطر - مرجع سابق - ص ٥١. مع ملاحظة أن التشريعات المقارنة - عدا التشريع القطري - لم تشترط أن تتكون هذه الجماعة من أشخاص طبيعيين، ومع ذلك، وكما يري البعض - بحق - أن المؤلف لا بد وأن يكون شخصاً طبيعياً، لذا يلزم أن تكون هذه الجماعة من الأشخاص الطبيعيين.

٣. وقد يرتبط الشخص الموجه بالمؤلفين بعلاقة عمل، كما لو كانوا موظفين لديه، كما قد يربط بينهم عقد مقاوله إذا كان هؤلاء المؤلفين يعملون مستقلين. د. مختار القاضي - مرجع سابق - ص ١٥٧.

٤. د. سعيد عبد السلام - مرجع سابق - ص ٥٥.

٥. فيجب أن يكون المجهود مندمجاً بحيث ينسب كل فرد من أفراد الجماعة ذاته ولا يفكر إلا في إتمام العمل الذي كلف بالاشتراك فيه. د. مختار القاضي - مرجع سابق - ص ١٥٨.

وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه وحده حقوق المؤلف على هذا المصنف».

وإذا كانت التشريعات السابقة قد اعترفت للشخص الموجه بملكية الحقوق الأدبية والمالية على المصنف الجماعي فإن التشريع الكويتي ونظام حقوق المؤلف السعودي قد نصا صراحة على اعتبار هذا الشخص مؤلفاً، حيث تضمن التشريع الكويتي في المادة ٢٦ فقرة ٢ منه النص على أن «يعتبر الشخص الاعتباري الذي وجه ابتكار هذا المصنف ونظمه مؤلفاً ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف»، في حين نصت المادة التاسعة فقرة ٣ من النظام السعودي على أنه «يعتبر الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي وجه ونظم ابتكار هذا المصنف مؤلفاً، ويكون له وحده الحق في مباشرة حقوق المؤلف»، الأمر الذي يثير التساؤل بشأن مدى جواز أن يكون مؤلف المصنف في شكله الجماعي شخصاً معنوياً؟

من استعراض المواقف التشريعية السابقة يتضح لنا: أن التشريعات محل المقارنة عند تحديدها للمؤلف في المصنف الجماعي، قد انقسمت إلى مذهبين، الأول: الاعتراف للشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتكفل بنشر المصنف تحت إدارته وباسمه بالحق في ملكية أو مباشرة الحقوق الأدبية والمالية، ما لم يتفق على خلاف ذلك، ( كالتشريع الإماراتي م٢٦ والتشريع البحريني م٢٣، والتشريع القطري م٣٤، والتشريع العماني في المادة الأولى منه وإن لم ينص هذا الأخير على جواز الاتفاق على خلاف ذلك).

أما المذهب الثاني: فقد ذهب إلى أن الشخص الطبيعي أو المعنوي (المتكفل بالنشر) الذي وجه إلى ابتكار المصنف الجماعي يعتبر مؤلفاً للمصنف ( كالتشريع الكويتي والنظام السعودي ) ولم يجز هذان التشريعان الاتفاق على خلاف ذلك.

على الجانب الآخر، فإذا ولينا وجوهنا شطر الفقه نجد أن البعض - وهو ما نؤيده - يرفض اعتبار الشخص المعنوي مؤلفاً للمصنف في شكل مصنف جماعي، ويقصر هذا الحق على الشخص الطبيعي، وذلك بحجة أن الشخص المعنوي لم يقدم أى مجهود ذهني يمكن على أساسه منحه حق المؤلف، حيث أن المؤلف من صفته الابتكار والإبداع وهو ما لا يتوافر في حق الشخص الاعتباري، وعليه فإن منحه هذا الحق لمجرد قيامه بالتوجيه فضلاً عن قدرته المادية على تكليف الغير بالقيام بعمل لحسابه يتعارض مع الأهداف التي من أجلها نشأ هذا الحق (١) كما أنه يتعارض مع طبيعة الحق الأدبي، والذي من أهم سماته عدم جواز التنازل عنه.

في حين ذهب الفريق الثاني إلى جواز منح الشخص المعنوي الذي وجه إلى ابتكار المصنف الجماعي صفة المؤلف لا سيما وأن هذه المصنفات تتم بناءً على توجيه منه وأن الشخصية الفكرية للمؤلف تتقيد بهذا التوجيه، ولا تتمتع بالانطلاق الكامل، ويحتج أصحاب هذا الرأي بحجة أخرى مفادها أن مسألة عدم توافر الخلق والابتكار في الشخص الاعتباري تكون غير صحيحة على إطلاقها، حيث أننا لا ننظر إلى الشخص الاعتباري كمؤسسة أو هيئة، إنما ننظر إلى القائمين عليه والممثلين له، وهؤلاء يكونون من الأشخاص الطبيعيين الذين يتمتعون بإمكانية الخلق والإبداع (٢).

والخلاصة أننا يمكن أن نعترف للشخص الاعتباري بالحق في مباشرة حقوق المؤلف بشرط أن نميز

١. د. سعيد عبد السلام - مرجع سابق - ص ٥٧. د. صبري خاطر - مرجع سابق - ص ٥٢

٢. د. شحاته شلقامي - مرجع سابق - ص ١٢٤، وهو قول - في اعتقادي - محل نظر فالشخص الاعتباري بمجرد توكفه يستقل عن الأشخاص المكونين له فإذا كان من الممكن لهؤلاء الأشخاص أن يكونوا مؤلفين، فهو أمر غير ممكن للشخص الاعتباري، وإذا أردنا أن ننسب المصنف لشخصاً ما، فيمكن أن ننسبه إلى الأشخاص المكونة للشخص الاعتباري دون هذا الأخير.

بين صفة المؤلف، وصاحب حقوق المؤلف، فالشخص الاعتباري إذا كان لا يتصور أن يكتسب صفة المؤلف، فإنه يستطيع أن يكتسب حقوق المؤلف المالية دون الحقوق الأدبية، نظير ما تكبده في سبيل إنجاز المصنف، ولا يمكن الجمع بين الحقوق المالية والأدبية لمخالفة ذلك لطبيعة الحقوق الأدبية التي من سماتها - كما سبق القول - أنها لا يجوز التنازل عنها، والقول بغير ذلك يعد خروجاً أيضاً على مفهوم المؤلف، وما يستلزمه من ضرورة وجود الابتكار والإبداع.



## الخاتمة

عرضنا في هذا البحث لفكرة المصنفات المحمية في ضوء تشريعات الملكية الفكرية الخليجية ، من حيث المقصود بالمصنف والشروط التي ينبغي توافرها في المصنف لإقرار الحماية القانونية له ، فضلاً عن تعرفنا على أهم المصنفات التي رأت التشريعات الخليجية حمايتها ، والتي تنقسم إلى قسمين ، الأول ، المصنفات بحسب الفن الذي تتناوله ، والثاني بحسب مدى انفراد المؤلف بإبداعها .

ولايسعنا بعد التطواف في هذا الموضوع إلا أن نبرز بعض النتائج المستخلصة من هذه الدراسة: لقد تناول المشرع الخليجي التعريف بالمصنف - بالرغم من أن التعريفات دائماً ليست عملاً تشريعياً - والملاحظ في هذا الشأن أن التشريعات الخليجية وإن اختلفت تعريفاتها لفظاً لكنها اتحدت في المعنى. ولاريب أن المصنف محل الحماية هو الذي خرج إلي حيز الوجود المادي الملموس ، والمنفصل عن ذهن صاحبه ، ويستطيع الغير أن يعلم به ، ولذا فإن الأفكار التي تدور في ذهن صاحبها فقط لاتعد مصنفاً وتخرج بالتالي عن نطاق الحماية، كما أن الحماية لاتقتصر فقط علي مضمون المصنف ومحتواه ، بل تصرف إلى عنوانه إذا كان متميزاً في ذاته بطابع إبتكاري .

وقد حرص المشرع في القانون الخليجي المقارن على عدم تحديد المصنفات المحمية على سبيل الحصر، مكتفياً بضرب الأمثلة على تلك المصنفات، ولا ريب أن هذا المسلك قد حالفه التوفيق، لأن العقل البشري لا يقف عند حد معين، فمن المتصور ظهور ابتكارات وإبداعات أخرى، وحصر المصنفات المحمية في صور معينة من شأنها التأثير على الإبداع، وضياع حقوق المبدعين.

ولما كان الإبداع أو الابتكار لا يكون إلا نتاج العقل البشري لذلك لا يمكن أن نصف الشخص الاعتباري بوصف المؤلف، وإن كان من الممكن أن نعطيه بعض حقوق المؤلف، فله أن يستفيد من الحقوق المادية للمؤلف، دون الحقوق الأدبية التي يجب أن تكون دائماً للمبتكر ذاته، وهو الشخص الطبيعي.

ولقد انقسمت التشريعات الخليجية في تعريفها لمفهوم الابتكار إلى ثلاثة اتجاهات ، فمنهم من اكتفى بالخبرة والحدثة ( المشرع السعودي ) وهو ذات المعيار المأخوذ به في براءة الاختراع ، وهو أمر لايفضله ، إذ الابتكار معيار شخصي ، ومنهم من اشترط ضرورة وجود البصمة الشخصية للمؤلف ( القانون الاماراتي ) ، ومما لاشك فيه أن قانون حماية حقوق المؤلف يحمي الابتكار بهذا المعنى ، أما الخبرة والحدثة فهي محمية بقانون براءة الاختراع.

أما باقي التشريعات الخليجية فقد ارتأت موقفاً ثالثاً إذ لم تحدد مفهوم الابتكار ، تاركة المجال للفقه ، وهذا الاتجاه نراه موفقاً ، إذ أن هذه مهمة الفقه ودوره.

وأخيراً لقد انتهينا إلى أن برامج الحاسب الآلي تعتبر مصنفاً فكرياً ، وهي تتمتع بالحماية أيأ كانت طريقة التعبير عنها .

## المراجع

- د. أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار الثقافة ، عمان ، ٢٠٠٠
- د. أمجد محمد منصور ، د. عابد فايد ، المدخل للعلوم القانونية ، منشورات جامعة المملكة – البحرين ، ٢٠١١
- د. حسن جميعي ، المدخل إلي العلوم القانونية ، نظرية الحق ، ١٩٩٨
- د. صبري خاطر ، الملكية الفكرية ، دراسة مقارنة في القانون البحريني ، ٢٠٠٧
- د. حلوان أبو حلوان ، د. سائد المحتسب ، بحث بعنوان مقدمة في الملكية الفكرية والحماية القانونية لبراءات الاختراع ، منشور بموقع الدليل الإلكتروني للقانون العربي . [www.arablawinfo.com](http://www.arablawinfo.com)
- د. حسام لطفي ، المرجع العلمي في الملكية الأدبية والفنية في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، ط ١٩٩١
- د. شحاته شلقامي ، الملكية الفكرية في القوانين العربية ، دار الجامعة الجديدة ، ط ٢٠٠٩
- د. رقية عواشرية ، الحماية القانونية لحق المترجم والمصنفات المترجمة في الوطن العربي والتحديات الراهنة ، مجلة علوم انسانية [www.ulum.nl](http://www.ulum.nl) السنة السابعة العدد ٤٣ ، ط ٢٠٠٩
- د. سعيد عبد السلام ، الحماية القانونية لحق المؤلف والحقوق المجاورة في قانون حماية الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ ، دار النهضة العربية ، ط ٢٠٠٤
- د. طارق كاظم عجيل ، حماية حقوق المصمم المعماري وفقاً لقانون حق المؤلف ، دراسة مقارنة ، بحث مقدم للمؤتمر الثامن عشر بشأن عقود البناء والتشييد بين القواعد القانونية التقليدية والنظم القانونية المستحدثة
- د. عبد الرشيد مأمون ، حماية حق المؤلف في إطار المصنفات المشتركة ، بحث منشور بموقع الدليل الإلكتروني العربي [www.arablawinfo.com](http://www.arablawinfo.com)
- د. مختار القاضي ، حق المؤلف ، الكتاب الأول ، مكتبة الأنجلو المصرية ، ط ١٩٥٨
- د. وداد العبدوني ، حماية الملكية الفكرية في البيئة الرقمية ، برامج الحاسب وقواعد البيانات نموذجاً ، بحث منشور ضمن أعمال المؤتمر السادس لجمعية المكتبات والمعلومات السعودية بعنوان البيئة المعلوماتية الآمنة ، المفاهيم والتشريعات أبريل ٢٠١٠



# حماية المال العام فى التشريعات المصرية والبحرينية (دراسة مقارنة)

د طارق عبد الحميد توفيق سلام

أستاذ القانون العام المساعد بجامعة المملكة

مملكة البحرين

يعد من أهم الظواهر التى يشهدها العالم المعاصر تلك الزيادة المطردة فى المسؤوليات التى تقوم بها الدولة، والتزامها فى الدفاع عن المجتمع فى الخارج و الداخل، وإقامة العدل أن تمتد لشتى الميادين فى تحمل أعبائها وتحقيق غايتها المنشودة فى رفاهية المجتمع .

ونظراً لأن هذه الأموال عماد الاقتصاد الوطنى الذى يهدف إلى تحقيق التنمية الشاملة (١) ، وارتباطها الوثيق بالتقدم الإقتصادى (٢) ، فكان من الواجب على الدولة أن تحافظ على هذا المال العام، وأن تؤسس لحرمة فى نصوصها الدستورية ، وأن يصبح حمايته واجب وطنى تلتزم به الدولة والمجتمع (٣) . ولكى تجدى المشروعية ثمارها فى المحافظة على المال العام يجب إلزام جميع الجهات المعنية بالرقابة المستمرة حتى نؤتى أكلها كل حين تحقيقاً للصالح العام . وبالرغم من الدراسات المختلفة للمال العام وحمايته التشريعية ، وتوفير كافة الضمانات القانونية، إلا أنه ما زال موضوعاً يخضع للتجديد، والبحث خاصة أن التحايل على النيل منه بكافة الطرق مازال نبهاً خصباً وملفات الفساد شاهد عيان على ذلك فى كثير من البلدان (٤) .

١. انظر تفصيلاً البحث الميدانى لهذه القيم د. عبده على محمد حسن قيم وسمات وسلوك المواطنة الصالحة مملكة البحرين معهد البحرين للتنمية السياسية ٢٠٠٩ ص ٣٤ .
٢. المورد الإقتصادى : رصيد ذو قيمة اقتصادية يترتب على استغلاله تيار من المنافع أو الإشباع ، والإنسان هو الذى يخلق منافع الموارد - او يزيد منها من خلال التهئية مع موارد الطبيعة لتحقيق الصالح العام . انظر تفصيلاً د محمدى فوزى ابو السعود - وآخرين اقتصاديات الموارد والبيئة اج م ع الدار الجامعية اسكندرية ٢٠٠٩ ص ٢ - ١٠ .
٣. نظمها الميثاق الوطنى وسار على نهجها دستور ٢٠٠٢ لمملكة البحرين وأخذت كما هى فى المادة ٢٢ من دستور ج م ع ٢٠١٢ مخالفاً فى لفظه المادة ٢٢ من دستور ١٩٧١ : ( الملكية العامة حرمة وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون ) ونرى أن المعنى فى الدستورين جامعاً ومانعاً فى تحصين المال العام .
٤. فكرة الرقابة المالية فى مصر الفرعونية ظهرت قبل حوالى ١٠٠٠ عام قبل الميلاد وهناك إحصاءات للسكان - الاموال - الاراضى المزروعة فى تشريع حور محب كما تضمن التشريع اجراءات المحافظة على المال ضد الرشوة . كما ظهرت فكرة الرقابية فى حضارة العراق حيث قننها السومريون قبل ثلاثة آلاف قبل الميلاد وهذه الفكرة سميت بالمحاسبة ومرت بتشريع اورنمو ، ولبت عشتار ، حمورابى انظر تفصيلاً عبد الرؤوف جابر دور رقابة ديوان المحاسبة دراسة قانونية مقارنة عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٧ ص ١٣ .

ونود في هذا البحث توضيح الحماية القانونية للمال العام من خلال المقارنة بين دستوري جمهورية مصر العربية لسنة ١٩٧١، وتعديلاته في ٢٠١٢ وتعديلاته أخيراً في ٢٠١٤، وكذلك دستور مملكة البحرين وتعديلاته في ٢٠٠٢ وأخيراً في ٢٠١٢ وميثاق العمل الوطني التي حرصت على توفير هذه الحماية بصورها المتعددة، لذلك نتناول الحماية الدستورية والقانونية ودور الجهات الرقابية في كل من مصر ومملكة البحرين نصاً وتطبيقاً منعاً للتحايل على هذا المال والنيل منه مهما تعددت مسمياته المختلفة قديماً وحديثاً .

### مشكلة البحث :

في هذا الصدد تبرز اشكالية الإهمال في حماية المال العام ، وعدم تحديد المسؤولية بين الأفراد والدولة بالرغم من التشريعات المتعددة . وذلك بسبب الفساد الإداري في أجهزة الدولة ، وعدم اتخاذ كافة التدابير الاحترازية والقانونية والعقابية حفاظاً على المال العام تارة ، وانتشار الطرق الحديثة في الاعتداء على هذا المال ، وإعادة تنميته وتسميته مرة أخرى في ثوب من المشروعية تارة أخرى تحت ما يسمى بالمال السياسي، وغسيل الأموال .

**منهج الدراسة :** سوف نتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي الذي يعتمد على تحليل النصوص الدستورية والقانونية والفرعية بغية التوصل إلى الأحكام الجزئية من الأحكام الكلية مع بيان الارتباط بالمنهج المقارن في كل من التشريعات المصرية والبحرينية في مجال حماية المال العام ، وذلك لبيان أوجه النقص والتمام بين التشريعات للوصول إلى أفضل الحلول القانونية التي تحقق الحماية القانونية .

### خطة البحث :

نقسم هذا البحث إلى مباحث ثلاثة على النحو التالي :

**المبحث الأول :** مفهوم المال العام وقواعده .

**المطلب الأول :** المال العام في اللغة والاصطلاح .

**المطلب الثاني :** قواعد المال العام .

**المبحث الثاني :** الحماية الدستورية للمال العام في التشريعات المصرية والبحرينية .

**المبحث الثالث :** الحماية القانونية للمال العام في التشريعات المصرية والبحرينية .

**المطلب الأول :** الحماية القانونية للمال العام في التشريعات المصرية والبحرينية .

**المطلب الثاني :** الحماية الرقابية على المال العام في التشريعات المصرية والبحرينية وتطبيقاتها .

## المبحث الاول

### مفهوم المال العام وقواعده

تتحقق حماية المال العام من خلال النص القانوني ، وتحديد قواعده ، والإجراءات المنظمة لهذا المال التي تعد الإطار القانوني لحمايته مع الالتزام بتشديد الرقابة المستمرة لمنع التحايل على استغلاله ، والالتزام بتنفيذ العقوبات تحقيقاً للردع العام والخاص (١) ، ومد عمليات التخطيط والتنسيق لوضع أفضل

١ . د عوف محمود الكفراوي الرقابة المالية في الاسلام مرجع سابق ص ١٩-٢٢ .

السياسات في استخدام هذا المال العام والمعاقبة على إهداره والتيل منه.

ونتاول مفهوم المال العام وقواعده فى مطلبين نخصص المطلب الأول لتوضيح المعنى اللغوي والاصطلاحى ، والمطلب الثانى لتحديد قواعد المال العام .

## المطلب الأول تعريف المال العام لغةً واصطلاحاً

### أولاً: المال العام فى اللغة :

جاء لفظ المال من موله : قدم له ما يحتاج من مال - قال : مول فلاناً ومول العمل وحاجب (١) ، المال : كل ما ملكه الفرد أو الجماعة من متاع أو عروض التجارة أو عقار أو نقود أو حيوان والجمع أموال (٢) ، وقال الخليل بن أحمد الفراهيدي : المال معروف وجمعه أموال وكانت الأموال عند العرب أنعامهم (٣) ، وقال الفيومي : المال معروف ، ويذكر ويؤنث وهو المال ، وهي المال وتمول : اتخذ مالاً وموله غيره ، وقال الأزهري : تمويل مالاً : اتخذه فنية ، فقول الفقهاء : ما يتمول أي : ما يعد مالاً فى العرف (٤) ، و ذكر أن منها ملكية الأشياء المنسوبة الى الملك ، والحكومة - الملكية العامة ما تملكه الدولة .

### ثانياً: المال العام فى الاصطلاح :

جاء فى توضيح المال عند البعض من فقهاء الشريعة الإسلامية تعريفات متعددة نذكر منها على سبيل التوضيح والسبق لهذه الشريعة الغراء بأن المال ( ما يميل إليه الطبع ويجري فيه البذل والمنع ) وقيل ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة (٥) ، وعند الأحناف ( كل ما من شأنه أن يدخر للانتفاع به وقت الحاجة ) ، (٦) وعند الحنابلة ( ما فيه منفعة مباحة لغير ضرورة وزاد لغير حاجة أو ضرورة ) (٧) .

أما من الناحية القانونية فلم يعرف القانون الفرنسى القديم فكرة المال العام ، واستمر الوضع حتى بعد قيام الثورة الفرنسية ، كما غابت هذه الفكرة عن التقنين المدينى الفرنسى الصادر عام ١٨٠٤ (٨) ثم تلت هذه المرحلة ظهور التفرقة بين المال العام والمال الخاص المملوك للدولة فى العصر الحديث على يد الفقيه V. PROUDHON ، وتأثر الفقه والقضاء بهذه الأفكار حتى استقر الأمر إلى أهمية المال العام وإيثار الدومين العام بنظام خاص لا يمكن التصرف فى مفرداته ، وعدم اكتسابه بالتقادم (٩) .

١. ابن منظور لسان العرب دار الحديث بيروت ١٤٢٣هـ هجرى - ٢٠٠٢ م ص ٤٠٣ .
٢. المعجم الوجيز مجمع اللغة العربية القاهرة طبعة وزارة التربية والتعليم ١٩٩٢ ص ٥٩٥ .
٣. أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد الفراهيد - طبقات النحويين ٤٨ غاية النهاية فى طبقات القراء ١/٢٥٧ - ١٢٤٢ .
٤. أحمد بن محمد بن على الفيومي المرقى ، المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعى المكتبة العلمية ص ٥٨٦ .
٥. المعجم الوجيز مرجع سابق ص ٥٩٠ .
٦. موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه - المقنع ٥/٢ مطبعة الرياض الحديثة ١٤٠٠ هجرية .
٧. ابن نجيم - البحر شرح كنوز الدقائق ٥/٢٥٧ بدون ص ٥٠٥ .
٨. موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه - المقنع ٥/٢ مطبعة الرياض الحديثة ١٤٠٠ هجرية .
٩. نلاحظ أن القانون الفرنسى القديم شهد نظريتين الأولى تسمى الرسمية وهى ترفض أى تفرقة بين أموال التاج والتصرف فيها أو تقادمها والثانية فقهية استمدت أفكارها من القانون الرمانى وهو يخصص أموال التاج للانتفاع من الجمهور انظر تفصيلاً د ابراهيم عبدا لعزيرز شيجا الاموال العامة ج م ع منشأة المعارف اسكندرية ٢٠٠٦ ص ١٧ : ٢٤ .

وقد ذهب جانب من فقهاء القانون العام المحدثين بأن المال العام هو : ( المال المملوك لإحدى الجهات الإدارية والمخصص للمنفعة العامة ، سواء كان المال مخصصاً لاستعمال الجمهور مباشرة أو عن طريق مرفق عام ) (١) ، وذهب آخر ( بأنها الأشياء التى تحقق للإنسان منفعة ما ولا تكون قابلة للتملك الخاص ) (٢) وقد تلاحظ عند البحث فى مدلول المال العام وجود اختلافات بين التشريعات فى هذا التعريف فنجد أن التشريع المدني اشترط لإسباغ صفة العمومية على المال شرطين أحدهما أن يكون المال خاصاً بالدولة ، أو أحد أشخاص القانون العام ، والثانى تخصيص المال للمنفعة العامة ، وبالتالي يخرج من هذه الدلالة الأموال المملوكة للدولة ملكية خاصة - والأموال التى لا ترصد لخدمة الجمهور (٣) .

ومن هذا السياق نجد أن يلزم التمييز بين طائفتين من الاموال التابعة للدولة الأول منها طائفة الأموال الخاصة للدولة ، وما تنتجه من موارد مالية ، الأمر الذى يشترك فيه الأفراد مع الإدارة فى تنظيم هذه المعاملات ( أى أحكام القانون الخاص ) ، والنوع الثانى الأموال العامة المخصصة للمنفعة العامة مثل الطرق ومجاري الأنهار والحصون والقلاع ، فهى تعرف بالدومين العام .

وقد ذهب المشرع الجنائي فى مصر إلى التوسع فى توضيح هذا المدلول فقد كان القانون ٦٩ لسنة ١٩٥٣ قد قصر الحماية الجنائية على المال الذى تملكه الدولة أو الاشخاص المعنوية العامة ، إلا أن القانون ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ مد النطاق إلى أموال المؤسسات العامة والهيئات العامة والشركات التى تساهم فيها الدولة أو إحدى هيئاتها العامة بنصيب ما أو صفة كانت فاعتبرها أموالاً عامة ، وبالرغم من ذلك جاء القانون ٣٥ لسنة ١٩٧٢ فى إضافة الكثير من الهيئات والمؤسسات التابعة للدولة أو خاضعة لإشرافها كوحدات الإدارة المحلية ، والهيئات العامة ووحدات القطاع العام ، وكذلك المرسوم بقانون ٣٥ لسنة ٢٠٠١ بمملكة البحرين الذى نظم البلديات وأموالها العامة .

ولذلك نرى أن الأموال العامة التابعة للدولة ، أو إحدى هيئاتها العامة ، أو الخاضعة لإشرافها والتى قد تم تخصيصها لمنفعة عامة ، أو ضرورة بمقتضى النص القانوني المنقول منها والعقار ، تعد الحدود الفاصلة بينها وبين المال الخاص تحقيقاً للعدالة والمساواة وحماية للمال العام (٤) .

## المطلب الثانى قواعد المال العام

تعددت قواعد المال العام فى التشريعات المختلفة ، لأن المشرع قد يسبغ صفة المال العام على طائفة من الاموال فى تشريع معين يراها جديرة بالحماية لتعلقها بالمنفعة العامة ، ولو لم تكن هذه الصفة فى القوانين الأخرى ، لذلك يلزم تحديد قواعد المال العام حتى يمكن وضع معيار محدد تستطيع الدولة من خلاله تطبيق القواعد القانونية .

١ . د ابراهيم عبدالعزيز شبحا مرجع سابق ص ٤٦:٣٥ .

٢ . د محمد أنس قاسم جعفر النشاط الإداري . القاهرة . دار النهضة العربية ١٩٩٨ . ص ٣٥٦ .

٣ . د سليمان الطماوى ، مبادئ القانون الإداري ، القاهرة ، دار الفكر العربى - القاهرة ١٩٧٩ ص ٨ .

٤ . د محمد عبد الشافى إسماعيل الحماية الجنائية للمال العام فى التشريع المصرى ، القاهرة ، دار النهضة العربية . ١٩٩٩ ص ١٨

وبالتالى أرسى المشرع قواعد المال العام حتى لا يمكن التصرف فى هذا المال ، أو الحجز عليه ، أو تقادمه ، أو قابليته لاكتساب الحقوق العينية عليه . وفى هذا الإطار سوف نوضح هذه القواعد من خلال فروع ثلاثة نتناول فى الفرع الأول : معايير تمييز المال العام ، وفى الثانى : طرق اكتساب المال العام وأخيراً : طرق استعمال المال العام . وذلك على النحو التالى :

## الفرع الأول معايير تمييز المال العام

تعددت الاتجاهات الفقهية فى تحديد المعيار الذى يميز المال العام عن غيره من الأموال ، الأمر الذى أدى إلى تفضيل البعض والعدول عن بعضها الآخر وهذه المعايير معيار عدم قابلية المال العام للملك الخاص ، ومعيار تخصيص المال لاستعمال الجمهور ، ومعيار تخصيص المال لمرفق عام وأخيراً معيار تخصيص المال العام للمنفعة العامة ، ونتناول توضيح ذلك على النحو التالى :

**المعيار الأول :** عدم قابلية المال العام للملك الخاص : يعد معيار عدم قابلية المال العام للملكية الخاصة من أوائل المعايير التى سادت فى الفقه الفرنسى ، والتي نادى بها الفقيه ( ديكورك ) ، وعدد لها امثلة كالطرق العامة ، والموانئ والبحار والأنهار وأعتبر هذا المال من الدومين العام الذى لا يمكن تملكه ملكية خاصة (١) .

وقد تعرض هذا المعيار إلى النقد لأنه حصر الأموال العامة فى نطاق محدد غافلاً الكثير من هذه الأموال كالمباني والسكك الحديدية ، وخلاف ذلك لتكون من الاموال الخاصة ، وأن هذا المعيار يجايز طبيعة الأشياء التى تخرج عن الملكية الخاصة بطبيعتها لكونها تحقق نفعاً عاماً .

وأخيراً ان هذه الأموال العامة المخصصة بطبيعتها كالموانئ والطرق يمكن تصور ملكية الافراد أو الشركات (٢) بالتخصيص فلا تدخل فى نطاق المال العام (٣)

**المعيار الثانى :** تخصيص المال العام لاستعمال الجمهور : ذهب الفقيه الفرنسى ( كولان ) وآخرون إلى العدول عن المعيار السابق تصحيحاً للمسار الطبيعى بأن يكتسب المال العام هذه الصفة بالتخصيص لاستعمال الجمهور سواء بطبيعته ، أو بإرادة السلطة التنفيذية كالطرق وبالتالي يدخل تحت هذا المفهوم المباني المملوكة للدولة ، وأشخاصها المعنوية العامة كالمدارس ، والجامعات .

وقد وجه النقد إلى هذا المعيار أيضاً لأنه قصر المال العام فى طريقة استعماله على الجمهور فى حين أن كثير من هذه الأموال تعد أموالاً عامة بالرغم من عدم تخصيصها للاستعمال .

**المعيار الثالث:** تخصيص المال العام لمرفق عام : اعتمد هذا المعيار على مبدأ تخصيص المال لخدمة المرفق العام ، وما عداه فلا يدخل تحت نطاقه حتى ولو كان تخصيصاً لاستعمال الجمهور ، وبالتالي تعد هذه

١ . دمحم فاروق عبد الحميد ، المركز القانونى للمال العام ، دراسة مقارنة ، القاهرة ، مطبعة خطاب الطبعة الاولى ١٩٨٣ ص ٥٦٧ .

٢ . دمحم عبد الشافى إسماعيل ، الحماية الجنائية للمال العام فى التشريع المصرى . مرجع سابق . ص ١٨ .

٣ . أنظر تفصيلاً نص المادة ١١٩ من القانون ١٤٥ لسنة ١٩٨٨ المعدل للقانون ٣٥ لسنة ١٩٧٢ .



الأموال التي تم تخصيصها لخدمة المرفق العام ، المنقول منها والعقار ، وهذه المرافق لا يمكن حصرها لتكون أموالاً عامة .

وقد تلاحظ أن هذا المعيار غامض ، ولا يمكن الاعتماد عليه في هذا التأصيل لوجود أموال عامة كثيرة لا تخصص مرافق عامة مثل الطرق والشواطئ .

**المعيار الرابع :** معيار تخصيص المال العام للمنفعة العامة : حاول هذا المعيار التوفيق بين سابقه فخصص المال العام للمنفعة العامة ، وخدمة المرافق العامة، وبالتالي لا يمكن تملكه ملكية خاصة .

وقد وجد هذا المعيار تطبيقاً له في التشريع المصري (١) حيث نصت المادة ٨٧ من القانون المدني المصري على أن ( الأموال العامة تلك العقارات والمنقولات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة ، والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل أو بمقتضى قانون أو قرار جمهوري أو قرار من الوزير المختص ) (٢)، ووافقته الرأى المشرع البحريني في المادة ٢٦ من القانون المدني ١٩ لسنة ٢٠٠١ بأن ( الأموال العامة هي العقارات والمنقولات التي تملكها الدولة أو أحد الأشخاص الاعتبارية العامة ، وتكون مخصصة للنفع العام بالفعل أو بمقتضى قانون أو مرسوم أو قرار من الوزير المختص ) .

و يلزم لتوصيف هذا المال بأنه مال عام توافر شرطين:

- أن يكون هذا المال مملوكاً لإحدى الجهات الادارية.
  - التخصيص لمنفعة عامة بالفعل - استعمال الجمهور - بمقتضى قانون - قرار جمهوري (٣).
- وبالتالي يمكن اجمال آراء الفقه والتشريع الى أن المال يكتسب صفة المال العام بطريقتين :

**اولاً:-** التخصيص الفعلي - الحالة الواقعية والفعلية لهذا المال سواء كانت مستخدمة أو مهملة مثل : الأنهار ، البحار ، الشواطئ ، المباني ، المتنزهات (٤) .

واقعة التخصيص الفعلي تثبت بكافة الطرق القانونية فنجد مثلاً أن أرضاً أصبحت مقبرة عامة يكفى أنها خصصت للدفن بالفعل ، وأن الدفن يجرى بها (٥) ولحكمة النقض المصرية الرقابة على الوصف القانوني مما يستخلص من الوقائع بأن المال العام تم تخصيصه بالفعل للمنفعة العامة (٦) .

**ثانياً:-** التخصيص القانوني - عند تدخل الدولة ( بقانون - قرار جمهوري - قرار وزاري) بموجبه يخصص المال للمنفعة العامة ، فيدخل في نطاق المال العام (٧) المنقولات والعقارات التي للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والتي تكون مخصصة لمنفعة عامة بالفعل او بمقتضى قانون وقد وافق الرأى

١. أنظر تفصيلاً المرسوم بقانون ٣٥ لسنة ٢٠٠١ .
٢. وهذا يجمع عناصر الدولة وأموالها النهرية والبحرية والبرية والجوية راجع فتوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى ١٩٥٠/٦/٣١ رقم ٣٧٠ - المجموعة فى ١٥ سنة ١٩٤٧/١٩٦١/١٩٤٧ بند ٢١٦ ص ٣٥٢ والمشار إليه فى د محمد فاروق عبد الحميد المركز القانونى للمال العام مرجع سابق ص ٥٧٩ .
٣. د سعد الشرقاوى القانون الإدارى دار النهضة العربية القاهرة ١٩٨٤ ص ٣٢٢ .
٤. د عبدا لرزاق السنهورى - الوسيط فى القانون المدني بيروت دار إحياء التراث العربى ١٩٧٢ ج ٨/ ص ١٠٠ .
٥. صلاح الدين فوزى المبادئ العامة فى القانون الإدارى دراسة مقارنة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩١ ص ٣٥٠ .
٦. انظر تفصيلاً المادة ٨٧ من القانون المدني
٧. المادة ٨٧ المعدلة بالقانون رقم ٣٣١ لسنة ١٩٥٤ .

كل من التشريع المصري والبحريني(١).

ومن تطبيقات ذلك قرار الإستملاك رقم ٣ لسنة ٢٠١٣ الصادر من وزارة شؤون البلديات، والتخطيط العمراني بناء على الصلاحيات المخولة لها بموجب القانون رقم ٣٩ لسنة ٢٠٠٩ بشأن استملاك العقارات للمنفعة العامة، فقد قررت استملاك الملك غير المسجل بموجب العقار ٠٦٠١٦٦٦ الكائن فى ستره من المنامة، وذلك من أجل مشروع حدائق العين الإسكاني بمنطقة ستره حسب طلب وزارة الإسكان(٢).

وبالتالي يعد من مزايا التخصيص القانوني أن عبارته واضحة فى تخصيص المال العام للمنفعة العامة، وأنه شمل العقار منها والمنقول، وكذلك طريقة تخصيصه على النحو الذي تخصص فيه الدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة الأخرى المال للمنفعة العامة فتقله من الدومين الخاص إلى الدومين العام بموجب القانون أو القرار الجمهوري أو تخصيصه بالفعل .

ويجب أن نوضح أن تخصيص هذا المال يلزم أن ينقل أولاً من ملكية الأفراد إلى ملكية الدولة، ثم يخصص هذا المال ثانياً للمنفعة العامة بالطريق الرسمي أو الطريق الفعلي حتى لا يعد تدخل الدولة تعسفاً وانحرافاً عن جادة الصواب وغصباً غير مشروع(٣).

لذلك نرى أن هذا المعيار الأكثر توفيقاً وقبولاً لما يحققه من الانضباط المنشود فى استخدام المال العام الذي يحقق دوام سير المرافق العامة بانتظام وإطراد، وينسجم مع قاعدة تخصيص الأهداف لسير هذه المرافق العامة، لأن الإدارة تتمتع بسلطة تقديرية فى تخصيص المال لما يحقق ميزة، ومكنته لحق الملكية الثابت لهذه الإدارة على ما تملكه من أموال، ويحقق به المشرع الاعتبار العملي لأنه لا يستطيع حصر هذه الحالات التى تتوافر فيها شروط التخصيص مستقبلاً و المنفعة العامة(٤).

## الفرع الثاني طرق اكتساب المال العام

لا خلاف فى أن الأموال الخاصة للدولة يمكن تحويلها إلى الأموال العامة بتخصيصها للمنفعة العامة بالطريق الفعلي أو الطريق القانوني، وقد قضت محكمة النقض المصرية ( بأن الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل لمنفعة عامة هى الاموال المملوكة للدولة أو الأشخاص الاعتبارية، وذلك عملاً بالمادتين ٩٠ من القانون المدني الملغي و٨٧ من القانون المدني الجديد، ومن ثم لا تكتسب الأموال المملوكة للأفراد صفة الأموال العامة بمجرد تخصيصها بالفعل للمنفعة العامة، إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من انتقال هذه الاموال إلى ملكية الحكومة بإحدى طرق كسب الملكية المنصوص عليها فى القانون المدني ومنها وضع اليد الطويل وتخصيصها بعد ذلك للمنفعة العامة ) (٥).

١. د سليمان الطماوي الوجيز فى القانون الادارى ج م ع م طبعة جامعة عين شمس ١٩٨٢ ص ٤٩٩.

٢. د على خطار شنتاوى القانون الادارى الاردني الكتاب الثاني دار وائل للنشر ٢٠٠٩ ص ٣٢٣.

٣. إستئناف مختلط ١٨٩٢/١٢/٢١ م م ٥ ص ٢١٢ والمشار إليه فى د . أحمد عبد اللطيف جرائم الاموال العامة مرجع سابق ص ٣٨.

٤. نقض مدني ١٩٢٢/٦/٢٣ م . المجموعه الرسمية سنة ١٩٢٣ م رقم ٢١١ ص ٤٣٤.

وقد أكد ذلك المشرع الدستوري حيث أقر بأن الملكية الخاصة مصونة لا تمس ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة للقانون وبحكم قضائي، ولا تنزع الملكية إلا للمنفعة العامة ومقابل تعويض وفقاً للقانون وحق الإرث فيها مكفول (١).

نخلص مما سبق أن المال العام حين يخصص للمنفعة العامة سواء في العقارات أو المنقولات، وتكون ملكيته للدولة بالتخصيص الفعلي، أو القانوني، ينتهي أيضاً بهاتين الطريقتين، وكما يتحقق تخصيص المال العام في الظروف الطبيعية طواعية للمنفعة العامة يتم أيضاً في الظروف الاستثنائية جبراً لتحقيق رفاهية المجتمع كالتأميم مثلاً، وقد تناولت المادة ٢٩ من دستور مصر لعام ٢٠١٢ توضيحه بأن: ( التأميم بأنه لا يجوز الا للصالح العام وبقانون وتعويض عادل) لذلك فإن اجراءه يقصد به نقل ملكية أحد المشروعات الخاصة سواء كانت مملوكة لأحد الأفراد أو لإحدى شركات القانون الخاص الى الدولة بقصد تحقيق المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وتأسيس ذلك يجد شرعيته في تحقيق التكافل وعدم استحواذ الثروات .

وقد ثبت فاعلية التأميم في التشريع الوضعي عند تأميم صناعة البترول في المكسيك في ٣٠-٤-١٩٤٠، وتأميم هيئة قناة السويس بجمهورية مصر العربية، وبالتالي يصبح المشروع بالتأميم مرفقاً عاماً للدولة ويتم ادارته بالدولة ولحسابها (٢).

ومن الجدير بالذكر أن الدولة تلتزم بإتخاذ الإجراءات القانونية لتنفيذ ذلك ولكن السؤال الذي يفرض نفسه في حالة استعمال الدولة قوتها : هل يعد المال المفضوب من المال العام ؟ وما صحة ذلك الإجراء القانوني ؟

تجدر الإشارة إلى أن الدولة تستطيع أن تحقق الضمانات القانونية للحقوق والحريات التي تعد أسمى عناصر الدولة الحديثة، لأن مشروعية إتخاذ الإجراءات أحد أسباب تخصيص المال العام للنفع العام واكتساب صفته .

وبالتالي نرى أنه يجب على الدولة أن تحرص على الالتزام بتحقيق مبدأ المشروعية في التعويض العادل دون تعسف من السلطة، وإلا أعتبر تصرف الدولة من قبيل أعمال الغصب الذي لا يمكن أن يجد له سنداً من القانون .

كما نؤيد ما ذهب إليه الفقه بأن يستجيب القضاء للدعاوى التي يرفعها الأفراد لمنع الغصب من جانب الدولة بطريق القضاء المستعجل خوفاً من تغيير معالم موضوع الملكية، ولا يمكن اعتبارها تقادماً، لأن المشرع حدد كيفية اكتساب هذا المال بنص الدستور والقانون (٣).

١. يلزم لاكتساب المال العام هذه الصفة ان يمر بمرحلتين :- الأولى الاكتساب ويتم ذلك بالعقد - الالتصاق - التقادم التأميم

نزع الملكية : التخصيص الفعلي والقانوني انظر تفصيلا - د محمد أنس قاسم جعفر النشاط الادارى مرجع سابق ص ٣٥٧.

٢. المادة ٢٦ من القانون المدني البحريني ، د ابراهيم عبدالعزيز شيحا الوجيز في مبادئ واحكام القانون الادارى وفقا لاراء الفقه واحكام القضاء في البحرين الطبعة الاولى ٢٠١٢ بدون ص ٣٠٠.

٣. لمزيد من التفصيل راجع القرارات من ٧٤:١ الجريدة الرسمية بمملكة البحرين العدد ٣٠٩٩ السنة السادسة والستون ١١-

وفى ضوء السرد السابق تظهر إشكالية نود إظهارها وتكمن فى كيفية نقل ملكية الأموال العامة وتحويلها بين الأشخاص العامة ٩

من المسلم به أن الدولة وأحد أشخاصها العامة له سلطة التصرف فى هذه الاموال المملوكة بعد استيفاء النص التشريعى، ومن النماذج التى تم نقل هذه الاموال ما نص عليه القانون ٦٠ لسنة ١٩٧١ الصادر فى ١٩٧١/٩/٣٠ والمعدل بالقانون ١٦ لسنة ١٩٨١ بشأن المؤسسات العامة، والذى يمكن إعادة توزيع الأموال بين الأشخاص العامة المكونة للذمة المالية للمؤسسة .

وبالتالى يجوز نقل الأموال العامة بين الأشخاص العامة بإتفاق الرضائي أو النص القانونى .  
ومع ذلك تفرع من التساؤل السابق السؤال التالى حول مدى قدرة الدولة فى تحويل تخصيص المال العام المملوك لأحد الأشخاص العامة إلى شخص عام آخر ٩

وقد تلاحظ أن الفقه المصري والبحريني سايرا الفقه الفرنسي فى انتقاده للإقرار بهذا التحويل لما قد يؤدي إلى الإخلال باستقلال الأشخاص المعنوية المحلية - البلدية فى مواجهة سلطات الدولة (١).  
ونتفق مع هذا الرأى الذى لا يعترف للدولة بهذا الحق فى تحويل التخصيص، بالرغم من أن قانون الحكم المحلى ٤٣ لسنة ١٩٧٩ الذى أباح ذلك التحويل للدولة والأشخاص المعنوية الإقليمية (٢) دون اشتراط الحصول على إذن بالموافقة .

وبالتالى يرتبط الشخص المعنوي العام بالمال العام برابطتين الأولى رابطة الملكية والثانية رابطة التخصيص، وقد يجمع الشخص العام هاتين الرابطتين معا إذا خصص هذا المال لمرفق عام .

### الفرع الثالث

## طرق استعمال المال العام

القاعدة أن المال العام هو المال الذى تملكه الدولة أو الأشخاص المعنوية العامة واعتبرها القانون محل حمايته، ومن هذا المنطلق يتم اكتساب المال العام بالتخصيص القانوني أو الفعلي جلياً للمنفعة العامة، وتحقيقاً لرفاهية المجتمع، ويتم استعمال هذا المال بطريقتين الأولى بالاستعمال العام، والطريقة الثانية بالاستعمال الخاص وتتناول بيان الطريقتين بإيجاز على النحو التالى :

**أولاً: الاستعمال العام :** يقصد بالاستعمال العام أو الجماعي إنتفاع كافة الأفراد بشكل مباشر للمال العام، دون أن يتعارض ذلك مع طبيعته وضوابطه (٣) وحرية الأفراد فى استعماله دون إذن سابق أو ترخيص، ويعد من ذلك مرافق الدولة كالتعليم - الصحة، وتتجلى القواعد القانونية فى الاستعمال لهذا المال - مجانية الخدمة حتى ولو فرض القانون رسوماً دائماً تكون ضئيلة تحقيقاً للعدالة.  
إذا الإنتفاع يتم للأفراد بخدمات المرفق ويظهر ذلك جلياً فى الإنتفاع مثلاً بالخط الحديدي فيكون

١ - د أحمد عبد اللطيف جرائم الأموال العامة مرجع سابق ص ٤١.

٢ - د إبراهيم عبدالعزيز شبحا الأموال العامة مرجع سابق ص ٢٩٦.

٣ - نقض مدني ١٩٦٨/٣/٧م مجموعة أحكام محكمة النقض السنة ١٩ رقم ٨٠ ص ٥٢٤

القصد الانتفاع بخدمة مرفق النقل وهكذا، وبالتالي يكفي أن تكون هذه الأموال مخصصة لاستعمال الجمهور بطبيعتها كالأنهار، والبحار، وشواطئها، أو كانت من تهيئة الإنسان كالحدايق العامة (١).

**ثانياً: الاستعمال الخاص:** يتحقق استخدام المال العام بصورة خاصة ومقننة لتحقيق الغاية من التخصيص ويتحقق ذلك في الظروف الطبيعية، والاستثنائية بالتالي الاستعمال الخاص أو الفردي يخضع للسلطة التقديرية للدولة مثلاً الشواطئ و الحافلات الخاصة، ويتم أيضاً في الظروف الاستثنائية كالترخيص، العقد (٢).

وقد وضع المشرع القواعد العامة المجردة لاستعمال المال العام، وتحديدته حتى يميزه عن غيره من الأموال الأخرى في كيفية طرق اكتسابه تحقيقاً للمشروعية نصاً وتطبيقاً، وطرق استخدامه بين أفراد المجتمع تحقيقاً للمساواة بين المواطنين التي تعد من أهم الأسس الدستورية التي كفلتها الدولة.

## المبحث الثاني الحماية الدستورية للمال العام

### تمهيد وتقسيم:

استطاعت الشريعة الإسلامية أن ترسخ للمال العام قيمته السامية، وأن تؤسس له الحماية، لذلك حد الله له حدوداً لاستقرار المجتمع وتحقيقاً للردع العام والخاص عند محاولة الخروج على منهجه القويم. وبالتالي سبقت هذه الشريعة القوانين الوضعية في حماية هذا المال لصيانة المجتمع خوفاً من العبث بالحقوق المالية للدولة، وفرض الرقابة وتطبيق النص القرآني في الحدود وتدابير أوجه مصارف المال من خلال إنشاء الدواوين (٣) تحقيقاً للرقابة المالية - والتي يسبقها تنمية الوازع الديني.

وذلك لأن من مقاصد الشريعة الإسلامية حفظ المال حيث ان مقصود الشارع الحكيم من الخلق خمس أن تحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالههم، لأن هذه الأمور يكمن بها قوام الدنيا، وتعد من أسباب سعادة الإنسان (٤)، وكل ما لا يضمن هذه الأصول الخمسة فهو مفسدة ودفعها مصلحة (٥). ومن المسلم به أن هذه الأسس الشرعية يلتزم بها الحاكم والمحكوم في ضوء الكتاب والسنة نذكر منها ما يلي:

١- المال خلقه الله تعالى مملوك لذاته لعمارة الأرض وتطبيق شرعه وأحكامه لقوله تعالى: ( وَأَتَوْهُم مِّن مَّالِ اللَّهِ الَّذِي آتَاكُمْ ) (٦).

١. انظر تفصيلاً - د صالح إبراهيم المتيوتي - د مروان محمد محروس المدرس القانون الاداري ( الكتاب الثاني ) مرجع سابق ص ٢١٠ - ٢١٤.
٢. مستشار رجب سليم مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية بمملكة البحرين الكتاب الأول ٢٠٠٢-٢٠٠٦ ط ٢٠٠٧ - المبدأ الدستوري رقم ٦/٢١ ص ٢٢٢.
٣. د عوف محمود الكفراوي الرقابة المالية في الإسلام ج م ع مكتبة الاشعاع للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٩٧ ص ٧.
٤. الامام محمد ابو زهره أصول الفقه القاهرة دار الفكر العربي ٢٠٠٦ ص ٢٥١.
٥. د حسين شحاته حرمة المال العام في ضوء الشريعة الإسلامية ج م ع دار النشر للجامعات ١٩٩٩ ص ١٢.
٦. سورة النور الآية (٢٣).

وَأَنَّ الْإِنْسَانَ مَسْتَخْلَفٌ فِي هَذَا الْمَالِ لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ( آمِنُوا بِاللَّهِ وَرَسُولِهِ وَأَنْفِقُوا مِمَّا جَعَلَكُمْ مُسْتَخْلَفِينَ فِيهِ \* فَالَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَأَنْفَقُوا لَهُمْ أَجْرٌ كَبِيرٌ ) (١)

وقد وضع الدكتور / محمد عماره مفهوم (الاستخلاف) بأن المالك الحقيقي فى الأموال والثروات هو الخالق جل شأنه وعظمة قدرته وهو سخرها ليرتفق بها الإنسان ارتفاق تسخير - لا ارتفاق سخره - استعانة بها على أداء مهام الاستخلاف - وعمارة هذه الأرض وتزيينها (٢).

٢- حماية المال العام من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر لقوله تعالى :  
( كُنْتُمْ خَيْرَ أُمَّةٍ أُخْرِجَتْ لِلنَّاسِ تَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَتَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ وَتُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَلَوْ آمَنَ أَهْلُ الْكِتَابِ لَكَانَ خَيْرًا لَهُمْ مِنْهُمُ الْمُؤْمِنُونَ وَأَكْثَرُهُمُ الْفَاسِقُونَ ) ، وما ورد فى الحديث عن (٣) أبي سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، (٤) فإن لم يستطع فبلسانه ، فإن لم يستطع فبقلبه ، وذلك أضعف الإيمان ) .

٣- حماية المال العام فريضة شرعية ومسؤولية فردية وجماعية على الراعى والرعية .  
٤- حماية المجتمع من الجهل بشرع الله ، وافتقاده القدوة الحسنة التى تتمثل فى الاستئثار بالمال العام على حساب الآخرين ، والانحراف بالسلطة لحساب المصالح الخاصة .

٥- تطبيق المنهج الإسلامى وتطوير الاجهزة الرقابية بالعقوبات المقدره فى السرقة ، والاختلاس ، وخيانة الأمانة ، والغفل ، والإتلاف ، وتضييع الوقت وعدم الإلتقان ، والتريح من الوظيفة ، ،ومن الأدلة على ذلك قوله تعالى : ( وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جِزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ) (٥) ، وقوله تعالى : ( يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَخُونُوا اللَّهَ وَالرَّسُولَ وَتَخُونُوا أَمَانَاتِكُمْ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ) (٦) .

٦- حماية المال العام وحرمة الاعتداء عليه يدعم الأمن والاستقرار ويحقق مقاصد الشرع الحنيف (٧) .

وقد استطاع المشرع الدستورى أن يستلهم من ذلك الفهم ما يصنع منه سباجاً لحماية المال العام فى النصوص الدستورية ، وقد عبر كل من المشرع المصرى والبحرينى عن تحصين هذه الاموال ووضع الأساس

- ١ . سورة الحديد الآية (٧) .
- ٢ . د محمد عماره معركة المصطلحات بين الغرب والإسلام نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٩٧ ص ٦٦ والمشار إليه فى د محمد على أحمد قطب الموسوعة القانونية والأمنية فى حماية المال العام بدون ٢٠٠٦ ص ١٢٧ .
- ٣ . سورة آل عمران الآية ( ١٠٤ ) .
- ٤ . رواه مسلم راجع الامام النووى رياض الصالحين من كلام سيد المرسلين - مراجعة الشيخ محمد على الصابونى - تحقيق محي الدين جراح مؤسسة مناهل الفؤاد بالملكة العربية السعودية بدون ص ١٢٤ .
- ٥ . سورة المائدة الآية (٢٨) .
- ٦ . سورة الأنفال الآية (٢٧) .
- ٧ . راجع تفصيلاً د حسين حسين شحاته : حرمة المال العام فى الشريعة الإسلامية - www.darelmashora.com/dowload.ashx?docid=2250 3-4-2014

(١) الدستور يبين النصوص التي تتحدث عن المقومات الاقتصادية و في الدستورين المصري والبحريني .  
المبدأ العام : تقتضي الطبيعة الأمرة لقواعد الدستور ، وعلو شأنها على ما دونها من القواعد القانونية إخضاع التشريعات لأحكامه كشرط مشروعية التطبيق (٢) ، لذلك نظم الدستور في نصوصه أسس حماية المال العام في باب المقومات الاقتصادية من خلال حرمة المال العام وحمايته ، والالتزام بحماية الثروات الطبيعية وحسن استثمارها ، وفرض الضرائب تحقيقاً لزيادة موارد الدولة لتيسير سبل الانفاق العام تحقيقاً للعدالة الاجتماعية ، وتحديد مفهوم الملكية العامة ، والموازنة العامة ، ووضع ضوابط القروض العامة. ونتناول توضيح ذلك من خلال ما يلي :

**أولاً : حرمة المال العام وحمايته:** المال العام من أهم مقومات الاقتصاد في الدولة التي حرص الدستور أن يضع أسسه وحمايته حرصاً على حقوق المجتمع بأسره.  
كما استطاع المشرع الدستوري أن يؤسس حرمة المال العام لمنع الاعتداء عليه ، لأنها من قواعد العدالة والإنصاف التي حرصت الشريعة الإسلامية على وضع حدودها وقواعدها لمنع الإدارة والأفراد من سوء التصرف في المال العام والتعسف فيه ، بغية تحقيق المصالح العليا للمجتمع (٣) ، وسوف نتناول توضيح ذلك من خلال النص الدستوري المصري والبحريني النحو التالي :-

نصت المادة ٢٣ من دستور مصر لعام ١٩٧١ على أن ( للملكية العامة حرمة وحمايتها ودعمها واجب على كل مواطن وفقاً للقانون) .  
وكذلك نصت المادة ٢٢ من دستور مصر لعام ٢٠١٢ على أن ( للأموال العامة حرمة وحمايتها واجب وطني على الدولة والمجتمع ) ، وأيدت ذلك نص المادة ٢٤ أيضاً من التعديلات الدستورية لسنة ٢٠١٤ على أن : ( للملكية العامة حرمة ، لا يجوز المساس بها وحمايتها واجب وفقاً للقانون) .  
ونرى أن نص المادة ٢٢ من تعديلات ٢٠١٢ كانت جامعة مانعة لتضامن المسؤولية بين الدولة وجميع طوائف المجتمع .

كما نص المشرع البحريني في ميثاق العمل الوطني على ( للأموال العامة حرمة ويقع على كل مواطن واجب حمايتها وعلى السلطات العامة اتخاذ كل الوسائل التي تكفل صيانتها. والثروات الطبيعية كافة ومواردها جميعاً ملك للدولة. وتعمل الدولة على صيانتها واختيار أفضل السبل الاقتصادية لاستثمارها) (٤) ، وكذلك نصت المادة ٩/ب من الدستور البحريني المعدل في ٢٠١٢ على أن ( للأموال العامة حرمة،

١. أسس البناء : وضع اساساً - الأساس : قاعدة البناء التي يقيم عليها وأصل كل شئ ومبدؤه والنظام الأساسي الذي يمثل دستور الدولة - الأسس الاساس ( ج ) أساس - المؤسسة : كل تنظيم يرمي الى الانتاج أو المبادلة للحصول على الربح المعجم الوجيز - مرجع سابق ص ١٦ .
٢. انظر تفصيلاً المبدأ - مبدأ وحدة أحكام الدستور د حنفي علي جبالى ومكتب البحث القانوني مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية الكتاب الثاني ٢٠٠٧/٢٠٠٩ اصدارات المحكمة الدستورية ط ١ ٢٠١٠
٣. د كمال سعدى مصطفى حقوق الانسان بين المواثيق الدولية والمذاهب الفكرية القاهرة دار الكتب القانونية ٢٠١٠ ص ٩٩ .
٤. ميثاق العمل الوطني بمملكة البحرين البند سادساً من الفصل الثالث معهد البحرين للتنمية السياسية الاصدار الثاني ٢٠١٢ ص ٢١ .

وحمايتها واجب على كل مواطن).

ولذلك أرسى المشرع المبدأ الدستوري : (بأن الدستور مبادئ العدل والحرية والمساواة مكانا عليا بين نصوصه ، وحرص على تصدرها المقومات الأساسية للمجتمع الواردة فى الباب الثانى منه (١)).  
ومن سرد النصوص الدستورية ومبادئها التى ألزمت جميع أجهزة الدولة وسلطاتها بتفعيل ما ورد فيها تحقيقاً للعدالة وحفاظاً على إيرادات الدولة ، وحسن انفاقها من أجل تنمية الوعي وتنشئته لدى أفراد المجتمع بكافة أطرافه فى حراسة هذه الأموال العامة ، وحمايتها من الاستيلاء أو التخريب أو الإتلاف وأسس لهذا المال الحماية التشريعية فى قوانينه المختلفة ، وأيضاً فى الجهات الرقابية المتعددة.  
وبالتالى جاء النص الدستوري بسموه يحرم استخدام المال العام فى غير موضعه الطبيعى ، ويلزم القاضي أن يطوع هذا النص القانوني الذى استمد شرعيته من الدستور لتحقيق العدالة ، مخافة النيل من هذا المال وسوء استخدامه فيقتضي على الحرث والنسل وإفساد المجتمع (٢).

ولهذا حرص المشرع المصري والبحريني على توفير الحماية الدستورية ، وإستلهم من هذه الحماية المشرع فحدد الجرائم الواقعة على الأموال وشدد العقوبات حفاظاً على المال العام وحمايته ، التى لن تتحقق إلا من خلال تدخل الدولة إيجابياً بامتيازات القانون العام وسلطاته التى تعد من أهم ضمانات الدولة القانونية.

### ثانياً: ملكية الثروات الطبيعية وحماية الثروات واستثمارها

تعد الثروات الطبيعية ومواردها ذات قيمة اقتصادية متعددة كالنشاط الزراعي ، والإقتصادي ، وإقامة المجتمعات العمرانية والسكنية فهي مخزون للثروة ومقياس لها فى استخدامات متعددة كالملاحة والصيد والبتترول والنفط وتوليد الطاقات المختلفة والسياحة ، ومن ثم يذهب خبراء الاقتصاد الي أن قيمة هذه الثروات ومواردها تؤدي إلى الزيادة فى معدلات النمو الإقتصادي ومن ثم إلى زيادة الناتج القومى الإجمالى ، مما يكون سبباً فى زيادة دخل الفرد التى تحقق رفاهية المجتمع (٣) .

وقد أسس المشرع لهذه الثروات الطبيعية وحسن استثمارها فى دستوره ما يحقق ملكيتها وعوائدها ومراعاة الحقوق فيها وسوف نتناول ذلك من خلال النص والمبدأ الدستوري .

أما فيما يتعلق بالنص الدستوري فلم يرد نص فى دستور مصر لعام ١٩٧١ يوضح الثروات الطبيعية وأهميتها ، ولكن هذا النص ورد فى المادة ١٨ من دستور مصر ٢٠١٢ على أن (الثروات الطبيعية للدولة ملك الشعب وعوائدها حق له ، تلتزم الدولة بالحفاظ عليها ، وحسن استغلالها ومراعاة حقوق الأجيال ، ولا يجوز

- ١ . مستشار رجب سليم مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية بمملكة البحرين الكتاب الاول ٢٠٠٣-٢٠٠٦ ط ٢٠٠٧ ص ٢٧٠- راجع فى نفس المعنى المساواة النسبية بين أفراد المجتمع وليست المطلقة التى تتطلب تساوي المراكز القانونية حكم الدستورية العليا بمصر ١٩٩٠/٥/١٩ ق ٢٧ س ٩ مجموعة أحكام المحكمة ج ٤ ص ٢٥٦ .
- ٢ . الإمام محمد ابو زهره الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى - العقوبة - القاهرة دار الفكر العربى ٢٠٠٦ ص ٢٢-٢٥ .
- ٣ . د محمدى فوزى أبو السعود - وآخرين اقتصاديات الموارد والبيئة مرجع سابق ص ٢٥-٦٨ .



التصرف في أملاك الدولة، أو منح امتياز باستغلالها أو التزام مرفق فيها إلا بناء على قانون، وكل مال لا مالك له هو ملك الدولة)، وقد نهجت أيضا التعديلات الدستورية لسنة ٢٠١٤ في المادة ٣٠ إلى حماية الثروة السمكية، والمادة ٣١ إلى حماية أمن الفضاء المعلوماتي التي تعد جزء من منظومة الإقتصاد والأمن القومي، والمادة ٣٢ إلى حماية كافة موارد الدولة، ولذلك نرى أن التعديلات الأخيرة جاءت مواكبة لمحاربة ظاهرة الفساد والحفاظ على موارد الدولة وحسن إستغلالها في الضوابط القانونية .

وقد بينت المادة ١١ من دستور مملكة البحرين ٢٠٠٢ هذه الأهمية بأن (الثروات الطبيعية جميعها ومواردها كافة ملك للدولة تقوم على حفظها وحسن استثمارها بمراعاة مقتضيات أمن الدولة واقتصادها الوطني) .

وبالتالي تم تأسيس هذه الأموال حفاظاً على ثروات الطبيعة التي منحها الله للبلاد، والالتزام بحسن استغلالها واستثمارها (١)، وعدم التصرف فيها إلا للصالح العام (٢) حفاظاً على مقومات المجتمع وحرصاً على مستقبل الأجيال القادمة (٣)، لأن هذا المال ملك للشعب مصدر السلطات في البلاد .

### ثالثاً : النظام الضريبي وتحقيق العدالة الاجتماعية

ارتبطت فكرة الضرائب بنشأة المجتمعات الجماعية لتلبية لحاجات الدول من خدمات -أمن - دفاع، وقد تطور الأداء فكان اختيارياً من الهبات والمنح وما أن لبث أن أصبح إجبارياً في قالب دستوري يحقق العدالة الاجتماعية (٤) .

وتعرف الضريبة بأنها : ( مبلغ نقدي تفرضه السلطة العامة وتجببه جبراً وبصفة نهائية على الشخص في دخله - ثروته، وفقاً لمقدراته التكلفة، وبلا مقابل حال ومباشر بقصد تحقيق نفع عام ) (٥) .  
وبالتالي فإن الدور الذي تلعبه التشريعات الضريبية باعتبارها أحد الروافد المالية للدولة جعلها توليها اهتماماً خاصاً في النصوص الدستورية لتنمية الإقتصاد، وتمويل النفقات العامة وجذب الاستثمار الأجنبي حتى تحقق الدولة تمويل الموازنة العامة، لذلك تعد جباية هذه الأموال للمصلحة العامة بنص الدستور لتحقيق العدالة الاجتماعية ورفاهية المجتمع، ونتناول الأساس الدستوري لذلك كما يلي :-

نصت المادة ٣٨ من دستور مصر لعام ١٩٧١ على أن: ( يقوم النظام الضريبي على العدالة الاجتماعية ) وأكدت المادة ٢٦ من دستور مصر لعام ٢٠١٢ على أن ( العدالة الاجتماعية أساس الضرائب وغيرها من التكاليف المالية العامة ولا يكون إنشاء الضرائب العامة ولا تعديلها ولا إلغاؤها إلا بقانون، ولا يعفى أحد من أدائها في غير الأحوال المبينة في القانون. ولا يجوز تكليف أحد بأداء غير ذلك من الضرائب والرسوم

١. حكم المحكمة في القضية رقم ٨٧ لسنة ٢٠٠٠/٥/٦ بطلب الحكم بعدم دستورية قرار محافظ الاسكندرية رقم ٢٧٤ لسنة ٩١ بشأن زيادة النفقات المحددة لسعر لبيع المياه لشركات الاستثمار عما هو مقرر للشركات والمحللات التجارية اعتباراً من ١/٧/١٩٩٤ .
٢. د خالد مصطفى قاسم ادارة البيئية والتنمية المستدامة في ظل العولمة المعاصرة ج م ع الدار الجامعي ٢٠١٠ ص ٤٥
٣. وقد تلاحظ اهتمام كثير من الدول بالمحافظة على الثروات الطبيعية واصدار تشريعات لذلك الولايات المتحدة الامريكية ( قانون ١٨٩٩ للمحافظة على الأنهار والموانئ - القانون ١٩٨٧ لحماية النياة - اليابان اصدرت القانون ٨٤ لسنة ١٩٧٢ للمحافظة على البيئية القانون المصري ٥٤ لسنة ١٩٦٠ الاشعاعات والوقاية من أخطارها انظر تفصيلا ابتسام سعيد الملكاوي جريمة تلويث البيئية دراسة عمان مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع ط ٢٠٠٨١ ص ٣٨-٥٤ .
٤. دجمال فوزي شمس ظاهرة التهرب الضريبي، مكافحتها، ودور الشرطة في ملاحقتها كلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٢ ص ١٦ .
٥. د صبرى عبد العزيز المالية العامة دراسة مقارنة اسلاميا ج م ع المحلة الكبرى دار الصفا للنشر ٢٠١٢/٢٠١٣ ص ١٣٤ .

إلا فى حدود القانون ) ، وقد إستحسن المشرع المصري نص المادة ٣٨ فى التعديلات الدستورية لسنة ٢٠١٤ التى بينت طرق جباية الضرائب والرسوم وما يودع فى الخزانة العامة للدولة وأن أداء الضرائب واجب ، والنهرب الضريبى جريمة يعاقب عليها القانون (١) .

ونصت المادة ١٥ من دستور مملكة البحرين على أن ( أ- الضرائب والتكاليف العامة أساسها العدالة الاجتماعية وأداؤها واجب وفقاً للقانون ب- ينظم القانون إعفاء الدخول الصغيرة من الضرائب بما يكفل عدم المساس بالحد الأدنى اللازم للمعيشة ) (٢) .

ومن المقرر أن القوانين الضريبية لا تعتبر بطبيعتها قوانين جزائية تقرر عقوبة جنائية ، ولكنها وسيلة تحقق بها الدولة قدرأً من التناسب بين أعبائها المالية (٣) ، وبين ما ينبغى أن يؤدى إليها هؤلاء الذين يستفيدون من خدماتها ، ولا توجد حصانة للإعفاء إلا بنص القانون تحقيقاً للمساواة وعدالة التوزيع (٤) كما أرسى المشرع البحريني هذا المبدأ الدستوري (الضريبة فريضة مالية تقتضيها الدولة جبراً من المكلفين بأدائها ، إسهاماً من جهتهم فى الأعباء العامة ، دون أن يقابلها نفع خاص يعود عليهم من وراء تحمّلها ، وهي تفرض مرتبطة بمقدرتهم التكليفية ، ولا شأن لها بما قد يعود عليهم من فائدة بمناسبةها) (٥) .

ومن التشريعات التى ساهمت فى تفعيل النص الدستوري بمملكة البحرين : المرسوم رقم ٨٠ لسنة ١٩٥٥ الخاص بضرائب الدخل وتعديلاته بالمرسوم ٢٢ لسنة ١٩٧٩ ، وقانون ضريبة بنزين السيارات ١٩٦٨ . وكذلك تبني المشرع الدستوري البحريني النظام القانوني للمؤسسات العامة وبناءً على ذلك تم إنشاء مجلس التنمية الاقتصادية بالمرسوم بقانون رقم ٩ لسنة ٢٠٠٠ كسلطة رقابية واستشارية ، بغية جذب الاستثمارات الاجنبية ، وتنمية الاقتصاد القومى .

وقد تلاحظ أن الدستور المصري و البحريني وضحا أهمية الضرائب وطريقة فرضها - والإعفاء منها بالقانون تحقيقاً للعدالة الاجتماعية ونذكر من المواثيق الدولية التى تمت مع مملكة البحرين وحكومة جمهورية بيلاروسيا والتى صار بتصديقها القانون الداخلى رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تجنب الازدواج الضريبى ، ومنع النهرب من الضرائب المفروضة على الدخل (٦) .

ونخلص مما سبق أن النظام الضريبى يقوم على العدالة لاجتماعية ، من خلال تقدير وعاء الضريبة تقديراً دقيقاً بطريقة تتناسب مع المادة الخاضعة لهذه الضريبة من أجل التوازن بين مصلحة الممول والدولة بغية درء المفساد وجلب المصالح وتوجيهها للنفع العام .

١ . انظر تفصيلاً المادة ٣٨ من تعديلات دستور ٢٠١٤ .

٢ . المادة ١٥ من دستور ٢٠٠٢ .

٣ . طعن رقم ٥٩٨٥ لسنة ٦٥ق - جلسة ٢٢/٤/٢٠٠٢ . الطعن رقم ٩٢٠٦ لسنة ٦٤ ق جلسة ٢٧/١١/٢٠٠١ ، الطعن رقم ٥٣٧١ لسنة ٦٣ ق جلسة ٢٦/١١/٢٠٠١ لمزيد من الاحكام انظر تفصيلاً د احمد مليجى موسوعة النقض والدستورية العليا القاهرة لمركز القومى للإصدارات القانونية ٢٠٠٥ ط ٢ ج ٧ ص ٢٠٧ - ٢٣٦ ج ٨ ص ٩٢٨ - ٩٦٧ .

٤ . د فاروق عبدالبر دور المحكمة الدستورية المصرية فى حماية الحقوق والحريات ج م ع النسر الذهبي للطباعة ٢٠٠٤ ص ٨٧١ .

٥ . مستشار رجب سليم مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية بمملكة البحرين الكتاب الاول ٢٠٠٢-٢٠٠٦ ط ٢٠٠٧ المبدأ ٣/١١ ص ٢٨٠ .

٦ . - الجريدة الرسمية العدد ٢٦٤٨ الاربعاء ١٨ / ٨ / ٢٠٠٤ م .

## رابعاً : الملكية العامة

تخضع الملكية (١) العامة لعدة اعتبارات العدالة الاجتماعية - والحرية - وأخرى اقتصادية واجتماعية ، وبالتالي اختلفت هذه المفاهيم للملكية العامة فى النظام الإشتراكي عن النظام الرأسمالي حيث اعتمدت الملكية الجماعية فى النظام الإشتراكي على وسائل الإنتاج ، وتتخذ هذه الملكية صورتين احدهما ملكية الدولة متمثلة فى المجتمع بأسره ، وفى الثانية ملكيتها فى مجموعات معينة تسمى التعاونيات وبالتالي تجمع الدولة مقاليد الامور وتوزع الإنتاج (٢).

بينما فى النظام الرأسمالي تكمن فى صورتين الأولى الملكية الخاصة لوسائل الإنتاج مع رقابة الدولة للقضاء على الاحتكار ، والثانية إقامة مشروعات للقطاع العام فى المجالات التى يعزف عنها القطاع الخاص لحاجتها لرؤوس أموال كبيرة ولا تسعى لتحقيق الربح (٣).

ولتحقيق الملكية العامة نصت المادة ٣١ من دستور مصر لسنة ١٩٧١ على أن : ( الملكية العامة هى ملكية الشعب ، وتمثل فى ملكية الدولة والأشخاص الاعتبارية العامة ) ، وكذلك نصت المادة ٢١ من دستور مصر لسنة ٢٠١٢ على أن : (تكفل الدولة الملكية المشروعة بأنواعها العامة والتعاونية والخاصة والوقف وتحميها وفقاً لما ينظمه القانون ) ، وأيضاً نهجت التعديلات الدستورية لسنة ٢٠١٤ إلى نفس المعنى فى المادة ٣٤ بان : ( للملكية العامة حرمة لا يجوز المساس بها وحمايتها واجب وفقاً للقانون ) .

ونصت المادة ٩ / أ من الدستور البحريني لعام ٢٠٠٢ على أن ( الملكية ورأس المال والعمل وفقاً لمبادئ العدالة الإسلامية مقومات أساسية لكيان الدولة الاجتماعي والثروة الوطنية ، وهي جميعاً حقوق فردية ذات وظيفة اجتماعية ينظمها القانون ) .

إذاً حرص المشرع على حماية الملكية العامة و التعاونية والخاصة والوقف لأنها أحد المقومات الإقتصادية التى أوجب حمايتها النص الدستوري، ونظم القانون لتبأشر وظيفتها من خلال الاحكام الضابطة للملكية العامة .

## خامساً : الموازنة العامة ورقابة الشعب

تأسست فكرة الموازنة العامة للدولة الحديثة من فهم الشريعة الإسلامية التى سبقت القوانين الوضعية وهذا ما ( ذكره النويري المتوفى سنة ٧٣٣ هجرية فى كتابه (نهاية الأرب فى فنون الأدب) . من أن كاتب ديوان بيت المال يلتزم برفع حسابات سنوية يوضح فيها جملة الإيرادات مخصوماً منها جملة المصروفات ، وما إذا كان هناك فائض(٤).

وتعرف ميزانية الدولة بأنها : ( وثيقة تتضمن تقديراً نقدياً سنوياً للنفقات والإيرادات العامة للدولة ،

١. الملكية لغة : جاء فى مادة ملك الشئ ملكاً : حاز وانفرد بالتصرف فيه - ومنها ملكه واحتواه المعجم الوجيز مرجع سابق ص ٥٩٠ .
٢. د سعد النجار مبادئ الإقتصاد القاهرة ١٩٧٦ دار النهضة العربية ص ٤٢ .
٣. د صلاح الدين نامق النظم الاقتصادية المعاصرة دراسة مقارنة القاهرة ١٩٧٣ دار النهضة العربية ص ٤٩ .
٤. د صبرى عبدالعزيز المالية العامة دراسة مقارنة اسلامياً مرجع سابق ص ٢٨١ والمشار اليه فى د شوقي عبده الساهي مراقبة الموازنة العامة فى ضوء الإسلام القاهرة بدون ناشر ١٤٠٢ هجرية - ١٩٨٢ ص ٢٩٧ .

التي يتم إجازتها من السلطة التشريعية) (١) ويستدل من هذا المعنى أن فكرة الميزانية تتأسس على عنصرين هما التقدير - الإجازة.

ولكى تتمكن الدولة من إعداد الميزانية يلزم أن يراعى فى إعدادها عدد من المبادئ ( وحدة الميزانية - عمومية الميزانية - سنوية الموازنة - توازن الميزانية) (٢) ولما كانت هذه الدراسة تنحصر فى الاسس الدستورية فسوف تقتصر على تحديد هذه الأسس وتوضيح الرقابة على التنفيذ .

فقد نصت المادة ١١٥ من دستور مصر لسنة ١٩٧١ على أنه : ( يجب عرض مشروع الموازنة العامة على مجلس الشعب قبل ثلاثة أشهر على الأقل من بدء السنة المالية ولا تعتبر نافذة إلا بموافقته عليها ويتم التصويت على مشروع الموازنة باباً باباً ويجوز لمجلس الشعب أن يعدل النفقات الواردة فى مشروع الموازنة، عدا التي ترد تنفيذاً للالتزام محدد على الدولة وإذا ترتب على التعديل زيادة فى إجمالى النفقات وجب أن يتفق المجلس مع الحكومة على تدبير مصادر للإيرادات بما يحقق إعادة التوازن بينها وبين النفقات. وتصدر الموازنة بقانون يجوز أن يتضمن تعديلاً فى أي قانون قائم بالقدر اللازم لتحقيق هذا التوازن، وإذا لم يتم اعتماد الموازنة الجديدة قبل بدء السنة المالية عمل بالموازنة القديمة لحين اعتمادها ويحدد القانون طريقة إعداد الموازنة كما يحدد السنة المالية).

ونصت المادة ١١٦ من دستور مصر لسنة ٢٠١٢ على أنه : ( يجب أن تشمل الموازنة العامة للدولة كافة إيراداتها ومصروفاتها دون استثناء ويعرض مشروعها على مجلس النواب قبل تسعين يوماً على الأقل من بدء السنة المالية ولا تكون نافذة إلا بموافقته عليها ، ويتم التصويت عليه باباً باباً ، ويجوز لمجلس النواب أن يعدل النفقات الواردة فى مشروع الموازنة ، عدا التي ترد تنفيذاً للالتزام محدد على الدولة . وإذا ترتب على التعديل زيادة فى إجمالى النفقات ، وجب أن يتفق المجلس مع الحكومة على تدبير مصادر للإيرادات تحقق إعادة التوازن بينهما ، وتصدر الموازنة بقانون يجوز أن يتضمن تعديلاً فى قانون قائم بالقدر اللازم لتحقيق هذا التوازن . وإذا لم يتم اعتماد الموازنة الجديدة قبل بدء السنة المالية عمل بالموازنة القديمة لحين اعتمادها ويحدد القانون السنة المالية وطريقة إعداد الموازنة العامة ، وأحكام موازنات المؤسسات والهيئات العامة وحساباتها ) ، كما أيد المعنى التعديلات الدستورية لسنة ٢٠١٤ (٣).

ونظمها أيضاً الدستور البحريني حيث نصت المادة ١٠٩ على أنه : ( أ - تحدد السنة المالية بقانون، ب- تعد الحكومة مشروع قانون الميزانية السنوية الشاملة لإيرادات الدولة ومصروفاتها، وتقدمه إلى مجلس النواب قبل انتهاء السنة المالية بشهرين على الأقل، لمناقشته وإحالتها إلى مجلس الشورى للنظر فيه وفق أحكام الدستور ويجوز إدخال أي تعديل على الميزانية بالاتفاق مع الحكومة، ج- تكون مناقشة الميزانية على أساس التبويب الوارد فيها، ويجوز إعداد الميزانية لأكثر من سنة مالية، ولا يجوز تخصيص أي إيراد

١ . د صبري عبدالعزيز المالية العامة دراسة مقارنة اسلاميا اج م ع المحلة الكبرى دار الصفا للنشر ٢٠١٢/٢٠١٣ ص ٢٧٠

٢ . د صبري عبدالعزيز مرجع سابق ص ٢٨٥-٣١٠

٣ . المادة ١٢٤ من تعديلات دستور ٢٠١٤

من الإيرادات العامة لوجه معين من وجوه الصرف إلا بقانون،، -د- تصدر الميزانية العامة للدولة بقانون،  
 ه- إذا لم يصدر قانون الميزانية قبل بدء السنة المالية يعمل بالميزانية السابقة إلى حين صدوره وتجبى  
 الإيرادات وتنفق المصروفات وفقا للقوانين المعمول بها في نهاية السنة المذكورة، و- لا يجوز بحال تجاوز  
 الحد الأقصى لتقديرات الإنفاق الواردة في قانون الميزانية والقوانين المعدلة له).

وتم تعديل الفقرة (ب، ج) من المادة السابقة إلى المادة لسنة ٢٠١٢ لتصبح:

ب - تعد الحكومة مشروع الميزانية السنوية الشاملة لإيرادات الدولة ومصروفاتها وتقدمه إلى  
 مجلسي الشورى والنواب قبل إنتهاء السنة المالية بشهرين على الأقل، وبعد تقديم المشروع تجتمع اللجنتان  
 المختصتان بالشؤون المالية لكل من المجلسين في إجتماع مشترك لمناقشته مع الحكومة، وتقدم كل لجنة بعد  
 إنتهاء المناقشات تقريراً منفصلاً إلى المجلس الذي تتبعه، ويعرض مشروع القانون على مجلس النواب  
 لمناقشته وإحالته إلى مجلس الشورى للنظر فيه وفق أحكام الدستور، ويجوز إدخال أي تعديل على مشروع  
 قانون الميزانية بالإتفاق مع الحكومة.

ج- تكون مناقشة مشروع قانون الميزانية على أساس التبويب الوارد فيها، ويجوز إعداد الميزانية لسنتين  
 ماليتين على الأكثر، ولا يجوز تخصيص أي إيراد من الإيرادات العامة لوجه معين من وجوه الصرف إلا  
 بقانون).

وهذه القواعد وضعت في التعديل الدستوري لتحقيق بإجتماع كل من مجلسي النواب والشورى دراسة  
 مشروع الميزانية ثم تختم بتقرير منفصل لكل من المجلسين على حده، ثم يتم إجتماع مجلس النواب مرة  
 أخرى للمناقشة ويحيله لمجلس الشورى لمراعاة الدستورية وأخيراً لا يجوز تقرير أي تخصيص للإيرادات  
 العامة إلا بقانون.

وبالتالي تعد الموازنة العامة وثيقة محاسبية وقانونية وسياسية تعبر عن فكرة التوقع والاعتماد للنفقات  
 والإيرادات العامة لفترة مقبلة والتي تعبر في صورة أرقام عن النشاط الإداري والإقتصادي والإجتماعي  
 للدولة (١)، وتلتزم الدولة بتدبير كافة الموارد الأزمة لدعم خطة الموازنة العامة سنوياً بغية تحقيق استقرار  
 المجتمع (٢).

وبالتالي عمد الدستور الى منح البرلمان الرقابة على الأعمال الحكومية بصدد إنفاق المال العام  
 ، ومحاربة الإسراف المالي بكافة الأجهزة التنفيذية بغية حماية المال العام، وصيانة تديره، وإنفاقه حتى  
 يتحقق التوازن بذلك في إعداد الموازنة، وكيفية تنفيذها مواجهة للكساد - التضخم الذي يؤدي إلى زيادة  
 الأعباء العامة على كافة المواطنين.

وتتحقق هذه الرقابة في صور ثلاث الرقابة البرلمانية، الرقابة الذاتية و الرقابة المستقلة نوضحها  
 كما يلي (٣)٩:

## ١- الرقابة البرلمانية:

تتحقق هذه الرقابة في صورتين الأولى رقابة سابقة تكمن أثناء التنفيذ في حق البرلمان في توجيه الاسئلة

١. د صالح ابراهيم المتويتي المالية العامة والتشريع المالي في ضوء القانون البحريني مملكة البحرين مطبعة جامعة البحرين  
 الطبعة الاولى ٢٠٠٦ ص ٢٧٥.
٢. دشوقي عبده الساهي مراقبة الموازنة العامة في ضوء الإسلام القاهرة بدون ١٩٨٢ ص ١٣٥.
٣. مرجع سابق ٢١١-٢١٢.

- الإستجابات الى الوزراء المعنيين للوقوف على الأساس الصحيح لهذه النفقات الواجب إعتماؤها ،والثانية تعد رقابة لاحقة فى الإلتزام بعرض الميزانية السنوية تطبيقاً للنص الدستوري على الجهاز المركزي للمحاسبات (١) للتأكد من صحة التطبيق .

ويتحقق لهذه الرقابة فاعليتها فى مملكة البحرين بالتنسيق بين البرلمان والحكومة ولا يمكن الصرف إلا بموافقة البرلمان .

إذا تلاحظ أن الرقابة فى إعداد مشروع الموازنة العامة هي رقابة تقديرية فى ضوء ما يقدم من الحكومة من تدبير الإيرادات المالية ومراجعة أوجه الصرف بينما يختلف الأمر فى الحساب الختامى فالرقابة فعلية لما تم تقريره من الصرف الفعلي فى ضوء النص القانوني .

## ٢- الرقابة الذاتية :

تتجلى هذه الرقابة من السلطة التنفيذية أيضاً فى صورتين :

**الرقابة الأولى :** رقابة حالة - أثناء التنفيذ وتكمن فى رقابة القسم المالى فى الجهات الإدارية للتأكد من صحة الصرف فى الأوجه المقررة قانوناً ،وعند ثبوت مخالفات تتولى الجهات الرقابية التى سنوضحها فى المطلب الثالث .

**أما الرقابة الثانية :** رقابة لاحقة تأتي هذه الرقابة بصورة دورية ( - شهرية - ربع سنوية ) حيث يرد تقارير هذه الجهات بالمخالفات للوقوف على صحة الموقف المالى .

## ٣- الرقابة المستقلة :

تكمن هذه الرقابة فى حرص الدول على التأكد من صحة تنفيذ بنود الميزانية العامة حيث أسندت هذه الرقابة فى مصر إلى الجهاز المركزي للمحاسبات الذى أنشئ بالقانون ١٢٩ لسنة ١٩٦٤ وفى مملكة البحرين إلى ديوان الرقابة المالية والإدارية وسوف نوضح ذلك فى المطلب الثالث .  
وبالتالى إعداد الميزانية العامة ، واعتمادها ، والأمر بصرف هذه الأموال ، والرقابة على هذا الصرف يتجلى من خلال هذه الأساس الدستوري لحماية المال العام وصيانتها .

## سادساً : القروض العامة :

يعرف القرض العام بأنه ( مبلغ نقدي تستدينه الدولة أو أحد أشخاصها العامة من مداخلات الغير متعهدة برده وفائدته خلال مدة معينة)(٢) ومن خلال التعريف يتضح أنه يلزم للقرض العام من توافر النقدية ، والمديونية ، والمقابل ، بالإضافة إلى عناصر الإختيار والتأمين والتخصيص كعناصر أساسية وقد

١ . نص المادة ١١٨ من دستور ١٩٧١ ( يجب عرض الحساب الختامى لميزانية الدولة على مجلس الشعب فى مدة لا تزيد على ستة أشهر من تاريخ انتهاء السنة المالية، ويتم التصويت عليها باباً باباً ، ويصدر بقانون كما يجب عرض التقرير السنوي للجهاز المركزي للمحاسبات، وملاحظاته على مجلس الشعب، وللمجلس أن يطلب من الجهاز المركزي للمحاسبات أية بيانات أو تقارير أخرى) انظر المادة ١١٧ من دستور ٢٠١٢  
٢. د صبري عبد العزيز المالية العامة دراسة مقارنة اسلامياً مرجع سابق ص ٢٣٤.

تناولها المشرع الدستوري على النحو التالي :

نص دستور مصر لسنة ١٩٧١ فى المادة ١٢١ على أنه: ( لا يجوز للسلطة التنفيذية عقد قروض أو الارتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة فى فترة مقبلة إلا بموافقة مجلس الشعب ) .  
ونص دستور مصر لسنة ٢٠١٢ فى المادة ١٢٠ على أنه: ( لا يجوز للسلطة التنفيذية الاقتراض أو الحصول على تمويل ، أو الإرتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من الخزانة العامة للدولة لمدة مقبلة ، إلا بعد موافقة مجلس النواب ) ، وبفس المنوال أخذ المشرع فى المادة ١٢٧ من التعديلات الدستورية لسنة ٢٠١٤ .

### ونظم المشرع البحريني القروض العامة فى المادة ١٠٨ على أنه :

( أ - تُعقد القروض العامة بقانون ويجوز أن تقرض الدولة أو أن تكفل قرصاً بقانون فى حدود الإعتمادات المقررة لهذا الغرض بقانون الميزانية ، ب- يجوز للهيئات المحلية من بلديات أو مؤسسات عامة أن تقرض أو تقرض أو تكفل قرصاً وفقاً للقوانين الخاصة بها ) .  
وقد بيّن الدستور المصري والبحريني أهمية الاقتراض حيث ألزم السلطة التنفيذية عند إجراء قروض أو الإرتباط بمشروع يترتب عليه إنفاق مبالغ من خزانة الدولة لا يتم ذلك إلا البرلمان بغية المحافظة على أهمية استعمال هذا القرض ومدى الحاجة إليه .

ولاشك أن عقد القرض ينشئ إلتزامات فى ذمة الدولة ، لذلك تدخل المشرع لتحديد نوعية العقد بصورة نصوص تشريعية (١) حتى لا يتم التوسع فى تفسير النص لارتباط الأمر بمعالجة الاختلال الاجتماعى والاقتصادى وإمكانية إعادة التوازن فى الميزانية العامة والتوسع فى الإنفاق العام (٢) .

ونظراً لتنوع الآثار الاقتصادية للقروض العامة ، حرص المشرع الدستوري على النص عليها ، لأنها من الأعباء المالية التى تتضمن نوعين من الأعباء أحدهما ( عبء عيني ) يلقى على عاتق الاقتصاد الوطنى . والأخر : ( عبء مالي نقدي ) يرتب على بنود الخزانة العامة لتلتزم الدولة برد هذا القرض وفوائده .

وتسعى الدولة إلى هذا القرض من أجل أغراض متعددة (٣) ويفضل استثمار أموال هذا القرض للخدمات فى مشروعات تعود بالنفع العام على المجتمع لما يقدمه من استثمارات إنتاجية يساعدها على الإنتاج والتصدير ، والتمكن من السداد حرصاً على حماية المال وصيانتة .

- ١ . انظر تفصيلاً القرار رقم ٥٠٦ لسنة ٢٠٠٣ بتنظيم التصرف فى بعض موارد النقد الأجنبى حيث فرض عقوبات تصل الى الإيقاف عن العمل - العزل من الوظيفة العامة راجع د محمد صادق اسماعيل - د عبدالعال الديربى جرائم الفساد بين أليات المكافحة الوطنية والدولية مرجع سابق ٥١-٥٢ .
- ٢ . انظر تفصيلاً انواع القروض الوطنية - الأجنبية - الإختيارية المؤبدة - المؤقتة ، وأساليب إصدار القروض العامة - د صالح ابراهيم المتيوتى المالية العامة والتشريع المالى فى ضوء القانون البحريني مرجع سابق ص ٢٢٤ .
- ٣ . د صبرى عبدالعزيز المالية العامة دراسة مقارنة اسلامياً مرجع سابق ص ٢٢٧-٢٦٤ .

ومن السابق عرضه نجد أن الحماية الدستورية وصورها المتعددة فى الدستور المصري و البحريني قد تحققت لتكتمل الرؤى المعاصرة والمستقبلية من خلال التنسيق بين النصوص الدستورية للمحافظة على تكاملها وسموها ،وحسن تطبيقها ،وما تعرضه من نتائج إيجابية كمحور للتنمية الاقتصادية والسياسية .

### المبحث الثالث

## الحماية القانونية للمال العام فى التشريعات المصرية والبحرينية

تعددت القوانين والتشريعات التي تكافح جرائم الفساد في كافة المجالات حماية للمال العام لأنه أهم دعائم المقومات الاقتصادية والاجتماعية فى الدولة لأن هذه الجرائم تعتبر العقبة الرئيسة أمام الإصلاح والتنمية والاستثمار .

ينقسم هذا المبحث الى فرعين نتناول فى الفرع الأول الحماية القانونية للمال العام فى التشريعات المصرية والبحرينية ، وفى الفرع الثاني فى الحماية التشريعية للجهات الرقابية على المال العام فى التشريعات المصرية والبحرينية وتطبيقاتها .

### المطلب الأول

## الحماية القانونية للمال العام فى التشريعات المصرية والبحرينية

استطاع المشرع أن يضع القواعد القانونية التي تكافح جرائم الاعتداء على المال العام فى كافة القطاعات ،وفيما يلي رصد لأهم هذه التشريعات الوطنية فى جمهورية مصر العربية ومملكة البحرين نتناولها فى فروع ثلاثة على النحو التالي :

### الفرع الاول

## الحماية الجنائية للمال العام

الحماية الجنائية من أكثر فروع القانون إتصلاً بحاجات المجتمع وأكثر تأثيراً بالنظام السياسي والاقتصادي لأنها تعدت النظام التقليدي فى تجريم الأفعال المؤثمة بطبيعتها إلى خلق جرائم تعبر عن اتجاه المجتمع (١) وفرض العقوبات الرادعة للتوسع المستمر فى حجم المال العام (٢) وبالتالي يقرر المشرع الحماية الجنائية فى العديد من النصوص العقابية المجرمة للاعتداء على المال العام فى قانون العقوبات أو فى غيره من القوانين الخاصة (٣) ، وقد أرسى المشرع الدستوري المبدأ: حيث نص المادة ٢٠ دستور مملكة البحرين لسنة ٢٠٠٢ على أن لكل جريمة ركنها المادي الذى يدور معها فى

- ١ . د محمود محمود مصطفى الجرائم الاقتصادية فى القانون المقارن ، مطبعة جامعة القاهرة . الطبعة الثانية سنة ١٩٩٧ ص ٢٧ .
- ٢ . د أحمد عبد اللطيف جرائم المال العام مرجع سابق ص ٧ .
- ٣ . من نماذج التشريعات القانون ٣٥ لسنة ١٩٧٢ بشأن حماية الأموال لعامة ، والقانون ٧٤ لسنة ١٩٧١ الخاص بالري والصرف انظر تفصيلاً د محمد عبد الحميد أبو زيد حماية المال العام دار النهضة العربية ١٩٧٨ ص ١٤٥ .



وجودها وفي شرعية عقابها (١) .

وتظهر قوة الحماية الجنائية فى طبيعته الإجرائية والموضوعية لحماية المال العام فى النصوص الجنائية وغلقت كافة الثغرات القانونية تحقيقاً لردع المجتمع.

فالحماية الإجرائية تتمثل فى عدم تجميع النصوص العقابية فى تشريع واحد ، وذلك لأن البعض منها ورد فى مجموعة الإجراءات الجنائية ، والأخرى فى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن إنشاء محاكم أمن دولة والملاحظ أن التشريعات لم توضع فى فترة واحدة بل جاءت بصورة متتالية كلما دعت الحاجة إليها حماية للمال العام ونسوق بعض الأمثلة لهذه الحماية (٢) .

- القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٧ والذى اضاف لقانون الإجراءات الجنائية نصوص ٢٠٨ مكرراً (أ) ، و ٢٠٨ مكرراً (ب) ، و ٢٠٨ مكرراً (ج) وقد أعطت للنائب سلطة منع المتهم فى جرائم المال العام من التصرف فى ماله أو إدارته .

- وقد صدر الحكم بعدم دستورية المادة ٢٠٨ مكرراً (أ) من قانون الإجراءات الجنائية وسقوط الفقرات ٢،٣ ، وكذلك المادة ٢٠٨ مكرراً (ب) وعلى أثر ذلك صدر القانون ١٩٧٤ لسنة ١٩٩٨ بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية وتم استبدال نصوص المادة ٢٠٨ مكرراً (ج) بأن سلطة التى كانت مخولة للنائب العام أصبحت للمحكمة احتراماً للنص الدستوري ٣٤ من الدستور.

- أصدر المشرع القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن إنشاء محاكم أمن الدولة وجعل رفع الدعوى فى الجنايات من النيابة العامة إلى المحكمة مباشرة والفصل فيها على سبيل السرعة (م ٣/٣ من القانون المذكور) (٣) .

أما الحماية الجنائية الموضوعية فهى متدرجة وليست على قدم المساواة وذلك لأن المشرع حرص على التجريم بداية للأموال الأكثر تعرضاً للجمهور كالطرق العامة بالقانون ٥٣ لسنة ١٩٤٩ والمعدل بالقانون ١٢٠ لسنة ١٩٥٦ ، ثم تلى ذلك عدة تشريعات ، وهى ليست مجمعة فى تشريع واحد (٤) نذكر منها القانون ١٤٠ لسنة ١٩٥٦ فى شأن إشغال الطرق العامة بما يؤثر على الانتفاع بالمال العام ما لم يكن بترخيص من الجهات المعنية ، وكذلك القانون ٣٥ لسنة ١٩٧٢ والمعدل بالقانون ٦٣ لسنة ١٩٧٥ إضافة إلى التشريعات العقابية لجرائم اختلاس المال العام والعدوان والغدر (٥) ونظراً لخطورة الاعتداء على المال العام أورد المشرع جرائم اختلاس المال العام والعدوان عليه والغدر فى الباب الرابع من المادة ١١٢ حتى ١١٩ مكرراً (٦) وتظهر أهمية هذه الحماية فى أن الاعتداء على المال الخاص لا يقتضى توقيع الجزاء إلا فى حالة

١. مستشار رجب سليم مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية بمملكة البحرين الكتاب الاول ٢٠٠٣-٢٠٠٦ ط ٢٠٠٧ ص ٢٦٤.
٢. د عبد العظيم مرسى وزير الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين العموميين والقائمين بأعباء السلطة العامة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٧٨ ص ١٢٣.
٣. أنظر تفصيلاً د محمد عبد الشافى إسماعيل الحماية الإجرائية للمال العام فى التشريع المصري مرجع سابق ص ١٢-١٤.
٤. د محمد أنس قاسم جعفر النشاط الإداري القاهرة دار النهضة العربية ١٩٩٨ ص ٣٩٤.
٥. د أحمد عبد اللطيف جرائم الأموال العامة مرجع سابق ص ١٠-١١.
٦. اسامة أحمد شتات مرجع سابق ص ٨٣ - ٩٤.

المساس بالملكية متعمداً ذلك ، بينما تكمن الحماية فى الأموال العامة عليها يستتبع توقيع الجزاء العقابى فى كل اعتداء مادى حتى إذا لم يكن هذا الاعتداء متعمداً بل نتيجة للإهمال أو عدم الاحتياط (١) .

ومن الأمثلة فى قانون العقوبات المصرى على الحماية الجنائية للمال العام التى نظمها المشرع جرائم الرشوة فى الباب الثالث بدءاً من المادة ١٠٣ حتى المادة ١١١ نذكر منها المادة ١٠٣ : ( كل موظف عمومى طلب لنفسه أو لغيره أو أخذ وعداً أو عطية لأداء عمل من أعمال وظيفته يعد مرتشياً ويعاقب بالسجن المؤبد وبغرامة لا تقل عن ألف جنيه ولا تزيد على ما أعطى أو وعد به) (٢) .

وقد عالج أيضاً المشرع البحرينى الجرائم المخلة بواجبات الوظيفة العامة فى الفصل الأول من الباب الثانى حيث حظيت الرشوة وملحقاتها باهتمام المشرع فنص فى المادة ١٨٦ من المرسوم بقانون ١٥ لسنة ١٩٧٦ على أن : ( يعاقب بالسجن كل موظف أو مكلف بخدمة عامة طلب أو قبل لنفسه أو لغيره بشكل مباشر أو غير مباشر عطية أو مزية من أى نوع أو وعداً بشئ من ذلك لأداء عمل أو للامتناع عن عمل لدى قيامه بمهام وظيفته ، فإذا كان أداء العمل أو الإمتناع عنه حقاً تكون العقوبة السجن مدة لا تتجاوز عشر سنوات) . ويتطلب لجريمة الرشوة أركان ثلاثة : صفة المرتشى (موظف عام) ، الركن المادى (الأخذ - القبول - الطلب) ، الركن المعنوي (القصد الجنائى) .

ونظراً لخطورة هذه الجريمة التى تتكرر فى كثير من المجتمعات والتى تكون سبباً فى انهيار الجهاز الإدارى فى الدولة لأن بدايتها يتطلب من الموظف العام (الأخذ - القبول - الطلب) . وهذا ما يكون دائماً بشأن عمل غير مشروع يخص الوظيفة العامة من أعمال تقع بصور متعددة مثل المحسوبة - الوساطة - الابتزاز - التزوير - التزوير - استغلال النفوذ - وصولاً إلى نهب المال العام.(٣)

ونظراً لأن جرائم الاعتداء على المال العام شديدة التأثير على المصلحة العامة ، فقد أسهم المشرع لأهميتها سرعة الفصل فى هذه القضايا وتم ذلك بالقانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ والأمر ٦٥ لسنة ١٩٥٩ من الحاكم العسكرى بإحالة هذه القضايا إلى محاكم أمن الدولة والتى كان مقدمتها جرائم الاعتداء على المال العام .

وما أن لبث أن ألقى رئيس الجمهورية خضوع جرائم المال العام لهذه المحاكم بالأمر رقم ١ لسنة ١٩٨١ . وقد تحققت الحماية الجنائية بالقانون ٥ لسنة ١٩٧٣ والذى أضاف لقانون الإجراءات الجنائية النص ٣٦٦ مكرراً (أ:ج) حيث أسند إلى محكمة الجنايات قواعد الاختصاص بتشكيل دائرة أو أكثر لبعض

١ . د رفیق محمد سلام الحماية الجنائية للمال العام رسالة كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٤ ص ١٥٠ .

٢ . اسامة أحمد شحات قانون العقوبات القاهرة دار الكتب القانونية ٢٠٠٦ ص ٧٧-٨٢ .

٣ . نقض ١٩٦٠/٣/٨ - طعن ١٥٦٩ سنة ٢٩ ق . السنة ١ ص ٢٢٠ والسنة ٢٣ ص ١٠٦١ والسنة ٢٩ ٢٤٧ . الطعن ٢٣٧٢ لسنة ٣٠ ق جلسة ١٩٦١/٢/٢٠ السنة ١٢ ص ٢٤١ والسنة ٢٣ ص ٣٨٩١٠٦١ والطعن ٤١٠١٩ لسنة ٧٦ جلسة ١٩٩٩/١٠/١١ والسنة ٤٧ ص ٥٧٥ ولمزيد من الاحكام انظر تفصيلاً اسامه شاهين ، سمير الشناوى الموسوعة الذهبية فى قضايا الاموال العامة قضايا الرشوة ج ١ مركز العدالة للمحاماة والاستشارات القانونية القاهرة ط ٢٠٠٦ ص ٥-٢٠٥

الجرائم ومنها ( جرائم الاعتداء على المال العام ) وذلك لسرعة الفصل في هذه القضايا (١) .  
وبالتالي خول المشرع هذه الحماية للمحاكم لسرعة الفصل في القضايا نظراً لما لها من اعتداء على المجتمع واقتصاده مع الالتزام بتوفير كافة الضمانات القانونية للدولة والأفراد حتى يجعل من الحماية الجنائية (الإجرائية والموضوعية ) سياجاً (٢) لحماية المال العام بالعقوبة الجنائية التي تحقق الردع العام والخاص في المجتمع.

## الفرع الثاني الحماية المدنية للمال العام

تعد الحماية المدنية ترجمة لمبدأ توازي الأشكال أى عدم جواز إلقاء قاعدة أو تعديلها إلا بنص قانوني، وبالتالي لا يجوز التصرف في هذه الأموال العامة أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم (٣).  
وقد حرص القانون المدني المصري في المادة ٢/٨٧ والقانون المدني البحريني في المادة ٢٦ على تقرير هذه الحماية المدنية (٤) فنص في كل منهما على أن ( هذه الأموال لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم ).  
وقد أحسن التشريع المصري والبحريني على تأكيد هذه الحماية بنص القانون، مخالفاً بذلك تنظيم هذه الحماية في فرنسا الذي كان من إبداعات الفقه والقضاء دون سند تشريعي (٥).  
ونتناول الحماية المدنية في صورها الثلاث بالتوضيح على النحو التالي

### أولاً: عدم جواز التصرف في المال العام :

تعد هذه القاعدة من أولى القواعد الخاصة لحماية المال العام مدنياً وذلك مادامت مخصصة للمنفعة العامة ، وهذه القاعدة ليست مطلقة ولا تتعارض مع مبدأ التخصيص للمال العام ، فيمكن أن تتم بين الاشخاص المعنوية العامة المختلفة ، وأيضاً يمكن التصرف في حالة اتفاق الإدارة مع أحد الأفراد على استعمال هذا المال بترخيص أو عقد (٦).

فالمشرع حقق هذه الحماية في عدم التصرف بهذا المال العام عند تخصيصه للمنفعة العامة المنقول منها والعقار أو لخدمة المرفق العام ، وأجاز التصرفات القانونية فقط في المبادلات بين الأشخاص الإدارية، وانتقال المال من ولاية لأخرى كالمحافظات ، والمدن ، والقرى لأنها لا تتعارض مع تخصيص المرفق العام

١. أنظر تفصيلاً د محمد عبد الشافي إسماعيل الحماية الإجرائية للمال العام في التشريع المصري مرجع سابق ص ٧٢.
٢. د رمسيس بنهام الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً منشأة المعارف الأسكندرية ١٩٨٤ ص ١٢٥.
٣. د فتحي فكري القاضي الدستوري وإسباغ حماية المال العام على ممتلكات الأشخاص ذات النفع العام مرجع سابق ص ٣.
٤. د محمد أنس قاسم جعفر مرجع سابق ص ٣٩٠.
٥. د محمد عبد الحميد أبو زيد المرجع في القانون الإداري مطبعة العشرى الطبعة الثانية ٢٠٠٧ ص ٧٢٨.
٦. د محمد أنس قاسم جعفر النشاط الإداري مرجع سابق ص ٣٩٠.

للنفع العام (١) .

ومن المقرر أن المال العام لا يمكن التصرف فيه بفرض الحراسة لأن ذلك يتعارض مع الغاية التي من أجلها تم تخصيصه ، ولكن التساؤل الذى يفرض نفسه في مدى صحة التصرفات التى تنشأ بين الأفراد والإدارة خاصة المزروعات على الأملاك العامة ؟

والمال العام لا يجوز فرض الحراسة عليه، ولكن مشكلة التنازع على هذه المزروعات بين الأفراد والإدارة تخص هذه المحاصيل فقط دون المساس بأملاك الدولة (٢)، وبالتالي يمكن التصرف فى هذه المزروعات لأنها ما زالت فى نزاع بين الأفراد والدولة ولا يمكن النيل من حقوق الأفراد على حساب الإدارة أو العكس دون التعدي على الأملاك العامة .

وقد تلاحظ أن المشرع البحريني سار على هذا النهج المصري فى أنه لا يمكن النيل من هذا المال، والتصرف فيه مادام مخصصاً للنفع العام ، ولا يمكن التصرف الابانتهاء التخصيص وتحوله إلى أموال خاصة (٣).

وقد وضع المشرع جزاء التعدي على المال العام ، والتصرف فيه البطلان المطلق لأن تحقيق هذه الحماية من النظام العام (٤).

### ثانياً : عدم جواز تملك المال العام بالتقادم :

تعتبر من أهم قواعد حماية المال العام وذلك لعدم قدرة الأفراد على تملك هذه الأموال بوضع اليد مهما طالت المدة لأن الحيابة لا تصلح سبباً لكسب الملكية (٥)، ولتحقيق هذه الحماية يمكن للدولة الحصول على هذه الأموال فى أي وقت مهما طالت مدة استغلالها دون التعويض عنها. ومن الجدير بالذكر أن هذه الحماية ترد على الأموال الخاصة المملوكة للدولة - الأشخاص الاعتبارية العامة - الوحدات الاقتصادية التابعة للمؤسسات العامة - الأموال الخاصة للهيئات العامة - شركات القطاع العام (٦).

ويعد هذا المبدأ نتيجة حتمية لعدم جواز التصرف فى المال العام ، لأن عدم تمكين الأفراد فى التصرف لهذا المال بكافة الصور من باب أولى لا يمكن تملكه بالتقادم ، كما أن ذلك يتعارض مع المبدأ والغرض الذى خصص له المال العام .

ومن النتائج المهمة المترتبة على عدم جواز التملك بالتقادم عدم جواز الاحتجاج بقاعدة الحيابة فى المنقول سند الملكية ، وعدم جواز التحدي بتطبيق قواعد الالتصاق المدنية على الأموال العامة (٧) . وقد نظم المشرع المصري عدم جواز تملك الاموال العامة والخاصة للدولة ، أو للأشخاص الاعتبارية

١ . د محمد عبد الحميد أبو زيد المرجع فى القانون الإداري ص ٧٤١ .

٢ . مرجع سابق ص ٧٤٥ .

٣ . د ابراهيم عبد العزيز شيحا الوجيز فى مبادئ وأحكام القانون الإداري الكتاب الثاني الطبعة الاولى ٢٠١٢ بدون ص ٢٣٤ .

٤ . محكمة النقض المصرية الطعن رقم ٣٦٦٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٩٧/٦/١ س ٤٨ ج ٢ ص ٨٢٥ .

٥ . - د صلاح البين فوزي المبادئ العامة فى القانون الإداري دراسة مقارنة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩١ ص ٢٢٢ ، د محمد أنس قاسم جعفر النشاط الإداري مرجع سابق ص ٣٩١ .

٦ . - د محمد أنس قاسم جعفر مرجع سابق ص ٣٩١-٣٩٢ .

٧ . أنظر تفصيلاً د ابراهيم عبد العزيز شيحا الوجيز فى مبادئ وأحكام القانون الإداري مرجع سابق ص ٣٢٧ .

العامة ، أو كسب حق عيني عليها بالتقادم تحقيقا للغاية من دوام سير المرافق العامة بانتظام وإطراد وتحقيقا للنفع العام (١).

ولإيضاح موقف المشرع البحريني فقد مر بمرحلتين الأولى كانت قبل إصدار المرسوم بقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٢ والتي أبحاث جواز تملك المال الخاص للدولة بالتقادم ، وفي المرحلة الثانية بعد تعديل المرسوم بقانون ١٩ في ١٨ يوليو ٢٠٠٢ ليواكب نص المادة ٩٠٢ من القانون المدني والتي تمنع إكتساب الملكية للمال الخاص والعام للدولة أو أي شخص طبيعي أو اعتباري أن يحوز أو يضع اليد بأي صفة كانت بغير سند من القانون على الأراضي الخاضعة لأحكام هذا القانون (٢).

وأيضاً نظم المشرع أملاك البلديات في مملكة البحرين بالمرسوم بقانون رقم ٣٥ لسنة ٢٠٠١ في مادة ٤٠ بأنه ( لا يجوز التعدي على أملاك البلديات أو كسب أي حق عيني عليها بالتقادم وفي حالة التعدي يكون للبلدية حق إزالة هذا التعدي على نفقة المخالف الإداري) (٣) .

وبالتالي نرى أن التشريع المصري والبحريني جانبه الصواب في إصدار النص القانوني الذي يحجب الاعتداء على أملاك الدولة وعدم جواز تملك المال العام والخاص للدولة بالتقادم وتقرير جزاء البطلان المطلق لكافة التصرفات التي تقع على أملاك الدولة للنيل منه تأسيساً للنص الدستوري بحرمة المال العام وحمايته .

### ثالثاً : عدم جواز الحجز على المال العام :

تأتي هذه الحماية في تجريم اتخاذ إجراءات الحجز على المال العام ، لأنها تعد مقدمات البيع الجبري لأن هذه القاعدة تمنع نقل المال العام والخاص المملوك للدولة أو أحد اشخاصها الاعتبارية للغير مادامت مخصصة للمنفعة العامة لأنه يتنافى مع الغاية المنشودة في دوام سير المرافق العامة بانتظام وإضطراد (٤) ، وتحقيق المصلحة العامة .

ولما كان الأصل أنه لا يجوز التصرف في المال العام بما يتعارض مع تخصيصه للنفع العام فلا يمكن الحجز على هذا المال لكون الغاية من ذلك التمهيد للتنفيذ الجبري ، كما يمكن أيضاً تجريم نزع ملكية المال العام في الإخلال بالغاية من تخصيصه والتي أنشئت من أجل إشباعه (٥) .

وهنا يثور التساؤل في مدى أحقية الطاعن في الحجز على أموال الدولة الخاصة ؟

- ١ . د محمد عبد الحميد أبوزيد المرجع في القانون الإداري مرجع سابق ص ٧٥٠ .
- ٢ . حكم المحكمة الكبرى المدنية - الغرفة الأولى - جلسة ١٩٩٩/٥/٢١ الدعوى رقم ٣٨٠٥ لسنة ١٩٩٦ قاعة ، المختار من الاحكام الصادرة في قضايا جهات الادارة ط ٢٠٠٠ ص ٦٢ ، حكم التميز جلسة ١٩٩٣/٩/٢٨ الطعن ٤ لسنة ١٩٩٣ قاعة ٨١ المختار من الاحكام الصادرة في قضايا جهات الادارة ط ٢٠٠٠ ص ١٣٠ والمشار في د ابراهيم عبد العزيز شيحا الوجيز في مبادئ وأحكام القانون الإداري مرجع سابق ص ٣٣٨ ، ٣٣٩ .
- ٣ . د محمد عبد الله حمود مبادئ القانون الإداري طبعه جامعة العلوم التطبيقية ٢٠٠٧ ص ٢٣٠ .
- ٤ . د صالح ابراهيم المتيوتي - د مروان محمد محروس المدرس القانون الاداري ( الكتاب الثاني ) مرجع سابق ص ٣١٧ .
- ٥ . د محمد عبد الحميد أبوزيد المرجع في القانون الإداري مرجع سابق ص ٧٥١ .

الأصل أنه لا يمكن الحجز على أموال الدولة بأي حال من الأحوال تحقيقاً للنفع العام وهذا ما أكده المشرع الفرنسي من إعتبار أملاك الدولة العام منها والخاص من الدومين العام لا يمكن الحجز عليها. وبالرغم من ذلك التوضيح إلا أن الفقه رأى خلاف (١) ذلك فى أن المال العام متى زالت عنه صفة العمومية ، وزال تخصيصه يمكن أن يستوفى الدائن منه حقه تأكيداً للمادة ٢٣٤ / ١ من القانون المدني بأن ( جميع أموال المدين ضامنه للوفاء بديونه ) ، والمادة ١/٣ من قانون الحجز الإداري ٢٠٨ لسنة ١٩٥٥ بأن الحجز يقع على جميع أموال المدين وتأكيداً لهذا المعنى صدر حكم محكمة النقض المصرية ( متى فقدت الأموال العامة للمنفعة العامة أصبحت من الاموال الخاصة للدولة أو الاشخاص المعنوية العامة فتعود إلى التعامل ويجوز التصرف فيها والحجز عليها(٢) ) .

بينما المشرع البحريني قد ساوى بين المال العام والخاص المملوك للدولة وبالتالي لا يمكن الحجز على هذا المال ، أو اكتسابه بالتقادم ، ولكن المشرع لم يوضح حقوق الدائنين على المال الخاص المملوك للدولة، وطريقة اقتضاء هذه الحقوق مما يلزم معه وجوب التدخل التشريعي تحقيقاً لقواعد العدل والإنصاف . والحق أن هذه الحماية المدنية يكاد يتفق في كثير من جنبااتها كل من التشريع المصري والبحريني في تقرير عدم جواز التصرف في المال العام أو تقادمه أو الحجز عليه ، وأن جزاء التعدي عليه البطلان المطلق الذي لا يصوب أو يعدل تحقيقاً للمصلحة العامة.

### الفرع الثالث مكافحة غسل الأموال

تعتبر جرائم غسل الأموال من أهم وأخطر الجرائم الاقتصادية ، والمالية ، والأخلاقية التي اتخذت أساليب متعددة لاحتكار الأنشطة ، والتأثير على الاقتصاد القومي ، وإهدار المال العام.

وتعرف جريمة غسل الأموال بأنها ( كل سلوك ينطوي على اكتساب أموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو إدارتها أو حفظها أو استبدالها أو إيداعها أو ضمانها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب فى قيمتها إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى المادة (٢) من هذا القانون مع العلم بذلك ، متى كان القصد من هذا السلوك إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل الى شخص من ارتكب الجريمة المتحصل منها المال ) (٣)

وقد بين المشرع البحريني مفهوم الأموال التي تدخل تحت مسمى غسل المال فى القانون ٨٠ لسنة

١. مرجع سابق ص ٧٥٤.
٢. نقض مدني ١٩٣٩/١١/٢٢ مجلة المحاماة ٢٠ رقم ٢٠٩ ص ٥٩٨ والمشار اليه في د. محمد عبد الحميد أبو زيد المرجع فى القانون الإداري مرجع سابق ص ٧٥٥.
٣. المادة ١/ب من القانون ٨٠ لسنة ٢٠٠٢.

٢٠٠٢ فى المادة ١/أ بأنه ( العملة الوطنية والعملات الأجنبية والأوراق المالية والأوراق التجارية وكل ذي قيمة من عقار أو منقول مادي أو معنوي ، وجميع الحقوق المتعلقة بأي منها ، والصكوك والمحركات المثبتة لكل ما تقدم).

ومن التشريعات المنظمة فى مملكة البحرين لمكافحة جرائم غسل الأموال والتي تم تنظيمها فى سوق البحرين للأوراق المالية بالقرار رقم ١ لسنة ٢٠٠٤ تحقيقاً للانضباط المنشود بعد الإطلاع على المرسوم بقانون رقم ٤ لسنة ١٩٨٧ بتنظيم سوق البحرين للأوراق المالية المعدل بالقانون ٢١ لسنة ٢٠٠٢ ، والقانون ٤ لسنة ٢٠٠١ بحظر ومكافحة غسل الأموال ، وقانون الشركات التجارية ٢١ لسنة ٢٠٠١ ، والقرار ١ لسنة ١٩٩٨ بشأن الإفصاح عن المعلومات الخاصة بتداول الأوراق المالية ، والقرار ٧ لسنة ٢٠٠١ بالتزامات المؤسسات بشأن حظر ومكافحة غسل الأموال ، والقرار ١٨ لسنة ٢٠٠٢ ، والقرار ٢٣ لسنة ٢٠٠٢ (١) بشأن إجراءات حظر ومكافحة غسل الأموال والإرهاب .

وتؤدي عمليات تبييض المال وغسله إلى السيطرة على النظام السياسي ، واختراق وإفساد هيكل الدولة كما حدث فى مصر تحت مسمى المال السياسي وصوره التى تولد عنها نظام سياسي فاسد(٢). وبالتالي تم تنظيم مكافحة غسل الأموال فى مصر والبحرين حمايةً للأموال العامة لما لها من تأثير سلبي فى انخفاض الدخل القومي وتهريب الأموال خارج البلاد - وانخفاض معدل الادخار - وارتفاع معدل التضخم، وتدهور قيمة العملات الوطنية.

## الفرع الرابع الحماية الإدارية للمال العام

يترتب على ملكية الدولة للمال العام أن تتخذ الوسائل الكفيلة لحمايته من الاعتداء عليه والنيل منه، ومن ثم يتسنى للجهة الإدارية الحق فى الالتجاء إلى كافة الطرق المختلفة لتحقيق هذه الحماية فى إزالة الاعتداء على المال العام بالطريق الإداري ، وصيانتة وإصلاحه والحق فى تحديد أملاك الدولة ، والحفاظ عليها ، والحق فى توقيع الحجز الإداري ورفع الدعاوى حمايةً للمال العام وصيانتة. وسوف نتعرض للحماية التشريعية للجهات الإدارية والتنفيذية فى المطلب التالى لذلك نتناول هذه الحماية بإيجاز على النحو التالى :

١. الجريدة الرسمية العدد ٢٦١٧ الأربعاء ١٤ يناير ٢٠٠٤ م
٢. د محمد على محمد العمري المال السياسي دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإردني بحث منشور بمجلة الشريعة القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة - العدد الواحد والخمسون شعبان ١٤٢٣ يوليو ٢٠١٢

## أولاً : حق الإدارة فى تحديد الاملاك العامة :

خول القانون للجهة الإدارية اتخاذ ما تراه ملائماً لتحقيق صيانة المال العام الذي يتمثل فى تحديد الأملاك العامة بإرادتها حتى يتم التمييز بين المال العام والمال الخاص.

ومن المنطقي أن توجد مثل هذه الالتزامات على عاتق الإدارة سواء كانت مالكة لهذا المال أو كان هذا المال فى حيازتها ، فإذا تعلق الأمر بتعيين هذه الحدود بين الأملاك العامة وأملاك الأفراد فيتم ذلك بالطريق الإتفاقي بين أصحاب الشأن والإدارة أو دعوى تعيين الحدود فى حالة تعذر الوصول إلى الاتفاق الودي بين الطرفين (١).

ونلاحظ أن التشريع المصري والبحريني لم يختلفا فى تحديد الأملاك العامة بطريقة واضحة ، كما أن المال الخاص يمكن تحويله إلى المال العام بطريق التخصيص ثم إصدار القانون او المرسوم المحدد لذلك حماية للمال العام .

## ثانياً : الالتزام بالصيانة والإصلاح :

تلتزم الإدارة بهذا المبدأ من خلال بذل عنايتها ، وأيضاً تحقيق النتيجة للحفاظ على المال العام وصيانتته والحرص على إصلاحه حتى تتحقق الغاية المنشودة من استمرار المرفق العام فى أدائه بصورة منتظمة ومطردة (٢).

ويقع هذا الالتزام على الشخص الحائز لهذا المال بهدف ضمان استمرار تخصيص المال للنفع العام ، وحماية الإدارة فى الالتزام بالتعويض عن الأضرار الناجمة عن إهمالها ، وتقصيرها بقواعد الصيانة الواجبة (٣).

وبالتالى فرض المشرع النص القانوني لتحقيق المزيد من الحماية للمال العام حيث لم يعد من المستغاب أن تسير الأمور بصورة عشوائية دون حذر وحيلة إضراراً بهذا المال ، فضلاً عن توقع حدوث الأضرار التي قد تصيب الأفراد من جراء الإهمال أو التقاعس فى أداء الخدمات .

ولذلك نرى أن نطاق الإصلاح والتجديد يدخل فيه أيضاً الإحلال والتجديد حفاظاً على المال العام، وهذا ما دعا جانب من الفقه إلى تدخل المشرع لمواجهة القصور التشريعي فى النص حيث خلت من (الإحلال والتجديد ) حتى يحقق المزيد من الحماية التشريعية(٤).

## ثالثاً : حق الإدارة فى توقيع الحجز الإداري

يعد الحجز الإداري أحد صور الحماية الإدارية فى تحصيل مستحقات الإدارة ومستحقاتها المالية فى

١. د إبراهيم عبد العزيز شيخا الأموال العامة مرجع سابق ص ٤٥٣.

٢. د محمد على أحمد قطب الموسوعة القانونية والأمنية فى حماية المال العام مرجع سابق ص ٢٤٤.

٣. د محمد عبد الحميد أبوزيد حماية المال العام دراسة مقارنة دار النهضة العربية ١٩٧٨ ص ١٢٠.

٤. د محمد على أحمد قطب الموسوعة القانونية والأمنية فى حماية المال العام مرجع سابق ص ٢٤٧.



اللجوء إلى القضاء المختص ، ونظراً لأن الإدارة تتمتع بامتيازات السلطة العامة فقد منحها القانون ٢٠٨ لسنة ١٩٥٥ الخاص بالحجز الإداري الحق في سرعة تحصيل موارد الدولة المالية مقابل ما تقدمه من خدماتها المختلفة .

وقد منح المشرع الإدارة بقانون الحجز الإداري سلطات متعددة في تتبع إجراءات الحجز الإداري عند عدم الوفاء بمستحقات الضرائب ، والرسوم ، والمنافع المستحقة للدولة مقابل خدمات عامة ، والمصرفيات التي تبذلها الدولة نتيجة أعمال أو تدابير يقضى بها القانون ، والمصرفيات المستحقة للحكومة قانوناً (١) .

وقد تلاحظ أن التشريع البحريني لا يمارس الحجز الإداري تمهيداً للبيع الجبري واستيفاء أموال الدولة في حالة الاعتداء على المال العام ، والتي تظهر بصورة واضحة في المجالس البلدية مما تجدر الإشارة إلى عناية المشرع البحريني للتدخل التشريعي ليرسم طريقاً لاقتضاء الحقوق واتخاذ إجراءات التنفيذ بسند من القانون.

ولكي يحقق أمر الحجز الإداري سنده القانوني أن يصدر من المختص قانوناً أو من يفوضه في ذلك كتابة من السلطة المختصة مع تحديد قيمة الدين المراد الحجز به وذلك تحقيقاً للمشروعية (٢).

#### رابعاً : حق الجهة الإدارية في رفع الدعاوى

تتجلى هذه الحماية التشريعية في تأمين المال العام ، وتحسينه في قدرة الدولة على الالتجاء إلى القاضي الطبيعي لدفع أي اعتداء يقع على المال العام في صورته المتعددة كدعوى الاسترداد ، ودعوى الحيازة ، ودعوى منع التعرض إضافة إلى الإدعاء الجنائي في القانون ١٢٠ لسنة ١٩٦٢ ، والقانون ٣٥ لسنة ١٩٧٢ ، والقانون ٦٣ لسنة ١٩٧٥ ، والقانون ٢٩ لسنة ١٩٨٢ (٣).

#### خامساً : حق الإدارة في إزالة الاعتداء على المال العام

خول المشرع الإدارة الحق في إزالة كافة التعديات التي تنال من المال العام بالطرق الإدارية ، وذلك في مواضع متعددة مثل القانون ٢٩ لسنة ١٩٣٦ الذي أباح للإدارة الحق في إزالة التعديات من مبان وأشجار ، وخلافه تحول دون تركيب خطوط الكهرباء والحق في الإستملاك ونزع الملكية (٤) .

وبالتالي حرص المشرع على تحقيق الحماية الإدارية في صورها المتعددة السابق الإشارة إليها بغية

١ . أنظر تفصيلاً : م / ٧٨ من القانون ٣٠١ لسنة ١٩٥٥ - م / ٦٠ من قانون المرور ٦٦ لسنة ١٩٧٢ المعدل بالقانون ٢١٠ لسنة ١٩٨٠ - م / ٤٨ من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم وتأجير العقارات المملوكة للدولة - والقرار بقانون ٦٧ لسنة ١٩٧١ المعدل لقانون الحجز الإداري ٢٠٨ لسنة ١٩٥٥ .

٢ . مجموعة المكتب الفني س ٣١ ص ١٠٦٨ طعن ١٧ لسنة ١٩٣٨ جلسة ١٨/١١/١٩٨٧ والمشار إليه في درفيق محمد سلام الحماية الجنائية للمال العام دراسة مقارنة رسالة - دكتوراه كلية حقوق عين شمس ١٩٩٤ ص ١٠٥ .

٣ . د أحمد عبد اللطيف جراثم الأموال العامة دراسة تحليلية تأصيلية تطبيقية مرجع سابق ص ١٦٠٧ .

٤ . د عبد الحميد عثمان محمد المفيد في شرح القانون المدني البحريني (٥) أحكام حق الملكية البحرين ١٤٢٦ هجرية ص ٣٩٢ : ٤٢٧ .

تحقيق منظومة متكاملة من التشريعات الدستورية والقانونية المختلفة لحماية المال العام ، والبحث عن صحة التصرفات المالية وجبايتها للخزانة العامة فى ضوء القواعد والقيود القانونية لتحقيق رفاهية المجتمع وتحقيق الردع العام والخاص داخل المجتمع .

## المطلب الثانى الحماية التشريعية للجهات الرقابية على المال العام فى التشريعات المصرية والبحرينية وتطبيقاتها

تعد الرقابة المالية للدولة نتيجة حتمية للتطورات المتعددة سياسياً واقتصادياً واجتماعياً على الصعيدين الداخلى والخارجي (١) ، وتعد إحدى النتائج المهمة للفصل بين السلطات ومن ثم سعت السلطة التشريعية إلى تفويض السلطة التنفيذية فى إعداد الموازنة العامة للدولة خاصة أن الأمر يحتاج إلى لجان متخصصة ودقيقة وجهود مضنية ورؤيتها المستقبلية فى تحديد احتياجاتها لعام قادم ، وهذا لا يتوافر لأعضاء البرلمان لعدم استقرارهم فى دوائرتهم البرلمانية فترات طويلة وخبراتهم فى هذا المجال لذلك عمد المشرع إلى السلطة التنفيذية للقيام بهذا العمل مع الالتزام بالخضوع لجهات متعددة للرقابة على هذه الأعمال فى تشريعاته للمحافظة على المال العام نصاً وتطبيقاً (٢) .

ونتناول بيان بعض الجهات الرقابية فى فرعين نخصص الفرع الأول لهذه الجهات فى جمهورية مصر العربية ، والفرع الثانى فى مملكة البحرين .

## الفرع الأول الجهات الرقابية فى جمهورية مصر العربية وتطبيقاتها

يعد الاستخدام الأمثل للأموال العامة إحدى الدعائم الأساسية لتطوير أنشطة الدولة ، وأصبح وجود مثل هذه الجهات الرقابية ضرورة لا يمكن الاستغناء عنها لأنها تستطيع أن تمنح الإدارة رسم السياسة العامة وتطويرها وتنفيذها وتقييمها لكافة أوجه أنشطة الدولة ، وسوف نتناول هذه الهيئات واختصاصاتها على النحو التالى :

١. يعد أحد الأهداف الهامة التى قررتها الأمم المتحدة وهى أحد المبادئ الصادرة عن المنظمة العالمية العليا للمحاسبات INTOSAL أنظر تفصيلاً د. بدر محمد عادل دور ديوان الرقابة المالية البحرينى فى حماية المال العام بحث منشور مجلة جامعة البحرين المجلد الثامن العدد الاول
٢. د. محمد أبو السعود حبيب امتيازات سلطة الإدارة رسالة دكتوراه جامعة عين شمس كلية الحقوق ١٩٩١ ص ٧٠ .

## أولاً : هيئة النيابة الإدارية

هيئة قضائية مستقلة تلحق بوزير العدل (١) أنشئت بموجب القانون رقم ٤٨٠ لسنة ١٩٥٤ الصادر في مصر وتشكل الهيئة من رئيس الذي يعين بقرار من رئيس الجمهورية ويؤدى اليمين أمامه ومن عدد كاف من نواب الرئيس ومن الوكلاء العاملين الأولين ووكلاء النيابة ومساعدتها ومعاونيها.

وتكمن اختصاصات هذه الهيئة فى الرقابة والتحريات اللازمة للكشف عن المخالفات المالية والإدارية لجميع العاملين بالوظائف العامة ، وفحص الشكاوى التي تحال إليها من الرؤساء المختصين أو من أي جهة رسمية عن مخالفة القانون أو الإهمال في أداء واجبات الوظيفة.

وتظهر أهمية أعمال الهيئة فى إجراء التحقيق فى المخالفات الإدارية والمالية التي يكشف عنها إجراء الرقابة ، وفيما يحال إليها من الجهات الإدارية المختصة وفيما تتلقاه من شكاوى الأفراد والهيئات التي يثبت الفحص جديتها ، وكذلك تتولى النيابة الإدارية مباشرة الدعوى التأديبية أمام المحاكم التأديبية، ويحق لرئيس هيئة النيابة الإدارية الطعن في أحكام المحاكم التأديبية ، ويباشر الطعن أمام المحكمة الإدارية العليا أحد أعضاء النيابة بدرجة رئيس نيابة على الأقل (٢).

وتعتبر هيئة النيابة الإدارية عضواً فى تشكيل المجلس الأعلى للهيئات القضائية وذلك طبقاً لقانون النيابة الإدارية ١١٧ لسنة ١٩٥٨ وبالتالي تعد ضمانات من ضمانات التحقيق والاستجواب (٣).

وقد أثبتت قدرة هذا الجهاز الرقابي بما يملكه من اختصاصات فى التحقيق ، والإحالة إلى المحاكمات التأديبية فى المخالفات الإدارية ، وإلى النيابة العامة فى المخالفات المالية (٤) إلى إصلاح إدارة الحكم والقضاء على ما يعيبها من أخطاء الموظفين فى المجالين الإداري والمالي .

وعليه فقد نجحت الهيئة فى إعداد دراسة لكيفية تنفيذ عقود التزامات شركات القطاع العام ، وتحقيق الرقابة المالية والإدارية ، وكذلك تحصيل أموال الدولة الشائعة بسبب تملكها بوضع اليد ونظراً لهذه الدراسة تم تعديل النص القانوني للمادة ٩٧٠ من القانون المدني ١٤٧ لسنة ١٩٥٧ والذي يقضى بعدم جواز تملك الاموال العامة للدولة أو كسب حق عيني عليها بالتقادم (٥) وبالتالي ظهرت قدرة الهيئة على حماية مقدرات ومكتسبات الدولة وأموالها العامة .

## ثانياً: جهاز المدعى الإشتراكي :

يعد جهاز المدعى الإشتراكي من الأجهزة التي كانت تابعة لمجلس الشعب التي تم تخصيصها لمحاربة

١. صدر القانون ٤٨٠ لسنة ١٩٥٤ الذى انشأ هيئة النيابة الإدارية تتبع رئاسة الجمهورية ، ثم صدر القانون ١١٧ لسنة ١٩٥٨ ايضاً جعلها بنفس التبعية ثم صدر القانون ٢٨ لسنة ١٩٦٨ بالتغيير حتى تلحق برئاسة الوزراء ثم عدل اخيراً بالقانون ١٢ لسنة ١٩٥٨ لتلحق بوزير العدل انظر تفصيلاً مستشار عبد الفتاح بيومي حجازي اصول التحقيق الابتدائي امام النيابة الإدارية القاهرة ٢٠٠٧ دار الكتب القانونية ص ١٤-١٦ .
٢. مستشار عبد الفتاح بيومي حجازي اصول التحقيق الابتدائي أمام النيابة الإدارية القاهرة دار الكتب القانونية ٢٠٠٧ ص ١٥ .
٣. نقض جنائي ٢٢/١١/١٩٥٧ مجموعة احكام النقض مجموعة الاحكام س ٩ رقم ٢٢ ص ٨٧ .
٤. انظر تفصيلاً نص المادة ٩ من قانون النيابة الادارية فى احقيتها بالتفتيش لمنزل الموظف المخالف اداريا - ماليا متى وجدت مبررات قوية تدعو لاتخاذ هذا الاجراء .
٥. د صلاح إسماعيل الحناوي الحماية القانونية للمال العام فى الفقه الإسلامى والنظم المعاصرة مرجع سابق ص ١٧٧ .

الفساد ،وهو أحد الأجهزة الرقابية حيث مارس نوعين من الاختصاصات أحدهما رقابة سياسية وأخرى قضائية (١) وقد ألغى هذا الجهاز عام ٢٠٠٨ وتم إسناد أعماله إلى الكسب غير المشروع .  
وقد تكون هذا الجهاز من مجموعة إدارات رئيسة بداية من إدارة المكتب الفني المختص بإجراء الدراسة والبحث للموضوعات التي ترد للمدعي العام اضافة إلى فحص جميع الشكاوى التي تقدم للجهاز ، ثم إدارة التحقيقات والتي تختص بالتحقيق فى الشكاوى المقدمة للمدعي طبقاً لقواعد قانون الإثبات وقانون الإجراءات الجنائية وأخيراً إدارة الأموال وتختص بإدارة المال المتحفظ عليه .  
وقد أثبت الجهاز فاعليته خلال فترة إنشائه حتى إلغائه في الحفاظ على المال العام من خلال محاربة الفساد ، والتصدي له حيث انتشرت الكثير من شركات الأموال مثل الريان ، وقد تم التحفظ على هذه الأصول لما لها من أضرار فادحة بالاقتصاد القومي .

### ثالثاً : جهاز الكسب غير المشروع :

نظم القانون ٦٢ لسنة ١٩٧٥ أحكام الكسب غير المشروع ، وحدد الخاضعين لأحكامه (٢) ، وألزم المشرع المخاطبين بهذا القانون بتقديم إقرار الذمة المالية بصفة دورية لمعرفة مصدر الزيادة فى الذمة المالية حماية للمال العام (٣) .

وقد حرص المشرع بعد إلغاء جهاز المدعي الاشتراكي أن يحقق بألية خاصة الجمع بين الكثير من كافة أطباف المجتمع من أجل الرقابة المستمرة على الثروات الخاصة ، وتضخمها ، ومحاولة معرفة مصدر هذه الأموال للوقوف على حقائق دخول هذه الاموال ، والإثراء بها للنيل من الفاسدين وإحالتهم إلى محاكمات

- ١ . انظر تقصيلاً د. محمد صادق اسماعيل ، د. عبد العال الديربي جرائم الفساد بين آليات المكافحة الوطنية والدولية مرجع سابق ص ٧٨
- ٢ . القانون رقم ٦٢ لسنة ١٩٧٥ فى شأن الكسب غير المشروع مادة ١ - يخضع لهذا القانون الفئات الآتية : ١ - القائمون بأعباء السلطة العامة ، وسائر العاملين فى الجهاز الإداري فى الدولة عدا فئات المستوى الثالث . ٢ - أعضاء اللجنة التنفيذية العليا للاتحاد الاشتراكي العربي ، وأعضاء تشكيلاته القيادية الأخرى التي يصدر بتحديددها قرار من رئيس الجمهورية ورؤساء وأعضاء مجالس إدارة المؤسسات التابعة له وسائر العاملين فى هذه اللجنة وتلك التشكيلات والمؤسسات ، عدا العاملين الذين لا يجاوز أجرهم ما يعادل نهاية الربط المالي للمستوى الثالث . ٣ - رئيس وأعضاء مجلسي الشعب ورؤساء وأعضاء المجالس الشعبية المحلية وغيرهم ممن لهم صفة نيابية عامة سواء كانوا منتخبين أو معينين . ٤ - ورؤساء وأعضاء مجالس الإدارة و سائر العاملين بالهيئات العامة و المؤسسات العامة والوحدات الاقتصادية التابعة له عدا شاغلي فئات المستوى الثالث . ٥ - رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة و سائر العاملين بالشركات ، التي تساهم الحكومة أو الهيئات العامة أو المؤسسات العامة أو الوحدات الاقتصادية التابعة لها بتسيب فى رأس مالها ، وذلك فيما عدا الأجنب والعاملين الذين لا يجاوز أجرهم ما يعادل نهاية الربط المالي للمستوى الثالث . ٦ - رؤساء وأعضاء مجالس إدارة النقابات المهنية والاتحادات العمالية والجمعيات الخاصة ذات النفع العام . ٧ - رؤساء أعضاء ، مجالس الإدارة وسائر العاملين بالجمعيات التعاونية ، عدا العاملين الذين لا يجاوز أجرهم ما يعادل نهاية الربط المالي للمستوى الثالث . ٨ - العمدة والمشايخ . ٩ - مأمورو التحصيل وال مندوبون له والأمناء على الودائع والسيوف ومندوبو المشتريات والمبيعات وأعضاء لجان الشراء والبيع فى الجهات المشار إليها فى البنود السابقة . ١٠ - الممولون الخاضعون لنظام البطاقة الضريبية المقرر بالقانون رقم ٨٢ لسنة ١٩٧٣ إذا جاوز مجموع معاملات الممول مع الجهات المبينة بالقانون المذكور خمسين ألفاً من الجنيهات . ويجوز بقرار من رئيس الجمهورية أن يضاف إلى المذكورين فى البنود السابقة فئات أخرى بناء على اقتراح وزير العدل إذا اقتضت ذلك طبيعة العمل الذى يقومون عليه .
- ٣ . - د محمد صادق اسماعيل - د عبد العال الديربي جرائم الفساد بين آليات المكافحة الوطنية والدولية مرجع سابق ص ٥٠ .

عادلة في ضوء التقارير والمستندات ، والكشوف السرية للبنوك ، والبحث والتحري (١) .

### رابعاً : هيئة الرقابة الادارية

أنشئت في عام ١٩٦٤ كجهاز مستقل يتبع رئيس مجلس الوزراء وهي جهاز يختص بمكافحة كافة صور الفساد المالي والإداري من خلال حماية المال العام والتصدي لانحرافات الموظف العام ، بالإضافة إلى متابعة مدى التزام الجهات الحكومية بتنفيذ القوانين واللوائح المنظمة لكافة أنشطة قطاعات وأجهزة الدولة في مصر (٢) .

وتعد من أهم اختصاصات الهيئة البحث والتحري عن أسباب القصور في العمل و الإنتاج واقتراح وسائل تلافيتها ، ومتابعة تنفيذ القوانين و اللوائح والقرارات والتأكد من أنها وافية لتحقيق الغرض منها كشف عيوب النظم الإدارية والفنية و المالية و اقتراح وسائل تلافيتها ، و الكشف عن المخالفات الإدارية والمالية التي تمس سلامة أداء الوظيفة(٣) .

وقد ساهم جهاز الرقابة الإدارية في المحافظة على المال العام من خلال البحث والتحري ، وإثبات المخالفات في الجهاز الحكومي والهيئات العامة والمؤسسات العامة والشركات التابعة له والجمعيات العامة والخاصة وأجهزة القطاع الخاص التي تباشر أعمالاً عامة وكذلك جميع الجهات التي تسهم فيها الدولة بأي وجه من الوجوه ، كما يساعد الهيئة القوات المسلحة لما تملكه من خبرات واسعة النطاق بمعاونة أفرادها وأجهزتها ، وإحالتها إلى الجهات المعنية للتحقق والمحاكمات من أجل المحافظة على المال العام وحمايته .

### خامساً : الجهاز المركزي للمحاسبات :

أنشئ ديوان المحاسبات بالقانون ٥٢ لسنة ١٩٤٣ ، وعُدل بالقانون ٢٣٠ لسنة ١٩٦٤ وأطلق عليه الجهاز المركزي للمحاسبات التابع لرئاسة الجمهورية ثم صدر القانون ٣١ لسنة ١٩٧٥ ليصبح تابعاً لمجلس الشعب (٤) .

ومن اختصاصات الجهاز مراقبة إيرادات الدولة ومصروفاتها ، والرقابة على المخازن العامة ببحث حالتها وفروعها وفحص سجلاتها وكذلك الرقابة على مشروعات خطة التنمية الاقتصادية والاجتماعية والكشف عن حوادث الاختلاس والإهمال وكافة المخالفات المالية ومراجعة الحسابات الختامية للموازنة العامة للدولة وللشركات ومنشآت القطاع العام قطاع الأعمال وأيضاً مراجعة كل الحسابات التي يعهد

١ . مرجع سابق ٥٢ .

٢ . كانت الهيئة مندمجة بالنيابة الإدارية بالقانون ٤٨٠ لسنة ١٩٥٤ ثم فصل بالقانون ٥٤ لسنة ١٩٦٤ ثم الغي بالقرار الجمهوري ٢٢٧ لسنة ١٩٨٠ ثم أعيد مرة أخرى بالقانون ١١٠ لسنة ١٩٨٢ ليمارس أعماله بالقانون ٦٤ لسنة ١٩٦٤ الجريدة الرسمية العدد ٢٩ في ٢٦ / ٧ / ١٩٨٢ ، والمشار إليه في د صلاح إسماعيل الحناوي مرجع سابق ١٧٩ .

٣ . وتكمل الإختصاصات بحث ما تنشره الصحف و وسائل الإعلام من أوجه إهمال / استغلال / سوء إدارة وكشف و ضبط الجرائم التي تقع من العاملين أو من غيرهم والتي تمس سلامة أداء الوظيفة العامة بحث شكاوى المواطنين التحري عن المرشحين لنيل الأوسمة والنياشين وإبداء الرأي انظر تقصيلا د .محمد صادق إسماعيل ، د عبدالعال الديربي جرائم الفساد بين أليات مكافحة الوطنية والدولية مرجع سابق ٨٠ .

٤ . لجريدة ارسمية السنة ١٨ العدد ٢٥ في ١٩ / ٦ / ١٩٧٥ .

بمراجعتها من رئيس الجمهورية او مجلس الشعب او رئيس الوزراء (١).

ومن تطبيقات الجهاز المركزي للمحاسبات في تحقيق الرقابة داخل أروقة كافة الأجهزة التنفيذية والإدارية بالدولة حماية للمال العام نحاول أن نسرده بعضاً من المخالفات التى صدرت فى عام ٢٠٠٦ على النحو التالى:

- ١- الاتساع المستمر للفجوة بين الاستخدامات والإيرادات الفعلية حيث أسفرت نتائج التنفيذ الفعلي للموازنة العامة للدولة عن السنة المالية ٢٠٠٣/٢٠٠٤ عن استخدامات فعلية قدرها ( ١٦٤,٩ ) مليار جنيه بينما بلغ المحقق الفعلي للإيرادات ( ١٠٩,٥ ) مليار جنيه بنقص قدره ( ٥٥,٤ ) مليار جنيه .
- ٢- عدم تحقق المستهدف من الإيرادات واستمرار النقص في الحصيلة الفعلية للإيرادات حيث بلغ المحقق الفعلي ( ١٠٩,٥ ) مليار جنيه بنقص عن الربط الأصلي بلغ ( ٧ ) مليارات جنيه وبنقص عن الربط المعدل ( ١٦,١ ) مليار جنيه وقد تركز النقص فى الحصيلة الفعلية للإيرادات فيما يلى :-
  - أ- نقص فى حصيلة الضرائب العامة بنحو ( ١,١ ) مليار جنيه .
  - ب- نقص فى حصيلة الجمارك بنحو ( ٣,٢ ) مليار جنيه.
  - ج- نقص فى حصيلة الضرائب على المبيعات بنحو ( ١,٦ ) مليار جنيه.
  - د- نقص فى فائض و أرباح الشركات والبنوك بنحو ( ١,٤ ) مليار جنيه.
  - هـ- نقص فى حصيلة مصلحة الشهر العقارى والتوثيق بنحو ( ٤٥,٥ ) مليون جنيه.

٣-استمرار مخالفة بعض الهيئات العامة الاقتصادية للحظر الوارد بالمادة ١٨ من التأشيرت العامة للهيئات الاقتصادية : والذى يقضى بعدم تجاوز جملة اعتمادات تعويض العاملين عن الجهود غير العادية والمكافآت التشجيعية وتكاليف الحوافز للعاملين إلا بقرار من رئيس الجمهورية أو من يفوضه وفى حدود وفورات اعتمادات بنود الأجور نذكر منها :

- ١- الخصم بمبالغ تخص الأغراض المشار إليها على بنود أخرى غير مختصة باستخدامات الموازنة من أمثلتها ( هيئة كهرباء الريف).
- ٢- صرف مكافآت وحوافز خارج اعتمادات الموازنة من بعض المبالغ التى تخص الإيرادات والتى يتم تجنبها لهذا الغرض بالأرصدة الدائنة من أمثلتها ( الهيئة العامة لتعاونيات البناء والإسكان - الهيئة القومية للتأمين الاجتماعى - هيئة النقل العام بالقاهرة ) (٢).

وبالتالى استطاع الجهاز المركزي للمحاسبات أن يحقق الرقابة على كافة الأجهزة الحكومية للحفاظ على حماية الأموال العامة وصيانتها (٣) .

١. د صلاح إسماعيل الحناوي الحماية القانونية للمال العام فى الفقه الإسلامى والنظم المعاصرة مرجع سابق ص ١٦٣-١٧١.
٢. بعض النقاط الواردة من تقرير الجهاز المركزي للمحاسبات الصادر لمجلس الشعب فى تاريخ ٢٠٠٦/٤/٢ .
٣. جلال بنداري العلاقة بين مجلس الشعب والجهاز المركزي للمحاسبات ،كراسة برلمانية العدد الثالث القاهرة ١٠٠١ ص ٥.

## سادساً : رقابة وزارة المالية للأموال العامة

تقوم رقابة وزارة المالية على تنفيذ بنود الموازنة العامة عن طريق الموظفين التابعين لها في جميع المصالح الحكومية ، ومراقبة تنفيذ التقارير واستثمارات الصرف لكل الوزارات ، ولتحقيق قدر من ضمانات الحفاظ على المال العام أوجبت على أعضاء جهاز الرقابة المالية عدم بقائه في أعمال مالية لمدة تزيد على خمس سنوات ، وحظر سفر أصحاب العهد إلا بعد الجرد ، وفحص أعمال المحالين للمعاش قبل خروجهم بعامين وتفعيل الرقابة الداخلية للوزارات ، وتنظيم الرقابة المفاجئة وزيادة دوريات التفتيش (١) ، تحقيقاً لحماية المال وتحقيق فاعلية الجهاز الرقابي.

وبالتالي استطاعت الدولة تحقيق الحماية التشريعية لهذه الأجهزة الرقابية لحماية المال العام وصيانتها .

### الفرع الثاني

## الجهات الرقابية في مملكة البحرين وتطبيقاتها

نظم المشرع للرقابة المالية في مملكة البحرين ديوان الرقابة المالية والإدارية وأخضع إشرافه وتقاريره على النحو التالي :

### ديوان الرقابة المالية والإدارية :

حرص دستور ١٩٧٣ على إنشاء ديوان المراقبة المالية ثم عدل في الدستور المعدل ٢٠٠٢ إلى ديوان الرقابة المالية والإدارية: ( ينشأ بقانون ديوان للرقابة المالية يكفل القانون واستقلاله ويعاون الحكومة ومجلس النواب في رقابة تحصيل إيرادات الدولة وإنفاق مصروفاتها في حدود الميزانية ، ويقدم الديوان إلى كل من الحكومة ومجلس النواب تقريراً سنوياً عن أعماله وملاحظاته ) (٢).

عمدت مملكة البحرين إلى إنشاء ديوان للرقابة المالية والإدارية على كافة الوزارات ، والمصالح الحكومية للتأكد من الانضباط المنشود في تحصيل إيرادات المملكة ، والإنفاق في حدود الموازنة العامة السنوية وبالتالي تعد رقابته رقابة لاحقة استناداً لنص المادة ٥ من المرسوم بقانون رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٢ . وبالرغم من النص الدستوري على تحقيق هذه الرقابة إلا أن بعض المعوقات تحول دون تحقيق هذه الفاعلية في الرقابة التي تظهر في أن الديوان لا يأخذ إلا بالرقابة اللاحقة فقط ، وعدم صدور لائحة تنفيذية تضع نصوص قانون ديوان الرقابة المالية موضع التنفيذ ، وكذلك عدم خضوع سياسات وضوابط الخصخصة لرقابة الديوان ، وقصور وسائل المساءلة للديوان بشأن المخالفات المالية والإدارية ، وأخيراً عدم نشر تقارير الديوان في الجريدة الرسمية لتحقيق الردع العام والخاص لكل من تسول له نفسه النيل من المال العام التي تكون سبباً في ضعف الجهات الرقابية الداخلية (٣).

١. صلاح إسماعيل الحناوي الحماية القانونية للمال العام في الفقه الإسلامي والنظم المعاصرة مرجع سابق ص ١٨٧.

٢. المادة ١١٦ من دستور البحرين ٢٠٠٢.

٣. أنظر تفصيلاً د. بدر محمد عادل محمد دور ديوان الرقابة المالية البحرينية في حماية المال العام مرجع سابق ص ٢٤٣-٢٥٠.

وعلى الجانب الآخر نود الإشارة إلى دور ديوان الرقابة المالية والإدارية في إظهار التجاوزات في دوائر المملكة الحكومية عند مباشرته لهذه الرقابة نحاول أن نسرد بعضاً من تقارير ديوان الرقابة المالية السنوي للعام ٢٠١٠ على النحو التالي :

١- عدم توفير ملفات ١٩ مشروعاً للمدققين بالديوان للمراجعة الخاص بالشؤون الإسلامية كما لم توفر عطاءات المقاولين (١).

٢- عدم حصول وزارة العدل والشؤون الإسلامية والأوقاف على ضمانات تنفيذ مشروعى تسوير وتطوير مقبرة النعيم والسلطة ، وتسوير وتطوير مقابر بار بار (٢).

٣- دفع مبالغ مقدماً دون مبرر لنفس الوزارة فى بعض المشاريع ( مسجد جديد فى عسكر ،،، ) (٣) .

٤- عدم التزام وزارة الثقافة بأحكام المرسوم ٣٦ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المناقصات والمزايدات وذلك حسب التقرير السنوى للعام ٢٠٠٩ (٤).

٥- أظهرت أعمال الرقابة عن تجاوزات ومخالفات مالية وجنائية بالمجلس الأعلى للشؤون الإسلامية استفادت منها بعض مؤسسات المقاولات .

٦- ضعف الرقابة على الرسوم التشغيلية المحصلة من قبل الشركة المشغلة فى ميناء خليفة بن سلمان(٥).

كما حفظ المشرع الدستوري للبرلمان حق الرقابة المالية على أعمال الوزارات خاصة أن مملكة البحرين لا تأخذ بالمسؤولية التضامنية للحكومة ، وفي شأن لجان التحقيق حول التجاوزات المالية والفنية نسرد منها إنشاء مستشفى الملك حمد الجامعي حيث تم تشكيل لجنة تحقيق بالقرار التنفيذي رقم ١٦ لسنة ٢٠١١ وذلك للتحقق من الأسباب الفنية والإدارية فى تأخر الشركة عن التسليم ، والتحقق من مدى سلامة التخطيط والتصميم للمستشفى ، والتحقق من سلامة الإجراءات فى تنفيذ بنود التعاقد ، وتم الانتهاء من أعمال اللجنة وإثبات إهدار المال العام والإضرار بالمصلحة العامة (٦) .

وبالتالى يلزم النظر في معوقات ديوان الرقابة المالية حتى يحقق الرقابة المالية والإدارية المنشودة لمملكة البحرين حفاظاً على المال العام وتعاوناً ورقابة مع البرلمان تطبيقاً لنصوص الدستور .

١ . تقرير ديوان الرقابة المالية والإدارية السنوى للعام ٢٠١٠ م ص ٥٨١ .

٢ . مرجع سابق ص ٥٩٠ .

٣ . مرجع سابق ص ٦٠٨ .

٤ . مرجع سابق ص ٦٣٦ .

٥ . مرجع سابق ص ٥١٠ .

٦ - راجع القرار التنفيذي لمجلس النواب رقم ١٦ لسنة ٢٠١١ وما أسفرت عنه من نتائج خاصة التوصية رقم ٢ ، ٥ من قرار اللجنة .



## الخاتمة

إستطاع المشرع أن يحقق حماية المال العام من الجوانب الدستورية، والتشريعية، وكذلك بتعدد الجهات الرقابية فى التشريع المصري والبحريني، ولا يمكن أن تتحقق هذه الحماية إلا من خلال الرقابة الإدارية والمالية التى سطرت مقوماتها الشرعية الإسلامية فى قوله تعالى: ( يَا أَبَتِ اسْتَأْجِرْهُ إِنَّ خَيْرَ مَنِ اسْتَأْجَرْتَ الْقَوِيُّ الْأَمِينُ ) (١) أى القوة والأمانة التى افتقدتها الأجهزة التشريعية والتنفيذية فى كثير من الدول فكان ذلك سبباً فى الفساد الإداري والمالي .

والرقابة الإدارية التى تمارس من قبل الإدارة على نفسها فهى رقابة ذاتية سواء كانت خارجية تمارس من قبل أجهزة مركزية مستقلة ، أو رقابة داخلية تمارس من داخل الجهاز الإداري ، وأخيراً الرقابة المالية التى تستهدف التأكد من حسن استعمال المال العام ، بما يتفق مع أهداف التنظيم الإداري (٢) . ويلزم على تعاون الأجهزة التشريعية والتنفيذية والتى يمكن إجمال أهدافها الإدارية والمالية فى التأكد من التزام الإدارة بكافة القوانين والأنظمة والتعليمات لضمان حماية حقوق الأفراد وحررياتهم ، و كشف الأخطاء وأسبابها والعمل على تصحيحها ، و الانحرافات الإدارية والمالية ، وتطبيق صحيح القانون ، وسرعة تحقيق العدالة لأن تأخيرها يعد أحد المشكلات والمعوقات والعقبات فى محاربة الفساد وانهيار كيان الدولة ومقوماتها.

وأيضاً لتحقيق حماية المال العام يلزم تطبيق سيف القانون لكل من نال من هذا المال ، وتحفيز العاملين بالدولة على الأداء الجيد والالتزام بالقوانين لتطوير الإجراءات والأعمال الإدارية وتنفيذ الخطط وسياسات الدولة لتحقيق رفاهية المجتمع (٣) .

وقد تلاحظ بالرغم من وضع إطار عام لحماية المال العام شرعاً - دستورياً - قانونياً إلا أن الفساد المالي والإداري قد تحول من مجرد انحرافات شخصية إلى الإهمال - والفساد بكافة أنواعه ، إلى إهدار المال العام ، وذلك بسبب غياب الأجهزة الرقابية أو تقاعسها أو تتجلى فى صياغة بعض القوانين والقرارات ، ومنها التعدي على النصوص الدستورية لنص المادة ٩٥ من الدستور المصري لعام ١٩٧١ و تدخل المشرع بتعديلات على المواد ٢٨، ٣٠، ٣٤ - مكرراً ١-٢- حيث تم استغلال النص للمصالح الخاصة التى كان نتائجها بيع شركات قطاع الأعمال (٤) فى مصر لحماية بعض المصالح الخاصة (٥) .

ومن خلال هذه الدراسة نلاحظ ما يلى :

سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية فى تحريم التعدي على المال العام فسننت لذلك حدوداً وسارعت فى تطبيقها ، النصوص الدستورية استطاعت أن تضع سياجاً جامعاً مانعاً لعدم النيل من المال

- ١ . سورة القصص الآية (٢٦) .
- ٢ . د حمدي سليمان القبيلات الرقابة الإدارية والمالية على الأجهزة الحكومية ( دراسة تحليلية وتطبيقية ) الاردن دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الثانية ٢٠١٠ ص ١٥ - ١٦ .
- ٣ . د حمدي سليمان القبيلات مرجع سابق ص ٢٣ .
- ٤ . مرجع سابق ص ٢١ .
- ٥ . أنظر تفصيلاً الفساد فى المؤسسة التشريعية - القضائية - دور رجال الأعمال فى إفساد الحياة المصرية - معدلات البطالة فى ظل الفساد . د . محمد صادق اسماعيل . د . عبد العال الديري جرائم الفساد بين آليات المكافحة الوطنية والدولية مرجع سابق ص ١٨-٤٤ .

العام حرصاً على مقدرات ومكتسبات الدولة، الحدود القانونية استطاعت أن تميز المال العام عن غيره ووضعت طرق استغلاله فى الظروف الطبيعية والاستثنائية للمصلحة العامة و ساهمت التشريعات فى وضع الحماية الدستورية والقانونية ( جنائياً - مدنياً - تشريعات أخرى ، إنشاء هيئات متعددة ) لصيانة المال العام والمحافظة عليه وساهمت التشريعات فى إنشاء أجهزة تنفيذية - قضائية للرقابة على المال العام .

## التوصيات :

ساهمت هذه الدراسة فى الوصول إلى بعض التوصيات نوجزها فيما يلي :

- مناشدة السلطة التشريعية والتنفيذية بوضع القوانين واللوائح التى تتواءم مع التأصيل الدستوري وتعديلاته دون الخروج عن روح الدستور وأصوله .
- الالتزام بدعم حرية ممارسة النشاط الاقتصادي والعمل على تحفيز فرص الاستثمار الحقيقي.
- حرص الدولة على التخطيط فى ضوء مستجدات العصر ومتطلبات المجتمع .
- الرقابة المستمرة فى كافة قطاعات الدولة وتطهيرها بصورة جذرية فى تشديد العقاب وعدم التهاون فى فرض العقاب .
- وضع ذوي المناصب القيادية والبرلمانية والوزارية إلى رقابة خاصة أثناء الترشيح، والتعيين ، والإحالة إلى التقاعد .
- تعاون كافة أجهزة الرقابة فى محاربة الفساد مثل المال السياسي وجرائم غسل الأموال وعدم التهاون فى المحاسبة تحقيقاً للردع العام والخاص .
- العمل على إنشاء جهاز للنيابة الإدارية بمملكة البحرين للتحقيق فى قضايا الجهاز الإداري ،وتسمح بإتاحة فرص للعمل داخل الجهاز القضائي.
- إنشاء صفحات الكترونية بكافة الوزارات والهيئات والمصالح الحكومية لعرض المخالفات بكافة صورها والعقوبات تحقيقاً للردع العام والخاص ، وأيضاً عرض النماذج الجادة بالترقيات والإثابة .
- دعم الأمن الاقتصادي ، والاجتماعي ، والصحي من خلال مشروعات هادفة للتنمية من أجل القضاء على البطالة وتحسين معدلات الفقر .
- تفعيل مبدأ المواطنة بمبادئ المساواة بلا تمييز حقيقى بمعنى المساواة النسبية خاصة فى الوظائف العامة والقيادية لأنها روح الانتماء والولاء للوطن والحفاظ على المال العام

## قائمة المراجع : المراجع الإسلامية واللغوية:

- القرآن الكريم.
- ابن منظور لسان العرب دار الحديث ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢ م .
- ابن نجيم - البحر شرح كنوز الدقائق ٢٥٧/٥ بدون.
- أبو عبدالرحمن الخليل بن احمد الفراهيدي - طبقات النحويين ٤٨ غاية النهاية فى طبقات القراء ٢٥٧/١ - ١٢٤٢ .
- أحمد بن محمد بن على الفيومي المقرئ ، المصباح المنير فى غريب الشرح الكبير للرافعي المكتبة العلمية .
- المعجم الوجيز مجمع اللغة العربية القاهرة طبعة وزارة التربية والتعليم ١٩٩٢ .
- الإمام أبى عبد الله محمد بن اسماعيل البخاري صحيح البخاري بحاشية السندي - دار المعرفة بيروت بدون.
- الامام محمد ابو زهره : أصول الفقه دار الفكر العربي ٢٠٠٦ ج م ع .
- الفقه الاسلامي - العقوبة - القاهرة دار الفكر العربي ٢٠٠٦ ج م ع .
- موفق الدين ابى محمد عبد الله بن أحمد بن قدامه - المقنع ٥/٢ مطبعة الرياض الحديثة ١٤٠٠ هجرية .

## الديساتير :

- دستور جمهورية مصر العربية لعام ١٩٧١ .
- دستور جمهورية مصر العربية لعام ٢٠١٢ .
- تعديلات دستور جمهورية مصر العربية ٢٠١٤ .
- الميثاق الوطني لمملكة البحرين ٢٠٠١ .
- دستور مملكة البحرين ٢٠٠٢ .

## المراجع العامة والمجموعات القانونية :

- ابتسام سعيد المكاوي جريمة تلويث البيئة دراسة عمان مقارنة دار الثقافة للنشر والتوزيع الطبعة الأولى ٢٠٠٨ .
- أحمد حافظ نجم : القانون الإداري ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٨١ .
- اسامة أحمد شتات قانون العقوبات القاهرة دار الكتب القانونية ٢٠٠٦ .
- اسامه شاهين ، سمير الشناوي الموسوعة الذهبية في قضايا الاموال العامة. قضايا الرشوة ج مركز العدالة للمحاماة والاستشارات القانونية القاهرة ط ٢٠٠٦ .
- أصول الفقه القاهرة دار الفكر العربي ٢٠٠٦ .

- الإمام محمد ابو زهره الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامي - العقوبة - القايره دار الفكر العربى ٢٠٠٦ .
- تقرير ديوان الرقابة المالية والإدارية السنوي للعام ٢٠١٠ م .
- د ابراهيم عبدا لعزیز شيجا الاموال العامة ج م ع منشأة المعارف اسكندرية ٢٠٠٦ .
- د أحمد فتحي سرور: الجرائم الضريبية والنقدية ، مكتبة النهضة العربية ، الطبعة الأولى ، سنة ١٩٦٠ .
- د احمد مليجى موسوعة النقص والدستورية العليا القايره لمركز القومي للإصدارات القانونية ٢٠٠٥ ط ٢ ج ٧ ص ٢٠٧ - ٢٢٦ ج ٨ .
- د اشرف عبد الفتاح أبو المجد التنظيم الدستوري للحقوق والحريات الاقتصادية دراسة تطبيقية على النظام الدستوري منشأة المعارف اسكندرية ٢٠٠٩ .
- د بدر محمد عادل دور ديوان الرقابة المالية البحريني فى حماية المال العام بحث منشور مجلة جامعة البحرين المجلد الثامن العدد الاول .
- د جلال بنداري : العلاقة بين مجلس الشعب والجهاز المركزي للمحاسبات ، كراسات برلمانية ، العدد الثالث ، سنة ٢٠٠١ .
- د جمال فوزي شمس ظاهرة التهرب الضريبي ، مكافحتها ، ودور الشرطة في ملاحقتها كلية الحقوق عين شمس ١٩٨٢ .
- د حسين شحاتة حرمة المال العام فى ضوء الشريعة الإسلامية ج م ع دار النشر للجامعات ١٩٩٩ .
- د حمد زيدان نايف : الحماية الجنائية للمرافق والأموال العامة ، كلية الحقوق ، جامعة القايره ، عام ١٩٩٥ .
- د حنفي على جبالي ومكتب البحث القانوني مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية الكتاب الثانى ٢٠٠٧/٢٠٠٩ اصدارات المحكمة الدستورية ط ٢٠١١ .
- د خالد مصطفى قاسم ادارة البيئية والتنمية المستدامة فى ظل العولمة المعاصرة ج م ع الدار الجامعي ٢٠١٠ .
- د رفيق محمد سلام الحماية الجنائية للمال العام دراسة مقارنة رسالة- دكتوراه كلية حقوق عين شمس ١٩٩٤ .
- د رمسيس بهنام : الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة ١٩٨٤ .
- د سعاد الشرقاوي : القانون الإداري ، دار النهضة العربية ، عام ١٩٨٤
- د سعد النجار مبادئ الاقتصاد القايره ١٩٧٦ دار النهضة العربية د سليمان الطماوي مبادئ القانون الإداري القايره دار الفكر العربي - القايره ١٩٧٩ .
- د سليمان الطماوي الوجيز فى القانون الاداري ج م ع م طبعة جامعة عين شمس ١٩٨٢ .
- د سليمان الطماوي : مبادئ القانون الإداري ، دراسة مقارنة ، الطبعة الثانية ، بدون وجهة نشر ،

- سنة ١٩٦٦ . القضاء الإداري ، قضاء التأديب ، دار الفكر العربي ، عام ١٩٧١ .
- د شوقي عبده الساهي مراقبة الموازنة العامة في ضوء الإسلام القاهرة بدون ناشر ١٤٠٣هـ جريه - ١٩٨٣ .
  - د صالح ابراهيم المتيوتي المالية العامة والتشريع المالي في ضوء القانون البحريني مملكة البحرين مطبعة جامعة البحرين الطبعة الاولى ٢٠٠٦ .
  - د صبري عبدالعزيز المالية العامة دراسة مقارنة اسلاميا ج م ع المحلة الكبرى دار الصفا للنشر ٢٠١٣/٢٠١٢ .
  - د صلاح الدين نامق النظم الاقتصادية المعاصرة دراسة مقارنة القاهرة ١٩٧٣ دار النهضة العربية .
  - د صلاح الدين فوزي المبادئ العامة في القانون الإداري دراسة مقارنة دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩١ .
  - د عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في القانون المدني بيروت دار إحياء التراث العربي ١٩٧٢ ج / ٨ .
  - د عبد العظيم مرسي وزير : الجوانب الإجرائية لجرائم الموظفين العموميين والقائمين بأعباء السلطة العامة ، دار النهضة العربية . سنة ١٩٧٨ .
  - د عبده على محمد حسن قيم وسمات وسلوك المواطنة الصالحة مملكة البحرين معهد البحرين للتنمية السياسية ٢٠٠٩ .
  - د على خطار شنتاوي القانون الاداري الاردني الكتاب الثاني دار وائل للنشر ٢٠٠٩ .
  - د عوف محمود الكفراوي الرقابة المالية في الإسلام ج م ع مكتبة الاشعاع للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٩٧ .
  - د فاروق عبدالبر دور المحكمة الدستورية المصرية في حماية الحقوق والحريات ج م ع النشر الذهبى للطباعة ٢٠٠٤ .
  - د فؤاد جمال عبدالقادر : الكسب غير المشروع ، دراسة مقارنة ، طبعة خاصة ، سنة ٢٠٠٠ .
  - د فوزية عبدالستار شرح قانون العقوبات القسم الخاص دار النهضة العربية القاهرة ١٩٩٠ .
  - د كمال سعدى مصطفى حقوق الانسان بين المواثيق الدولية والمذاهب الفكرية القاهرة دار الكتب القانونية ٢٠١٠ .
  - د محمد أبو السعود حبيب : امتيازات سلطة الإدارة ، عين شمس ، سنة ١٩٩١ .
  - د محمد أنس قاسم جعفر النشاط الإداري القاهرة دار النهضة العربية ١٩٩٨ .
  - د محمد عبد الحميد أبوزيد حماية المال العام القاهرة دار النهضة العربية ١٩٧٨ .
  - المرجع في القانون الإداري القاهرة مطبع العشري الطبعة الثانية ٢٠٠٧ .
  - د محمد عبد الشافي إسماعيل الحماية الجنائية للمال العام في التشريع المصري القاهرة دار النهضة العربية ١٩٩٩ .

- د محمد على أحمد قطب الموسوعة القانونية والأمنية فى حماية المال العام بدون ٢٠٠٦ .
- د محمد علي محمد العمري المال السياسي دراسة فقهية مقارنة بالقانون الإردني بحث منشور بمجلة الشريعة القانون جامعة الإمارات العربية المتحدة- العدد الواحد والخمسون شعبان ١٤٢٣ يوليو ٢٠١٢ .
- د محمد عمارة معركة المصطلحات بين الغرب والإسلام نهضة مصر للطباعة والنشر والتوزيع ١٩٩٧ .
- د محمد فاروق عبد الحميد المركز القانوني للمال العام دراسة مقارنة القاهرة مطبعة خطاب الطبعة الاولى ١٩٨٢ .
- د محمد فؤاد مهنا القانون الإداري المصري والمقارن والمرافق العامة ١٩٥٢ بدون .
- د محمدى فوزى ابو السعود - وآخرين اقتصاديات الموارد والبيئة ا ج م ع الدار الجامعية اسكندرية ٢٠٠٩ .
- د نذير بن محمد الطيب أوهاب - حماية المال العام فى الفقه الإسلامى اكااديمية نايف العربية للعلوم الامنية الرياض ١٤٢٢ هجرية .
- د. محمود محمود مصطفى: الجرائم الاقتصادية فى القانون المقارن ، مطبعة جامعة القاهرة ، الطبعة الثانية ، سنة ١٩٧٩ .
- عبد الرؤوف جابر دور رقابة ديوان المحاسبة دراسة قانونية مقارنة عمان دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٩٩٧ .
- مستشار رجب سليم مجموعة مبادئ وأحكام المحكمة الدستورية بمملكة البحرين الكتاب الأول ٢٠٠٣-٢٠٠٦ ط ٢٠٠٧ .
- مستشار عبد الفتاح بيومى حجازي اصول التحقيق الابتدائي امام النيابة الإدارية القاهرة ٢٠٠٧ دار الكتب القانونية .



# المركز القانوني لوكالات توريد العمالة الأجنبية

الأستاذ / علي فيصل علي

ماجستير في القانون الخاص - جامعة البحرين

باحث قانوني لدى المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل

ومجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية

## توطئة

تعد الهجرة واحدة من السمات الأساسية للبشرية منذ ولادتها، فقد هاجر البشر من خلال الطريقة البدوية كما هاجر من خلال بناء المدن الكبيرة والحضارات، ولكن مع تطور مفهوم سيادة الدولة والهجرة ومراقبة الحدود على حدٍ سواء، أصبحت الهجرة أكثر تعقيداً، (١) ومن هنا فإن الهجرة ظاهرة موعلة في القدم، فقد اضطر الأفراد إلى تغيير مكان إقامتهم منذ قديم الزمان، لأسباب عدة كالحروب والاضطهاد والتقلبات المناخية والظروف الاقتصادية (٢)، كما أن ثمة أسباباً أساسية وراءها تكمن بشكل أساسي في الدواعي الفردية أو الذاتية لدى الإنسان من أجل الارتقاء بنفسه وتطلعه للأفضل وتأمين مستقبله، فضلاً عن دواعي اقتصادية تتمثل في تدني الأوضاع الاقتصادية التي أجبرت العمالة على ترك موطنها الأصلي (٣).

وقد ظهرت (الهجرة بقصد العمل)، التي ارتبطت نشأتها بانتشار ظاهرة الدولة القومية ذات السيادة التي أحاطت نفسها بحدود لا يتمكن غير مواطنيها عبورها إلا بموافقتها (٤)، وتعاضمت الهجرة الدولية في هذا الشأن شيئاً فشيئاً حتى قيل بأنها تحولت من هجرة (آحاد) إلى هجرة (جماعات) (٥).

1. Dr. Zaid A. Zaid . The Obligations of Transit Countries in Controlling Irregular Immigration through Their Borders . Journal of law – Academic Publication Council . No.4 Vol.34 . University of Kuwait. December 2010. P. 13

٢. المكتب التنفيذي، الدراسة التحليلية لأحكام الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية: العدد ٥٠، تصدر عن المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل ومجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الطبعة الأولى، سبتمبر ٢٠٠٨م، ص ١٣

٣. د. مجدي فؤاد عبد القادر، المسؤولية المدنية لشركات إلحاق العمالة بالخارج (دراسة حول الحماية القانونية للعامل في مواجهة الشركات)، دار النهضة العربية، ٢٠١١م، ص ٤٢ وما بعدها.

٤. المكتب التنفيذي، مرجع سابق، ص ١٣

٥. د. يوسف إلياس، أزمة قانون العمل المعاصر بين نهج تدخل الدولة ومذهب اقتصاد السوق، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى ٢٠٠٦، ص ٢٢٦



وفي مقابل ذلك ظهرت فكرة عمل الأجانب داخل إقليم دولة الإستقبال، وازدادت الحاجة إلى تنظيم هكذا عمل، سيما وأن عدداً من دول الإستقبال واجهت مشكلة البطالة بين صفوف مواطنيها، ومنافسة الأجانب لهؤلاء المواطنين، وبالتالي فرضت هذه الدول بموجب تشريعاتها إجراءات وضوابط تتحكم في تنظيم سوق العمل ودخول الأجانب إلى أراضيها بقصد العمل.

ولوحظ من خلال الواقع العملي أن العمل في بلد أجنبية يتحقق على هذا الأساس من خلال طريقتين، طريق مباشر يتم الاتفاق بموجبه بين العامل وصاحب العمل مباشرة، وطريق غير مباشر بأن يعهد صاحب العمل إلى شخص معين بتوريد عمال يحتاج إليهم (عبر وكالات التوريد)<sup>(١)</sup>، فصعوبة توصل أصحاب العمل إلى العمال الذين يريدونهم مباشرة جعل من استقدام العمالة عبر وكالات توريد العمالة الأجنبية طريقاً طبيعياً للوصول إلى العمالة المطلوبة.

وفي ذلك اختلفت التشريعات المنظمة لدخول القوى العاملة الأجنبية في سبيل تقرير حق صاحب العمل في التعاقد مع العمالة الأجنبية عبر الطريق غير المباشر - أي من خلال وكالات توريد العمالة الأجنبية، فذهبت بعض التشريعات إلى حرمان صاحب العمل من تشغيل عمال أجانب عن طريق وكالات توريد العمالة الأجنبية<sup>(٢)</sup>، وذلك من منطلق أن الوساطة بهذا الشكل في التشغيل تعتبر سبيلاً لاستغلال العمال والتغريب بهم والتحاييل عليهم، كما أن هذه الوكالات تحصل من العمال المتعطلين على مقابل لتشيغيلهم بحيث لا يملك العامل سوى الإذعان لهذه الوكالات خصوصاً أنه في موقف اقتصادي ضعيف<sup>(٣)</sup>.

وفي مقابل ذلك ذهبت تشريعات أخرى إلى إعطاء صاحب العمل الحق في التعاقد مع عمالة أجنبية عبر الطريق غير المباشر من خلال الوسيط المتمثل في وكالة توريد العمالة الأجنبية، ولكن هذا الإتجاه ومع ظهور نظام الدولة، ونتيجة لتطور الفكر الإنساني، ونظراً لسعي كل دولة إلى أن تضمن لمواطنيها معاملة لائقة على أقاليم الدول الأخرى، وما يستتوجه ذلك من ضرورة معاملة رعايا تلك الدول نفس هذه المعاملة، فقد وجدت الدول التي تتبنى هذه السياسة التشريعية نفسها مضطرة لأن تعامل الأجانب على إقليمها معاملة لائقة تحفظ عليهم كرامتهم الإنسانية وتمكنهم من تحقيق الغرض الذي دخلوا أقليمها من أجله بطريقة آمنة وميسرة<sup>(٤)</sup>.

ولا تقتصر أهمية الحماية القانونية على العامل الأجنبي في مواجهة وكالات توريد العمالة الأجنبية فحسب، بل يسبق ذلك الطرف الذي قام باستقدام هذا العامل الأجنبي وهو صاحب العمل، فإن أي تنظيم تشريعي يجب أن يقوم بحماية صاحب العمل أيضاً، وذلك عندما يتعرض للغبن والتحاييل من قبل بعض أصحاب هذه الوكالات، فالحماية القانونية يجب أن تشمل كل من العامل وصاحب العمل في مواجهة هذه

١. مكتب العمل العربي، التشغيل والهجرة في تشريعات العمل العربية، المؤسسة العربية للتشغيل (المرحلة الانتقالية)، ص ١٢.
٢. تنص المادة (١٦) الفقرة الثانية من قانون العمل المصري رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٢م على أنه (لايجوز لصاحب العمل تشغيل عمال عن طريق متعهد أو مقاول توريد). ينظر في شرح هذه المادة لدى عبد الحميد قطب بلال، الموسوعة العمالية: قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٢ وفقاً لآخر التعديلات بين الفكر النظري والتطبيق العملي ومقترحات التطوير، دون ناشر، ٢٠٠٩، ص ٨٥ وما بعدها.
٣. د. أحمد سعيد الزقرد، قانون العمل: شرح للقانون الجديد رقم ١٢/٢٠٠٣، المكتبة العصرية، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، ص ١١٦.
٤. د. محمد الروبي، عمل الأجانب: دراسة تأصيلية في إطار قواعد القانون الدولي وتطبيقه على الوضع في مصر وفقاً لقانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢، ص ١٠-١١.

الوكالات.

ومن هذا المنطلق قام المشرع البحريني بالتصدي للتنظيم القانوني لدخول القوى العاملة الأجنبية وتعاقد صاحب العمل معها بطريق غير مباشر عبر وكالات توريد العمالة الأجنبية، غير أن ثمة مشكلات كبيرة تثار في هذا الخصوص، خاصة عندما نتحدث عن المشكلات القانونية التي تثيرها فكرة التوريد برمتها، سواء على المستوى الداخلي والقوانين والتشريعات الوطنية، أم على المستوى الدولي من خلال التوجهات الدولية في هذا الصدد ومعايير العمل الدولية التي تسعى بشكل أو بآخر إلى إنصاف الطرف الأضعف في عملية الانتاج وهو العامل.

ومن هنا فقد قسمنا هذه الدراسة إلى ثلاثة مباحث بالتطرق إلى الاطار العام لفكرة توريد العمالة الأجنبية في مبحث أول، ومن ثم الحديث عن مركز وكالات توريد العمالة الأجنبية في مواجهة صاحب العمل في مبحث ثاني، ويتناول المبحث الثالث مركز وكالات توريد العمالة الأجنبية في مواجهة العامل الأجنبي، ومن ثم ننتهي إلى مجموعة من النتائج والتوصيات، وذلك وفق خطة البحث الآتية:

**المبحث الأول : الإطار العام لنشاط توريد العمالة الأجنبية.**

**المبحث الثاني : مركز وكالات توريد العمالة الأجنبية في مواجهة صاحب العمل.**

**المبحث الثالث : مركز وكالات توريد العمالة الأجنبية في مواجهة العامل الأجنبي.**

## المبحث الأول

### الإطار العام لنشاط توريد العمالة الأجنبية

قبل الدخول في صميم موضوع الدراسة التي تتناول المركز القانوني لوكالات توريد العمالة الأجنبية، لا بد من الإشارة ابتداءً إلى الإطار العام لفكرة توريد العمالة الأجنبية، ونبحث ذلك من خلال تناول ماهية نشاط توريد العمالة الأجنبية في المطلب الأول من هذا المبحث، على أن يتناول المطلب الثاني تنظيم فكرة توريد العمالة الأجنبية على المستويين الدولي والوطني، وذلك وفقاً لما يلي.

**المطلب الأول : ماهية نشاط توريد العمالة الأجنبية :**

نتناول في هذا المطلب ماهية توريد العمالة الأجنبية من خلال التطرق إلى التعريف بنشاط توريد العمالة الأجنبية وأهميته، ويتناول المطلب الثاني الاوصاف القانونية لعملية توريد العمالة الأجنبية، وفقاً لما يأتي.

**أولاً : التعريف بنشاط توريد العمالة الأجنبية وأهميته :**

نتناول في هذا السياق التعريف بنشاط توريد العمالة الأجنبية، ثم نعرض على توضيح أهمية هذا النشاط وفقاً لما يأتي.

**(١) التعريف بنشاط توريد العمالة الأجنبية :**

يتولى نشاط توريد العمالة وكالات التوريد التي تسمى (وكالات توظيف الأجانب) وهي تتولى اختيار وتوريد العمال الأجانب لحساب صاحب العمل<sup>(١)</sup> المحلي للعمل داخل اقليم الدولة، فتمارس هذه الوكالات نشاطها في دولة صاحب العمل، وتتميز وكالات توريد العمالة عن غيرها من الوكالات من عدة وجوه، فمن ناحية، تختلف وكالات توريد العمالة عن وكالات إرسال العمالة في أن الأخيرة تمارس نشاطها في دولة العامل، فتقوم هذه الوكالات بتجهيز العامل لإلحاقه بصاحب العمل الأجنبي، ومن جهة أخرى تختلف وكالات توريد العمالة عن وكالات تقديم العمالة المؤقتة في أن هذه الأخيرة تتولى جمع العمال تمهيداً لتقديمهم إلى أي صاحب عمل يحتاج لعمال لفترة مؤقتة، وتضم علاقيتين قانونيتين، العلاقة الأولى بين الوكالة والعامل وهي علاقة عمل، والعلاقة الثانية بين الوكالة وصاحب المنشأة ويعتبر عقد وكالة<sup>(٢)</sup>.

وعلى أساس ما تقدم يعتبر نشاط توريد العمالة نشاطاً مستقلاً عن بقية نشاطات وكالات التوظيف والإستقدام الأخرى، وما نعيه في هذه الدراسة هو وكالات توريد العمالة الأجنبية، التي تقوم باستقدام عامل أجنبي للعمل لمصلحة رب العمل، حيث تنحصر مهمتها في جلب العامل الأجنبي ومن ثم يرتبط هذا العامل بعقد عمل مع صاحب العمل المحلي.

بل أن الممارسة العملية في البحرين تكشف عن أن أنشطة وكالات توريد العمال التي تقوم بدور المتعهد في توريد العمال والخدم غير البحرينيين تكاد تنحصر في الغالب في توظيف الخدم ومن في حكمهم<sup>(٣)</sup>، وهو ما يحفز على حصر الدراسة في نطاق هذا النوع من الوكالات دون غيرها.

## (٢) أهمية نشاط توريد العمالة الأجنبية :

ثمة ضرورات واقعية تستدعي أن تكون البحرين بحاجة ماسة لاستقطاب العمالة الأجنبية على أرضها، وتتسم هذه الضرورات بأنها اقتصادية واجتماعية وقانونية، حيث أن دخول العمالة الأجنبية إلى البحرين جعل من توريد العمالة الاجنبية يصل إلى حد لا يمكن غض الطرف عنه، فظاهرة الهجرة بقصد العمل لم تستثن المجتمع البحريني، إذ أصبحت البحرين إحدى الدول المستقبلة للعمالة الأجنبية تبعاً لهذه الضرورات .

فمن الناحية الاقتصادية ، يمكن القول أن البحرين ومنذ اكتشاف النفط في ثلاثينيات القرن الماضي، حدثت تغييرات جوهرية في سوق العمل البحرينية عندما كان المواطنون يعملون في الصيد والزراعة والتجارة، وتحول العمل إلى القطاع النفطي، وهذا التحول تطور بشكل أكبر مع ارتفاع اسعار النفط في ثمانينات القرن الماضي فلم تدخر العمالة الأجنبية وسعاً في النزوح إلى الأرض التي تخبأ في باطنها الذهب

- ١ . المكتب التنفيذي ، الوكالات الأهلية لاستقدام العمالة ووكالات تقديم العمالة للغير في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (دراسة قانونية) ، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية ، العدد ٦٥ ، المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل ومجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الطبعة الأولى ٢٠١١ م ، المنامة - البحرين، ص ١٦
- ٢ . المكتب التنفيذي، مرجع سابق ، ص ١٨
- ٣ . ينظر في ذلك لدى د. محمود سلامة جبر ، الوسيط في عقد العمل الفردي وفقاً لقانون العمل البحريني في القطاع الأهلي وقوانين العمل بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومعايير العمل الدولية والعربية / الجزء الأول : تعريف عقد العمل - تمييزه - إبرامه - تنظيم العمل ، دون ناشر ، الطبعة الأولى ١٩٩٩ م ، ص ٢٨٧

الأسود، وازدادت الحاجة إلى وجود العمالة الأجنبية لتلعب دوراً هاماً في تشييد البنية التحتية للدولة (١)، وفي إنجاز مشاريع التنمية الاقتصادية والمشروعات الصناعية، كما أن النهضة العمرانية التي شهدتها البحرين مع بداية القرن الواحد والعشرين جعلت الحاجة للعمالة الأجنبية أمراً لا مفر منه (٢).

أما من الناحية الاجتماعية فإن ضرورة وجود نظام توريد العمالة الأجنبية جاء نتيجة تغير المفاهيم الاجتماعية في العمل، وحدث ذلك في ظل التحولات التي صاحبت سوق العمل من عزوف المواطنين البحرينيين عن العمل في كثير من القطاعات الإنشائية والتنموية، مما أحدث فراغاً كبيراً في هذه القطاعات استدعى وجود عمالة بديلة عن العمالة الوطنية. كما أن الحاجة إلى العمالة الأجنبية للعمل في المنازل كعمال للخدمة المنزلية أو من في حكمهم، حيث يشكل عمال الخدمة المنزلية نسبة كبيرة من العمالة الأجنبية في البحرين (٣). مما جعل الحاجة لتوريد العمالة الأجنبية أمراً لا غنى عنه.

وبناءً على ذلك فقد واجهت القوانين المحلية إشكالية متفرعة عن كون العمالة فيها من الاجانب، وتتمثل هذه الإشكالية في عدم اتمام الاتفاق المباشر بين العامل الاجنبي مع صاحب العمل على ابرام علاقة عمل بينهما لكون كل منهما ، لحظة التعاقد ، بعيداً عن الآخر ، لتواجهما في دولتين مختلفتين. ولهذا فإن ثمة ضرورة قانونية اقتضت ابرام العقد ونشأة علاقة عمل بينهما تدخل أكثر من طرف للتوسط في ابرام هذا العقد ومن ثم نشأت هذه العلاقة العقدية عبر هؤلاء الوسطاء (٤). والوسطاء هم وكالات توريد العمالة الأجنبية الذي يشكلون في حقيقة الأمر حلقة الوصل القانونية بين العامل الأجنبي وصاحب العمل المحلي.

وعلى هذا الأساس يتبين أن نظام توريد العمالة الأجنبية وصل إلى حد الظاهرة المجتمعية ، وبالتالي ظهرت على ضوء ذلك الحاجة إلى تنظيمها بشكل أكبر نظراً إلى الإشكاليات التي تثار في هذا الخصوص سواء على المستوى الدولي أو حتى على مستوى التشريعات الوطنية، ومن ثم فإن أي معالجة تشريعية لنشاط توريد العمالة الأجنبية يجب أن يضع بعين الإعتبار الحيلولة دون تمكن ممارسي هذه الأنشطة من القيام بأي ممارسات ضارة بسوق العمل المحلية بغرض تحقيق الربح (٥). ولكن السؤال الذي يطرح حول الطبيعة القانونية التي تطرحها عملية توريد العمالة الأجنبية؟ وهذا ما نتناوله فيما يلي:

١. إن النهضة التي شهدتها البحرين في هذا السياق سبقتها أوروبا في نهضتها العمرانية والاقتصادية ، حيث يشير البعض إلى أنه (في القرن العشرين ، وبسبب النقص في اليد العاملة بعد الحرب العالمية الثانية ، فإن دولاً مثل فرنسا وألمانيا وبريطانيا قد رحبت بالمهاجرين من مختلف أنحاء العالم للمشاركة في إعادة اعمار بنيتها التحتية والاقتصادية. وأدى ذلك إلى تدفق هائل للمهاجرين نحو البلدان الأوروبية). Dr. Zaid A. Zaid. Ibid. P ١٣.
٢. ينظر في نفس المعنى لدى د. خولة مطر ، محاولة التخلص من الاعتماد على العمالة الوافدة في منطقة الخليج ، ورقة بحثية منشورة في كتاب (الخليج العربي بين المحافظة والتغيير) ، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٨م ، ص ٢٨٤.
٣. تشير بعض الدراسات التي أجرتها وزارة العمل بمملكة البحرين أن القناعة تأصلت لدى الأسرة البحرينية بضرورة وجود عامل خدمة منزلية، حتى بلغت نسبة الأسر التي أكدت على التزامها بهذه القناعة (٩٨٪) من مجموع أسر العينة محل الدراسة. مشار إليه لدى المكتب التنفيذي ، التنظيم القانوني لاستخدام عمال الخدمة المنزلية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية : العدد ٥٨ ، تصدر عن المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل ومجلس الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، الطبعة الأولى ، أغسطس ٢٠١٠م ، ص ٦٦.
٤. المكتب التنفيذي ، عمال الخدمة المنزلية ، مرجع سابق ، ص ٤٠.
٥. المكتب التنفيذي ، الوكالات الأهلية لاستخدام العمالة ، مرجع سابق ، ص ٦٠.

## ثانياً : الأوصاف القانونية لنشاط توريد العمالة الأجنبية :

إن عميلة توريد العمالة الأجنبية والحاجة إلى وجودها استدعى وجود عدة علاقات قانونية ، تشكل في مجملها منظومة توريد العمالة الأجنبية لتتيح المجال أمام العامل الأجنبي للعمل لدى صاحب العمل المحلي، وهذه العلاقات القانونية تتمثل في الآتي (١):

- **العلاقة الأولى :** قيام علاقة بين صاحب العمل وبين وكالة توريد العمالة في البحرين ( أي المتعهد المحلي) يكون محلها طلب استخدام عامل اجنبي بشروط ومواصفات معينة. وينطبق على هذه العلاقة القانون الوطني أي القانون البحريني باعتبارها محلاً للتطبيق وفقاً لهذا القانون.

- **العلاقة الثانية :** قيام علاقة بين وكالة ارسال عمال في بلد المنشأ ووكالة توريد العمالة لغرض استخدامهما في بلد الاستقبال يكون محلها توفير عامل بالشروط والمواصفات التي حددها صاحب العمل مسبقاً. فهذه العلاقة بين وكالة ارسال العمالة في بلد الارسال وبين وكالة التوريد في بلد الاستقبال علاقة ينطبق عليها وصف العقد الدولي، لأنها تنطوي على أكثر من عنصر أجنبي، فيخضع لقانون دولة الاستقبال دون الإخلال بحق الأطراف بإخضاعه لقانون الارادة (٢).

- **العلاقة الثالثة :** قيام علاقة بين العامل الأجنبي وبين وكالة الارسال في بلده يكون محلها ترتيب ارسال العامل إلى بلد الاستقبال متى كان العامل محققاً للشروط المتفق عليها بين الوكالتين في بلد الارسال والاستقبال والتي يفترض فيها أن تتطابق هي الأخرى مع شروط ومواصفات صاحب العمل. وتقع هذه العلاقة خارج سلطة الدولة المستقبلية للعمالة لكونها تحققت خارج اقليم الدولة، فالعلاقة العقدية بين العامل الأجنبي والمتعهد في بلد الارسال لا تخضع لتنظيم القانون الوطني(٣). أي القانون البحريني.

- **العلاقة الرابعة :** قيام علاقة بين صاحب العمل والعامل الأجنبي لتأدية العمل المتفق عليه بالشروط والمواصفات التي عرضها صاحب العمل في بلد الاستقبال ووافق عليها العامل الاجنبي في بلد الأرسال. ومن ثم ينطبق على علاقة العمل قانون العمل البحريني، ذلك أن قوانين العمل تكفل عموماً المساواة بين العمال الوطنيين وغيرهم في الحقوق الناشئة عن العمل حتى لو لم تصرح بذلك، بالاستناد إلى مبدأ إقليمية القانون الذي يفيد خضوع جميع العلاقات القانونية التي تقوم على اقليم الدولة لأحكام قانونها الوطني (٤). والأمر ينطبق كذلك على عمال الخدمة المنزلية حيث تطبق عليهم أحكام قانون العمل فيما يتعلق بعقد العمل الفردي طبقاً لقانون العمل البحريني الجديد رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٢م.

ومن هذه العلاقات القانونية يتبين أن عملية التوريد تتحدد بوجود أربعة أشخاص تبدأ بالعامل الأجنبي مروراً بوسيطين أجنبي ومحلي (وكالتي الارسال والاستقبال) ، وتنتهي بصاحب العمل المحلي. فالعامل هو كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته وإشرافه. وصاحب العمل هو كل شخص

١ . المكتب التنفيذي ، عمال الخدمة المنزلية ، مرجع سابق ، ص ٤١

٢ . المكتب التنفيذي ، عمال الخدمة المنزلية ، مرجع سابق ، ص ٤٢

٣ . المكتب التنفيذي ، عمال الخدمة المنزلية ، مرجع سابق ، ص ٤١

٤ . المكتب التنفيذي ، اتفاقية العمال المهاجرين ، مرجع سابق ، ص ٥٥

طبيعي أو اعتباري يستخدم عاملاً أو أكثر لقاء أجر (١).

ومن ثم فإن تعريف العامل الأجنبي لا يختلف عن تعريف العامل في القانون البحريني سوى من ناحية وصفه بالعنصر الأجنبي، رغم أن القانون البحريني لم يفرق في تطبيق الأحكام الموضوعية لعقد العمل بين العامل الأجنبي والوطني. وكذلك الأمر بالنسبة لصاحب العمل المحلي فلا يختلف مفهومه في هذه الدراسة عن المفهوم المنصوص عليه في القانون البحريني سوى أن يوصف صاحب العمل بأنه محلي، أي يستخدم العمالة الأجنبية على الأرض البحرينية.

أما وكالة توريد العمالة الأجنبية (أو الوسيط المحلي) فهو كل شخص يقوم بتوريد عامل أو جماعة من العمال الأجانب لأحد أصحاب الأعمال، وذلك بعد حصوله على الترخيص اللازم لممارسة هذا العمل من وزارة العمل (٢). أو هو كل شخص يقوم بتوريد عامل أو جماعة من العمال الأجانب لأحد أصحاب العمل، دون إشراف منه على العمل والعمال. ويسميتها البعض (وكالات تعبئة وتوظيف الأجانب) بحيث تتولى هذه الوكالات اختيار وتعبئة العمال الأجانب الذي يفتقر إليهم السوق الوطني لحساب أصحاب العمل الوطنية. ويذهب البعض إلى أن شرط انعدام إشراف الوكالة على العمل أو العمال شرط جوهري حتى يمكن القول بأن هذا النظام خاص بتوريد العمالة، فإذا تبين أن للوكالة إشرافاً على العمال الذين يقوم بتوريدهم اعتبروا عمالاً في خدمته هو وليسوا في خدمة صاحب العمل (٣).

أما الشخص الرابع في هذه العلاقة فإنه يتمثل في وكالة إرسال العمالة (أي الوسيط الأجنبي) الذي يكون في البلد الذي يأتي منه العامل الأجنبي ويقوم بالتوسط لإستقدامه إلى بلد صاحب العمل، ويطلق عليها البعض (وكالات الاستخدام في الخارج) حيث تختص في اختيار العمالة الوطنية في بلد الإرسال لوظائف في بلدان أجنبية (أي بلد الاستقبال) وتكون مهمتها التقاط عروض الاستخدام والعمل وضمان متابعة حماية العمال المستخدمين الذين قامت بارسالهم (٤).

ومما تقدم يمكن ملاحظة أن القانون، إجمالاً، يخاطب نوعين من العلاقات، علاقة صاحب العمل بمتعهد التوريد، وعلاقة العامل بصاحب العمل لأن العقد يتم تنفيذه في البحرين، وقد يخاطب العلاقة بين متعهد توريد العمالة في البحرين مع متعهد الإرسال، غير أنه لا يمكن أن يمد سلطانه على علاقة العامل بمتعهد الإرسال في بلده. ولكن قبل الدخول في علاقة هؤلاء مع بعضهم البعض نرى أنه من المستحسن أن نتطرق إلى تنظيم فكرة توريد العمالة الأجنبية على المستوى الدولي والوطني.

### المطلب الثاني: تنظيم نشاط توريد العمالة الأجنبية:

نتناول في هذا المطلب تنظيم نشاط توريد العمالة الأجنبي، وذلك من خلال تناول فكرة تنظيم العمالة الأجنبية على المستوى الدولي، ومن ثم تناولها على المستوى الوطني، ونتناول ذلك تباعاً وفقاً لما يلي:

١. المادة (١) من قانون العمل البحريني الجديد رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٢م.
٢. ينظر في ذلك لدى أستاذنا د. صلاح محمد دياب، الوسيط في شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية، مطبوعات جامعة البحرين، مملكة البحرين، ٢٠٠٥، ص ٧٨
٣. د. أحمد رشاد أمين، الوجيز في أحكام قانون العمل البحريني، سلسلة الكتب القانونية (١٦)، مطبوعات جامعة العلوم التطبيقية، مملكة البحرين، الطبعة الأولى ٢٠١٠م، ص ١١١-١١٢
٤. عبد الحميد قطب بلال، مرجع سابق، ص ١٢٧

## أولاً : تنظيم نشاط توريد العمالة الأجنبية على المستوى الدولي :

تنطلق في هذا الخصوص إلى تنظيم نشاط توريد العمالة الأجنبية على المستوى الدولي، فنتناول الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، ومن ثم نعرض على بيان المخاوف الدولية التي تثار في هذا الشأن والاشكاليات المعاصرة، وذلك وفقاً لما يأتي.

### ( ١ ) الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة :

حظي موضوع الوساطة في إبرام عقد العمل باهتمام دولي مبكر بهدف حماية طالبي العمل من استغلال حاجتهم للعمل لغرض كسب معيشتهم من قبل الوسطاء (وكالات التوريد)، فقد اتخذ الجهد الدولي شكل توصيات واتفاقيات أقرها مؤتمر العمل الدولي (١). ففي ظل اهتمامه بتنظيم الوساطة في إبرام عقد العمل، وبعد اعتماد مؤتمر العمل الدولي لاتفاقية مكاتب التوظيف رقم (٣٤) لسنة ١٩٣٣، فقد اعتمد مؤتمر العمل الدولي الاتفاقية رقم (٥٠) لسنة ١٩٣٦ بشأن وضع قواعد لبعض النظم الخاصة بتوريد العمال (٢).

وفي عام ١٩٤٩ أقر مؤتمر العمل الدولي الاتفاقية رقم (٩٧) بشأن الهجرة للعمل حيث تعد هذه الاتفاقية من أهم اتفاقيات منظمة العمل الدولية، ونظمت حقوق العمال المهاجرين بصورة مشروعة، وكذلك الحقوق الناشئة عن علاقة العمل، وقد ألحق بها ثلاثة ملاحق، يعني الأول بتوريد والحق وشروط العمال المهاجرين الذين يجري توريدهم جماعياً بطرق أخرى غير تلك التي ترعاها الحكومة، والملحق الثاني معني بتوريد والحق وشروط عمل المهاجرين بترتيبات خاصة بالترحيل الجماعي ترعاها الحكومة، أما الملحق الثالث فيتعلق بالأمتعة الشخصية والأدوات والمعدات الخاصة بالمهاجرين العمال (٣).

وعلى الرغم من أن اتفاقية العمل الدولية رقم (١١١) لسنة ١٩٥٨ صدرت بشأن شروط استخدام عمال المزارع إلا أنها خصصت بعض مواد (٥-١٩) الجزء الثاني منها لعمليات توريد العمال، وجرت معالجة هذه العمليات في تنظيم يحتوي على بيان شروط الترخيص بتوريد العمال والتزامات المورد وصاحب العمل وغير ذلك مما تضمنته المواد المشار إليها والذي جاء مقترباً من التنظيم الذي وضعته الاتفاقية رقم (٥٠) لسنة ١٩٣٦ (٤).

وفي عام ١٩٩٧ جاءت بعد ذلك اتفاقية العمل الدولية رقم (١٨١) بشأن وكالات الاستخدام الخاصة التي تناولت وكالات توريد العمالة الأجنبية، وتطرقت إلى عدة التزامات تلتزم بها الدول منها ضرورة استخراج تصاريح ممارسة هذا النشاط (٥)، وضمان عدم ممارسة هذه الوكالات في تقديم خدماتها أي تمييز محظور ضد العمال (٦)، والزمّت معالجة البيانات الخاصة بالعمال على نحو يحول دون انتهاك

١. د. يوسف إلياس، تشريعات العمل في الدول العربية الخليجية : دراسة مقارنة، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية: العدد ٢، مكتب المتابعة: مجلس وزراء العمل والشؤون الاجتماعية بالدول العربية الخليجية، الطبعة الأولى، يناير ١٩٨٤، ص ٤٥
٢. د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص ٢٧٥
٣. المكتب التنفيذي، عمال الخدمة المنزلية، مرجع سابق، ص ٥٤
٤. د. محمود سلامة جبر، المرجع السابق، ص ٢٧٦
٥. المادة (٣) من الاتفاقية رقم ١٨١ بشأن وكالات الاستخدام الخاصة.
٦. المادة (٥) من الاتفاقية رقم ١٨١ بشأن وكالات الاستخدام الخاصة.

خصوصية العامل، (١) وضمان أن تحظر تشريعات الدول على هذه الوكالات تقاضي أي مقابل من العامل نظير خدماتها بشكل مباشر أو غير مباشر، وإلزام الدول أن تضمن اتخاذ تدابير مناسبة لحماية العمال المهاجرين من أي تدليس أو تجاوزات تقع عليهم، (٢) وإلزام الدول أيضاً بضمن حظر قيام هذه الوكالات باستخدام وتوريد الأطفال (٣)، وعدم جواز تقاضي أي رسوم أو مبالغ من العمال. (٤)

وبالنظر إلى اتفاقيات العمل الدولية الأخرى نجدتها تعالج نشاط وكالات توريد العمالة على عجلة وفي الحدود المرتبطة بالاتفاقية ذاتها، فالاتفاقية رقم (١١١) بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة تناولت التمييز في الاستخدام والمهنة فيما يتعلق بنشاط وكالات الاستخدام الخاصة بمختلف أنواعها، ذلك أنها ألزمت الدول أن تتبع سياسة وطنية تضمن تكافؤ فرص الاستخدام بين العمال دون تمييز بينهم على أساس العرق أو اللون أو الأصل الاجتماعي أو الأصل الوطني (٥). ولكن ذلك لا يعني أن تفضيل العامل الوطني على العامل الأجنبي في إبرام عقود العمل تمييزاً ضد العمال الأجانب، حيث أن أي تفضيل للمواطنين في الاجراءات التي تساعدهم على التشغيل لا يعد خرقاً على سبيل المثال للاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري (٦).

## (٢) المخاوف الدولية والاشكاليات المعاصرة :

أثير في حقيقة الأمر قلق دولي من الإشكاليات التي تثيرها عملية توريد العمالة الأجنبية الذي يتمثل في استغلال العمالة الأجنبية في المكان الذي يؤدي فيه العمل أو الخدمة. فتثار ممارسات التوظيف التعسفية التي تنكر حرية اختيار العامل لعمله، ويمكن بالتأكيد اعتبار وكالات التوريد (الوسطاء) الذين يقومون بمثل هذه الممارسات (٧). حيث تقوم بعض الوكالات في بلد الإرسال باستغلال العمالة الأجنبية وخذاعهم ومن ثم يفاجئ العامل الأجنبي بأن العمل الذي هاجر من أجله يختلف عن المواصفات والشروط التي قبلها قبل مغادرته بلاده.

كما تعتمد بعض وكالات الإرسال التي تعمل كسمسار مستقل يدفع بالعمال إلى أصحاب العمل ويفرض أسعاراً عالية على العمال نظير توفير فرص عمل بالخارج، وكثير منها يعمل بشكل غير مرخص مما يجعل من الصعب جداً مراقبة أنشطتهم (٨).

وفي هذا الشأن تسعى الاتجاهات الدولية دائماً إلى حماية العمالة الأجنبية التي هاجرت للعمل في

١. المادة (٦) والمادة (١٣) من الاتفاقية رقم ١٨١ بشأن وكالات الاستخدام الخاصة.

٢. المادة (٨) من الاتفاقية رقم ١٨١ بشأن وكالات الاستخدام الخاصة.

٣. المادة (٩) من الاتفاقية رقم ١٨١ بشأن وكالات الاستخدام الخاصة.

٤. المادة (٧) من الاتفاقية رقم ١٨١ بشأن وكالات الاستخدام الخاصة.

٥. المادة (٢) من الاتفاقية رقم ١١١ بشأن التمييز في الاستخدام والمهنة.

٦. المكتب التنفيذي، اتفاقية العمال المهاجرين، مرجع سابق، ص ٨٩ / فالمادة (١) الفقرة (٢) من الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري تنص على أن (لا تسري هذه الاتفاقية على أي تمييز أو استثناء أو تقييد أو تفضيل بين المواطنين وغير المواطنين من جانب أية دولة طرف فيها).

٧. Azfar Khan and Helene Harroff Tavel. The implications of the sponsorship system: Challenges and opportunities.. Workshop on Strengthening Dialogue between ESCWA and ESCAP Countries on International Migration and Development. UNITED NATIONS. Beirut. 28-30-june 2011. P.20

٨. د. خولة مطر، مرجع سابق، ص ٢٩٥



بلدان أخرى بغرض العمل وكسب الرزق، ذلك أن هذه العمالة على الرغم من كونها ليست طرفاً في عقد توريد العمالة الأجنبية إلا أنها تقترب من عقد التوريد اقتراباً شديداً باعتباره العملية القانونية التي تسهل لهذه العمالة الاتصال بصاحب العمل و إبرام عقد عمل.

إن اتكال المجتمع على العمالة الأجنبية وخاصة تلك التي تأتي من جنوب شرق اسيا خلق اعتماد كثيرين - سواء كانوا مكاتب للاستخدام أو اشخاصاً - على المكاسب الناتجة عن لعب دور الوسيط، وفي نهاية الامر يبدو الضحية الاولى والاخيرة هي العامل الوافد الذي عليه ان يرهن قطعة الارض التي تملكها أسرته او حتى يساهم كل افراد الاسرة في دفع المبالغ التي تطلبها مكاتب متعهدي الإرسال هناك، ثم ما يلبث ان يتلاشى ذاك الحلم بتحقيق الثروة السريعة امام واقع قد يجعله يعمل لسنوات طويلة دون مرتب محولاً فقط سد ديونه وديون أسرته(١).

فالتوجهات الدولية تقر بوجود مفهوم «العمل سداداً لدين»، ويعرف العمل سداداً لدين على أنه (الحال أو الوضع الناجم عن ارتهان مدين بتقديم خدماته الشخصية أو خدمات شخص تابع له ضماناً لدين عليه، ما لم تكن القيمة المنصفة لهذه الخدمات مستخدمة في تصفية هذا الدين أو لم تكن مدة هذه الخدمات محدودة وطبيعتها محددة)(٢).

فقد اعتبر العمل سداداً لدين جانباً من جوانب الممارسات الشبيهة بالرق الوارد تعريفها في صك للأمم المتحدة في سنة ١٩٥٦، أي الاتفاقية التكميلية لإلغاء الرق وتجارة الرق والنظم والعادات المشابهة للرق. وحددت هذه الاتفاقية ما كان يعتبر آنذاك الأشكال المعاصرة للرق، ودعت جميع الدول الأطراف إلى إلغاء ممارسات من قبيل العمل سداداً لدين على نحو تدريجي وفي أقرب وقت ممكن(٣).

إذ قد يكون على المهاجرين الطامحين أن يدفعوا مبالغ هائلة جداً لوكالات الإرسال في بلدهم الذين يساعدهم على تأمين العمل في الخارج ويسهلون سفرهم، فيتدينون من مقرضين ومن مصادر أخرى بقصد تسديد هذه التكاليف (٤). فعدد متنام من القوة العاملة المهاجرة يعمل في شراك ظروف شبيهة بالرق، ومقارنة بالظروف التي يعمل فيها المهاجرون في أحيان كثيرة، والعمال المتاجر بهم، إذ يغويهم بالخروج من ديارهم وسطاء عمل يعدونهم كذباً بأجور عالية، يجدون أنفسهم غالباً في أرض لا يتحدثون لغتها، رازحين تحت عبء ديون لا يحتمل ومجردين من جواز السفر الذي يحتاجونه للعودة إلى أوطانهم(٥). والحقيقة أن العمال المهاجرون عرضة للاستغلال والتمييز في المعاملة والنيل من حقوقهم كبشر في الدول المستقبلية، وأنهم يعملون - عادة - بشروط عمل أدنى من تلك التي يحظى بها العمال المواطنين(٦). ولكن يبقى أن التوجهات الدولية المثارة في هذا الشأن تسعى لحماية العمالة الأجنبية من تعسف أي طرف في عقد توريدها، فألقت على عاتق الدولة عدة التزامات بضرورة التدخل لالقاء التزامات قانونية

١. د. خولة مطر، مرجع سابق، ص ٢٩٥
٢. مكتب العمل الدولي، مرجع سابق، ص ٧ الفقرة ٣٩
٣. مكتب العمل الدولي، مرجع سابق، ص ٧ الفقرة ٣٩
٤. مكتب العمل الدولي، مرجع سابق، ص ٨ الفقرة ٤٠
٥. المرجع نفسه، ص ٢٢ الاطار ٥-٢
٦. المكتب التنفيذي، اتفاقية العمال المهاجرين، مرجع سابق، ص ١٥

معينة على عاتق المتعهد بتوريد العمالة الأجنبية بالتنسيق مع الجهات الإدارية بالدولة، كما دعت الصكوك الدولية الدول إلى تضمين تشريعاتها نصوصاً عقابية تجرم حالات العمل الجبري والإتجار بالبشر والسخرة التي قد تمارسها بعض الوكالات على العمال الأجانب.

## ثانياً : تنظيم نشاط توريد العمالة الأجنبية على المستوى الوطني :

نتناول في هذا السياق تنظيم فكرة توريد العمالة الأجنبية على المستوى الوطني، وذلك من خلال بيان تقييد المشرع لحرية عمل الأجانب حماية لسوق العمل، ومن ثم نتطرق إلى التشريعات المنظمة لوكالات توريد العمالة الأجنبية في مملكة البحرين، وذلك وفقاً لما يلي.

### (١) تقييد المشرع لحرية عمل الأجانب حماية لسوق العمل الوطنية :

يتفق فقه القانون على أن للدولة حقها في أن تنظم عمل الأجانب من كافة الجوانب، وفي جميع المراحل، ومن ثم لها ابتداء السماح لهم بدخول إقليمها والترخيص لهم في الإقامة عليه أو رفض ذلك وفقاً لما تراه محققاً لمصالحها وملياً لاحتياجاتها (١).

وعلى ذلك تعمل سائر الدول على تقييد عمل الأجانب على إقليمها وذلك تحقيقاً للمصلحة الوطنية التي تقتضي حماية الأيدي العاملة الوطنية من المنافسة الأجنبية (٢)، وعادةً ما تتجه رغبة دول الاستقبال في تحقيق مصالحها المتمثلة بانتظام نظام توريد العمالة الاجنبية ومشروعية تنقلها وحماية الأمن الوطني لها. (٣)

فالعمل - كقاعدة عامة - حق لمواطني الدولة، ولذلك يجب أن يسعى تشريعها لضمان فرصة الحصول عليه لكل مواطن قادر على العمل، ويقضي ذلك عندما تكون فرص العمل في الدولة محدودة، أن تضمن الدولة عدم منافسة الأجانب للعمال الوطنيين في الحصول على هذا العمل (٤).

وتأسيساً على ذلك، ونظراً لما تتمتع به سوق العمل البحرينية من خصوصية فريدة في أنها تعتبر من الدول المستقبلية للعمالة الأجنبية في الوقت الذي تعاني من مشكلة البطالة (٥)، لذلك سعى المشرع البحريني إلى حماية العمالة الوطنية خاصة إذا علمنا أن هذه العمالة لا تستطيع منافسة العمالة الأجنبية نظراً

١. د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص ٣١
٢. ينظر في ذلك لدى أستاذنا د. محمد حسين عبدالعال . شرح قانون العمل البحريني . مطبوعات جامعة البحرين، ٢٠٠٣، ص ٧٣
٣. المكتب التنفيذي، اتفاقية العمال المهاجرين، مرجع سابق، ص ١٥
٤. د. يوسف إلياس، تشريعات العمل الخليجية، مرجع سابق، ص ٤٨
٥. ويذكر البعض بأنه حتى في (الدول التي لا تعاني مشكلة البطالة، أي الدول المستقبلية للعمالة الأجنبية، فإنها لا تهمل مسألة عمل الأجانب بل توليها عناية فائقة، وذلك إدراكاً منها لضرورة ضبط سوق العمل لديها، وإعمالاً من جانبها على التحكم في الآثار الديموجرافية والاجتماعية والاقتصادية التي تترتب على ظاهرة الهجرة من أجل العمل لديها) ويضيف في موضع آخر إلى أن (أكثرية الدول تتجه، حالياً، إلى التشدد في مسألة عمل الأجانب لديها، حيث تعمد الدول في الوقت الحالي إلى تقييد عمل الأجانب على إقليمها بكثير من القيود التي من شأنها حماية الأيدي العاملة الوطنية من خطر منافسة العمال الأجانب بحيث تقتصر عمل هؤلاء على المجالات التي تحتاج فيها إلى خبرات لا تتوافر لدى الوطنيين، وأن يكون العمال الأجانب، في حال سماح الدولة لهم بمزاولة العمل على أراضيها، قوة عمل حقيقية لها آثارها الايجابية على الاقتصاد القومي وليست أداة لاستنزاف مواردها). ينظر د. محمد الروبي، مرجع سابق، ص ٣ / ٤٤

لإنخفاض نسبة أجور الأخيرة، فلم يدع المشرع سوق العمل المحلية مفتوحة لعوامل المنافسة<sup>(١)</sup>، بل إنتهجت مملكة البحرين غيرها من دول الخليج العربي سياسة التوطين التي تعني إحلال العمالة الوطنية محل العمالة الأجنبية<sup>(٢)</sup>.

ومن هنا وضع المشرع نصب عينه مراعاة الاعتبارات الوطنية المتعلقة بالنظام العام الاجتماعي والاقتصادي وبأمن المجتمع<sup>(٣)</sup>، وجاء المشرع البحريني ليقرر عدة مسائل إجرائية وموضوعية تقيد حق صاحب العمل المحلي في استخدام العمالة الأجنبية، وأحكم المشرع قبضته على هذه المسألة بأن قرر شروطاً وضوابط ليتمكن صاحب العمل من استقدام عامل أجنبي، كما حدد المشرع نظاماً قانونياً أطلق عليه «نظام الكفيل» يمنع حرية تنقل العمالة الأجنبية من صاحب عمل لآخر إلا في حدود ضيقه، كما حدد مدة الترخيص بعمل الأجانب<sup>(٤)</sup>. وتعد هذه النصوص أمرة تتعلق بالنظام العام المطلق بحيث يترتب البطلان على مخالفتها، ولا يجوز للأفراد الإتفاق على خلافها ولو كانت لمصلحة العامل إذ أنها مقررّة لمصلحة وطنية عليا<sup>(٥)</sup>.

وتطبيقاً لذلك فقد اضطرر قضاء محكمة التمييز البحرينية على بطلان عقد العمل إذا خالف العامل الأجنبي شروط التصريح، ومن ذلك ما ذهب إليه من أن (حظر استخدام العامل الأجنبي في البحرين مالم يكن حاصللاً على تصريح بذلك من وزارة العمل أثره بطلان عقد العمل بطلاناً مطلقاً واعتباره معدوماً)<sup>(٦)</sup>، إلا أنه وبتعديل على قانون العمل عام ١٩٩٢ فقد اختلف الوضع بأن قضي بصحة عقد العمل، فقد ذكرت محكمة التمييز في حكم لها بأنه (لئن كانت المادة الثالثة من قانون العمل في القطاع الأهلي قد حظرت على صاحب العمل استخدام عمال غير بحرينيين مالم يكن حاصللاً على تصريح عمل من وزارة العمل والشؤون الاجتماعية وحظرت المادة الرابعة من القانون على الأجنبي الالتحاق بأي عمل قبل الحصول على بطاقة عمل تصرف له بشروط من بينها أن يكون صاحب العمل حاصللاً على تصريح باستخدامه في البحرين طبقاً للمادة السابقة، إلا أنه لما كانت هاتين المادتين قد عدلتا بموجب المرسوم بقانون رقم ١٤ لسنة ١٩٩٢ الذي لم يعد يرتب البطلان على عدم حصول العامل على تلك البطاقة، فإن عدم حصول صاحب العمل على تصريح من وزارة العمل لاستخدام عمال غير بحرينيين وان كان معاقب عليه بمقتضى قانون العمل إلا أنه لا يؤدي إلى بطلان عقد العمل)<sup>(٧)</sup>.

وعلى الرغم من شدة الإجراءات التي وضعها المشرع لتنظيم دخول القوى العاملة الأجنبية إلا أن

١. المكتب التنفيذي، التنظيم القانوني لدخول القوى العاملة الوافدة إلى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية: العدد ٥٩، تصدر عن المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية، الطبعة الأولى، سبتمبر ٢٠١٠م، ص ١١
٢. د. مجدي فؤاد عبدالقادر، مرجع سابق، ص ١٠٥
٢. د. صلاح محمد دياب، بطلان عقد العمل وآثاره على حقوق العمال: في علاقات العمل الفردية في ضوء أحكام كل من القانون البحريني والقانون المصري والقانون الفرنسي، مجلة الحقوق - جامعة البحرين، المجلد الخامس - العدد الثاني (١٠)، يوليو ٢٠٠٨، ص ٣١٢
٤. ينظر في تفاصيل هذه الاجراءات لدى المكتب التنفيذي، القوى العاملة الوافدة، مرجع سابق، ص ١١ وما بعدها
٥. د. صلاح محمد دياب، بطلان عقد العمل، مرجع سابق، ص ٢١٠
٦. الطعن رقم ٦٥ لسنة ١٩٩٠ - جلسة ٢٤ فبراير ١٩٩١م، مجموعة أحكام محكمة التمييز ١٩٩١
٧. الطعن رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٤ - جلسة ١٨ أكتوبر ٢٠٠٤، مجموعة أحكام محكمة التمييز ٢٠٠٤

البعض يلخص الظروف التي تجمع النسبة الكبرى من العمالة الأجنبية في أنها عمالة رخيصة - حيث الأجور المتدنية رغم تفاوتها بين قطاع وآخر، أو بين جنسية وأخرى - وكثير منها لا يملك عقد عمل واضح، ولذلك تشيع حالات الاستغلال من قبل بعض أصحاب العمل، أو من لدن بعض وكالات التوريد، سواء في الدول المرسله أو تلك المستقبله، ويخضعون لشروط عمل قاسية وشروط معيشة مجحفة (١).

وعلى هذا الأساس كان لابد لقانون العمل البحريني أن يقوم بمهمة تنظيم عمل مكاتب توريد العمالة الأجنبية وهو ما نتاوله في هذا السياق.

## (٢) التشريعات البحرينية المنظمة لوكالات توريد العمالة الأجنبية:

نتاول تبعاً التشريعات البحرينية المنظمة لوكالات توريد العمالة الأجنبية، من خلال بيان التنظيم التشريعي القديم، ومن ثم التنظيم التشريعي الجديد

### ١ - التنظيم التشريعي القديم (متعهدي التوريد):

نصت المادة (١٥) من قانون العمل البحريني على أن لصاحب العمل أن يعهد إلى متعهد بتوريد عمال أجنب له وذلك وفقاً للشروط والأوضاع ويعد سداد الرسوم التي يصدر بها قرار من الوزير المختص بشؤون العمل في القطاع الأهلي.

ويقصد بمتعهد توريد العمال في تطبيق أحكام هذه المادة كل شخص يقوم بتوريد عامل أو جماعة من العمال الأجنب لأحد أصحاب الأعمال ولا يجوز له مزاوله عمله إلا بعد الحصول على ترخيص بذلك من الوزارة المعنية بشؤون العمل في القطاع الأهلي، كما لا يجوز لصاحب العمل أن يتعاقد مع المتعهد إلا إذا كان حاصللاً على الترخيص المذكور.

ويتضح من هذا النص أن المشرع البحريني - في التنظيم القديم - قد حدد طبيعة النشاط الذي تمارسه وكالات الاستقدام (المتعهد) في توريد عامل أو جماعة من العمال، وهذا التوصيف يحتمل نوعين من نشاطات التوريد، النوع الأول: وهو نشاط توريد عمالة أجنبية من أجل صاحب عمل محلي، بمعنى أن يقتصر دور الوكالة في استقدام العامل، وتنقطع الصلة بين العامل والوكالة بمجرد تسلم العامل للعمل. أما النوع الثاني: فهو توريد عمالة بمثابة «مقاولة»، بأن تتعهد وكالة التوريد بتوفير عامل أو مجموعة من العمال لصاحب عمل معين من أجل انجاز مهام معينة باتفاق صاحب العمل والوكالة. والفرق بين هذين النوعين يكمن في علاقة العمل التي تربط العامل والتبعية القانونية، ففي النوع الأول تكون التبعية لصاحب العمل، في حين تكون التبعية في النوع الثاني لوكالة التوريد التي تلتزم بدفع أجور عمالها، وتأسيساً على ذلك فلم يعرف المشرع البحريني التفرقة بين هذين النوعين من التوريد وكان النص - كما تبين - عاماً يحتمل المعنيين.

ووفقاً لتنظيم المشرع البحريني على النحو السالف، يجب أن يكون العقد بين صاحب العمل ومتعهد توريد العمالة الأجنبية ثابتاً بالكتابة ويبين فيه نوع العمل وفتات أجور العمال وإلزام صاحب العمل بأدائها

لهم مباشرة ومدة العقد على وجه التقريب والبلاد التي قدم العمال منها، وتودع صور من هذا العقد بالوزارة المعنية بشؤون العمل في القطاع الأهلي.

وتنفيذاً للمادة المشار إليها صدر القرار الوزاري رقم (٢١) لسنة ١٩٩٤ بشأن الشروط والأوضاع التي

تتبع عند التعاقد صاحب عمل مع متعهد توريد عمال غير بحرينيين (١).

وباستقراء النصوص التنظيمية لنشاط متعهد توريد العمالة الأجنبية يمكن القول أن التنظيم

القانوني الذي تبناه المشرع البحريني يتمتع بالخصائص التالية:

• حظر المشرع ممارسة نشاط توريد العمالة الأجنبية دون الحصول على ترخيص من الجهات المعنية، بل رتب جزاء جنائياً على مخالفة ذلك.

• حظر المشرع البحريني على صاحب العمل التعاقد مع متعهد توريد عمالة أجنبية لا يملك ترخيصاً ساري المفعول، وتطبيقاً لذلك قضت محكمة التمييز البحرينية بأن (لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد عرض لبنود الاتفاق بين الطرفين وخلص - فيما لا خروج فيه عن مدلوله - إلى أنه يتضمن التزام الطاعنة بتوريد عمال لحساب المطعون ضدها، وأن الأخيرة ملزمة بسداد النسبة الإضافية المطالب بها كحافز، وأن الطاعنة تضمن حضور العمال وتحمل مصروفاتهم، وانتهى الحكم إلى أن ذلك الاتفاق لا يعدو كونه عقد توريد عمال أجنبي استمرت بمقتضاه صلة العمال بالمتعهد - الطاعنة - بعد تقديمهم لصاحب العمل، كما تحصل الطاعنة بمقتضاه على أجور العمال دون حصولهم عليها مباشرة من صاحب العمل، ورتب الحكم على ما انتهى إليه بطلان العقد ورفض الدعوى لا سيما وقد خلت الأوراق مما يفيد حصول الطاعنة على ترخيص يخولها حق توريد عمال أجنبي (٢).

• أوجب المشرع أن يكون العقد بين صاحب العمل ومتعهد توريد العمالة الأجنبية ثابتاً بالكتابة ويبين فيه نوع العمل وفتات الأجور والزم صاحب العمل بأدائها للعمال مباشرة، وألزم أن يبين فيه مدة العمل على وجه التقريب والبلاد التي قدم منها العمال (٣).

هذا وقد بقي التنظيم التشريعي بهذه الصورة حتى صدور قانون تنظيم سوق العمل رقم (١٩) لسنة

٢٠٠٦م، الذي قام بتنظيم شروط وضوابط التصريح بدخول العمال الأجانب إلى البحرين وتضمن نصوصاً

أخرى تعنى بوكالات توريد العمالة الأجنبية، بل وقد صدر قانون العمل البحريني الجديد رقم (٣٦) لسنة

٢٠١٢م ولم يتضمن ثمة نص في هذا الشأن تاركاً أمر تنظيم وكالات التوريد للقانون رقم ١٩ لسنة ٢٠٠٦م،

وهو ما نبينه فيما يلي:

١. وقد سبق هذا القرار صدور قرار وزاري برقم (١٧) لسنة ١٩٧٦م عدل بموجب القرار رقم (٧) لسنة ١٩٧٧، إلا أن المادة رقم

(٤) من القرار الوزاري رقم (٢١) لسنة ١٩٩٤ ألغت القرار السابق، عندما نصت على أن (يلغى القرار رقم (١٧) لسنة ١٩٧٦ بشأن الشروط والأوضاع التي تتبع عند التعاقد صاحب عمل مع متعهد لتوريد أجنبي له)

٢. الطعن رقم ١١٠ لسنة ٢٠٠٤ - جلسة ٢٠ ديسمبر ٢٠٠٤م، مجموعة أحكام محكمة التمييز ٢٠٠٤

٣. مكتب العمل العربي، مرجع سابق، ص ٣٦

## ٢- التنظيم التشريعي الجديد (وكالات التوريد):

جاء قانون تنظيم سوق العمل رقم (١٩) لسنة ٢٠٠٦ ليعرف وكالة توريد العمالة الأجنبية على أنها (صاحب العمل المرخص له بتوريد عمال للعمل لدى طرف ثالث مدة محددة أو لإنجاز مهمة معينة دون اشراف من صاحب العمل (المورد) على تنفيذ العمل).

وقد أنشأ هذا القانون هيئة تنظيم سوق العمل التي حددت مهامها وصلاحياتها وفقاً للمادة (٤) منه حيث تشير إلى أن (أ- تباشر الهيئة كافة المهام والصلاحيات اللازمة لتنظيم سوق العمل بالملكة وتنظيم تصاريح العمل وتراخيص وكالات توريد العمال (....)).

وتنص المادة ذاتها على صلاحية الهيئة في (٥- وضع الأنظمة وإصدار اللوائح والقرارات اللازمة لتنفيذ أحكام هذا القانون، بما في ذلك الأنظمة واللوائح والقرارات التي تحدد ما يلي:

أ. ....

ب. قواعد واجراءات منح وتجديد تراخيص وكالات توريد العمال ومكاتب التوظيف ومدة سريان هذه التراخيص وكافة الأمور المتعلقة بها.

ج. اجراءات تقديم طلبات الحصول على تصاريح العمل وتراخيص وكالات توريد العمال ومكاتب التوظيف، والبيانات والمعلومات والمستندات التي يجب ارفاقها بهذه الطلبات، واجراءات البت فيها.

د. ....

هـ. قواعد واجراءات الغاء تصاريح العمل وتراخيص وكالات توريد العمال ومكاتب التوظيف (.....) كما نصت المادة (٢٨) من القانون نفسه على أن (يحظر على أي شخص مزاوله نشاط وكالات توريد العمال أو مكاتب التوظيف إلا بعد حصوله على ترخيص بذلك من الهيئة طبقاً لأحكام هذا القانون. ولن يرغب في ممارسة نشاط وكالات توريد العمال أو مكاتب التوظيف أن يتقدم بطلب إلى الهيئة لاستصدار ترخيص بذلك. وتصدر الهيئة قراراً بتحديد شروط واجراءات منح وتجديد الترخيص ومدة سريانه، وتنظيم عمل وكالات توريد العمال ومكاتب التوظيف. ويكون الترخيص شخصياً ولا يجوز التنازل عنه إلى الغير إلا في حالة الوفاة فإنه ينقل إلى الورثة أو وكيلهم).

ونصت المادة (٢٩) من القانون على أن ( أ- ينتهي ترخيص وكالة توريد العمال أو مكتب التوظيف بانتهاء مدته ما لم يتم تجديده طبقاً لأحكام هذا القانون. ب- يجب على الهيئة إلغاء ترخيص وكالة توريد العمال أو مكتب التوظيف في أي من الحالات التالية:

١. ثبوت حصول المرخص له على الترخيص بناء على وثائق أو معلومات غير صحيحة.
٢. فقد المرخص له لشروط أو أكثر من شروط منح الترخيص.
٣. صدور حكم جنائي نهائي ضد المرخص له بعقوبة جنائية أو في جريمة مخلة بالشرف أو الأمانة.
٤. وفاة المرخص له إذا لم يكن له ورثة، أو تصفية نشاطه أو إشهار إفلاسه أو شطب قيده من السجل التجاري.
٥. طلب المرخص له كتابة إلغاء الترخيص.

ومن هنا يلاحظ أن قانون تنظيم سوق العمل قد ناط بالهيئة مهمة إصدار القرارات التنظيمية

ذات الشأن، غير أنه تولى تحديد الحالات التي يلغى فيها التصريح بشكل مباشر، في الوقت الذي لم تصدر قرارات لاحقة لهذا القانون تبين إجراءات منح التراخيص اللازمة لهذه الوكالات وإجراءات تجديدها والبيانات والمستندات اللازمة بشأنها، ومن ثم تطبق القرارات الوزارية - ومنها القرار رقم (٢١) لسنة ١٩٩٤ - التي صدرت قبل صدور قانون تنظيم سوق العمل طالما لم تصدر قرارات جديدة (١).

والحق أن قانون تنظيم سوق العمل وإن كان قد نص صراحة على إلغاء الباب الثاني من قانون العمل في القطاع الأهلي رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٦ المتعلق بتنظيم عمل الأجانب وفقاً للمادة (٤٦) من قانون الهيئة (٢)، إلا أنه لم يتطرق إلى الباب الثالث الذي يحمل عنوان تنظيم وتشغيل العمال الوطنيين، والذي تناول تنظيم نشاط (متعهد توريد العمال) في المادة (١٥) من قانون العمل، ومن ثم فإن المواد (٢٨) و(٢٩) من قانون هيئة تنظيم سوق العمل نسختا نص المادة (١٥) التي وردت في قانون العمل في القطاع الأهلي لأن المشرع البحريني لم يقم بتعديل نص المادة (١٥) وإنما أعاد تنظيم موضوعها بما يعني إلغاءً ضمنيًا لهذه المادة. فضلاً عن أن قانون العمل الجديد رقم (٣٦) لسنة ٢٠١٢م قد ألغى القانون القديم برمته ولم يدرج تنظيمًا جديدًا لوكالات توريد العمالة. ويترتب على ذلك نتيجة هامة وهي سقوط الأحكام التي كانت تنص عليها المادة (١٥)، ومن ذلك سقوط الحكم المتعلق بضرورة أن يكون العقد المبرم بين صاحب العمل ووكالة التوريد ثابتاً بالكتابة، وحظر تقاضي أي مبلغ من العمال مقابل تشغيلهم، إلا أننا نعتقد أن مضمون هذا الحكم لا يزال موجوداً ويتمتع بإمكانية تطبيقه استناداً على أحكام القرار الوزاري رقم (٢١) لسنة ١٩٩٤ وليس على أساس المادة (١٥) من قانون العمل الملغى.

## المبحث الثاني

### مركز وكالات توريد العمالة الأجنبية في مواجهة صاحب العمل

في إطار الحديث عن مركز وكالات توريد العمالة الأجنبية في مواجهة صاحب العمل، نتحدث في المطلب الأول مضمون العلاقة بين صاحب العمل ووكالة توريد العمالة الأجنبية، ومن ثم يتطرق المطلب الثاني خيارات صاحب العمل في حق الرجوع على وكالة التوريد، ونتناول ذلك تباعاً وفقاً لما يلي:

### المطلب الأول : مضمون العلاقة بين صاحب العمل ووكالة توريد العمالة الأجنبية:

في مضمون العلاقة بين صاحب العمل ووكالة توريد العمالة الأجنبية، نتناول الطبيعة القانونية للعلاقة بينهما، ومن ثم نتطرق إلى حقوق والتزامات طرفي العلاقة في هذا الشأن، وذلك وفقاً لما يلي:

١. إذ تنص المادة (٤٤) من قانون تنظيم سوق العمل على أن ( أ- يستمر العمل بالقرارات الوزارية الصادرة في شأن تنظيم عمل الأجانب والمعمول بها وقت صدور هذا القانون بما لا يتعارض مع أحكامه ، وذلك إلى أن تصدر الهيئة الأنظمة واللوائح والقرارات المنفذة له. ب- يعتد بتصاريح وبطاقات العمل السارية وقت العمل بأحكام هذا القانون إلى أن تنتهي مدة سريانها أو يتم وقفها أو سحبها طبقاً لأحكام القانون. ج- يعتد بتراخيص متعهدي توريد العمال الأجانب السارية وقت العمل بأحكام هذا القانون، وذلك إلى أن تنتهي مدة الترخيص أو يتم إلغاؤه).
٢. تنص المادة (٤٦) من قانون تنظيم سوق العمل على أنه (مع مراعاة ما تضمنه البند (د) من المادة (٤٢) من هذا القانون . يلغى الباب الثاني من قانون العمل في القطاع الأهلي الصادر بالمرسوم بقانون رقم (٢٣) لسنة ١٩٧٦).

## أولاً : الطبيعة القانونية للعلاقة :

يتجه بعض الفقه إلى أن المهمة التي ينصب عليها عقد توريد العمالة الأجنبية ينطبق عليها وصف «المقاول»، بمعنى أن عقد توريد العمالة الأجنبية يعتبر عقد مقاوله يلتزم بمقتضاه أحد الطرفين أن يؤدي عملاً للطرف الآخر مقابل عوض، دون أن يكون تابعاً له أو نائباً له، (١) وهذا يعني أن المقاول (وكالة التوريد) يلتزم بأن يؤدي عملاً للطرف الآخر (صاحب العمل) مقابل عوض.

ويذهب بعض شراح القانون البحريني إلى ذات الاتجاه، فقد ذكر البعض بأنه (يعتبر توريد العمال صورة من صور الوساطة في إبرام عقد العمل، وهو عقد مقاوله بموجبه يتعهد المقاول بتوريد عمال أو جماعة من العمال الأجانب لحساب صاحب عمل دون أن يكون لمقاول توريد العمال رقابة أو إشراف عليهم) (٢)، وذكر البعض الآخر بأنه (قد تتخذ الوساطة في إبرام عقد العمل صورة عقد مقاوله، يلتزم المقاول بمقتضاه بتوريد عدد من العمال لصاحب عمل معين، فعمل المقاول في مقاوله توريد العمال يقتصر على تقديم هؤلاء العمال لصاحب العمل الذي يتعاقد معهم ويشرف عليهم) (٣).

وعلى النقيض من ذلك يذهب اتجاه آخر في الفقه إلى تكييف العلاقة بين وكالة التوريد وصاحب عمل على أنها (وكالة) أو (نيابة) في التعاقد، حيث يذكر البعض بأن (يكون هناك علاقة عقدية بين الطرفين، وهو تفويضاً صادراً من صاحب العمل للمكتب، باستقدام العمالة من الخارج نيابة عنه، وهذا بمثابة توكيل من صاحب العمل للوكالة تستطيع من خلاله استقدام العمالة المطلوبة، فهو غطاء رسمي للمكتب يباشر العمل من خلاله، أو يعطي صفه له، وهو نيابته عن صاحب العمل، دون أن يمتد هذا التفويض إلى التعامل مع الجهات الرسمية). (٤)

ومن جانبنا نعتقد بأن عقد توريد العمالة الأجنبية عقد يختلط مع عقد المقاوله من جانب تأدية عمل مادي حيث أن عقد المقاوله يعني تأدية عمل معين لصاحب العمل مقابل عوض، وما يرتبط بهذه المقاوله من ضمانات يلتزم بها المقاول (وكالة التوريد) في مواجهة صاحب العمل، ولكن هذا المعنى من التوريد لا يعطينا في هذه الدراسة والسبب في أن هذا المعنى يبقى علاقة العمل بين العامل والمورد (المقاول) حيث يؤدي الأخير خدمات لصاحب العمل مقابل أجر، ومن ثم لا تترتب من اعتباره عقد وكالة.

## ثانياً : التزامات طرفي العلاقة :

نتحدث في بداية الأمر عن التزامات وكالة توريد العمال الأجنبي ، ومن ثم نتطرق إلى بيان إلتزامات صاحب العمل في هذا السياق، وفقاً لما يأتي:

نعتقد أن إلغاء المادة (١٥) عن طريق إعادة تنظيم موضوعها لا يعني إلغاء القرارات الوزارية الصادرة تنفيذياً لها، إلا في الحدود التي تعارض مع غاية التنظيم الجديد.

١. المادة (٥٨٤) من القانون المدني البحريني.
٢. د. محمود سلامة جبر ، مرجع سابق ، ص ٢٨٥
٣. د. يوسف إلياس ، تشریحات العمل الخليجية ، مرجع سابق ، ص ٤٧
٤. د. مجدي فؤاد عبدالقادر ، مرجع سابق ، ص ١٧٦



## (١) إلتزامات وكالة توريد العمالة الأجنبية :

يقوم إلتزام وكالة توريد العمال الأجنبية أساساً على استخدام عامل أجنبي للعمل لمصلحة صاحب العمل، وفقاً للشروط التي يضعها صاحب العمل والتي تتعلق بمؤهلات العامل وخبراته وأية مواصفات أخرى. ومن ثم نعتقد أن ثمة شرط تتحملة وكالة التوريد ، وهو ضمان تطابق المؤهلات التي يتمتع بها العامل مع شروط العقد.

بل أن هذا الإلتزام تتحملة وكالة التوريد ولو لم يكن منصوصاً عليه في العقد أو القانون تأسيساً على ما تضمنته المادة (١٢٧) من القانون المدني البحريني التي تقضي بأن لا يقتصر العقد على ما يرد فيه من شروط أو يسري عليه من أحكام القانون، وإنما يتضمن كذلك ما يعتبر من مستلزماته، وفقاً لما تجري عليه العادة وما تملية العدالة، ومع مراعاة طبيعة التعامل وما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل.

ويذكر البعض أن الواقع العملي يبين لنا أن شروط صاحب العمل لا تتجاوز الشروط العامة التي تتصل بالحد الأدنى للسكن واللياقة الصحية ومراعاة بعض الاشتراطات الخاصة بالمهارة، كالحصول على حد معقول من التدريب ومعرفة لغة أجنبية، وربما يستحيل تجاوز هذه الاشتراطات إلى ما هو أكثر خصوصية لأن ذلك يقود إلى تقييد الاختيار من حالة إلى أخرى بناء على معايير شخصية يحددها صاحب العمل نفسه (١). والسبب في ذلك كما قدّمنا أن عقود توريد العمالة الأجنبية تعتمد بشكل أساسي على العمال الذين يأتون للعمل في الخدمة المنزلية أو من في حكمهم.

وبالرجوع إلى أحكام القرار الوزاري رقم (٢١) لسنة ١٩٩٤ نجد أنه ألزم الطرفين بأن يكون عقد التوريد ثابتاً بالكتابة ومتضمناً نوع العمل وفئات الأجور التي يشترط فيها أن تدفع مباشرة للعمال، كما يتضمن مدة العمل على وجه التقريب وكذلك البلاد التي قدم العمال منها.

وبين القرار المذكور هذه الشروط التي يجب أن يتضمنها عقد التوريد، كما نص على الإلتزامات أخرى تقع على وكالة التوريد غير تلك التي تقتضي الحصول على الترخيص، فضلاً عن عدم جواز تقاضي أي مبلغ من العمال نظير تشغيلهم، وبين أيضاً مسؤولية وكالات التوريد وما يترتب على ذلك من مصاريف في حالة عدم صلاحية العمال أو خدم المنازل ومن في حكمهم للعمل، وذلك بتعويض صاحب العمل عن خسارته كاملة بما فيها مصاريف الهجرة والجوازات ورخصة العمل (٢).

وقد حدد القرار المذكور في الفقرة (٤) من المادة (١) منه مدة ضمان عدم الصلاحية التي تلتزم بها وكالة التوريد، فذكر بأنها تضمن تعويض صاحب العمل عن عدم صلاحية العامل (أثناء فترة التجربة والتي لا تقل مدتها عن ثلاثة أشهر).

ففترة التجربة التي أشار إليها المشرع البحريني في هذا السياق لا يقصد بها فترة التجربة التي تخضع لها علاقة العمل والتي نظمها المشرع البحريني في المادة (٢١) من قانون العمل الجديد (٣)، ذلك

١. المكتب التنفيذي ، عمال الخدمة المنزلية ، مرجع سابق ، ص ٧٥

٢. المادة (١) الفقرة (٤) من القرار المذكور.

٣. تنص المادة (٢١) من قانون العمل البحريني الجديد رقم ٣٦ لسنة ٢٠١٢م على أنه (أ- يجوز تعيين العامل تحت شرط التجربة إذا نص على ذلك صراحة في عقد العمل، على ألا تزيد فترة التجربة على ثلاثة أشهر. ومع ذلك يجوز زيادة فترة التجربة في المهن التي يصدر بتحديدها قرار من الوزير بما لا يجاوز ستة أشهر. ولا يعتد بشرط التجربة إلا إذا نص عليه صراحة في عقد العمل. ب - يجوز لأي طرف في عقد العمل إنهاء العقد خلال فترة التجربة إذا تبين له عدم ملائمة الاستمرار في التعاقد بشرط إخطار الطرف الآخر قبل الانهاء بيون واحد على الأقل. ج - لا يجوز تعيين العامل تحت شرط التجربة أكثر من مرة واحدة عند صاحب عمل واحد).

أن هذه المادة تنظم فترة التجربة بالنظر إلى علاقة العامل بصاحب العمل - أي عقد العمل ، أما القرار محل الدراسة فينظم فترة التجربة - أي الضمان القانوني - بالنظر إلى العلاقة بين صاحب العمل ووكالة التوريد، ونعتقد بأنه كان من الأجدر بالمشرع أن يطلق تسمية الضمان بدلاً من التجربة في هذا السياق.

ومهما كان من أمر فقد حدد المشرع البحريني فترة الضمان القانوني لوكالة التوريد في مواجهة صاحب العمل بمدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولم يضع حداً أقصى، ومن هنا نعتقد أن لوكالة التوريد وصاحب العمل أن يتفقا على تحديد مدة الضمان التي لا تقل عن ثلاثة شهور كحد أدنى، ولكن السؤال الذي يطرح في هذا السياق حول الكيفية التي سيكون عليها الضمان القانوني في الوقت الذي قيد المشرع حق صاحب العمل في إنهاء عقد العمل تحت التجربة بمدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر؟

صحيح أن هذه المدد تختلف بحسب طبيعة الأطراف الملزمين بها، فوكالة التوريد ملتزمة بضمان عدم الصلاحية خلال فترة لا تقل عن ثلاث أشهر، في الوقت الذي يلتزم صاحب العمل في مواجهة العامل باشتراط التجربة مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر، فماذا لو اتفق صاحب العمل والوكالة على مد فترة الضمان القانوني إلى خمسة أشهر على سبيل المثال، فكيف لصاحب العمل أن يرجع على الوكالة بالضمان القانوني في الوقت الذي لا يملك إنهاء العقد في مواجهة العامل نفسه؟

ومن هنا نعتقد أن المشرع عندما نص على فترة الضمان هذه لم يضع لها حداً أقصى، بل اشترط بأن لا تقل عن ثلاثة أشهر، ونرى أن السبب في ذلك هو ما يشار إليه من أن الممارسة العملية تكشف عن أن أنشطة مكاتب وكالات توريد العمال التي تقوم بدور المتعهد في توريد العمال والخدم غير البحرينيين تكاد تنحصر في الغالب في توظيف الخدم ومن في حكمهم، (١) ومن ثم فإن المشرع البحريني حدد فترة الضمان القانوني بحد أدنى دون حد أقصى جاء مراعيًا للإعتبار العملي في هذا الخصوص.

وتبدو الحكمة من تقرير هذه الفترة للضمان - تبعاً لما تقدم - في أن طبيعة الخدمة التي يؤديها العامل الأجنبي (خدم المنازل ومن في حكمهم) لصاحب العمل هي خدمة شخصية مباشرة أو غير مباشرة تتصل في كثير من الحالات بشخص صاحب العمل مما ينتج عن علاقة تتجاوز في مضمونها الشكل القانوني لتصبح علاقة ذات طابع انساني أو شخصاني، يعزز الكثير من الاعتبارات الأدبية الضابطة للعلاقة الثنائية خارج إطار الضوابط القانونية (٢).

كما أن وكالة توريد العمالة الأجنبية تلتزم أيضاً بضمان عدم ترك العامل للعمل، حيث أن صاحب العمل يتحمل نفقات سفر العامل الأجنبي واستقدامه للعمل، ولا يحق للعامل الأجنبي رفض العمل دون سبب مشروع، أو هروبه من العمل، ففي هذه الحالة يقف صاحب العمل محتاراً لا يستطيع محاسبة العامل الأجنبي واسترداد نفقاته التي تكبدها منه، فيجب حينئذ أن يتحمل وكيل التوريد هذه المبالغ لأنه المتعهد أساساً بجلب عامل لصاحب العمل لقاء مبلغ من المال، شريطة أن يكون العامل مؤهلاً وصالحاً وراغباً في العمل.

١ . ينظر في ذلك لدى د. محمود سلامة جبر ، مرجع سابق ، ص ٢٨٧

٢ . المكتب الشفيعي ، عمال الخدمة المنزلية ، مرجع سابق ، ص ١٩

## (٢) إلتزامات صاحب العمل :

في مقابل ما تقدم يلتزم صاحب العمل في عقد التوريد أساساً بدفع مقابل التوريد الذي تعهدت به الوكالة التي تعاقده معها الذي يكون عادة مبلغاً من المال، فصاحب العمل ملزم بدفع مقابل عملية التوريد كما أن عليه أن يتحمل نفقات وتكاليف استقدام العامل الأجنبي إلى البحرين، ذلك أن الحق الرئيسي الذي يثبت لوكالة التوريد في مواجهته هو حقه في الحصول على نسبة أو مقابل جراء قيامه بعملية التوريد أو الاستقدام من الخارج(١)، بل حتى لو قامت الوكالة بتحمل نفقات الاستقدام من تذاكر سفر وتأمين تأشيرة الدخول إلى البحرين فيبقى لها حق استيفائها من صاحب العمل بالإضافة إلى مبلغ اضافي تضيفه الوكالة كنوع من الربح يستحقه نظير عملها(٢).

ومن جهة أخرى يلتزم صاحب العمل أيضاً بتسليم العامل الأجنبي وتشغيله طالما كانت مؤهلاته تنطبق مع الشروط التي تضمنها عقد التوريد.

### المطلب الثاني : مدى حق صاحب العمل في الرجوع على وكالة التوريد :

نتناول في هذا المطلب مدى حق صاحب العمل في الرجوع على وكالة التوريد، فننترق أولاً إلى توضيح خيارات صاحب العمل وفقاً للقواعد القانونية العامة، ومن ثم نبين محاولة تطوير الحماية القانونية لصاحب العمل، وذلك وفقاً لما يلي:

### أولاً : حق الرجوع في إطار القواعد القانونية العامة :

نتناول الخيارات الممنوحة لصاحب العمل في حال إخلال وكالة توريد العمالة الأجنبي بالتزاماتها السالفة، وتتحدد هذه الخيارات حسب القواعد القانونية التقليدية في حق صاحب العمل في طلب التنفيذ العيني من جهة، وحقه في فسخ العقد مع التعويض من جهة أخرى، ونتناول ذلك تباعاً وفقاً لما يلي:

### (١) الحق في طلب التنفيذ العيني :

الأصل أن تنفذ العقود طوعاً وإلا كان للمتعاقد أن يطلب من القضاء اجبار المتعاقد الآخر أن ينفذ عين ما التزم به وهو ما يعرف بـ (التنفيذ العيني)، وفي عقد توريد العمالة الأجنبية فقد قلنا أن وكالة توريد العمالة الأجنبية يقع عليها التزام بضمان تطابق مؤهلات العامل مع شروط صاحب العمل، بل يقع عليها التزام ضمان صلاحية العامل للعمل الذي جاء من أجله خلال مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر.

وإذا لم يكن العامل الأجنبي متوافقاً مع المؤهلات التي اشترطها صاحب العمل أو لم يكن صالحاً للعمل بعد تجربته، فإن لصاحب العمل الحق في أن يطلب التنفيذ العيني وذلك بأن يلزم وكالة التوريد باستقدام عامل أجنبي آخر يتوافق مع شروط صاحب العمل، على أن يكون صالحاً للعمل الذي جاء من أجله.

١. أريفان مصطفى محمد، عقد الخدمة في المنازل، دار الكتب القانونية: دراسة تحليلية مقارنة، ٢٠١٠م، ص ١٤٣

٢. المرجع نفسه، ص ١٤٣

وفي هذا السياق تذكر محكمة التمييز البحرينية بأن (إخلال المتعاقد بتنفيذ التزامه سواء أكان هذا الإخلال بعدم التنفيذ، أم التنفيذ الجزئي أم المغيب، يخول للمحكمة أن تعمل خيارها في إجباره بالتنفيذ العيني أو التنفيذ بطريق التعويض النقدي، أو بالتنفيذ العيني والتعويض عما يكون مستحقاً للدائن لجبر ما قد يصيبه من ضرر جراء إخلال مدينه المتعاقد بالتزامه، وأن خيار المحكمة ذاك ليس خياراً مطلقاً، بل هو مقيد بضرورة اتساقه مع المبادئ القضائية وموجبات العدالة)<sup>(١)</sup>.

## (٢) الحق في الفسخ مع التعويض :

يحق لصاحب العمل فسخ العقد لإخلال وكالة توريد العمالة الأجنبية بالتزاماتها قبله، والفسخ هنا يعيد المتعاقدين إلى الحال الذي كانا عليه قبل التعاقد، ومن ثم إذا تبين لصاحب العمل عدم توافق العامل الأجنبي مع المؤهلات والشروط التي اشترطها في العقد، أو تبين من خلال التجربة عدم صلاحية العامل الأجنبي للعمل ، فإن لصاحب العمل فسخ العقد، واسترداد كل المصاريف التي تكبدها لاستقدام هذا العامل من وكالة التوريد.

فالقرار رقم (٢١) لسنة ١٩٩٤ قد رتب مسؤولية وكالة توريد العمال في حالة عدم صلاحية العمال أو خدم المنازل الذين تم توريدهم، بتعويض صاحب العمل عن خسارته كاملة بما فيها مصاريف الهجرة والجوازات ورخصة العمل<sup>(٢)</sup>.

ولكن السؤال الذي يطرح حول الأساس الذي تقوم عليه فكرة التعويض في حال فسخ العقد؟ ذلك أن العقد في هذه الحالة ينتهي منذ فسخه مما يعود بالمتعاقدين إلى الحال الذي كانا عليه وقت التعاقد. ذكرت محكمة التمييز البحرينية في حكم لها بأن (الحكم بالتعويض المترتب على فسخ العقد إنما يكون على أساس المسؤولية التقصيرية لزوال العقد ومن ثم عدم صلاحيته ليكون أساساً للتعويض).<sup>(٣)</sup> والتعويض في هذه الحالة يكون عن الضرر المتوقع وغير المتوقع ، وذلك بخلاف التعويض في المسؤولية العقدية الذي يقتصر في واقع الأمر على الضرر المباشر المتوقع، بل أن وكالة التوريد إذا دفعت بعدم ارتكابها بخطأ تجاه صاحب العمل، تأسيساً على خطأ متعهده الإرسال في بلد العامل الأجنبي، فإن ذلك لا يحلها من المسؤولية وإن كان الأساس مختلفاً، فليست المسؤولية هنا شخصية وإنما مسؤولية تقصيرية عن فعل الغير.

## ثانياً : محاولة تطوير الحماية القانونية لصاحب العمل:

تقتضي القواعد العامة في المسؤولية العقدية تخويل الدائن (صاحب العمل) الخيار بين طلب التنفيذ العيني أو فسخ العقد، وذلك بأن يلجأ إلى القضاء الذي يكون له الخيار في ان يقضي بأحدهما وفق اعتبارات العدالة.

١. الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٢٠٠٢ - جلسة ١٥ ديسمبر ٢٠٠٢ ، مجموعة أحكام محكمة التمييز ٢٠٠٢

٢. د. محمود سلامة جبر ، مرجع سابق ، ص ٢٨٩

٣. الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٢٠٠٢ - جلسة ١٤ أبريل ٢٠٠٢ ، مجموعة أحكام محكمة التمييز ٢٠٠٢

ولما كانت هذه الحلول القانونية من المسلمات وفق قواعد القانون وقضاء محكمة التمييز البحرينية، إلا أن المشكلة ليست بهذه البساطة، ذلك أن فكرة توريد العمالة الأجنبية تمثل عملية شائكة قانوناً لأنها تتضمن عدة عناصر قانونية وتعدداً للعقود حتى يصل الأمر بالعامل الأجنبي ليكون تحت اشراف ورقابة صاحب العمل بموجب عقد عمل.

فعلى الرغم من التعقيد الذي تطوي عليه عملية التوريد برمتها، إلا أنها تتسم ببساطة المبالغ التي يتكبدها صاحب العمل في ذلك، فعملية التوريد وإن كانت تدخل في إطار العمليات التجارية بالنسبة لوكالات التوريد، إلا أنها تبقى في الإطار المدني بالنسبة لصاحب العمل، بل أن هذه العملية تبقى في إطار التعامل البسيط طالما كان العقد وارداً على توريد عمال للخدمة المنزلية أو من في حكمهم، فصاحب العمل - الذي يعتبر في أغلب الأحوال «رب الأسرة» - في هذه الحالة لا يعنيه أمر اللجوء للقضاء بالقدر الذي يعنيه التسوية الودية لأي نزاع ينشأ عن عدم تنفيذ العقد أو التنفيذ الجزئي والمعيب، ومن ثم نعتقد أن الحديث عن لجوء صاحب العمل إلى القضاء في حال نشوء نزاع بين طرفي عقد التوريد أمر فيه ضرب من ضروب المثالية التي لا تواكب الواقع.

وتأسيساً على ما تقدم يبدو أن الحلول القانونية التي يتدخل القضاء لحسمها وإن كانت صحيحة ومجدية لتسوية النزاعات التي تثار في هذا الشأن، إلا أنها ليست واقعية من حيث اقدام صاحب العمل على استخدامها، ومن ثم تظهر الحاجة إلى قواعد قانونية جديدة تنظم التسوية القانونية لأي نزاع ينشأ بين هذه الوكالات وبين أصحاب العمل.

ومن هنا نعتقد أنه من الأجدى أن يتبنى المشرع نظاماً قانونياً للتسوية الودية يلجأ إليها أي طرف من عقد توريد العمالة الأجنبية في حال الإخلال بالالتزامات العقدية، لتكون هذه التسوية بمثابة الطريق الأول الذي يسلكه الدائن في العقد نحو اقتضاء حقه، فنتقترح على ضوء ذلك أن ينشأ مكتب أو لجنة في إطار اختصاص وزارة العمل تفصل في النزاعات التي تثار في شأن عقود التوريد هذه، دون إخلال بحق الخصوم في اللجوء إلى القضاء، ولكن شريطة أن يسلك صاحب الحق طريق هذا المكتب أو اللجنة ابتداءً.

### المبحث الثالث

#### مركز وكالات توريد العمالة الأجنبية في مواجهة العامل الأجنبي

يثير الحديث عن مركز وكالات توريد العمالة الأجنبية في مواجهة العامل الأجنبي إشكالية أساسية في طبيعة العلاقة بين هذين الطرفين، ومدى حق العامل الأجنبي في الرجوع على الوكالة بالتعويض عن أي انتهاك لحقوقه، وعلى ذلك نتناول في هذا المبحث طبيعة العلاقة بين العامل الأجنبي ووكالة توريد العمالة الأجنبية في المطلب الأول، ومن ثم يتناول المطلب الثاني مدى حق العامل الأجنبي في الرجوع على وكالة التوريد، وذلك وفقاً لما يلي:

#### المطلب الأول : طبيعة العلاقة بين العامل الأجنبي ووكالة التوريد :

يبرم عقد توريد العمالة الأجنبية بين متعهد التوريد وبين صاحب العمل، حيث يطلب الأخير من الأول استقدام عامل أو أكثر للعمل لدية وفقاً لشروط ومواصفات معينة، وبناء على ذلك تعهد وكالات توريد العمالة الأجنبية إلى وكالات ارسال عمالة في الدول الأجنبية لتوفير العمالة التي يطلبها أصحاب العمل وفقاً لشروطه، فكل هذه العمليات تتطلب ابرام عدة عقود لتصل في النهاية إلى ابرام العقد النهائي، وهو عقد العمل بين العامل الأجنبي وصاحب العمل.

وبناء على تعدد العقود على هذا النحو يلاحظ أن العامل الأجنبي لا تربطه ثمة علاقة عقدية مع متعهد التوريد، ذلك أن المتعاقد هو صاحب العمل، وليس للعامل سوى أن يتبع المتعهد ليرشده إلى صاحب العمل الذي وافق على شروطه عندما كان العامل في بلده.

فالعمال المقدمون من وكالات توريد العمالة وهم من غير البحرنيين يعتبرون فور التحاقهم بالعمل عمالاً لدى صاحب العمل لهم كافة الحقوق التي لعمال المنشأة العاملين فيها وتكون العلاقة بينهم وبين صاحب العمل مباشرة بدون أي تدخل من وكالة توريد العمال الذي تنتهي مهمته فور تقديمه العمال لصاحب العمل والتحاقهم بخدمته(١).

وهدف المشرع من وجوب قطع الصلة بين وكالة توريد العمال والعمال فور التحاقهم بخدمة أصحاب الأعمال، هو حماية العمال من أن يقوموا فريسة وكالات توريد العمال وذلك باستغلالهم وفرض أتاوات عليهم. كما يهدف المشرع أيضاً الى المساواة في الحقوق بين هؤلاء العمال وغيرهم من عمال المنشأة العاملين بها، وحتى لا يكون توريدهم من وكالة توريد العمال تقويت لحقوقهم التي يجب أن يتساووا فيها مع عمال المنشأة(٢).

ولهذا السبب نجد أن القانون عادة ما يحظر على وكالة التوريد أن تطلب أو تقبل من أي عامل - سواء قبل اشتغاله لدى صاحب العمل أو بعده بموجب عقد عمل - أية نقود أو مكافأة مادية مقابل حصول العامل على عمل أو أن يستوفي منه مصاريف الاستقدام(٣). ولكن يجوز لوكالة توريد العمال الحصول على عمولتها من صاحب العمل، دون أن يكون من حق الأخير الرجوع على العامل بأي شيء مما دفعه للوكالة(٤). وعلى الرغم من الحماية التي قررها المشرع للعامل من استغلال متعهد التوريد في هذا الصدد، إلا أن الممارسات العملية تشير إلى أنه في حالات كثيرة، يتبين للعمال الأجانب فور الوصول إلى بلد المقصد أن الوظائف وشروط العمل تختلف كثيراً عن تلك المبينة في عقود الاستخدام الأصلية، سواء كانت خطية أو شفوية(٥). وهذا يعني أن ثمة تلاعباً بالمعلومات التي اشتمل عليها عقد التوريد الأساسي الذي ابرم بين صاحب العمل وبين متعهد التوريد.

وفي هذه الحالات يبقى العامل الأجنبي عرضة لممارسات العمل الجبري والإتجار بالبشر، فلو أن عاملة أجنبية تحمل شهادة علمية في مجال (العلاج) ووافقت على عرض مقدم إليها من مكتب وكالة ارسال للعمل في البحرين على سبيل المثال مقابل مبلغ ٣٠٠ دينار بحريني، وما إن تأتي إلى البحرين لتجد

١. د. صلاح محمد دياب، الوسيط، مرجع سابق، ص ٧٨

٢. د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص ٢٨٥

٣. مكتب العمل العربي، مرجع سابق، ص ١٨ / ينظر أيضاً د. محمد حسين عبدالعال، مرجع سابق، ص ٦٤

٤. د. محمود سلامة جبر، مرجع سابق، ص ٢٨٦

٥. مكتب العمل الدولي، مرجع سابق، ص ٢٤ الفقرة ١١٦

أن العقد المعروض عليها للتوقيع ليس سوى عقد للخدمة في المنازل مقابل ٧٠ دينار بحريني، فهذا يعتبر اجحافاً في حق هذه العاملة (١).

ومن هذا المنطلق تشير التقارير الدولية إلى أنه في بلدان الاستقبال، تبقى المعلومات المتعلقة بالشروط الفعلية للعمل في غالب الأحيان مشتتة (٢). و من هنا يثور التساؤل حول مدى امكانية العامل الاجنبي أن يحتج بالمعلومات والشروط التي وافق عليها في بلده سواء من ناحية نوعية العمل أو من ناحية الأجر الذي يتقاضاه في مواجهة صاحب العمل أو متعهد التوريد في البحرين؟ فلا توجد علاقة عقدية مباشرة تربط العامل الأجنبي بأي منهما على الإطلاق في الوقت الذي قام بصرف مبالغ طائلة في سبيل الهجرة بحثاً عن الرزق، فلا يستطيع أن يحتج بأي شرط أو بند في مواجهة صاحب العمل الذي يحق له بدوره رفض العامل لعدم تطابق مؤهلاته مع ما اشترطه من الوكالة.

وعلى هذا الأساس سنحاول فيما يلي توضيح الخيارات الممنوحة للعامل الأجنبي في مواجهة وكالة توريد العمال الأجنبية في حال عدم تطابق المعلومات.

## المطلب الثاني : مدى حق العامل الأجنبي في الرجوع على وكالة توريد العمالة الأجنبية :

لاشك أن العامل الأجنبي له ان يرفض التعاقد وفقاً لشروط العقد الذي لا يتطابق مع ما وافق عليه عندما كان في وطنه، ومن ثم له الحق في الرجوع على وكالة الأرسال التي تعاقد معها من حيث الأصل، ولكن الإشكالية المطروحة تتمثل في وجوده في بلد أخرى ولا يتمكن في ضوء ذلك من الرجوع على وكالة الإرسال، ومن ثم ليس له إلا الرجوع على وكالة التوريد، ولكن هذا الرجوع يتطلب معرفة مصدر الخطأ في صحة المعلومات ما اذا كان صادراً عن وكالة التوريد، أم كان من وكالة الإرسال في بلده أولاً من خلال البحث في إطار القواعد القانونية العامة، ثم يجب البحث في محاولات لإنصاف العامل الأجنبي وتطوير حمايته القانونية. وهذا ما نتناوله وفقاً لما يلي:

### أولاً : حق الرجوع في إطار القواعد القانونية العامة :

نتناول الحلول الممكنة للعامل الأجنبي في مواجهة وكالات التوريد من خلال فكرة الرجوع بالمسؤولية تأسيساً على خطأ وكالة التوريد، ومن ثم التأسيس على خطأ وكالة الإرسال، وفقاً لما يأتي:

### (١) الرجوع تأسيساً على خطأ وكالة التوريد :

تبين من خلال استعراض طبيعة العلاقة بين العامل الأجنبي ووكالة التوريد عدم وجود عقد بينهما ، ذلك ان وكالة التوريد تعاقدت مع وكالة اجنبية (وكالة الارسال) لاستقدام عامل، وفقاً للمعلومات والشروط التي اشترطها صاحب العمل.

١. ينظر في نفس المعنى لدى د. ندى يوسف الدعيح ، حماية الخدم الخصوصيين في ظل قواعد القانون الدولي ، مجلة الحقوق -

مجلس النشر العلمي ، العدد ١ / السنة ٢٣ . جامعة الكويت ، مارس ٢٠٠٩م ، ص ٢٠٢

٢. مكتب العمل الدولي ، مرجع سابق ، ص ٢٥ الفقرة ١١٩

وعلى الرغم من ذلك فإنه يقع على وكالة التوريد في مواجهة وكالة الإرسال إلزام بضمان تطابق المعلومات المتعلقة بالشروط والمواصفات التي طلبها صاحب العمل، لأن وكالة الإرسال سوف تدلي بذات المعلومات للعامل الأجنبي في عقد توسطها لإرساله.

وإذا كانت المعلومات المتعلقة بالشروط والمواصفات التي يطلبها صاحب العمل تخالف الحقيقة، فليس للعامل الأجنبي إلا الرجوع على متعهد الإرسال من حيث الأصل لأنه تعاقد معه، وبعد ذلك يمكن لوكالة الإرسال أن ترجع على وكالة التوريد التي صدر منها الخطأ من الأساس، ولكن ثمة عائق واقعي يحول دون رجوع العامل على المتعاقد معه مباشرة (وكالة الإرسال)، ومن ثم هل يجوز للعامل الأجنبي اذن الرجوع على وكالة التوريد بشكل مباشر بدعوى المسؤولية عن ضمان تطابق المعلومات؟

في الحقيقة يقر الفقه الحديث بإمكانية رجوع العامل الأجنبي على وكالة التوريد مباشرة على الرغم من عدم وجود عقد بينهما، بيد أن خلافاً أثير بشأن الموضوع بين قائل بضرورة تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية، وبين قائل بتطبيق أحكام المسؤولية العقدية، حيث يذهب اتجاه في الفقه إلى أن العامل الأجنبي يمكنه التمسك بالخطأ العقدي لوكالة التوريد بإدلائها بمعلومات غير صحيحة حول شروط ومواصفات العقد لوكالة الإرسال، فهذا الخطأ العقدي الذي رتب ضرراً للعامل الأجنبي الذي يعتبر من الغير عن العلاقة العقدية بين الوكالتين، ومن ثم ليس للعامل الأجنبي سوى الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية لأنه ليس طرفاً في ذلك العقد، وأن مبدأ نسبية أثر العقد يحول دون الرجوع بدعوى عقدية مباشرة.

ويشترط اصحاب هذا الاتجاه لرجوع العامل على وكالة التوريد أن يتضمن الخطأ العقدي للوكالة في ذات الوقت إخلالاً بواجب قانوني بالمعنى الذي تحدده قواعد المسؤولية التقصيرية وفقاً لنص المادة (١٥٨) من القانون المدني البحريني، ومن ثم يقع على العامل الأجنبي أن يثبت أن الإخلال بالإلتزام العقدي لوكالة التوريد يشكل في ذاته خطأ تقصيرياً وذلك بأن يقيم الدليل على أن ما حصل يعد انتهاكاً من جانب وكالة التوريد لقاعدة ذات مضمون عام كان يتعين عليها مراعاتها ولو لم يكن هناك عقد تفرض واجباً قانونياً بعدم الإضرار بالغير<sup>(١)</sup>، فإذا لم يتضمن الخطأ العقدي في ذات الوقت إخلالاً بواجب قانوني فلا يمكن الحديث عن إثارة مسؤولية الوكالة في مواجهة العامل الأجنبي.

وعلى النقيض مما تقدم يذهب اتجاه آخر في الفقه إلى ضرورة إخضاع فكرة المسؤولية في هذا الصدد لنظام المسؤولية العقدية باعتبار أن كل من العامل الأجنبي ووكالة التوريد يتوقع - في حال الإخلال - تطبيق نظام المسؤولية العقدية لأن كل منهما في مركز عقدي، ومن ثم فإن تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية من شأنه أن يخل بتوازن العقود لما يتضمنه من إهدار للتوقعات العقدية المشروعة لكل منهما<sup>(٢)</sup>.

واختلف أصحاب هذا الاتجاه في تأسيس فكرة الرجوع بالدعوى العقدية المباشرة للعامل الأجنبي على وكالة التوريد إلى اتجاهين، الاتجاه الأول يتمسك بمضمون مبدأ نسبية أثر العقد ويؤسس فكرة الرجوع المباشر تبعاً لأفكار مختلفة كفكرة النيابة في التعاقد أو الاشتراط لمصلحة الغير وفكرة الحلول الشخصي، وتقوم جميع هذه الأفكار على إرادة مفترضة وتوسع في تفسيرها على النحو الذي يمنح العامل الأجنبي الحق في الرجوع المباشر بدعوى المسؤولية العقدية<sup>(٣)</sup>.

١. د. محمد حسين عبدالعال، مسؤولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعات العقدية: دراسة تحليلية في القانون الفرنسي على ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص ١٧

٢. ينظر في ذلك لدى استاذنا د. صبري حمد خاطر، الغير عن العقد: دراسة في النظرية العامة للإلتزام، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن، الطبعة الأولى ٢٠٠١ م، ص ٢٥٢

٣. ينظر في عرض هذه الأفكار ونقدها لدى جاك غستان، المطول في القانون المدني: مفاعيل العقد أو آثاره، ترجمة: منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الثانية ٢٠٠٨، ص ٩١٠ وما بعدها



أما الاتجاه الثاني فيقوم على فكرة تطوير مبدأ نسبية أثر العقد ذاته بأن قيل أن ترابط عقد العامل الأجنبي بوكالة الإرسال في بلده، مع عقد هذه الوكالة مع وكالة التوريد لتتضي في النهاية إلى إبرام عقد عمل، يعني أن ثمة قاسماً مشتركاً بين هذه العقود وهو الغرض من إبرامها، فكل هذه العمليات تحقق غاية مشتركة، ومن ثم تتكون لدينا مجموعة عقدية يحق لجميع أطرافها الرجوع على بعضهم البعض بموجب دعوى عقدية مباشرة، وتغير على ضوء ذلك مفهوم «الغير» في العلاقة العقدية فيتجرد العامل الأجنبي من وصف الغير بالنسبة للعقد المبروم بين وكالة الإرسال ووكالة التوريد تبعاً للإرتباط الإقتصادي بين هذه العقود جميعاً والتي تهدف إلى تحقيق غاية واحدة في نهاية المطاف. (١)

وبالنسبة لاتجاهات القضاء البحريني فلم يطرح أمام محكمة التمييز حسب ما يتوفر من أحكام نزاع يتعلق برجوع عامل أجنبي على وكالة توريد العمالة لتحديد طبيعة المسؤولية، ولكن القضاء البحريني كانت له كلمة في مناسبات أخرى، ففي نزاع طرح أمام محكمة التمييز البحرينية بشأن الإخلال بضمان السلامة في عقد المقاولة اعتبرت المحكمة أن الإخلال بضمان السلامة بين أطراف العقود يعتبر خطأ عقدياً يستوجب المسؤولية العقدية، إلا أنها عادت وتداركت الموقف بتقريرها المسؤولية التقصيرية إذا كان في مواجهة الغير (٢). وفي نزاع آخر قررت المحكمة أن مسؤولية الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن ديونها، إنما تتحدد بقدر حصته في رأس المال وان ذلك لا يمنع من مسؤوليته تجاه الغير عن مخالفة القانون والخطأ في الإدارة على أساس احكام المسؤولية التقصيرية (٣).

ومن هنا يتبين أن محكمة التمييز البحرينية تقر بمبدأ المسؤولية التقصيرية للمتعاقد تجاه الغير، ومن ثم يمكن القول بأن القضاء البحريني يتجه إلى الإقرار بأحقية العامل الأجنبي في الرجوع بدعوى المسؤولية التقصيرية على وكالة التوريد، ولكن ثمة أمر هام يجب الإنتباه منه، وهو أن خطأ وكالة التوريد لا يعتبر في جميع الأحوال إخلالاً بواجب قانوني بالمعنى الذي تحدده قواعد المسؤولية التقصيرية في المادة (١٥٨) من القانون المدني، فالإلتزام بالإدلاء بمعلومات مطابقة للحقيقة والواقع ليس التزاماً في مواجهة الكافة وإنما هو التزام في مواجهة وكالة الإرسال فقط.

ومن هنا يذهب البعض - وبحق - إلى القول بأن الخطأ العقدي لوكالة التوريد يعتبر بحد ذاته خطأ تقصيرياً في مواجهة العامل الأجنبي باعتبار أن محل الإلتزامات العقدية في الغالب نتيجة معينة، يجب على الوكالة تحقيقها، ومن ثم يكفي عدم تحقيقها، ليقوم الخطأ في جانب الوكالة، دون حاجة إلى تقدير سلوكها، لأنها بإخلالها بالتعهد الذي أخذته في العقد، وبعدم إنجازها ما التزمت به وفقاً له، قد إنحرفت عن سلوك الرجل المعتاد الذي ينفذ تعهده ما لم يعقه سبب أجنبي عن تنفيذه. (٤)

وعلى الرغم من فعالية هذه الحماية للعامل الأجنبي في مواجهة وكالة التوريد، إلا أنها تبقى في

١. ينظر للمزيد حول فكرة المجموعة العقدية ونقدها لدى المرجع نفسه، ص ٩٢١ وما بعدها / أيضاً لدى د. صبري حمد خاطر، مرجع سابق، ص ٢٧٢ وما بعدها
٢. الطعن رقم ٢٨١ لسنة ٢٠٠٢ - جلسة ٢٢ سبتمبر ٢٠٠٢ م، مجموعة أحكام محكمة التمييز ٢٠٠٣ م
٣. الطعن رقم ٩٢ لسنة ٢٠٠٦ - جلسة ٢٩ مايو ٢٠٠٦ م، مجموعة أحكام محكمة التمييز ٢٠٠٦ م
٤. مازو، المسؤولية، فقرة ٢٦٦٩-٢٦٧٠ نقلاً عن د. محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية: الجزء الأول - في ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة، مطبعة جامعة القاهرة، ١٩٧٨، ص ١٧- ١٨

إطار القانون المدني ويتعامل العامل مع وكالة التوريد وفق علاقة مدنية، ويحرم في ضوءها من الحماية الموضوعية المقررة للعامل في عقود العمل الفردية، كما أن العامل الأجنبي في هذه الحالة لن يستفيد من الحماية الاجرائية المقررة له بصفته عاملاً، وعليه أن يسلك طريق الدعوى المدنية بعيداً عن طريق المنازعات العمالية التي تكون معفاة من الرسوم والمصروفات القضائية بموجب أحكام المادة (٦) من قانون العمل البحريني الجديد.

## (٢) الرجوع تأسيساً على خطأ وكالة الإرسال :

عندما يقدم العامل على القبول بالشروط التي سبقت له من قبل وكالة الإرسال في دولته، ويغادر بلاده بناءً على تلك الشروط ليفاجئ بأنه وقع ضحية إستغلال ونصب من قبل وكالة الإرسال في دولته، إذ يثبت أن وكالة التوريد قد قامت بالإدلاء بالمعلومات المتعلقة بشروط العقد على النحو الذي يريده صاحب العمل، فليس للعامل الأجنبي من حيث الأصل سوى الرجوع على وكالة الإرسال في دولته بالتعويض عن ذلك. ومن ناحية علاقة العامل بصاحب العمل فإنه يثبت للعامل الأجنبي حق طلب بطلان الإتفاق برمته لغيب في إرادته، ذلك أن عقد العمل كغيره من العقود يشترك القانون لصحته أن تكون الإرادة خالية من العيوب المفسدة التي تتمثل في الغلط والتدليس والإكراه والإستغلال، فإن شاب إرادة العامل الأجنبي شيء من ذلك كان له حق طلب ابطال العقد(١).

غير أن الواقع لا يترك للعامل الأجنبي فسحة لتقرير مصير تنفيذ عقد العمل، لأنه - وكما سبق - عادة ما يكون مدينا باموال كثيرة لا يستطيع سدادها إذا عاد الى موطنه، فيجبر عندئذ على القبول بشروط عمل تخالف التي جاء من أجلها، ويعتبر ذلك عملاً جبرياً بحسب أديبات منظمة العمل الدولية(٢). ومن هنا يتبين أن العامل الأجنبي ليس له إلا القبول بالشروط العقدية التي اشترطها صاحب العمل والتي تخالف ما جاء من أجله، بل حتى وإن قرر العامل التحرر من هذا العقد، فليس له إلا أن يطالب وكالة الإرسال في بلده، وتقوم عندئذ حالة واقعية تتمثل في عدم إمكانية مغادرته لأن صاحب العمل في هذه الحالة قد تحمل نفقات استقدامه من الخارج بناء على العقد المبرم بينه وبين وكالة التوريد.

ولا يمكن القول - من حيث المبدأ - أن للعامل الأجنبي الحق في التعويض يقتضيه من وكالة التوريد، إذ أن التعويض قد يكون غير عادل في هذه الحالات لأننا سنلزم وكالة التوريد بتعويض خطأ ليس لها شأن به، خاصة وأن إقامة دعوى المسؤولية الموضوعية تحتاج إلى نص خاص بذلك. ومن هنا ظهرت الحاجة الملحة إلى تطور الحماية القانونية للعامل بطريقة تتجاوز الأطر التقليدية من خلال استحداث نظام يوفر ضمانات للعامل الأجنبي التي تعرض للإستغلال والنصب من قبل وكالة الإرسال في بلده، وهو ما نبينه فيما يلي.

## ثانياً : محاولة تطوير الحماية القانونية للعامل الأجنبي :

ونتناول في هذا السياق محاولات تطوير الحماية القانونية للعامل الأجنبي وذلك من خلال البحث

١. د. صلاح محمد دياب ، بطلان عقد العمل . مرجع سابق ، ص ٢٨٤

٢. وهذا ما يسمى ب (العمل سداداً للدين). ينظر في ذلك لدى مكتب العمل الدولي ، مرجع سابق ، ص ٧ الفقرة ٣٩

عن حل فقهي قانوني، وكذلك من خلال البحث عن تعاون دولي. وذلك وفقاً لما يأتي:

## (١) البحث عن حل فقهي قانوني يعطي حماية للعامل الأجنبي:

إن تعدد العقود التي تبرم في إطار عملية التوريد برمتها تقضي إلى عدم وجود علاقة عقدية بين العامل الأجنبي مع وكالة التوريد، ذلك أن الالتزام القانوني على وكالة التوريد ليس سوى إرشاد العامل إلى صاحب العمل الذي وافق على شروطه عندما كان العامل في بلده، ومن ثم فإن عقد العمل الفردي ينعقد بين العامل الأجنبي وصاحب العمل.

فالعمال المقدمون من وكالات توريد العمالة وهم من غير البحرنيين يعتبرون فور التحاقهم بالعمل عمالاً لدى صاحب العمل لهم كافة الحقوق التي لعمال المنشأة العاملين فيها وتكون العلاقة بينهم وبين صاحب العمل مباشرة بدون أي تدخل من وكالة توريد العمال التي تنتهي مهمتها فور تقديمها العمال لصاحب العمل والتحاقهم بخدمته (١). وهدف المشرع من وجوب قطع الصلة بين وكالة توريد العمال والعمال فور التحاقهم بخدمة أصحاب الأعمال، هو حماية العمال من أن يقعوا فريسة وكالات توريد العمال. إن التريث قليلاً في البحث عن طبيعة العقود التي تبرم بالتتابع من بلد المنشأ وحتى بلد الاستقبال، نجد أنها جميعاً تتحدث عن حالة وساطة بين صاحب العمل والعامل، وبالنظر إلى الطبيعة القانونية لهذه العقود نجد أنها قد تختلف في تكييفها القانوني، فالعقد الذي أبرمه العامل مع وكالة الإرسال يعتبر عقد وكالة كما أسلفنا، بمعنى أن وكالة الإرسال قد كانت وكالة عن صاحب العمل ظاهرياً بالنسبة للعامل، وكذلك الأمر فيما يتعلق بعلاقة الوكالتين فالعلاقة هي علاقة توريد، والعلاقة بين صاحب العمل ووكالة التوريد أيضاً علاقة وكالة بالعمولة.

إذن فإن «الوكالة» هو التكييف السائد لمجمل العلاقات القانونية الناشئة عن رحلة العامل الأجنبي للتعاقد مع صاحب عمل بموجب عقد عمل فردي، وإن الأخطاء والانتهاكات التي تقوم بها أي من هذه الوكالات سواء وكالة الإرسال أم وكالة التوريد إنما قامت بها باعتبارها وكيلاً عن المتعاقد الأصلي، فعلى سبيل المثال، إن وكالة توريد العمالة الأجنبية عندما تعاقدت مع صاحب عمل لاستقدام عامل كانت تتعاقد مع العامل من خلال وكيل آخر أيضاً وهو وكالة الإرسال في بلد المنشأ، فإذا جاء العامل بشروط تخالف الحقيقة التي جاء العامل من أجلها فإنه لن يقبل بمثل هذه المواصفات وعندها لن ينعقد عقد العمل الفردي. وبالرجوع لأحكام الوكالة في التعاقد نجد أن تصرفات الوكيل لا تسري في حق الأصيل إلا في حدود الوكالة ونطاقها، ويتحمل الوكيل تبعات ذلك من حيث المبدأ، ومن ثم يتحمل الوكيلان سواء في دولة الإرسال أو الاستقبال، وأياً كان مصدر الخطأ، نتائج الأضرار التي حاقَت بالعامل الأجنبي ومخالفة الشروط العقدية التي جاء من أجلها، وينصرف - حينئذ - عقد العمل وآثاره التي وافق عليها العامل الأجنبي إلى وكالة التوريد وليس على صاحب العمل، وتضحى وفقاً لذلك وكالة التوريد مسؤولة مسؤولية ناشئة عن عقد عمل صحيح بينها وبين العامل الأجنبي، ويصبح من حق العامل الأجنبي الرجوع عليها تماماً كرجوعه على صاحب العمل، لأنها أصبحت صاحب عمل بموجب تجاوزها حدود الوكالة، وليس على وكالة التوريد سوى

الرجوع على وكالة الإرسال إذا كان الخطأ في المعلومات من جانبها.

ويرتّب على هذا القول أن ثمة حماية موضوعية فاعلة يحصل عليها العامل الأجنبي في مواجهة وكالة التوريد باعتبارها صاحب عمل جديد انصرفت إليه آثار عقد العمل، بالإضافة إلى الحماية الاجرائية المتمثلة فيما أفردته قانون العمل البحريني الجديد الصادر بالمرسوم رقم ٢٦ لسنة ٢٠١٢م لمنازعات عقد العمل الفردي، وذلك ضمن الباب الثالث عشر المواد من ١١٩ وحتى ١٢٦، وقد استحدثت نظاماً جديداً لفض هذه المنازعات من خلال الجهاز الذي أنشأ لهذا الغرض، وإنشاء مكتب ادارة الدعوى العمالية بغرض تحضير الدعوى، فجعل قاضياً لأدارة هذه الدعوى ليتسنى البت على وجه السرعة في هذه النزاعات، إيماناً بأن العامل هو الطرف الضعيف في علاقة العمل. فضلاً عما جاءت به المادة (٦) من القانون ذاته والمتعلقة بالرسوم القضائية تسري في حق المنازعات التي تثار بين العامل الأجنبي ووكالة توريد العمالة الأجنبية.

## (٢) دور الدولة في حماية الأطراف والبحث عن تعاون دولي:

إن الحديث عن توفير ضمانات جديّة للعامل الأجنبي يجب أن لا ينظر إليه من زاوية ضيقة وفي إطار قانوني محدد بالآراء الفقهية والاجتهادات الممكنة في إطار النظرية العامة للإلتزام، والسبب أن ثمة واقع قائم لا يسمح للعامل الأجنبي - الذي لا يعرف اللغة العربية ويجهل القانون في الأغلب الأعم - بالتصرف وفق إرادته الحرة برفض العمل بشروط صاحب العمل التي تخالف تلك التي جاء من أجلها.

ومن جهة أخرى فإن الإشكاليات التي تواجه العمال الأجانب ليست مشكلة فردية فحسب، بل أنها مشكلة تحمل طابعاً دولياً إذ أنها أصبحت ذات إهتمام دولي لأن تلك الممارسات تشكل عملاً جبرياً يعمل المجتمع الدولي على محاربتها. إذ تشير بعض الدراسات إلى أن ظاهرة الهجرة الدولية بقصد العمل تفاقمت لتغدو مشكلة دولية معقدة بسبب العديد من العوامل الظرفية التي أججت الدوافع إليها، والتي تمثلت بفقدان الأمن السياسي والاقتصادي والاجتماعي في بلدان المنشأ، مما دفع بأعداد كبيرة من الأشخاص إلى طلب العمل في بلدان أخرى، (١) حيث يهاجر الناس اليوم لأسباب كثيرة منها الرغبة في مستوى معيشة أفضل، أو بحثاً عن الأمان، والهروب من ويلات الحرب والاضطهاد وتجنب العنف، والكوارث البيئية أو انتهاكات حقوق الإنسان، ومع ذلك، يبدو أن العوامل الاقتصادية ما زالت هي الدافع الرئيسي للهجرة والتي لا يمكن فصلها عن القضايا الاقتصادية والقانونية والاجتماعية (٢).

ومن هنا يعتقد كثيرون - وأغلبهم من السياسيين والاقتصاديين وثلة من فقهاء القانون - أن عمق المشكلة لا يقف حد عند وضع حلول قانونية أو فقهية واجتهادية، بل أن الأمر قد اتخذ بعداً سياسياً واقتصادياً لا يمكن معالجته دون إيجاد حل سياسي أو اقتصادي، فمشكلة العمال الأجانب في هذا الخصوص مشكلة عابرة للحدود، ومن ثم يجب أن يكون لدينا حل عابر للحدود أيضاً.

ويؤيد جانب من الباحثين هذه الفكرة، حيث يذكر البعض بأنه لا يمكن ان تكلل الجهود (بالنجاح دون التعاون مع وزارات العمل في الدول المرسله والتي عليها ان تحكم الرقابة ايضاً على مكاتب الاستخدام

١. د. يوسف إلياس، أزمة قانون العمل المعاصر، مرجع سابق، ص ٢٢٧

٢. Dr. Zaid A. Zaid. Ibid. P. 14.

حيث تبدأ رحلة استغلال العمالة الوافدة (١). وذكر آخرون بأنه (لا بد من خلق نوع من التعاون بين الدولة المصدرة والدولة المستقبلة للخدم الخصوصيين، وفتح قنوات اتصال دائمة بينهما لمعالجة أية مسائل عالقة بهذا الشأن) (٢).

فالدور المهم الذي يلعبه التعاون بين دول الإرسال ودولة الاستقبال يحقق فوائد عملية من خلال المؤلفه بين معايير التشريع في البلدين، فضلاً عن تبادل المعلومات والتعاون بين الإدارات للكشف عن الانتهاكات التي يمارسها البعض لاحكام القوانين المنظمة لعملية الهجرة بقصد العمل (٣).

وبالعودة إلى تاريخ النظام القانوني الدولي للهجرة بقصد العمل، يشير البعض إلى (انتشار نمط جديد من التنظيم القانوني للهجرة من أجل العمل، تمثل في «اتفاقيات ثنائية» تعقد بين الدولة المصدرة للعمالة والدولة المستقبلة، تتناول أحكاماً موضوعية وإجرائية تهدف إلى تنظيم هجرة العمال واقامتهم وعودتهم إلى أوطانهم، وكذلك حقوقهم الناشئة عن العمل الذي يؤديه في دولة الاستقبال وحمايتهم من الممارسات السلبية المحتملة) (٤).

وتأسيساً على ما تقدم نعتقد أنه لا مناص من القول بضرورة إبرام اتفاقيات دولية ثنائية بين حكومة البحرين وبين حكومات الدول المصدرة للعمالة، على أن تتضمن هذه الاتفاقيات معالجة موضوع إبرام عقود العمل من خلال آليات تكفل لكل من العامل وصاحب العمل ضمان تطابق المعلومات المتعلقة بشروط وموصفات العقد.

وفي هذا السياق يشير البعض إلى أن تركيز العمالة في جنسيات معينة من دول بعينها، يتيح فرصة مواتية لتنظيم ثنائي باتفاقيات ثنائية بين دول الإرسال ودولة الاستقبال (البحرين)، بل انه يسمح أيضاً بإقامة أجهزة تنفيذ ورقابة مشتركة على عمليات توريد هذه العمالة، بما يحفظ المصالح المشتركة للأطراف المتعاقدة، ويقلل من المشكلات العملية الناشئة عن الممارسات الخاطئة لبعض وسطاء تشغيل العمالة في هذا الشأن (٥).

ويحقق التعاون الدولي وفق ما ذكرناه سلفاً حماية قانونية فاعلة ليست للعامل فحسب، بل لوكالات توريد العمالة نفسها، أي الشركات البحرينية التي تستقدم العمالة، فالتعاون الدولي سيكون ذا منفعة لها أيضاً من خلال ضرورة تدخل الدولة في هكذا نشاط، وفرض رقابة على تعاملات تلك الوكالات وعلاقتها مع وكالات الإرسال في بلد العامل، فثمة اتجاهات حديثة تضع معالجة جديده من خلال الدور الذي يمكن للدول أن تقوم به بوضع قوائم سوداء (الحظر) Black list للوكالات التي تتلاعب بمعلومات عقود العمل في بلد الإرسال، بحيث يحظر على وكالات توريد العمالة أن تتعامل مع تلك المدرجة ضمن القوائم السوداء (الحظر) وإلا تعرضت لإجراءات تأديبية إدارية.

وفي هذا السياق نذكر ما ذهب إليه الفقرتين (٣) و(٤) من المادة (١٣) من اتفاقية العمل الدولية

١. د. خولة مطر، مرجع سابق، ص ٢٩٧
٢. د. ندى يوسف اللديع، مرجع سابق، ص ٢٢١
٣. Azfar Khan and Helene Harroff-Tavel. Ibid. P. 20
٤. المكتب التنفيذي، اتفاقية العمال المهاجرين، مرجع سابق، ص ١٥
٥. المكتب التنفيذي، عمال الخدمة المنزلية، مرجع سابق، ص ٨٠

رقم ( ١٨١ ) من أن (٣- تقديم وكالات الاستخدام الخاصة، على فترات منتظمة تحددها السلطة المختصة، المعلومات التي تطلبها السلطة، مع إيلاء الاعتبار الواجب لسرية هذه المعلومات وذلك أ. لتمكين السلطة من أن تكون على دراية بهيكل وكالات الاستخدام الخاصة وأنشطتها، وفقاً للظروف والممارسات الوطنية. ب. للأغراض الإحصائية. ٤- تجمع السلطة المختصة هذه المعلومات وتشرها على فترات منتظمة.)

ويلاحظ أن الاتفاقية المذكورة تلزم الوكالات بمسك سجلات خاصة تتضمن بيانات العامل وأي انتهاكات حصلت له، وعنوانه في بلده الأصلي، ومؤهلاته العلمية والعملية، لتتحقق السلطة الإدارية من التزام الوكالة ببذل الجهد الكافي في استخدام عامل، كما يتضمن السجل بيانات تتعلق بالوكالات التي تم التعامل معها في دولة الإرسال لضمان التزام وكالة التوريد بعدم التعامل مع الوكالات المدرجة ضمن القوائم السوداء المحظورة، أو وضعها ضمن هذه القوائم إن تكررت مخالفاتها<sup>(١)</sup>.

ومن هنا يتبين ما للدولة من دور بارز وفعال في توفير الحماية القانونية للعامل الأجنبي بشكل مباشر، وكذلك حماية صاحب العمل ووكالات التوريد المحلية، وبالتالي فإن المقترح لحماية العمال الأجانب، لا يقف عند حد الحلول القانونية السالفة الذكر، بل يجب أن يتزامن مع ذلك حماية فاعلة لوكالات التوريد المحلية ضد تلك الإشكاليات التي تواجه تلك العمالة، ومن ثم يجب حماية هذه الوكالات أيضاً ضد الغش والتلاعب بالمعلومات، والذي قد يحدث في وكالة التوريد بدولة الإرسال.

ومن ثم فلا ضير من أن يتبنى المشرع البحريني نظام القوائم السوداء (الخطر) BLACK LIST ، في إطار من التعاون مع الدول المصدرة للعمالة، بحيث يمكن للدولتين أن تبرما اتفاقاً دولياً بشأن حظر التعاون مع أي وكالة يثبت بأنها تتلاعب بالمعلومات المتعلقة بعقود العمل وشروط العمل وظروفة، ليصب ذلك في فائدة العامل الأجنبي من جهة بأن يتبين له الطريق السليم والمأمون الذي من الممكن أن يسلكه إذا أراد العمل في البحرين، ومن جهة أخرى تخفيف الضغط على وكالات التوريد المحلية والرقابة عليها وحمايتها من التعامل مع الوكالات المشبوهة، حتى لا يصار إلى مسائلة وكالات التوريد عن كل انتهاك لحق العامل من دون خطأ من جانبها.

١ . المكتب التنفيذي ، الوكالات الاهلية لاستخدام العمالة، مرجع سابق. ص ٦٨

## خاتمة

في ختام هذه الدراسة التي تناولت ضمانات أصحاب الشأن في مواجهة وكالات توريد العمالة الأجنبية، يجب الإشارة إلى أن عدة نتائج تم استخلاصها من خلالها، وتتمثل في أن المشرع البحريني في قانون العمل القديم (الملغي) تناول تنظيم عمل وكالات توريد العمالة الأجنبية على نحو شديد الاختصار في المادة (١٥) من قانون العمل، وصدرت تنفيذاً لهذه المادة قرارات وزارية لم تتناول كثيراً من التفاصيل. كما أن إعادة تنظيم موضوع وكالات توريد العمالة الأجنبية بعد صدور قانون تنظيم سوق العمل، وإن كان لاغياً لما اشتمل عليه التنظيم القديم، إلا أنه لم يكن بالتفصيل المؤمل الخروج به، بل أن القرارات الوزارية التي من المفترض أن تصدر تنفيذاً له لم تر النور حتى إعداد هذه الدراسة بما يعني سريان القرارات السارية من قبل ولا يلغى منها إلا ما يتعارض مع غاية التنظيم الجديد.

واتضح من الدراسة بأنه يقع على وكالة توريد العمالة الأجنبية التزامات أساسية تتمثل في ضمان تطابق مؤهلات العامل الأجنبي مع شروط عقد التوريد والموصفات التي اشترطها صاحب العمل، كما يقع على الوكالة إلزام بضمان صلاحية العامل الأجنبي للعمل على أن لا تقل مدة هذا الضمان عن ثلاثة أشهر، وكذلك ضمان عدم ترك العامل للعمل دون مبرر. في مقابل التزام صاحب العمل بدفع مبلغ من المال مقابل ذلك كله. وترتيباً على ذلك فإن لصاحب العمل الذي يتضرر من الخطأ العقدي لوكالة توريد العمالة الأجنبية أو تنفيذها للعقد تنفيذاً جزئياً أو معيباً، اللجوء للقضاء إما بطلب التنفيذ العيني أو فسخ العقد مع التعويض، على الرغم من أن طبيعة التعامل في عقود توريد العمالة الأجنبية يبلغ حداً من البساطة الأمر الذي لا يعد مهماً لصاحب العمل الدائن «عادة ما يكون رب الأسرة» أن يلجأ إلى القضاء بقدر ما يهمله حسم النزاعات التي تنشأ عبر التسويات الودية، ومن هنا تظهر الحاجة لاستحداث نظام للتقاضي والتسوية الودية قبل اللجوء إلى المحاكم.

كما أن للعامل الذي يتضرر من خطأ وكالة توريد العمالة الأجنبية بعدم إدلائها بمعلومات صحيحة عن شروط وظروف العمل أن يلجأ للقضاء لاقتضاء حقه في التعويض عن ذلك من وكالة التوريد ذاتها ولو لم يكن بينهما عقد مباشر تأسيساً على قواعد المسؤولية التقصيرية، ولكن هذا الطريق يحرمه من الامتيازات المقررة له بوصفه عاملاً، ومن هنا تظهر الحاجة إلى تطوير الحماية القانونية للعامل باتجاه إعطاء وصف «العامل» في مقاضاته للوكالات.

إن ظاهرة الهجرة بقصد العمل لم تستثن البحرين من آثارها، فالبحرين وإن كانت بلداً صغيراً بالحجم إلا أنه يعد من الدول المستقبلية للعمالة الأجنبية، ومن ثم يثور بشأنها مشكلات العمال الأجانب والحاجة إلى تنظيم توريد العمالة الأجنبية في هذا الخصوص. كما أن الاتجاهات والمخاوف الدولية من تنظيم وكالات توريد العمالة الأجنبية تقصر تلك المخاوف في عمليات الاتجار بالبشر والعمل الجبري والإنتهكات التي قد يتعرض لها العمال الأجانب الذين يغادرون من بلدهم إلى بلد آخر بقصد العمل. في حين لم تتطرق الاتفاقيات الدولية ولا حتى التقارير التي ناقشت الدور الذي تلعبه وكالات توريد العمالة الأجنبية إلى موقف صاحب العمل من عقد التوريد وما قد تلحقه من أضرار في هذا الصدد، والسبب

حسبما نعتقد أن علاقة صاحب العمل بمتعهد التوريد تنظمها القوانين الوطنية وأن بإمكان صاحب العمل اللجوء إلى القضاء لاقتضاء حقه.

إن العامل الذي يتضرر من خطأ وكالة الإرسال في بلده حينما يتعرض للخداع حول المعلومات المتعلقة بشروط العمل في بلد الاستقبال، ليس له من حيث المبدأ أن يرجع على وكالة التوريد باعتبار أنها لم ترتكب ثمة خطأ فيما يتعلق بتلك المعلومات، ومن ثم لا يجد العامل الأجنبي عند وصوله إلى بلد الاستقبال إلا الرضوخ لشروط العمل التي يفاجئ بها، وذلك لأنه غادر بلاده بقصد العمل بعد أن قام باقتراض أموال كثيرة بغية السفر للخارج.

كما توصلنا من خلال هذه الدراسة إلى مجموعة من التوصيات التي تعد محاولة لبيان القصور الذي يعترى القواعد القانونية لتنظيم عمل وكالات توريد العمالة الأجنبية، ونناولها وفقاً لما يلي:

- دعوة المشرع البحريني للتدخل لتنظيم عمل وكالات توريد العمالة الأجنبية على نحو أكثر تفصيلاً، أيأ كان مصدر هذا التنظيم سواء بموجب قانون بالمعنى الفني أم قرارات وزارية تنظيمية، على أن يتضمن هذا التنظيم إجراءات تأسيس هذه الوكالات أو من ناحية علاقتها والتزاماتها تجاه أصحاب العمل، وكذلك في مواجهة العمال الأجانب.

- ضرورة تدخل الدولة في الرقابة الدائمة على نشاط التوريد وإصدار قوائم سوداء (حظر) BLACKLIST للوكالات التي تقوم بانتهاك حقوق العمالة في بلد الإرسال، وحظر التعامل معها من أجل حماية العامل الأجنبي ووكالات التوريد في البحرين على حد سواء.

- دعوة الباحثين والمهتمين بهذا الشأن إلى إجراء دراسات معمقة في طبيعة العلاقات التي قد تربط دول الإرسال والاستقبال، تمهيداً لبيان الحدود التي من الممكن تبنيها عند طرح فكرة الاتفاقيات الدولية الثنائية بين حكومة مملكة البحرين وحكومات دول الإرسال، ودعوة حكومة البحرين إلى أخذ الأمر بقدر من الجدية التي تحفظ للبحرين مكانتها بين الأمم كأحد الدول الداعمة لحقوق العمالة والتي تعمل على محاربة الرق والعمل الجبري والاتجار بالبشر.

- دعوة الجهات ذات الاختصاص إلى البحث في مدى إمكانية استحداث نظام لجان أو مكاتب المحكمين للفصل في النزاعات التي قد تنشأ بين أصحاب العمل وبين وكالات توريد العمالة الأجنبية، بحيث يكون اللجوء لهؤلاء المحكمين أمراً ملزماً قبل إحالة النزاعات إلى القضاء.



## قائمة المراجع

## أولاً - المراجع العربية :

- د. أحمد رشاد أمين ، الوجيز في أحكام قانون العمل البحريني ، سلسلة الكتب القانونية (١٦) ، مطبوعات جامعة العلوم التطبيقية ، مملكة البحرين ، الطبعة الأولى ٢٠١٠م
- د. أحمد سعيد الزقرد ، قانون العمل : شرح للقانون الجديد رقم ١٢/٢٠٠٣ ، المكتبة العصرية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٧ ، ص ١١٦
- أريفان مصطفى محمد ، عقد الخدمة في المنازل : دراسة تحليلية مقارنة ، دار الكتب القانونية ، ٢٠١٠م
- المكتب التنفيذي ، الدراسة التحليلية لأحكام الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم ، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية : العدد ٥٠ ، تصدر عن المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل ومجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، الطبعة الأولى ، سبتمبر ٢٠٠٨م.
- المكتب التنفيذي ، التنظيم القانوني لاستخدام عمال الخدمة المنزلية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية : العدد ٥٨ ، تصدر عن المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل ومجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، الطبعة الأولى ، أغسطس ٢٠١٠م
- المكتب التنفيذي ، التنظيم القانوني لدخول القوى العاملة الوافدة إلى دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية : العدد ٥٩ ، تصدر عن المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل ومجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، الطبعة الأولى ، سبتمبر ٢٠١٠م
- المكتب التنفيذي ، الوكالات الاهلية لاستقدام العمالة ووكالات تقديم العمالة للغير في دول مجلس التعاون لدول الخليج العربية (دراسة قانونية) ، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية : العدد ٦٥ ، تصدر عن المكتب التنفيذي لمجلس وزراء العمل ومجلس وزراء الشؤون الاجتماعية بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ، الطبعة الأولى ، اكتوبر ٢٠١١م
- جاك غستان ، المطول في القانون المدني : مفاعيل العقد أو آثاره ، ترجمة : منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، الطبعة الثانية ٢٠٠٨
- د. خولة مطر ، محاولة التخلص من الاعتماد على العمالة الوافدة في منطقة الخليج ، ورقة بحثية منشورة في كتاب (الخليج العربي بين المحافظة والتغيير) ، مركز الامارات للدراسات والبحوث الاستراتيجية ، الطبعة الأولى ٢٠٠٨م
- عبد الحميد قطب بلال ، الموسوعة العمالية : قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ وفقاً لآخر التعديلات بين الفكر النظري والتطبيق العملي ومقترحات التطوير ، دون ناشر ، ٢٠٠٩
- د. صبري حمد خاطر ، الغير عن العقد : دراسة في النظرية العامة للالتزام ، الدار العلمية

- الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الاردن ، الطبعة الأولى ٢٠٠١م
- د. صلاح محمد دياب ، الوسيط في شرح قانون العمل والتأمينات الاجتماعية ، مطبوعات جامعة البحرين، مملكة البحرين، ٢٠٠٥
- د. صلاح محمد دياب ، بطلان عقد العمل وآثاره على حقوق العمال : في علاقات العمل الفردية في ضوء أحكام كل من القانون البحريني والقانون المصري والقانون الفرنسي ، مجلة الحقوق - جامعة البحرين ، المجلد الخامس - العدد الثاني ( ١٠ ) ، يوليو ٢٠٠٨
- د. محمد الروبي ، عمل الأجانب : دراسة تأصيلية في إطار قواعد القانون الدولي وتطبيقه على الوضع في مصر وفقاً لقانون العمل الموحد رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣
- د. محمد حسين عبدالعال ، شرح قانون العمل البحريني ، مطبوعات جامعة البحرين ، ٢٠٠٣
- د. محمد حسين عبدالعال ، مسئولية المتعاقد تجاه الغير في إطار المجموعات العقدية : دراسة تحليلية في القانون الفرنسي على ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦
- د. محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية : الجزء الأول - في ازدواج أو وحدة المسؤولية المدنية ومسألة الخيرة ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٧٨
- د. محمود سلامة جبر ، الوسيط في عقد العمل الفردي وفقاً لقانون العمل البحريني في القطاع الأهلي وقوانين العمل بدول مجلس التعاون لدول الخليج العربية ومعايير العمل الدولية والعربية / الجزء الأول : تعريف عقد العمل - تمييزه - إبرامه - تنظيم العمل ، دون ناشر ، الطبعة الأولى ١٩٩٩م
- مكتب العمل الدولي ، ثمن الاكراه ، التقرير العالمي بموجب متابعة اعلان منظمة العمل الدولية بشأن المبادئ والحقوق الأساسية في العمل ، مؤتمر العمل الدولي - الدورة ٩٨ - ٢٠٠٩ التقرير الأول (باء) ، جنيف ، الطبعة الأولى ٢٠٠٩م
- مكتب العمل العربي ، التشغيل والهجرة في تشريعات العمل العربية ، المؤسسة العربية للتشغيل (المرحلة الانتقالية)
- د. ندى يوسف الدعيج ، حماية الخدم الخصوصيين في ظل قواعد القانون الدولي ، مجلة الحقوق - مجلس النشر العلمي ، العدد ١ السنة ٢٣ ، جامعة الكويت ، مارس ٢٠٠٩م
- د. يوسف إلياس ، تشريعات العمل في الدول العربية الخليجية : دراسة مقارنة ، سلسلة الدراسات الاجتماعية والعمالية : العدد ٢ ، مكتب المتابعة : مجلس وزراء العمل والشؤون الاجتماعية بالدول العربية الخليجية ، الطبعة الأولى ، يناير ١٩٨٤
- د. يوسف إلياس ، أزمة قانون العمل المعاصر بين نهج تدخل الدولة ومذهب اقتصاد السوق ، دار وائل للنشر ، الطبعة الأولى ٢٠٠٦

## ثانياً - المراجع الاجنبية:

**Azfar Khan and Helene Harroff-Tavel** , The implications of the sponsorship system: Challenges and opportunities, Workshop on Strengthening Dialogue between ESCWA and ESCAP Countries on International Migration and Development, UNITED NATIONS, Beirut : 28-30-june 2011

**Dr. Zaid A. Zaid** , The Obligations of Transit Countries in Controlling Irregular Immigration through Their Borders , Journal of law - Academic Publication Council, No.4 Vol.34, University of Kuwait, December 2010





متابعات قانونية



# من أجل سيادة حكم القانون ودور المحامين في تعزيزها وحمايتها

محاضرة للأمين العام لاتحاد المحامين العرب

المحامي الأستاذ / عمر زين

الدار البيضاء - المغرب

في الدورة الثانية للمكتب الدائم

١- تترددُ في دنيا القانون، هذه الايام، مصطلحاتُ شتى لا يصحّ الكلام على استقرار سياسي واجتماعي بمعزل عنها، وفي طليعتها القانون، وحكم القانون. وإذا كان لكل من هذه المصطلحات ظروفه التاريخية ومداه النظري والعملي المميز، فإنّ ثمة تداخلاً وتكاملاً إلى بلورة المفاهيم الديمقراطية توصلًا إلى نظام مثالي حديث يعزّز دور القانون في رعاية المجتمع وقيادته إلى غدٍ أفضل. ولعل لتسمية «حكم القانون» وقعاً وموقعاً خاصين في هذه اللوحة المتعددة التسميات، لأنها قد تكون الصيغة الأكثر رقياً وعمقاً وشفافية في مسار القانون عبر التاريخ.

وتزدادُ أهمية التسمية لدى اتصال مصطلح حكم القانون بمصطلح السيادة، فنغدو إذ ذاك أمام عنوان غير مضمّل يوحي بأنّ القانون لم يوجد ليظلّ حبراً على ورق أو حرفاً ميتاً أو كلاماً عابراً وتنظيراً بلا جدوى. فقد وجدّ حتى يُطبّق، وحتى يُطبّق بشكل جيّد، وعلى الجميع بسواسية. وهو، من هذه الزاوية، يعلو ولا يُعلَى عليه. من هنا سيادته التي تُعتبر المبرّر الأصلي لوجوده، والتي لولاها لما كانت مساواة، ولا ديمقراطية، ولا حقوقُ إنسان مكفولة، ولا عدالة تُشيع بين الناس.

إنّ أيّ مجتمع سياسي يصبو إلى مواكبة الحداثة، وإلى المصالحة مع الذات، وإلى التمتع بمؤسسات تعمل في سبيل الخير العام، وإلى الإزدهار والتماسك، وإلى ترسيخ ثقة المواطن بالدولة... إنّه لا مفرّ لهذا المجتمع من سلوك السبيل الذي يضع حكم القانون في رأس هرم اهتماماته. بمعنى آخر، إنّ عليه العمل الدؤوب من أجل سيادة حكم القانون. وفق عنوان هذه المحاضرة الذي يحمل الكثير في القليل، كما سيتبين من الكلام اللاحق.

وإنّ تعزيز سيادة حكم القانون لا يستقيم ولا يُؤتي ثماره المنشودة إلا بتفعيل مسؤوليات وتلّاقٍ جهودٍ مبدولة من جهات شتى، رسمية ومدنية، وفي طليعتها مؤسسات الدولة ومنها القضاء، وهيئات المجتمع المدني ونقابات المهن الحرة ومنها، بل في مقدّماتها، نقابات المحامين.



إننا، في هذه الكلمات، سنلقي، في قسم أول، بعض الأضواء الكاشفة على المعنى بسيادة حكم القانون، وفي قسم ثان، على دور المحامين في تعزيز هذه السيادة وحمايتها... ألم يكن المحامون، عبر تاريخهم المحفوف بالنضال والتضحيات والمروءات، الفوج الأول من أفواج الانتصار للحرية والديمقراطية؟ ألم يكونوا لذلك دعاة وحماة لحقوق الانسان؟ ولأنهم على هذه الحال، بات دورهم في ميدان حكم القانون كبيراً.

بعد هذا التمهد، سنتطوي محاضرتنا إذاً على قسمين:

الأول هو مفاهيم عامة حول سيادة حكم القانون.

والثاني هو دور المحامين في هذا الميدان.

على أن تنتهي بخلاصة مختصرة.

## القسم الاول: مفاهيم عامة حول سيادة حكم القانون

٢- نلفت النظر، في مُستهل هذا القسم، إلى تمايز كائني بين تسميتي دولة القانون وحكم القانون، بالرغم من التقارب والتكامل فيما بينهما.

إنهما تمايزتان على الأخص في المصادر. ذلك أنّ مصادر دولة القانون هي الشرعية، ووجود نظام قانوني أو كتلة قانونية ترعى وجوه الحياة جميعاً، ومبدأ تسلسل القواعد الذي يفرض احترام أدناها لأعلىها، تحت طائلة البطلان. أمّا مصادر حكم القانون فهي تراكم الاختبارات العملية التي لا تكفي بصلاصة القاعدة القانونية التقليدية، والأمل في التوصل إلى ما يُسمّى «الحكم الصالح» في جميع الميادين، وحُلم تحقيق العدالة الذي يرافق كل تصرف، وكل موقف، وكل قرار.

وإذا شئنا تسليط المزيد من الضوء على التمايز بين المصطلحين، نُشير إلى أنّ بلوغ «دولة القانون» هو مرحلة من مراحل السعي إلى «حكم القانون» ذلك أنّه من الممكن أن تحظى دولة ما بنظام قانوني وسياسي متماسك دون أن تتعرّز لديها سيادة حكم القانون. وما جدوى الكتلة القانونية الضخمة والقواعد القانونية الصلبة إذا جافت الديمقراطية، وأخطأت العدالة، وأخلت بالمساواة، وغلبت حكم الفرد على حكم المؤسسات.

علي أية حال، يمكن أن يتلاقى المصطلحان حول بعض القواسم المشتركة، ومنها إعمال فكرة تداول السلطة، وبلورة مفهوم فصل السلطات، ونُشْدان الديمقراطية بوجه عام، وسواها.

٣- بمُستطاعنا أن نتفهم أكثر علة التمايز بين تسميتي حكم القانون ودولة القانون إذا عُدنا إلى جذورهما التاريخية وظروف ولادتهما.

فقد وُلد «حكم القانون» (The rule of law) في العالم الانجلوسكسوني حيث كانت الأوثورية للاختبارات العملية والسوابق القضائية في غياب القانون المدون. في حين أنّ «دولة القانون» (État de droit) وُلدت في العالم اللاتيني حيث يُعتبر التشريع المصدر الأول من مصادر القاعدة القانونية. ولكنّ التباين راح يُنحصر في العالم المعاصر، وراحت الحضارات القانونية تفتح الواحدة على الأخرى. وصار

من السهل البحث عن نقاط التلاقي وعن الأهداف الموحدة، على الرغم من اختلاف الظروف التاريخية.

٤- تعددت المحاولات الراقية إلى تحديد مفهوم حكم القانون، أو سيادة حكم القانون. ومن المفيد إثبات إحدى هذه المحاولات، أو التعريفات، وفق تصوّر برنامج الأمم المتحدة الإنمائي، حيث نقرأ: «يستلزم حكم القانون حمايةً متساويةً لحقوق الإنسان العائدة إلى الأفراد والجماعات. كما يستلزم فرض عقوبات متساوية وفق القانون. وهو يسود على الحكومات، ويؤمن حماية جميع المواطنين بالتساوي، وأن يكونوا خاضعين للقانون لا لمشيئة القوي. وعلى القانون أن يحمي الجماعات الضعيفة من الاستغلال والتعسف».

يُخفي هذا التصوّر، المُبسّط في الظاهر، العميق والكثير من المعاني، في الباطن. من ذلك: جعل حقوق الإنسان في صدارة الاهتمام. وتأمين المساواة أمام القانون، في الإيجابي والسلبي من التدابير. وتطبيق مبدأ سيادة القانون على الجميع، وعلى الحكومات أيضاً. واستبدال فكرة الخضوع للقوي بفكرة الخضوع للقانون. وحماية الأفراد والجماعات الأقل قوة والأقل حظوة حتى تكون بمنجاة من استغلال المستبد وقهر المتعسف.

٥- في سبيل بلورة مفهوم حكم القانون، ميّز بعض الدارسين المتخصصين في الموضوع (راجع بهذا الصدد كتاباً بعنوان: حكم القانون، للقاضي الدكتور غالب غانم، الرئيس السابق لمجلس القضاء الأعلى في لبنان) بين معاني حكم القانون من زوايا ثلاث: زاوية الوسائل، وزاوية الغايات، وزاوية الضمانات.

٦- إن حكم القانون ينمو ويتحقق بالوسائل التالية:  
شروع الديمقراطية كثقافة عامة، وكنظام حكم. ومن ظواهرها الانتخاب الأكثر تعبيراً عن إرادة الشعب، والفرص المتكافئة أمام جميع المواطنين، وتداول السلطة.  
وفصل السلطات في النظرية والواقع منعاً للجموح والجنوح، وبحثاً عن التوازن، وتجنباً للطغيان.  
وتفعيل مبدأ الرقابة على دستورية القوانين. وتشديد الرقابة على أعمال الإدارة وإبطال ما هو متعسف وضارّ وغير شرعي منها.  
ومكافحة الفساد الذي لا تستقيم ديمقراطية إن لم تَعْمَدَ إلى محاربتِهِ.

٧- أمّا من زاوية الغايات، فَحُكْمُ القانون يهدف إلى تحقيق غاية مثلثة الأضلاع ومتمثلة بحماية الحرية والمساواة وحقوق الإنسان.  
ومن غاياته أيضاً تأمين الحق بالدعوى العادلة، وحماية الطرف الأضعف كلما كان مظلوماً ومَغْبُوناً ومُسْتَبْعِداً ومَحْرُوماً ومُضْطهداً.

ومن غاياته أيضاً تحقيق العدالة بل تخطيها أحياناً للوصول إلى الإنصاف، وهو من القيم الإنسانية الراسخة. وتحقيق الاستقرار والسّلام الاجتماعي لأنّ في ذلك ما يؤدي إلى الحدّ من الازمات والمواجهات

والتفكك الاجتماعي.

٨- يبقى أن أبرز الضمانات التي تعزز فرص شيوع حكم القانون، هي:

تغليب حكم المؤسسة على حكم الفرد.

والتمسك باستقلال القضاء سلطةً وأفراداً.

وتذكر مبدئين أساسيين ملازمين لممارسة المسؤولية هما الشفافية والمساءلة.

وأعمال قرينة البراءة، وهي معيار من المعايير القانونية التي تتمسك بها المواثيق الدولية.

وإيلاء ما يُسمى «الحكم الصالح» (Labonne Governance) كل الاهتمام، ويعني ذلك

أخذ الكفاءة الأهلية بعين الاعتبار وإقصاء المنافع الخاصة، وحماية المال العام، والإدارة الرشيدة...

### القسم الثاني: دور المحامين في هذا الميدان

٩- في القسم الأول كنا أمام بحرٍ خضمّ من المبادئ والنظريات، ومن التطلّعات والآمال. حكم

القانون ميداناً بالغ الاتساع، وبالغ التعقيد. وفرسانُ هذا الميدان، كما سبقَ البيان، يأتون من أصوابٍ شتى، ولكلّ منهم صولاته وأدواره ومساهماته.

المحامون، سواءً أكانوا نقابات أم أفراداً، هم في طليعة فرسانِ هذه الحلبة القانونية. وقد يكونُ مناسباً

الاكتفاء بالدلالة على دورهم من خلال نقاطٍ محدّدة يفرضها المقام. فلا مجال، في هذه الكلمات العجلى،

للإحاطة بروافد الموضوع إحاطةً شاملة. من أجل ذلك جاء في القانون الأساسي لاتحاد المحامين العرب

الذي تأسس في دمشق بتاريخ ١٩٤٤ في المادة (٢) في الأهداف المهنية البند (٥) منه ما نصه:

«إرساء المبادئ الأساسية لحقوق الإنسان والحريات العامة وسيادة حكم القانون وقواعد العدالة

المنصفة في الأقطار العربية تشريعاً وتطبيقاً، وتأمين ضماناتها والدفاع عنها».

١٠- في ضوء ذلك، رأيتُ مفيداً أن أتصدّى لدور المحامين في تعزيز سيادة حكم القانون وحمايتها من

خلال النقاط الآتية، سواءً أكانت من قبيل وسائل حكم القانون أو ضماناته أو غاياته:

- الديمقراطية.

- مكافحة الفساد.

- الحرية وحقوق الإنسان.

- الحق بالدعوى العادلة.

- حماية الطرف الأضعف.

- الدفاع عن استقلال القضاء.

- التمسك بقرينة البراءة.

وستكون لنا كلمة موجزة عن كلّ من هذه العناوين.

## - الديمقراطية:

١١- إن تاريخ المحاماة مرتبط ارتباطاً جذرياً وفعالياً بظاهرة الديمقراطية. فهم يمارسونها خلال انتخاب نقاباتهم، ويحرصون على تداول السلطة بين ظَهْرَانِيَّتِهِمْ، ويقدمون المثل الصالح في هذا المجال كي تقتدي بهم سائر نقابات المهن الحرة. فضلاً عن ذلك، إن ثقافتهم السياسية مُشَبَّعة بالديمقراطية وهذا ما جعلهم يرفدون المجالس التمثيلية المنتخبة بأفضل الطاقات التشريعية. ثم أنهم كلما كانت الديمقراطية في حَظَرٍ يرفعون الصوت عالياً لإعادة الأمور إلى نصابها. المحاماة، في نهاية المطاف، هي ربيبة الديمقراطية، وهي أول مَنْ يتعلّمها وَمَنْ يعلمها. وعليها... على المحامين في الاقطار العربية كافة، ألا يتفاوضوا عن دورهم الرائد في هذا المجال. إنهم من مشاعل النهضة، ومن حَمَلَةِ أُلُوبَةِ الديمقراطية.

## - مكافحة الفساد:

١٢- في ظلّ الاتفاقيات الدولية الدائرة حول وجوب مكافحة الفساد، وبسبب استشراف هذه الآفة حيثما كان، عند سوانا وعندنا... تلقى على عاتق المحامين مهمة المساهمة في تشجيع النزاهة في الحقلين العام والخاص. كما ينبغي عليهم الابتعاد عن أيّ مسلك يوحي بأنهم يُحَرِّضُونَ على الفساد خصوصاً في قصور العدل. هذا مع العلم بأن التراث المناقبي المتعلق بالمحامين، سواء منه المكتوب أو العُرْفِي، يؤكد على التزام المحامي بهذا المسلك.

لا بدّ إذاً في هذا النطاق، من محاربة فكرة تسود من حين إلى آخر في أوساط المجتمع القانوني، وهي أن بعض المحامين يعتمدون على وسائل غير مشروعة في سبيل ترجيح كفة موكلهم وتأمين الربح الحرام لهم شخصياً.

لقد ربط الفلاسفة الأقدمون ما بين صلاح القانون وصلاح الأخلاق. فالأخلاق هي ضمانات من ضمانات حسن تطبيق القانون، وبالتالي من ضمانات سيادة حكم القانون. من هنا ضرورة جعل الأخلاق رقيباً على تصرفات العاملين في الحقول القانونية ومن بينهم المحامون.

## - الحرية وحقوق الانسان:

١٣- يؤثّر عن نقابات المحامين أنها معاقل للحرية، وعن المحامين أنهم حُمَاتُهَا وأسيافُهَا وَعُشَاقُهَا. وهذا صحيح كلّ الصّحّة. إنّ التعرّض للحريات الفردية والجماعية يُصيب المحاماة في جوهر رسالتها. وإنّ أمّ المهن الحرة لن تطمئن إلى مجتمع لا تكون الحرية في رأس اهتماماتهم. أما حقوق الانسان التي تضمنها الشُرْعَات والمواثيق العالمية، ثم الدساتير والقوانين الوطنية، فلا بدّ لها، كلما تعرّضت لانتهاكات من هيئات تستبسل للدفاع عنها، ولتوسيع دائرة تطبيقها. وفي طليعة هذه الهيئات نقابات المحامين.

نشير إلى هذا الامر باختصار إذ لا محلّ الآن للتوسّع في الكلام عن حقوق الانسان.

## - الحق بالدعوى العادلة:

١٤- من حق المحامين، ومن واجبهم، أن يُناضلوا في سبيل تأمين الحق بالدعوى العادلة لكل متقاضٍ.

نقول إن ذلك من حقهم لانهم يُعانون، في حالاتٍ شتى، من امتداد أجل المحاكمات ومن تراخي المهل المحددة لاصدار الأحكام.

وتقول إن ذلك من واجبهم لأنهم يُشاركون أحياناً في خلخلة قواعد الدعوى العادلة خصوصاً عندما يفضلون الماطلة على العجلة كلما استشفوا من مسار المحاكمة أنّ الحكم قد لا يصدر لمصلحة موكلهم عليهم ألا يُعْضوا الطرف عن واجبهم الآيل الى معاونة القضاء في سبيل التوصل الى الحقيقة، وإشاعة العدالة.

نشير الى أنّ أبرز المعايير الدولية للدعوى العادلة هي: إطلاق حق الادعاء، واطاحة الاسلحة المتكافئة أمام الخصوم، وصدار الأحكام في مهل معقولة، والحرص على مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وتسهيل تنفيذ الأحكام حتى تلك الصادرة بوجه الدولة.

### - حماية الطرف الأضعف:

١٥- لا نقصد، تطبيقاً لهذه القاعدة، حرمان المحامي من الحق في التوكّل عن الاقوى والأغنى. نقصد بها، على الأخص، الأيخشي المحامي صاحب سلطة او موقع مميّز إذا كان مُكلفاً بالدفاع عن انسان عادي أو بسيط أو ضعيف أو محروم. أما إذا كان مكلفاً بالدفاع عن القويّ فعليه السعي لإعطائه حقه لا حقّ سواه. إنّ الهدف الأبعد والأسمى للمحاماة غير بعيد عن هدف القضاء: انه جولة في الوقائع وتبصّر في القواعد القانونية في سبيل الوصول الى الحقيقة. وإن الطرف الأضعف في الحياة، وفي الدعوى، يلجأ الى كل من القاضي والمحامي باعتبارهما خشبتي خلاص. وعليهما ألا يخيبا أمله وأمل المراهنين على سيادة حكم القانون.

### - الدفاع عن استقلال القضاء:

١٦- لم يقصّر المحامون، في بلدانٍ عربية شتى وعلى امتداد العالم، في الدفاع عن استقلال القضاء الذي لا يزال يُعتبر من قبيل الاشكاليّات الرئيسية في حياتنا القانونية. فعلى الرغم من اقرار غالبية دساتيرنا وقوانيننا بضرورة استقلال السلطة القضائية عن شقيقتيها السلطتين التشريعية والتنفيذية، لا تزال المسألة معقّدة، والنيات مبيتة، وطريق النضال طويلة. ومن هنا نص القانون الأساسي لاتحاد المحامين العرب في المادة (٣) الأهداف المهنية البند (٢) ما حرفيته:

«السعي لإقرار مبدأ استقلال السلطة القضائية والدفاع عنه وضمان حقوق القضاة وحصانتهم واستقلالهم، وترسيخ مبدأ القضاء الطبيعي كضمانة للعدالة المنصفة».

وهذا ما تقوم به وتناضل من أجله نقابات المحامين العرب يوماً وبدون توقف وما تشهد الساحات العربية بهذا الخصوص هو دليل قاطع على العمل من أجل كل ذلك.

وفي مناسبة وجودنا في المغرب، وهنا في الدار البيضاء نؤكد أيضاً أن سلسلة الندوات والمناظرات والمواقف التي قامت بها هيئات المحامين بالمغرب وما توصلت إليه المناظرة الوطنية لجمعية هيئات المحامين بالمغرب التي تمت تحت شعار:

«إصلاح منظومة العدالة رهين بإرادة سياسية حقيقية»

ووضعت معايير أساسية يقتضي التقيد بها والبناء عليها وهي توفر:

أ. إرادة سياسية حقيقية.

ب. تنزيل فعلي للدستور فيما يتعلق بالسلطة القضائية وبما يضمن استقلالها.

ج. استحضار قيم الحرية ومبادئ حقوق الانسان ومضامين المواثيق والمعاهدات الدولية ذات الصلة بأي برنامج للإصلاح.

د. إشاعة قيم النزاهة والشفافية داخل الجسم القضائي.

هذه المعايير يعمل بها كل المحامين العرب ويناضلون وفقاً لها.

ان استقلال القضاء هو علامة من علامات الديمقراطية ، ومن علامات حكم القانون. ما من جدوى لقانون لا يحظى بتطبيق ملائم من قبل القضاء. وما من أمل في تطبيق ملائم للقانون إلا إذا كان القاضي حراً ومستقلاً.

## - التمسك بقرينة البراءة:

١٧- ان قرينة البراءة مكرّسة في لائحة المعايير الدولية التي تعكس تطبيق القانون تطبيقاً حسناً. وان اهمالها أدى الى نتائج وتجاوزات واطعاً قضائية باتت محفورة في ذاكرة التاريخ.

وها هي قصور العدل لا تزال تنصت الى أصوات صداحة لا تخفت ولا تصمت دفاعاً عن مظلوم جرّته ظروف جائرة الى المحاكم الجزائية. انها اصوات المحامين.

ان التمسك بقرينة البراءة هي حق للمتهم وللمحامي على حدّ سواء. وان غبطة المحامي قد تتخطى غبطة المتهم الذي أعلنت براءته عن حق ، بفضل قاضٍ عادل، ومحامٍ مناضل.

## خلاصة:

ان ما عرضناه في هذه الكلمات المقتضية ليس غير مقتطفات من نظرية سيادة حكم القانون. فمسرّح هذه النظرية واسع، وأركانها لا تُضبط في محاضرة أو ندوة أو مقال. ثم إن العبرة ليست للنظري بقدر ما هي للعملي. سيادة حكم القانون تحتاج الى مرصدٍ دائم يراقب حسن تطبيقها ونموها وعثراتها واتجاهاتها. أما في الوطن العربي، فهي طرّح يحتاج بدوره الى مواكبة مستمرة، وهو لا يزال أحياناً في باب الامنيات. فليكن للمحامين الدور الفاعل في هذه المسيرة الطويلة، فالأمل كبيرٌ بعشاق الكلمة الحرة ورؤاد النهضة.

والسلام عليكم.



مقالات





# المحكمة العربية لحقوق الإنسان «نحو حماية فعالة لحقوق الإنسان العربي»

المستشار المساعد/ جواهر عادل العبدالرحمن  
هيئة التشريع والافتاء القانوني - مملكة البحرين

يمكن تعريف حقوق الإنسان، بصفة عامة، على أنها تلك الحقوق الأصلية في طبيعتنا، والتي بدونها لا نستطيع العيش كبشر<sup>(١)</sup>. وتتوفر لحقوق الإنسان وحرياته الأساسية في الدول العربية الحماية الإلزامية، وتجد تلك الحماية أساسها في الشريعة الإسلامية كمصدر رئيسي، بالإضافة إلى العديد من المصادر الأخرى الملزمة، التي تبنى على ما جاء في الشريعة الإسلامية من حماية لتلك الحقوق والحرريات وتأتي في مقدمتها الوثائق الدستورية والقانونية العربية فضلاً عن الاتفاقيات الدولية والموثائق الإقليمية وأهمها الميثاق العربي لحقوق الإنسان<sup>(٢)</sup>.

وقد جاءت مبادرة حضرة صاحب الجلالة الملك حمد بن عيسى آل خليفة، عاهل البلاد المفدى - حفظه الله ورعاه- بإنشاء محكمة عربية تعني بحقوق الإنسان لتكون دعماً للنظام الإقليمي العربي لحقوق الإنسان، ولتصبح بمثابة مكمل لدور الميثاق العربي لحقوق الإنسان التي كانت مملكة البحرين من أوائل الدول العربية التي صدقت عليه، وآلية مناسبة لحماية وصون حقوق وحرريات الإنسان العربي.

ولاشك أن وجود محكمة عربية لحقوق الإنسان، تمثل نقلة نوعية في مجال حقوق الإنسان في المنطقة العربية، نظراً لما تحققه من حماية فعالة لحقوق الإنسان العربي، حيث لا فائدة من وجود الحق دون وجود حماية تضمن ممارسته وتمنع عنه الاعتداء، فالمبدأ هو أن لكل حق دعوى تحميه، وإلفاء الضوء على أهمية المحكمة العربية لحقوق الإنسان، فسوف نتناول أولاً: حماية حقوق الإنسان في جامعة الدول العربية وثانياً: ملامح إنشاء المحكمة العربية لحقوق الإنسان.

## أولاً: حماية حقوق الإنسان في جامعة الدول العربية:

تأسست جامعة الدول العربية في عام ١٩٤٥ بناء على بروتوكول الإسكندرية، من أجل حماية المصالح

١. د. الشيخة مريم بنت حسن آل خليفة ود. عبدالكريم علوان، ملتقى البحرين في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة الأولى، جامعة البحرين، ٢٠٠٧، ص ٢١.  
٢. المرجع السابق، ص ٢٢٩.

العربية، من خلال وحدة الدول العربية المستقلة بما لا يمس استقلالها وسيادتها وسميت هذه الوحدة بـ «جامعة الدول العربية»، ولقد مثل هذا البروتوكول الوثيقة الرئيسية التي وضع على أساسها ميثاق جامعة الدول العربية الذي تم إقراره والتوقيع عليه في ذات العام، من قبل عدة دول عربية مستقلة (١).

ويتألف ميثاق الجامعة من ديباجة وعشرين مادة، وثلاثة ملاحق خاصة، وأشارت الديباجة إلى أن الدول ذات الصلة وافقت على الميثاق بهدف تدعيم العلاقات والشائج العربية في إطار من احترام الاستقلال والسيادة بما يحقق صالح عموم البلاد العربية (٢).

وتناول الأحكام التنظيمية والإجرائية الخاصة بالعضوية، ومجلس الجامعة واللجان الدائمة والميزانية، ومقر الجامعة وأمانتها العامة، والامتيازات الدبلوماسية والانسحاب من الجامعة أو الفصل منها، وتعديل الميثاق، وأخيراً إجراءات التصديق عليه وفئة الأحكام الموضوعية الخاصة بالتزامات الدول الأعضاء قبل بعضها البعض، والتي شملت احترام كل دولة لنظام الحكم في الدول الأخرى وحل منازعاتها بالطرق السلمية وتنسيق سياساتها الخارجية بما لا يضر بمصالح أي منها والتعاون في رد الاعتداء عن أي من دول الجامعة والتعاون في مختلف الشؤون الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

في حين تم إبرام الميثاق من واقع توثيق الصلات بين الدول المشتركة فيها، وتنسيق خططها السياسية، تحقيقاً للتعاون بينها وصيانة لاستقلالها وسيادتها، والنظر بصفة عامة في شؤون البلاد العربية ومصالحها، كذلك من أغراضها تعاون الدول المشتركة فيها تعاوناً وثيقاً بحسب نظم كل دولة منها وأحوالها في الشؤون الاقتصادية والمالية والاجتماعية والثقافية والصحية. وشؤون المواصلات والجنسية والجوازات والتأثيرات، وتنفيذ الأحكام وتسليم المجرمين، فإن ميثاق جامعة الدول العربية لم يتطرق صراحة ولا ضمناً إلى الإشارة إلى احترام حقوق الإنسان وحماية حرياته الأساسية، مع أن هدف الجامعة كان يجب أن يمتد إلى ذلك.

واللافت للنظر أن الجامعة قد أنشأت «اللجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان» لتكون الجهاز المختص بمسائل حقوق الإنسان في الوطن العربي تحت إشراف مجلس الجامعة على المستوى الوزاري، وعهد إليها بمهمة إعداد مقترحات وأبحاث وتوصيات ومشروعات اتفاقيات في مجال حقوق الإنسان، وإعداد تصور للموقف العربي تجاه قضايا حقوق الإنسان المطروحة إقليمياً ودولياً، بالإضافة إلى تشجيع العمل على تعزيز واحترام حقوق الإنسان في الوطن العربي (٣).

ولكن ليس من حق اللجنة أن تقيم أي اتصال مع الدول الأعضاء، ومعنى ذلك أن اللجنة لا تعدو أن تكون سوى هيئة مداولة تعمل تحت إشراف المجلس، ولهذا فلا عجب أنها لم تقم سوى بدور متواضع في

١. الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية، لمحة تاريخية، [www.lasportal.org](http://www.lasportal.org).

٢. ميثاق جامعة الدول العربية، المنشور على الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية المشار إليه.

٣. اللائحة الداخلية للجنة الدائمة لحقوق الإنسان الصادرة بتاريخ ٢٠٠٧/٩/٥، المنشورة على الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية المشار إليه سلفاً.

مجال تشجيع حقوق الإنسان، وأن هذا المجال لم يكن له نصيب جدي من العمل العربي المشترك (١). وكأداة قانونية إقليمية فعّالة لم يسبق لها مثيل على المستوى العربي، أصدرت جامعة الدول العربية الميثاق العربي لحقوق الإنسان الذي دخل حيز النفاذ بتاريخ ١٥ مارس ٢٠٠٨ أي بعد شهرين من تصديقه، وقد وقعت عليه (١٦) دولة وصادقت عليه (١١) دولة حتى تاريخه (٢)، ومنها مملكة البحرين التي صدقت عليه بموجب القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٦، وجاء ليعني بحقوق الإنسان في الدول العربية، ويتألف من ديباجة وثلاث وخمسين مادة، تضمنت جل الحقوق المعترف بها في مجال حقوق الإنسان (٣).

وقد تناول الميثاق في نصوصه مجموعة من الحقوق والحريات الأساسية التي شملت الحق في الحياة والسلامة البدنية، الحريات السياسية والمدنية، استقلال القضاء وحق اللجوء إليه، مكافحة الرق والاتجار بالأشخاص، حرية الرأي والتعبير، حق الملكية الفردية، حماية الأسرة وبخاصة النساء والأطفال، الحق في العمل وتكوين الجمعيات والنقابات المهنية، الحق في تنمية الموارد، الحق في الصحة، الحق في توفير الحياة الكريمة لذوي الإعاقة النفسية والجسدية، الحق في التعليم، وتنصب باقي نصوصه على تنظيم عمل «لجنة حقوق الإنسان العربية» من حيث تشكيلها واختصاصها.

هذا وخلافاً للجنة العربية الدائمة لحقوق الإنسان التابعة لجامعة الدول العربية، هنا تتولى اللجنة التي أنشأها الميثاق تلقي تقارير دورية كل ثلاث سنوات من الدول الأطراف لبيان مدى التزامها بإعمال حقوق الإنسان والحريات الواردة في الميثاق ومدى اتخاذها التدابير والاجراءات اللازمة لتطبيق تلك الحقوق، ودراسة التقارير بحضور من يمثل الدولة المعنية لمناقشة التقرير، على أن تتقدم اللجنة بتقاريرها السنوية وملاحظاتها وتوصياتها إلى مجلس الجامعة، وتعتبر تقارير اللجنة وملاحظاتها الختامية وتوصياتها وثائق علنية.

وبذلك يفتقر الميثاق إلى آلية حقيقية لحماية حقوق الإنسان حيث اقتصر دور اللجنة في تلقي تقارير الدول الأطراف ورفع تقرير لمجلس الجامعة بشأنها، فالتقارير هي الأداة الوحيدة المتاحة للرقابة على إعمال الميثاق تقدم على فترات متباعدة كل ثلاث سنوات.

فلم يتضمن الميثاق حق اللجنة في تلقي الشكاوى من الأفراد أو المنظمات غير الحكومية، كما لم يتناول آلية للتعامل في حالات عدم التزام الدول الأطراف بالحقوق والحريات المنصوص عليها في الميثاق.

١. د. محمد يوسف علوان، حقوق الإنسان في ضوء القوانين الوطنية والمواثيق الدولية، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٨٩، ص ١٦٠.
٢. بيان التوقيع والتصديق على الميثاق العربي لحقوق الإنسان بعد تحديته الصادر عن جامعة الدول العربية، المنشور على الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية المشار إليه سلفاً.
٣. القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٦ بالتصديق على الميثاق العربي لحقوق الإنسان، الجريدة الرسمية، العدد ٢٧٢٨ الصادر يوم الأربعاء الموافق ١٠ مايو ٢٠٠٦، منشور الموقع الرسمي لهيئة التشريع والإفتاء القانوني <http://www.legalaffairs.gov.bh>

## ثانياً: ملامح إنشاء المحكمة العربية لحقوق الإنسان:

تجدد الإشارة إلى أن فكرة إنشاء محكمة عربية لحقوق الإنسان تستند إلى اعتبارين أولهما قانوني، هو أن الحماية القانونية الفعالة على المستوى الإقليمي لحقوق الإنسان لا يمكن تأمينها بشكل كاف من حيث المبدأ، إلا إذا وجدت محكمة لحقوق الإنسان، كركيزة رئيسية لتوفير حماية حقيقية لحقوق الإنسان، أما الاعتبار الثاني واقعي وهو أن الجامعة العربية، كما سبق وأن بينا، ليس لديها نظام إقليمي متكامل لتعزيز واحترام وحماية حقوق الإنسان على عكس المناطق الإقليمية الأخرى كأوروبا وأمريكا وأفريقيا.

ومن الضروري في هذا السياق التنويه بأهمية مقترح جلالة الملك المفدى في إنشاء محكمة عربية لحقوق الإنسان، على غرار المحاكم الإقليمية في كل من أوروبا وأمريكا وأفريقيا (١)، أخذاً في الاعتبار خصوصية العالم العربي. ويمكن أن يأتي ذلك عبر تبني ملحق إضافي للميثاق العربي لحقوق الإنسان يتضمن النص على إنشاء المحكمة واختصاصها والإجراءات الخاصة بحماية حقوق الإنسان وحرياته الأساسية.

هذا ويمكن أن تكون أبرز ملامح المحكمة العربية لحقوق الإنسان أن يكون تشكيلها من عدد من القضاة المنتخبين بناء على ترشيح الدول الأطراف ممن تتوافر فيهم الشروط اللازمة لتولي الوظائف القضائية العليا، مع لزوم التأكيد على أن يدخل في تشكيل نظر الدعوى القاضي الذي يحمل جنسية الدولة الطرف في الدعوى، باعتبار أن وجود القاضي الوطني يرجع إلى إمامه بالنظام القانوني الوطني في الدولة. وعلى غرار المحاكم الإقليمية بأوروبا وأمريكا وأفريقيا، يمكن أن يسند للمحكمة العربية اختصاصان أساسيان، أولهما قضائي يتمثل في النظر فيما يرفع إليها من دعاوى حول انتهاكات للحقوق والحرريات الواردة بالميثاق العربي لحقوق الإنسان، وثانيهما استشاري يخص تفسير نصوص الميثاق.

أما عن حق تقديم الشكاوى الخاصة بانتهاك حقوق الإنسان، فتملكه الدول الأطراف في الميثاق، والأفراد ويشمل هذا اللفظ أي شخص طبيعي، أو جماعة من الأفراد، أو منظمة غير حكومية. ويلاحظ أن معظم اتفاقيات حقوق الإنسان تستلزم موافقة الدولة المعنية المسبقة والصريحة على قيام اللجنة أو المحكمة بنظر مثل هذه الشكاوى (٢)، إذ لا يكفي أن تكون الدولة طرفاً في الملحق الخاص بإنشاء المحكمة وإنما لا بد من قبولها اختصاص اللجنة أو المحكمة بنظر النزاع، تفسير ذلك أن قضاء الدولة الحالي يستند - في مجموعه - إلى إرادة الدول، فلا بد من موافقتها على إعطاء المحكمة ولاية حل النزاع (٣).

وعلى ذلك، فإن للدول الأطراف إحالة أي نزاع بينهم حول انتهاك أحكام الميثاق العربي لحقوق الإنسان للمحكمة مباشرة دون المرور على اللجنة، ولا يشترط أن يكون قد لحق الدولة الشاكية ضرر من جراء عدم

١. لمزيد من المعلومات حول الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان انظر د. محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان - المجلد الثاني: الوثائق الإسلامية والإقليمية، دار الشروق، ٢٠٠٢، ويمكن زيارة الموقع الرسمي للمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان <http://www.corteidh.or.cr> والموقع الرسمي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان <http://www.echr.coe.int>.

٢. د. محمد يوسف علوان، المرجع السابق، ص ١٩٧.

٣. د. أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠، ص ٧٠٠-٧٠١.

تطبيق الميثاق من قبل الدول التي ينسب إليها خرق حقوق الإنسان، فقد تأتي هذه الشكاوى لصالح أفراد ليسوا من مواطني الدولة الشاكية.

أما فيما يخص الشكاوى المقدمة من الأفراد، من البديهي القول بأنه حتى يتم النظر فيها لابد من إثبات المصلحة المباشرة من الشكوى أي أن يلحقه ضرر مباشر من جراء انتهاك الدولة أحكام الميثاق، كما يتعين استنفاد طرق الطعن الداخلية المتاحة في الدولة المعنية، وألا يكون قد سبق تقديمها للجنة أو لهيئة دولية أخرى للتحقيق فيها أو فض النزاع بشأنها.

فإذا تحقق ماسلف ذكره، جاز للأفراد اللجوء إلى لجنة حقوق الإنسان العربية - كما هو الأمر في الاتفاقية الأمريكية - وليس إلى المحكمة مباشرة (١)، التي تبدأ بنظر الشكاوى الفردية ضد أي من الدول الأطراف التي يدعى أنها قامت بانتهاك الحقوق المحمية في الميثاق، وإجراء تحقيق إذا اقتضى الأمر، والسعي للوصول إلى تسوية ودية، وفي حال عدم الوصول إلى هذه التسوية، فإن لها إحالة الأمر إلى المحكمة لاتخاذ قرار ملزم إذا رأت أن ذلك يمكن أن يحقق أغراض الميثاق بشكل أمثل.

والجدير بالذكر أن الهدف من وراء لزوم عرض شكاوى الأفراد على المحكمة من قبل «اللجنة» وليس الأفراد مباشرة، تمكين اللجنة من أن تصفي هذه الشكاوى من خلال استبعاد الشكاوى الكيدية وغير الجادة، وتلك التي سبق النظر فيها وصدور قرار نهائي بشأنها، والشكاوى التي لا تشكل وقائمه مخالفة للميثاق العربي لحقوق الإنسان، أو لا توجد فيها أدلة كافية تبرر إحالتها إلى المحكمة.

وتطبق المحكمة على المنازعات التي ترفع إليها الميثاق العربي لحقوق الإنسان ولها أن تسترشد بأحكام القانون الدولي الخاص بحقوق الإنسان.

ولكي تكون للمحكمة فعاليتها المرجوة لابد أن تكون لقراراتها الصادرة قوة النفاذ التي تتمتع بها الأحكام النهائية الوطنية داخل الدول الأطراف، وهذا في الواقع ما يؤكد احترام الدول الأطراف إذ تعهد بأن يكون لقرارات المحكمة الحجية والقوة التنفيذية كما لو كانت صادرة من محاكمها الداخلية (٢).

بالإضافة إلى هذا الاختصاص القضائي فإن للمحكمة اختصاصاً استشارياً يتمثل في تفسير الميثاق العربي لحقوق الإنسان وتحديد التزامات الدول الأطراف، وبخلاف قرارات وأحكام المحكمة الإلزامية فإن آراءها الاستشارية غير ملزمة وأن كان من المتوقع أن تتمتع بالتزام أدبي من قبل الدول الأطراف من الصعب تجاهله.

### وصفوة القول:

إن إنشاء محكمة عربية لحقوق الإنسان سوف يمثل تعزيزاً ملموساً وضرورياً لاحترام حقوق الإنسان العربي وحرياته الأساسية، كما سيسهم إنشاء المحكمة في سد النقص الموجود حالياً في الميثاق العربي لحقوق الإنسان وتحقيق التكامل بين نصوص الميثاق العربي والمعايير الدولية لحقوق الإنسان، كما ستكون

١. د. حسام أحمد هندواوي، القانون الدولي العام وحماية الحريات الشخصية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢، ص ٥٥-٥٧.

٢. د. الشیخة مریم بنت حسن آل خليفة ود. عبدالکريم علوان، المرجع السابق، ص ٣٠١.

المحكمة من خلال عملها القضائي والاستشاري ضماناً مهمة لاحتزام وتفعيل حقوق الإنسان في الوطن العربي على المستوى التشريعي والقضائي بالدول، ومن المتوقع أن ينص نظامها الأساسي على اختيارية الانضمام للمحكمة أي أن الانضمام إليها لن يكون إلزامياً على الدول، كما لن تكون المحكمة بديلاً عن القضاء الوطني وإنما أداة إضافية لحماية حقوق الإنسان لمن يرتضيها من الدول، ولن تكون المحكمة أداة للتدخل في شئون الدول ولا سيادتها الوطنية.

### المراجع:

- الدكتور أحمد أبو الوفا، الوسيط في القانون الدولي العام، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
- الدكتور حسام أحمد هندأوي، القانون الدولي العام وحماية الحريات الشخصية، دار النهضة العربية، ١٩٩٢.
- الدكتور محمد شريف بسيوني، الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان - المجلد الثاني: الوثائق الإسلامية والإقليمية، دار الشروق، ٢٠٠٣.
- الدكتور محمد يوسف علوان، حقوق الإنسان في ضوء القوانين الوطنية والموثيق الدولية، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٨٩.
- الدكتورة الشبيخة مريم بنت حسن آل خليفة والدكتور عبد الكريم علوان، ملتقى البحرين في حقوق الإنسان وحرياته الأساسية، الطبعة الأولى، جامعة البحرين، ٢٠٠٧.

### التشريعات:

- ميثاق جامعة الدول العربية، الذي انضمت إليه مملكة البحرين في تاريخ ١١/٩/١٩٧١.
- الميثاق العربي لحقوق الإنسان، الذي صدقت عليه مملكة البحرين بموجب القانون رقم (٧) لسنة ٢٠٠٦.
- اللائحة الداخلية للجنة الدائمة لحقوق الإنسان الصادرة بتاريخ ٥/٩/٢٠٠٧.

### المواقع الالكترونية الرسمية:

- الموقع الرسمي لهيئة التشريع والإفتاء القانوني <http://www.legalaffairs.gov.bh>
- الموقع الرسمي لجامعة الدول العربية [www.lasportal.org](http://www.lasportal.org)
- الموقع الرسمي للمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان <http://www.echr.coe.int>
- الموقع الرسمي للمحكمة الأمريكية لحقوق الإنسان





البحث الأنجليزي

**Kingdom of Bahrain**

**Legislation and Legal Opinion Commission**

The Law Journal of the Legislation and Legal Opinion Commission

(Kingdom of Bahrain Flag + LLOC Logo)

# **The Requirements for Industrial Designs Protection**



# The Requirements for Industrial Designs Protection The International Overview and National Application

by

**Dr. Mohamed Fouad Elhariry**

Legal Adviser for the Ministry of Finance, Kingdom of Bahrain

Vice-president of at the Egyptian 'Conseil D'Etat'

## Table of Contents

---

### INTRODUCTION

---

- A- The concept of industrial design
- B- The importance of the legal protection
- C- The distinction between industrial and artistic designs

### PART ONE:

---

International overview on the requirements for protection of Industrial Designs

#### **Section one:**

The protection of Industrial Designs under the Paris Convention

#### **Section two:**

The protection of Industrial Designs under the Berne Convention

#### **Section three:**

The protection of Industrial Designs under the TRIPs Agreement

### PART TWO:

---

The national application of the

requirements for protection of Industrial Designs

#### **Section one:**

The requirements for protection of Industrial Designs under the E.C. Design Directive

A- Protectable subject matters

A.1. Definition of design

A.2. Definition of product

B- Excluded subject matters

C- Protection requirements

C.1. Novelty

C.2. Individual character

C.3. Visibility

#### **Section two:**

The requirements for protection of Industrial Designs under the Egyptian Law

A- Definition of industrial design and model

B- Excluded subject matters

C- Protection requirements

C.1. Special appearance of novelty

C.2. Industrial applicability

### CONCLUSION

---

### BIBLIOGRAPHY

---

## INTRODUCTION

This part of the paper will focus on the definition of industrial design, the importance of industrial design legal protection and the distinction between industrial and artistic designs.

### **A. The concept of industrial design:**

There are many definitions of industrial design. One of these definitions is that an industrial design is an applied art whereby the aesthetics and usability of mass-produced products may be improved for marketability and production. Also, it is defined as the process of taking something from its existing state and moving it to a preferred state 1.

In addition, according to the International Council of Societies of Industrial Designs (ICSID) an industrial design is a creative activity whose aim is to establish the multi-faceted qualities of objects, processes, services and their systems in whole life cycles. Therefore, design is considered the central factor of innovative humanization of technologies and the crucial factor of cultural and economic exchange 2.

In my view industrial design may also be defined as an external appearance of an article produced by industry or handicraft. So, a hidden feature of a product can not be protected as industrial design. Moreover, it is a concrete intellectual creation which can be perceived by visual sense. This creation is the subject of design protection.

The design may consist of two-dimensional features or three-dimensional features. A two-dimensional design means an arrangement of lines or colors laid on a flat surface in order to produce a visual effect, whereas a three-dimensional design means forms which stand out from a flat surface. A two-dimensional design can be distinguished from a three-dimensional design in that the former implies a flat surface, whereas the latter occupies space. In fact, this practical distinction has no legal significance 1.

- 
1. [http://en.wikipedia.org/wiki/Industrial\\_design#Definition\\_of\\_industrial\\_design](http://en.wikipedia.org/wiki/Industrial_design#Definition_of_industrial_design).
  2. The International Council of Societies of Industrial Designs (ICSID) is a global organization promotes better design around the world. It includes over 150 members in more than 50 countries, representing an estimated 150,000 designers. Its members are professional associations, promotional societies, educational institutions, government bodies, corporations and institutions, which aim to contribute to the development of the profession of industrial design.
  3. D. COHEN, *The International Protection of Designs*, Kluwer Law International, London, 2000, p.1.

It should be noted that the industrial design is related only to the shape of an article. It must not serve the function of that article. In other words, designs which are dictated solely by the function which the article is to perform shall be excluded from protection 2.

However, there is an inherent relationship between the industrial design and the function. On the one hand, design possibilities are limited by function. At a certain stages, extravagance or fantasy in design can impede function. On the other hand, a design can facilitate function. For example, certain designs of automobiles take advantage of aerodynamic and decrease air resistance to increase speed 3.

The international conventions which govern the intellectual property rights do not provide a specific definition for what is meant by the concept of industrial design. However, national legal systems provide definitions of industrial design.

The Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of designs defines design as the appearance of the whole or a part of a product resulting from the features of, in particular, the lines, contours, colors, shape, texture and/or materials of the product itself and/or its ornamentation 4.

According to the Egyptian IP law, a design is any composition of lines or any three-dimensional form whether or not associated with colors provided that such composition or form gives a special appearance of novelty and is industrially applicable 5.

## **B. The importance of the legal protection:**

The legal protection of industrial design is very important to the owner of design, the consumers, and the economic development.

When an industrial design is protected, the right holder can exclude and prevent any unauthorized copying or imitation of his protected design by

1. WIPO Intellectual Property Handbook, Industrial Design and Integrated Circuits, WIPO Publication, 2004, p.114.
2. F.MABBOTT-TH. COTTIER-F. GURRY, International Intellectual Property in an Integrated World Economy, Aspen Publishers, Wolters Kluwer, New York, 2007, p. 559.
3. The Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13th October, 1998, on the legal protection of designs, which came into force on 24th December, 1998.
4. The Egyptian Law on the Protection of Intellectual Property Rights No. 82 of 2002, 2nd June, 2002, which came into force on 3rd June, 2002.



third parties. This assists to ensure a fair return on investment.

Consumers often take the visual appeal of a product into consideration when choosing between different products. This is especially true when the market offers variety of products with the same function and price. In these cases, the aesthetic appeal of a product is a decisive factor in determining the consumer's choice since design makes a product attractive and adds to its commercial value.

In fact, the importance of the legal protection of industrial design comes from the crucial role of designs in increasing product marketability and enhancing fair competition within a market-based economy.

The legal protection of design provides incentive for creativity in this field, and promotes the honest trade practices in the market which, of course, benefit consumers and enhance the welfare of the society at large.

Protecting industrial designs spurs economic development by encouraging creativity in the industrial and manufacturing sectors. Also, it contributes to increasing commercial activities and export of national products in both developed and developing countries.

### **C. The distinction between industrial and artistic designs:**

The basis of the distinction between industrial and artistic designs is the functionality of the design. The purpose for which the design is made identifies the nature of design. Therefore, an industrial design is a creation intended for industrial use or exploitation, i.e. which is to be used for practical purposes such as clothing and furniture. So, industrial designs must be intended for mass production.

An artistic design is a creation has only a decorative purpose without any industrial aim. This design has no end other than to be looked at and admired such as painting and sculpture.

The distinction between industrial and artistic designs plays an important role in countries which protect designs by one legal method only, either by specific legislation or copyright law, because this distinction defines the type of protection regime which can apply to designs. Where a design is considered to be industrial, it will be protected by a specific legislation under which registration formalities are required. Whereas if a design is deemed as artistic, it will be protected only by copyright law under which the protection is granted automatically.

However, the distinction between industrial and artistic designs is not important in countries which adopt the principle of unity of art. Under this principle, a design can be protected at the option of creator, alternatively or cumulatively, through copyright law and/or specific design law regardless of the purpose of the design 1.

Additionally, there are countries protect industrial design by copyright law, beside protection by specific design law, if the artistic features of this design prevail over its functionality.

## PART ONE

### International overview on the requirements for protection of Industrial Designs

This part of the paper will be devoted to explain how the international conventions of the intellectual property rights, namely, the Paris Convention for the Protection of Industrial Property 2, the Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works 3 and the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs) 4 , regulate the protection of industrial designs and what are the requirements for such protection.

### Section one

#### The protection of Industrial Designs under the Paris Convention

Industrial designs are included in the scope of industrial property covered by Article 1(2) of the Paris Convention.

Article 5B of the Paris Convention provides that «*The protection of industrial designs shall not, under any circumstances, be subject to any forfeiture, either by*

- 
1. D. COHEN, The International Protection of Designs, supra at note 3, pp. 2-4.
  2. Paris Convention for the Protection of Industrial Property, Paris, 20th March, 1883, which came into force on 7th July, 1884, WIPO lists 173 contracting countries as of November, 2008.
  3. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Berne, 9th September, 1886, which came into force on 5th December, 1887; WIPO lists 164 contracting countries as of November, 2008.
  4. Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 15th April, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C.

*reason of failure to work or by reason of importation of Articles corresponding to those which are protected.»*

Article 5D of the Paris Convention provides that «No indication or mention of the patent, of the utility model, of the registration of the trademark, or of the deposit of the industrial design, shall be required upon the goods as a condition of recognition of the right to protection.»

Article 5quinquies of the Paris Convention stipulates that «Industrial designs shall be protected in all the countries of the Union.»

According to Article 5B of the Paris Convention, the legal protection of right holder can not be subject to any forfeiture, either by reason of failure to work or by reason of import of products corresponding to those which are protected.

This provision prohibits that rights conferred by industrial designs be declared forfeited as a result of either failure to work or importation of corresponding products. In contrast, such a possibility exists in relation to utility models and patents in accordance with Article 5A of the Paris Convention 1.

The expression «forfeiture» must be understood to include any measure which would terminate the protection of a design on the ground referred to. These measures may be repeal or revocation or annulment or cancellation.

The expression «failure to work» is understood as meaning the failure to manufacture the products representing or incorporating the design 2. However, the contracting countries have discretion to define what they understand by that expression.

Article 5D of the Paris Convention states that the recognition of the right to protection does not require that there is an indication to the deposit of the industrial designs on the product. This rule was introduced in 1925 and extended in 1934 to other industrial property rights which are patents, utility models and trademarks .

I think that the Paris Convention opened the door, by that Article, to the contracting countries to adopt the rule whereby the deposit of design

- 
1. A. KUR, TRIPs and Design Protection in (F.K. Beier & G. Schricker eds.), From GATT to TRIPs: The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual property Rights, Studies in Intellectual Property and Copyright Law, 1996, 141 ff., at 145.
  2. G. H. C. BODENHAUSEN, Guide to the application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, BIRPI, WIPO publication, 2004, p. 74.

application is sufficient to grant protection. Indeed, the deposit system is criticized because it does not require national IP offices to examine the novelty of a design before granting protection. This way of protection does not encourage the creativity in the field of the industrial designs since the applicant knows that the novelty of the claimed design will not be examined. In practice, this system creates a lot of problems among the competitors in the market.

Article 5quinquies of the Paris Convention states that the protection of industrial designs must be provided in all the countries of the Union. However, it does not explain how protection is to be granted.

This provision should not be interpreted so as to mean that the contracting countries have to protect industrial designs by sui generis legislation, rather it is allowed to every country of the Union to protect industrial designs under copyright legislation or as protection against unfair competition.

In addition, it was said that Article 5quinquies may be considered self-executing in countries which accept this concept; consequently, the interested parties can directly invoke that provision in court .

According to the previous articles, it could be stated that the Paris Convention obliges all contracting countries to protect industrial designs. However, it does not specify a special legal system for protecting them, so each contracting country has freedom to adopt any legal protection regime in its domestic legislation in order to implement its international obligation set out by the Paris Convention.

## **Section two**

### **The protection of Industrial Designs under the Berne Convention**

Article 2(7) of the Berne Convention provides that «Subject to the provisions of Article 7(4) of this Convention, it shall be a matter for legislation in the countries of the Union to determine the extent of the application of their laws to works of applied art and industrial designs and models, as well as the conditions under which such works, designs and models shall be protected. Works protected in the country of origin solely as designs and models shall be entitled in another country of the Union only to such special protection as is granted in that country to designs and models; however, if no such special protection is granted in that country, such works shall be protected as artistic works.»

The purpose of the Berne Convention regarding industrial designs is to regulate their protection on the basis of copyright. This issue was topic of

heated discussions during the various revisions of the Berne Convention. The paragraph (7) of Article 2 of the Berne Convention governs this question. This paragraph sets out two essential principles in this area.

First, the choice of the method of protection applicable to industrial designs is a matter of discretion of the contracting countries. Therefore, the national legislature of the contracting states can determine firstly the requirements for protection of industrial designs, and secondly the scope of application of that protection <sup>1</sup>.

The Berne Convention does not oblige the contracting countries to protect industrial designs under copyright. They can protect them exclusively by a legislation specific to industrial designs, or cumulatively, and without any restriction, by a copyright law and specific legislation, or cumulatively, but with certain reservations, by a copyright law and specific legislation.

The second principle of Article 2(7) of the Berne Convention states that if a work of art applied to industry is protected only by a specific legislation to industrial designs in its country of origin, a national of another contracting country can not claim the protection of copyright for this design in other countries of the Union.

On the other side, if a work of art applied to industry is protected by copyright in its country of origin, a designer can claim this protection in other countries of the Union if they accept the copyright protection. In other words, a work which is not protected by copyright in its country of origin can not benefit from such protection in another country of the Union <sup>2</sup>.

The importance of this principle appears in practical applications to grant copyright protection for industrial designs. In these situations, courts must firstly determine whether its national system allows for protection of industrial designs by copyright if so, secondly, it must determine whether this way of protection is also available in the country of origin.

Denis Cohen thinks that the principle of reciprocity contained in Article 2(7) of the Berne Convention must be viewed as an exception to the general principle of national treatment set out in the Convention. Consequently, the principle of reciprocity should be strictly interpreted <sup>1</sup>.

It is worthy to note that Article 7(4) of the Berne Convention provides that the determination of the term of protection of the works of applied art, where they are protected under copyright, is a matter for the national

- 
1. A. KUR, TRIPs and Design Protection in (F.K. Beier & G. Schricker eds.), From GATT to TRIPs: The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual property Rights, *supra* at note 12, p.145, Footnote No. 24.
  2. G. H. C. BODENHAUSEN, Guide to the application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, *supra* at note 13, p. 86.

legislations of the contracting countries; however this Article states that the minimum term of protection shall be twenty-five years from the making of such works.

### Section three

#### The protection of Industrial Designs under the TRIPs Agreement

Article 25 of the TRIPs Agreement provides that «Requirements for Protection.

1. Members shall provide for the protection of independently created industrial designs that are new or original. Members may provide that designs are not new or original if they do not significantly differ from known designs or combinations of known design features. Members may provide that such protection shall not extend to designs dictated essentially by technical or functional considerations.
2. Each Member shall ensure that requirements for securing protection for textile designs, in particular in regard to any cost, examination or publication, do not unreasonably impair the opportunity to seek and obtain such protection. Members shall be free to meet this obligation through industrial design law or through copyright law.»

Article 25(1) of the TRIPs Agreement is devoted to define the requirements for protection of industrial designs in the WTO Member States. It reflects the mixed nature of industrial designs as works of applied art which are subject to copyright protection, and as external aesthetic shape of industrial products which is subject to industrial property.

This provision obliges the Member States to require that designs must be independently created to deserve protection regardless of whether they adopt a copyright protection or an industrial property registration system. In addition, they are obliged to require that designs must be new or original; yet, this Article does not permit the accumulation of requirements 1.

Article 25(1) uses expression «independently created» as well as words «new» and «original».

Industrial design must be independently created since it is a fundamental condition for protection. An industrial design is considered independently created when a designer, without knowing about the work of another designer, produces a similar or identical design 2.

There is no specific definition in the TRIPs Agreement for the words

---

1. D. COHEN, The International Protection of Designs, supra at note 3, pp. 113-114.

«new» and «original». However, the use of these words is crucial in the field of protection of industrial designs because word «new» has connotations of novelty which are well understood within the context of patent law, while «original» is a word which is rooted in copyright.<sup>3</sup>

Novelty is a concept of industrial property and is always measured in connection with a specific date. It is an essential objective condition for the protection of industrial property. Although the TRIPs Agreement does not specify the kind of novelty required to protect industrial designs, most national legislations require worldwide novelty to grant protection.

Generally, the notion of originality means that a work must express personal intellectual creation of an author. In other words, there must be a personal link between the work and the creator, so it is intertwined with independent creation. It is deemed as an essential subjective condition for the protection of copyright.

So, I can state that the TRIPs Agreement considers that independence of creation is a mandatory requirement for protection of industrial designs; additionally, Member States may choose between novelty and originality as a second requirement for such protection.

It should be noted that although industrial designs are intended for industrial use, the TRIPs Agreement does not require that designs must be industrially applicable as a requirement for protection.

Moreover, the TRIPs Agreement does not prevent Member States from adopting additional substantive requirements for protection, so all national legislations require that designs must not be contrary to public order and morality.

According to the second sentence of the text of Article 25(1), Member States may decide that an industrial design is not protectable where it does not significantly differ from known designs or combinations of known design features since; in this case, industrial design lacks novelty or originality.

The third sentence of Article 25(1) allows Member States to exclude the technical or functional designs from scope of protection of industrial designs. The rationale of this is that if a design for an article is dictated purely by the function which the article is intended to perform, protection for that design would have the effect of excluding all other manufacturers from producing items intended to perform the same function.<sup>1</sup>

- 
1. N. PIRES DE CARVALHO, *The TRIPs Regime of Trademarks and Designs*, Kluwer Law International, London, 2006, p. 402, para 25.8.
  2. *Id.*, p. 396, para 25.3.
  3. C. M. CORREA-A. A. YUSUF, *Intellectual Property and International Trade: the TRIPs Agreement*, Kluwer Law International B V, The Netherlands, 2008, p. 223.

Article 25(2) of the TRIPs Agreement provides requirement for securing protection for textile designs, in particular in regard to any costs, examination or publication, do not unreasonably impair the opportunity to seek and obtain such protection.

This provision can be implemented by industrial design law or copyright. It applies only to textile designs. No such provision is found in articles of trademarks or patent protection even though the expense of the latter has long been a source of complaint 2.

## PART TWO

### **The national application of the requirements for protection of Industrial Designs**

Part two of this paper will shed the light on what the national legislature requires to protect industrial designs in Europe and Egypt.

This part is subdivided into two sections; the first will explain the protectable subject matters, the excluded subject matters from design protection and the protection requirements under the Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council on the legal protection of designs (the Design Directive). The second section will preview how the Egyptian Law on the Protection of Intellectual Property Rights No. 82 of 2002 regulates the above mentioned elements.

### **Section one**

#### **The requirements for protection of Industrial Designs under the E.C. Design Directive**

The main aim of the Design Directive is to harmonize registered protection for industrial design across European Union Member States. So, it establishes the basic structure of European Union members' design registration systems 3.

#### **A- Protectable subject matters:**

To identify the protectable subject matters, it is appropriate to analyze the definitions of the key terms used in the Design Directive which are «design» and «product». Everything that satisfies these concepts is considered

- 
1. WIPO Intellectual Property Handbook, Industrial Design and Integrated Circuits, supra at note 4, p. 115.
  2. C. M. CORREA-A. A. YUSUF, Intellectual Property and International Trade: the TRIPs Agreement, supra at note 21, p.224.
  3. <http://www.fryer.com/eudedrp1.htm>



protectable subject matter.

## **A.1. Definition of design:**

Article 1(a) of the Design Directive defines a «design» as the appearance of the whole or a part of a product results from features of, in particular, the lines, contours, colors, shape, texture and/or materials of the product itself and/or its ornamentation. This definition covers two-dimensional designs which are called «designs», and three-dimensional designs which are called «models»<sup>1</sup>.

The expression «appearance of the whole or a part of a product» refers to any element which can be perceived by the human senses. It seems to me that ideas and concepts are not covered by that definition since it focuses on the external aspects of a product.

There is constancy in the jurisprudence on that the word «appearance» covers all visual and tactile features of a product since Recital (11) of the Design Directive indicates that protection is conferred by registration for those design features of a product which are shown visibly in an application, and Recital (13) of the same Directive says that assessment of individual character relies on viewing of an informed user to the design. Furthermore, it is clear that the European legislature intends to exclude sound, taste and smell features from the definition of a «design».

In addition, it is not required that a design must be attractive or have aesthetic quality to be qualified for protection because Recital (14) of the Design Directive provides that «... whereas it is understood that this does not entail that a design must have an aesthetic quality...»

The use of expression «in particular» let me state that the current definition is very broad since it encompasses non-exhaustive list of features whereby the appearance may be assessed. Every design which meets that definition can be protected.

## **A.2. Definition of product:**

Article 1(b) of the Design Directive defines a «product» as any industrial or handicraft item including, inter alia, component parts, packaging, get-up, graphic symbols, and typographic typefaces, but excluding computer programs.

---

1. D. MUSKER, *Community Design Law—Principles and Practice*, Sweet & Maxwell, London, 2002, p. 12, para 1-012.

This definition is broad enough to include all items which can be produced by industry or handicraft except computer programs. It covers all kinds of two-dimensional and three-dimensional products. However, it was not intended to go so far as to cover living spaces, e.g. landscape design. The protection for these is to be left to copyright 1.

The Design Directive provides for some examples for protected products. Component parts are deemed protectable where they are intended to be assembled into a complex product. The Design Directive defines a complex product as a product which is composed of multiple components which can be replaced permitting disassembly and reassembly of the product. Graphic symbol is something which is neither letter nor number, e.g. «@» which is used in Internet domain names. Typographic typefaces mean way of letter or number designs which are used in writing on computer, e.g. Times New Roman and Arial.

It is important to know that the Design Directive does not require that a design exhibits industrial application or some quality of repeatability. It is said that the European stance is appropriate as there is no justifiable reason to single out any one mode of manufacture for protection above all other means of manufacture 2.

As the Design Directive does not deal with matters concerning application and registration formalities, it is evident that what is protected is a design for any product; in other words, a design does not necessitate being associated with a specific product. This principle affects the assessment of novelty and individual character requirements as we will discuss below.

It should be noted that the protection is conferred on the design and not the product. Thus a registered design is not tied to a specific industrial product but remains protected regardless of the product to which it is applied 3.

## **B- Excluded subject matters:**

Excluded subject matters are exceptions to registrability. According to Articles 1(b), 7 and 8 of the Design Directive, four main types of subject matters are excluded from design protection, namely, computer programs,

- 
1. Id, p. 16, para 1-019.
  2. U. Suthersanen, Design Law in Europe, Sweet & Maxwell, London, 2000, p. 30, para 6-010.
  3. K.A. LEVIN-M.B. RICHMAN, A Survey of Industrial Design Protection in the EU and the US, in 25 EIPR 2003, 111 ff., at 111.

designs solely dictated by technical function, designs of interconnections and designs contrary to public order or morality.

**First**, Article 1(b) of the Design Directive excludes expressly computer programs from the definition of a product; accordingly they are not protected under design protection. The reason of this exclusion is that computer programs are decided to be protected by copyright in accordance with the provisions of the Directive 91/250/EEC on the legal protection of computer programs<sup>1</sup>. However, specific graphic designs, such as computer icons, will qualify as products.

**Second**, Article 7(1) of the Design Directive stipulates that «1. A design right shall not subsist in features of appearance of a product which are solely dictated by its technical function...»

Features of a design can not be registered if they are exclusively dictated by the function of a product. Recital (14) of the Design Directive makes clear that the reasoning of this exclusion is to avoid hampering technological innovation within the European market. In practice, the refusal to register a design on the ground of technical function will arise where such design includes new technology or functionality invented or designed by the designer.

The word «dictated» could be interpreted to mean that a feature of a design is dictated solely by function if it can not be made any other way to perform the function, in other words «dictated» has a mandatory meaning. Also, it could mean that if a designer thought only about the function, in other words, «dictated» has a causative meaning. In fact, there is no harmonization among Member States regarding these interpretations, that is, some national courts adopt the first interpretation whereas other national courts take the second one<sup>2</sup>.

It seems to me that expression «technical function» should be interpreted to mean the principal function of the product, that is, the main function for performing which the product is manufactured, because this view agrees with the rationale behind the current exclusion which is to allow the competitors to enter the relevant market as well as to promote the competition in supply of functional specifications.

- 
1. The Council Directive 91/250/EEC of 14th May, 1991, on the legal protection of computer programs, which came into force on 16th May, 1991.
  2. D. MUSKER, Community Design Law—Principles and Practice, *supra* at note 25, pp. 45-46, para 1-079.

In addition, it should be noted that the Design Directive follows to some extent the exclusion provided for by Article 25(1) of the TRIPs Agreement that allows Member States to exclude the technical or functional designs from protection of industrial designs.

**Third**, Article 7(2), (3) of the Design Directive provide that «2. A design right shall not subsist in features of appearance of a product which must necessarily be reproduced in their exact form and dimensions in order to permit the product in which the design is incorporated or to which it is applied to be mechanically connected to or placed in, around or against another product so that either product may perform its function.

3. Notwithstanding paragraph 2, a design right shall, under the conditions set out in Articles 4 and 5, subsist in a design serving the purpose of allowing multiple assembly or connection of mutually interchangeable products within a modular system.»

According to Article 7(2) of the Design Directive, interconnecting features of a design are excluded from design protection. An interconnecting feature is any feature of the designed product which enables that product to be mechanically connected to or placed in, around or against another product, so that either product may perform its function. This exclusion applies to features which permit a precise fit between two products as in plug and socket 1.

This provision is concerned primarily with the spare parts within motor vehicle sector. For example, features of an exhaust pipe connecting with the underside of the car will be subject to the current exclusion. Additionally, the wording «mechanically connected» makes evident that this provision is limited to mechanical interconnection.

The aim of the mechanical interface exception is to promote interoperability of products of different makes by not extending protection to the design of mechanical fittings. Thus an industrial design which must be reproduced in exact form and dimension in order to mechanically connect to another product is not registrable. However, this exception does not apply if a design allows multiple assembly or connection of mutually interchangeable products within a modular system for example, stacking chairs 2.

Article 7(3) of the Design Directive removes features within a modular system from the interconnection exclusion clause. So, this exclusion does

- 
1. U. Suthersanen, Design Law in Europe, supra at note 27, p. 36, para 6-030.
  2. K.A. LEVIN-M.B. RICHMAN, A Survey of Industrial Design Protection in the EU and the US, supra at note 28, p. 113.

not apply to Lego toy and interconnecting elements of a toy car assembly kits and the like.

It is said that one way of rationalizing the exclusion of modular products is that the assembling together of such products is not just an ancillary to enable the products to fulfill their function since assembly is the primary function of such products <sup>1</sup>.

In fact, the current paragraph was drafted as a result of successful lobbying of the manufacturers of such products on the European legislature. This special drafting for benefit of certain businesses is criticized by Professor Marco Ricolfi who thinks that it affirms that industrial designs are over protected.

It must be noticed that although Article 7 of the Design Directive excludes design right from subsisting in certain features of a design, namely, solely functional and must-fit features, these features are still part of the design and are hence presumably taken into account in assessing the overall appearance of the design for scope of protection and for individual character <sup>2</sup>.

In order to avoid any potential misinterpretation of the above mentioned paragraphs of Article 7 of the Design Directive, David Musker said, correctly, that Article 7(1) is concerned with features which allows a product to perform its function, whereas Article 7(2) concerning with features which allow two products to be connected so that either product may perform its function, in other words, features on product A allowing product B to function <sup>3</sup>.

Fourth, Article 8 of the Design Directive stipulates that «A design right shall not subsist in a design which is contrary to public policy or to accepted principles of morality.»

Accordingly, a design that is contrary to public order or to accepted principles of morality is excluded from protection. Indeed, the concept of public order and morality differs from country to country. Moreover, it differs within a given country from time to time in accordance with the prevailing ethical and cultural considerations. So, the inclusion of above mentioned provision has potential to upset the unitary concept of European design law because it is so difficult to set out unified standards for public policy or morality in all European Member States.

---

1. D. MUSKER, *Community Design Law-Principles and Practice*, supra at note 25, p. 51, para 1-088.

2. *Id.*, p. 41, para 1-072.

3. *Id.*, p. 43, para 1-076.

In addition to the above mentioned excluded subject matters, Article 11 of the Design Directive allows each Member State to adopt additional grounds for refusal of registration. These optional grounds include refusing registration if a design incorporates a prior registered or unregistered trademark, or constitutes unauthorized use of a copyrighted work, or constitutes improper use of well known trademark, or is not entitled to be registered under the law of the Member State concerned.

### **C- Protection requirements:**

Article 3 of the Design Directive provides that «1. Member States shall protect designs by registration, and shall confer exclusive rights upon their holders in accordance with the provisions of this Directive.

2. A design shall be protected by a design right to the extent that it is new and has individual character.

3. A design applied to or incorporated in a product which constitutes a component part of a complex product shall only be considered to be new and to have individual character:

(a) if the component part, once it has been incorporated into the complex product, remains visible during normal use of the latter, and

(b) to the extent that those visible features of the component part fulfill in themselves the requirements as to novelty and individual character.

4. «Normal use» within the meaning of paragraph (3)(a) shall mean use by the end user, excluding maintenance, servicing or repair work.»

The Design Directive requires that a design must comply with two main requirements to be conferred legal protection, that is; a design must be new and have individual character. The definitions of novelty and individual character requirements are obligatory since the European legislature intends to create harmonization in national laws of European Member States.

In addition, visibility criterion must be met, as an additional condition, only to protect component parts. The disclosure, the prior art and the exceptions to the prior art have the same concepts concerning with novelty and individual character requirements. All these principles will be discussed below.

#### **C.1. Novelty:**

Article 4 of the Design Directive provides that «A design shall be considered new if no identical design has been made available to the public before the date of filing of the application for registration or, if priority is claimed, the date of priority. Designs shall be deemed to be identical if their features differ only in immaterial details.»

The principle is that a design must be new to be protected. It is considered

new if there is no identical design was made available to the public before the filing date of the application for registration or, if priority is claimed, the date of priority.

The assessment of novelty depends on an objective comparison between a design for which registration is applied and any existing design in the prior art, the former design has to differ in material details to be deemed new. What will be immaterial is a matter of the courts. This comparison is carried out by expert's eye not by end user.

Article 6 of the Design Directive defines the prior art for the purpose of measurement of novelty and individual character requirements. The wording «made available to the public» means that if a design has been published following registration or otherwise, or exhibited, used in trade or otherwise disclosed. So, the prior art must be a «design» as that is now defined, but it can be a design for any kind of item, and this includes most forms of artistic work in a copyright sense. 1.

Consequently, the novelty of a design could be defeated by a prior design of a product other than the product to which the claimed design will be applied since the Design Directive does not require that design registration must be associated with a specific product.

Certain exceptions to the prior art are set out by Article 6 of the Design Directive. A design is not considered to be in the prior art if it could not reasonably have become known in the normal course of business to the circles specialized in the sector concerned, operating within the Community. The Green Paper indicates that the relevant circles would comprise the specialists, designers, merchants and manufacturers operating in the sector concerned. This exclusion is called the «safeguard clause».

A design will not be deemed to have been made available to the public for the sole reason that it has been disclosed to a third person under explicit or implicit conditions of confidentiality. Since there are no harmonized standards for the confidentiality concept within European Union, the determination of conditions of confidentiality will necessarily rely on the different laws of the Member States.

In addition, a design is excluded from the prior art if it was disclosed by the designer, his successor in title, or a third person as a result of information provided or action taken by the designer, or his successor in title during the

---

1. W. CORNISH-D. LLEWELYN, *International property: Patent, copyright, Trade Marks and Allied Rights*, Sweet & Maxwell, London, 2007, 6th Edition, p.576, para 15-17.

12-month period before the date of filing of the application or, if priority is claimed, the date of priority. The rationale behind allowing a designer 12-month grace period is to enable him to test the reaction of the consumers and the market and to evaluate the viability of his design before applying for registration.

Also, a design is excluded from the prior art if it has been made available to the public as a consequence of an abusive disclosure. This case could happen if a design was stolen from the designer or his successor in title.

The critical date for considering existing prior art in order to examine novelty requirement is the filing date of the application for registration or, if priority is claimed, the date of priority.

Concerning with the nature of novelty requirement, it is stated that the European legislator adopts relative novelty as opposed to absolute novelty; this is effected by introducing the concept of reasonable Community trade knowledge <sup>1</sup>. So, the public availability is the knowledge of the specialized circles within the territory of the community.

However, this novelty criterion is criticized on ground that in the age of the Internet every part of the world is connected so this kind of knowledge is questionable. Furthermore, the specialized circle of designers is relatively small and designers keep close contact with each other in international organizations like ICSID <sup>2</sup>.

## **C.2. Individual character:**

Article 5 of the Design Directive stipulates that «1. A design shall be considered to have individual character if the overall impression it produces on the informed user differs from the overall impression produced on such a user by any design which has been made available to the public before the date of filing of the application for registration or, if priority is claimed, the date of priority. 2. In assessing individual character, the degree of freedom of the designer in developing the design shall be taken into consideration.»

The second requirement for design protection is that a design must have individual character. An industrial design satisfies individual character requirement if the overall impression it produces on the informed user differs from the overall impression produced on such a user by any design has been made available to the public.

1. U. Suthersanen, Design Law in Europe, supra at note 27, p. 43, para 6-058.

2. T. BEZZEGH, Main Features Of The Harmonized European Design Law, European Integration Studies, volume 3, No. 1, 2004, p. 6.



A comparison must be made between a design for which protection is sought and any prior design to determine whether a design has individuality or not. The expression «overall impression» lets me say that the comparison must focus on designs as a whole regardless of the detailed differences between them. The common features must be given more weight than differences. If the comparison reveals that the overall impression is similar, the design under review will lack individual character.

As an industrial design is an important tool for marketing the products, so if the comparison shows that a new design has difference that can have an influence on market success of the product to which it is applied, individual character requirement is present.

In this context it should be considered that the assessment of individual character does not necessitate determination of quality of a design, but it requires that there is a notable or obvious difference when comparing the overall impression produced by a new design on an informed user with the overall impression produced by prior design on such a user.

According to Recital (13) of the Design Directive, the assessment as to whether a design has individual character should be based on whether the overall impression produced on an informed user viewing the design clearly differs from that produced on him by the existing design corpus. Thus, the comparison will rely on a visual test as determined by the informed user. Additionally, this Recital set out relevant factors which should be taken into consideration during the comparison. These factors include, inter alia, the nature of the product to which the design is applied or in which it is incorporated, and the industrial sector to which it belongs.

The prior art of individual character requirement is the same as that of novelty requirement, that is, comparison has to be made between new design and any design which has been published, exhibited, used in trade or otherwise disclosed. This prior art is subject to the same exceptions which have been discussed above.

The relevant date to identify the prior art in order to determine the individual character requirement is, also, the same as the novelty requirement, that is, the filing date of the application for registration or, if priority is claimed, the date of priority.

The measurement of the individual character of a design depends on the opinion of the informed user. The early commentaries suggest that, in line with the design is a marketing tool» theory, the informed user will, though not necessarily, be the end consumer of the product 1.

The term «informed user» could be interpreted to mean a designer who specializes in a certain area of production, or a designer who is generally informed about the market, or an attentive consumer in the market sphere. The European legislature does not require an expertise or special knowledge of all details of a design by the informed user but his general impression. It appears that the informed user shall know more than the average person, that is, he shall have a certain amount of experience in the field of the respective product, or shall at least be aware of this field and similar prior designs 2.

In my view the informed user means the attentive consumer. He differs from the average consumer and the skilled designer. He is in a middle position between both of them, that is, he has general knowledge about the relevant industrial sector to which the design applies and the similar preceding designs more than the average consumer and less than the skilled designer. Consequently, the individual character of a design is determined by the eye of the attentive consumer. It should be noted that this criterion is different from that of the assessment of the novelty of a design, namely, the expert's eye.

The degree of freedom of the designer in developing the design shall be taken into consideration to assess the individual character requirement. To determine the designer's freedom, the courts should look at the standardized features within a particular design or field of product and the environment of the creation.

The degree of designer's freedom in developing the design means that where there is little scope for differences, then relatively little differences from the prior design will be needed to find the individual character requirement, and conversely where design freedom level is great, larger differences are required 3.

The courts follow a four level test to decide upon the individual character requirement 1. First, the courts will assume the mantle of the relevant informed user. It depends on the kind of product. The application for registration is relevant in this regard. Second, the courts have to estimate the probable level of the informed user's knowledge. Third, the courts determine the boundaries of the existing design corpus within the relevant

- 
1. U. Suthersanen, Design Law in Europe, supra at note 27, p. 39, para 6-046.
  2. U. KOSCHTIAL, Design Law: Individual Character, Visibility and Functionality, in 36 IIC 2005, 297 ff., at 299.
  3. D. MUSKER, Community Design Law-Principles and Practice, supra at note 25, p. 33, para 1-057.

territory. Fourth, the overall impression of new design is compared with that of formerly known design.

### **C.3. Visibility:**

According to Article 3(3) of the Design Directive, the visibility is a condition for registered design protection. Only designs of component parts are subject to this condition. A design which constitutes a component part of a complex product must be remain visible during the normal use once it has been incorporated into a complex product. Moreover, the visible features of the component part have to fulfill in themselves the requirements as to novelty and individual character.

The visibility means that a design can be visible by the average observer with ordinary effort. This indicates that one could demand that the average observer uses glasses, but not a microscope, moreover, visibility dose not necessitate that a design must be visible at all times 2.

This legal norm is confined to the concept of complex product, e.g. a vehicle as a whole is a complex product, while wing mirror and steering wheel of that vehicle could constitute component parts which must remain visible during the normal use of such vehicle to be protected.

The visibility of a component part of a complex product is a new concept in the European legal system since it concerns parts design of a product whereas the traditional legal norm concerning with product design as a whole and not parts of it.

Once a component part has been incorporated into a complex product, it must remain visible during normal use of such product. The term «normal use» means the final use of the product by the end user and not exposition of such product for sale. Consequently, uses by virtue of repair, maintenance, servicing or care are excluded from the concept of normal use.

According to Article 3(1) of the Design Directive, a design must be registered to be protected. Member States are required to protect industrial designs through registration. However, it is said that this merely means that a registration-based system must be established in each Member States. The Design Directive does not prevent supplementary protection of designs by other means including unregistered design right or copyright 1.

This allowed the Commission to develop the protection of design through

- 
1. U. Suthersanen, *Design Law in Europe*, supra at note 27, pp. 39-40, para 6-048.
  2. U. KOSCHTIAL, *Design Law: Individual Character, Visibility and Functionality*, supra at note 40, p. 310.

providing for a new means of protection which is unregistered Community design by the Council Regulation (EC) No. 6/2002 on Community designs 2. The Regulation states that an unregistered Community design is automatically protected for a period of three years as of the date on which the design was first made available to the public within the territory of European Union. The substantive provisions of that Regulation concerning with definitions of key terms, requirements for protection, exceptions, exclusive rights and scope of protection are identical to the corresponding provisions of the Design Directive.

It must be noted that Article 17 of the Design Directive allows Member States to protect design by copyright law. According to this Article, a design protected by a design right registered in a Member State in accordance with the Design Directive shall also be eligible for protection under the copyright law of that State as from the date on which the design was created or fixed in any form. Each Member State is free to determine the extent to which, and the conditions under which, copyright protection is conferred, including the level of originality required. This discretion granted to Member States may conflict with the main purpose of the Design Directive which is harmonization of national design laws throughout Europe.

## **Section two**

### **The requirements for protection of Industrial Designs under the Egyptian Law**

The Egyptian Law on the Protection of Intellectual Property Rights No. 82 of 2002 (the Egyptian Law) replaced a collection of laws enacted over fifty years ago with a unified body of laws that brings Egyptian IP legislation into line with most of the developed world and the various intellectual property treaties to which it is a party. The Egyptian Law regulates the protection of industrial designs and registration proceedings in the Articles from 119 to 137 thereof. This section of the paper will focus on the definition of industrial design and model, excluded subject matters and protection requirements in accordance with the Egyptian Law.

#### **A- Definition of industrial design and model:**

Article 119 of the Egyptian Law provides that «An industrial design or model is any composition of lines or any three-dimensional form whether

- 
1. U. Suthersanen, Design Law in Europe, supra at note 27, p. 44, para 6-066.
  2. The Council Regulation (EC) No. 6/2002 of 12th December, 2001 on Community designs, which came into force on 6th March, 2002.

or not associated with colors provided that such composition or form gives a special appearance of novelty and is industrially applicable.»

It is clear that the Egyptian Law differentiates expressly between industrial design and industrial model. An industrial design is two-dimensional shape on the surface of a product to make it attractive and distinctive. It is defined as any arrangement of lines with or without colors if it is distinctively novel and applicable for industrial use. It may be drawings of nature or parallel lines or squares. For example, patterns on carpets and masterpieces.

An industrial model is the three-dimensional form of a product. It represents the shape of a product itself which gives it an aesthetic appearance. For example, the shape of perfume bottle. In addition, an industrial model may be concurrently protected as trademark if it satisfies the conditions of trademark protection.

It should be noted that the making of both design and model could be done manually or automatically in order to make a product, to which it is applied, distinctive from identical or similar products. An industrial design or model is required to have a special appearance of novelty and industrial applicability to be afforded with legal protection. These conditions will be explained later.

## **B- Excluded subject matters:**

Article 124 of the Egyptian Law stipulates that «The following are industrial designs or models that shall not be registered:

1- A design or model necessitated by the customary technical or functional considerations of the product.

2- A design or model which includes slogans, religious symbols, seals or flags of the Arab Republic of Egypt or any foreign country, or if consequences of its utilization results in breach of public order or morality.

3- A design or model that is identical, similar or resembles a registered trademark or a well-known mark...»

The Egyptian legislature excludes expressly three subject matters from design protection. **First**, an industrial design or model whose shape is basically due to the technical or functional requirements of the product shall not be registered. This exclusion is justified by that the protection of the technical or functional considerations of the product would prevent the competition in the market.

Additionally, this exception goes well with Article 25(1) of the TRIPs Agreement which allows Member States to exclude the technical or

functional features from design protection.

**Second**, an industrial design or model which includes emblems, religious symbols, stamps or flags of Egypt or any other country can not be protected. Moreover, if the use of an industrial design or model undermines public order or offends public morality, this design or model can not be registered.

It should be noted that this exclusion agrees with Article 25(1) of the TRIPs Agreement that does not prevent Member States from adopting additional substantive requirements for design protection.

**Third**, an industrial design or model which is identical, similar or closely resembles a registered trademark or a well-known mark is excluded from legal protection in order to protect consumers against any potential confusion. However; the owner of a registered trademark may register his trademark as an industrial design or model if it meets the protection requirements of industrial design. In this case, this design or model would enjoy dual protection during the term of protection of industrial design 1.

## **C- Protection requirements:**

The Egyptian Law protects industrial designs and models through registration. This registration is effective with novelty examination. According to Article 119 of the Egyptian Law, an industrial design or model must satisfy two main requirements to qualify for registration. An industrial design or model must give special appearance of novelty as well as must be industrially applicable.

### **C.1. Special appearance of novelty:**

An industrial design or model must be distinctively novel. It seems clear that use of word «appearance» covers all visual and tactile features of a product. Moreover, the wording of «special appearance» could be interpreted to mean that an industrial design or model has to have special features which make it distinctive from any similar existing design in the prior art. In other word, a design or model must not be copied from prior design or model to be registered.

- 
1. In fact this presumption has already occurred in Egypt in some cases. In my view the main aim of the owner of a registered trademark is to be overprotected. However, I think that there is no practical justification for this overprotection because the fact that design protection should be limited in time, whereas trademark protection does not have a final term, accordingly, the design will fall in the public domain after the end of limited term of design protection whereas the trademark may last forever. In other words, I see that this overprotection has no legal value since the trademark protection is stronger than design protection.

The Egyptian Administrative Adjudication Court said that a design or model must include amount of creativity and novelty in order to justify granting the legal protection. The criterion of this protection is that a design or model has to be new per se and must not be copied from preceding design or model <sup>1</sup>.

Since the Egyptian Law adopts worldwide novelty, the Industrial Designs Office is obliged to examine the novelty of a claimed design or model before registration. Therefore, it has to find the prior art in order to compare a design or model as a whole with any prior design which has been disclosed to the public anywhere in the world before the filing date of the registration application.

Such comparison does not focus on the detailed differences, so where the Industrial Designs Office finds that a design or model as a whole has a distinctive shape from existing similar designs or models, this design or model will be considered new. In practice, the Industrial Designs Office relies on the national public record and Internet to find the prior art and to evaluate the novelty of a design or model.

It should be noted that the Egyptian Law does not provide specific criterion to be used to assess the distinctive appearance of novelty of a design or model, so that I can say that the novelty examination is to some extent subjective process.

A design or model will lack novelty in certain cases in accordance with Article 120 of the Egyptian Law which provides that «An industrial design or model shall lose its novelty if:

1- It has been disclosed, described or uses thereof are displayed to the public prior to the filing date of the application for registration thereof. However, an industrial design or model shall still be considered new if the disclosure or description thereof has been made after the application for the registration thereof in a Member State of the World Trade Organization (WTO) or in a country that treats Egypt on reciprocal basis, or if it has been displayed in national or international exhibitions, or it has been published in a conference or in scientific periodicals, all these within a period not exceeding six months prior to the filing date of the application for the registration in Egypt.

2- It includes non-fundamental differences in respect of a prior industrial design or model, or it is dedicated to another type of products other than

---

1. Egyptian Administrative Adjudication Court, 3rd May, 2003, case No. 8500 of year 52.

to which the previously industrial registered design or model was designed for.»

Consequently, Article 120(1) of the Egyptian law states that a design or model will not be considered new if it has been publicly disclosed, described or exposed before the filing date of the registration application. This means that the Egyptian legislature requires an industrial design or model must have absolute novelty like patent. Furthermore, it was said that mere explanation of description of a design or model prior to the filing date of the application for registration thereof is sufficient to say that such design or model loses its novelty <sup>1</sup>.

In this respect, the Egyptian Court of Cassation stated that the disclosure of a design to the producers and traders before its registration will lead to lack of novelty, so that every person can make or use this design without authorization from the designer <sup>2</sup>.

Nonetheless, the Egyptian Law stipulates that the disclosure or description of a design or model would not affect its novelty if it has been carried out after the filing of a registration application in a Member State of the World Trade Organization (WTO), or in a country which deals with Egypt on basis of reciprocity within a period not exceeding six months prior to the date on which the registration application was filed in Egypt.

It should be noted that this exception agrees with the priority right set out by Article 4 of the Paris Convention which provides that «Any person who has duly filed an application for a patent, or for the registration of a utility model, or of an industrial design, or of a trademark, in one of the countries of the Union, or his successor in title, shall enjoy, for the purpose of filing in the other countries, a right of priority during the periods hereinafter fixed...»

It is known that the Paris Convention stipulates that the period of the priority right is six months. It starts from the date of filing of the first application for registration of an industrial design. Consequently, any subsequent filing in any of the other countries of the Union before the expiration of the period referred to above will not be invalidated by reason of any acts accomplished in the interval, in particular, publication, exploitation, or putting on sale of copies of a design or model.

In addition, the Egyptian Law excludes a design or model from the prior art if it has been displayed in national or international exhibitions, or it has been published in a conference or in scientific periodicals, provided that

- 
1. S. Elkaliouby, *The Industrial Property*, Dar Elnahda Elarabia, Cairo, 2005, 5th Edition, p. 668, para 467.
  2. Egyptian Court of Cassation, 6th December, 1971, case No. 665 of year 41.



this display or publication has been occurred within six months prior to the filing date of the registration application.

Consequently, the Egyptian Law gives 6-month grace period to the designer during which he can display his design or model in national or international exhibitions as well as publish it in a conference or in scientific periodicals and journals. These acts will not affect the novelty of a design or model as long as they have been made within a period not exceeding six months prior to the filing date of the registration application.

According to Article 120(2) of the Egyptian Law, the novelty of a design or model would be defeated if it was not essentially different from any existing industrial design or model, or if it was intended for another kind of products other than those of the previously registered industrial design or model.

It is manifest that a design or model must include basic differences that make it distinctive from any prior design or model in order to decide that it is new and protectable. Moreover, a design or model has to have fundamental differences from previously registered industrial design or model even if the former is dedicated to another type of products 1 .

## **C.2. Industrial applicability:**

According to Article 119 of the Egyptian Law, an industrial design or model must be industrially applicable. Industrial applicability indicates that a design or model must be capable of being manufactured by industry or handicraft to be registerable.

This requirement means that a design or model must be confined to distinguish the industrial products. The industrial applicability must be interpreted in broad sense to include all fields of industry. Therefore, designs or models which are printed in catalogues or advertisements to be distributed among the public as well as pure artistic designs can not be registered and protected under industrial design protection 2.

However, Article 140 of the Egyptian Law provides that «Protection under this law is conferred to authors of literary and artistic works, in particular the following works:

1- ...

9- Works of drawings with lines or colors, sculpture, lithography, printing on textile and any other similar works of fine arts...»

---

1. S. Elkaliouby, *The Industrial Property*, supra at note 48, p. 663, para 464.  
2. Id, p. 670, para 469.

Hence, the Egyptian Law allows protecting design or model concurrently under industrial design protection and copyright if such design or model is, at the same time, industrially applicable and has subjective artistic value.

No doubt that this dual protection of a design or model is very useful for the designer since the term of protection conferred by the registration of an industrial design is short i.e. ten years as of the date of filing the registration application in Egypt and may be renewed once for a further period of five years. Whereas the term of protection conferred by the copyright is author's life and is extended for fifty years as of the date of his death.

It is worthy to say that Article 123 of the Executive Regulation of the Egyptian Law on the Protection of Intellectual Property Rights states that the Industrial Designs Office may remove words, letters, or numbers from an industrial design or model if they are not indispensable fundamental components of such design or model.

## CONCLUSION

It could be finally concluded that the Paris Convention and the Berne Convention oblige the contracting countries to protect industrial design, yet, they don't specify certain requirements for industrial design protection whereas the TRIPs Agreement obliges the WTO Member States to protect industrial design and determines the protection requirements, that is, a design must be independently created as well as must be new or original to deserve protection. Industrial design protection gives its owner a property right which grants him exclusive use and exploitation of his creation by excluding the others from using it without his consent.

Since industrial design has noticeable impact on the marketing of products and plays a significant role in promoting industry, trade, and economic development, most countries implement their international obligation to provide legal protection for industrial design in their domestic legislations.

As we have seen, the European legislator protects industrial design through registration; additionally, it protects unregistered Community designs for a period of three years only from the date on which the design was first made available to the public within the European Union whereas the Egyptian legislator protects industrial design only by registration and does not provide protection for unregistered design.

The European and Egyptian legislators follow to some extent the TRIPs Agreement regarding the requirements for design protection. Both of them require that a design or model must be novel to be conferred legal protection. The assessment of novelty necessitates a comparison between the claimed design and the prior art. This design will be considered new if it is sufficient

different from the prior designs.

However, there is an important difference between the two legal systems regarding the criterion of novelty which they follow. On one hand, the European legislator adopts relative novelty. In fact, it seems to me that it applies this kind of novelty in order to protect European designers against any similar design has been disclosed outside the European Community as well as to save time and cost of the novelty examination process. On the other hand, the Egyptian legislator, like most countries, adopts absolute novelty to register industrial design or model. So, the examination of novelty in Egypt takes more time to be sure that the claimed design is sufficient different from any prior similar design anywhere in the world.

It should be noted that the European legislator does not require that a design has to have industrial applicability to be registered, whereas the Egyptian legislator stipulates expressly that a design or model must be capable of being manufactured by industry to be protected.

In addition, the European and Egyptian legislators provide grace period during which the disclosure of a design or model to the public does not defeat the novelty thereof. However, there is another difference between the two legislators. The European legislator provides 12-month period before the filing date of the registration application whereas the Egyptian legislator stipulates 6-month period only before the filing date of the registration application.

Finally, both legislators allow designer to seek protection of his design under copyright law beside the design protection. Indeed, copyright protection is an important way to protect design since it lasts longer than industrial design protection.

## BIBLIOGRAPHY

### Books:

B.G. GRAY-E. BOUZALAS eds., Industrial Design Rights, An International Perspective, Kluwer Law International, 2001.

C. M. CORREA-A. A. YUSUF, Intellectual Property and International Trade: the TRIPS Agreement, Kluwer Law International B V, The Netherlands, 2008.

D. COHEN, The International Protection of Designs, Kluwer Law International, London, 2000.

D. GERVAIS, The TRIPs Agreement: Drafting History and Analysis, Sweet & Maxwell, London, 2003, 2nd Edition.

D. MUSKER, Community Design Law-Principles and Practice, Sweet & Maxwell, London, 2002.

F.M ABBOTT-TH. COTTIER-F. GURRY, International Intellectual Property in an Integrated World Economy, Aspen Publishers, Wolters Kluwer, New York, 2007.

G. H. C. BODENHAUSEN, Guide to the application of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, BIRPI, WIPO publication, 2004.

N. PIRES DE CARVALHO, The TRIPS Regime of Trademarks and Designs, Kluwer Law International, London, 2006.

S. Elkaliouby, The Industrial Property, Dar Elnahda Elarabia, Cairo, 2005, 5th Edition.

U. Suthersanen, Design Law in Europe, Sweet & Maxwell, London, 2000.

W. CORNISH-D. LLEWELYN, International property: Patent, copyright, Trade Marks and Allied Rights, Sweet & Maxwell, London, 2007, 6th Edition.

WIPO Intellectual Property Handbook, Industrial Design and Integrated Circuits, WIPO Publication, 2004.

### Articles:

A. KUR, TRIPs and Design Protection in (F.K. Beier & G. Schricker

eds.), From GATT to TRIPS: The Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual property Rights, Studies in Intellectual Property and Copyright Law, 1996.

C. D. THORNE, European Community Design Regulation, in EIPR 2000.

K.A. LEVIN-M.B. RICHMAN, A Survey of Industrial Design Protection in the EU and the US, in 25 EIPR 2003.

T. BEZZEGH, Main Features Of The Harmonized European Design Law, European Integration Studies, volume 3, No. 1, 2004.

U. KOSCHTIAL, Design Law: Individual Character, Visibility and Functionality, in 36 IIC 2005.

V. SAEZ, The Unregistered Community Design, in EIPR 2002.

## **Conventions and Legislations:**

Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 15th April, 1994, Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, Annex 1C.

Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Berne, 9th September, 1886, which came into force on 5th December, 1887.

Paris Convention for the Protection of Industrial Property, Paris, 20th March, 1883, which came into force on 7th July, 1884.

The Council Directive 91/250/EEC of 14th May, 1991, on the legal protection of computer programs, which came into force on 16th May, 1991.

The Council Regulation (EC) No. 6/2002 of 12th December, 2001, on Community designs, which came into force on 6th March, 2002.

The Directive 98/71/EC of the European Parliament and of the Council of 13th October, 1998, on the legal protection of designs, which came into force on 24th December, 1998.

The Egyptian Law on the Protection of Intellectual Property Rights No. 82 of 2002, 2nd June, 2002, which came into force on 3rd June, 2002.