

# مجلة جيل

الأبحاث القانونية العميقة



مجلة علمية دولية محكمة تصدر شهريا عن مركز جيل البحث العلمي

Lebanon - Tripoli / Abou Samra Branche P.O.BOX 8 + 961- 71053262 - www.jilrc.com

العدد 20 - ديسمبر 2017





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

## المشرفة العامة ومديرة التحرير:

د. سرور طالبي المل

## رئيس اللجنة العلمية:

د. السعيد كليوات جامعة محمد بوضياف بالمسيلة (الجزائر)

## أسرة التحرير:

- د. سفيان سوامل جامعة محمد الشريف مساعدية - سوق أهراس (الجزائر).  
د. شريف أحمد بعلوشة، وكيل النائب العام، غزة (فلسطين).  
د. عبد الناصر أبوسمهدانة، رئيس نيابة العدل العليا والدستورية (فلسطين).  
د. عبد المنعم عبد الوهاب محمد، نقابة المحامين، البصرة (العراق).  
د. فاطيمة حميدي، جامعة مستغانم، (الجزائر).

## التدقيق اللغوي:

- د. بن طربة معمر (جامعة عبد الحميد ابن باديس، مستغانم / الجزائر).  
د. شامخة حفيظة طعام (المركز الجامعي، تيسمسيلت / الجزائر).  
د. علاوي الخامسة (جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة / الجزائر).  
أ. سليمة محفوظي (جامعة محمد الشريف مساعدية / الجزائر).

## اللجنة العلمية التحكيمية للعدد:

- د. راند محمد فليح النمر، الجامعة الملكية للبنات / مملكة البحرين.  
د. الداودي نورالدين، جامعة عبد المالك السعدي / المغرب.  
د. موفق المحاميد، جامعة ابو ظبي / الإمارات العربية المتحدة.  
د. يعيش تمام شوقي، جامعة بسكرة / الجزائر.

## التعريف:

مجلة علمية دولية محكمة تصدر دورياً عن مركز جيل البحث العلمي تستهدف نشر المقالات المعمقة في مختلف مجالات العلوم القانونية: "القانون العام والخاص"، بإشراف هيئة تحرير مشكلة من أساتذة وباحثين وهيئة علمية تتألف من نخبة من الباحثين وهيئة تحكيم تتشكل دورياً في كل عدد.

تتناول المجلة إسهامات مختلف الباحثين والمهتمين بمجال العلوم القانونية سواء ما تعلق بالرصيد النظري أو بقضايا الساعة أو بترجمة الأعمال ذات الأهمية العلمية المعترف بها.

تعد هذه الدورية العلمية تكريماً لحرص المركز على تشجيع الأبحاث والمجهود العلمي، وعلى الإسهام في إثراء رصيده العلمي بنشر الدراسات الجادة والقيمة، استناداً إلى معايير علمية موضوعية و دقيقة.

## قواعد النشر

تقبل المجلة الأبحاث والمقالات التي تلتزم الموضوعية والمنهجية، وتتوافر فيها الأصالة العلمية والدقة والجدية وتحترم قواعد النشر التالية:  
بالنسبة للمقالات والأبحاث المعمقة:

- تنشر المجلة المقالات والأبحاث التي تستوفي الشروط الآتية:
- الالتزام بالمعايير العلمية والموضوعية المعمول بها دولياً في الدوريات المحكمة، والتي تستجيب لشروط البحث العلمي.
- تعتمد هيئة التحكيم مبدأ الحياد والموضوعية في تحكيم المواد العلمية المرشحة للنشر مع الحرص على خلو الأعمال من التطرف الفكري أو مساسها بمبادئ بالأشخاص أو الأنظمة.
- يراعى في المساهمات المقترحة للنشر في المجلة أن تتسم بالجدية وألا تكون محل نشر سابق أو مقتطف من مذكرة أو أعمال، ملتقى.
- أن تكون المواضيع المقدمة ضمن اختصاص المجلة.
- أن تلتزم المقالات الدقة وقواعد السلامة اللغوية، وألا يتعدى حجم العمل 20 صفحة بالنسبة للمقالات و50 صفحة بالنسبة للأبحاث المعمقة، مع احتساب هوامش، مصادر وملاحق البحث.
- ترسل المادة العلمية في ملف مرفق بملخص بلغة البحث وآخر بإحدى اللغات: العربية، الفرنسية أو الانجليزية (حسب لغة البحث).

### بالنسبة للأعمال المترجمة:

- تقبل من الأعمال المترجمة تلك التي تتصل باختصاص المجلة.
- تقبل الأعمال المترجمة من وإلى: العربية، الفرنسية، الانجليزية .
- تخضع المقالات لاستشارة ترجمانيين مختصين في اللغات المذكورة أعلاه.
- تحول الأعمال المقدمة المقالات إلى أساتذة من ذوي الخبرة العلمية حسب اختصاص المقال.
- يبلغ الباحث المرسل بتلقي مادته بعد 5 دقائق من تسلمها.

- تلتزم هيئة التحكيم بإبداء الرأي واتخاذ القرار في غضون أسبوع من تمكينها من المادة المقترحة للنشر، مع مراعاة السرية التامة في التحكيم
- يحق لهيئة التحكيم أن ارتأت ضرورة إقرار تعديلات على المواد المقدمة للنشر.
- يعلم الباحث المرسل بقبول مادته للنشر على أن يعلم بتاريخ نشرها حسب رزنامة المجلة.

#### شروط النشر:

- شكل الكتابة: باللغة العربية شكل Traditional Arabic حجم 14.
- بالنسبة للغات الأجنبية شكل Times New Roman حجم 12 .
- يرفق الباحث الباحث الباعث مادته بسيرة ذاتية علمية مفصلة.
- تهمش معلومات البحث حسب طريقة شيكاغو الأمريكية بترتيب تسلسلي يتبع متن البحث.
- ترتب هوامش المعلومات في نهاية كل صفحة.

#### نموذج التهميش:

1. الكتب باللغة العربية أو الأجنبية: لقب واسم المؤلف، عنوان الكتاب، دار النشر، بلد النشر، سنة النشر، رقم الطبعة.
  2. النصوص التشريعية: البلد، نوع النص، مضمون النص، سنة الصدور.
  3. المجلات والدوريات: عنوان المجلة أو الدورية، لقب واسم الكاتب، عنوان المقالة، عدد المجلة، تاريخ الصدور، صفحة الاقتباس.
  4. الرسائل الجامعية: لقب واسم الطالب، عنوان المذكرة، درجة المذكرة، مؤسسة تسجيل المذكرة، كلية التخصص، السنة الجامعية، صفحة الاقتباس.
  5. التقارير الرسمية: جهة إصدار التقرير، موضوع التقرير، مكان نشر التقرير، سنة إصدار التقرير، صفحة الاقتباس.
  6. المراجع الالكترونية:
- يوثق المرجع المنقول عن شبكة "الإنترنت" بذكر معلومات الرابط الإلكتروني كاملاً مع ذكر صاحب المادة المنشورة، وتاريخ زيارة الموقع .
7. ترسل المساهمات بصيغة الكترونية حصراً على عنوان المجلة:

law@jilrc-magazines.com

## الفهرس

### الصفحة

- 9 • الافتتاحية
- 11 • انتخابات المجالس المحلية في ظل الدستور المصري الجديد: دراسة نقدية، د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدر الدين (جامعتي حلوان وبها / مصر).
- 61 • حدود المسؤولية العشرية في ضوء القانون 04/11 المحدد للقواعد الناظمة لنشاط الترقية العقارية؛ د. حجابي محمد (جامعة معسكر / الجزائر).
- 87 • مدى شمول المُطَّلَع الثانوي بحظر استغلال المعلومات الداخليَّة في بورصة الأوراق الماليَّة (دراسة قانونيَّة مقارنة بين القانون اللُّبناني والكويتي والفرنسي)، د. همام القوصي (جامعة حلب / الجمهوريَّة العربيَّة السوريَّة).
- 117 • الإصلاحات المُدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، جان سمتس وكارولان كالوم / ترجمة أ.د نبيل مهدي زوين، كلية القانون - جامعة الكوفة – العراق.

تخلي أسرة تحرير المجلة مسؤوليتها عن أي انتهاك لحقوق الملكية الفكرية

لا تعبر الآراء الواردة في هذا العدد بالضرورة عن رأي إدارة المركز

جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2017



## الافتتاحية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ الذُّبِّيُّ بِفَضْلِهِ تَتَمُّ الصَّالِحَاتُ

اخترنا لكم في العدد العشرين من المجلة، بحثاً معمقاً، مقالين وترجمة لمقال قانوني؛ سلطوا الضوء على مواضيع مختلفة في مجال القانون الإداري، العقاري، التجاري والمدني؛ في كل من مصر، الجزائر، سوريا، لبنان، الكويت وفرنسا.

فتناول البحث المعمق موضوع انتخابات المجالس المحلية في ظل الدستور المصري الحالي والذي أولى اهتماماً خاصاً بنظام الإدارة المحلية من خلال إفراده العديد من النصوص المتعلقة بكيفية تشكيل هذه المجالس وكذا اختصاصاتها.

أما المقال الثاني، فقد تناول حدود المسؤولية العشرية في ضوء القانون الجزائري رقم 04/11 المحدد للقواعد التي تطبق على نشاط الترقية العقارية مقارنة بالقانون المدني، وناقش كل الإشكاليات المرتبطة بهذا النوع من المسؤولية ودور القضاء في هذا المجال.

فحين توقف المقال الثالث عند أكثر المُطَّلَعِينَ على المعلومات الداخلية في بورصة الأوراق المالية إثارةً للجدل، وهو "المُطَّلَعُ الثانوي" والتأثير السلبي المضاعف لذلك عندما يُغفل النص عليه في القانون، من خلال اجراء دراسة مقارنة بين التشريعات اللبنانية الكويتية والفرنسية.

كما تضمن العدد ترجمة لمقال صادر في مجلة ماستريخت الأوروبية للقانون المقارن، والذي تناول الإصلاحات الجوهرية لعام 2016 المدخلة لأول مرة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي منذ صدوره عام 1804.

تبقى المجلة مفتوحة لأية مساهمة جادة تضيف الجديد في مجال الأبحاث القانونية في شتى الاختصاصات وترحب بأعضاء جدد في أسرة تحريرها، والذين يرجع لهم الفضل، مشكورين، في تحكيم المقالات وتصويب الأخطاء فيها.

**ولله الفضل في الأول والآخر.**

**المشرفة العامة ومديرة التحرير/ د. سرور طالب المي**



انتخابات المجالس المحلية في ظل الدستور المصري الجديد: دراسة نقدية  
د. هشام عبد السيد الصافي محمد بدرالدين  
مدرس القانون العام بكلية الحقوق جامعتي حلوان وبنيها (مصر).

ملخص:

تعد الانتخابات الوسيلة التي ارتضتها كافة شعوب العالم لتعبر بها عن فكرة أن الشعب هو صاحب السيادة ومصدر السلطات، وكلما كانت نتائج الانتخابات معبرة عن آمال وطموحات الشعب، كلما كانت نزيهة. ونظراً لأن الانتخابات تتعدد في أنظمتها وصورها ولما كان من صور هذه الانتخابات هي الانتخابات المحلية والتي تعد العمود الأساسي الذي يستند إليه أي نظام سياسي في بناء وتطوير دولته، وبالتالي تعكس هذه الانتخابات إذا تمت بنزاهة مدى نجاح أو فشل النظام السياسي بالدولة في تحقيق ما يصبو إليه الشعب.

Abstract:

The elections are the means by which all the peoples of the world have come to express the fact that the people are the sovereign and the source of the authorities, and the more the results of the elections reflect the hopes and aspirations of the people, the more honest they are and the elections are numerous in their systems and images. Is the main pillar on which any political system is based on the building and development of its state, and thus reflects these elections if the success or failure of the political system of the state is achieved fairly in achieving what the people aspire to.

## مقدمة:

تعد الإدارة المحلية صورة من صور التنظيم الإداري للدولة يتم فيها انتزاع وسحب بعض الاختصاصات من السلطة المركزية التي تتمتع باختصاصات عامة على كل أجزاء إقليم الدولة وإعطاء هذه الاختصاصات إلى سلطة إدارية لا تتمتع باختصاصات عامة شاملة لكل إقليم الدولة، وإنما تمارس اختصاصا إقليميا أقل اتساعا " محددًا محلياً"، ويتم تشكيل مجالس إدارة الوحدات الإدارية اللامركزية عن طريق الأخذ بأسلوب الانتخابات كضمانة هامة وأساسية لتحقيق استقلال تلك الوحدات تجاه السلطة الإدارية المركزية، ومنه تستطيع إدارة مصالح هذه الوحدات بشكل مستقل عن الحكومة المركزية، ولعل ذلك هو السبب في استخدام البعض اصطلاح الحكم المحلي كمرادف لمصطلح الإدارة المحلية حيث يشارك السكان المحليون في إدارة شؤونهم المحلية عن طريق مجلس منتخب منهم؛ إلا أن مصطلح الحكم المحلي قد يوحي لمتلقيه أنه أمام دولة مركبة أو فيدرالية، وأننا أمام دولة أخرى لها حكوماتها وتشريعاتها وقضاؤها المستقل، وهو خلط غير صحيح فالإدارة المحلية هي شكل من أشكال اللامركزية الإدارية هدفه الأساسي هو تحقيق الديمقراطية في الإدارة وتأكيد حق الشعب في أن يحكم نفسه بنفسه، وتخفيف عبء الإدارة عن الإدارة المركزية في العاصمة، الأمر الذي سيساعد بلا شك في تقريب المسافة بين الشعب وبين السلطة المركزية وحدوث تعاون بينهما<sup>(1)</sup>.

وبالتالي يتحقق تخفيف العبء الإداري على السلطة المركزية، كما يتم تحقيق الديمقراطية الإدارية وذلك عن طريق تقريب المسافة بين الشعب وحكامه، ومما لا شك فيه أنه لنجاح ذلك لابد من أمرين الأول: منح الهيئات الإقليمية المنتخبة أكبر قدر ممكن من الاختصاصات الإقليمية، وذلك من خلال تحديد اختصاصات السلطة المركزية على سبيل الحصر في القانون اتجاه ما هو محلي " إقليمي"، و الثاني: وجود رقابة من السلطة المركزية على الهيئات الإقليمية المنتخبة بما يحقق الانسجام والترابط في النشاط الإداري للوحدات الإدارية المختلفة للدولة على أن تقوم الرقابة على أساس التعاون والتساند، فإن ديمقراطية الإدارة المحلية تقتضي لكي ينجح في تحقيق أهدافه تشكيل الهيئات المحلية عن طريق الانتخابات الحرة النزيمية، من أبناء أقاليم هذه الهيئات ودون تدخل من السلطة الإدارية المركزية في هذا التشكيل، مع إطلاق يدهم في ممارسة اختصاصاتهم في إدارة شؤونهم الإقليمية طبقاً للظروف الخاصة بأقاليمهم وحاجات أفرادها.

أهمية البحث: اهتمت الدساتير المصرية المتعاقبة على إيراد نصوص مستقلة بها تتحدث فيها عن الإدارة المحلية متعرضة في بعضها إلى كيفية تشكيل المجالس المحلية ذاكراً ومحددة الانتخاب كوسيلة لذلك التشكيل فقد نصت المادة (162) من دستور 1971 على أن " تشكل المجالس المحلية تدريجياً على مستوى الوحدات

(1) وهو ما أكد عليه القضاء الإداري في أحكامه ففرضي بأن "الدستور قد خصص الفرع الثالث للإدارة المحلية وتشكيل المجالس الشعبية وذلك ضمن الفصل الثالث الخاص بالسلطة التنفيذية، ومن ثم فإن تلك المجالس تعد جزءاً من السلطة التنفيذية وليست مستقلة عنها فضلاً عن أنه طبقاً لأحكام الدستور فإن القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية ومنها المجالس الشعبية لا تنأى بحال من الأحوال وعلى أي وجه من الوجوه عن رقابة القضاء" راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم 8879 لسنة 58 ق جلسة 2004/1/24.

الإدارية عن طريق الانتخاب المباشر."، وهو ما أكد عليه قانون الإدارة المحلية رقم 43 لسنة 1979 في المادة (75) مكرر بالنص على "انتخاب أعضاء المجالس الشعبية المحلية على اختلاف مستوياتها عن طريق الانتخاب المباشر السري العام".

إلا أنه على الرغم من النصوص الدستورية والقانونية الخاصة بتشكيل المجالس المحلية عن طريق الانتخاب إلا أن هذه الانتخابات كانت تزور ولا تأتي إلا بممثلين عن السلطة المركزية من أعضاء الحزب الحاكم، ونظراً لأن الدستور المصري الحالي الصادر عام 2012 والمعدل لعام 2014 جاء بعد ثورتين هما: ثورة 25 يناير 2011 ، 30 يونيو 2013 فقد أهتم المشرع الدستور بنظام الإدارة المحلية اهتماماً كبيراً وظهر ذلك بإفراجه للعديد من النصوص المتعلقة بهذه الإدارة والتي منها ما يضع كافة الأسس الحاكمة لكيفية تشكيل المجالس المحلية واختصاصاتها، ويرجع ذلك أغلب الظن إلى أنه أراد أن يتوقى ترك ذلك للتشريع العادي حتى يتجنب سهولة التعديل التي يسمح بها التشريع العادي، فأراد لهذه الأسس الثبات النسبي لصعوبة تعديل الدستور بالنسبة للتشريع العادي، حيث أن النصوص الدستورية - وتلك غاياتها - لا يمكن أن تكون مجرد نصوص تصدر لقيم مثالية ترنو للأجيال إليها، وإنما قواعد ملزمة لا يجوز تهميشها أو تجريدتها من أثارها من خلال تحوير مقاصدها أو الإخلال بمقتضياتها أو الإعراض عن متطلباتها، فيجب دوماً أن يعلو الدستور ولا يعلى عليه وأن يسمو ولا يسمى عليه .

كما أن الأصل في النصوص الدستورية أنها تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً متماسكاً، بما مؤداه أن يكون لكل نص منها مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يعزلها عن بعضها البعض ، وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحتها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية ، ولا يجوز بالتالي أن تفسر النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها ، ولا أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ ، أو باعتبارها قيماً مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي<sup>(1)</sup>.

الهدف من البحث: وضع تصور قانوني كامل للكيفية والطريقة التي يمكن أن تشكل من خلالها المجالس المحلية المصرية بشكل يحقق ما ورد بالدستور الحالي دستور 2014 من شروط موضوعية حاكمه لذلك التشكيل.

منهج البحث: اقتضت دراستي هذه اتباع عدد من المناهج البحثية منها المنهج التاريخي: للوقوف على التطور التشريعي في طريقة تشكيل المجالس المحلية المصري والإجراءات المتبعة في ذلك، والمنهج التحليلي: للتركيز على شرح النصوص الدستورية والقانونية الحاكمة لتشكيل المجالس المحلية وإجراءات ذلك التشكيل، من خلال

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية في قضية رقم 11 لسنة 13 ق. س جلسة 2000 /7/8.

أراء الفقه وأحكام القضاء. وسنحاول في هذا البحث إلقاء الضوء حول هذه الأسس وتقديرها مع توضيح فكرة الشخصية الاعتبارية للمحليات وذلك في أربعة مباحث كالآتي:

المبحث الأول: الدستور والشخصية الاعتبارية للوحدات المحلية.

المبحث الثاني: الطريقة الدستورية لتشكيل المجالس المحلية.

المبحث الثالث: الشروط الدستورية لتشكيل المجالس المحلية.

المبحث الرابع: النظام الدستوري لتشكيل المجالس المحلية في الميزان.

المبحث الأول: الدستور والشخصية الاعتبارية للوحدات المحلية

نشأت فكرة الشخص الاعتباري من الناحية القانونية نتيجة أن الإنسان لم يعد بمفرده قادراً على أن يحقق خيره وخير الجماعة ككل ولذلك كان من الضروري أن توجد إلى جوار الفرد كائنات اجتماعية يفنى فيها وتسمو الجماعة فوقه، وهذه الجماعات قادرة على القيام بأعمال ضخمة يعجز عن القيام بها الفرد ذي القدرة المحدودة والأجل الموقوت، ومن هنا نشأ إلى جانب الشخص الطبيعي ما يسمى بالشخص الاعتباري، والذي يشكل شخصاً قانونياً مستقلاً عن الأفراد المكونين له، مما يسمح له بتحقيق مصالح الأفراد المكونين له المتعددين والمتغيرين في إطار من الوحدة والاستمرار<sup>(1)</sup>.

وقد اشترط القانون عدداً من الشروط اللازمة لوجود الشخص المعنوي، وبتطبيق هذه الشروط على الوحدات المحلية نجد أنها مرافق عامة إقليمية تباشر نشاطها في جزء محدد من إقليم الدولة، وأن ما تتولاه من مصالح لا يدخل في عداد المصالح القومية، وهي تنشأ بمقتضى قانون، أو بمقتضى تفويض دستوري للسلطة الإدارية لإنشائها<sup>(2)</sup>، فالركن الأول للامركزية الإدارية هو قيام شخص قانوني عام يقوم على مصالح ذاتية ومستقلة للوحدة اللامركزية الإقليمية كانت أو مرفقية، فإن الاعتراف بوجود هذه المصالح الذاتية

(1) د. حسام الدين كامل الأهواني: المدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني، دن، ط.3، 1997، ص327، وما بعدها.

(2) راجع في تفاصيل ذلك د. محمد الشافعي أبوراس: الوسيط في القانون الإداري، الجزء الثاني، دن، ص11، وما بعدها.

وقد جمع جانب من الفقه هذه الشروط في عنصرين يلزم توافرها لوجود الشخص المعنوي أولهما: مادي أو الموضوعي، والثاني: شكلي، أما العنصر الموضوعي فيتحقق بوجود مجموعة من الأشخاص أو من الأموال يقوم بينها ارتباط من أجل تحقيق غرض معين، فاستهداف غرض معين هو الذي يجمع بين مجموعات الأشخاص أو الأموال من أجل بلوغ هذا الغرض، فينشأ بينها قدر من الترابط يبرر تجمعها في ذمة واحدة وتعلقها بشخصية واحدة وانتماءها إلى تنظيم معين يكفل تحقيق أهدافها، ولا بد من أن يقوم هذا التنظيم على وجود أشخاص طبيعيين أي آدميين يفصحون عما يقتضيه تحقيق أغراض الشخص المعنوي، ومستخدمين عقولهم وإرادتهم للتعبير عن مصالح ذلك الشخص وما يتطلبه من حماية، ويجب أن يكون الغرض الذي يسعى الشخص إلى تحقيقه غرضاً مشروعاً وأن يكون مستمراً، أي ألا يكون غرضاً عرضياً يمكن تحقيقه دفعة واحدة أو مؤقتاً بعبارة شخص. وعليه فالمصالح التي يسعى إلى تحقيقها الشخص المعنوي لها طابع الاستمرار، ولا يمكن تأقيتها بمدة محددة، أما العنصر الشكلي: فهو يتحقق باعتراف الدولة أو المشرع بالشخصية المعنوية. وقد يكون الاعتراف صريحاً، وقد يكون ضمناً. وقد يتم بطريق الاعتراف العام، وقد يتم بطريق الاعتراف الخاص. راجع د. ثروت بدوي: القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2006، ص269، 270.

والمستقلة يكون دون قيمة تذكر ما لم تتحقق وسائل وضع هذه المصالح في الاعتبار، وترسم لها طريق حمايتها<sup>(1)</sup>، وسنحاول توضيح هذه الشروط في الآتي:

### الشرط الأول: وجود مجموع معين من الأشخاص أو من الأموال:

يمكن استنباط توافق هذا الشرط في الوحدات المحلية، حيث تعرف الإدارة المحلية بأنها ذلك الأسلوب من أساليب التنظيم الإداري، والذي يقوم على أساس توزيع جانب من الاختصاصات الإدارية بين السلطة المركزية في العاصمة والوحدات الإقليمية ذات الشخصية الاعتبارية، وبمقتضى هذا الأسلوب يقسم إقليم الدولة إلى وحدات إقليمية محددة ذات شخصية اعتبارية، ويقوم على إدارة كل وحدة مجلس محلي منتخب، على أن تخضع هذه المجالس لإشراف السلطة المركزية ورقابتها<sup>(2)</sup>، فهي نظام اجتماعي يهدف إلى زيادة كفاءة أداء النظام الإداري في اضطلاع بالوظائف الإضافية غير التقليدية المرتبطة بعملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية داخل المجتمع<sup>(3)</sup>، فهي إذاً تتعلق بإدارة كافة شؤون مجموعة من مواطني الدولة يعيشون في مساحة معينة من أرض ذات الدولة.

### الشرط الثاني: وجود غرض مشترك

يلزم لقيام نظام الإدارة المحلية وجود مصالح محلية خاصة بإقليم معين من أقاليم الدولة لا تهتم جميع المواطنين في الدولة بقدر ما تهتم أبناء إقليم بذاته، مما يقتضي أن يتولوا هم بأنفسهم إدارة شئونهم، وتنشأ هذه المصالح المحلية المتميزة نتيجة لارتباط مصالح مجموعة من الأفراد تقطن إقليمًا جغرافيًا معينًا، بحيث يؤدي هذا الارتباط في المصالح إلى خلق نوع من التضامن الاجتماعي بينهم، وإلى الاعتراف من الدولة بأن لهذه المصالح طابعًا محليًا يجعل تأثيرها على الجماعة المحلية أقوى من تأثيرها على الوطن ككل<sup>(4)</sup>، ويُجمع الفقه على أن أهداف الإدارة المحلية ووظائفها تتبلور في الآتي<sup>(5)</sup>:

- 1- الوفاء باحتياجات السكان المحلية بتوفير الخدمات الأساسية وحل مشاكلهم فيما يتعلق بالنواحي الاقتصادية والاجتماعية.
- 2- خلق نوع من التعاون بين الحكومة المركزية والمحليات بصورة تؤدي إلى زيادة رفاهية السكان المحليين من ناحية وزيادة الرفاهية القومية من ناحية أخرى.

(1) د. محمد الشافعي أبوراس: الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، دن، د. ت، ص 251.

(2) د. محمد أحمد عبد النعيم: الاختصاص الرقابي للمجالس الشعبية المحلية في النظام المحلي المصري، دار النهضة العربية، 2001، ص 3، 4.

(3) د. السيد محمد كيلاني: الإدارة المحلية وتطويرها، علاقتها بالتخطيط وتوطن المشروعات في مصر، معهد التخطيط القومي، أبريل 1988، ص 1.

(4) د. أحمد عبد الفتاح ناجي: تحديث الإدارة المحلية في مصر، مكتبة زهرة الشروق، 2007، ص 85.

(5) راجع بالتفصيل في ذلك د. السيد محمد كيلاني، مرجع سابق، ص 2، وما بعدها.

3- تحفيز الطاقات المحلية وتجميعها لدفع عملية التنمية على المستوى المحلي بالإضافة إلى المساهمة في حل القضايا القومية عن طريق خلق إطار يتم بمقتضاه مساهمة السكان في حل المشاكل المحلية ومن ثمّ القومية.

4- العمل على تقليل الفوارق بين المواقع الجغرافية المختلفة من الناحية الاقتصادية والاجتماعية، هذا بالإضافة إلى الدفاع عن المصالح المحلية وضمان التوزيع العادل للموارد والمخصصات المالية للمحليات على المستوى المركزي.

5- الإدارة المحلية تعمل كمدرسة لتدريب القيادات السياسية على إدارة المجتمع.

6- العمل على تطبيق الأسلوب الديمقراطي القاضي بأن يحكم الشعب نفسه بنفسه عن طريق ممثليه في المجالس الشعبية المنتخبة في ظل ظروف كل مجتمع من المجتمعات المحلية.

#### الشرط الثالث: الاعتراف القانوني للوحدات المحلية بالشخصية المعنوية

بتوافر الشرطين السابقين لا تكتسب الوحدة المحلية الشخصية المعنوية، بل يلزم أن تعترف الدولة لهذه الوحدات بالشخصية القانونية وهو ما يطلق عليه جانب من الفقه " التشخيص القانوني " ، فبغير الاعتراف للوحدات اللامركزية بالشخصية القانونية، لا يقوم النظام اللامركزي، ولا تستطيع الوحدة المحلية اتخاذ أي قرار نهائي يخص شؤونها لانعدام الأهلية القانونية لذلك<sup>(1)</sup>، فالاعتراف القانوني بالشخصية المعنوية لوحدات الإدارة المحلية ما هو إلا نتيجة منطقية للاعتراف باستقلالها وبوجود مصالح محلية خاصة بها<sup>(2)</sup>.

واتجه المشرع الدستوري في مصر نحو الاعتراف بالوجود القانوني للوحدات المحلية بداية من القانون النظامي رقم 22 الصادر في 1909/9/13 والذي جاء في فقرته الأخيرة من المادة الأولى ناصا على الآتي " ... تعتبر مجالس المديرية المشكلة كما تقدم أشخاصا معنوية، ويكون المدير نائبا عن المجلس بهذه الصفة في استعمال ما له من السلطة وفي أداء ما عليه من الواجبات مما يدخل في دائرة اختصاصه" ، وهي ذات الصيغة الواردة في المادة 44 من القانون النظامي رقم 29 لسنة 1913.

ولقد أخذ الفقه على هذه الصيغة أنها اعترفت بالشخصية المعنوية لمجلس المديرية دون المديرية ذاتها، وهو خلط بين الشخص المعنوي والهيئة أو العضو الذي يمثله<sup>(3)</sup>، ثم جاء دستور 1923 لينص في المادة 132 منه صراحة على اعتبار المديرية والمدن والقرى أشخاصا معنوية أو اعتبارية عامة تمثلها مجالس المديرية ومجالس المدن ومجالس القرى. كما نص الدستور على أن تبين القوانين كيفية تشكيل هذه المجالس المحلية المختلفة وتحدد اختصاصاتها وعلاقتها بالجهات الحكومية، و أن يكون اختيار أعضاء تلك المجالس بالانتخاب أساسا، وأن لا يكون تعيين هؤلاء الأعضاء إلا على سبيل الاستثناء وفي حدود القانون، وقد جعل اختصاص

(1) د. محمد الشافعي أبوراس: الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 244.

(2) د. أحمد عبد الفتاح ناجي، مرجع سابق، ص 86، 87.

(3) د. حسين عثمان محمد عثمان: الإدارة الحرة للوحدات المحلية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2015، ص 173، 174.

هذه المجالس بكل ما يهتم أهل المديرية أو المدينة أو القرية مع عدم الإخلال بقاعدة ضرورة اعتماد أعمال تلك المجالس من السلطة المركزية في الأحوال المبينة في القوانين وعلى الوجه المقرر لها، أي أن الدستور قد جعل الانتخاب هو الوسيلة الأساسية لاختيار أعضاء تلك المجالس المحلية، ثم جاء القانون رقم 24 لسنة 1934 والقوانين المعدلة له ليؤكد على استقلالية المجالس المحلية من خلال غلبة الأعضاء المنتخبين.

وبعد ثورة 23 يوليو 1952 تم إلغاء دستور 1923 ، وصدر إعلان دستوري يحدد قواعد تنظيم السلطة خلال فترة الانتقال التي استمرت إلى ثلاثينسنوات، هذا الإعلان الذي لم يرد فيه أي ذكر للإدارة المحلية، كما فقدت فيه الوحدات المحلية الحماية الدستورية التي كانت مقررة طبقاً لدستور 1923، ثم صدور دستور 1956 والذي أفرد لموضوع الإدارة المحلية عشر مواد تبدأ من المادة 157 منه حتى المادة 166 منه، حيث جاءت المادة (157) منه لتقرر أن " تقسم الجمهورية المصرية إلى وحدات إدارية، ويجوز أن يكون لكل منها أو لبعضها الشخصية الاعتبارية وفقاً للقانون".

ثم جاءت المادة (158) منه لتؤكد على أن " يمثل الوحدة الإدارية ذات الشخصية الاعتبارية مجلس يُختار أعضاؤه بطريق الانتخاب، ومع ذلك يجوز أن يشترك في عضويته أعضاء معينون علي الوجه المبين في القانون"، وقد قارن الفقه بين نصوص دستور 1923، 1956 المنظمة للمحليات فظهر الآتي: "على الرغم من أن الدستور الأخير يكشف من الناحية الكمية على الأقل عن جدية ووضوح اهتمام واضعي الدستور بالمحليات ؛ إلا أنه يؤخذ عليه أنه أغفل تحديد فئات الوحدات المحلية مما يترك المجال فسيحاً للمشرع ليقدر أنواعها وينشئ أو يلغي ما يشاء منها هذا من جانب ، ومن جانب آخر لم يتطلب الدستور الأخير ضرورة تمتع الوحدات المحلية بالشخصية القانونية، مما يكون معه منحها الشخصية القانونية بيد المشرع العادي الذي له منحها أيها أو لجزء منها أو حجمها عن يمشاء منها"<sup>(1)</sup>.

وقد صدر تطبيقاً له القانون رقم 124 لسنة 1960 في شأن نظام الإدارة المحلية والذي تمّ تعديله أكثر من مرة ، ثم جاء دستور 1958 ، 1964 ليكرسا ما كرسه الدستور السابق، ثم جاء دستور 1971 لينص في المادة (161) منه على أن " تقسم جمهورية مصر العربية إلى وحدات إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية، منها المحافظات والمدن والقرى ، ويجوز إنشاء وحدات إدارية أخرى تكون لها الشخصية الاعتبارية إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك"، وتنص المادة (162) منه على أن " تشكل المجالس الشعبية المحلية تدريجياً على مستوى الوحدات الإدارية عن طريق الانتخاب المباشر، على أن يكون نصف أعضاء المجلس الشعبي على الأقل من العمال والفلاحين،

(1) د. حسين عثمان محمد عثمان، مرجع سابق، ص 177، 178.

كما أن القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 قد منح الشخصية الاعتبارية للوحدات المحلية عندما نص في المادة (52) منه على الآتي:  
"الأشخاص الاعتبارية هي:

1- الدولة وكذلك المديرية والمدن والقرى بالشروط التي يحددها القانون. والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التي يمنحها القانون شخصية اعتبارية.....".

ويكفل القانون نقل السلطة إليها تدريجياً. ويكون اختيار رؤساء ووكلاء المجالس بطريق الانتخاب من بين الأعضاء".

وقد صدر القانون 57 لسنة 1971 في شأن الحكم المحلي ليرجم نصوص الدستور وينقلها للتطبيق العملي؛ إلا أنه ونظراً لكثرة ما حوته نصوصه من ثغرات وغموض وما أظهره التطبيق العملي له من متناقضات أُلغي هذا القانون وصدر قانون الحكم المحلي رقم 43 لسنة 1979 وتعديلاته<sup>(1)</sup>، ثم جاء دستور 2012 بالنص في المادة (183) على أن "تقسم الدولة إلى وحدات إدارية محلية، تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وتشمل المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى؛ ويجوز أن تضم الوحدة الواحدة أكثر من قرية أو حي، وأن تنشأ وحدات إدارية أخرى تكون لها الشخصية الاعتبارية؛ وذلك كله على النحو الذي ينظمه القانون، بما يكفل دعم اللامركزية، وتمكين الوحدات الإدارية من توفير المرافق والخدمات المحلية، والنهوض بها، وحسن إدارتها"، وقد جاء تعديل ذلك الدستور عام 2014 لينظم الإدارة المحلية في تسع مواد فنص في المادة (175) منه على أن "تقسم الدولة إلى وحدات إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية، منها المحافظات، والمدن، والقرى، ويجوز إنشاء وحدات إدارية أخرى تكون لها الشخصية الاعتبارية، إذا اقتضت المصلحة العامة ذلك. ويراعى عند إنشاء أو إلغاء الوحدات المحلية أو تعديل الحدود بينها الظروف الاقتصادية والاجتماعية، وذلك كله على النحو الذي ينظمه القانون" والذي نرى معه أن هذه المادة أكثر توفيقاً في الصياغة من نص المادة المعدلة في دستور 2012، لكونه لم يحدد الوحدات المحلية بالتفصيل كما ورد في دستور 2012 بل تكلم عما هو متعارف عليه تاركاً المجال مفتوحاً أمام السلطة التنفيذية لإنشاء ما تراها موافقاً لاحتياجات الإدارة اللامركزية.

ونستخلص من العرض التاريخي السابق لنصوص الدساتير المصرية المختلفة نهاية بالدستور الحالي الصادر عام 2014، وقوانين الإدارة المحلية المختلفة المنظمة للإدارة المحلية وغيرها من القوانين، أنها انتهت إلى تقسيم جمهورية مصر العربية إلى وحدات إدارية تتمتع بالشخصية الاعتبارية، وهذا التقسيم ليس تقسيماً حصرياً، وإنما ترك المشرع الدستوري للمشرع العادي إمكانية إنشاء وحدات إدارية أخرى أو إلغاء وحدات قائمة أو تعديلها، وقد قام قانون الإدارة المحلية 43 لسنة 1979 والمعدل بالقانون 145 لسنة 1988 بتقسيم وحدات الإدارة المحلية في مادته الأولى إلى خمس مستويات: المحافظات والمراكز والمدن والأحياء والقرى، وجميعها يتمتع بالشخصية المعنوية، وهذه الوحدات ترتبط مع بعضها في علاقة رأسية في شكل تسلسلي هرمي الأبعاد، وتتماثل الوحدات المحلية التي في مستوى واحد أو من نوعية واحدة، ويتم إنشاء تلك الوحدات وتحديد نطاقها وإلغائها على النحو الآتي: المحافظات بقرار جمهوري، المراكز والمدن والأحياء بقرار من رئيس مجلس الوزراء، القرى بقرار من المحافظ، وفي الحالتين الأخيرتين يجب أخذ موافقة المجلس الشعبي للمحافظة<sup>(2)</sup>.

(1) د. ثروت بدوي، مرجع سابق، 346، وما بعدها.

(2) راجع قريب من ذلك د. مصطفى محمد موسى: التنظيم الإداري بين المركزية واللامركزية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1992، ص 477، وما بعدها، د. نبيلة عبد الحلیم كامل، د. جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2004، ص 106، 107.

## النتائج المترتبة على منح الشخصية المعنوية للوحدات المحلية

يترتب عدد من النتائج القانونية على منح وحدات الإدارة المحلية الشخصية المعنوية و يمكن رصد ذلك في النقاط الآتية<sup>(1)</sup>:

- 1- أن يكون هناك من يعبر عن إرادة الشخص المعنوي، وعادة ما يعهد بذلك إلى مجلس محلي يضم ممثلين عن أبناء الإقليم يتولون التعبير نيابة عنهم والتصرف طبقاً لمصالحهم<sup>(2)</sup>.
- 2- يقتضي الاعتراف بالشخصية المعنوية للوحدة المحلية أن يكون لها ذمة مالية مستقلة عن ذمة الدولة، أي تكون أموالها متميزة عن أموال الإدارة المركزية وعن أموال الوحدات المحلية الأخرى، وبالتالي فلا يجوز لإحداها استعمال أموال الأخرى أو التصرف فيها بدون موافقتها.
- 3- أن يكون للوحدة المحلية صلاحية التحمل بتحقيق الواجبات واكتساب الحقوق، مما يعني أن يكون للوحدة المحلية حق التملك وإبرام العقود وقبول الهبات والوصايا وحق التصرف في أموالها.
- 4- أن تكون الوحدة المحلية أهلاً للتقاضي سواء كمدعي أو مدعى عليه، سواء قبل الغير أو قبل الدولة والوحدات المحلية الأخرى<sup>(3)</sup>.

(1) د. أحمد عبد الفتاح ناجي، مرجع سابق، ص 87، 88.

(2) فقضت محكمة النقض المصرية في إطار ذلك بأن "رئيس القرية. هو صاحب الصفة في تمثيل وحدة القرية في الشؤون الصحية والطبية وشؤون التموين والتجارة الداخلية قبل الغير- رئيس الوحدة المحلية هو وحده صاحب الصفة في تمثيل وحدته المحلية قبل الغير ولدى القضاء فيما يدخل في نطاق اختصاصه" راجع الطعن رقم 5218 لسنة 61 ق جلسة 1/4/1996.

(3) وفي ذلك نجد العديد من أحكام القضاء الإداري التي تناولت أهلية التقاضي بالنسبة للوحدات المحلية منها حكم المحكمة الإدارية العليا بأن "تتمتع مجالس المدن والقرى بالشخصية الاعتبارية ولها أهلية التقاضي- يقوم رئيس المجلس بتمثيل المدينة أو القرية أمام القضاء وفقاً لأحكام قانون الإدارة المحلية- الأصل في الاختصاص أن توجه الدعوى الإدارية ضد الجهة الإدارية التي أصدرت القرار- مؤدى ذلك: وجوب توجيه الدعوى إلى مصدر القرار- صدور قرار إزالة التعدي علي الطريق من رئيس مجلس المدينة يقتضي اختصاصه وحده في الدعوى" راجع الطعن رقم 4220 لسنة 35 ق. ع جلسة 4/10/1994.

ومنها أيضاً حكمها بأن "تمثيل الدولة في التقاضي هو نوع من النيابة عنها وهي نيابة قانونية؛ أي المرجع في تعيين مداها وحدودها يكون بالرجوع إلى مصدرها وهو القانون - الدولة من الأشخاص الاعتبارية العامة ، ومن فروعها ما له الشخصية الاعتبارية كالمحافظات والمدن والقرى والأحياء بالشروط التي يحددها القانون - أثر ذلك - تمتعها بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية فيكون لها ذمة مالية مستقلة وأهلية في الحدود التي يقرها القانون وحق التقاضي وموطن ونائب يمثلها عند التقاضي - مادة 53 من القانون المدني - الأصل أن يمثل الدولة كل وزير في شؤون وزارته إلا إذا اسند القانون صفة النيابة فيما يتعلق بشؤون هيئة أو وحدة إدارية إلى رئيسها - المشرع بنص خاص منح وحدات الإدارة المحلية ، ومنها الأحياء الشخصية الاعتبارية رئيس الهي هوالذي يمثله أمام القضاء وفي مواجهة الغير - جهة الوصاية ليست ذات صفة في تمثيلالوحدات المحلية" راجع الطعن رقم 2756 لسنة 37 ق. ع جلسة 3/19/1996.

وكذلك أيضاً حكمها بأن "صاحب الصفة في الدعوى هو من يختص وفقاً لأحكام القانون بتمثيل الشخص الاعتبارية والتحدث باسمه ، ولما كان العقد مثار النزاع غير ما بين مديرية الإسكان بمحافظة الغربية وان محافظ الغربية هو صاحب الصفة في تمثيل فروع الوزارات والمصالح بدائرة محافظة الغربية أعمالاً لحكم المادة الرابعة من القانون رقم 43 لسنة 1979 بنظام الإدارة المحلية وتعديلاته - ولم يختص المحافظ المختص في الدعوى، ومن ثم فإن اختصاص وزير الإسكان بصفته فيما يكون اختصاصاً لغير ذي صفة مما يغدو الدفع بعدم قبول الدعوى بالنسبة له قائماً على أساس سليم" راجع الطعن رقم 8937 لسنة 46 ق. ع جلسة 6/6/2006.

5- يقتضي منح الوحدة المحلية الشخصية المعنوية أن يكون لها جهازاً إدارياً خاصاً بها، مستقلاً عن الجهاز الإداري للدولة، مع إضفاء صفة الموظف العام على موظفي الإدارة المحلية، وخضوعهم للقوانين المنظمة لشئون الوظيفة العامة.

6- تنقضي الشخصية المعنوية للوحدات المحلية بنفس الأداة التي نشأت بها أو بأداة أعلى.

#### المبحث الثاني: الطريقة الدستورية لتشكيل المجالس المحلية

يتحقق استقلال الهيئة المحلية بتفتيت وتوزيع سلطات وامتيازات الوظيفة الإدارية في الدولة بين السلطات الإدارية المركزية والسلطات الإدارية اللامركزية، وذلك بتشكيل مجالس إدارة محلية عن طريق الانتخاب، تقوم بإدارة المصالح المحلية الإقليمية أو المصلحية، ويكون لها سلطة البث النهائي واتخاذ القرارات المتصلة بالمصالح المحلية، مما يجسد مبدأ ديمقراطية الإدارة<sup>(1)</sup>.

فالاعتراف بالشخصية المعنوية للمجالس المحلية لا يعتبر كافياً، فلا بد من وجود هيئات محلية منتخبة تنوب عن السكان المحليين في إدارة شؤونهم التي اعترف المشرع بها "، ولما كان من المستحيل على جميع أبناء الأقاليم أو البلاد أن يقوموا بهذه المهمة بأنفسهم مباشرة فإنه من المتعين أن يقوم بذلك من ينتخبونه نيابة عنهم، ومن ثمّ كان الانتخاب هو الطريقة الأساسية التي يتم عن طريقها تكوين المجالس المعبرة عن إرادة الشخص المعنوي العام الإقليمي<sup>(2)</sup>، ويختلف تشكيل المجالس المحلية من دولة إلى أخرى، أو بالأحرى من نظام قانوني لآخر وأحياناً من قانون لآخر؛ إذ تنوعت بين التعيين، أو الانتخاب، أو الجمع بينهما، فإذا تم تشكيل المجالس المحلية بالانتخاب فقط فليس للسلطة المركزية أن تعين أي عدد لعضوية هذه المجالس فإننا نكون بصدد نظام لا مركزي كامل أو ما يسمونه اللامركزية المطلقة، أما إذا كان تشكيل هذه المجالس بالتعيين وحده، فهنا نكون أمام نظام يقع خارج أسلوب اللامركزية تماماً، أما إذا اعتنق النظام أسلوباً مختلطاً، بأن كان المقرّر أن يقوم الناخبون بانتخاب عدد من أعضاء المجلس المحلي، وتقوم السلطة المركزية بتعيين العدد الباقي فإننا نكون أمام لا مركزية ناقصة أو لا مركزية نسبية، وبقدر نسبة عدد الأعضاء المعيّنين في المجلس بقدر ما يكون بعده عن الأسلوب اللامركزي، واقترابه من الأسلوب المركزي<sup>(3)</sup>.

(1) راجع:

jean . Bernard Auby , jean . François Auby , droit des collectivités locales , presses universitaires de france , septembre , 1990 , p 42 ; Bruno . Remond , jacquesblan , les collectivités locales , presses de la fondation nationale des sciences politiques , Dalloz , juin , 1992 , pp 33 et ss

(2) د. محمد محمود الطعمانه: نظام الإدارة المحلية (المفهوم والفلسفة والأهداف) بحث قدم للملتقى العربي الأول، حول نظام الإدارة المحلية في الوطن العربي، والمنظم بمعرفة المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، والمنعقد في صلالة – سلطنة عمان خلال الفترة من 18-20 أغسطس 2003، ص 8.

(3) د. محمد الشافعي أبوراس: الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 253، 254.

تشكيل المجالس المحلية في ظل دستور 2014: أغلب دول العالم الآن تتبنى الأسلوب الأول وهو اختيار جميع أعضاء المجالس المحلية عن طريق الانتخاب من جانب الناخبين المحليين أنفسهم، وهو ما أخذ به الدستور المصري الحالي بالنص في المادة (180) منه على أن "تنتخب كل وحدة محلية مجلساً بالاقتراع العام السري المباشر لمدة أربع سنوات،..."<sup>(1)</sup>.

" فالمرشع قرر في إفصاح جهير بأن يتم تشكيل المجالس الشعبية المحلية على مستوى كل وحدة من وحدات الإدارة المحلية عن طريق الانتخاب المباشر السري العام. يجري هذا الانتخاب وفق القواعد والضوابط والإجراءات والضمانات التي حوتها نصوص قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية الصادر بالقانون رقم 73 لسنة 1956"<sup>(2)</sup>، حيث تعد الانتخابات هي الوسيلة التي ارتضتها شعوب العالم كوسيلة لتداول السلطة حيث تعبر الانتخابات بشكل واضح عن حق أساسي للمواطنين وهو حقهم في المشاركة في عملية صنع القرار من خلال انتخاب ممثليهم<sup>(3)</sup>، "فالمرشع رغبة منه في تثبيت دعائم الديمقراطية. وتأكيد المشاركة الفعالة للمواطنين في شؤون الحكم أوجب أن يكون تشكيل المجالس الشعبية المحلية على اختلاف مستوياتها عن طريق الانتخاب المباشر السري العام"<sup>(4)</sup>.

وهو ما يعد تأكيداً من المرشع الدستوري على ما قرره المرشع العادي والقضاء الإداري، ونادى به أغلب الفقه المصري على مدار تاريخ الإدارة المحلية الحديثة، من ضرورة تقرير نظام الانتخاب لتشكيل المجالس المحلية لكون ذلك ركناً أو عنصراً من عناصر اللامركزية الإدارية الإقليمية، مستنداً في ذلك للأسباب الآتية<sup>(5)</sup>:

(1) وهو ما نصت عليه المادة 3 من القانون 43 لسنة 1979 الخاص بالإدارة المحلية والتي جاء نصها " يكون لكل وحدة من وحدات الحكم المحلي مجلس شعبي محلي من أعضاء منتخبين انتخاباً مباشراً، ...".

(2) راجع الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم 12280 لسنة 56 ق جلسة 2004/11/9، وحكمها في الطعن رقم 10603 لسنة 56 ق جلسة 2004/11/30.

(3) د. فؤاد سمير فؤاد أحمد صبح الديب: الرقابة الشعبية على أعمال الإدارة المحلية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2013، ص 391.

(4) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم 10603 لسنة 56 ق جلسة 2004/11/30.

(5) راجع في ذلك:

Jean Rivero et Jean Waline, droit administrative, 14<sup>e</sup> éd, Dalloz, 1992, p.267.

د. مصطفى محمد موسي، مرجع سابق، ص 490، 491، د. محمد صلاح عبد البديع السيد: نظام الإدارة المحلية في مصر بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ط 1، 1996، ص 54، 55، د. مجدى مدحت النهري: الإدارة المحلية بين المركزية واللامركزية، مكتبة الجلاء الحديثة، المنصورة، 2001، ص 62، وما بعدها، د. علي هادي حمودي الشكروى، د. إسماعيل صعصاع البديري، د. رفاة كريم رزوت: تشكيل المجالس المحلية في القانون العراقي دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، العدد الثاني، السنة السابعة، 2015، ص 60، 61.

وهو ما أكدت عليه محكمة القضاء الإداري عندما قضت بأن "ومن حيث إنه ولما كان الخيار الدستوري والتشريعي قد اصطفى الانتخاب وسيلة للتشكيل المجالس الشعبية المحلية على اختلاف درجاتها فان المرشع قد أحاط عملية الانتخاب والترشيح لها بسياج من الضمانات التي تؤدي لزوماً إلى حسن اختيار العناصر التي تضطلع بدورها الشعبي والرقابي على هدى من مبدأ تكافؤ الفرص بين المواطنين الذين تماثلت مراكزهم القانونية" راجع الحكم في الطعن رقم 11583 لسنة 56 ق جلسة 2002/12/10.

- 1- الإدارة المحلية تقوم على إدارة المصالح المحلية بواسطة أشخاص يدركون طبيعة هذه المصالح ويتأثرون بها، الأمر الذي يتعين معه أن تكون الهيئات المحلية التي تشرف على إدارة هذه المصالح هيئات منتخبة.
- 2- إن وجود الأعضاء المنتخبين يحول دون أن تمارس السلطة المركزية ضغوطا عليهم، حيث إن ولاءهم للجماهير التي هي مصدر سلطتهم ووجودهم وليس للسلطة المركزية، وذلك علي عكس الوضع في حالة تعيين الأعضاء حيث يكون ولاءهم مزدوجا ومتحيزا للسلطة المركزية التي أتت بهم، ولذلك فإن انتخاب أعضاء المجالس المحلية ضروري لدعم استقلال السلطات المحلية في مواجهة السلطة المركزية، فضلا عن أن الأعضاء المنتخبين يدينون لجمهور الناخبين ويلتزمون برعاية مصالحهم وتلبية حاجاتهم تحت رقابتهم وإشرافهم، فإذا أساءوا تمثيل هذه المصالح ينتخب الأهالي غيرهم في الدورة التالية، ولا تيسر فاعلية رقابة الأهالي ما لم يكن المجلس منتخبا من بينهم وبواسطتهم.
- 3- إن أسلوب الانتخاب يعمل على تجديد الدم في المجالس المحلية باستمرار وهذا ما يشكل أهم الدعائم الديمقراطية التي تهدف دائما إلى تحقيق الإرادة الجماهيرية وتوسيع رقعة ممثليها وتجديدها حتى لا يحدث خلل في جهاز التوازن الديمقراطي.
- 4- أن الإدارة المحلية تعتبر امتدادا للديمقراطية السياسية على نطاق محلي، فتدريب الشعب علي تحمل مسؤولياته وتقدير حاجاته وتكوين رأي عام محلي يرتبط بالرأي القومي يقوى بنيان حاجاته وتكوين رأي عام محلي يرتبط بالرأي القومي يقوى بنيان المجتمع وتماسكه وكل ذلك لا يتحقق إلا عن طريق أسلوب الانتخاب.
- 5- إن مبدأ الانتخاب يوفر العناصر التي تكون أقدر من غيرها على تفهم المصالح المحلية والتأثر بها والاستجابة لها؛ لأن هذه العناصر تكون من أبناء الوحدة المحلية الذين يعيشون قضاياها اليومية باستمرار.

وذلك على الرغم من الحجج التي ساقها المعارضون من الفقه على أن تشكل المجالس المحلية بالانتخاب والتي تدور جميعها حول الآتي:

- 1- المجتمع المحلي غير مهيا بطبيعته لتطبيق نظام اختيار أعضاء المجالس المحلية بطريق الانتخاب، وذلك بسبب ضعف المستوى التعليمي للناخبين، وسيادة النظام القبلي أو العشائري على المستوى المحلي.
- 2- اختيار أعضاء المجالس المحلية بطريقة الانتخاب لا يؤدي عادة إلى انتقاء أكفء العناصر الإدارية.
- 3- الانتخاب ليس ضمانا لاستقلال أعضاء المجالس المحلية، فقد يتحقق هذا الاستقلال دون الأخذ بهذا الأسلوب، فالتعيين والربط بينه وبين اختيار أعضاء المجالس المحلية وخضوعها للسلطة المركزية هو مجرد افتراض قد يتحقق أو لا يتحقق، فقد يصل الشخص لعضوية المجلس المحلي بالانتخاب إلا أنه يقع طوال فترة عمله تحت تأثير السلطة المركزية بما تقرره من قوانين ولوائح تجعله خاضعا لها فاقدًا لاستقلاله، في حين أنه قد يكون معينا لكن هناك ضمانات مقررته له تحيطه بسياسات مانع يحقق له الاستقلالية في عمله، مثل وظيفة القاضي تشغل بالتعيين إلا أن القوانين هيأت له الاستقلال اللازم لمباشرة مهامه بعيدا عن السلطة التنفيذية. راجع في ذلك د. محمد الشافعي أبوراس: القانون الإداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص252، وما بعدها، د. صفوان المبيض، د. حسين الطراونة، د. توفيق عبد الهادي: المركزية ولللامركزية في تنظيم الإدارة المحلية، البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011، ص41، وما بعدها.

6- إن أسلوب الانتخاب يحقق مبدأ إرادة الشعب لنفسه عن طريق اختيار ممثليه من أبناء الأقاليم أو البلدة ليشرّفوا على مصالح من يهمهم، وهذا بالطبع يخلق الحافز الهائل لدى الجماهير لتقديم كافة مساعداتها ولتساهم في برامج المساعدة الذاتية، الأمر الذي يسارع في عملية التنمية، كما أنه يقلل من مقاومة الجماهير لأية تغييرات تقوم بها السلطات المحلية من أجل تحسين نظام سير العمل طالما أن هذه السلطات منتخبة من جانب هذه الجماهير.

وعلى الرغم من تبني المشرع الدستوري لتشكيل المجالس المحلية بالانتخابات لتحقيق استقلال المجالس المحلية عن السلطة المركزية؛ إلا أن هناك جانبا من الفقه يرى أن تحقيق استقلال المجالس المحلية لا يتوقف على تشكيلها بالانتخاب فقط، وإنما تحققه بصفة أصلية بضمانات حقيقية دستورية وقانونية إذا تحققت تحقق الاستقلال، سواء تشكلت المجالس بالانتخاب أو بالتعيين أو بهما جميعا.

وإذا فقد النظام هذه الضمانات الرئيسية فقدت معها هذه المجالس استقلالها وسواء كانت مشكلة بالانتخاب أو بالتعيين أو بهما جميعا، فالبحث في مشكلة تشكيل المجلس بالانتخاب باعتبار أن ذلك هو الفيصل في الاستقلال، يدخل في باب فرض حكم الجزء على الكل وهو أمر غير مقبول فتشكيل المجالس المحلية جزء من العملية الإدارية، وهو مرحلة من مراحلها العضوية، من شأنها أن تبدأ بها العضوية، لكن العضوية بعد أن تبدأ سواء بالانتخاب أو بالتعيين تستمر في التعامل والتفاعل مع السلطة المركزية، فإن لم يتحقق لهذه العضوية وسائل استقلالها بعد أن تتولى عملها وتباشر وظيفتها بالمجالس اللامركزية، فإنه لا فاعلية بوسيلة التشكيل أيًا كان شكلها أو أداؤها أو وسيلتها<sup>(1)</sup>، بل يمكن أن يترتب على أسلوب الانتخاب عدم تحقيق نمو وتطور الأقاليم في داخل الدولة، وذلك إذا لم تتوافر التخصصات المطلوبة في الأقاليم وإذا لم تمارس الانتخابات في ظل وعي سياسي متطور، وتكون منارة الناخب والممثل له محليا تحقيق المصلحة العامة، وهذا الأمر قد يتخلف في كثير من دول العالم الثالث<sup>(2)</sup>، فإذا انخفض معدل الأمية والعصبية القبلية في المجتمع وأصبح المواطن حريصا على أداء حقه الانتخابي أمكن الأخذ بمبدأ الانتخاب المباشر؛ أما إذا لم يتحقق ذلك فإن الجمع بين مبدأي الانتخاب والتعيين يعدّ أمراً ضرورياً لاستكمال الخبرة الفنية الهاربة من وجه التعصب ولتحقيق الاستقلال المطلوب<sup>(3)</sup>.

الاقتراع العام وتشكيل المجالس المحلية: يقصد بالاقتراع العام " الاقتراع الذي يسمح بالتصويت لكل الناس دون أن يستبعد أحد بسبب ثروته أو دخله أو مولده أو أصله أو تعليمه أو جنسه"<sup>(4)</sup>؛ بيد أن تقرير حق الاقتراع العام لا يعني عدم اشتراط أية شروط؛ إذ إنه لا يعقل أن يمنح حق الانتخاب لجميع المواطنين بصرف النظر

(1) د. محمد الشافعي أبوراس: القانون الإداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 255، 256.

(2) د. مجدي مدحت النهري، مرجع سابق، ص 65، 66.

(3) د. مصطفى محمد موسي، مرجع سابق، ص 492.

(4) راجع:

عن أعمارهم، أو مدى تمتعهم بحقوقهم المدنية والسياسية، كما لا يتصور إعطاء حق الاقتراع للأجانب، ولذلك فإنه لا يتعارض مع تقرير الاقتراع العام اشتراط السن أو الجنسية أو الأهلية القانونية أو الأهلية الأدبية<sup>(1)</sup>.

ولقد انتشر نظام الاقتراع العام في غالبية نظم الانتخاب المعتمدة حالياً، والسبب في ذلك يعود إلى إعطاء أكبر عدد ممكن من الأفراد حق الانتخاب، وإشراكهم في العملية الانتخابية، وبالتالي فهو يعمل على تحقيق مبدأ الحكم للشعب على النحو الحقيقي، وتحقيق مبدأ المساواة بين أفراد الشعب، وعدم التمييز بينهم لأي سبب كان، كما أنه كلما زاد عدد الناخبين يصعب تزوير إرادتهم والتأثير عليها عن طريق الترغيب والترهيب<sup>(2)</sup>.

### الاقتراع السري وتشكيل المجالس المحلية:

تمثل السرية الضامنة الأساسية لإجراء عملية التصويت في الانتخابات بنزاهة وحرية، ولممارسة كل مواطن حقه الانتخابي دون أن يقع تحت أية ضغوط حزبية أو تأثيرات شخصية<sup>(3)</sup>، وسرية الاقتراع تعني أن "يقوم الناخب بالإدلاء بصوته دون أن يشعر أحد بالموقف الذي اتخذه في التصويت، وذلك من خلال قيامه بالتأشير على بطاقة إبداء الرأي وإيداعها بصندوق الاقتراع بطريقة لا تسمح للآخرين بمعرفة اتجاهه في التصويت أو الموقف الذي اتخذه فيه"<sup>(4)</sup>، إن تطبيق مبدأ الاقتراع السري كضمانة جوهرية لعملية المشاركة الانتخابية لم يعرف في دول العالم إلا منذ عهد قريب، فقد أقر في فرنسا عام 1871، وفي إنجلترا عام 1872، فأغلب الكتاب والمفكرين

(1) د. عبد الغني بسيوني عبد الله: أنظمة الانتخابات في مصر والعالم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990، ص 17، د. فاطمة حمادة عبد العظيم عمران: النظام الانتخابي في جمهورية مصر العربية "دراسة نظرية وتطبيقية"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2017، ص 101، وما بعدها.

(2) راجع بالتفصيل أ. بلال أمين زين الدين: النظم الانتخابية المعاصرة دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2011، ص 37، وما بعدها، أ. فؤاد مطير الشمري: التجارب الانتخابية في العالم، دار أسامة للنشر والتوزيع، ط. 1، 2014، ص 25.

ويعود الأخذ بنظام الاقتراع العام في مصر إلى قانون الانتخاب الصادر في 1883/5/1 والذي نص في المادة (1) منه على أن "لكل مصري من رعية الحكومة المحلية بالغ من العمر 20 سنة كاملة حق الانتخاب بشرط ألا يكون في حال من الأحوال المانعة من حق الانتخاب"، ومنذ ذلك التاريخ تعاقبت القوانين الانتخابية مقررة ذات الحق.

أما الاقتراع المقيد فهو الأسلوب الذي يشترط في الناخب توافر قدر معين من الثروة، ولا يجوز إعطاء صفة الناخب إلا لمن كان حائزاً على النصاب المالي، أو حاصلًا على تحصيل دراسي معين، ونظام الاقتراع المقيد أقل ديمقراطية من الاقتراع العام، فهو يعمل على الحد من الحقوق الإنسانية لأفراد الدولة، ويقيد مفهوم الشعب السياسي والاقتصادي على عدد قليل من الأفراد، وهو ما يتعارض مع الديمقراطية التي تقرر كأصل عام المساواة في الحقوق السياسية بين المواطنين، وهو ما يقلل عدد الناخبين مما يجعل من السهل تزوير الانتخابات أو التأثير على هيئة الناخبين مما يتعارض مع مدلول حكم الشعب الحقيقي، راجع بالتفصيل أ. بلال أمين زين الدين، مرجع سابق، ص 25، وما بعدها، أ. فؤاد مطير الشمري، مرجع سابق، ص 23، 24، د. فاطمة حمادة عبد العظيم عمران، مرجع سابق، ص 122، وما بعدها.

(3) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 12.

(4) راجع في تفاصيل مبدأ السرية في الانتخابات:

Louis Favoreau, Patrick Gala, Richard Ghevontion, Jean Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux et Guy Scoffoni, Droit constitutionnel, Dollaz, coll. précis, Droit public Science politique, 12<sup>ème</sup> éd., 2009, pp. 595 et S

وتفرض سرية الاقتراع التزامات على الناخب وعلى لجنة الانتخابات، فلا يجوز للناخب أن يترك على بطاقة إبداء الرأي أي علامة أو إشارة تدل عليه، بل عليه أن يعيد البطاقة مطوية في الصندوق بنفسه، كما لا يجوز للجنة الانتخابات أن تفتش سر إعطاء الناخب لرأيه راجع أ. سعد مظلوم العبدلي: الانتخابات ضمانات حريتها ونزاهتها دراسة مقارنة، دار دجلة للنشر، المملكة الأردنية الهاشمية، ط. 1، 2009، ص 258.

السياسيين في أوروبا في القرنين الثامن عشر والتاسع عشر كانوا يؤيدون التصويت العلني لأنها تعلم الناخب تحمل المسؤولية وكذلك تعلن عن شجاعته المدنية، بالإضافة إلى أنها تسمح بتنوير الناخبين غير المتعلمين<sup>(1)</sup>، ورغم كل تلك الحجج التي ساقها أنصار التصويت العلني إلا أن التصويت العلني أدى إلى امتناع عدد كبير من الناخبين عن المشاركة في الانتخابات لعدم امتلاكهم الشجاعة للإدلاء بأصواتهم بصورة علنية، كما أدى لانتشار الفساد الانتخابي والرشوة الانتخابية لاطمئنان المرشح الراشي أن الناخب المرتشي سيعطيه صوته وإلا استرد منه رشوته، كما أدى إلى سيطرة أرباب الأعمال على أصوات عمالهم<sup>(2)</sup>، لقد اهتم القضاء الإداري بمبدأ السرية في التصويت في الانتخابات محاولاً إيضاح كيفية تحقيق هذه السرية بالاهتمام بالإجراءات المتبعة في لجان الانتخاب بقضائها بأن "المشرع أوضح العناية الخاصة ببطاقة إبداء الرأي الانتخابي بحسبانها الأداة القانونية التي يمارس الناخب من خلالها حقه الدستوري في انتخاب من يمثله ويدافع عن حقوقه ويحمي مصالحه المشروعة، وأحاط استخدام البطاقة الانتخابية بما يحقق الغاية من ورائها والمتمثلة في حفظ السرية بما يحقق نزاهة العملية الانتخابية مبيناً كيفية تسليمها إلى الناخب وإبداء هذا الناخب رأيه عليها ثم إعادتها إلى رئيس اللجنة مطوية ليضعها في صندوق الانتخاب وحتى الانتهاء من العملية الانتخابية برمتها والتي تختتم بإعلان النتيجة، متى استبان شيوع تداول تلك البطاقات بين العامة خارج اللجنة فإن هذا يؤدي إلى بطلان العملية الانتخابية لما ينطوي عليه ذلك من إخلال بضمانات جوهرية كفلها القانون لتنظيم وضمان سرية العملية"<sup>(3)</sup>.

(1) أ. فؤاد مطير الشمري، مرجع سابق، ص 27.

(2) أ. سعد مظلوم العبدلي، مرجع سابق، ص 259، 260.

(3) راجع حكم محكمة القضاء الإداري رقم 10603 لسنة 56 ق جلسة 2004/11/30.

الانتخاب المباشر وتشكيل المجالس المحلية: ويقصد به " أن يتوجه الناخبون إلى صناديق الاقتراع لاختيار المرشحين دون وجود وسيط ويسمى أيضا " بالانتخاب على درجة واحدة"<sup>(1)</sup>، ويحقق الانتخاب المباشر عددا من المزايا نرصدها فيما يأتي<sup>(2)</sup>:

1- يعد نظام الانتخاب المباشر النظام الأكثر ديمقراطية، لأنه يتيح للناخبين اختيار حكامهم ونوابهم دون واسطة.

2- يرفع نظام الانتخاب المباشر مدارك الشعب ويشعره بمسؤوليته في الاهتمام بالشؤون العامة وذلك لأنه يؤدي إلى تنمية الوعي السياسي لدى غالبية المواطنين ويحفزهم على المشاركة الإيجابية في الحياة السياسية.

(<sup>1</sup>) راجع د. ربيع أنور فتح الباب: النظم السياسية، مكتبة الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر، 1999، ص 281، د. عبد العليم مشرف: الأنظمة السياسية المعاصرة، د. ن 2010، ص 184، وما بعدها، د. عبد الحكيم فوزي سعودي: ضمانات الأشراف والرقابة على الانتخابات دراسة مقارنة بالنظام الفرنسي، دار النهضة العربية، 2015، ص 12، د. فاطمة حمادة عبد العظيم عمران، مرجع سابق، ص 130. أما الانتخاب غير المباشر فيكون إما على درجتين أو أكثر يقوم الناخبين فيه باختيار مندوبين هم الذين يقومون بالاختيار بين المرشحين، ويسوق البعض لنظام الانتخاب غير المباشر بأنه يجعل عملية الانتخاب في أيدي عدد محدود من الناخبين الذين يتمتعون بالقدرة على اختيار أصح العناصر من بين المرشحين، إذا كانوا أكثر تأهيلا من ناخبي الدرجة الأولى في حالة الانتخاب على درجتين، ومن ناخبي الدرجتين في حالة الانتخاب على ثلاث درجات، كما أنهم أكثر شعورا بالمسؤولية وأوسع خبرة بالشؤون السياسية، مما يقلل من مساوئ نظام الانتخاب المباشر، وأنه يفيد في الدول حديثة العهد بالديمقراطية، والتي يكون فيها الناخب أقل في المستوى الثقافي وبالتالي يضع الحق في الانتخاب في يد مجموعة متناقة تمثل خبرة الرجال في مختلف المجالات، كما أنه يبعد عملية الانتخاب من التشويش الذي يشوب الانتخاب المباشر؛ إلا أن البعض الأخر يري – بحق – أن تبرير نظام الانتخاب غير المباشر بأن الناخب في الدرجة الأولى هو أقل وعيا وثقافة مما يجعله ينتخب مندوبا عنه، فالناخب قليل الوعي سيختار مندوبا سيء والمندوب السيئ بالطبع سيختار مرشح سيء وبالتالي نظام الانتخاب غير المباشر لن يفيد في حالة قلة الوعي السياسي والثقافي لدى الشعب، كما أنه يُفقد العملية الانتخابية أهميتها لالتزام المندوب بسياسة حزبه الذي يمثله، راجع د. فاطمة حمادة عبد العظيم عمران، مرجع سابق، ص 132، وما بعدها.

وكان الانتخاب غير المباشر هو السائد في مصر في عهد الاحتلال الإنجليزي منذ عام 1866، حيث أجريت انتخابات مجلس شورى النواب في عهد الخديوي إسماعيل على هذا الأساس، وهو ما أخذ به القانون النظامي الصادر سنة 1883 بالانتخاب غير المباشر بالنسبة لانتخاب أعضاء مجلس شورى القوانين، والجمعية الوطنية، ثم جاء القانون النظامي الصادر سنة 1913 الخاص بانتخاب أعضاء الجمعية التشريعية عن طريق الانتخاب غير المباشر وعلى درجتين، بحيث يقوم الناخبون في الدرجة الأولى بانتخاب المندوبين، وكان كل مندوب يمثل خمسين ناخبا، ولهذا كان يطلق عليه المندوب الخمسيني، وفي ظل دستور 1923 صدر القانون رقم 11 لسنة 1923 ليأخذ كذلك بنظام الانتخاب غير المباشر إذ كان ثلاثون ناخبا يتولون انتخاب مندوب عنهم بالأغلبية النسبية، بحيث لا يقل عمر المندوب عن 25 سنة، ثم يقوم المندوب بانتخاب أعضاء مجلس النواب، أما أعضاء مجلس الشيوخ، فإن انتخابهم كان يتم على ثلاث درجات، إذ يقوم خمسة من المندوبين بانتخاب واحد منهم لا يقل عن 30 سنة، ليتولوا اختيار أعضاء مجلس الشيوخ، وجاء برلمان 1924 ليُجري تعديلا في النظام الانتخابي ويطبق نظام الانتخاب المباشر الذي طبق فعليا في انتخابات 1926، ثم عادت مصر إلى نظام الانتخاب غير المباشر سريعا بصور دستور 1930، وفي سنة 1935 صدر قانون الانتخابات رقم 148 لسنة 1935 ليأخذ بنظام الانتخاب المباشر والذي ظل مستمرا حتى يومنا هذا، راجع د. عبد الغنى بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 28، 29.

(<sup>2</sup>) د. عبد الحكيم فوزي سعودي، مرجع سابق، ص 14، 15.

النظام الانتخابي لتشكيل المجالس المحلية الملائم لما ورد بالدستور: النظام الانتخابي في ظل ما قرره النص الدستوري السابق من شروط سيتم تناولها بشكل تفصيلي في المبحث القادم<sup>(1)</sup>، لن يكون إلا من خلال الانتخاب بنظام القائمة الحزبية حتى يمكن للناخبين اختيار فئات المرشحين طبقاً للنسب المقررة في الدستور لكل فئة، فدور الناخب في هذا النظام يقتصر على اختيار قائمة من ضمن عدد معين من القوائم المعروضة عليه، وبالطبع كل قائمة من هذه القوائم تضم عدداً من المرشحين الذين يمثلون برامج وأهداف ومبادئ الحزب<sup>(2)</sup>، وهناك عدد من أنواع القوائم الانتخابية، والتي من أهمها:

أ- نظام القوائم المغلقة: وهو نظام يكون على الناخب فيه أن يدي بصوته لصالح قائمة من القوائم المعروضة أمامه بكل ما فيها من أسماء، أي أن الناخب إما أن يقبل القائمة كلها كما هي أو أن يرفضها برمتها كما هي دون أن يكون له الحق في إجراء أي تعديل فيها<sup>(3)</sup>.

ويرى البعض أن هذه الطريقة بعيدة عن روح الديمقراطية لأنها تحرم الناخب حرية اختيار ممثليه، فهو يعطي صوته لقائمة قد تتضمن عدداً من مرشحين ليسوا موضع ثقته ولا يرغب في انتخابهم<sup>(4)</sup>، بينما يرى البعض من مؤيدي هذا النظام أن قائمة المرشحين تكون تعبيراً عن الاتجاه السياسي للحزب وترتيب الأسماء في القوائم يقوم على دراسة تؤكد أرجحية الفوز في المنافسة الانتخابية، وقدرة الناخبين على العمل الجماعي والارتباط بالناخبين، فالناخب يعطي صوته وثقته للبرنامج السياسي الذي يلتزم به المرشحون في القوائم<sup>(5)</sup>.

ب- نظام القوائم المفتوحة: وهذا النظام يعطي الحق للناخب في إجراء عدد من التعديلات في القائمة التي يريد التصويت لصالحها، مما يسمح له بقدر من الحرية التي يفتقدها في ظل نظام القوائم المغلقة، ويتخذ نظام القوائم المفتوحة عدداً من الصور<sup>(6)</sup>:

(1) فقد نصت المادة (180) من دستور 2014 على ".... يشترط في المترشح ألا يقل سنه عن إحدى وعشرين سنة ميلادية، وينظم القانون شروط الترشح الأخرى، وإجراءات الانتخاب، على أن يُخصص ربع عدد المقاعد للشباب دون سن خمس وثلاثين سنة، وربع العدد للمرأة، على ألا تقل نسبة تمثيل العمال والفلاحين عن خمسين بالمائة من إجمالي عدد المقاعد، وأن تتضمن تلك النسبة تمثيلاً مناسباً للمسيحيين وذوي الإعاقة".

(2) د. مجدي مدحت النهري، مرجع سابق، ص 95.

وهو ما يفهم من نص المادة (29) من اللائحة التنفيذية من القانون 43 لسنة 1979 على أن "يشكل المجلس الشعبي المحلي لكل وحدة من وحدات الإدارة المحلية من الأعضاء الأصليين الواردة أسماؤهم بالقائمة الحزبية التي فازت بالأغلبية المطلقة لعدد الأصوات الصحيحة التي أعطيت في الانتخابات أو التي فازت بالتركية على أن يكون نصف الأعضاء على الأقل من العمال والفلاحين".

(3) راجع: Geror.Vedel,manney.Elementaire,de droit constitutional,1949,p.1046.

(4) أ. سعد مظلوم العبدلي، مرجع سابق، ص 77، 78.

(5) د. فاطمة حمادة عبد العظيم عمران، مرجع سابق، ص 143.

(6) راجع: BURDEAU –Géorges: Droit Constitutional et Institutions Politiques,18émeedition,L.G.D.J. Paris,1977,pp:150 et,S.

د. عبد الحكيم فوزي سعودي، مرجع سابق، ص 29، 30، أ. سعد مظلوم العبدلي، مرجع سابق، ص 78، 79.

- 1- نظام القوائم مع الشطب: وهو النظام الذي يسمح للناخب بشطب اسم أو أكثر من القائمة التي يريد التصويت لصالحها، دون أن يكون باستطاعته وضع اسم من قوائم أخرى بدلا منه.
- 2- نظام القوائم مع التفضيل: وهو النظام الذي يسمح للناخب بتعديل نظام ترتيب أسماء المرشحين في القائمة التي وقع اختياره عليها، وذلك وفقا لوجهة نظره الشخصية إزاء المرشحين، ومدى تفضيله لبعضهم على بعض، وليس طبقا للترتيب الذي وضعه الحزب صاحب القائمة بأن يكون للناخب أن يضع على رأس القائمة الأسماء التي يفضلها، والتي يرى أن لها فرصة كبيرة للفوز.
- 3- نظام القوائم مع المزج: وهو النظام الذي يسمح بشطب اسم أو أكثر من القائمة وإضافة اسم أو أكثر إليها من قوائم أخرى بدلا من الأسماء التي قام بشطبها، أي السماح له بالمزج بين القوائم المختلفة، وهنا يكون على الناخب أن يقوم بتكوين قائمة جديدة خاصة به يختار أسماءها من بين مختلف القوائم الحزبية المتنافسة، وبالترتيب الذي يراه، بحيث تعبر هذه القائمة عن رأيه الشخصي تعبيراً تاماً.

ويرجع الأخذ بنوع دون آخر من بين نظامي القوائم السابقين وصور الأخير فهم إلى مدى الحرية التي ترغب هذه النظم في منحها للناخب، ومقدار ما تريد أن تحققه من تماسك وإحكام في أنظمة الأحزاب السياسية، إذ أن الأمر يستلزم توازنا بين حرية الناخب في التصويت وسلطة الأحزاب السياسية في إعداد القائمة بالطريقة التي تحقق لها التنسيق بين مختلف الدوائر الانتخابية<sup>(1)</sup>، فالفكر السياسي والدستوري في الديمقراطيات ذات الصبغة التعددية قد استخلص قانونا عاما - إن جاز التعبير - مؤداه أنه لا يوجد نظام انتخابي أفضل في ذاته، وأن معيار اختيار نظام انتخابي دون آخر تحكمه عوامل عدة في مقدمتها الظروف السياسية والاجتماعية للبلد الذي يراد تطبيقه فيه، ولا سيما النظام الحزبي ومدى تطوره، فما يلاءم دولة راسخة القدم على الصعيد الديمقراطي قد لا يناسب بالضرورة دولة حديثة العهد بالتجربة الديمقراطية ذات البعد التعددي، إلا أن ذلك كله لا ينفي أنه متى تم اختيار نظام انتخابي بعينه فإنه يجب الالتزام بقواعده وآلياته التي هي في حقيقتها ضمانات لحسن سير هذا النظام<sup>(2)</sup>.

مميزات وعيوب الانتخاب بالقائمة: يرى أنصار الانتخاب بالقائمة أنه يحقق العديد من المزايا كما يرى معارضوه أنه مليء بالمثالب والعيوب.

#### أ- مزايا الانتخاب بالقائمة:

- 1- يجعل الانتخاب بالقائمة عملية الانتخاب مفاضلة بين مبادئ وبرامج حزبية محددة، وليست مفاضلة بين أشخاص تربط الناخب ببعضهم علاقات شخصية أو صلات عائلية.

(1) د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 111.

(2) د. فاطمة حمادة عبد العظيم عمران، مرجع سابق، ص 146، 147.

- 2- تحويل العملية الانتخابية إلى مفاضلة بين مبادئ وبرامج يؤدي إلى زيادة اهتمام الناخبين بالمسائل العامة والشؤون الوطنية، ويعمق إدراكهم البرامج السياسية لمختلف الأحزاب المتنافسة، لكي يقارنوا بينها ويختاروا القائمة التي تعبر عن البرامج الأكثر صلاحية وفائدة من وجهة نظرهم.
- 3- يرفع الانتخاب بالقائمة قمة الدور الذي يقوم به الناخب، ويزيد من أهمية صوته الانتخابي، نظرا لإعطائه الحق في اختيار عدة مرشحين ليصبحوا نوابا عنه.
- 4- يحد اتساع الدائرة الانتخابية في الانتخاب بالقائمة من قيام الإدارة بالتدخل والضغط على الناخبين للإدلاء بأصواتهم على نحو معين، كما يقلل من دور المال في إفساد عملية الانتخاب نظرا لصعوبة شراء أصوات الناخبين المنتشرين في دائرة كبيرة.
- 5- تقوم الأحزاب بتقديم الأكفاء من كوادرها في قوائمها الانتخابية مما يرفع من كفاءة المجالس المحلية.
- 6- كما يكفل العدالة عن طريق ضمان التمثيل المتوافر للاتجاهات المختلفة للرأي العام خاصة إذا ما اقترن نظام الانتخاب بالقائمة بنظام التمثيل النسبي<sup>(1)</sup>.

#### ب- عيوب الانتخاب بالقائمة:

- 1- تتحكم الأحزاب في وضع القوائم الانتخابية للمرشحين الذين يمثلونها في سبيل تحقيق مصلحة كل حزب بصفة أساسية، والوصول إلى الفوز بالأغلبية التي تمكنه من الحكم، وليس بقصد مصلحة الناخبين في الدوائر الانتخابية المختلفة.
- 2- تؤدي سيطرة الأحزاب على عملية إدراج أسماء المرشحين في القوائم الانتخابية إلى خداع الناخبين في كثير من الأحيان عن طريق وضع أسماء شخصيات تتمتع بمكانة اجتماعية ورصيد شعبي على رأس القائمة، ثم إكمال القائمة بأسماء شخصيات مغمورة أو ذات قدرات متواضعة لا تؤهلها لتمثيل الشعب في المجالس المحلية.
- 3- يقلل من حرية الناخب فلا يستطيع الحكم الصحيح على كل الأسماء الواردة بالقائمة، فقد يضطر إلى اختيار قائمة جهل المعرفة ببعض أشخاصها، وبذلك يصير الاختيار الفعلي في أيدي الأحزاب السياسية التي تضع قوائم المرشحين لا في أيدي الناخبين.

(1) د. عبد الغنى بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 112، 113، د.صلاح الدين فوزي: الإدارة المحلية في التشريع المصري " نحو إدارة محلية أفضل"، دار النهضة، 1992، ص 79، د. عبد الحكيم فوزي سعودي، مرجع سابق، ص 31، 32.

4- يعد تقييد لحق أي مواطن في الترشح، فالأحزاب السياسية هي التي تتولى إعداد القوائم الانتخابية وبالتالي سيتم استبعاد من تراه من المنتمين إليها الراغبين في الترشح بل وسيحرم من لا ينتمي لحزب من باب أولى من الترشح للانتخابات المحلية.

5- الانتخاب بالقائمة يجعل ولاء أعضاء المجالس المحلية المنتخبة لا يكون إلا لقادة الأحزاب السياسية التي رشحتهم، ولن يعمل إلا لصالح إرضاء الحزب وزعمائه، حتى لو كان ذلك على حساب مصالح الناخبين مما يؤدي لتسييس المجالس المحلية<sup>(1)</sup>.

ج-تقدير الباحث لنظام الانتخاب بالقائمة: ويرى الباحث أن نظام الانتخاب بالقائمة سياتر على حرمان طوائف معينة من الشعب من الحق في الترشح للانتخابات المحلية، وهذه الطوائف تتمثل أولاً: فيمن لا ينتمون إلى أحزاب سياسية، ثانياً: فيمن ينتمون إلى أحزاب سياسية إلا أن القائمين على هذه الأحزاب يرون عدم ترشيحهم في الانتخابات المحلية عن هذه الأحزاب. وهو ما سيصطدم مع نص المادة (87) من دستور 2014 والتي جاء نصها كالاتي " مشاركة المواطن في الحياة العامة واجب وطني، ولكل مواطن حق الانتخاب والترشح وإبداء الرأي في الاستفتاء، وينظم القانون مباشرة هذه الحقوق، ويجوز الإعفاء من أداء هذا الواجب في حالات محددة يبينها القانون"، كما أنه سيتعارض مع ما هو مستقر عليه في أحكام المحكمة الدستورية العليا من أن " حق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس التي كفل الدستور والقانون صفتها التمثيلية، لا ينفصل عن حق الناخبين في الإدلاء بأصواتهم لاختيار من ينشئون فيه من بينهم، ذلك أن هذين الحقين مرتبطان، ويتبادلان التأثير فيما بينهما.

ولا يجوز بالتالي أن تفرض على مباشرة أيهما تلك القيود التي لا تتصل بتكامل العملية الانتخابية وضمن مصداقيتها Integrity and Reliability of the Electoral Process، أو بما يكون كافلاً إنصافها. وتدقق الحقائق الموضوعية المتعلقة بها، بل يجب أن تتوافر لها بوجه عام أسس ضبطها، بما يصون حياديتها، ويحقق الفرص المتكافئة بين المترشحين فيها. ومن ثم تقع هذه القيود في حماة المخالفة الدستورية، إذا كان مضمونها وهدفها مجرد حرمان فئة من المواطنين - ودون أسس موضوعية - من فرص الترشيح لعضوية تلك المجالس أو تقييدها، ذلك أن أثرها هو إبعاد هؤلاء نهائياً عن العملية الانتخابية بأكملها، وحججهم بالتالي عن الإسهام فيها، بما مؤداه احتكار غرمائهم لها، وسيطرتهم عليها دون منازع، وإنهاء حق المبعدين عنها في إدارة الحوار حول برامجهم وتوجهاتهم، وهو ما يقلص من دائرة الاختيار التي يتيحها المشرع للناخبين، وبوجه خاص كلما كان المبعدون أدنى إلى ثقتهم، وأجدر بالدفاع عن حقوقهم. بل إن القيم العليا لحرية التعبير - بما تقوم عليه من تنوع الآراء وتدقيقها وتزاحمها - ينافيها ألا يكون الحوار المتصل بها فاعلاً ومفتوحاً، بل مقصوراً على فئة بذاتها

(1) د. عبد الغنى بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 113، 114، د. صلاح الدين فوزي، مرجع سابق، ص 80، 81، د. ربيع أنور فتح الباب، مرجع سابق، ص 283، د. مجدي مدحت النهري، مرجع سابق، ص 95، وما بعدها، د. عبد العليم مشرف، مرجع سابق، ص 190، وما بعدها.

من المواطنين، أو متعاضداً بمركزهم بناء على صفتهم الحزبية<sup>(1)</sup>، وكذلك ما استقر عليه القضاء الإداري من أن "المشرع كفل للمواطنين حق الترشيح للمجالس النيابية والمحلية - هذا الحق لا يتقيد بالانتماء الحزبي وذلك لتعلق هذا الحق بالإرادة الشعبية المعبرة عن سيادة الشعب - يضحى من قبيل الاستعداد على حق الترشيح اقتران قبول الترشيح لعضوية المجالس بالانتماء إلى الأحزاب السياسية - قيام النظام السياسي في مصر على أساس تعدد الأحزاب يكون في إطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع ومنها مبدأ المساواة وتكافؤ الفرص بين كافة المواطنين والأحزاب السياسية وهو وسيلة العمل الديمقراطي وتعميقه بين أفراد المجتمع، ويقع عليها واجب المشاركة في تحقيق التقدم السياسي والاجتماعي والاقتصادي بما تقدمه من خبرات في هذه المجالات، وعلى أن يظل قيامها أو مباشرتها بدورها المحدد قانوناً غير حاجب لحقوق الأفراد سواء الانضمام إليها بإرادتهما المستقلة لمباشرة العمل السياسي وعلى قمته حق الترشيح للمجالس النيابية والشعبية والنقابات"<sup>(2)</sup>.

انتخابات المحليات وتسييس مجالسها: تشكيل المجالس المحلية عن طريق الانتخابات أثار جدلاً وانقساماً فقهاً حول طبيعة الدور الذي تلعبه تلك المجالس، فهناك من يرى أنها تلعب دوراً سياسياً وله أسانيد في ذلك، وهناك من يرى أن دورها ينحصر في الوظيفة الإدارية فقط ويستند في تبرير رأيه لعدد من الأسانيد، ونظراً لأننا قد تعرضنا في بحثنا لموضوع انتخابات المجالس المحلية، وهو ما يستند إليه من يرى دورها السياسي خصوصاً مع كون النظام الانتخابي الملائم لتشكيلها في ظل الدستور الحالي هو نظام الانتخاب بالقائمة، فكان لزاماً علينا أن نوضح الرأيين، مع بيان إلى أي من الجانبين نعيد<sup>(3)</sup>.

أ- الجانب المؤيد لتسييس المجالس المحلية يستند في رأيه إلى:

- 1- أن المجالس المحلية تشكل من خلال الانتخابات وهي وسيلة سياسية.
- 2- أن ارتفاع مستوى الرأي العام والمستوى الثقافي للشعب فرضاً أن تكون المفاضلة بين الأفكار والمناهج التي لن تكون إلا من خلال طرح المرشح من خلال حزب له برنامج، بعد أن كانت المفاضلة قديماً تقوم على أساس شخصي فردي تؤثر فيها عوامل القرابة والعصبية ومدى يسار المرشح ومقدرته في التأثير

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 16 ق. س جلسة 1996/2/3.

(2) راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم 8471 لسنة 56 ق جلسة 2002/4/2.

كما قضت المحكمة الدستورية العليا بأن أي نظام انتخابي سيخلف بقدرة المستقلين على الترشيح في الانتخابات سيؤدي إلى بطلان تلك الانتخابات "إخلال هذا النظام الانتخابي بحق المستقلين في الترشيح على قدم المساواة، وعلى أساس من تكافؤ الفرص، مع باقي المرشحين من المنتمين إلى الأحزاب السياسية إخلالاً أدى إلى التمييز بين هاتين الفئتين في المعاملة القانونية وفي الفرص المتاحة للفوز بالعضوية، وآل بالتالي إلى بطلان تكوين المجلس المحلي " الشعب - المطعون عليه في تلك الدعوى - منذ انتخابه"، راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 6 لسنة 12 ق. س منازعة تنفيذ جلسة 1994/5/7.

(3) راجع في الآراء المؤيدة والمعارضة لفكرة تسييس المجالس المحلية د. محمد الشافعي ابوراس: القانون الإداري، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 313، وما بعدها.

على الناخبين بما يبذله من مال، أي أن تسييس المجالس المحلية أمر تفرضه طبائع الأمور وظروف الأحوال.

3- أن المجالس المحلية تعتبر برلمانات صغيرة يتعلم فيها العضو أصول العمل السياسي ومبادئه وهي بذلك تعتبر بمثابة المعاهد التي تقدم للمجتمع أعضاء المجلس التشريعي فيما بعد، وبالتالي لن تستطيع أن تقوم بدورها دون أن يصطبغ عملها بالصبغة السياسية.

ب- الجانب المعارض لفكرة تسييس المجالس المحلية يستند في رأيه إلى أن:

1- المجالس المحلية تقوم أساسا على اختصاصات إدارية، فأسلوب اللامركزية الإدارية يقوم على أساس توزيع جزء من الوظيفة الإدارية فقط بين السلطة التنفيذية المركزية وبين الوحدات المحلية، والقاعدة أن تقوم الإدارة بنشاطها الإداري غير متأثرة بالسياسة والاتجاهات السياسية، وبالتالي يرى هذا الجانب أنه كلما كانت المجالس المحلية بعيدة عن السياسة كلما كان ذلك أدمى للقيام بواجباتها علي وجه أفضل.

2- مواصفات عضو المجلس المحلي تختلف جوهريا عما يجب أن يكون عليه رجل التنظيم السياسي، ويؤكد ذلك الطبيعة الإدارية لجوهر نشاط واختصاصات المجالس المحلية، الذي يجعلها متميزة عن التنظيمات السياسية التي تقوم بنشاط سياسي بحت.

ج- تقدير الباحث لمسألة تسييس المجالس المحلية: يرى الباحث تأييد الجانب الفقهي الذي نادى بفكرة تسييس المجالس المحلية للأسباب الآتية:

1- واقع البلاد العريقة في الديمقراطية يُظهر ذلك فتلعب نتائج الانتخابات المحلية دورا هاما في معرفة اتجاه الناخبين وميولهم نحو أي الأحزاب، ويمكن التنبؤ بالانتخابات التي تشكل المجالس التشريعية من خلال تلك النتائج التي تعطي مؤشرا لا يخطئ نحو من سينال أصوات الناخبين وبالتالي انتخابات الرئاسة فيما بعد<sup>(1)</sup>. وها هي فرنسا مثلا تؤكد على دور وأهمية الانتخابات المحلية في انتخاب أعضاء مجلس الشيوخ الفرنسي حيث تجري انتخابات مجلس الشيوخ الفرنسي منذ عام 1875 بنظام الانتخاب غير المباشر، من خلال قيام أعضاء المجالس المحلية بانتخاب أعضاء مجلس الشيوخ<sup>(2)</sup>، كما يظهر من تتابع تاريخ رؤساء الدول المتقدمة نجد أن المحليات تعد هي الأكاديمية التي يتخرجون منها كسياسيين فمثلا جاك شيراك تولى منصب عمدة باريس في عام 1977 ووصل لرئاسة فرنسا عام 1995 وظل محتفظا بمنصبه كرئيس حتى عام 2006، وكذلك نيكولا ساركوزي بدأ حياته مستشارا لبلدية نوبلي سور سين عام 1977، ثم رئيسا لها، ثم عضوا استشاريا في المجلس

(1) د. سليمان محمد الطماوي: شرح نظام الحكم المحلي الجديد، دار الفكر العربي، ط.1، 1980، ص53.

(2) راجع: Pacter(P.): Inststutionspolitiques droit constitutionnel,18éd,Amard Colin, 1999,p.392.

الإقليمي العام لإقليم " إيل دو فرانس " منذ عام 1983 حتى عام 1988، ثم نائباً لرئيس المجلس الإقليمي العام في إقليم " هي دي سين " والذي أصبح رئيساً له عام 2004<sup>(1)</sup>.

2- المشرع المصري ربط منذ صدور القانون رقم 124 لسنة 1960 بين تشكيلات المجالس المحلية وبين التنظيمات السياسية من اتحاد قومي واتحاد اشتراكي، ففي ظل الاتحاد القومي كانت عضوية المجالس المحلية للمحافظات مقتصرة على أعضاء اللجان التنفيذية للاتحاد القومي بالمحافظات، وكذلك عضوية المجالس المحلية للمدن والقرى مقصورة على أعضاء اللجنة التنفيذية للاتحاد القومي بها، واستمر الأمر على ذات النهج في ظل الاتحاد الاشتراكي العربي، حيث اشترط في عضوية المجالس المحلية أن يكون العضو عضواً من أعضاء لجان الوحدات الأساسية أو غيرها من لجان المستويات الأخرى في الاتحاد في المحافظة التي يدخل في نطاقها المجلس<sup>(2)</sup>.

3- حقوق أعضاء المجالس المحلية وأدوات ممارسة تلك الحقوق وآليات تفعيلها، والتي ورد النص عليها دستور 2014 في الفقرة الثانية من المادة (180) منه كلها تتشابه مع حقوق وأدوات أعضاء المجالس التشريعية في مراقبة أداء الحكومة فقد ورد النص بأن "وتختص المجالس المحلية بمتابعة تنفيذ خطة التنمية، ومراقبة أوجه النشاط المختلفة، وممارسة أدوات الرقابة على الأجهزة التنفيذية من اقتراحات، وتوجيه أسئلة، وطلبات إحاطة، واستجوابات وغيرها، وفي سحب الثقة من رؤساء الوحدات المحلية على النحو الذي ينظمه القانون..". فتبدأ الأدوات بحق تقديم الاقتراح والذي يعد أضعف وسائل الرقابة المتاحة لأعضاء المجالس المحلية لتمتع المقدم إليه بحرية كبيرة في الأخذ به أو عدم الأخذ به أو مجرد الرد عليه، مرور بتوجيه الأسئلة وطلبات الإحاطة والتي الغرض منها استيضاح أو معرفة معلومات معينة حول واقعة محددة أو موضوع معين نهاية بالاستجوابات وسحب الثقة وهو ما يعد أقوى وسائل الرقابة، والتي تعد هي الاختصاص الرئيسي للمجالس المحلية<sup>(3)</sup>.

4- لا يمكن من وجهة نظرنا تشكيل أي مجلس من المجالس المحلية في ظل النص الدستوري الحالي بالنسب الواردة إلا من خلال الانتخابات بالقوائم الحزبية؛ أي ربط التشكيل ببرامج الأحزاب وبالتالي لن يشكل مجلس محلي إلا وهو يحمل توجهاً أو صبغةً سياسيةً.

الدستور ومدة عضوية المجالس المحلية المنتخبة: تقتضي القواعد العامة أن تؤقت المجالس القائمة على أساس الانتخاب حتى تضمن صدق تمثيلها للناخبين وولاء الأعضاء لهم، فمدة العضوية في المجالس المحلية تختلف من دولة لأخرى، إضافة إلى أنها تتفاوت داخل الدولة الواحدة من وحدة محلية إلى وحدة محلية أخرى،

(1) د. فؤاد سمير فؤاد أحمد صبح الديب، مرجع سابق، ص 393.

(2) د. سليمان محمد الطماوي، مرجع سابق، ص 52، 53.

(3) راجع في هذه الاختصاصات والآليات بالتفصيل د. محمد أحمد عبد النعيم، مرجع سابق، ص 42، وما بعدها، وراجع في رقابة السلطة التشريعية على السلطة التنفيذية د. رمزي طه الشاعر: القانون الدستوري، مكتبة الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر، 2002، ص 687، وما بعدها.

وسنحاول توضيح مزايا وعيوب قصر أو طول فترة العضوية بالمجالس المحلية قبل الخوض فيما قرره الدستور المصري من مدة لهذه المجالس وذلك فيما يأتي: (1).

أ- مزايا وعيوب قصر مدة عضوية المجالس المحلية: تتمثل مزايا قصر مدة عضوية المجالس المحلية في:

1- تضمن مساهمة السكان المحليين بشكل أكبر في أمور المنطقة وزيادة اهتمامهم بما يقوم به المجلس من أعمال حيث تجرى الانتخابات خلال فترة قصيرة، مما يساعد على إبقاء الاهتمام بالأمر المحلي مع إمكانية تغيير الأعضاء إذا فشل المجلس في تحقيق آمال السكان والوفاء بالوعود الانتخابية.

2- إجراء الانتخابات كل فترة قصيرة يؤدي إلى وجود حاجز أمام الفساد والرشوة وانتشارهما في المنطقة لوجود رقابة شعبية على أعمال المجلس والدوائر المحلية.

3- إجراء الانتخابات خلال فترة قصيرة يؤدي إلى تجنب تكوين مراكز القوى داخل المجالس المحلية والتي تؤثر بالسلب على الوحدات المحلية التي تمثلها.

4- قصر فترة المجالس المحلية تؤدي إلى اهتمام أعضاء المجالس المحلية بتأمين خدمات أفضل للسكان المحليين حتى يعاد انتخابهم، فتجعل هذه المجالس أكثر تجاوبا مع الحاجات المحلية، وأكثر حساسية للتغيرات التي تطرأ على الرأي العام المحلي.

5- قصر فترة المجالس المحلية تعطي فرصة لأكثر عدد من السكان المحليين في المشاركة بالترشح لتلك المجالس وبالتالي المشاركة في إدارة الشؤون المحلية.

وتتمثل قصر مدة عضوية المجالس المحلية في:

1- إجراء الانتخابات على فترات متقاربة يعطل أعمال المجالس المحلية خصوصا في فترات الإعداد للانتخابات وإجرائها، مع رغبة أعضاء المجلس الموجود في إعادة انتخابهم مما سيؤدي إلى صرف اهتمامهم عن أمور الوحدات المحلية وتفرغهم للانتخابات.

2- صعوبة بل استحالة وضع وتنفيذ برامج تحتاج لفترات زمنية طويلة لتنفيذها.

3- قصر مدة العضوية قد ينهي بسرعة عضوية العضو الذي يبدأ في اكتساب دراية بأحوال الوحدات المحلية وكفاءة في إدارة شؤونها، مما يحرم الوحدات المحلية من هذه الكفاءة المكتسبة.

4- إجهاد ميزانية الدولة بتحميلها تكاليف تنظيم انتخابات محلية كل فترة قصيرة.

ب- مزايا وعيوب طول مدة عضوية المجالس المحلية: تتمثل مزايا طول مدة عضوية المجالس المحلية فيما يأتي:

(1) راجع في مزايا وعيوب مدة عضوية المجالس المحلية بالتفصيل د. خالد علي سماره: تشكيل المجالس المحلية وأثره على كفايتها دراسة مقارنة مع التطبيق في المملكة الأردنية الهاشمية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1984، ص 134، وما بعدها.

- 1- طول فترة المجالس المحلية يتيح الاستقرار لتلك المجالس وبالتالي تؤدي إلى إمكانية القيام بتخطيط طويل المدى وتنفيذ مشاريع تتطلب سنوات عدة لإنجازها.
- 2- المحافظة على الخبرة التي يكتسبها أعضاء المجالس المحلية من طول العمل بالمجالس والاستفادة منها في إدارة شئون الوحدات المحلية مما سينعكس بالإيجاب على تلك الوحدات، خصوصا مع الدول حديثة العهد بممارسة الديمقراطية على المستوى المحلي، والتي يكون فيها أعضاء المجالس المحلية غير مدركين بالقدر الكافي للمطلوب منهم تجاه وحداتهم المحلية.
- 3- إجراء الانتخابات في المحليات قد يصحبه إثارة منازعات عائلية وقبلية، الأمر الذي يتطلب إطالة فترة العضوية نسبيا بالقدر الذي يسمح بتسوية مثل هذه المنازعات. و تتمثل عيوب طول مدة عضوية المجالس المحلية في:

- 1- طول فترة عضوية المجالس المحلية قد يؤدي إلى أن يفقد عضو المجلس صلته بالناخبين إلى الدرجة التي تغريه بإهمال الشؤون المحلية استنادا إلى بعد فترة مواجهته بالناخبين.
  - 2- طول فترة عضوية المجالس المحلية قد يؤدي إلى عدم اهتمام سكان الوحدات المحلية بالأمر المحلي في منطقتهم بل وافتقارهم لروح المساعدة والمساهمة لرفع كفاءة وحداتهم المحلية، خصوصا إذا تبين لهم كذب أعضاء المجالس المحلية وعدم وفائهم بوعودهم الانتخابية.
- ج- تقدير الباحث لمسألة مدة عضوية المجالس المحلية : الدستور الحالي كان موفقا تماما التوفيق من وجهة نظرنا عندما أقت مدة المجالس المحلية المنتخبة بمدة الأربع سنوات يتم بعدها انتخاب مجالس جديدة، حين وازن بين مبادئ الديمقراطية النظرية التي تقتضي أن يكون للشعب الحق في أن يقول كلمته من وقت لآخر بما يحقق رغبات الشعب التي قد تتغير وتتطور مع الزمن، وبين الجانب العملي الذي يجعل من تأقيت مدة المجالس المحلية سيفا مسلطا على أعضائها يذكرهم دائما بأنهم مراقبون من قبل الشعب، مما يجعلهم يجتهدون لا رضاء الشعب ليعيد انتخابهم مرة أخرى في نهاية مدة عضويتهم، فلاهي بالمدة القصيرة مما يؤثر في عطاء تلك المجالس وفعاليتها، ولاهي بالمدة الطويلة التي تصادر رغبات الشعب في التغيير<sup>(1)</sup>.

### المبحث الثالث: الشروط الدستورية لتشكيل المجالس المحلية

حددت المادة (180) من دستور 2014 التوليفة القانونية للمجالس المحلية المشكلة عن طريق الانتخاب والشروط المطلوبة لصحة ذلك التشكيل بالنص على أنه " ... يشترط في المترشح ألا يقل سنه عن إحدى وعشرين سنة ميلادية، وينظم القانون شروط الترشح الأخرى، وإجراءات الانتخاب، على أن يُخصص ربع عدد المقاعد

(1) راجع في ذلك المعنى د. ربيع أنور فتح الباب، مرجع سابق، ص 249.

للشباب دون سن خمس وثلاثين سنة، وربع العدد للمرأة، على ألا تقل نسبة تمثيل العمال والفلاحين عن خمسين بالمائة من إجمالي عدد المقاعد، وأن تتضمن تلك النسبة تمثيلاً مناسباً للمسيحيين وذوي الإعاقة".

الشرط الأول: سن العضوية للمجالس الشعبية: خفض النص الدستوري سن الترشح لعضوية المجالس المحلية من 25 سنة<sup>(1)</sup>، إلى 21 سنة وذلك باعتبار أن المجالس المحلية في نظر الكثيرين مدرسة أو مرحلة تمهيدية للوصول إلى البرلمان، ومن ثم يكون من المنطقي أن ينخفض الحد الأدنى لعمر عضو المجلس المحلي بخمس سنوات عن الحد الأدنى لعمر عضو مجلس الشعب<sup>(2)</sup>، وقد يبدو للبعض أن هذه التفرقة لا مبرر لها، وأنه يجب على المشرع أن يعدل المشرع الدستوري عن هذا السن ويرفعها مرة أخرى إلى 25 سنة سن العضوية لمجلس الشعب؛ حيث يكون في ذلك السن أكثر قدرة على تقدير الأمور وبالتالي صواب رأيه وسلامة حكمه وحسن تقديره للمهام التي يقوم بها من تسيير للمصالح المحلية<sup>(3)</sup>.

تقدير الباحث لسن العضوية للمجالس الشعبية: يؤيد الباحث ما ذهب إليه المشرع الدستوري من خفض سن عضوية المجالس المحلية لسن 21 سنة مستنداً على أنه سن بلوغ المواطن سن الرشد والتي يكون فيها متمتعاً بأهلية الأداء والتي تعنى قدرته بأن يقوم بالتصرفات القانونية بنفسه ولنفسه على وجه يعتد به قانوناً مثل أن يبيع ماله أو يرهنه أو يؤجره، وبالتالي أهلية الأداء لازمة لمباشرة التصرفات القانونية حيث تتجه الإرادة لإحداث أثر قانوني معين<sup>(4)</sup>، فإذا كان الشخص ببلوغه ذلك السن له الحق في مباشرة التصرفات القانونية

(1) حيث تنص المادة 75 من قانون الإدارة المحلية رقم 43 لسنة 1979 المعدل بالقانون رقم 5 لسنة 1981 على أن: يشترط فيمن يرشح عضواً بالمجالس الشعبية المحلية ما يأتي: ..... 2- أن يكون بالغاً من العمر 25 سنة ميلادية كاملة على الأقل يوم الانتخاب.

(2) حيث نصت المادة (102) من دستور 2014 على أن "يشكل مجلس النواب من عدد لا يقل عن أربع مائة وخمسين عضواً، ينتخبون بالاقتراع العام السري المباشر. ويشترط في المترشح لعضوية المجلس أن يكون مصرباً، متمتعاً بحقوقه المدنية والسياسية، حاصلاً على شهادة إتمام التعليم الأساسي على الأقل، وألا تقل سنه يوم فتح باب الترشح عن خمس وعشرين سنة ميلادية.....".

وقد عرف القرار بقانون 46 لسنة 2014 بشأن قانون مجلس النواب المنشور بالجريدة الرسمية العدد (33) تابع بتاريخ 5 يونيو 2014 في المادة الثانية منه الشباب بأن "في تطبيق أحكام هذا القانون، يقصد بالصفات التالية المعاني المبينة قرين كل منها: ..... الشباب: من بلغت سنه خمس وعشرين سنة ميلادية في يوم فتح باب الترشح ولم يبلغ الخامسة والثلاثين سنة في التاريخ ذاته وإن تجاوز هذا السن طوال مدة عضويته".

(3) د. محمد فرغلي محمد علي: نظم وإجراءات انتخاب أعضاء المجالس المحلية في ضوء القضاء والفقه دراسة تأصيلية وتطبيقية لنظام الانتخاب المحلي في مصر ودول المغرب، دار النهضة العربية، 1998، ص 541.

والنص الدستوري السابق لم يرد به شرط تقييد المرشح في الجداول الانتخابية والإقامة في نطاق الوحدة المحلية المرشح لمجلسها، ولعل ذلك يرجع إلى كونه أمراً بدئياً ومنطقياً ويتفق مع القاعدة التي تقرر أن لا يكون حق الترشح مكفولاً إلا لمن له حق الانتخاب، كما أن وجود محل إقامة للمرشح في دائرة الوحدة المحلية أمر منطقي يتفق مع أركان وعناصر الإدارة المحلية وهي أن يكون للوحدة المحلية مصالح ذاتية يقوم على إدارتها مجلس منتخب، فالمصالح الذاتية لا يستطيع أحد أن يتعرف عليها ويقوم بتحقيقها إلا شخص تربطه بالإقليم إقامة فعلية وأن يكون في جدول الوحدة المحلية، راجع د. محمد فرغلي محمد علي، مرجع سابق، ص 542.

(4) راجع في تفاصيل ذلك د. حسام الدين كامل الأهواني، مرجع سابق، ص 189، وما بعدها.

كما أنه سن الأهلية للتقاضي طبقاً لما استقرت عليه أحكام القضاء الإداري عندما قضت بأن "يشترط لقبول الدعوى أن تتوافر لرافعها الأهلية اللازمة لمباشرة إجراءات التقاضي أمام المحكمة وهذه الأهلية تثبت لمن يبلغ سن الرشد القانوني وهو سن الواحد والعشرون سنة ميلادية وأن تكون الأهلية كاملة لا يعترضها أي عارض من عوارض الأهلية الأخرى ينتفي منها قبل بلوغ صاحب الشأن هذه السن، فتعين أن يكون مباشرة إجراءات

والتحمل بالتزاماتها، وبالتالي يكون له الحق في الترشح في الانتخابات المحلية؛ لأن الترشح عمل من قبيل التصرفات القانونية الذي يمنح صاحبه حقوق معينة، ويحمله كذلك على التزامات محددة، وبالتالي يكون سن الترشح 21 سنة مطابقا للسن الذي رأى فيه المشرع أن المواطن الذي يبلغه أهلا لمباشرة كافة التصرفات القانونية<sup>(1)</sup>.

الشرط الثاني: تخصيص نسب معينة لبعض الفئات من المواطنين " نظام الكوتا": أخذ النص الدستوري بنظام الكوتا<sup>(2)</sup>، والتي تعرف بأنها " شكل من أشكال التدخل الإيجابي لمساعدة فئة أو (فئات) موجودة بالمجتمع للتغلب على العوائق التي تحد من مشاركتها أو (مشاركتهم) السياسية مقارنة بغيرهم من فئات المجتمع الأخرى"<sup>(3)</sup>.

وهناك أنواع مختلفة لنظام الكوتا المطبق في العالم تتمثل في الآتي<sup>(4)</sup>:

الكوتا الاختيارية: وهي التي تقدمها الأحزاب السياسية المختلفة عادة، وتكون نابعة من اقتناع وإيمان الحزب بنظام الكوتا، ولا تكون مبادرة هذا الحزب مرتبطة بأنظمة وتشريعات محددة.

الكوت التشريعية: تكون من خلال التشريع الذي يخصص للمراد تمييزه تميزا ايجابيا عددا محدد من المقاعد في الكيانات السياسية، وتطالب كل الأحزاب السياسية بأن تحوي تصويتها للاقتراع في الانتخابات على عدد محدد منهم، وأيضا التمثيل النسبي وذلك على المستوى المحلي الحكومي.

التقاضي نيابة عن القاصر عن طريق الممثل القانوني له " راجع الحكم الصادر من محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 2864 لسنة 61 ق جلسة 2006/11/7.

(1) وهو ما جاء به نص المادة 44 من القانون المدني رقم 131 لسنة 1948 الذي جرى على أن " 1- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية. ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

2- وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة".

(2) الكوتا في الأصل كلمة لاتينية شاع استخدامها بلفظها ومعناها في العربية حصة، وتستخدم الكوتا لتوفير فرصة للفئات الأقل حظا في المجتمع في الوصول للفرصة، مثل النساء والسود والأقليات، وهي كغيرها من الآليات لها ميزاتها وعيوبها، ويتوقف مدى الاستفادة منها على طريقة استخدامها، راجع أ. بسنت محمد علي موسي: تمثيل المرأة في مجلس الشعب المصري دراسة في انتخابات 2000، 2005، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، قسم علوم سياسية، جامعة القاهرة، 2010، ص 118.

(3) راجع قريب من ذلك أ. نجوى فلكاوي: المشاركة السياسية مقارنة مفاهيمية وتاريخية، بحث مقدم للندوة العلمية الوطنية، والخاصة بالمشاركة السياسية للمرأة الجزائرية دراسات وأبحاث والمنعقدة بجامعة محمد لين دباغين، سطيف، والمنعقدة يوم 15 مارس 2016، مؤسسة حسين رأس الجيل للنشر والتوزيع، القسنطينية، الجزائر، 2016، ص 351.

(4) راجع د. أميرة المعاييرجي: تمثيل المرأة في المجالس النيابية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2010، ص 10، أ. نجوى فلكاوي، مرجع سابق، ص 353.

والواقع أثبت أن تجارب الدول السابقة في تطبيق نظام الكوتا لم تحقق غرضها المخصصة له باتباع الأسلوبين الأول والثاني، مما دفعها لتبني الأسلوب الأخير، ومنها دول أوربا. راجع د. أميرة المعاييرجي، مرجع سابق، ص 10.

الكويتا الدستورية: وهي قائمة على الدستور وهو القانون الأعلى في الدولة، ولا يمكن تغييره بأية قوانين وهذه الكوتا إلزامية لكل الأحزاب والحكومة.

والكوتا في مصر في ظل النص الدستوري السابق هي كوتا إلزامية لورود النص عليها في الدستور، وعليه يصبح على المشرع العادي عند وضعه للقانون المنظم للانتخابات المحلية أن يقوم بمراعاة النسب التمييزية لبعض فئات المواطنين، فالمشرع ملزم بما يكون الدستور اختاره له من بين نظم الانتخاب المختلفة، ولا يستطيع أن يخرج هذا الاختيار إلا عن طريق تعديل الدستور نفسه<sup>(1)</sup>.

أنواع الكوتا الواردة بالدستور: هناك عدد من الفئات المجتمعية التي ميزها الدستور الحالي عندما جاء لينظم كيفية تشكيل المجالس المحلية منها ما هو قديم قرر في نصوص قانونية سابقة عليها ومنها ما هو مستحدث جاء به الدستور الحالي كأثر من أثار ثورة 25 يناير 2011، وسنحاول أن نوضح هذه الأنواع فيما يأتي:

أ- الكوتا الخاصة بالعمال والفلاحين: وهي تعد الكوتا السابقة في الدساتير المصرية والتي أبقى عليها الدستوري بالنص علي نسبة النصف (50%) عمال وفلاحين في تشكيل المجالس المحلية كقيد دستوري دون وجود أي مبرر قانوني أو شعبي أو اجتماعي. فهذا القيد طبقا لما يراه جانب كبير من الفقه يجعل ما تسفر عنه العملية الانتخابية من نتائج غير معبرة تعبيرا دقيقا عن الإرادة الحرة للناخبين طالما أنه يفرض عليهم أن يختاروا نصف المرشحين عمال وفلاحين مع صعوبة وضع تعريف محدد ودقيق لمفهوم العامل والفلاح يميزهما عن سائر فئات المجتمع بشكل مستقر وثابت لا يتغير مع تغير الظروف الاجتماعية والاقتصادية المختلفة للدولة، فهذا القيد يساعد السلطة التنفيذية علي تعديل اتجاه أصواتهم تعديلا يجعل نتيجة الانتخابات المحلية غير معبرة تعبيرا دقيقا عن إرادتهم الحقيقية<sup>(2)</sup>.

خصوصا وأن هذا التمييز عندما قرر بداية من دستور 1964 كان له ما يبرره، أما الآن فقد كل مبرراته<sup>(3)</sup>، فالسبب المعلن آنذاك لتخصيص نسبة معينة من المقاعد للعمال والفلاحين كان لأن هذه الفئة

(1) د. زكي محمد النجار. د. زكي محمد النجار: الدستور والإدارة المحلية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1995، ص 224، 225.

(2) د. محمد صلاح عبد البديع السيد، مرجع سابق، ص 117، 118.

(3) فقد جاءت هذه المادة كترجمة لما ورد بالميثاق الوطني الصادر عن المؤتمر الوطني للقوى الشعبية في 1962/6/30 والذي صدر ليكون إطارا لحياة الشعب المصري، وطريقا لثورته، ودليلا لعمله من أجل المستقبل، وقد قرر المشرع صراحة " أن الميثاق وهو يرسى المبادئ والأسس التي يقوم عليها المجتمع يعتبر أساسا لوضع الدستور ولوضع القانون، فالميثاق ينزل من الدستور منزلة الأبوة". وقد ورد به ضرورة أن يضمن الدستور " للفلاحين والعمال نصف مقاعد التنظيمات الشعبية والسياسية علي جميع مستوياتها، بما فيها المجلس النيابي، باعتبارهم أغلبية الشعب، كما أنها الأغلبية التي طال حرمانها من حقها الأساسي في صنع مستقبلها وتوجيهه".

إلا أن الفقه بري - بحق - أن هذا الميثاق ألغي بما أعقبه من استفتاءات فهناك استفتاء 30 مارس 1968 والذي وافق عليه الشعب وليس ممثلو الشعب كما في الميثاق سالف الذكر، ثم دستور 1971 والصادر في 11 سبتمبر من ذات العام والذي وافق عليه أغلبية الشعب في استفتاء عام في تاريخ سابق لصدور ثم ما أعقبه من دساتير حتى الدستور الحالي الصادر في 2014 مما يعني أن ما ورد به أصبح في ذمة التاريخ، راجع في القيمة الدستورية للميثاق الوطني كلا من د. رمزي طه الشاعر، مرجع سابق، ص 136، وما بعدها، د. محمد أبو زيد محمد علي: القضاء الإداري، ط 2، دن، 2009، ص 85، وما بعدها.

تشكل أغلبية ظلت فترة طويلة محرومة من حقها في صنع مستقبلها، وقد مضى أكثر من 53 عاماً على تقرير هذه النسبة لهم فمن المفترض أن يكون تمثيلهم بهذه النسبة في المجالس النيابية قد مكثهم من إصدار القوانين التي تمكثهم من استعادة حقوقهم وتحقق للعمال والفلاحين فرصة المشاركة في صنع مستقبلهم، وبالتالي لم يعد هناك ما يبرر استمرار هذا القيد في تشكيل المجالس أياً كان نوعها ، طالما تشكلها يكون بالانتخاب والاحتكام لإرادة الشعب، كما أن كل المكاسب التي حصل عليها العمال والفلاحين نتيجة لتخصيص هذه النسبة لهم في المجالس النيابية مثل التوسع في قاعدة القطاع العام، وامتداد العقود الزراعية، تم التراجع عنه بقوانين صادرة من مجالس مثل فيها العمال والفلاحون بذات النسبة، مما يعني أن تخصيص هذه النسبة لهم لم يحقق أي مكسب حقيقي لهم ، بل يمكن أن يشرع لغير صالحهم وهذه النسبة موجودة<sup>(1)</sup>، فضلاً عن أن هناك هيئات محلية الآن لا يوجد بها فلاحين ولا عمال مثل المدن والأحياء الراقية في عدد من المحافظات، أو تتوافر فيها إحدى الصفتين دون الأخرى فما هو الحل إذًا؟ هل تظل مجالس تلك الهيئات بلا تشكيل؟ أم سنجد من يدعي أنه عامل أو فلاح وهو ليس كذلك، للحصول على عضوية تلك المجالس كما كان يحدث بالمجالس النيابية، وهو ما دفع القضاء للتصدي لوضع تعريف محدد للعامل والفلاح<sup>(2)</sup>.

(1) راجع في تفاصيل ذلك د. فتحي فكرى: القانون الدستوري، الكتاب الثاني، دار النهضة، 2000، ص 254، 255.

(2) ويمكن الاستعانة بالقرار بقانون رقم 46 لسنة 2014 بشأن مجلس النواب الذي تناول في المادة الثانية منه تعريف الفلاح والعامل فجاء بها أن " في تطبيق أحكام هذا القانون، يقصد بالصفات التالية المعاني المبينة قرين كل منها:

الفلاح: من تكون الزراعة عمله الوحيد ومصدر رزقه الرئيس لمدة عشر سنوات على الأقل سابقة على ترشحه لعضوية مجلس النواب ويكون مقيماً في الريف وبشرط ألا تتجاوز حيازته الزراعية هو وزوجه وأولاده القصر ملكاً أو إيجاراً أكثر من عشرة أفدنة.

العامل: من يعتمد بصفة رئيسية على دخله بسبب عمله اليدوي ولا يكون منضمّاً إلى نقابة مهنية أو مقيداً في السجل التجاري أو من حملة المؤهلات العليا ويستثنى من ذلك أعضاء النقابات المهنية من غير حملة المؤهلات العليا وكذلك من بدأ حياته عاملاً وحصل على مؤهل عال وفي الحالتين يجب لاعتبار الشخص عاملاً أن يكون مقيداً في نقابة عمالية ...."

وهناك العديد من الأحكام القضائية الصادرة من مجلس الدولة المصري تناولت هذه المسألة منها ما ورد به أن "المشرع تطلب صراحة أن يكون نصف عدد أعضاء المجالس الشعبية المحلية على الأقل من العمال والفلاحين، وأحال في تحديد صفة كل من العامل والفلاح إلى التعريف الوارد في القانون رقم 38 لسنة 1972 بشأن مجلس الشعب، ووفقاً لهذا التعريف يشترط لاعتبار المرشح عاملاً عدة شروط هي:

1- أن يمارس عملاً يدوياً أو ذهنياً في الزراعة أو الصناعة أو الخدمات.

2- أن يعتمد بصفة رئيسية على دخله الناتج من هذا العمل.

3- ألا يكون منضمّاً إلى نقابة مهنية أو مقيداً بالسجل التجاري أو من حملة المؤهلات العليا.

استثنى المشرع من هذا الشرط فئتين: الأولى أعضاء النقابات المهنية من غير حملة المؤهلات العليا، والثانية من بدأ حياته عاملاً ثم حصل على مؤهل عال، بيد أن المشرع استلزم لإعمال الاستثناء بالنسبة إلى هاتين الفئتين أن يبقى الشخص مقيداً بنقابته العمالية - العبرة بتوافر الصفة في المتقدم للترشيح هي بيوم تقديم طلب ترشيحه، ومن ناحية أخرى ، فقد توافر هذا القضاء على أن صفة العامل تثبت للمرشح إذا ما قامت علاقة عمل بينه وبين صاحب عمل ، وأن هذه العلاقة قد تكون علاقة تبعية إذا ما كان يربطه بمن يعمل لديه علاقة عمل أو علاقة لائحية إذا كان يعمل في الجهاز الإداري، أما إذا كان المرشح لا تقوم بشأنه هذه العلاقة فلا تتوافر له صفة "العامل" إذ يكون في هذه الحالة يمارس أعمالاً حرة ، وبالتالي يندرج في الأصل وهو " الفئات " راجع حكماً المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 8175 ، 9771 لسنة 49 ق. ع جلسة 2004/4/3.

ب- الكوتا الخاصة بالشباب: أعطى المشرع الدستوري نسبة الربع (25%) في تشكيل المجالس المحلية للشباب دون سن 35 سنة، هو كوتا مستحدثة في دستور 2014، وذلك تشجيعاً من المشرع الدستوري للشباب وتمكينهم في الدولة باعتبارهم هم الأساس في ثورة 25 يناير، 30 يونيو، والتي ورد التأكيد على دورهم في ديباجة دستور 2014 والتي جاء فيها أن " ثورة 25 يناير، 30 يونيو فريدة بين الثورات الكبرى في تاريخ الإنسانية، بكثافة – المشاركة الشعبية التي قدرت بعشرات الملايين، وبدور بارز لشباب متطلع لمستقبل مشرق، وتجاوز الجماهير للطبقات والإيديولوجيات نحو أفق وطنية وإنسانية أكثر رحابة"<sup>(1)</sup>.

ومنها أيضاً ما أوضحت كيفية إثبات صفة الفلاح مثلاً فقضت بأن " حق الترشيح من الحقوق العامة التي حرص الدستور على كفالها وتمكين المواطنين من ممارستها لضمان الانتظام في الحياة السياسية والاجتماعية -استوجب الدستور أن يتم تشكيل المجالس الشعبية المحلية على مستوى الوحدات عن طريق الانتخاب المباشر على أن يكون نصف عدد الأعضاء على الأقل من العمال والفلاحين -عهد قانون الإدارة المحلية في تعريف العامل والفلاح إلى التعريف المنصوص عليه في القانون رقم 38 لسنة 1972 بشأن مجلس الشعب. حدد قرار وزير الداخلية رقم 4390 لسنة 2002 بشأن المستندات المطلوبة مع طلب الترشيح لعضوية المجالس الشعبية المحلية بتقديم مستند حيازة الأرض الزراعية التي يحوزها مقدم الطلب هو وزوجته وأولاده القصر كما تقدم شهادة من مأمور المركز أو القسم بأن الزراعة مصدر رزقه وعمله الوحيد وأنه يقيم بالريف". راجع حكم محكمة القضاء الإداري في الطعن رقم 9354 لسنة 56 ق جلسة 2002/4/6.

(1) وتعرف مقدمات الدساتير بأنها " مجموعة من المبادئ والأسس العامة التي تنظم المجتمع بصفة عامة، وتوضح حقوق وواجبات الأفراد، فهي تعتبر بمثابة الإطار العام لما يجب أن يكون عليه المجتمع، كما تعتبر بمثابة توجهات يجب أن تسيير على هديها النصوص الدستورية، فهي توضح الاتجاهات الفلسفية والاجتماعية والسياسية التي يجب أن تقوم عليها السلطة في الدولة" راجع د. محمد أبو زيد محمد علي، مرجع سابق، ص 81. واختلف الفقه في مدى قوة والزامية مقدمات الدساتير فذهب البعض إلى أن: ديباجة الدستور هي جزء من الدستور متصل به من بنفس المراحل التي مر بها وضع الدستور وإقراره، لذلك كان من المنطقي أن يكون لهذه المقدمات قوة الدستور ذاته راجع في مرتبة مقدمات الدساتير د. رمزي طه الشاعر، مرجع سابق، ص 128، وما بعدها.

؛ كما فرق البعض في المرتبة القانونية لمقدمات الدساتير فالبعض: غالي فأعطى لها قيمة أعلى من قيمة الدستور ذاته، وبالتالي فهي تلزم المشرع الدستوري والمشرع العادي، والبعض الأخر: اعتبرها مساوية لقيمة الدستور، والبعض الأخر وضعها في مرتبة القانون العادي، ومن ثم تملك السلطة التشريعية تعديلها أو الغائها، وجانب آخر: فرق بين نوعين من المبادئ التي تتضمنها هذه الديباجة الدستورية فقرر أن المبادئ التي ترد في شكل قواعد قانونية قابلة للتطبيق، وتتضمن إنشاء مراكز قانونية معينة وتنص صراحة على إلزاميتها، وهذا النوع منها يعد ملزماً قانونياً، سواء عند من يرى أن تكون مرتبتها أعلى من الدستور أو عند من يرى أن يكون لها مرتبة القواعد الدستورية؛ أما ما لم يتم صياغته في شكل قواعد قانونية بل تقتصر على نصوص تعبر فقط عن التوجهات والأهداف والمثل العليا للدولة فهي تتجرد من كل قيمة قانونية ملزمة وتقتصر أهميتها على أن يكون لها قيمة أدبية؛ أما الرأي الأخير فينكر كل قيمة قانونية لهذه المبادئ لأنها لا تؤدي إلى إنشاء مراكز قانونية بل هي مجرد اعلان عن مبادئ فلسفية وسياسية تعبر عن أهداف ومثل للدولة فلها قيمة أدبية فقط، راجع في تفاصيل الآراء الفقهية د. محمد أبو زيد محمد علي، مرجع سابق، ص 82، وما بعدها.

ونحن من -جانبنا نرى - أن الرأي الفقهي قبل الأخير هو الأولي بالاتباع فإذا كان ما ورد بالديباجة يأخذ في صياغته شكل القاعدة القانونية كانت له مرتبة الدستور أما إذا كان عبارة عن سرد تاريخي أو رأي فلسفي فهو ليس له أي قيمة قانونية، وبالرجوع إلى ما ورد عن الحديث عن الشباب لا يعدوا أن يكون توجيه أدبي لا يرق لمصاف القاعدة الدستورية ولا التشريعية، وأنه لا يوجد ما يبرر أن نخصص نسبة معينة لفئة سنية معينة من المجتمع، كما أن هذا الجدل الفقهي حول طبيعة مقدمات الدساتير من الناحية القانونية ليس له محل الآن حيث نص الدستور صراحة داخل نصوصه على تمييز للشباب.

ج\_ الكوتا الخاصة بالمرأة: أعطى المشرع الدستوري نسبة الربع (25%) في تشكيل المجالس المحلية وهي نسبة مستحدثة في ظل الدستور الحالي منحازا للأراء الفقهية التي نادى بتمييز المرأة بشكل إيجابي في كافة الانتخابات وفي تشكيل كافة الهيئات بالدولة مستندة في رأيها على الآتي:

1- أن تمييز المرأة بفرض وجودها في هذه الكيانات سيسهم في إحداث تغيير تدريجي في نظرة المجتمعات المحافظة لدور المرأة في الحياة العامة، فمشاركة المرأة سيتيح لها الفرصة للتعرض مباشرة للجمهور والرأي العام وهذا سيخلق حالة من الاعتياد والتقبل لمشاركتها السياسية.

2- محاولة لمعالجة ضعف مشاركة المرأة على المستوى السياسي بصفة عامة وفي مجالس المحليات على وجه الخصوص.

3- تخصيص نسبة من المقاعد للمرأة يتفق مع كون المرأة نصف المجتمع، ولذلك يكون من الظلم حرمان نصف المجتمع من فرصة التمثيل في ظل ما تعانيه المرأة المصرية تعاني من ظروف صعبة تواجهها، تتمثل في ضعف الدخل والثروة والتعليم والمناصب القيادية والاتصال الاستراتيجي بالمقارنة بالرجل، فيكون من العدل تعويضها عن كل هذا عن طريق تحديد عددا أدنى من المقاعد للنساء. فالمساواة تستلزم أن تكون النسبة بين عدد النساء وإجمالي عدد السكان متناسبة<sup>(1)</sup>.

وذلك على الرغم من أن هناك من المعارضين لإعطاء المشرع الدستوري كوتا للمرأة في المجالس المحلية يرون – بحق- الآتي:

1- أن هذه الكوتا تعد تمييزا وهم يرفضون كل أشكال التمييز والتحيز فالمرأة تشكل نصف المجتمع ويجب وصولها دون منة أو تدابير خاصة، كما أن الكوتا مخالفة للنظام الأساسي لأنها تمييز وتخل بمبدأ المساواة.

2- أن ضعف مشاركة المرأة سياسيا يرجع إلى المرأة نفسها فالمرأة عدو المرأة. والمرأة لا تنتخب المرأة<sup>(2)</sup>.

3- أن نظام الكوتا يترتب عليه حشو القوائم الانتخابية بالعدد المطلوب من النساء، دون مراعاة مستواهن الثقافي أو تاريخهن النضالي ضمن التشكيلات السياسية المشاركة في الانتخابات وإنما فقط تطبيقا عن مضض لأحكام القانون<sup>(3)</sup>.

(1) أ. بسنت محمد علي موسي، مرجع سابق، ص 121، د. فاطمة حماده عبد العظيم عمران، مرجع سابق، ص 561.

(2) د. إيمان بيبرس وآخرين: المشاركة السياسية للمرأة في الوطن العربي، ص 17، وما بعدها بحث منشور ومتاح على شبكة الإنترنت على موقع:

[www.parliament.gov.sy/SD08/msf/1432529550\\_.pdf](http://www.parliament.gov.sy/SD08/msf/1432529550_.pdf)

(3) أ. كانوني سفيان: المشاركة السياسية للمرأة في المجالس المحلية المنتخبة بين آليات التمكين السياسي وفعالية العضوية" دراسة ميدانية بالمجلس الشعبي الولائي لولاية سطيف" بحث مقدم للندوة العلمية الوطنية المنعقدة يوم 15 مارس 2016، تحت عنوان المشاركة السياسية للمرأة الجزائرية دراسات وأبحاث، والمنعقدة بجامعة محمد لمين دباغين، سطيف، الجزائر، منشور بمعرفة مؤسسة حسين رأس الجبل للنشر والتوزيع، القسنطينية، الجزائر، 2016، ص 388.

4- أن التطبيق العملي للكوتا بالنسبة للمرأة على مدار سنوات طوال لم يحدث تغييرا جذريا على وضع المرأة كمرشحة<sup>(1)</sup>، ويُستدل على صحة ذلك بأنه عندما لم يعد للمرأة المصرية فرصة سواء

(1) وبمراجعة تاريخ تمكين المرأة المصرية سياسيا من خلال التعيين ومن خلال التشريعات المختلفة يتبين أن الرئيس جمال عبد الناصر عين خمس سيدات عضوات بمجلس الأمة عام 1957 ثم في المجلس المشكل عقب الانفصال عن سوريا المشكل بعد صدور 1964 عين ثمانية سيدات، ثم فشلت المرأة في انتخابات المجلس عام 1969 فلم يفوز بالانتخابات سوى ثلاثة سيدات فقط، ثم جاء القانون رقم 21 لسنة 1979 ليعدل قانون مجلس الشعب رقم 38 لسنة 1972 لينص على وجوب تمثيل المرأة وجوبيا بمجلس الشعب بحد أدنى قدره ثلاثون مقعدا للمرأة، وذلك عندما نص في المادة 1/3 منه على أن "تقسم جمهورية مصر العربية إلى مائة وستة وسبعين دائرة انتخابية، وتحدد الدوائر الانتخابية بقانون، وينتخب عن كل دائرة عضوان في مجلس الشعب يكون أحدهما علي الأقل من العمال والفلاحين باستثناء ثلاثين دائرة انتخابية.. ينتخب عن كل منها - بالإضافة إلى العضوين - عضو ثالث من النساء.."، ثم عدلت النسبة لواحد وثلاثون مقعد بالقانون رقم 114 لسنة 1983، ثم تم تعديل ذلك بشغل المقاعد المخصصة للمرأة في الدوائر الانتخابية من مقاعد الحزب الحاصل علي أكبر عدد من الأصوات الصحيحة، ثم صدر القانون 188 لسنة 1986 ليلغي التمييز الذي تحصل عليه المرأة بتخصيص مقاعد لها، ثم مع التحول للانتخاب الفردي والغاء نظام الانتخاب بالقائمة بموجب القانون 201 لسنة 1990 ظهر ضعف المرأة في الانتخابات حيث لم يستطع الفوز في الانتخابات سوى سبع سيدات وعين رئيس الجمهورية ثلاثة أخريات، ثم في انتخابات 1995 نجحت خمس سيدات فقط وعين رئيس الجمهورية أربعة، مما يعني تراجع تمثيل المرأة والذي ظهر بوضوح في انتخابات عام 2000 فعلى الرغم من دخول المرأة المصرية بأعداد كبيرة من المرشحات إلا أن نجاحها تمثل في فوز سبع سيدات فقط وتعيين أربعة بمعرفة رئيس الجمهورية، ثم في عام 2005 شغلت المرأة أربعة مقاعد بالانتخاب وخمسة بالتعيين، ثم في مجلس 2012 مجلس الثورة على الرغم من ترشح الكثير من النساء على قوائم الأحزاب إلا أن تمثيل المرأة وصل إلى 2% فقط من عدد الأعضاء في مجلس الشعب، راجع في ذلك السرد التاريخي د. مدحت أحمد محمد يوسف غنايم، مرجع سابق، ص 37، وما بعدها.

ثم ارتفعت نسبة تمثيل المرأة في ظل دستور 2014 الذي يعطى كوته تمييزية للمرأة والتي ظهرت آثارها في انتخابات مجلس الشعب عام 2015 فوصلت إلى ما صرح به اللواء رفعت قمصان مستشار رئيس مجلس الوزراء إلى 89 نائبة منهم 75 منتخبتين و 14 معينين، راجع أ. عبد اللطيف صبح: مقال صحفي بعنوان: اللواء رفعت قمصان لـ "النواب": نسبة الشباب والمرأة داخل البرلمان هي الأعلى في تاريخ مصر. وهناك من يكافح من أجل "المحروسة" بالخارج تويتات". ونسعى إلى تطبيق التصويت الإلكتروني في أقرب فرصة، جريدة اليوم السابع، العدد الصادر في 2016/1/3، متاح على شبكة الإنترنت على موقع: <http://www.youm7.com>

ويرجع ذلك بالطبع لأن القانون 46 لسنة 2014 الخاص بانتخابات مجلس النواب فرض المرأة بشكل إجباري على قوائم انتخابات مجلس النواب فبعد أن قسم دوائر مجلس النواب في المادة (4) التي جري نصها على أن "تقسم جمهورية مصر العربية إلى عدد من الدائرة تخصص للانتخاب بالنظام الفردي وعدد 4 دوائر تخصص للانتخاب بنظام القوائم. يخصص لدائرتين منهما عدد 15 مقعدا لكل منها ويخصص للدائرتين الأخريتين عدد 45 مقعدا لكل منهما ويحدد قانون خاص عدد ونطاق ومكونات كل منها وينتخب عن كل دائرة منها عدد الأعضاء الذي يتناسب وعدد السكان والناخبين بها بما يراعي التمثيل العادل للسكان والمحافظات والمتكافئ للناخبين. التمثيل المناسب والملائم لبعض المصريين". وجاء التمييز الواضح لها في المادة (5) من هذا القانون والذي جاء نصها كالآتي "يجب أن تتضمن كل قائمة انتخابية عددا من المترشحين يساوي العدد المطلوب انتخابه في الدائرة وعددا من الاحتياطيين مساويا له.

وفي أول انتخابات لمجلس النواب تجرى بعد العمل بهذا القانون يتعين أن تتضمن كل قائمة مخصص لها عدد 15 مقعدا الأعداد والصفات الآتية على الأقل:

1-ثلاثة مترشحين من المسيحيين. 2-مترشحين اثنين من العمال والفلاحين. 3-مترشحين اثنين من الشباب. 4-مترشح من الأشخاص ذوي الإعاقة. 5- مترشح من المصريين المقيمين في الخارج. على أن يكون من بين أصحاب هذه الصفات أو من غيرهم سبعة نساء على الأقل ويتعين أن تتضمن كل قائمة مخصص لها عدد 45 الأعداد والصفات الآتية على الأقل:

1-تسعة مترشحين من المسيحيين. 2-ستة مترشحين من العمال والفلاحين. 3-ستة مترشحين من الشباب. 4-ثلاثة مترشحين من الأشخاص ذوي الإعاقة. 5-ثلاثة مترشحين من المصريين المقيمين في الخارج، على أن يكون من بين أصحاب هذه الصفات أو من غيرهم إحدى وعشرين من النساء على الأقل، وفي جميع الأحوال يجب أن يتوافر في المرشحين الاحتياطيين ذات الأعداد والصفات المشار إليها ولا تقبل القائمة غير المستوفية أيا من الشروط والأحكام المشار إليها في هذه المادة.

في مقاعد مخصصة أو في قوائم حزبية، مما فرض عليها ضرورة التنافس مع الرجال في ظل نظام انتخاب فردي لم تحقق إلا ذات النسب التي حققتها في المجالس التي سبقت التخصيص؛ أي أن هذا التمثيل الإيجابي لم يغير من الأمر شيئاً، أما على صعيد أدائها البرلماني والقضايا التي أثارتهما والادوات التشريعية والرقابية التي استخدمتها نجد أن أداءها تميز بالضعف الشديد على الصعيدين التشريعي والرقابي فيما يخص القضايا التي تناولتها، كما لا نجد علاقة ارتباط قوية بين عدد العضوات وبين عدد القضايا التي قمن بإثارتها، وبالتالي لا يجوز فرض المرأة علي الناخب من خلال تخصيص المقاعد، حيث أن المسوغ الوحيد لانتخابها هو كفاءة أدائها السياسي وأن عليها العمل على تحقيق ذلك<sup>(1)</sup>.

5- انتظام الحصص الإجبارية ما هو إلا مجرد مسكن مؤقت، فالعبرة ليست في الكم بل في الكيف وفي قدرة النائبات على التعبير عن قضايا وهموم المجتمع<sup>(2)</sup>.

6- من وجهة نظرنا لم تكن هناك حاجة لتميز المرأة بمثل هذا النص الدستوري لوجود نص المادة (11) من ذات الدستور والتي جاء نصها على أن "تكفل الدولة تحقيق المساواة بين المرأة والرجل في جميع الحقوق المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية وفقاً لأحكام الدستور. وتعمل الدولة على اتخاذ التدابير الكفيلة بضمنان تمثيل المرأة تمثيلاً مناسباً في المجالس النيابية، على النحو الذي يحدده القانون..."، فوجود هذه المادة كافٍ لتحقيق التمييز الإيجابي للمرأة في الانتخابات المحلية عن طريق القانون.

د- التمثيل النسبي لفئات معينة بالمجتمع في تشكيل المجالس المحلية: انتهى النص الدستوري بعبارة "... وأن تتضمن تلك النسبة تمثيلاً مناسباً للمسيحيين وذوي الإعاقة"<sup>(3)</sup>، ويوجد ارتباط قوي بين نظام التمثيل النسبي والانتخاب بالقائمة الذي رأينا في موضع سابق أنه الوسيلة التي أراد المشرع الدستوري أن يكون تشكيل المجالس النيابية من خلالها، ويتم تطبيق التمثيل النسبي مع الانتخاب بالقائمة عن طريق

ويجوز أن تتضمن القائمة الواحدة مترشحي أكثر من حزب كما يجوز أن تشكل القائمة من مترشحين مستقلين غير منتسبين لأحزاب أو أن تجمع بينهم. وفي جميع الأحوال يتعين إظهار اسم الحزب أو كون المترشح مستقلاً ضمن القائمة الواحدة في أوراق الترشح...". فمن هنا من وجهة نظرنا جاءت زيادة نسبة النساء في برلمان 2016 بهذا الشكل الكبير وليس السبب نضج المجتمع أو قدرات المرأة السياسية وظهورها بقوة علي الساحة نتيجة تمكينها لسنوات عديدة بالكوتا.

(1) أ. بسنت محمد علي موسي، مرجع سابق، ص 124، وما بعدها.

(2) أ. كانوني سفيان، مرجع سابق، ص 389.

(3) شغل الفقه الدستوري بمعضلة تمثيل الأقليات لفترة طويلة في محاولة منه للحد من ظاهرة التمثيل النيابي على الحاصلين على أغلبية أصوات الناخبين وما يتبعه من حرمان للأقليات من حقها الطبيعي في التمثيل، وترجع فكرة التمثيل النسبي إلى أفكار العديد من الفقهاء الأوربيين الليبراليين منهم "Aristote, Saint Just" الذين نادوا بأن تكون الجمعية الوطنية انعكاساً حقيقياً لطبقات المجتمع سياسياً واقتصادياً وأيدولوجياً، وفي النصف الثاني للقرن التاسع عشر بدأت محاولات جادة من قبل رجال السياسة والمهتمين بعلم الرياضة في إيجاد نظم انتخابية تحترم بقدر الإمكان التناسب في علاقات القوى بين الأحزاب المختلفة، وقد أخذت معظم الدول الأوروبية بنظام التمثيل النسبي في الانتخابات بشكل تدريجي حتى أصبح مطبقاً فيها جميعاً مع نهاية القرن التاسع عشر، راجع د. فاطمة حماده عبد العظيم عمران، مرجع سابق، ص 158، 159.

توزيع عدد المقاعد المحددة في الدائرة الانتخابية على أساس نسبة الأصوات الصحيحة التي حصلت عليها كل قائمة من القوائم المتنافسة، ولكن تطبيق نظام التمثيل النسبي بجوار الانتخاب بالقائمة ليس دائما بهذه البساطة، إذ توجد أنواع لهذا النظام، كما أن هناك طرقا دقيقة لحساب عدد المقاعد التي تستحقها كل قائمة بالمقارنة بعدد الأصوات التي حصلت عليها، ولهذا يختلف تطبيق نظام التمثيل النسبي من دولة إلى أخرى وفقا للنوع المأخوذ به والطريقة المطبقة في توزيع المقاعد المحلية على القوائم الحزبية. حسب عدد الأصوات التي نالتها كل قائمة، وكذلك وفقا لطريقة توزيع المقاعد المتبقية<sup>(1)</sup>، ويحقق التمثيل النسبي في القوائم الانتخابية عددا من المميزات كما يحمل في طياته عددا من العيوب وهو ما سنتناوله في الآتي:

أولاً: مميزات نظام قائمة التمثيل النسبي تتمثل في الآتي<sup>(2)</sup>:

- 1- يعمل نظام التمثيل النسبي على تحقيق العدالة بين الأكثرية والأقلية فهو يعمل على منع الغبن والظلم عن الأقليات السياسية، وذلك عن طريق تمثيل هذه الأقليات تمثيلا يتناسب مع ما حصلته من أصوات في المعركة الانتخابية، بذلك يكون تشكيل المجالس المحلية مرآة صادقة وصحيحة لكافة الاتجاهات السياسية المؤثرة في الدولة.
- 2- يؤدي إلى تشجيع الأصوات التي تمتنع عن التصويت في الانتخابات لكونها لا ترى في المرشحين من يمثلها، فعندما يرى المعوق أو المسيحي مثلا مرشحا معوقا أو مسيحيا سي طرح مشكلاته التي يعانها مثل ما يعانها الناخب، ويعمل على حلها بجد، سيذهب ليصوت له لشعوره بأهمية صوته وأنه له قيمة ووزن في حسم المعركة الانتخابية.
- 3- يسمح التمثيل النسبي لتشكيل المجالس المحلية من أحزاب مختلفة ذات رؤى متباينة وبالتالي تنتهي فكرة سيطرة حزب أو عدد محدود من الأحزاب على تشكيلة المجالس المحلية، أي أنه يسمح للأحزاب الصغيرة أن تحتفظ بذاتيتها واستقلالها وبرامجها الخاصة.
- 4- يسمح نظام التمثيل النسبي بتمثيل الشعب بمختلف اتجاهاته وميوله وطوائفه، مما يؤدي إلى أن تكون المجالس المحلية معبرة تعبيراً صادقا عن آراء الشعب وميوله لا لجانب منها فقط.

(<sup>1</sup>) راجع في نظام التمثيل النسبي في القوائم الانتخابية بشكل تفصيلي د. عبد الغنى بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 121، وما بعدها. تضم قائمة التمثيل النسبي قائمة المرشحين التي يقدمها كل حزب إلى الناخبين الذين يدلون بأصواتهم للحزب، وتحصل الأحزاب على مقاعد تتناسب مع ما حصلت عليه من أصوات في الدائرة الانتخابية، ويتم انتقاء المرشحين الفائزين من خلال القوائم بناء على ترتيب مقاعدهم فيها، راجع أ. سعد مظلوم العبدلي، مرجع سابق، ص 103.

(<sup>2</sup>) راجع:

CADART-Jacques: Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, T.1-11,L.G.D.J,Paris.1975,pp:241et.s.

، راجع قريب من ذلك د. عبد الغنى بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 144، 145، أ. سعد مظلوم العبدلي، مرجع سابق، ص 103، وما بعدها. مرجع سابق، ص 169، وما بعدها، د. فاطمة حمادة عبد العظيم عمران، مرجع سابق، ص 169، وما بعدها.

### ثانياً: عيوب نظام مقائمة التمثيل النسبي تتمثل في الآتي<sup>(1)</sup>:

- 1- يتسم نظام التمثيل النسبي بالتعقيد والصعوبة في التطبيق، كما أنه نظام معقد من الناحية الحسابية إلى درجة تؤدي إلى تأخير ظهور نتيجة الانتخابات، ويصعب فهمه على الناخب العادي لاكتناف العديد من مراحلها بالغموض مما قد يؤدي إلى التلاعب في نتائج الانتخابات وتزييفها أو تشويهها من جانب السلطة التنفيذية، لتأتي النتائج غير معبرة عن حقيقة الرأي العام.
- 2- يؤدي التمثيل النسبي إلى كثرة عدد الأحزاب التي لا تستند إلى ثقل شعبي ولا تملك أي برامج حقيقية جادة وليس لديها مبادئ، فكل هذه الأحزاب تدرك أنها ستحصل على نسبة من مقاعد المجالس المحلية بحسب نسبة الأصوات التي حصلت عليها في الانتخابات، أي أن هذا النظام يؤدي إلى بث الحياة في أحزاب هزيلة إذا ما تركت وشأنها ماتت وأصابها الانحلال.
- 3- يأخذ دور الناخب في التضاؤل خاصة في حالة الأخذ بنظام القوائم المغلقة، إذ يتم اختيار المرشحين تبعاً لترتيبهم في القوائم التي يتم إعدادها من قبل الحزب، ومن ثم يكون عضو المجلس المحلي المنتخب صنيعاً الحزب وقادته وليس إرادة الناخب.
- 4- يؤدي التمثيل النسبي إلى وجود مجالس محلية غير متجانسة فكرياً وأيديولوجياً مكونة من أعضاء ينتمون لأحزاب مختلفة، مما سيؤدي إلى حدوث خلافات بين أعضائها وكذا إصابة أعمالها بالجمود، والتردد في اتخاذ القرارات نتيجة لقيامها على توازنات حزبية وسياسية معينة، وقد ينتهي الحال إلى حلها وإجراء انتخابات أخرى، مما يؤدي لعدم قيام نظام إدارة محلية مستقر في الدولة، بل وجمود دور الإدارة المحلية في تطوير المحليات والمساعدة في تنفيذ خطة الدولة في ذلك الشأن.
- 5- يفرض هذا النظام على الناخب اختيار المعاقين والمسيحيين من المرشحين على القوائم الانتخابية دون النظر لكفاءة المرشح وقدرته على العطاء لدائرته، فالانتخاب هنا مرتبط بصفة المرشح وليس مكانته بين الناخبين.

ثالثاً: تقدير الباحث للتمثيل النسبي للمعاقين والمسيحيين في المجالس المحلية: يرى الباحث أن النص الدستوري أبي إلا أن يعطى كل فئة من الفئات التي ظهرت مطالبتها بعد الثورة باعتبار كونها مهمشة أو مسلوقة الحقوق حصتها من كعكة المجالس النيابية والمحلية، فما هو يتحدث عن إعطاء نسبة عادلة من المقاعد المحلية للمسيحيين والمعاقين، ولم يحدد المشرع الدستوري كيف يكون التمثيل عادلاً بالنسبة لهم

(1) راجع:

DUVERGER-Maurice: Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, 1-les grands Systemes Politiques, 16<sup>ème</sup> édition, Themis, Paris, 1980. pp:117 et.s.

راجع قريب من ذلك د. عبد الغني بسيوني عبد الله، مرجع سابق، ص 146، وما بعدها، أ. سعد مظلوم العبدلي، مرجع سابق، ص 105، وما بعدها. مرجع سابق، ص 169، وما بعدها، د. فاطمة حمادة عبد العظيم عمران، مرجع سابق، ص 171، وما بعدها.

في تشكيل المجالس المحلية؟، وكيف سيستطيع المشرع العادي تحقيق ذلك التمثيل العادل لهم؟ خصوصا وأنه بالنسبة للأخوة المسيحيين هناك محافظات ومراكز ومدن وأحياء وقرى بها نسبة كبيرة جدا تفوق المسلمين خصوصا في الوجه القبلي من مصر، بينما هناك محافظات ومراكز ومدن وأحياء وقرى تكاد تنعدم فيها هذه النسبة، بل قد لا نجد لهم وجوداً فيها فكيف سيتم وضع قواعد عامة مجردة تحكم تمثيلهم العادل في ذلك الحين؟، وبالنسبة للمعاقين لم يحدد القانون كيف يتم تحديد نسبتهم مع وجود نفس المشكلة السابق الإشارة إليها بالنسبة للمسيحيين، فاختلاف نسبهم من وحدة إقليمية لأخرى سيجعل من الصعب، بل قد يكون من المستحيل وضع قواعد عامة مجردة تحقق التمثيل العادل لهم في أغلب المجالس المحلية المشكلة بالانتخاب، كما أن طبيعة عمل المجالس المحلية - باعتبارها تقاسم وظيفية الإدارة في أقاليمها المحلية مع السلطة المركزية- تحتاج لعضو مجلس محلي يتمتع بموفور الصحة والقدرة على التحرك داخل الإقليم الذي يمثله بشكل دوري ليوقف على المشكلات المحلية ويسعى لحلها مما يكون معه عمل عضو المجلس المحلي مجهدا بدنيا للصحيح فما بالننا بالمعاق، وإن كان من المقبول وجود نواب في البرلمان يمثل المعاقين لاختلاف طبيعة عمل عضو المجالس النيابية عن عضو المجالس المحلية والدور المنوط بكلهما<sup>(1)</sup>.

#### المبحث الرابع: النظام الدستوري لتشكيل المجالس المحلية في الميزان

هناك عدد من المآخذ الدستورية والقانونية والفنية التي يمكن أن يثيرها التنظيم الدستوري لتشكيل المجالس المحلية الوارد في المادة (180) من دستور 2014 فعلى الرغم من كونه نصا جاء لترسيخ مبدأ ديمقراطية الإدارة المحلية؛ إلا أنه جاءت به تفاصيل وقيود قد تعصف بنظام الإدارة المحلية ككل، بل قد تؤدي لبطلان كل انتخابات تجرى، خاصة بتشكيل المجالس المحلية وتمثل تلك المآخذ من وجهة نظر الباحث في:

1- النص الدستوري يصطدم أول ما يصطدم مع نص المادتين (9)، (53) من ذات الدستور والتي قررت الأولي أن "تلتزم الدولة بتحقيق تكافؤ الفرص بين جميع المواطنين، دون تمييز"، في حين جاء نص الأخيرة كالآتي "المواطنون لدى القانون سواء، وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة، أو الجنس، أو الأصل، أو العرق، أو اللون، أو اللغة، أو الإعاقة، أو المستوى الاجتماعي، أو الانتماء السياسي أو الجغرافي، أو السن، أو لأي سبب آخر". فالمرشع الدستوري في المادة (180) من الدستور وضع تمييزا إيجابيا لفئات معينة بالمجتمع (الكوتا)،

(1) على الرغم من أن المعاقين أنواع حسب نوع الإعاقة المصاب بها فمن الذي سيقبل ترشحه في مثل هذه المجالس لتمثيل دائرته من المعاقين وأهمها سيرفض ترشحه؟، ويمكن الاستعانة في ذلك بما قرره المادة الثانية من القرار بقانون رقم 46 لسنة 2014 بشأن مجلس النواب والذي ورد بها تعريف المعاق فجاء كالآتي "..... المواطن ذو الإعاقة: من يعاني من إعاقة لا تمنعه من القيام مباشرة حقوقه المدنية والسياسية على نحو ما يحدده تقرير طبي يصدر وفق الشروط والضوابط التي تضعها اللجنة العليا للانتخابات بعد أخذ رأي المجلس القومي للأشخاص ذوي الإعاقة..."

مما يُظهر انفصال النصوص الدستورية في الدستور الحالي وعدم تكاملها بل وتعارضها في بعض الأحيان، وهو ما يخالف ما استقر عليه الفقه الدستوري وأحكام المحكمة الدستورية العليا من أن "الأصل في النصوص التي يتضمنها الدستور هو تساندها فيما بينها، واتفاقها مع بعضها البعض في صون القيم والمثل العليا التي احتضنها الدستور ولا يتصور بالتالي تعارضها أو تماحها، ولا علو بعضها علي بعض، بل جمعها تلك الوحدة العضوية التي تقيم من بنائها نسيجاً متضافراً يحول دون تهدمها"<sup>(1)</sup>، كما أن "الأصل في النصوص الدستورية أنها تعمل في إطار وحدة عضوية تجعل من أحكامها نسيجاً متآلفاً متماسكاً ، بما مؤداه أن يكون لكل نص منها مضمون محدد يستقل به عن غيره من النصوص استقلالاً لا يعزلها عن بعضها البعض ، وإنما يقيم منها في مجموعها ذلك البنيان الذي يعكس ما ارتأته الإرادة الشعبية أقوم لدعم مصالحها في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية، ومنه لا يجوز أن تفسر النصوص الدستورية بما يبتعد بها عن الغاية النهائية المقصودة منها ، ولا أن ينظر إليها بوصفها هائمة في الفراغ، أو باعتبارها قيماً مثالية منفصلة عن محيطها الاجتماعي"<sup>(2)</sup>.

وقد أوضحت المحكمة الدستورية العليا النهج التاريخي للمشرع الدستوري في تقريره لمبدأ المساواة وأهمية هذا المبدأ في الحفاظ على المجتمع بقضائها أن "الدساتير المصرية جميعها بدءاً بدستور سنة 1923 ، وانتهاءً بالدستور القائم ، رددت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون de Jure ، وكفلت تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي ، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلاً في صون حقوق المواطنين وحرّياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيدها ممارستها ، وأضحى هذا المبدأ - في جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحرّيات المنصوص عليها في الدستور، بل يمتد مجال أعمالها كذلك، إلى تلك التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية ، وعلى ضوء ما يرتئيه محققاً للمصلحة العامة، وحيث إن الدساتير المصرية جميعها بدءاً بدستور سنة 1923 ، وانتهاءً بالدستور القائم ، رددت جميعها مبدأ المساواة أمام القانون de Jure ، وكفلت تطبيقه على المواطنين كافة باعتباره أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعي ، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلاً في صون

(1) راجع حكماً المحكمة الدستورية العليا في القضيتين رقماً 144 لسنة 18 ق. س بجلسة 1997/9/1، 163 لسنة 20 ق. س جلسة 2000/6/5. وبالتالي عندما تفسر النصوص الدستورية يتم تفسيرها في ضوء ما انتهى إليه القضاء الدستوري من أنها "تفسر بافتراض تكاملها باعتبار أن كلا منها لا يعزل عن غيره، وإنما تجمعها تلك الوحدة العضوية التي تستخلص منها مراميها، ويتعين بالتالي التوفيق بينها، بما يزيل شبهة تعارضها ويكفل اتصال معانيها ومضامينها، وترابط توجهاتها وتساندها، ليكون ادعاء تماحها لغواً، والقول بتأكلها هبتاناً؛ وكان مضمون الحقوق السياسية التي يثيرها النزاع الراهن، إنما يتحدد على ضوء اتصال هذه الحقوق بمبدأ تكافؤ الفرص، وبإعمال مبدأ المساواة أمام القانون"، راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 17 لسنة 14 ق. س جلسة 1995/1/14.

(2) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 11 لسنة 13 ق. س جلسة 2000/7/8.

حقوق المواطنين وحرّياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها ، وأضحى هذا المبدأ - في جوهره - وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر نطاق تطبيقها على الحقوق والحرّيات المنصوص عليها في الدستور، بل يمتد مجال أعمالها كذلك ، إلى تلك التي كفلها المشرع للمواطنين في حدود سلطته التقديرية ، وعلى ضوء ما يرتئيه محققا للمصلحة العامة<sup>(1)</sup>، فقيمة التكافؤ في فرص الحياة كقيمة سياسية تعنى النظر إلى الأفراد بوصفهم كائنات بشرية متوازنة أمام أهداف محددة دون الأخذ في الاعتبار بقوتهم السياسية والاقتصادية أو بخصائصهم الدينية والعرقية والثقافية، أي أن كل الناس سواء والأجدر منهم وفقا لشروط موضوعية هو الأحق بالوصول إلى أهدافه أو فرصه في الحياة، فإعطاء الجميع فرصا متكافئة هو الذي يظهر الفروق بين الناس من حيث الأخلاق والقدرة العقلية<sup>(2)</sup>.

2- لا يمكن قبول ما يروج له البعض من أن الكوتا يمكن اعتبارها تطورا للمفهوم الليبرالي التقليدي لمفهوم المساواة والذي يقوم على مبدأ تكافؤ الفرص ليتحول إلى تكافؤ النتائج بدلا من تكافؤ الفرص والذي يقوم على أساس أن إسقاط الحواجز الرسمية ليس كافيا في ظل معوقات واقعية وعملية وذات أبعاد اجتماعية واقتصادية وثقافية، وبالتالي يعد نظام تخصيص المقاعد وسيلة لتحقيق تكافؤ النتائج والقفز فوق المعوقات الحقيقية العلني منها والخفي<sup>(3)</sup>، لأن ذلك يتناقض مع أحكام المحكمة الدستورية العليا المستقرة على أن " ما يصون مبدأ المساواة ولا ينقض محتواه هو التنظيم الذي يقيم تقسيما تشريعيًا ترتبط فيه النصوص القانونية التي يضمها، بالأغراض المشروعة التي يتوخاها، فإذا قام الدليل على انفصال هذه النصوص عن أهدافها، أو كان اتصال الوسائل بالمقاصد واهيا كان التمييز انفلاتا وعسفا، فلا يكون مشروعًا دستوريا<sup>(4)</sup>، " وإن كان مبدأ المساواة أمام القانون لا يعني معاملة المواطنين جميعًا وفق قواعد موحدة، ذلك أن التنظيم التشريعي قد ينطوي على تقسيم أو تصنيف أو تمييز سواء من خلال الأعباء التي يلقيها على البعض أو من خلال المزايا التي يمنحها لفئة

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 17 لسنة 14 ق. س جلسة 14/1/1995.

كما تعرض الحكم السابق لأشكال التمييز التي يمكن أن تلحق بأي نص قانوني في فقرة أخرى منه فقضي بأن " أشكال التمييز التي لا تظاهرها أسس موضوعية تقييمها ، وكان من المقرر أن صور التمييز المجافية للدستور وإن تعذر حصرها ، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكمية من الحقوق أو الحرّيات التي كفلها الدستور أو القانون ، وذلك سواء بإنكار أصل وجودها أم تعطيل أو انتقاص آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة بين المؤهلين للانتفاع بها، وبوجه خاص على صعيد الحياة السياسية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية وغير ذلك من مظاهر الحياة العامة".

(2) د. وهدان محمد رشاد: القيم السياسية في المجتمع المحلي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الثامن للبحوث السياسية المنظم بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة، خلال الفترة من 3-5 ديسمبر 1994، والمنشور بمعرفة مركز البحوث والدراسات السياسية بذات الكلية وبذات الجامعة، ط.1، 1995، ص 181.

(3) أ. بسنت محمد علي موسي، مرجع سابق، ص 119.

(4) راجع أحكام المحاكم الدستورية العليا في القضايا أرقام 34 لسنة 13 ق. س جلسة 4/6/1994، 72 لسنة 20 ق. س بجلسته 6/11/1999، 219 لسنة 21 ق. س جلسة 22/9/2002.

دون غيرها، إلا أن مناهج دستورية هذا التنظيم ألا تنفصل نصوصه -التي ينظم بها المشرع موضوعاً معيناً- عن أهدافها، ليكون اتصال الأغراض التي توخى تحقيقها بالوسائل التي لجأ إليها منطقياً وليس واهياً أو واهناً أو منتحلاً بما يخل بالأسس التي يقوم عليها التمييز المبرر دستورياً، ومن ثم فإذا ما قام التماثل في المراكز القانونية التي تنتظم بعض فئات المواطنين وتساويهم بالتالي في العناصر التي تكونها، استوجب ذلك وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في حقهم، فإن خرج المشرع في ذلك سقط في حماة المخالفة الدستورية، سواء كان خروجه هذا مقصوداً أم واقع<sup>(1)</sup>، أي أن التمييز الذي أقرته تلك الأحكام لا بد أن يستند إلى ما يبرره ويجب أن يكون هذا المبرر حقيقياً ومنطقياً وليس واهياً أو منتحلاً، فلا يوجد من وجهة نظرنا ما يبرر حقيقة هذا التمييز الفج لبعض فئات المجتمع اللهم إلا أن الهدف منه إرضاء بعض فئات الشعب المصري فقط، وهو ما يتناقض كلياً مع المبدأ الديمقراطي الذي لا يعتد إلا بصفة المواطنة فقط<sup>(2)</sup>.

3- مخالفة النص الدستوري محل الدراسة لمبدأ المساواة بين كافة المواطنين ينحصر في عدم التمييز بين من تتساوى مراكزهم القانونية من خلال تطابق العناصر التي يقوم عليها، وبالتالي أضحي هذا المبدأ في جوهره وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على حقوق الأفراد وحريةهم المقررة في الدستور فحسب، بل ينسحب مجال أعمالها كذلك إلى الحقوق التي يكفلها المشرع لهم في حدود سلطته التقديرية<sup>(3)</sup>، ومبدأ عدم التمييز يرتبط بمفهوم الديمقراطية، فلا يجوز في إطار إنفاذ التمييز بين المواطنين بعضهم البعض في شأن الحقوق السياسية التي يمارسونها كالاقتراع والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاء<sup>(4)</sup>، وهو ما أكدت عليه المحكمة الدستورية العليا في حكم حديث لها عندما قضت بأن "دستور 2014 قد أولى مبدأ المساواة أهمية كبرى بوجود نص المادة (53) منه بين دفتيه وأظهرت في حكمها أهمية "هذا المبدأ باعتباره ركيزة أساسية للحقوق والحرية في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيدها ممارستها، باعتباره وسيلة لتقرير الحماية المتكافئة بين المراكز القانونية التي تنتظم بعض فئات المواطنين ومن ثمّ تساويهم في العناصر التي تكونها، استوجب ذلك وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في حقهم، فإن خرج المشرع على ذلك سقط في حماة المخالفة الدستورية"<sup>(5)</sup>.

(1) راجع حكماً المحكمة الدستورية العليا في القضيتين رقماً 155 لسنة 18 ق. س جلسة 1999/3/6، 195 لسنة 20 ق. س جلسة 2000/1/1.

(2) د. حسين عثمان محمد عثمان، مرجع سابق، ص 195.

(3) راجع أحكام المحكمة الدستورية العليا في القضايا ارقام 21 لسنة 16 ق. س جلسة 1996/2/3، ورقم 6 لسنة 13 ق. س جلسة 1992/5/16، ورقم 37 لسنة 9 ق. س جلسة 1990/5/19، ورقم 21 لسنة 7 ق. س جلسة 1989/4/29.

(4) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 7 ق. س جلسة 1996/2/3.

(5) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 34 لسنة 31 ق. س جلسة 2015/1/10.

4- هذا النص الدستوري أوجب، لكي يتم تشكيل المجالس المحلية بالحصص الواردة فيه، نظاماً انتخابياً معيناً وهو الانتخاب بواسطة القائمة النسبية مما يصادر حق غير المنتمين من الأحزاب في الترشح، ويصادر حق المنتمين للأحزاب غير المرشحين بواسطة أحزابهم من ذات الحق، وهو ما يعد مناقضاً في مبناه ومعناه للمادة (87) من الدستور والتي جاء نصها أن "مشاركة المواطن في الحياة العامة واجب وطني، ولكل مواطن حق الانتخاب والترشح وإبداء الرأي في الاستفتاء، وينظم القانون مباشرة هذه الحقوق، ويجوز الإعفاء من أداء هذا الواجب في حالات محددة يبينها القانون"، والمادة (92) من الدستور والتي تنص على 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"<sup>(1)</sup>، وقد ناقش حكم المحكمة الدستورية العليا هذه المسألة بأروع ما يكون عليه التحليل المنطقي للنصوص الدستورية حيث ورد فيه أن "الدستور اتخذ من التعددية الحزبية طريقاً فاعلاً - لا وحيداً - لتعميق المفهوم الديمقراطي لنظام الحكم، مؤكداً بذلك أن الديمقراطية لا يجوز أن تكون إجماعاً ذاتياً أو تصالحاً مرحلياً أو عملاً لتهديئة الخواطر، وأنها - في مضمونها ومرماها - اعتصام بالإرادة الشعبية ليكون النزول عليها حقاً، وواجباً. وهي باعتبارها كذلك كينافها تقرير تفضيل بعض المواطنين على بعض في شأن الحقوق التي يمارسونها، أو التمييز بينهم في ذلك لاعتبار يتعلق بانتماءاتهم السياسية، أو الركون إلى آرائهم أو ميولهم، أو عصبيتهم. وينقضها كذلك، ألا يكون التواضع على مقاعد المجالس ذات الصلة التمثيلية، حقاً لكل مواطن في الحدود التي يقتضيها تنظيم هذا الحق، وبما يوفر لأهم الفرص ذاتها التي يؤثر من خلالها - متكافئاً في ذلك مع غيره من المواطنين - في تشكيل إطار للمصالح القومية، وطرائق تحقيقها. وتلك هي الإرادة الشعبية التي تعتبر في صورها الأكثر شيوعاً، عن وجودها، من خلال اختيارها الحر لممثليها في تلك المجالس، وعن طريق وزن أصواتها التي تحدد من يظفرون بثقتها. ولا يتصور بالتالي أن تكون الحقوق السياسية التي كفلها الدستور - وقوامها حقاً

(1) وهناك العديد من الأحكام الدستورية التي تناولت تلك المسألة منها ما ورد بحكم المحكمة الدستورية العليا من أن "وإن كان الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيد الدستور بقيود محددة وأن الرقابة على دستورية القوانين لا تمتد إلى ملانمة إصدارها، إلا أن هذا لا يعني إطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور ومن ثم فإن تنظيم المشرع لحق المواطنين في الترشح ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو ينال منه على نحو ما سلكته النصوص المطعون فيها إذ حرمت غير المنتمين إلى الأحزاب من حق الترشح. ومن ثم تكون هذه النصوص قد تعرضت لحقوق عامة كفلها الدستور وحرمت منها طائفة من المواطنين، فجاوز المشرع بذلك دائرة تنظيم تلك الحقوق الأمر الذي يحتم إخضاعها لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية. وحيث إنه لا ينال كذلك مما تقدم ما أثارته الحكومة من أن مباشرة الحقوق السياسية ومن بينها حق الترشح أصبح غير جائز إلا من خلال الانتماء إلى الأحزاب السياسية بعد تعديل المادة الخامسة من الدستور ونصها على أن النظام السياسي الوحيد المتمثلة في الاتحاد الاشتراكي العربي الذي يضطلع بمسؤوليات العمل الوطني في المجالات المختلفة دون أن عن صيغة التنظيم السياسي الوحيد المتمثلة في الاتحاد الاشتراكي العربي الذي يضطلع بمسؤوليات العمل الوطني في المجالات المختلفة دون أن يجاوز ذلك إلى المساس بالحقوق والحريات العامة التي كفلها الدستور ومن بينها حق المواطن في الترشح المنصوص عليها - باعتبار أن نصوص الدستور لا تنفصل عن أهدافها ويتعين تطبيقها مترابطة متكاملة". راجع حكم المحكمة الدستورية في القضية رقم 131 لسنة 6 ق. س جلسة

الاقتراع والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاء - وفقاً على الحزبيين يديرون زمامها، ويملكونها نصيتها، منفردين بتبعاتها، وإلا صار أمر التعددية الحزبية تغليباً لفئة من المواطنين تدين بالولاء لأحزابها، وتشوبها للحياة السياسية التي قصد الدستور إلينائها بعد عقْمها، وإقصاء لغير الحزبيين عن الإسهام فيها، وإهدار لحقهم - كبر عدددهم أو قل - في الدفاع عن مبادئهم، وأن يكون موقعهم من هيئة الناخبين، وإمكانت تأثيرهم فيها، للحصول على ثقتها بمرشحهم، مساوٍ لغيرهم . وحيث إنه متى كان ذلك، تعين ألا يكون الانتماء الحزبي طريقاً لا بديل عنه للفوز بعضوية المجالس التي يكون الحوار والنقاش قاعدة للعمل فيها" Deliberative Assemblies "ومن غير المفهوم كذلك أن يطلق المشرع حق الاقتراع للمواطنين المؤهلين لمباشرة حقوقهم السياسية، وأن يتخذ موقفاً مختلفاً من ترشيحهم لعضوية تلك المجالس، ذلك أن هذين الحقين متكاملان، ويتبادلان التأثير فيما بينهما، وبوجه خاص من خلال القيود التي يفرضها المشرع عليهما.

وما كان الدستور ليرد إلى الصورة الحزبية، مواطنين يأبونها، ليصبغهم بها، فلا يلجون الطريق إليها طوعاً، وهو ما يناقض حق الاجتماع - ذلك أن الأصل في أشكال التجمع على اختلافها - والتنظيم الحزبي من صورها - أن تكون الإرادة مدارها، سواءً عند الانضمام إليها، أو الخروج منها. وحيث إنما تقدم يؤديه، أن الأصل في العمل الوطني، أن يكون جماعياً يقوم على تضافر الجهود وتعاونها، فلا يمتاز بعض المواطنين على بعض في إدارة الشؤون القومية أو تصريفها، بل تنعقد السيادة لجموعهم يباشرونها على الوجه المبين في الدستور على ما تقضى به مادتها الثالثة، بما يتفرع عن هذه السيادة من نتائج، من بينها عدم جواز تجزئتها، وتواصلاتهم وتضامن أجيالها، وغلبة مصالحها العليا ودوامها، وقيام نظام الحكم فيها على أساس تمثيلي "Regime Representative" وإذ يتزاحم المواطنون على مقاعد المجالس الشعبية، فإن انتماءاتهم الحزبية لا تقدمهم على غيرهم، ولا تمنحهم أفضلية أياً كان نوعها، بل يكون نصيبهم من الإسهام في الحياة السياسية، عائداً إلى هيئة الناخبين، ومحددات على ضوء مقاييسها، ذلك أن هذه الهيئة، هي التي تفرض من خلال أصواتها - وبعبارة عن أشكال الانتماء أياً كان لونها - من يفوز بثقتها، وأية ذلك ما يأتي:

أولاً: أن صور التمييز بين المواطنين التي قصد الدستور - وإن تعذر حصرها، إلا أن قوامها كل تفرقة أو تقييد أو تفضيل أو استبعاد ينال بصورة تحكومية من الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور أو القانون، وعلى رأسها - وفي مركز الصدارة منها - حقاً الاقتراع والترشيح باعتبارهما محور السيادة الشعبية وقاعدة بنيانها - فلا يجوز إنكار أصل وجودها أو تقييد آثارها بما يحول دون مباشرتها على قدم المساواة الكاملة بين المؤهلين قانوناً لممارستها أو الانتفاع بها . ولازم ذلك أمران أولهما: ألا يكون الانتماء الحزبي شرطاً لانتخاب أعضاء المجالس الشعبية المحلية، إذ يعتبر هذا الشرط مقحماً على تكوينها، مجافياً لأهدافها، مطلقاً يد الحزبيين، لتكون لأحزابهم كل الحقوق التي تهيمن بها على مسرح الحياة السياسية، فلا تنفلت منها أو ينازعها فيها خصيم؛ متحفياً على مواطنين آخرين لا يختلفون عن

الأوليين إلا في الاستقلال عن تحزبهم، ولكنهم لا يصيبون من تلك الحقوق شيئاً، ولا يتولون قدراً من مسؤوليتها، بل يكون نصيبهم منها عدماً أو فتاتاً. ثانيهما: ألا يتخذ المشرع من تنظيم الحقوق السياسية، مدخلاً لتقرير مزايا للحزبيين تربو بها فرصهم في الفوز بمقاعد المجالس الشعبية المحلية على من عداهم، ذلك أن تنظيم الحقوق جميعها وإن كان يدخل في نطاق السلطة التقديرية التي يملكها المشرع في الحدود التي يقتضها الصالح العام، إلا أن سلطته هذه لا يجوز أن تنال من تلك الحقوق بما يقلص من محتواها، أو يجردتها من خصائصها أو يقيد من آثارها، وإلا كان هذا التنظيم مخالفاً للدستور<sup>(1)</sup>.

5- مخالفة هذا النص لحق المواطنين في اختيار المرشحين وذلك بتضييق نطاق الاختيار في عدد محدد من المرشحين وهو ما يفرض على المواطن، إما اختيار ذلك المرشح أو مقاطعة الانتخابات وفي ذلك قضت المحكمة الدستورية العليا "أن حق المرشحين في الفوز بعضوية المجالس التي كفل الدستور والقانون صفتها التمثيلية، لا ينفصل عن حق الناخبين في الإدلاء بأصواتهم لاختيار من يثقون فيه من بينهم، ذلك أن هذين الحقين مرتبطان، ويتبادلان التأثير فيما بينهما. ولا يجوز بالتالي أن تفرض على مباشرة أيهما تلك القيود التي لا تتصل بتكامل العملية الانتخابية وضمان مصداقيتها Integrity and Reliability of the Electoral Process أو بما يكون كافلاً إنصافها، وتدفع الحقائق الموضوعية المتعلقة بها، بل يجب أن تتوافر لها بوجه عام أسس ضبطها، بما يصون حيديتها، ويحقق الفرص المتكافئة بين المتزاحمين فيها. ومن ثم تقع هذه القيود في حماة المخالفة الدستورية، إذا كان مضمونها وهدفها مجرد حرمان فئة من المواطنين - ودون أسس موضوعية - من فرص الترشيح لعضوية تلك المجالس أو تقييدها، ذلك أن أثرها هو إبعاد هؤلاء نهائياً عن العملية الانتخابية بأكملها، وحجبهم بالتالي عن الإسهام فيها، بما مؤداه احتكار غرماهم لها، وسيطرتهم عليها دون منازع، وإنهاء حق المبعدين عنها في إدارة الحوار حول برامجهم وتوجهاتهم، وهو ما يقلص من دائرة الاختيار التي يتيحها المشرع للناخبين، وبوجه خاص كلما كان المبعدون أدنى إلى ثقتهم، وأجدر بالدفاع عن حقوقهم. بل إن القيم العليا لحرية التعبير - بما تقوم عليه من تنوع الآراء وتدفعها وتزاحمها - ينافيها ألا يكون الحوار المتصل بها فاعلاً ومفتوحاً، بل مقصوراً على فئة بذاتها من المواطنين، أو متعاضداً بمركزهم بناء على صفتهم الحزبية، أو منحصراً في مسائل بذواتها لا يتعداها كذلك فإن حق الناخبين في الاجتماع مؤداه ألا تكون الحملة الانتخابية - التي تعتبر قاعدة لتجمعاتهم، وإطاراً يحددون من خلالها أولوياتهم - محدودة أفاقها على نحو يقلص من الفرص التي يفاضلون من خلالها بين عدد أكبر من المرشحين، وانتقاء من يكون من بينهم شريكاً معهم في أهدافهم Like - minded Citizens قادراً على النضال من أجل تحقيقها.

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 16 ق.س جلسة 1996/2/3.

ولا يجوز من جهة أخرى التدرع بتنظيم العملية الانتخابية سواء من حيث زمانها، أو مكان إجرائها، أو كيفية مباشرتها *elections The Time, place, and manner of* لالإخلال بالحقوق التي ربطها الدستور بها بما يعطل جوهرها، ولا لتأمين مصالح جانبية محدودة أهميتها، ولا للتدخل بالقيود التي يفرضها المشرع عليها للحد من حرية التعبير - وهي قاعدة التنظيم الانتخابي ومحوره - ذلك أن تنظيم العملية الانتخابية لا يكون ممكناً إلا إذا كان معقولاً *reasonable*، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان محايداً في محتواه *Content based regulation* - بما يوفر لهيئة الناخبين الحقائق التي تتيحها على تحديد موقفها من المرشحين الذين يريدون الظفر بثقتها<sup>(1)</sup>، كما تقرر أيضاً بأن "إن حقي الترشيح والانتخاب من الحقوق الأساسية التي كفلها الدستور، وهما باعتبارهما كذلك، لا يجوز المساس بهما، أو تفسير النصوص التشريعية التي تنظمهما على نحو يؤدي إلى الانتقاص من محتواهما، بل يتعين تفسيرها تفسيراً ضيقاً يؤدي إلى عدم مصادرة حق الناخبين في اختيار المرشح الذي يزوّن أنه أهلاً لتمثيلهم في مجلس الشعب، وفتح باب الترشيح أمام كل من يرغب في الترشيح لعضوية ذلك المجلس، وفتح باب الترشيح أمام كل من يرغب في الترشيح لعضوية ذلك المجلس، وتحقق ذلك يدعم حقي الانتخاب والترشيح معاً"<sup>(2)</sup>.

6- نظام الحصص بوصفها فرض من القيادة السياسية لا تعكس بالضرورة دراسة حقيقية للاحتياجات أو النظر في البيئة الحالية، فإدخال نظام الحصص بالنسبة لهم يعبر إلى حد كبير عن رغبة شخصية من النخبة، وبالتالي فلا يمكن اعتباره تعبيراً طبيعياً عن الوضع الاجتماعي السائد أو عن المصلحة الوطنية<sup>(3)</sup>، كما أنه يتناقض مع فكرة التضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع وهو ما قرره المحكمة الدستورية العليا عندما قضت بأن "أن ما نص عليه الدستور ... من قيام المجتمع على أساس من التضامن الاجتماعي، يعني وحدة الجماعة في بنائها وتداخل مصالحها لا تصادمها، وإمكان التوفيق بينهما، ومزاوجتها ببعض عند تعارضها، واتصال أفرادها وترابطهم بما يرضى القيم التي تؤمن بها، ليكون بعضهم لبعض ظهيراً فلا يتفرقون أبداً. وهم بذلك شركاء فيمسؤوليتهم قبلها، لا يعلو بعضهم على بعض، ولا يتقدم فريق منهم على غيره في الحقوق التمييزية، ولا ينال قدرها منها يكون بها أكثر امتياز من سواه، بل يتمتعون جميعهم - وبغض النظر عن آرائهم ما كان منها سياسياً أو رمزياً أو متخذاً غير ذلك من الأشكال - بالحقوق عينها - التي تتكافأ مراكزهم القانونية قبلها، وبالوسائل ذاتها التي تتيحهم على ممارستها. ولا يجوز بالتالي - وفي نطاق المجالس الشعبية المحلية - أن يقبض المشرع يده عن نفر من المواطنين

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 16 ق. س جلسة 1996/2/3.

(2) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 1 لسنة 36 ق. س تفسير جلسة 2004/3/7.

(3) أ. بسنت محمد علي موسي، مرجع سابق، ص 122.

ليكون صوتهم فيها خافتاً، وموقفهم متراجعاً، وأن يبسطها على غيرهم لتكون أكثر تمثيلاً لمصالحهم، وأحفل بشئونهم<sup>(1)</sup>.

7- من الواضح أن مبتدعي نظام الحصص كانوا يريدون به استمالة طوائف معينة من الشعب للترسيخ لحكمتهم؛ وتساءل الفقه كيف لنظام سياسي يلغي الدعم الاقتصادي للسلع والخدمات، ويقبل فكرة الدعم السياسي لفئات معينة من المجتمع أصبحت قادرة على التأثير دون دعم؟، كما أن فكرة هذا التمييز تؤدي لوضع حواجز اجتماعية في مجتمع يسعى لأن يكون مجتمعاً ديمقراطياً، للمواطن فيه حرية الحركة بين مجموعاته، وحرية اختيار ما يريد من عمل، فالظروف الحالية والأوضاع التي يعيشها مجتمعنا والحقائق التي يشهدها عصرنا والأهداف التي نسعى إليها كلها أصبحت تدعو إلى إلغاء بدعة هذا التمييز السياسي الذي لا مثيل له في دول العالم، فكل فئة ستسعى لتحقيق مصالحها على حساب مصالح الآخرين، بل على حساب المصلحة العامة، أي أن نظام الحصص قد يتسبب في إعلاء المصلحة الخاصة على المصلحة العامة<sup>(2)</sup>.

8- ضمان نسبة تمثيل معينة لأحد الطوائف أو الفئات يفتح الباب أمام مطالب مناظرة من الفئات والطوائف الأخرى، وهو ما لا يمكن عده في ميزان وحدة الدولة واستقرارها، وهو ما اثبتته الأحداث التاريخية، حيث كان من بين الأسباب التي أدت إلى قيام الثورة الفرنسية أن البرلمان الموجود عام 1789 والمعروف باسم des ETAT généraux كان قائماً على تمثيل أربع فئات هم الأشراف، ورجال الدين، وسكان المدن، والفلاحين، فالتفرقة بين الطبقات كانت أحد أسباب الثورة الفرنسية التي رفعت مبدأ المساواة إلى جانب الحرية والإخاء<sup>(3)</sup>.

وفي النهاية -يرى الباحث- أنه يجب على المشرع الدستوري تدارك الأمر سريعاً بتعديل المادة (180) من دستور 2014 في الجزء الخاص بمنح نسب في تشكيل المجالس المحلية لبعض فئات المجتمع وقصر تلك المجالس عليهم مع الإبقاء على تشكيل تلك المجالس عن طريق الانتخاب وعلى خفض سن الترشح لعضوية تلك المجالس لسن 21 سنة وتأقيت مدة تلك المجالس بالأربع سنوات مع إعطاء تلك المجالس حرية اتخاذ القرارات الإدارية الخاصة بتنمية الأقاليم التابعة لها.

## الخاتمة

تناولنا في بحثنا هذا ما ورد من تنظيم دستوري في الدستور المصري الحالي لانتخابات المجالس المحلية بشكل تفصيلي باعتبار أن الدستور الحالي جاء عقب ثورتين 25 يناير 2011، 30 يونيو 2013

(1) راجع حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم 2 لسنة 16 ق. س جلسة 2/3/1996.

(2) د. زكي محمد النجار، مرجع سابق، ص 256، وما بعدها.

(3) د. فتحي فكري، مرجع سابق، ص 258.

وهو دستور تستشرف به مصر وتتطلع لمستقبل أفضل، كما أنه الدستور الذي سيحكم أي قانون لتنظيم الإدارة المحلية خصوصا وان القانون الحالي لم يعد صالحا من الناحية الدستورية للقيام بذلك التنظيم، وبالطبع أي قانون جديد أو قديم به جزء كبير يهتم بتنظيم الانتخابات المحلية باعتبارها الركن الأول والأساسي لاستقلال المجالس المحلية، وبالتالي يجب ان يترجم ذلك القانون ما ورد بالدستور في هذا الشأن وإلا كان معيبا بعيب عدم الدستورية، وقد قمنا بتقسيم بحثنا لأربعة مباحث كالآتي: المبحث الأول: الدستور والشخصية الاعتبارية للوحدات المحلية، وذلك كمدخل لازم لفهم السبب الذي تجرى علي أساسه الانتخابات المحلية فهي لا تجرى إلا لإيجاد مجالس منتخبة تمثل الشخصية الاعتبارية "الوحدة المحلية" أمام مختلف جهات الدولة وتدير أموالها، ثم تطرقنا في المبحث الثاني: الطريقة الدستورية لتشكيل المجالس المحلية، فحدد المشرع الدستوري وحكم أن تكون طريقة تشكيل المجالس المحلية هي طريقة الانتخاب بالقائمة، وهو ما سينعكس بالطبع على تسييس المجالس المحلية فتصبح مفرخة للقيادات السياسية في الدولة فيما بعد ككثير من دول العالم المتقدم، ثم تطرقنا في المبحث الثالث: الشروط الدستورية لتشكيل المجالس المحلية، فأوضحنا الكوتا المقررة لعدد من فئات المجتمع في تشكيل المجالس المحلية وتعليقنا عليها، وفكرة التمثيل النسبي لبعض الفئات، ثم أظهرنا في المبحث الرابع: النظام الدستوري لتشكيل المجالس المحلية في الميزان، ما توصلنا إليه من مطاعن يمكن أن توجه لهذا النص الدستوري من واقع نصوص الدستور الأخرى، وأراء الفقهاء وما استقرت عليه المحكمة الدستورية العليا، وانتهينا لوجوب تدخل المشرع الدستوري بتعديل نص المادة (180) بإلغاء كل صنوف الكوتا والتمييز الواردة به حتى لا تصاب انتخابات المجالس المحلية بالجمود، بل يمكن أن يتم الطعن عليها فتصاب بداء الحل بعد تمام الانتخاب.

وفي الختام لا يسعني إلا أن أردد قول الإمام الشافعي:

كلما أدبني الدهر أراني نقص عقلي وإذا ما ازددت علماً زادني علماً بجهلي

وبالله التوفيق

ثبت المراجع :

أولاً: المراجع باللغة العربية:

د. السيد محمد كيلاني: الإدارة المحلية وتطويرها، علاقتها بالتخطيط وتوطن المشروعات في مصر، معهد التخطيط القومي، أبريل 1988.

د. أحمد عبد الفتاح ناجي: تحديث الإدارة المحلية في مصر، مكتبة زهرة الشروق، 2007.

د. أميرة المعاييرجي: تمثيل المرأة في المجالس النيابية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2010.

- د. إيمان بيبرس وآخرين: المشاركة السياسية للمرأة في الوطن العربي، وما بعدها بحث منشور ومتاح على شبكة الإنترنت على موقع:
- [www.parliament.gov.sy/SD08/msf/1432529550\\_.pdf](http://www.parliament.gov.sy/SD08/msf/1432529550_.pdf)
- أ. بسنت محمد علي موسى: تمثيل المرأة في مجلس الشعب المصري دراسة في انتخابات 2000، 2005، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، قسم علوم سياسية، جامعة القاهرة، 2010.
- أ. بلال أمين زين الدين: النظم الانتخابية المعاصرة دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، 2011.
- د. ثروت بدوي: القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2006.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: المدخل للعلوم القانونية، الجزء الثاني، دن، ط.3، 1997.
- د. حسين عثمان محمد عثمان: الإدارة الحرة للوحدات المحلية دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2015.
- د. خالد علي سماره: تشكيل المجالس المحلية وأثره على كفايتها دراسة مقارنة مع التطبيق في المملكة الأردنية الهاشمية، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 1984.
- د. ربيع أنور فتح الباب: النظم السياسية، مكتبة الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر، 1999.
- د. رمزي طه الشاعر: القانون الدستوري، مكتبة الرسالة الدولية للطباعة والكمبيوتر، 2002.
- د. زكي محمد النجار: الدستور والإدارة المحلية دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 1995.
- أ. سعد مظلوم العبدلي: الانتخابات ضمانات حريتها ونزاهتها دراسة مقارنة، دار دجلة للنشر، المملكة الأردنية الهاشمية، ط.1، 2009.
- د. سليمان محمد الطماوي: شرح نظام الحكم المحلي الجديد، دار الفكر العربي، ط.1، 1980.
- د. صفوان المبيض، د. حسين الطراونة، د. توفيق عبد الهادي: المركزية ولللامركزية في تنظيم الإدارة المحلية، البازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2011.
- د. صلاح الدين فوزي: الإدارة المحلية في التشريع المصري " نحو إدارة محلية أفضل"، دار النهضة، 1992.
- د. عبد الحكيم فوزي سعودي: ضمانات الأشراف والرقابة على الانتخابات دراسة مقارنة بالنظام الفرنسي، دار النهضة العربية، 2015.
- د. عبد العليم مشرف: الأنظمة السياسية المعاصرة، دن 2010.
- د. عبد الغنى بسيوني عبد الله: أنظمة الانتخابات في مصر والعالم، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1990.

- د. علي هادي حمود بالشكروى، د. إسماعيل صعصاع البديري، د. رفاه كريم رزوت: تشكيل المجالس المحلية في القانون العراقي دراسة مقارنة، بحث منشور بمجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة بابل، العراق، العدد الثاني، السنة السابعة، 2015.
- د. فاطمة حماده عبد العظيم عمران: النظام الانتخابي في جمهورية مصر العربية "دراسة نظرية وتطبيقية"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2017.
- د. فتحي فكرى: القانون الدستوري، الكتاب الثاني، دار النهضة، 2000.
- د. فؤاد سمير فؤاد أحمد صبح الديب: الرقابة الشعبية على أعمال الإدارة المحلية "دراسة مقارنة"، رسالة دكتوراه، حقوق عين شمس، 2013.
- أ. فؤاد مطير الشمري: التجارب الانتخابية في العالم، دار أسامة للنشر والتوزيع، ط.1، 2014.
- أ. كانوني سفيان: المشاركة السياسية للمرأة في المجالس المحلية المنتخبة بين آليات التمكين السياسي وفعالية العضوية" دراسة ميدانية بالمجلس الشعبي الولائي لولاية سطيف" بحث مقدم للندوة العلمية الوطنية المنعقدة يوم 15 مارس 2016، تحت عنوان المشاركة السياسية للمرأة الجزائرية دراسات وأبحاث، والمنعقدة بجامعة محمد لمين دباغين، سطيف، الجزائر، منشور بمعرفة مؤسسة حسين رأس الجبل للنشر والتوزيع، القسطنطينية، الجزائر، 2016.
- د. مجدي مدحت النهري: الإدارة المحلية بين المركزية واللامركزية، مكتبة الجلاء الحديثة، المنصورة، 2001.
- د. محمد أبوزيد محمد علي: القضاء الإداري، ط.2، دن، 2009.
- د. محمد أحمد عبد النعيم: الاختصاص الرقابي للمجالس الشعبية المحلية في النظام المحلي المصري، دار النهضة العربية، 2001.
- د. محمد الشافعي أبوراس: الوسيط في القانون الإداري، الجزء الأول، دن، د.ت.
- د. محمد الشافعي أبوراس: الوسيط في القانون الإداري، الجزء الثاني، دن، د.ت.
- د. محمد صلاح عبد البديع السيد: نظام الإدارة المحلية في مصر بين النظرية والتطبيق، دار النهضة العربية، ط.1، 1996.
- د. محمد فرغلي محمد علي: نظم وإجراءات انتخاب أعضاء المجالس المحلية في ضوء القضاء والفقهاء دراسة تأصيلية وتطبيقية لنظام الانتخاب المحلي في مصر ودول المغرب، دار النهضة العربية، 1998.

- د. محمد محمود الطعمانه: نظام الإدارة المحلية (المفهوم والفلسفة والأهداف) بحث قدم للملتقى العربي الأول، حول نظام الإدارة المحلية في الوطن العربي، والمنظم بمعرفة المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، والمنعقد في صلاله - سلطنة عمان خلال الفترة من 18-20 أغسطس 2003.
- د. مصطفى محمد موسى: التنظيم الإداري بين المركزية واللامركزية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1992.
- د. وهدان محمد رشاد: القيم السياسية في المجتمع المحلي، بحث مقدم للمؤتمر السنوي الثامن للبحوث السياسية المنظم بكلية الاقتصاد والعلوم السياسية جامعة القاهرة، خلال الفترة من 3-5 ديسمبر 1994، والمنشور بمعرفة مركز البحوث والدراسات السياسية بذات الكلية وبذات الجامعة، ط.1، 1995.
- د. نبيلة عبد الحلیم كامل، د. جابر جاد نصار: الوسيط في القانون الإداري، دار النهضة العربية، 2004.
- أ. نجوى فلكاوي: المشاركة السياسية مقارنة مفاهيمية وتاريخية، بحث مقدم للندوة العلمية الوطنية، والخاصة بالمشاركة السياسية للمرأة الجزائرية دراسات وأبحاث والمنعقدة بجامعة محمد لمين دباغين، سطيف، والمنعقدة يوم 15 مارس 2016، مؤسسة حسين رأس الجبل للنشر والتوزيع، القسطنطينية، الجزائر، 2016.

#### المراجع الأجنبية:

- Bruno .Remond** , jacquesblan , les collectivités locales , presses de la foundation nationale des sciences politiques , Dalloz , juin , 1992.
- BURDEAU –Georges: Droit Constitutionnel et Institutions Politiques, 18<sup>ème</sup> édition, L.G.D.J. Paris, 1977.
- DUVERGER-Maurice: Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, 1-les grands Systèmes Politiques, 16<sup>ème</sup> édition, Themis, Paris, 1980.
- CADART-Jacques: Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, T.1-11, L.G.D.J, Paris. 1975.
- Geror.Vedel, manney. Elementaire de droit constitutionae, 1949.
- jean . Bernard Auby** , jean . François Auby , droit des collectivités locales , presses universitaire de France , septembre , 1990.
- Jean Riveron et Jean Waline, droit administrative, 14<sup>e</sup> éd, Dalloz, 1992.

Louis Favoreau, Patrick Gala, Richard Ghevontion, Jean Louis Mestre, Otto Pfersmann, André Roux et Guy Scoffoni, Droit constitutionnel, Dollaz, coll. précis, Droit public Science politique, 12<sup>ème</sup> éd., 2009.

Pacter (P.): Institutions politiques droit constitutionnel, 18<sup>éd</sup>, Amand Colin, 1999.

Vedel: institutions politiques de monde contemporain. Fascicule, 1972-1973.



## حدود المسؤولية العشرية في ضوء القانون 04/11

### المحدد للقواعد الناظمة لنشاط الترقية العقارية

د. حجري محمد أستاذ محاضر - أ - بكلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة معسكر / الجزائر.

#### الملخص:

تعد المسؤولية العشرية مسؤولية استثنائية، بالنظر للأضرار الجسيمة المترتبة عن تهمد المباني والمنشآت وعيوب البناء، وهي مسؤولية مفترضة، ولا تحتاج إلى إثبات الخطأ في جانب المرقى العقاري والشركاء المتدخلين معه في عملية البناء، كما أنها مسؤولية تضامنية تقتضي تضامن المسؤولين اتجاه صاحب المشروع، وهو تضامن في الضمان وليس في المسؤولية، بالإضافة إلى اعتبار أحكام المسؤولية العشرية ذات طبيعة أمره وترتبط بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على الإعفاء أو الحد منها. ولوحظ عدم التناسق بين أحكام المسؤولية العشرية في القانون المدني الذي ضيق من نطاقها الشخصي، وبين أحكامها في قانون رقم 04/11 الذي يحدد القواعد التي تطبق على نشاط الترقية العقارية ونصوصه التطبيقية، حيث وسع من الأشخاص الملزمين بالضمان، في حين ضيق من نطاقها الموضوعي، على نحو لا يشمل الضمان تلك العيوب التي تجعل البناء غير صالح للغرض المخصص له، في وقت تشهد فيه العملية المعمارية تطورا في الأساليب والتقنيات، مما يؤدي لاستبعاد منتجو هذه المواد من المسؤولية، وهو ما يقتضي من القاضي توسيع مفهوم الضمان بصدد المنازعات المعروضة عليه.

الكلمات المفتاحية: المسؤولية، الضمان العشري، التضامن، صاحب المشروع، المنشآت.

## مقدمة:

تعد مهنة المرقى العقاري مهنة حديثة نسبيا بالجزائر تأثرت، كغيرها من المهن، بالمحيط الاقتصادي والاجتماعي السائد بالبلاد، حيث يعد أول قانون نظم مجال الترقية العقارية هو القانون رقم 07/86<sup>(1)</sup>، الذي سمح للقطاع الخاص بولوج هذا المجال، مع استمرار هيمنة الدولة على القطاع العقاري عموما، وكان ذلك إحدى أسباب إلغائه بموجب المرسوم التشريعي رقم 03/93<sup>(2)</sup>، الذي كرّس مبادئ التساوي بين القطاع الخاص والقطاع العام في الترقية العقارية، والتوسيع في مجالها من البيع إلى عملية الإيجار، فضلا عن اعتبار المرقى العقاري تاجرا، إلا أن عدم دقة بعض الأحكام، والنقص المسجل في البعض الآخر منها<sup>(3)</sup> أدى إلى صدور قانون رقم 04/11<sup>(4)</sup> الذي جاء لتنظيم مجال الترقية العقارية، من خلال تقنين بعض الأحكام الجديدة تتعلق بمهنة المرقى العقاري، تخضع ممارستها إلى ضرورة استيفاء جملة من الشروط القانونية.

وقد عرف المرقى العقاري بأنه: "الشخص الذي يتولى، مقابل أجر متفق عليه، تحقيق العملية المعمارية، التي يعهد بها إليه رب العمل بمقتضى عقد التمويل العقاري، من تمويل وإدارة وإبرام كافة التصرفات القانونية اللازمة باسم رب العمل، حتى يسلم العقار تاما، خاليا من العيوب"<sup>(5)</sup>. وقيل بأنه: كل "شخص طبيعي أو معنوي يتولى إنجاز بناية أو جزء من بناية، ويتكفل بجميع العميات القانونية والمالية والإدارية، المرتبطة بعملية الإنجاز، ويلتزم بقيادتها حتى النهاية"<sup>(6)</sup>.

أما المرقى العقاري في مفهوم القانون رقم 04/11 المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية فهو: "كل شخص طبيعي أو معنوي، يبادر بعمليات بناء مشاريع جديدة، أو ترميم أو إعادة تأهيل أو قصد بيعها وتأجيرها"<sup>(7)</sup>.

ولعلّ من أهم الأحكام التي قررتها نصوص القانون أعلاه، باعتبارها أهم التزامات المرقى بعد التسليم الفعلي للمشروع هو المسؤولية العشرية، ومعناها تقرير المسؤولية العشرية للمرقى العقاري وكل المتدخلين في عملية

(1) قانون رقم 07/86 المؤرخ في 04/03/1986، الجريدة الرسمية، عدد 10، السنة 23 الصادرة في 05/03/1986.

(2) المرسوم التشريعي رقم 03/93 المتعلق بالنشاط العقاري المؤرخ في 01/03/1993، ج. ر. عدد 14، السنة 30 الصادرة في 03/03/1993.

(3) ومن ذلك عدم التمييز بين الترقية العقارية التي هي جزء من النشاط العقاري، والنشاط العقاري الذي يشمل الترقية العقارية والاستثمار العقاري، وغير ذلك من العمليات المرتبطة بالبناء والتعمير. فضلا عن عدم توضيحه لأسس المسؤولية للمتعامل في الترقية العقارية مع المتدخلين الآخرين فيها، سواء كانت مدنية أو جنائية.

(4) الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، المؤرخ في 17/02/2011، ج. ر. عدد 14، السنة 48 الصادرة في 06/03/2011.

(5) عبد الرزاق حسين يس، 1987 المسؤولية لخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها- نطاق تطبيقها- الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 542.

(6) Roger Saint-Alary & Corine Saint-Alary Hourin, droit de la construction, 5 ème éd, Dalloz, Paris, 1998, p 84.

(7) المادة 03 من القانون. في حين لم يرد أي تعريف للمرقى العقاري في القانون رقم 07/86، ولا في المرسوم رقم 03/93، حيث اكتفي في الأول بتسمية "المكاتب" Souscripteur، وفي الثاني "المتعامل في الترقية العقارية" L'opérateur.

البناء من مهندسين ومقاولين و مقاولين فرعيين، وكل متدخل بربطه عقد بالمرقي العقاري، في حالة سقوط المباني كلياً أو جزئياً بسبب عيوب البناء، بما في ذلك رداءة الأرض، خلال مدة عشر سنوات. وهو ما أوردته المادة 46 من أنه: "تقع المسؤولية العشرية على عاتق مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد، في حالة زوال كل بناية أو جزء منها جراء عيوب في البناء، بما في ذلك جِراء النوعية الرديئة لأرضية الأساس".

كما قررت المادة 26 في فقرتها الثالثة أن "الحيازة وشهادة المطابقة لا تعفيان من المسؤولية العشرية التي قد يتعرض إليها المرقي العقاري، ولا من ضمان الإنهاء الكامل لأشغال الإنجاز التي يلتزم بها المرقي العقاري طيلة سنة واحدة". ومعنى ذلك أنه متى تحقق التهدم أو التعيب قامت المسؤولية العشرية للمرقي العقاري، دون أن يكون لحيازة البناء ولشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية.

ولأجل تجسيد النصين السابقين فقد تقرر إلزام المرقي العقاري بالاكنتاب في جميع التأمينات والضمانات القانونية، بموجب المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 84/12 الذي يحدد كفاءات منح الاعتماد لممارسة مهنة المرقي العقاري، وكذا كفاءات مسك الجدول الوطني للمرقين العقاريين<sup>(1)</sup>.

والهدف من توسيع النطاق الشخصي للمسؤولية العشرية هو توفير الحماية والضمان الكافيين للمكاتب والمالكين المتواليين على البناية (فقرة 03 من المادة 49)، في وقت يشهد كثرة انهيار المباني وتعييبها، بالإضافة إلى حماية أكثر للمرقين العقاريين المعتمدين بإلزامهم بالاكنتاب في صندوق الضمان والكفالة المتبادلة. هذا من جهة، ومن جهة أخرى تم التضييق من نطاق الأعمال التي تغطيها المسؤولية العشرية، من خلال قصرها على البنايات دون المنشآت الأخرى.

إن الأمر الإيجابي في المسؤولية العشرية أن غطاء التأمين لا يقتصر على المسؤولية العشرية للمرقي العقاري الناتجة عن الحوادث التي تحصل في موقع العمل أثناء فترة التشديد، وإنما يغطي التأمين على المسؤولية المدنية المهنية، و يمتد ليشمل مسؤولية المؤمن له التي قد تنشأ عن انهيار أو تضرر هياكل البناء أو الأعمال غير الهيكلية بعد تسليمها، إذا ظهر أن العيب في التصميم أو سوء التنفيذ هو السبب في التهدم. ونتيجة لذلك كان ضمان المسؤولية العشرية من النظام العام، حيث يقع باطلاً وغير مكتوب كل شرط في عقد المفاولة يرمي إلى الإعفاء من المسؤولية أو الضمانات المقررة في القانون المحدد للقواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية، ومن ذلك ضمان المسؤولية العشرية، أو الحد منها، من خلال استبعادها أو حصر تضامن المقاولين الثانويين مع المرقي العقاري<sup>(2)</sup>.

(1) المرسوم التنفيذي رقم 84/12 المؤرخ في 20/02/2012، ج ر، عدد11، السنة 49 الصادرة في 26/02/2012.

(2) حيث تنص المادة 45 من القانون 04/11 الذي يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية بأنه: "دون الإخلال بالأحكام السارية في القانون المدني وقانون العقوبات والمتعلقة بتطبيق الأحكام المتضمنة في هذا الفصل، يعد باطلاً وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر

ويطرح الضمان العشري تساؤلات عن حدوده، سواء ما تعلق بالنطاق الزمني لاحتسابه، والأشخاص المستفيدين من هذا الضمان، وحدود تطبيق نظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزامات بشأن خلف صاحب المشروع؟ ويتفرع عن ذلك تساؤل آخر فرعي عن الطبيعة القانونية لمدة الضمان، وهل هي مدة سقوط أم تقادم؟

هذه الأسئلة وغيرها سنحاول الإجابة عنها في هذه البحث، وفق منهج وصفي تحليلي للنصوص القانونية والتنظيمية، مقسمين ذلك وفق خطة على النحو الآتي:

المحور الأول: خصائص المسؤولية العشرية للمرتقي العقاري

المحور الثاني: الأشخاص المستفيدين من الضمان العشري (النطاق الشخصي)

المحور الثالث: النطاق الموضوعي لقواعد المسؤولية العشرية

المحور الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية العشرية وخصائصها

تعد المسؤولية العشرية ذات طبيعة استثنائية، تتميز بها عقود المقاولات الواردة على أشغال البناء عن غيرها من عقود المقاولات الأخرى، فهي ذات طبيعة خاصة تتسم بالتشديد، وهو ما يجعلها تتفق مع خطورة الأضرار المترتبة على عيوب البناء وتعلق سلامة المباني والمنشآت الثابتة ومثانتها بالمصلحة العامة.

كما تتميز المسؤولية العشرية بجملة من الخصائص لا بد من تفصيلها، وقبل ذلك يحسن بنا بيان الطبيعة القانونية لأحكام المسؤولية العشرية.

أولاً: الطبيعة القانونية للمسؤولية العشرية:

اختلفت وتباينت الاتجاهات في تحديد طبيعة مسؤولية المهندس والمقاول في مواجهة صاحب المشروع، وهذا بالنظر للاختلاف حول تحديد الأثر المترتب على التسليم، هل هو إخلال بواجب قانوني، أو عقدي، أم هو إخلال بواجب ذو طبيعة خاصة؟

- الاتجاه الأول: الضمان العشري هو ذو طبيعة تقصيرية:

وهو رأي الفقه التقليدي، وتأييد من بعض الشراح المحدثين، في أن دعوى الضمان العشري ذات طبيعة تقصيرية تقوم على أساس الخطأ، لأنها لا تستند على الإخلال بالتزام تعاقدى ناشئ عن عقد المقاول بين رب

المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين القانونيين مع المرتقي العقاري".

العمل والمهندس أو المقاول، والذي يكون قد انتهى بعد تسليم البناء، وإنما يستند إلى الإخلال بواجب قانوني وهو عدم الإضرار بالآخرين<sup>(1)</sup>.

ثم تم تعديل هذا الرأي واعتبرت مسؤولية المقاول والمهندس مسؤولية قانونية بحتة أو استثنائية بنص غير مألوف في القواعد العامة، نظرا لصعوبة اكتشاف عيوب المباني والمنشآت بالنسبة لغير المختص، كما أن خطرهما لا يقتصر على المالك، وإنما يعرض حتى سلامة العامة للخطر أيضا<sup>(2)</sup>.

#### – الاتجاه الثاني: الضمان العشري يقوم على أساس المسؤولية العقدية:

مؤدى هذا الاتجاه هو اعتبار المقاول والمهندس المعماري عن عيوب البناء مسؤولية عقدية قائمة على أن العقد الذي يربط كل منهما مع رب العمل لا ينتهي بالتسليم، وذلك أن كل العقود التي يكون المدين فيها ملزم بالقيام بعمل تتضمن مرحلتين، هما مرحلة تنفيذ العمل أو الالتزام، ومرحلة ضمان أو التأكد من حسن أداء هذا التنفيذ<sup>(3)</sup>. وبالتالي كان التزام المقاول أو المهندس قائما لحين التنفيذ الكامل له، ومن ثم لا يعفى التسليم من ضمان العيوب الخفية إلا بالقدر الظاهر والمعروف، والعبرة بوقت الإخلال بهذا الالتزام، وهو قد تم خلال فترة تنفيذ العقد، وليس وقت تحقق الضرر.

#### – الاتجاه الثالث: الضمان العشري هو إحدى التطبيقات الخاصة للنظرية العامة للالتزام:

حيث يرى أنصار هذا الاتجاه من خلال التعريف للالتزام بالضمان من خلال النظرية العامة للالتزام بأنه التزام يضاف إلى جملة الالتزامات التي تنتج عن العقد، وذلك لضمان النتائج العملية للدائن، بهدف التنفيذ العادي للاتفاق، ويكفل له في نفس الوقت تعويضا يتناسب مع حجم الضرر الذي يصيبه في حالة إذا لم تتحقق النتائج المترتبة عن العمل<sup>(4)</sup>.

وبالتالي نتج عن هذا الضمان تأينا على المخاطر التي تتعرض لها البيانات، وهو ما يقتضي استمرار الالتزام بالتسليم، لأن في ذلك ضمان بمتانة البناء خلال فترة معينة.

ومما سبق، نخلص في تحديد الطبيعة القانونية لهذا الضمان بأنها لا تخرج عن اعتبارها إحدى تطبيقات المسؤولية العقدية، فهي لا تنفك عن العقد، ولا يمكن أن تقوم بدونه، حيث قرر لها القانون أحكاما خاصة من خلال قواعد أمره، حماية لمصلحة عامة تحتاج للرعاية، وبالنظر لطبيعة المخاطر التي تنتج عن تنفيذ

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2003، ص 123.

(2) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المجلد السابع، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3، ص 113.

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 143.

(4) محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985، ص 288.

عقود المعاولة المتعلقة بإنشاء المباني والمنشآت الثابتة، لتضاف تلك القواعد لمنظومة الطابع العام الحمائي<sup>(1)</sup>.

### ثانياً: خصائص المسؤولية العشرية:

تتلخص أهم خصائص المسؤولية العشرية في أنها مسؤولية معترفة بقوة القانون، ومتعلقة بالنظام العام، كما أنها تضامنية. وتثير هذه الخصائص تساؤلاً عن الأساس القانوني لقرينة اعتبارها من النظام العام ومدى هذه القرينة، بالإضافة إلى أسباب الإعفاء منها سيما خطأ رب العمل، ومدى التفرقة بين ما إذا كان هذا الأخير خبيراً ببن البناء أو لا، وخطأ الغير إذا كان متصلاً بعملية البناء أو لا، وحكم الاتفاقات المعدلة لأحكام هذه المسؤولية؟

### أ) المسؤولية العشرية مسؤولية مفترضة:

لم يرد نص صريح عن أساس المسؤولية العشرية، لا في القانون المدني ولا في النصوص الخاصة بالترقية العقارية، إلا أن استعمال مصطلح الضمان La garantie في المادة 554 من القانون المدني قد يكون فيه دلالة على افتراض تلك المسؤولية بقوة القانون، وعلى اعتباره نفس المصطلح الذي استعمله فيما يتعلق بضمان البائع والمؤجر في عقدي البيع والإيجار<sup>(2)</sup>، والمقرر أن كلا من البائع والمؤجر يضمنان التعرض الصادر من الغير، كما يضمنان العيوب الخفية دون حاجة لإثبات الخطأ في حقها.

### 1- مبدأ افتراض المسؤولية العشرية بقوة القانون وحدوده:

سبق و أن قررنا أن التزام مقاول البناء والمهندس المعماري هو التزام بتحقيق نتيجة، ومن ثمة، يثبت الإخلال بمجرد إثبات عدم تحقق هذه النتيجة، وبمجرد ثبوت حصول تهم كلي أو جزئي بالمباني والمنشآت الثابتة، اعتبر ذلك إخلالاً من طرف المهندس ومقاول البناء بالتزامهما، دون حاجة لإثبات الخطأ في جانبهما<sup>(3)</sup>، لأن حصول التهم أو وجود العيب يعتبر في حد ذاته خطأً. ومتى حصل ذلك لم يجز لهما نفيها إلا بإثبات السبب الأجنبي. ولا يكفي لنفي المسؤولية العشرية أن يثبت اتخاذ المهندس أو المقاول كل الاحتياطات اللازمة لمنع حصول التهم أو تعيب المباني، أو لبذله عناية الشخص المعتاد.

وهناك حالة واحدة فقط تنقطع فيها الرابطة السببية بين الضرر الناجم عن التهم وتعيب المباني، وبين خطأ المهندس المعماري، وهي حالة ما إذا اقتصر دوره في وضع التصميم والمخططات دون مراقبة ومتابعة

<sup>(1)</sup> وتندرج ضمن هذه المنظومة عدد من القواعد القانونية كتلك المتعلقة بحماية المستهلك، والطرف المدعى في عقود الإذعان، وغير ذلك من ممتن يحتاج للرعاية بسبب ضعفه الاقتصادي والاجتماعي، والتقني.. وانضمامه في علاقات عقدية يحتاج معها للحماية بصورها المختلفة..

<sup>(2)</sup> أنظر المواد من 373 إلى 379 فيما يتعلق بعقد البيع، والمواد 483، 484، 486 إلى 490 من القانون المدني.

<sup>(3)</sup> شيخ نسيم، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2016، ص

الأشغال<sup>(1)</sup>، لأن التزامه هنا هو التزام ببذل عناية، وبالتالي تنتفي المسؤولية هنا، ما دام أنه تصرف وفقاً لتصرف الرجل العادي عند تنفيذه للالتزام.

وتمتد قرينة المسؤولية لتشمل أيضاً إعفاء رب العمل من إثبات علاقة السببية بين خطأ المهندس المعماري ومقاول البناء، وبين الضرر اللاحق بالمباني، ويكلف هؤلاء بنفي العلاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي.

ويبدو الأمر ظاهراً وبسيطاً إذا كان من قام بإنجاز أعمال البناء كاملة مهندس معماري واحد، وأيضاً مقاول بناء واحد، ففي هذه الحالة يسهل إثبات العلاقة السببية بين الخطأ في جانبها وبين الضرر اللاحق بالمباني والمنشآت. أما إذا قام بأعمال البناء والتصاميم عدت مقاولين ومهندسين، فقد تعددت الآراء فيما إذا كانت القرينة تشمل افتراض وجود علاقة السببية بين الضرر المدعى به في البناء، وبين خطأ كل مهندس ومقاول ساهم في الأعمال أو لا؟

فذهب البعض إلى مسؤولية كل مقاول في حدود الأعمال المناطة به، فينحصر التزامه بالضمان في حدود تلك الأعمال، وهو في رأبي تطبيق لقاعدة الغرم بالغنم.

وذهب البعض الآخر إلى إلزام رب العمل بإثبات علاقة السببية، بين الضرر وخطأ المقاول كشرط ضروري للتمسك بالقرينة.

وفي المقابل اتجه فريق ثالث إلى الإسراف في حماية مصالح رب العمل في مطالبته بالتعويض، فقرر إعفاءه من إثبات علاقة السببية، دون النظر لعلاقة نشاط المقاول بالضرر الحاصل.

كما حاول البعض التوفيق بين مصالح رب العمل من جهة، وحقوق المقاولين من جهة أخرى، حيث اعتبر القرينة تشمل نسبة الضرر إلى كل مقاول شارك في عملية البناء والتشييد، كما أجاز للمقاولين نفي هذه القرينة بإثبات عكسها بكافة طرق الإثبات دون حاجة لإثبات السبب الأجنبي<sup>(2)</sup>.

(1) حيث جاء في المادة 555 من القانون المدني أنه: "إذا اقتصر المهندس المعماري على وضع التصميم دون أن يكلف بالرقابة على التنفيذ لم يكن مسؤولاً إلا عن العيوب التي أتت من التصميم".

(2) أنظر في هذه الآراء عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 110. محمد ناجي ياقوت، دون سنة طبع، مسؤولية المعماريين بعد إتمام الأعمال وتسليمها مقبولة من رب العمل، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ص 220، 221. شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 232، 233.

## 2- أسباب انتفاء المسؤولية العشرية:

تتقرر المسؤولية العشرية نتيجة الإخلال بالتزام تحقيق نتيجة، ولا تنتفي إلا بإثبات السبب الأجنبي، أي بإثبات أن الضرر قد نشأ بسبب لا يد للمهندس أو المقاول فيه، كقوة القاهرة، أو خطأ المضرور (رب العمل)، أو خطأ الغير<sup>(1)</sup>.

2-1- القوة القاهرة: تعد القوة القاهرة إحدى الأسباب الأساسية التي تقطع رابطة السببية بين الخطأ والضرر، شرط أن تكون الواقعة التي أدت إلى هذا الحادث تمثل أمراً خارجياً، لا يمكن توقعه، ولا دفعه وقت إبرام العقد، وينته مباشرة إلى حصول الضرر.

ومن أمثلة القوة القاهرة حصول خلل في استقرار الأرض المقام عليها البناء، متى كان هذا الخلل قد نشأ عن أسباب خارجة عن إرادة المتعاقدين<sup>(2)</sup>، ولم يكن في الإمكان توقعه أو دفعه وقت إقامة البناء<sup>(3)</sup>. وأيضا بعض الكوارث التي، نتيجة لدرجتها وقوتها، يستحيل دفعها ومقاومتها، كالرياح العادية، وارتفاع درجة الحرارة لدرجة قياسية، أو هطول أمطار غزيرة، خلافا للمقاييس الطبيعية والعادية.

ومتى نتج عن القوة القاهرة تهمد كلي أو جزئي للبناء، أو تعيب تعيباً خطيراً أثار في سلامته ومتانته، وكان ذلك خلال مدة الضمان العشري، تنتفي خلالها المسؤولية العشرية للمهندس ومقاول البناء.

وقد قضي في العديد من المناسبات بأن عيوب المواد المستخدمة في البناء والتشييد لا تعتبر قوة القاهرة، ولا حدثاً خارجياً، تعفي المقاول من المسؤولية الخاصة، حتى لو كانت هذه المواد مقدّمة من طرف رب العمل ذاته، لأن من صميم عمل المقاول في البناء، والذي يفرضه عقد المقاولة، أن يلتزم بحسن اختيار المواد وفحصها جيداً، والتحقق من صلاحيتها.

كما قضي أيضاً بتقرير المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري والمقاول عن العيوب المترتبة عن تلف الخشب المستخدم في أرضية البناء، أو بسبب تعرضه لنوع من الحشرات أفسدته، لأنه كان من الممكن تجنب حدوث هذه الأضرار بمعالجة الخشب<sup>(4)</sup>.

وتقدير مدى تحقق عدم إمكان توقع الحادث المفاجئ وعدم التمكن من دفعه هي مسألة نسبية تختلف باختلاف الأحوال والبيئات، وكذا أصول العمران والهندسة المستخدمة، وهو ما يجعلها ضمن مضامين

(1) جاء في المادة 127 من القانون المدني: "إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب لا يد له فيه كحادث مفاجئ، أو قوة القاهرة، أو خطأ صدر من المضرور أو خطأ من الغير كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر، ما لم يوجد نص قانوني أو اتفاق يخالف ذلك".

(2) وذلك حتى تخرج عن عيوب الأرض تلك العيوب الذاتية التي يتحقق في شأنها الضمان، حيث اعتبرها القانون المدني الجزائري في المادة 554 فقرة 01 أن المسؤولية العشرية متحققة "ولو كان التهمد ناشئاً عن عيب في الأرض"، لأن من صميم التزامات المقاول والمهندس معاينة الأرض وكشف عيوبها وفحصها قبل البناء.

(3) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 235.

(4) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 221، 223. شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 237.

السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، مستخدما في ذلك معيارا موضوعيا، فيما إذا كان المهندس والمقاول قد استخدما كافة الأساليب الفنية احتياطا لحصول الحادث أو لا<sup>(1)</sup>.

2-2- خطأ رب العمل: إذا قام صاحب المشروع بأي أعمال مخالفا للتصاميم الهندسية، والمطابقات الفنية، وترتب على ذلك أضرارا أو تعيب للمباني، فتنتمي حينها المسؤولية الخاصة للمهندس والمقاول معا.

والأصل أن صاحب المشروع لا علم له بأصول البناء، ولا خبرة له بفن الهندسة<sup>(2)</sup>، وافترض هذا الجهل يمنح المهندس ومقاول البناء سلطة في الإشراف والتدخل، ولا يغني عن ذلك الادعاء بتنفيذ تعليمات صاحب المشروع، بل يجب أن تكون تلك التعليمات غير مخالفة لأصول البناء وقواعد الحماية من التهدم وتعيب المباني، وقد تخفف المسؤولية عنهما إذا ما أثبتنا تنبيههما لصاحب المشروع بوجود عيوب تهدد متانة وسلامة البناء، أو استخدامه لمواد غير صالحة، ومع ذلك أصّر على مخالفتها، فتوزع عليهما المسؤولية بقدر جسامة الخطأ.

ومسألة إثبات خطأ صاحب المشروع واعتباره سببا منتجا، وأن تدخله بإعطاء تعليمات خاطئة ومراقبة مدى الالتزام بها، واعتباره سبب الضرر، تبقى في الأخير مسألة واقع تخضع لتقدير قاضي الموضوع<sup>(3)</sup>.

2-3- خطأ الغير: هو شخص أجنبي عن عملية البناء ولا تربطه بالمقاول أو المهندس رابطة عقدية أو قانونية، كأن يقوم بأعمال تلبية، أو ردم أو حفر تسبب أضرارا بأساسات المبنى وتشققات فيه. ويشترط فيه ذات شروط القوة القاهرة، وهي أن يكون فعل الغير خارجيا عن البناية وموادها، ولم يكن في الإمكان توقعه ويستحيل دفعه. ومتى حصل ذلك انتفت المسؤولية العشرية.

أما إذا كان هذا الغير تربطه رابطة تعاقدية مع المقاول، كالمقاول من الباطن، أو المهندس الذي يشرف على خبراء وفنيين، ففي هذه الحالة تبقى المسؤولية العشرية قائمة عن أخطاء هؤلاء الغير. وللمقاول الأصلي والمهندس حق الرجوع على هؤلاء الغير بالتعويض الذي يدفعه طبقا للقواعد العامة.

#### ب) المسؤولية العشرية مسؤولية تضامنية:

جاء في المادة 554 فقرة 01 من القانون المدني: "يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي أو جزئي فيما شيداه من مبان أو أقاماه من منشآت ثابتة أخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الأرض. ويشمل الضمان المنصوص عليها في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته". معنى هذه الفقرة أنه في حالة اشتراك المهندس

(1) محمد ناجي ياقوت، المرجع السابق، ص 227.

(2) أما ما يذهب إليه البعض في التفرقة بين رب العمل غير الخبير في فن البناء، وبين رب العمل الخبير بفن البناء فتبقى مسألة نظرية بحتة، ما دام أنهما يشتركان في ذات الأحكام، وأن الأمر في الأخير يخضع لتقدير قاض الموضوع.

(3) شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص 244.

المعماري ومقاول البناء أو أكثر في عملية البناء، فهم مسؤولون عما قد يصيب المباني أو المنشآت الثابتة من تهدم أو عيوب، خلال مدة عشر سنوات، ولصاحب المشروع الرجوع عليهما معا، أو على أحدهما، للتعويض كاملا، وعلى من يقوم بالتعويض الرجوع على الآخر بما دفعه لصاحب المشروع.

وبالنظر إلى المادة 46 من القانون 04/11 فإن مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين الآخرين الذين لهم صلة بصاحب المشروع من خلال عقد تقع على عاتقهم المسؤولية العشرية. ويظهر أن النص قد اشترط ارتباط كل مكاتب الدراسات والمقاولين والمتدخلين مع المرقى العقاري برابطة عقدية، من غير تحديد لطبيعة ذلك العقد، باستثناء عقد المقاولة الذي يربط المرقى العقاري بالمقاول. ولذلك قررت الفقرة 02 من المادة 30 من المرسوم التنفيذي رقم 85/12 بأنه: "يتحمل المرقى العقاري خلال مدة عشر (10) سنوات مسؤوليته المتضامنة مع مكاتب الدراسات والمقاولين والشركاء والمقاولين الفرعيين وأي متدخل آخر في حالة سقوط البناية كليا أو جزئيا بسبب عيوب في البناء بما في ذلك رداءة الأرض".

إنّ التضامن في المسؤولية العشرية قرره القانون بنص خاص وصريح<sup>(1)</sup>، لم يكن الهدف منه حماية صاحب المشروع فقط، وإنما بالنظر لما تنشأ عن البنايات والمنشآت الثابتة من مخاطر كبيرة، وأيضا لاعتبارات اجتماعية واقتصادية أخرى<sup>(2)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن تضامن مرقى العقاري مع غيره من المتدخلين في المشروع العقاري إنما تتقرر بعد التسليم النهائي للأشغال، أما قبل التسليم فجميع الأضرار تتقرر بشأنها القواعد العامة للمسؤولية العقدية. والتضامن المقرر هو تضامن في الضمان وليس في المسؤولية<sup>(3)</sup>، بالنظر لأن هذا الأخير يشترط فيه حصول الخطأ عن كل واحد من المسؤولين المتعددين، وأن يكون هذا الخطأ قد نتج عنه نفس الضرر، وهو أمر متعذر وصعب التقدير، بخلاف التضامن في المسؤولية فهو أسهل ويمكن التقدير، فضلا أنه يتوافق مع الهدف من تقرير هذا النوع من الضمان الخاص.

ومتى تقرر حكم التضامن بنص القانون كان لصاحب المشروع أن يحصل على التعويض من المسؤولين جميعا، أو من أحدهما، وفي هذه الحالة لا يجوز للمسؤول، مهندسا كان أو مقاولا الدفع بعدم مسؤوليته لعدم ارتكابه الخطأ، أو أن الخطأ كان مشتركا، وهذا تيسيرا وحماية لصاحب المشروع في الحصول على

(1) جاء في المادة 126 من القانون المدني: إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، وتكون المسؤولية فيما بينهم بالتساوي إلا إذا عين القاضي نصيب كل منهم في الالتزام بالتعويض".

(2) راجع ما ذكرناه سابقا في المقصد من تقنين هذا النوع من المسؤولية، وانتمائها إلى الطابع الحمائي للنظام العام.

(3) كامل فؤاد، المسؤولية المدنية عن تهدم البناء في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002، ص 154. صبايحي ربيعة، خصوصيات المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول بعد تسليم المباني في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2013، ص 345.

التعويض، كما يجوز لمن رفعت ضده الدعوى أن يطلب إدخال جميع المسؤولين معه في الخصومة تضامنا معه<sup>(1)</sup>.

ومتى حصل المستفيد من الضمان على التعويض كاملا من أحد المسؤولين، فقد برئت ذمة المسؤولين الآخرين معه، لعدم أحقيته في الحصول على أكثر من تعويض واحد عن نفس الضرر.

ومتى أدى أحد الملتزمين بالضمان جاز له الرجوع على المدين الآخر عن طريق رفع دعوى المسؤولية التقصيرية. وفي هذه الحالة ينظر إلى تضمين أحدهما الآخر بالنظر إلى الخطأ المرتكب، فإذا كان التهدم أو العيوب في المباني ناشئا عن خطأ كل من المهندس المعماري ومقاول البناء، فإن المسؤولية العقدية تكون بالنظر لمساهمة خطأ كل منهما في إحداث الضرر، سواء كان خطأ كل منهما مستقلا عن خطأ الآخر، أو كان خطأ مشتركا بينهما.

أما إذا كان الخطأ من طرف المقاول وحده، ولم يحصل من المهندس المعماري أي إهمال أو تقصير في أعماله، وكان عمله مقتصرًا على وضع التصميم، ففي هذه الحالة إذا قام المقاول بدفع التعويض كاملا، لم يجز له الرجوع على المهندس المعماري بأي شيء، وإذا دفع المهندس التعويض كاملا، أو جزء منه لرب العمل، جاز له الرجوع على المقاول نظرا لانتفاء المسؤولية عنه<sup>(2)</sup>.

#### ج) المسؤولية العشرية من النظام العام:

بالنظر إلى الأهمية الاقتصادية والاجتماعية للمباني والمنشآت، وحجم المخاطر التي تنجم عن تدهمها وتعييبها فقد اعتبرت المسؤولية العشرية ذات طبيعة أمرة وترتبط أحكامها بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على الإعفاء أو الحد منها. ولعلّ السبب في التشديد من أحكام هذا الضمان الخاص هو كفالة عناية لرب العمل، بالنظر لعدم خبرته الفنية، في مقابل ما يتمتع به المهندس المعماري ومقاول البناء من خبرة فنية عالية، قد يتضرر منها صاحب المشروع والمستفيد منه في حالة ما إذا أجاز اشتراط عدم مسؤوليتهما أو التخفيف منها.

وقد قررت المادة 45 من القانون 04/11 بتضامن المرقى العقاري مع المقاولين الفرعيين، واستبعاد كل اتفاق يهدف إلى إقصاء أو حصر التضامن بينهما، أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون<sup>(3)</sup>، وهو بحد ذاته تطبيق للأحكام الواردة في القانون المدني.

(1) توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاولة على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2010، ص 112. بلمختار سعاد، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009، ص 186.

(2) والحكم نفسه إذا كان الخطأ ناشئا عن المهندس المعماري دون المقاول ولم يصدر عن هذا الأخير أي تقصير أو إهمال في أعماله.

(3) جاء في المادة 45 من القانون 04/11 أنه: "يعد باطلا وغير مكتوب كل بند من العقد يهدف إلى إقصاء أو حصر المسؤولية أو الضمانات المنصوص عليها في أحكام هذا القانون، وتلك المنصوص عليها في التشريع والتنظيم المعمول بهما أو تقييد مداها، سواء باستبعاد أو بحصر تضامن المقاولين القانونيين مع المرقى العقاري".

وبالنظر إلى الاتفاقات المعدلة لأحكام المسؤولية العقدية بوجه عام، والمسؤولية العشرية بوجه خاص نجدها لا تعدو عن التشديد في المسؤولية أو التخفيف منها، أو الإعفاء منها<sup>(1)</sup>.

1- الاتفاق بتشديد المسؤولية: إذا اتفق الأطراف على التشديد في أحكام المسؤولية العشرية؛ كأن تكون مدة الضمان لأكثر من عشر سنوات، أو أن يتحمل المهندس المعماري العيوب التي تنجم عن التنفيذ، مع أن عمله كان مقتصرًا على وضع التصميم فقط<sup>(2)</sup>؛ أو تحمل المهندس مع مقاول البناء تبعه التهدم والعيوب الناجمة عن قوة قاهرة أو خطأ الغير، وغير ذلك من الاتفاقات، فجميعها لا يوجد ما يمنع منها، كما أنها توفر حماية للمستفيد من هذا الضمان الخاص.

مع التنبيه إلى مسألة مهمّة تتعلق بالتعسف في استعمال حق الاشتراط من صاحب المشروع الذي قد يصبح أداة للإضرار بالمهندس ومقاول البناء، سيما إذا كان صاحب المشروع ذو هيمنة اقتصادية واحتكارية، وهو ما يفرض مراعاة متعاقدين معه في الإبراء من التزاماتهم.

2- الاتفاق بتخفيف المسؤولية: قرر القانون المدني في المادة 556 ببطان كل شرط يقصد به التخفيف أو الحد من المسؤولية العشرية للمهندس المعماري أو مقاول البناء، ومن ثم يبطل اتفاق رب العمل مع المهندس ومقاول البناء على ضمان التهدم الجزئي دون الكلي، أو ضمان العيوب في المباني دون التهدم، وأيضا إنقاص مدة الضمان، أو عدم افتراض الخطأ في جانب المهندس ومقاول البناء وإنما يكون واجب الإثبات، فجميع هذه الاتفاقات تنقص من قيمة الضمان العشري، ومن ثم تعد باطلة، ولا تؤثر في استحقاق رب العمل الضمان كاملا.

3- الاتفاق بالإعفاء من المسؤولية: إذا تقرر بطلان التخفيف أو الحد من الضمان الخاص، كان من باب أولى النص على بطلان كل اتفاق من شأنه الإعفاء منه. وبالتالي كل عقد مقاوله يتضمن الإعفاء من المسؤولية العشرية نتيجة تهمد البناء أو تعييبه خلال مدة عشر سنوات كان الشرط الوارد فيه باطلا لمخالفته صريح القانون.

وبالنظر أن المرقى العقاري هو من يتولى مسؤولية تنسيق جميع العمليات التي تدخل في إطار الدراسات والأبحاث وتعبئة التمويل الخاصة بالمشروع العقاري، وكذا تنفيذ أشغال وإنجاز البناء، بالإضافة إلى مسؤوليته في تسيير مشروعه العقاري، فإنه يتحمل المسؤولية العشرية من غير إعفاء<sup>(3)</sup>، ودون أن يكون للحيازة وشهادة المطابقة أثر إعفائي من المسؤولية<sup>(4)</sup>.

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 179.

(2) أنظر المادة 555 من القانون المدني.

(3) أنظر المادة 17 من القانون 04/11.

(4) أنظر الفقرة 03 من المادة 26 من القانون 04/11.

## المحور الثاني: الأشخاص المستفيدون من الضمان العشري (النطاق الشخصي)

بالإطلاع على القانون الإطار للترقية العقارية ونصوصه التنفيذية لا نجد نصا واضحا في تحديد الأشخاص المستفيدين من أحكام الضمان العشري، لكن بالنظر في النصوص التي تحدد الأشخاص الملتمزمون بالضمان يمكن تحديد الإطار الشخصي لقواعد هذا النوع من المسؤولية، من خلال صاحب المشروع، وخلفه، فضلا عن المالكين المشتركين للبناء. وهو ما يطرح انشغال عن اقتصار دعوى الضمان على صاحب المشروع بصفته المالك ضد المهندس المعماري ومقاول البناء، نظرا لاعتبار رب العمل غير خبير، أم يمكن للمهندس المعماري والمقاول ممارسة تلك الدعوى أيضا ضد المقاول من الباطن، ومن ثم جواز تمتعهما بأحكام تلك المسؤولية الاستثنائية؟

### أولاً: صاحب المشروع:

يحسن بنا في بداية ضبط مصطلح صاحب المشروع Le maître de l'ouvrage الذي يختلف عن صاحب العمل Le maitre d'oeuvre وهو المشرف على العمل، الذي يتولى إدارة العمل والإشراف عليه، وقد يكون ممثلا في المهندس المعماري أو غيره من المتدخلين في عملية البناء، ممّن يوكل له رب العمل هذه المهمة.

ويعرف صاحب المشروع بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي عاما كان أو خاصا يربطه بالمقاول والمهندس عقد مقاوله، مضمونه إنجاز بنائة أو تشييد منشأة، ويستوي أن يكون صاحب العمل هو من أبرم عقد المقاوله الواردة على البناء بنفسه أو بواسطة من ينوب عنه ويمثله<sup>(1)</sup>. وقد ورد تعريفه في المرسوم التشريعي رقم 07/94 المتعلق بتنظيم مهنة المهندس المعماري<sup>(2)</sup> بأنه: "كل شخص طبيعي أو معنوي يتحمل بنفسه مسؤولية تكليف من ينجز أو يحول بناء ما يقع على قطعة أرضية يكون مالكةا أو يكون حائزا حقوق البناء عليها طبقا للتنظيم والتشريع المعمول به".

يظهر ممّا سلف أن صاحب المشروع الذي يستفيد من الضمان العشري هو شخص طبيعي، أو شخص اعتباري خاص أو عام، على اعتبار أن النص ورد عاما. ويمكن أن يكون صاحب المشروع، كأصل عام، مالكا للأرض التي يقام المشروع عليها، أو حائز لحق البناء عليه لحسابه الخاص. وسواء أبرم صاحب المشروع عقد الوكالة بنفسه، أو بواسطة وكيل أو ممثل عنه، بموجب وكالة خاصة، وبالتالي كان له الخيار في ممارسة دعوى الضمان من طرفه، أو عن طريق نائبه<sup>(3)</sup>.

(1) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 199.

(2) المادة 07 من المرسوم التشريعي رقم 07/94 المؤرخ في 18/05/1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري، ج ر، العدد 32، السنة 31 الصادرة في 25/05/1994.

(3) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 185.

وقد قرر القانون أحكام الضمان العشري أساسا لمصلحة صاحب المشروع، باعتباره مالكا للبناء والشخص المتضرر نتيجة تدمره أو تعيبه، فغالبا ما يصاب رب العمل بالضرر جراء العيوب التي تصيب المنشأة، هو من يتعاقد مع المهندس المعماري ومقاول البناء، اللذين يلتزمان اتجاهه، بتسليم بناية سليمة خالية من العيوب، ومن ثم كانت دعوى الضمان العشري من أهم آثار عقد المقاولة الوارد على البناء، وعلى هذا فهي تخص رب العمل الذي يكون طرفا في هذا العقد، كما أنها من مستلزمات البناء وملحقاته، ومن شأنها تقويته، ومن هنا فهي ترتبط بالبناء وتنتقل إلى المالك مع انتقال ملكيته<sup>(1)</sup>. غير أن صاحب المشروع قد يفقد هذا الحق بالتسليم النهائي للأعمال، أو بأي تصرف من التصرفات الناقلة للملكية، كأن يبيع عقاره للغير، أو يهبه، أو يتنازل عنه، وبالتالي فلا يجوز له عندئذ مباشرة حقه في الضمان العشري<sup>(2)</sup>.

ونتيجة لذلك إذا تعاقد صاحب المشروع، وليكن شخصا اعتباريا ممثلا في مؤسسة ترقوية، وقام لإنجاز مباني بالتعاقد مع مهندس معماري ومقاول، فيكون له الحق، قبل تسلم المباني، في رفع دعوى الضمان على هذا الأخير إذا لحقت المباني عيوباً تهدد متانتها وسلامتها، أو نتج عن ذلك تدهم جزئي أو كلي للبناء، أما ابتداء من التسلم النهائي للمشروع، فإن المؤسسة الترقوية تفقد صفة رب العمل، وبالتالي لا تستطيع مباشرة دعوى الضمان الخاص ضد المهندس المعماري ومقاول البناء، حيث ينتقل هذا الحق للمالكين الجدد لهذه المباني، كما يمكن لهؤلاء المالكين رفع دعوى ضمان العيوب الخفية ضد مؤسسة الترقية العقارية باعتبارها بائعة، طبقا لأحكام عقد البيع، ويمكن لهذه الأخيرة أن ترجع على المهندس المعماري ومقاول البناء بما دفعته للمالك من تعويض.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الضمان الخاص لا يمتد إلى ما يكون للمقاول من حق الرجوع على ما أبرمه من عقود باطنية مع مقاولين متخصصين أو باطنيين<sup>(3)</sup>، حيث تنص الفقرة 03 من المادة 554 القانون المدني: "ولا تسري هذه المادة على ما قد يكون للمقاول من حق الرجوع على المقاولين الفرعيين"، فالمقاول الأصلي وإن كان يعتبر رب عمل بالنسبة للمقاولين من الباطن والمشرف على أعمالهم، بموجب عقد المقاولة من الباطن، إلا أنه لا يكتسب صفة رب العمل بالمفهوم الحقيقي، باعتباره ليس مالكا لهذه المباني التي يتم إنجازها، على أن يبقى له حق الرجوع على المقاولين الفرعيين، طبقا للقواعد العامة في المسؤولية العقدية.

ولنا أن نتساءل عن سبب التشديد في الاستفادة من هذا الضمان الخاص وقصره على صاحب المشروع دون غيره من المهندسين المعماريين ومقاولي البناء ضد المقاولين من الباطن مثلا، مع أنهم مشاركون لصاحب مشروع في الإنجاز وهم أدواته في تنفيذه؟

(1) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 83.

(2) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 197.

(3) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 198، 199.

لعلّ السبب الظاهر في قصر هذا الضمان الخاص على صاحب المشروع، باعتباره في الغالب، رجل غير فني ولا خبرة له، بخلاف المهندس المعماري والمقاول سواء كان أصليا أو باطنيا، فلا يحتاج الأمر لأحكام جديدة واستثنائية<sup>(1)</sup>.

### ثانيا: خلف صاحب المشروع:

إن دعوى الضمان العشري إنما قررت حماية لمال معيّن، وهو المبنى، فهي ترتبط بملكية المبنى وليس بشخص صاحب العمل، ولذلك فهي تتبع ملكية البناء في أي يد تكون فيها. وقد تنتقل ملكية المباني والمنشآت الثابتة من صاحب المشروع إلى شخص آخر، إمّا خلفا عاما أو خلفا خاصا له.

### 1- الخلف العام:<sup>(2)</sup>

ينتقل هذا الضمان الخاص إلى الخلف الخاص لصاحب المشروع، كالورثة والموصي لهم بنصيب معيّن في التركة من غير تعيين ذلك النصيب طبقا لأحكام الاستخلاف الواردة في المادة 108 من القانون المدني. ومعنى ذلك إذا توفي صاحب المشروع، ينتقل حقه في مباشرة دعوى الضمان العشري إلى من يخلفه في ذمته المالية أو في جزء منها، وهم الورثة و الموصي لهم<sup>(3)</sup>.

وعلى اعتبار أن أحكام الضمان العشري من النظام العام، فإن ذلك يحفظ للخلف العام حقه في مباشرة دعوى الضمان، حتى ولو اتفق المتعاقدون في عقد المقاولة على انتقال هذا الحق إلى الخلف العام، كان اتفاقهم باطلا، وهو ما قرره المادة 556 من القانون المدني بنصها: "يكون باطلا كل شرط يقصد به إعفاء المهندس المعماري والمقاول من الضمان أو الحد منه".

(1) شيخ نسيمة، المرجع السابق، ص 187.

(2) يعرف الخلف العام بأنه الشخص الذي يخلف سلفه في ذمته المالية من حقوق والتزامات، كالوارث، أو في جزء منها باعتبارها مجموعا من المال كالموصي له بجزء من التركة في مجموعها، من غير تعيين لذلك الجزء. والخلافة العامة تكون بعد الموت، وتتحقق من طريق الميراث أو الوصية. بلحاج العربي، 1995، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، ص 206.

(3) حيث تنص المادة 108 مدني بأنه: "ينصرف العقد إلى المتعاقدين والخلف العام، ما لم يتبين من طبيعة التعامل، أو من نص القانون، أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام كل ذلك مع مراعاة القواعد المتعلقة بالميراث". وأكد هذا الانتقال قانون التأمينات رقم 207/95 في الفقرة 02 من المادة 178، والتي جاء فيها أنه يستفيد من هذا الضمان فضلا عن صاحب المشروع الملاك المتتاليين، ومن ضمن هؤلاء الملاك الورثة الذين تنتقل إليهم ملكية البناء محل عقد المقاولة بوفاء رب العمل. والمقرر أن "الحقوق الميراثية تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة طبقا للمادة 91 من المرسوم 63/76 المؤرخ في 1976/03/25". م.ع، غ م، ملف رقم 572702 الصادر بتاريخ 2011/02/17، م.ق، ع، 1، 2011، ص 92.

## 2- الخلف الخاص: (1)

طبقا لنظرية الاستخلاف في الحقوق والالتزامات في الحقوق والالتزامات (2) فإن الشخص الذي آلت إليه ملكية البناء المعيب سواء بالشراء أو الهبة أو المقايضة، أو كان مستفيدا من المشروع العقاري أو شاغلا له طبقا للقوانين المعمول بها، كان له الحق في مباشرة دعوى الضمان العشري إذا ما حصل هدم كلي أو جزئي في العقار موضوع عقد المقاول، أو ظهر فيه عيبا يهدد متانته وسلامته طيلة مدة الضمان.

وللخلف الخاص إذا كان مشتريا ومن في حكمه الحق في رفع دعوى مزدوجة: (3)

- دعوى أولى ضد البائع طبقا للقواعد العامة في ضمان العيوب الخفية للبناء. وللبائع باعتباره رب العمل أن يرجع على المهندس المعماري والمقاول بالضمان، وله أن يدخلهما ضامنين في دعوى العيب.
  - أما الدعوى الثانية فتكون ضد المهندس والمقاول تطبيقا للقواعد الخاصة بالضمان العشري (4).
- كما يمكن لدائني صاحب المشروع رفع دعوى غير مباشرة باسمه للمطالبة بالضمان الخاص، باعتباره حقا من حقوق مدينهم إذا أهمل أو قصر في استعمال هذه الدعوى (5).

أما المستأجر فلا يستفيد من هذا الضمان، باعتباره منتفعا ولا يملك حق عيني أصلي على العقار المبني، باستثناء حالة البيع الإيجاري شريطة سداده لآخر قسط إيجاري، وقبل مرور مدة الضمان، فيصير مالكا. أما الإيجار العادي، أو البيع بالإيجار الذي لم يسدد فيه المستأجر جميع الأقساط (6)، فلا يستفيد كل منهم

(1) الخلف الخاص هو من يتلقى من سلفه حقا معيناً كان قائماً في ذمته، كالبائع والموهوب له بمال معين، و الموصي له بعين معينة من التركة. ولا تنتقل إلى الخلف الخاص سوى العقود التي تتعلق بالشيء المعين الذي انتقل إليه من سلفه. بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 209.

(2) جاء في المادة 109 مدني بأنه: "إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء، إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه"، وهو ما قرره نصوص خاصة، ومنها المادة 178 فقرة 02 من قانون التأمينات رقم 07/95 المشار إليها أعلاه.

(3) ومعنى ذلك أن له الحق في رفع الدعويين معا وليس له الخيار في رفع إحداهما، على أن لا يتجاوز مقدار التعويض حجم الضرر الذي أصابه من جراء تهمد البناء أو تعيبه. وقد يسعف المشتري دعوى الضمان الخاص نظراً لأنها تقوم على أساس الخطأ في حراسة الشيء، والخطأ هنا مفترض بقوة القانون ولا يقبل إثبات العكس، حيث يفترض أن تهمد البناء أو تعيبه كان بخطأ من المهندس المعماري أو مقاول البناء.

(4) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 201. يعيش تمام آمال، حاحة عبد العالي، المسؤولية العشرية كآلية قانونية لحماية الملكية العقارية وفقاً للقانون رقم 04/11، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، عدد تجربي، سبتمبر 2013، ص 525، 526.

(5) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 204.

(6) بل حتى في حالة تسديده لجميع أقساط الكراء، لكن لم تتم إجراءات التسجيل والإشهار وفقاً للتشريع والتنظيم المعمول بهما فإنه يبقى صاحب المشروع مالكا للعقار، ومن ثم محتفظاً بجميع حقوقه، ومنها الحق في الضمان الخاص، حيث تنص المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 351/97 المؤرخ في 14/01/1997 المحدد لشروط وكيفية بيع الأملاك ذات الاستعمال السكني وإيجارها وبيعها بالإيجار وشروط بيع الأملاك ذات الاستعمال التجاري والمبني وغيرها، التي أنجزتها دواوين الترقية والتسيير العقاري بتمويل قابل للسداد من حسابات الخزينة العامة أو بتمويل مضمون منها والمسلمة بعد شهر أكتوبر 1992، بأن: "عقد البيع بالإيجار هو العقد الذي يلتزم بموجبه ديوان الترقية والتسيير العقاري باعتباره المالك المؤجر، أن يحول ملكا عقاريا ذا استعمال سكني، لأيّ مشترٍ إثر فترة تحدد باتفاق مشترك وحسب الشكل الرسمي. ويخضع لإجراءات التسجيل والإشهار

من أحكام الضمان الخاص، وإنما غاية ما يستفيد منه المستأجر هو رفع دعوى الضمان باسم رب العمل، عن طريق الدعوى غير مباشرة متى قصّر أو أهمل هذا الأخير في مباشرتها.

كما لا يستفيد من هذا الضمان، من باب أولى، الحائز للعقار لعدم تحقق شرط الملكية فيه<sup>(1)</sup>.

### ثالثا: المالكون المشتركون للبناء:

الملكية العقارية المشتركة هي ملكية عقارات مبنية تكون مقسمة وموزعة بين عدة أشخاص، ويكون لكل شخص حصته الخاصة، بحيث يملك جزءها الخاص ملكية مفرزة، أما الجزء المشترك فيكون ملكية شائعة<sup>(2)</sup>. ومن أثلة هذه الأجزاء المشتركة الأرض والأفنية والبساتين والمداخل، والجدران الأساسية في البناء، وممرات الدخول، والدرج والمصاعد، وغيرها.

ويبقى بالتالي لكل شريك الحق في أن يتمتع بالأجزاء الخاصة التابعة لحصته، ويكون له أيضا أن يستعمل وينتفع بحرية بالأجزاء المشتركة، بشرط أن لا يكون في ذلك مساس بحقوق الشركاء الآخرين في الملكية، أو يلحق ضررا بما أعد له العقار<sup>(3)</sup>.

وإذا وقع ضرر بالأجزاء الخاصة من العقار، والتي يستقل بها كل واحد من الملاك، فإنه يمكن لكل مالك لهذا الجزء أن يباشر دعوى الضمان العشري، أما إذا تعلق السبب الموجب للضمان بالأجزاء المشتركة في البناء، فإن الدعوى يباشرها ممثل إتحاد المالكين. أما في حالة غياب جمعية الشركاء أو تقصير ممثلها في رفع هذه الدعوى، فيمكن للملاك المشتركين أو فرادى أن يرفعوا دعوى الضمان العشري نظرا لتوافر شروطها من صفة ومصالحة.

### المحور الثالث: النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية

يتحدد النطاق الموضوعي للمسؤولية العشرية من خلال أعمال قام بها كل من المهندس المعماري ومقاول البناء نتج عنها أضرار في المباني والمنشآت الثابتة، من خلال تدهمها كلياً أو جزئياً طيلة مدة الضمان، لذلك كانت الأحكام الموضوعية للضمان العشري متمثلة في الأعمال والأضرار.

وفقا للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وخلال الفترة المتفق عليها. يحتفظ ديوان الترقية والتسيير العقاري بصفته مالك العقار بكل حقوقه والتزاماته، أم المستأجر المشتري فيحتفظ بكل الالتزامات المرتبطة بالمستأجرين لا سيما في مجال الأعباء المشتركة".

<sup>(1)</sup> يعيش تمام آمال، حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 526.

<sup>(2)</sup> وردت أحكام الملكية المشتركة في العقارات المبنية في المواد من 743 إلى 772 من القانون المدني. مع إلغاء بعض المواد بموجب القانون رقم 01/83 المؤرخ في 1983/01/29.

<sup>(3)</sup> أنظر المادة 749 من القانون المدني..

## أولاً: الأعمال باعتبارها محلاً لأحكام المسؤولية الخاصة:

ينحصر مجال المسؤولية العشرية في الأشغال المتعلقة بالعقارات بطبيعتها، فيخرج بذلك عن نطاقها الأعمال التي يكون محلها منقولات، والتي تبقى مشمولة بالحماية من الضمان العام للعيوب الخفية.

### (أ) طبيعة الأشياء محل الأعمال:

يشترط لقيام المسؤولية العشرية توفر من الشروط، وفي مقدمتها ضرورة وجود عقد مقاوله محله تشييد مباني أو إقامة منشآت ثابتة من طرف المهندس المعماري ومقاول البناء، ومن ثم كان تطبيق الأحكام الخاصة بالمسؤولية العشرية مشروطاً بتشديد مبنى أو إقامة منشآت ثابتة.

### 1- المباني:

المبنى هو كل شيء متماسك من صنع الانسان واتصل بالأرض اتصال قرار<sup>(1)</sup>. ويلحق بالمبنى ما اتصل به كالنوافذ والأبواب ونحوها. كما عرفه القانون رقم 15/08 المتعلق بقواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها<sup>(2)</sup> بأنه: "كل بناية أو منشأة يوجه استعمالها للسكن أو التجهيز أو النشاط التجاري أو الإنتاج الصناعي والتقليدي أو الإنتاج الفلاحي أو الخدمات. كما يدخل في مفهوم البناء البنايات والمنشآت والتجهيزات العمومية".

ويستوي في ذلك أن يكون البناء قد شيد فوق الأرض أو في باطنها، فجميعها يدخل في نطاق المسؤولية الخاصة للمهندس المعماري ومقاول البناء، وجميع المتدخلين في المشروع العقاري متى لحقها الضرر من تهدم وتعيب.

ويهدف توفير حماية أكثر لرب العمل والملاك من بعده، فقد تم التوسيع في مفهوم المباني من خلال إدخال الأضرار الناتجة عن بعض التجهيزات للبنانية للضمان الخاص، متى اعتبرت جزءاً لا يتجزأ من البناء، متى لم يمكن نزعها أو تفكيكه دون تلف. وهي في الأصل منقولات لكن تم تخصيصها لخدمة العقار، صارت غير قابلة للانفصال عنه<sup>(3)</sup>. ولعلّ التوسع في نطاق المباني هو حمل المقاولين والمهندسين لبذل عناية أكبر، بهدف التقليل من الحوادث التي قد تنتج عن إهمالهم وتقصيرهم في بعض أعمال البناء<sup>(4)</sup>.

(1) عبد الناصر توفيق العطار، دون سنة نشر، التشريعات التي تنظم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، ص 9.

(2) المؤرخ في 20/07/2008، ج ر، العدد 44، السنة 45، الصادرة بتاريخ 03/08/2008، ص 19.

(3) عبّر عن ذلك الأمر رقم 07/95 المتعلق بالتأمينات في المادة 181 بأنها: "جزء لا يتجزأ من منجزات التهيئة ووضع الأساس والهيكل والإحاطة والتغطية، على أنه يعتبر جزء لا يتجزأ من الانجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه أو تفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف مادة من مواد هذا الإنجاز".

(4) شيخ نسيم، المرجع السابق، ص 204.

## 2- المنشآت الثابتة:

طبقا للمادة 554 من القانون المدني فإن أعمال البناء التي تغطيها المسؤولية العشرية للمهندس والمقاول يمكن أن تتعلق بغير المباني لتشمل المنشآت الثابتة الأخرى. و مفهوم المنشأة أوسع من مفهوم المبنى، فالأول ينصرف إلى الثاني وإلى غيره من الأعمال الإنشائية الأخرى، أي كانت طبيعتها أو الغرض منها، كالجسور والقناطر، والسكك الحديدية، والآبار، وأجهزة التكييف المركزية والسدود ومحطات المترو والأنفاق<sup>(1)</sup>. ويشمل الضمان العشري جميع المنشآت الثابتة المتصلة بالأرض اتصال قرار، سواء كانت تحت الأرض، أو في مستواها، أو كانت تحت الأرض<sup>(2)</sup>.

### ب) طبيعة الأعمال ذاتها:

جرى الفقه على الأخذ بالتفسير الواسع لما يسمى بأعمال التشييد، فلا يقتصر الضمان على التشييد بمعنى إنشاء بناء جديد وإقامته لأول مرة، وإنما يشمل أيضا أعمال أخرى كالتعليق، والتوسيع، والتعديل، من خلال تغيير المعالم، وعمليات الترميم والتدعيم من خلال استبدال وتقويم الأجزاء المتداعية، والتجديد والتوسعة<sup>(3)</sup>.

وفي المقابل تستبعد بعض الأعمال من نطاق الضمان الخاص، كأعمال الهدم وأعمال الصيانة البسيطة، وأعمال الدهان والزخرفة، والديكور<sup>(4)</sup>. ويرجع السبب في استبعادها من دائرة الضمان الخاص كونها لا تستغرق مدة الضمان الطويلة، فضلا عن قابليتها للتلف والتغيير من طرف المالكين، وأيضا لقلّة أهميتها مقارنة مع الأعمال العقارية الأخرى، ومن ثم تظهر العيوب بها بصورة أسرع.

### ثانيا: الأضرار باعتبارها سببا لقيام المسؤولية الخاص:

إن أحكام الضمان العشري لا تغطي جميع الأضرار الناتجة عن عمليات البناء والتشييد، إنما تغطي الأضرار التي تؤدي إلى تهمد البناء كليا أو جزئيا، أو تعيبه بعيب يهدد متانته وسلامته.

### أ) تهمد المباني والمنشآت الثابتة:

إن التزام المهندس المعماري ومقاول البناء هو التزام بتحقيق نتيجة، هي بقاء البناء الذي تم تشييده بشكل أكثر سلامة ومتانة طيلة مدة عشر سنوات بعد تسليمه، ومتى حصل تهمد للبناء دلّ ذلك على عدم تحقق تلك النتيجة، دون حاجة لإثبات الخطأ في حق المهندس المعماري ومقاول البناء.

(1) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 219.

(2) ويدل لذلك الإطلاق الوارد في المادة 554 من القانون المدني من خلال عبارة "منشآت ثابتة أخرى"، فحسم بذلك الخلاف بخصوص بعض المنشآت الثابتة، كتلك التي تنشأ في مستوى سطح الأرض، أو تحت مستواها، ومدى اعتبارها منشآت ثابتة تنطبق عليها أحكام الضمان الخاص أم لا.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 120.

(4) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 117.

والمقصود من تهدم البناء تفككه وانفصاله عن الأرض وانحلاله التي تربط أجزاؤه بعضها ببعض<sup>(1)</sup>. ويستوي في ذلك أن يكون التهدم كلياً أو جزئياً، وحاصله أن يكون التهدم قد حدث بطريقة غير إرادية، بأن يكون راجع إما إلى عيب في عملية التشييد والبناء، أو عيب في المواد المستعملة بأن تكون غير صالحة أو مخالفة للمواصفات والشروط المتفق عليها، أو عيب في التصميم ذاته، أو عيب في الأرض<sup>(2)</sup>، المقام عليها البناء، بأن تكون الأرض غير صالحة للبناء، أو تتخذ بشأنها الإجراءات التي تقتضيها أصول البناء<sup>(3)</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أن مسؤولية المهندس والمقاول عن تهدم البناء هي مسؤولية مفترضة تثبت بمجرد حصول التهدم دون حاجة للبحث عن السبب الذي نتج عنه التهدم، لأنها مسؤولية تقوم على أساس الخطأ المفترض الذي لا يقبل إثبات العكس إلا بإثبات السبب الأجنبي.

ولا يشترط أن يكون التهدم الكلي أو الجزئي حالاً، لتقرير أحكام المسؤولية العشرية، بل يكفي أن يكون محقق الوقوع في المستقبل، مما قد يعرض سلامة المبنى للخطر. ومن أمثلة ذلك حصول تشققات في البناء يكون معها التهدم مسألة وقت فقط، ويمكن الاستعانة في ذلك بخبرة فنية.

#### ب) العيوب التي تهدد سلامة البناء ومتانته:

لا يقتصر لتطبيق أحكام الضمان العشري حصول تهدم في البناء كلياً أو جزئياً، وإنما يشمل أيضاً وجود عيوب تصيب البناء، تهدد سلامته ومتانته، أو تمنع من الاستغلال الأنسب واللائق بالمبنى، حتى ولو بقي المبنى ثابتاً. ويقصد بالعيوب هنا الخلل الذي يحدث بالمبنى أو المنشأة الثابتة، والذي تقتضي أصول الصنعة وقواعد الفن خلوه منه<sup>(4)</sup>.

#### 1- شروط العيوب الموجبة لتطبيق أحكام المسؤولية العشرية:

تشرط جملة من الشروط في العيوب التي تصيب البناء وتوجب الضمان العشري، وتمثل في:

1-1- أن يكون العيب حقيقياً وخطيراً: بأن يهدد متانة وسلامة البناء<sup>(5)</sup>، ويجعله غير صالح للغرض المخصص له. وقد يمس العيب صلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية عندما تكون هذه العناصر جزءاً لا يتجزأ من منجزات الهيئة ووضع الأساس والإحاطة والتغطية<sup>(6)</sup>.

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، ص 123.

(2) حيث أكدت المادة 554 من القانون المدني بأنه: "ولو كان التهدم ناشئاً عن عيب في الأرض".

(3) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 114.

(4) عبد الرزاق حسين ياسين، المرجع السابق، ص 698.

(5) أنظر المادة 554 من القانون المدني.

(6) حيث جاء في المادة 181 من قانون التأمينات رقم 07/95 بأنه: "يغطي الضمان المشار إليه في المادة 178 أعلاه أيضاً الأضرار المخلّة بصلابة العناصر الخاصة بتجهيز بناية عندما تكون هذه العناصر جزءاً لا يتجزأ من منجزات الهيئة ووضع الأساس والإحاطة والتغطية، ويعتبر جزءاً لا يتجزأ من الإنجاز كل عنصر خاص بالتجهيز لا يمكن القيام بنزعه وبتفكيكه أو استبداله دون إتلاف أو حذف من مواد هذا الإنجاز".

ومن أمثلة العيوب التي تهدد متانة البناء وسلامته العيوب التي تمس أساسات البناء وجدرانه أو أسقفه وهياكله، ولا يشترط أن يعيب المبنى كله بل يكفي أن يصيب جزء منه<sup>(1)</sup>.

أما العيوب غير الخطيرة كالتى تكون في الدهان أو الزخرفة، أو الأبواب والنوافذ والزجاج، فهي لا تهدد متانة البناء وسلامته، ومن ثم لا توجب الضمان الخاص<sup>(2)</sup>.

ويندرج ضمن الضمان الخاص تلك العناصر المجهزة للبناء وأساساته، وهي في الأصل عقارات بالتخصيص، بحيث لا يمكن فصلها عن البناء دون تلف، كالأسقف المثبتة على البناء، والسلالم الحديدية المثبتة في البناء، بحيث لا يمكن فصلها عن البناء دون تلف. أما إذا تم فصلها عن العقار دون تلف، فتعود إلى طبيعتها المنقولة ولا يسري عليها هذا الضمان.

ويجري الرأي في القضاء المقارن إلى شمول الضمان العشري تلك العيوب التي تجعل المبنى غير صالح للغرض المخصص له، بهدف توفير حماية أكبر لصاحب المشروع، فبالرغم من أنها لا تبلغ درجة من الخطورة، إلا أنها تجعل من المشروع غير قابل للاستفادة وفق الغرض المخصص له، وهذا نقص الأولى إدراج ذلك ضمن مشمولات الضمان العشري. وتبقى في الأخير، مسألة تقدير مدى توفر الخطورة في هذا العيب أم لا، خاضعة لتقدير قاضي الموضوع<sup>(3)</sup>.

وتشمل هذه العيوب حتى ما يهدد حفظ البناء وإن لم تهدد البناء مباشرة، ومثال ذلك العيوب المتعلقة بتوصيل المياه والصرف أو الكهرباء، بل توسع البعض في مضمون العيب ليشمل حتى العيب القانوني كتشييد مبنى تعديا على أرض الغير، أو مخالفة للقوانين والتنظيمات<sup>(4)</sup>.

1- 2- أن يكون العيب خفيا: ومعنى خفاء العيب أنه لا يمكن كشفه وتبينه بالفحص المعتاد من قبل الشخص العادي، أو من الصعب اكتشافه من الشخص الخبير المحترف، أو أن البائع تعمد إخفاءه غشا منه<sup>(5)</sup>. وهذا الشرط لم ينص عليه القانون الجزائري لا في النصوص التشريعية أو التنظيمية المتعلقة بنشاط الترقية العقارية، إلا أن القضاء الجزائري والمقارن استقر على ضرورة اشتراط ضرورة خفاء العيب

(1) محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، ص 125.

(2) عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 117. وتتنطبق عليها أحكام المسؤولية عن العيوب الخفية طبقا للقواعد العامة، أما إذا صارت تلك العيوب خطيرة، كبعض الدهانات التي تسبب أمراض السرطان، أو ما ينتج عن استعمال مواد البناء التي تحتوي على مادة الأميونت Amiante من أمراض خطيرة، فتطبق عليه أحكام المسؤولية العشرية. وقد حظر القانون الجزائري صراحة استعمال مواد تحتوي على مادة الأميونت في المرسوم التنفيذي رقم 95/99 المؤرخ في 19/04/1999 والذي يتعلق بالوقاية من الأخطار المتصلة بمادة الأميونت.

(3) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 121. بن عبد القادر زهرة، المرجع السابق، ص 176.

(4) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 222.

(5) بن عبد القادر زهرة، المرجع السابق، ص 177.

لإعمال المسؤولية العشرية، نظراً لأن عملية تسليم الأعمال تنهي الرابطة العقدية بين صاحب المشروع والمهندس المعماري ومقاول البناء، وبذلك تبرأ ذمتهم اتجاه رب العمل من قبل تسلم الأعمال دون تحفظات<sup>(1)</sup>. ويبقى أمر تقيير مسألة خفاء العيب أو ظهوره هي مسألة واقع يستقل قاضي الموضوع في تقديرها وفقاً لظروف وواقع كل حالة على حدى.

1-3- أن تحصل العيوب خلال مدة الضمان: قررت الفقرة 02 من المادة 554 من القانون المدني بأنه: "تبدأ مدة السنوات العشر من وقت تسلم العمل نهائياً من طرف رب العمل"، أما إذا امتنع هذا الأخير عن تسلم المشروع بالرغم من دعوته رسمياً من طرف المقاول ووضعته تحت تصرفه، ولم يكن هناك سبب مشروع لامتناعه، فتحتسب مدة الضمان من تاريخ الإنذار، اعتبر العمل قد سلم إليه حكماً<sup>(2)</sup>.

والهدف من تقرير هذه المدة هو اختبار مدى سلامة ومتانة البناء وحسن تنفي الأعمال، ومدى صلاحيته للغرض الذي أعد له. وهي مدة سقوط وليست مدة تقادم، وبالتالي لا يرد عليها وقف ولا انقطاع<sup>(3)</sup>، وغير ذلك من الأحكام المتعلقة بالتقادم. ومتى انقضت العشر سنوات ولم يحصل فيها تهمدم ولا تعيب للبنائيات برأت ذمة المهندس المعماري والمقاول اتجاه المستفيدين من الضمان الخاص.

والأصل هو بقاء مدة الضمان الخاص، ومن يدعي انقضائها يتحمل عبء إثبات ذلك، ولا يجوز لقاضي الموضوع إثارة انقضائها من تلقاء نفسه، بل يجب على كل من له مصلحة التمسك بانقضائها<sup>(4)</sup>.

وتجدر الملاحظة أن مدة العشر سنوات هي مدة ضمان، وهي تختلف عن مدة رفع دعوى الضمان التي يرفعها رب العمل ضد كل من المهندس والمقاول، والتي تتقادم بعد مرور ثلاث سنوات يبدأ سريانها من حصول واقعة التهمدم، أو وقت اكتشاف العيب، ومتى انقضت هذه المدة ولم ترفع دعوى الضمان، فإنها تسقط بالتقادم<sup>(5)</sup>.

وبالرغم من أهمية مدة الضمان كشرط شكلي لاستحقاق الضمان، إلا أن القانون رقم 04/11 أوردها على استحياء في المادة 46 ولم يذكرها بتفصيل<sup>(6)</sup>، ولا مدة سريانها وهو ما تطلب الرجوع لأحكام القانون المدني،

(1) فالتحفظات ترد على العيوب الخفية دون العيوب الظاهرة، وهي التي يمكن كشفها وفحصها من قبل الشخص المعتاد، ومتى وقع رب العمل على محضر التسليم مع إخطاره بوجود عيب، اعتبر ذلك العيب ظاهراً، ولا يستفيد من الضمان الخاص. ولذلك قد يلجأ رب العمل لكشف العيب الخفي إلى خبراء وفنيين لفحص البناء وكشف ما فيه من عيوب.

(2) المادة 558 من القانون المدني.

(3) محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 131.

(4) محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 285. يعيش تمام آمال، حاحة عبد العالي، المرجع السابق، ص 535.

(5) تنص المادة 557 من القانون المدني بأنه: "تتقادم دعاوى الضمان المذكورة أعلاه بانقضاء ثلاث سنوات من وقت حصول التهمدم أو اكتشاف العيب".

(6) حيث لم يبين القانون تاريخ بدء احتساب سريان مدة عشر سنوات، فهل يكون المرقى العقاري مسؤولاً من وقت التسلم النهائي للأعمال طبقاً للمادة 554 من القانون المدني، ومن ثم تطبيق أي الأحكام العامة في المسؤولية العشرية، أم يكون من تاريخ تسليم شهادة المطابقة أو شهادة الحياة

طبقاً للمادة 554 من القانون المدني، ومن ثم تطبيق أي الأحكام العامة في المسؤولية العشرية، بالرغم من عدم وجود أي إحالة.

#### الخاتمة:

تمثل المسؤولية العشرية مسؤولية مدنية استثنائية تميز عقود المقاومات الواردة على أشغال البناء عن غيرها من عقود المقاومات الأخرى، حيث بالنظر لخطورة الأضرار الناجمة عن عيوب البناء وتهدم المباني والمنشآت، وتعلق سلامتها بالمصلحة العامة فقد روعي التشديد في بعض أحكامها، وتميزها بأحكام خلافا للقواعد العامة، ويظهر ذلك من خلال تحديد مدة بدء آجال الضمان من تاريخ التسلم النهائي من طرف صاحب المشروع، كما وسع القانون من النطاق الشخصي لقواعدها، حيث ألزم بها إلى جانب المهندس المعماري ومقاول البناء، كلا من المراقب التقني والمرقي العقاري، بهدف توفير حماية أكبر لصاحب المشروع، فضلا عن المستفيد منه والذي يخلفه.

بالإضافة إلى اعتبار المسؤولية العشرية مفترضة بقوة القانون، ولا حاجة بالتالي لإثبات الخطأ، لأن وجود الضرر يفترض حصول خطأ في حق المسؤول، لأن التزامه بتحقيق نتيجة. فضلا عن افتراض التضامن فيما بين كل متدخل في عملية البناء، وهي ذات طبيعة آمرة لارتباط أحكامها بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على الإعفاء أو الحد منها.

ومن أجل تحقيق ضمانة أكبر تتفق مع الإلزام القانوني بهذا النوع من الضمان من جهة، ولتتوافق الأحكام القانونية مع التطور الذي تشهده الهندسة المعمارية وأساليب البناء من جهة أخرى، نقترح:

- توسيع دائرة المسؤولين في المسؤولية العشرية، بحيث تمتد إلى الذين يساهمون بدور هندسي ولم تكن لهم صفة المهندس المعماري. وتشمل أيضا الصناع لمكونات البناء وعناصرها التجهيزية التي تندمج فيه، وبخاصة إذا ما تم بمواصفات خاصة لرب العمل، وذلك حتى يلتزم بالضمان كل من له صفة متدخل في عملية البناء.

- توسيع دائرة الأضرار التي توجبها دعوى المسؤولية، فلا تقتصر على التهدم الكلي والجزئي للمباني والمنشآت، وأيضا العيوب التي يترتب عليها تهديد متانتها وسلامتها، وإنما تمتد إلى العيوب التي تجعل أيا منها غير صالح للغرض الذي شيدت من أجله، ولو لم تصل في خطورتها إلى حد تهديد متانة المباني والمنشآت وسلامتها.

؟ وهل يجب أن يظهر العيب خلال مدة الضمان من تاريخ تسلم صاحب المشروع العمل، أم يكفي إثبات وجوده خلال هذه المدة، حتى ولو لم ينكشف إلا بعد انقضائها للاستفادة من أحكام هذه المسؤولية الخاصة؟ هذه الأسئلة كان الأولى أن نجد لها جوابا ضمن القانون المتعلق بالترقية العقارية بالنظر لأنها مسؤولية خاصة واستثنائية، بدل تطبيق الأحكام العامة الواردة في القانون المدني.

- توسيع مدة الضمان، على اعتبار أن مدة عشر سنوات أصبحت غير كافية نتيجة لضخامة المشروعات والتقنيات المتطورة في الهندسة المعمارية، فضلا عن الإضافات العديدة لبعض مواد البناء، التي يفترض جهل صاحب المشروع بها.
- إخضاع المقاول من الباطن لأحكام المسؤولية الخاصة بالتضامن مع المقاول الأصلي في مواجهة رب العمل، كونه يحقق ضمانا وطمأنينة أكر لرب العمل.

### قائمة المراجع:

أولا: باللغة العربية:

(أ) المؤلفات العامة والمتخصصة:

- 1- ابراهيم سيد أحمد، مسؤولية المهندس والمقاول عن عيوب البناء فقها وقضاء، المكتب الجامعي الحديث، ط1، الاسكندرية، 2003.
- 2- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المجلد السابع، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط3.
- 3- عبد الرزاق حسين ياسين، المسؤولية لخاصة بالمهندس المعماري ومقاول البناء، شروطها- نطاق تطبيقها- الضمانات المستحدثة فيها، دراسة مقارنة في القانون المدني، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1987.
- 4- عبد الناصر توفيق العطار، التشريعات التي تنظم المباني ومسؤولية المهندس والمقاول، مطبعة السعادة، دون سنة نشر.
- 5- محمد ناجي ياقوت، مسؤولية المماريين بعد إتمام الأعمال وتسلمها مقبولة من رب العمل، دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة طبع.
- 6- محمد حسين منصور، المسؤولية المعمارية، دار الجامعة الجديدة، 2003.
- 7- محمد شكري سرور، مسؤولية مهندسي ومقاولي البناء والمنشآت الثابتة الأخرى، دار الفكر العربي، القاهرة، 1985.

(ب) المقالات:

- 8- بوقرة أم الخير، المسؤولية العشرية للمرقي العقاري، دراسة تحليلية، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2013.

- 9- صبايحي ربيعة، خصوصيات المسؤولية المدنية للمهندس المعماري والمقاول بعد تسليم المباني في القانون الجزائري، مجلة الحقوق والحريات، عدد تجريبي، كلية الحقوق، جامعة بسكرة، 2013.
- 10- يعيش تمام أمال، حاحة عبد العالي، المسؤولية العشرية كآلية قانونية لحماية الملكية العقارية وفقا للقانون رقم 04/11، مجلة الحقوق والحريات، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة بسكرة، عدد تجريبي، سبتمبر 2013.

#### ج) المذكرات والرسائل:

- 11- بلمختار سعاد، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقتول البناء، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة تلمسان، 2009.
- 12- توفيق زيداني، التنظيم القانوني لعقد المقاوله على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2010.
- 13- شيخ نسيمه، المسؤولية المدنية للمهندس المعماري ومقاول البناء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة وهران، 2016.
- 14- كامل فؤاد، المسؤولية المدنية عن تهمدم البناء في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2002.

#### د) النصوص القانونية:

- القانون رقم 58/75 المؤرخ في 26/09/1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
- القانون رقم 07/86 المؤرخ في 04/03/1986 المتعلق بالترقية العقارية.
- القانون رقم 06/04 المتضمن إلغاء بعض أحكام المرسوم التشريعي رقم 07/94 المؤرخ في 28/05/1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري.
- القانون رقم 04/06 المؤرخ في 20/02/2006 المعدل والمتمم للأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات.
- القانون رقم 04/11 المؤرخ في 17/02/2011 المتعلق بتحديد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية.
- الأمر رقم 07/95 المؤرخ في 25/01/1995 المتعلق بالتأمينات.
- المرسوم التشريعي رقم 03/93 المؤرخ في 01/03/1993 المتعلق بالنشاط العقاري.

- المرسوم التشريعي رقم 07/94 المؤرخ في 18/05/1994 المتعلق بشروط الإنتاج المعماري وممارسة مهنة المهندس المعماري.
- المرسوم التنفيذي رقم 59/94 المؤرخ في 07/03/1994 المعدل والمتمم للمرسوم رقم 666/83 الذي يحدد القواعد المتعلقة بالملكية المشتركة وتسيير البنايات الجماعية.
- المرسوم التنفيذي رقم 95/99 المؤرخ في 19/04/1999 المتعلق بالوقاية من الأخطار المتصلة بمادة الأميانت.

ثانيا: باللغة الفرنسية:

-Roger Saint-Alary & Corine Saint –Alary Hourin, droit de la construction, 5 ème éd, Dalloz, Paris, 1998

# مدى شمول المُطَّلَع الثانوي بحظر استغلال المعلومات الداخليَّة في بورصة الأوراق الماليَّة (دراسة قانونيَّة مقارنة بين القانون اللُّبْناني والكويتي والفرنسي)

د. همّام القوصي

دكتور في القانون التجاري، تخصصُ: قانون وتنظيم سوق الأوراق الماليَّة،  
خريج كلية الحقوق، جامعة حلب، الجمهوريَّة العربيَّة السوريَّة،

**The Inclusion Extent of the Secondary Insider in the Prohibition of Insider Trading in the Securities  
Exchange (Comparative legal study between Lebanese, Kuwaiti and French law)**

**Dr. Humam Al Qussi**

## **Abstract**

The principles of the Securities Exchange prohibit trading on the basis of confidential information that has not been published to the public if it has the effect of influencing the market price (Insider Trading). The trader who is familiar with this information will have the advantage of distinguishing it from the rest of the traders, as this information will allow him to make a guaranteed profit on the Securities Exchange, that profanes the principle of equality among investors. This has led most legislators to ban the exploitation of internal information that combines the two categories of confidentiality and the ability to influence the market price when announced.

Hence, the researcher delves deeper into the legal concept of one of the most knowledgeable insiders in the controversial Securities Exchange, the "secondary insider" who is aware of the information even though he is not authorized to read it.

We try to define the concept and types of secondary insider from the point of view of the law, which shows the danger of ignoring the issue of the prohibition of the internal information exploitation through studying the legal texts issued by the Lebanese, Kuwaiti and French legislators, especially in light of the impact of this negative practice on Securities Exchange, which multiplies when a fatal legal loophole Due to the omission of the legislator of secondary insider.

**Keywords:** Secondary Insider, Principal Insider, Inside Information, Internal Information Exploitation, Insider Trading, Securities Exchange, Trading, Market Price, Equality among Investors.

## الملخص

تحظر مبادئ بورصة الأوراق المالية التداول بناءً على معلومات سرية لم يتم نشرها على الجمهور إن كان لها صفة التأثير على سعر السوق؛ لأنّ المتداول المُطَّلَع على هذه المعلومات سيحظى بأفضلية تميّزه عن باقي المتداولين، حيث أنّ هذه المعلومات ستسمح له تحقيق ربح مضمون في البورصة ما يخالف مبدأ المساواة بين المستثمرين؛ الأمر الذي دفع معظم المشرعين إلى حظر استغلال المعلومات الداخلية التي تجمع صفتي السرية وقدرة التأثير في سعر السوق عند الإعلان عنها.

ومن هنا يتعمّق الباحث في المفهوم القانوني لأحد أكثر المُطَّلَعين على المعلومات الداخلية في سوق الأوراق المالية إثارةً للجدل، وهو "المُطَّلَع الثانوي" الذي يطَّلَع على المعلومات رغم أنّه غير مُخوَّل بالإطِّلاع عليها، على عكس "المُطَّلَع الرئيسي" الذي تفرض طبيعة عمله الإطِّلاع عليها.

فنحاول تحديد مفهوم وأنواع المُطَّلَع الثانوي من وجهة نظر القانون، ممّا يُظهر خطورة إغفاله في مسألة حظر استغلال المعلومات الداخلية عبر دراسة النصوص القانونية الصادرة عن المشرّع اللبناني والكويتي والفرنسي، خاصّة في ظلّ تأثير هذه الممارسة السلبية على بورصات الأوراق المالية الذي يتضاعف عندما تنشأ ثغرة قانونية قاتلة بسبب إغفال المشرّع للمُطَّلَع الثانوي.

الكلمات المفتاحية: المُطَّلَع الثانوي، المُطَّلَع الرئيسي، المعلومات الداخلية، استغلال المعلومات الداخلية، بورصة الأوراق المالية، التداول، سعر السوق، المساواة بين المستثمرين.

## المقدِّمة

بدايةً علينا أن نُعرِّف: "استغلال المعلومات الداخلية" أو: "جنحة المُطَّلَعين" "Le Délit d'Initié" أو كما يُطلق عليها الفقه الأنجلو-ساكسوني: "تداول المُطَّلَع" "Insider Trading" بأنّه: "قيام المُطَّلَع على معلوماتٍ دخلية (سرية) غير منشورة على جمهور المستثمرين، و(جوهرية) مؤثِّرة على سعر السوق بتنفيذ عملية تداول في البورصة بناءً على معنى هذه المعلومة قبل تعميمها؛ بقصد تحقيق الربح المضمون".

أي ببساطة؛ طالما أنّ رئيس مجلس إدارة شركة مساهمة مدرجة أسهمها في البورصة يعرف قبل الجمهور بمعلومة سرية مؤثِّرة (داخلية) إيجابية وهي مثلاً تحقيق الشركة لأرباحٍ خيالية ستقوم الشركة بتوزيعها على المساهمين، فبإمكانه أن يقوم بتنفيذ عملية شراء لأسهم الشركة قبل أن تُعلن عن خبر توزيع الأرباح، ثم بعد

أن يتم الإعلان عن هذه المعلومة سيرتفع سعر سهم الشركة نتيجة انتشار المعلومة الإيجابية، فيقوم الرئيس ببيع هذه الأسهم؛ ليربح الفرق بين سعري الشراء والبيع بشكل مضمون، ومن أهم الأخبار التي تُشكّل معلومة داخلية أيضاً خبر تجزئة أسهم الشركة<sup>1</sup>، وشراءها لأسهمها.. قبل الإفصاح عنها للجمهور<sup>2</sup>.

وقد حظر المشرّعون حول العالم هذه الممارسة لأنها تنمّك المساواة بين المستثمرين في البورصة، هذا إضافةً إلى الآثار المالية السلبية العميقة على توازن الأسعار وكفاءة البورصة التي تتسبّب بها ممارسة استغلال المعلومات الداخلية من حيث سحب المُطّلع على هذه المعلومات لسيولة المستثمر غير المُطّلع عليها، ثم عزوف المدّخرين عن الاستثمار في البورصة، ما قد يُسبّب انهيار القطاع المالي، ونشوء الأزمات المالية والاقتصادية التي نحن في زمنها.

فإن كانت مراقبة رئيس مجلس الإدارة كـ "مُطّلع رئيسي" "Principal Insider" - أي الذي يُفترض فيه العلم بالمعلومة الداخلية قبل نشرها وفقاً لطبيعة مركزه - أمراً ممكناً على المعلومات الداخلية في الشركة التي يُديرها، ثم حظر وإبطال تداوله، فإنّ هذا الأمر تجاه المُطّلع الثانوي أو الفعلي على هذه المعلومات الذي لا يفترض القانون علمه بها كونه بعيد عن مصدر المعلومة، ما قد يؤدي إلى إغفال المشرع عن حظر هذه ممارسة تجاهه، الأمر الذي يُشكّل الإشكالية القانونية الأصبغ التي يُحاول البحث إيجاد حلّ لها.

ف: "المُطّلع الثانوي" "Secondary Insider" في بورصة الأوراق المالية هو: الشخص غير المخوّل قانوناً بالإطّلاع على المعلومات<sup>3</sup> الداخلية السرية والمؤثّرة التي تصل إلى علمه قبل الإعلان العام عنها، فتُعطيها الأفضلية على حساب باقي المتعاملين في السوق<sup>4</sup> دون أن يدري به أحد؛ وببساطة فإنّ أفضلية المُطّلع الثانوي تعني معرفة المعلومات الداخلية المجهولة بالنسبة للجمهور المستثمرين والاستفادة من هذه الميزة<sup>5</sup>.

ومن هنا، فقد حاول المشرعون التنبّه للمُطّلعين المخوّلين بالإطّلاع على المعلومات الداخلية بشكلٍ رئيسي، ولكنّ معظمها أغفل حظر استغلال المعلومات الداخلية تجاه المُطّلع الثانوي؛ ممّا فتح ثغرة قانونية

<sup>1</sup> Vinh NGUYEN, Anh TRAN, Richard ZECKHAUSER, "Stock Splits to Profit Insider Trading Lessons from an Emerging Market", December 30, 2016, page 2. See: [www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0261560617300487](http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0261560617300487) (12-1-2018).

<sup>2</sup> وللتعمّق في المعنى القانوني للـ: "المعلومات الداخلية"، راجع: د. همام القوصي، "المفهوم القانوني للمعلومات الداخلية في سوق الأوراق المالية دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والسوري والتشريع المقارن"، مجلة الحقوق المحكمة - جامعة الكويت، المجلد: 37، العدد 4، ديسمبر 2013.

<sup>3</sup> إنّ المعلومات في بورصة الأوراق المالية تمثّل حلقة الوصل بين المستثمر والسوق، وكلّما تفاعل المستثمر مع هذه المعلومات واستوعبها كلّما اتخذ القرار الاستثماري الأنجح. أنظر: علاء الدين أحمد جبر، بورصة الأوراق المالية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، عام 2007، الصفحة 293.

<sup>4</sup> تُدعى فئة المُطّلعين المتشكّلة من المُطّلع الثانوي بالـ: "ثانويين" "Secondaires".

<sup>5</sup> Tomasz P. WISNIEWSKI, Martin T. BOHL, "The Information Content of Registered Insider Trading Under Law Enforcement", International Review of Law & Economics, 2005 - Elsevier. see: <http://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0144818805000323>.

كبيرة في مواجهة جريمة استغلال المعلومات الداخلية، حتى أنّ البعض قد أطلق على المُطَّلَعين الثانويين تسمية "أشباه المُطَّلَعين" "Quasi Insiders"<sup>1</sup>.

وهذا الإغفال التشريعي يقع في نقطة غاية بالحساسية، وهي كفاءة السوق، التي توجب نشر المعلومات على جمهور المستثمر بأقصى سرعة، والمساهمة بتحقيق تأثيرها على سعر السوق سلباً أو إيجاباً بأقلّ تكلفة، وأقلّ تأثير على سعر السوق.

ما يعني أنّ البورصات التي تعوزها الكفاءة كبورصة بيروت ستؤدّي ممارسة استغلال المعلومات الداخلية إلى ضعف السيولة والركود وضعف الكفاءة فيها، أمّا بورصة الكويت التي تتمتع بسيولة كبيرة فهي تواجه خطر سحب هذه السيولة، فيما تظهر بورصة باريس العريقة كمثالٍ إداريٍّ وتنظيميٍّ حاول مدّة عقودٍ تفادي مخاطر انحدار الكفاءة إن تمكّنت منها هذه الممارسة، وبشكل خاص تلك التي يقوم بها المُطَّلَع الثانوي على المعلومات الداخلية.

وتظهر أهميّة البحث من خطورة المُطَّلَع الثانوي على اعتبار أنّه مُطَّلَع خفيٌّ بعيدٌ عن الأنظار يؤدي كفاءة السوق<sup>2</sup> دون أن تلاحظه سلطة السوق مستفيداً من عدم تمتّعه بأيّة وظيفةٍ أو مركزٍ يخوّله الإطلاع على هذه المعلومات، وهذه الوضعيّة تُظهر ضرورة تنبّه القانون إلى هذا المُطَّلَع من حيث توضيح مفهومه وحظر استغلال المعلومات الداخلية في مواجهته.

ويهدف البحث في إشكاليّة إغفال المشرع للمُطَّلَع الثانوي إلى دراسة النصوص القانونيّة النافذة والتي يُفترض أن تواجه هذا المُطَّلَع في القانون اللبّاني والكويتي والفرنسي للوصول إلى رؤية قانونيّة شاملةٍ للمُطَّلَع الثانوي، ثم اقتراح التعديلات أو النصوص الضروريّة لاستكمال مواجهة القانون لكلّ حالات استغلال المعلومات الداخلية من المُطَّلَع الثانوي.

فنحن لسنا بصدد دراسة جزائيّة لمعرفة عناصر تجريم المُطَّلَع الثانوي باستغلال المعلومات الداخلية، بل نحن بصدد دراسة موقف قانون بورصة الأوراق الماليّة من مفهوم هذا المُطَّلَع بهدف شموله بحظر هذه الممارسة، وهذا الأمر سيدفعنا أيضاً لتحليل بعض النصوص الجزائيّة بهدف استكشاف مدى استيعاب المشرع لوجود المُطَّلَع الثانوي.

وتمثّل إشكاليّة البحث في السّؤال التالي: "ما هو تأثير إغفال المشرع للمُطَّلَع الثانوي على المعلومات الداخلية في حظر استغلالها ببورصة الأوراق الماليّة وفقاً للقانون اللبّاني والكويتي والفرنسي؟".

<sup>1</sup> أنظر: د. حسين فتحي، تعاملات المطلعين على أسرار أسهم الشركة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1996، الصفحة 127، الهامش 1.

<sup>2</sup> للمزيد من المعلومات حول كفاءة أسواق رأس المال، أنظر: د. منير إبراهيم هندي، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 1999، الصفحة 501.

وسيتّم اتّخاذ المنهج الوصفي التحليلي المقارن بشكلٍ أساسيٍّ بغرض حلِّ إشكاليّة البحث، وذلك عبر وصف أفكار البحث بشكلٍ بسيطٍ وواضحٍ بغرض إزالة الغموض عنها، ثم تحليل النصوص القانونيّة المقارنة المتعلّقة بالبحث، وبيان مدى توفيقها، بهدف اقتراح الموقف التشريعي المتكامل بصدد حظر ممارسة استغلال المعلومات الداخليّة تجاه المُطلّع الثانوي عليها.

وسيكون مخطّط البحث كالتالي:

المبحث الأول: ماهيّة للمُطلّع الثانوي.

المطلب الأول: التعريف القانوني للمُطلّع الثانوي.

المطلب الثاني: تفريق المُطلّع الثانوي عن باقي المطلعين.

المبحث الثاني: أنواع هذا المُطلّع.

المطلب الأول: أنواع المُطلّع الثانوي من حيث مصدر المعلومات الداخليّة.

المطلب الثاني: أنواع المُطلّع الثانوي من حيث استغلال المعلومات الداخليّة.

المبحث الأول: ماهيّة المُطلّع الثانوي على المعلومات الداخليّة

على اعتبار أنّ مصطلح المُطلّع الثانوي هو من مصطلحات تنظيم بورصة الأوراق الماليّة؛ فعلياً أن نقوم بشرح ماهيّته إن أردنا أن نعرف مفهومه بشكلٍ مُفصّلٍ، فلن يستقيم استيعابنا الكامل لماهيّة المُطلّع الثانوي إلّا إذا حدّدنا تعريفه القانوني، ومن ثم فرّقناه عن المُطلّع الرئيسي، وذلك عبر المطّلعين التاليين.

المطلب الأول: التعريف القانوني للمُطلّع الثانوي

لقد كان مصطلح المُطلّع الثانوي غائباً عن معظم القوانين والأنظمة التي حظرت جريمة استغلال المعلومات الداخليّة، حيث اكتفى المشرعون بتعريف المُطلّع بشكلٍ عامٍّ، فمنهم من استطاع احتواء معنى المُطلّع الثانوي في هذا التعريف العام ومنهم من أغفله، وسنقوم بدراسة موقف القانون اللبّاني والكويتي والفرنسي من تعريف المُطلّع الثانوي فيما يلي.

الفرع الأول: تعريف القانون اللبّاني للمُطلّع الثانوي

لم يأت قانون بورصة بيروت الصادر بموجب المرسوم الاشتراعي رقم 120 الصادر بتاريخ 16 أيلول سنة 1983 وتعديلاته على ذكر تجريم استغلال المعلومات الداخليّة من الأساس، أمّا النظام الداخلي لبورصة بيروت النافذ بالرسوم رقم 7667 الصادر بتاريخ 16 كانون الأول 1995، فقد ذكر في المادة 21 منه على أنّ من واجب "لجنة البورصة" التي تقوم على إدارتها: "حماية مصالح المستثمرين المتعاملين في البورصة"، و:..

مراقبة نشاطات الشركات المُصدرة والقيام على قَدَم المساواة بتأمين المعلومات لأيّ من المصدرين والمتعاملين في البورصة".

ما يعني أنّ النظام الداخلي لبورصة بيروت قد فرض تطبيق مبدأ "المساواة في الحصول على المعلومة" أو "مبدأ المساواة" "Equality Principle" كما حرص عليه الفقه القانوني الأمريكي<sup>1</sup>؛ وهو المبدأ الضامن لمعرفة جمهور المستثمرين في البورصة عن جميع المعلومات القادرة على التأثير بسعر السوق في البورصة سواءً أكانت إيجابية أم سلبية، الأمر الذي يعني ضمناً حظر استئثار جماعة من المُطلعين بالعلم بهذه المعلومات وبالقدرة على اتّخاذ قرار استثماري سليم ورايح مضمون بيعاً أو شراءً.

إلّا أنّ تعريف المشرع اللبناني للمُطلّع على المعلومات الداخلية جاء في سياق المادة 37 من النظام الداخلي لبورصة بيروت نصّ بغاية الأهمية، وهو: "يُمتنع كلّ من رئيس و أعضاء اللجنة (لجنة البورصة التي تُديرها) ومفوض الحكومة (المُراقب لحسن تطبيق القانون بالبورصة) وأي من الموظفين بصورة تامّة عن استخدام أو تسريب المعلومات التي يطلعون عليها بحكم ممارستهم لمهامهم، وذلك لمصلحتهم الخاصة أو لمصلحة الغير بشكل مباشر أو غير مباشر"، كما جاء في نصّ المادة 73 من النظام الداخلي ذاته: "يلتزم مستخدمو الوسطاء... بالامتناع عن الاستعمال المباشر أو غير المباشر لكافة المعلومات السريّة التي يطلعون عليها بحكم ممارستهم لوظيفتهم".

فإذاً، لقد كانت هذه النصوص صريحةً في حظر ممارسة استغلال المعلومات الداخلية ببورصة بيروت، سواءً عبر أسلوب الاستخدام الفوري لها بالتداول المبتني عليها، أو إفشائها للغير بغاية استخدامها أيضاً، لكن تجاه شخوص محدّدين هم: موظفي لجنة بورصة بيروت التي تُديرها، ومفوض الحكومة القائم على رقابة البورصة، ومستخدمو الوسطاء الماليون الذين يُمثّلون المستثمرين، ويقومون بتنفيذ أوامرهم بالبيع والشراء في البورصة، وبصدد المعلومات السريّة التي أُغفل عن ذكر صفتها الجوهرية. ومن هذا المُنتطق، فإنّ النظام الداخلي لبورصة بيروت قد عرّف المُطلّع الرئيسي على المعلومات الداخلية الذي يُفترض علمه بها نتيجة طبيعة عمله، وحدّده في إطار المُطلعين الرئيسيّين.

وبالتالي فقد تشكّلت في هذه النقطة ثغرة قانونية في تعريف نظام بورصة بيروت يجب تلافيمها عبر الحظر الشامل لممارسة استغلال المعلومات الداخلية تجاه أيّ شخص تسمح له طبيعة عمله أن يطلّع على معلومات داخلية من أن يقوم باستغلالها (المطلّع الرئيسي)، وتجاه أيّ شخص قد تلقى هذه المعلومات منه بشكل إفشاء مقصود أو على سبيل المصادفة (المطلّع الثانوي).

<sup>1</sup> Kenneth R. DAVIS, "The Equality Principle: how Title VII can save Insider Trading Law", Cardozo Law Review, Vol. 39:199, 2017, page 3.

ونرى أنّ على القضاء اللبّاني الجزائري أن يُعاقب الفئة غير المذكورة من المُطلّعين الرئيسيين والثانويين عبر تكييف عملهم بالإخلال المقصود بالعرض والطلب ببورصة بيروت، ذلك الفعل الذي عاقبت على القيام به المادة 685 من قانون العقوبات اللبّاني لعام 1943<sup>1</sup>؛ حيث أنّ استغلال المعلومات الداخلية يُفضي في نهاية الأمر إلى إفساد قاعدة العرض والطلب في السوق التي يتقصّد المُطلّع المستغل لهذه المعلومات استباقها ثم تحقيق الربح غير المشروع منها.

### الفرع الثاني: تعريف القانون الكويتي للمُطلّع الثانوي

لم يُعرّف المشرع الكويتي المُطلّع الثانوي لدى حظره لجريمة استغلال المعلومات الداخلية عبر المادة 140 من قانون الشركات رقم 15 لعام 1960<sup>2</sup>، ولا عبر المرسوم بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية لعام 1983. ثم حاول المشرع الكويتي عبر القانون رقم 7 لعام 2010 بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية أن يَسدّد كلّ الثغرات القانونية التي كانت موجودة في تنظيم أسواق المال في الكويت، فقام بتعريف المُطلّع بـ: "أيّ شخصٍ أُطلّع بحكم موقعه على معلوماتٍ أو بياناتٍ ذات أثرٍ جوهريٍّ عن شركةٍ مُدرجةٍ لم تكن متاحةً للجُمهور"<sup>3</sup>، ولم يُعدّل هذا التعريف حتى في القانون رقم 22 لعام 2015 المُعدّل لقانون الهيئة المُشار إليه.

لقد بدأ التعريف السابق بتحديد معنى المُطلّع بشكلٍ مُوفّقٍ من خلال جملة "أي شخصٍ أُطلّع..." حيث أنّها تشمل مبدئياً المُطلّع الرئيسي المخوّل بالإطلاع على المعلومات الداخلية والمُطلّع الثانوي غير المخوّل بذلك<sup>4</sup>، ولكنّه أتبعها بجملة "بحكم موقعه.." وهو ما قصّر تعريف المُطلّع على الشخص الذي يمنحه مركزه إمكانية العلم بالمعلومات الداخلية (المُطلّع الرئيسي)<sup>5</sup>، أمّا المُطلّع الثانوي فهو غير مشمولٍ بهذه الحالة في التعريف المذكور؛ لأنّه يطلّع على المعلومات بشكلٍ استثنائيٍّ؛ على اعتبار أنّ موقعه بالنسبة لمصدر المعلومات الداخلية لا يخوّل الإطلاع عليها كما ذكرنا.

<sup>1</sup> المعدّلة بموجب القانون اللبّاني 239 الصادر بتاريخ 27-5-1993.

<sup>2</sup> المعدّل بالمرسوم بالقانون الكويتي، رقم 52، الصادر بتاريخ 15/06/1999.

<sup>3</sup> المادة 1 من قانون إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، رقم 7، الصادر بتاريخ 21\2\2010.

<sup>4</sup> وقد تبين في دراسة للأستاذ WANG عام 2010 أنّ المُطلّعين يتعاملون على الأوراق المالية العائدة للجهة التي يطلّعون على معلوماتها الداخلية بشكلٍ كثيفٍ قبل قيام هذه الجهة بتصريحاتٍ غير دوريةٍ وغير مجدولةٍ في برنامج عملها. أنظر:

Xuewu WANG, "Time-Varying Liquidity Trading, Private Information and Insider Trading", 2010, page 25. See: <http://www.fma.org/NY/Papers/PINInsiderTrading.pdf> (12-1-2018).

<sup>5</sup> وفي الواقع إنّ استغلال المعلومات الداخلية الآتي من المُطلّع الرئيسي يؤدي الثقة في بورصات الأوراق المالية. أنظر:

Stephen M. BAINBRIDGE, "Insider Trading", In: BOUCKAERT, B.; DE GEEST, G. (eds.), Encyclopedia of Law and Economics, Vol. III, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2000, page 784.

ويبدو أنّ هذا هو السبب من وراء ذكر معظم المشرعين للمُطلّع الرئيسي وتجاهلهم للمُطلّع الثانوي الذي تظهر خطورته من جانب آخر حيث أنّه غير ظاهر لرقابة السوق.

فاعتبار "الموقع الوظيفي" صلة وصلٍ بين الشخص والمعلومات الداخلية يفرض وجود علاقة مباشرة بنشاط الجهة مصدر المعلومات<sup>1</sup> بحيث تخوّل هذه العلاقة الاطلاع على المعلومات الداخلية، والمُطلّع الثانوي لا تربطه مثل هذه العلاقة بمصدر المعلومات، وعلى هذا نقترح أن يتم حذف جملة "... بحكم موقعه..." من تعريف القانون رقم 7 لعام 2010 حتى يتمّ شمول المُطلّع الثانوي به، وتغطية أي قصور في المواجهة القانونية لممارسة استغلال المعلومات الداخلية.

أمّا من حيث الصياغة القانونية للنصّ الجزائريّ في قانون إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية بالكويت، فقد كانت موفّقةً حين جرّمت استغلال أيّ مُطلّع للمعلومات الداخلية عبر التداول أو الإفشاء ما يشمل مفهوم المُطلّع الثانوي<sup>2</sup> دون تحديد طريقة وصول المعلومة إليه عبر موقعه الوظيفي (رئيسي) أم بالإفشاء (ثانوي)، وهو ما أكّده المادة 2-1 في الكتاب الرابع عشر من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة سوق المال الكويتي الصادرة عام 2015، ما يعني أنّ القاضي الجزائري يستطيع أن يحكم بشمول العقوبة الجزائية لجريمة الاستغلال في الكويت لجميع فئات المُطلّعين من رئيسيين وثانويين، إلّا أنّ الخوف من طعن المُطلّع الثانوي المُدعى عليه بجرم الاستغلال ببطان توصيف النيابة الجرمي لفعله كونه غير مشمول صراحةً بمعنى تعريف القانون للمُطلّع، وهذا ما يؤكّد ضرورة ذكره بشكل واضح في تعريف القانون لمعنى المُطلّع بهدف سدّ الثغرة القانونية.

### الفرع الثالث: تعريف القانون الفرنسي للمُطلّع الثانوي

لقد حظر القانون النقدي والمالي الفرنسي بموجب آخر تعديل له بتاريخ 1\1\2017 قيام أعضاء السوق -ومنهم الوسطاء- بأية تعاملاتٍ تؤذي السير المنتظم للسوق وتعطيل نظامها، ومن ضمنها "عملية المُطلّع" "Opération D'Initié"<sup>3</sup>، وبالنسبة لقوانين بورصة الأوراق المالية الفرنسية، فقد تمّ إنشاء "لجنة عمليات البورصة" "la Commission des opérations de bourse - COB" في فرنسا عبر المرسوم رقم 833 لعام 1967 بغاية الإشراف على سوق الأوراق المالية، وقد عرّف هذا المرسوم المُطلّع "Initié" عبر الفقرة الأولى من المادة العاشرة منه بأنّه: "الشخص الذي يحصل بمناسبة وظيفته على معلومات تتعلقّ بالبورصة ويستخدمها قبل الغير مما يزيّف أداء سوق البورصة، ويحدث اضطراباً في قانون العرض والطلب"<sup>4</sup>، وهذا التعريف يتجاهل المُطلّع الثانوي؛ لأنّه قد ربط شخص المُطلّع بوجود وظيفة تسمح للشخص بالاطلاع على معلومات داخلية.

<sup>1</sup> د.عمر سالم، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1999، الطبعة الأولى، الصفحة 45.

<sup>2</sup> المادة 118 من قانون إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، رقم 7، لعام 2010، المُعدّلة بالقانون رقم 22 لعام 2015.

<sup>3</sup> Code monétaire et financier de France, dernière modification le 01 janvier 2017, document généré le 09 janvier 2017.

<sup>4</sup> تطبيقاً لمقولة: "العلم هو السلطة". أنظر: د.عبد الرحيم بنبعيدة، "مفهوم مصلحة الشركة كضابط لتحديد اختصاصات ومسؤولية مجلس الإدارة والجمعيات العامة دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، نوقشت جامعة عين شمس في عام 2000، غير

وبعد ذلك، فقد صدر القانون الفرنسي رقم 706 لعام 2003<sup>1</sup> الخاص بإنشاء "هيئة أسواق المال" "L'Autorité des Marchés Financiers – AMF" بدلاً عن لجنة عمليات البورصة، ولكن المرسوم لم ينص على أيّة تعريفات تخصُّ عمل أسواق المال.

ولذلك فقد أصدرت هيئة أسواق المال الفرنسيّة (AMF) لائحةً خاصّةً بـ "التلاعب بالسوق" "Abus de Marché"<sup>2</sup>. وقد قامت هذه اللائحة بعرض الحالات التي يُعتبر من خلالها الشخص مُطلّعاً في الفقرة الثانية من المادة 622 منها<sup>3</sup>، فإلى جانب الوضعيّات التي تُخوّل الاطّلاع على المعلومات الداخليّة<sup>4</sup>، فقد اعتبرت الهيئة عبر المادة 622 المذكورة أنّ نشاط الشخص الذي يشكّل "جريمة أو جنحة" "Crimes ou de Délits" يجعله مُطلّعاً، كالشخص العادي الذي تصل إليه المعلومة التي لا يجوز أن تصل للعموم<sup>5</sup> عبر التحريّ غير المشروع، وهو من فئات المُطلّع الثانوي.

وقد تمّ إلغاء الكتاب VI بموجب القرار الصادر بتاريخ 14\9\2016 كنتيجة لبدء تطبيق التعليمات (التشريع الأوروبي) رقم 596\2014 المتعلق باستغلال السوق والتعليمات أرقام (522\2016) بتاريخ 17\12\2016 و 908\2016 بتاريخ 26\2\2016 و 1052\2016 بتاريخ 8\3\2016، ولكنّ التنظيم الأوروبي المذكور لم يُشر إلى موضوع المُطلّع الذي نحن بصدد دراسته.

وبناءً عليه، فقد أصبحت المادة 4-742 من التنظيم العام لهيئة أسواق المال الفرنسيّة (AMF) هي المخوّلة بتحديد معنى المُطلّع على المعلومات الداخليّة، حيث ذكرت هذه المادة المُطلّعين نتيجة العضوية في

---

منشورة، الصفحة 75. وهذا ما يتعارض مع كون شفافيّة المعلومات في بورصة الأوراق الماليّة تُمثّل حجر الزاوية في توجيه وتنظيم السوق وكذلك في تنفيذ قانونه. أنظر:

Adina ONOFREI, "La Restructuration des Marchés Financiers en Europe: Une Course de Titans", Thesis for the Degree of Master of European Studies, College of Europe, Bruges, Law Department, Academic Year 2005-2006, page 20. Voir le line:

<http://docplayer.fr/6352457-La-restructuration-des-marches-financiers-en-europe.html> (12-1-2018).

<sup>1</sup> Loi de France, N° 2003-706, de sécurité financière, du 1er août 2003.

<sup>2</sup> LIVRE VI - ABUS DE MARCHÉ: OPÉRATIONS D'INITIÉS ET MANIPULATIONS DE MARCHÉ, Règlement Général de L'Autorité des Marchés Financiers (AMF).

<sup>3</sup> Article 622-2, Règlement Général de L'Autorité des Marchés Financiers (AMF).

<sup>4</sup> مثل العضوية والإدارة لدى الشركات مُصدرة الأوراق الماليّة والسيطرة على رأس المال والاستخدام لدى هؤلاء المُصدرين، وبمطلق الأحوال، فإنّ وضعيّات الاطّلاع على المعلومات الداخليّة هي وضعيّات استثنائيّة، فالمعلومات الداخليّة يجب أن تتّصف بـ "السريّة" حتى تمنح حائزها الأفضليّة، فيجب بالتالي ألا يكون قد أفصح عنها للملأ. أنظر:

Benoît FERON, "Les Délits Boursiers, en Droit Belge et en Droit Compare", Colloque Les délits financiers, Belgau, Bruxelles, 1999, page 15.

<sup>5</sup> Cour de Cassation de France, Chambre criminelle, Cassation partielle, Audience publique du 14 juin 2006, Publication: Bulletin criminel, 2006 N° 178, page. 616. Voir le line:

[http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/delit\\_d%27initie.htm](http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/delit_d%27initie.htm).

مجلس الإدارة أو الملكية أو طبيعة الوظيفة لدى مُصدر الأوراق المالية (الرئيسيون)، أو المُطَّلَع نتيجة قيامه بأفعال يُمكن توصيفها كجرائم أو مخالفات (الثانوي)<sup>1</sup>، وأكملت المادة المذكورة نصّها وذكرت أنّ من الأشخاص المشمولين بحظر استغلال المعلومات تجاه: "أيّ شخصٍ يحوز على معلوماتٍ مميزةٍ.." <sup>2</sup>، ما يشمل معنى المُطَّلَع الثانوي بشكلٍ مُطلقٍ، ويمنع عنه الإدّعاء بعدم العلم بصفة الداخليّة في المعلومات.

وبالتالي فقد ضمّن المُنظّم الفرنسي المُطَّلَع الثانوي في إطار حظر ممارسة استغلال المعلومات الداخليّة، واعتبره يستحقّ الغرامة الإداريّة، كما مكّن القضاء الجزائي فرض عقوبة "التشهير" "Aspersion"<sup>3</sup> عليه إن كان شركة أو شخص اعتباري أو مستثمراً أو شخصاً شهيراً، وذلك عبر تبنيّ القضاء الجزائي للتعريف الواسع الخاص بالمُطَّلَع الذي يستغرق الثانوي منه.

### المطلب الثاني: الفرق بين المُطَّلَع الثانوي والمُطَّلَع الرئيسي

سنبحث في الفرق بين المُطَّلَع الثانوي والمُطَّلَع الرئيسي من حيث إتاحة العلم بالمعلومات الداخلية أولاً، ومن حيث فرض قرينة العلم ثانياً.

#### الفرع الأول: إتاحة العلم بالمعلومات الداخلية

المُطَّلَع بشكل عام هو الشخص ذو المعرفة والإطّلاع على معلومة معيّنة، ويُقصد بالمُطَّلَع اصطلاحاً في فقه البورصة الشخص الذي يتمكّن من الإطّلاع على المعلومات الداخليّة التي تمنحه أفضليّة التداول الراجح المضمون، والمُطَّلَع الرئيسي هو ذلك المُطَّلَع الذي تتيح له ظروف عمله أو وظيفته أو مركزه الإطّلاع المشروع على هذه المعلومات كونه من مسيّري الأمور لدى الجهة مصدر المعلومات.

<sup>1</sup> Article 742-4, Règlement Général de L'Autorité des Marchés Financiers (AMF).

<sup>2</sup> "... personne détenant une information privilégiée et qui sait ou qui aurait dû savoir qu'il s'agit d'une information privilégiée".  
Voir: Article 742-4, Règlement Général de L'Autorité des Marchés Financiers (AMF).

<sup>3</sup> تطبيقاً للمرسوم الفرنسي رقم 833 لعام 1967، أنظر:

Décret de France, N° 67-833, 28\9\1967, section 9\2.

<sup>3</sup> وقد اعتبر مجلس الدولة الفرنسي أنّ الغاية من فرض عقوبة التشهير هي إظهار الصورة الحقيقيّة لأنشطة الشركة المخالفة، هذا بالإضافة إلى حماية مصلحة المستثمرين منها. أنظر:

Conseil d'État de France, statuant au contentieux, N° 298912, lecture du 14 décembre 2006. voir le lien:

[http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/demande\\_de\\_suspension\\_d%27une\\_sanction.htm](http://www.lexinter.net/JPTXT4/JP2005/demande_de_suspension_d%27une_sanction.htm).

وفي الواقع، يجمع بين المُطَّلَع الثانوي والمُطَّلَع الرئيسي أَنَّ المُطَّلَع بشكل عام يمتلك معرفةً بمعلوماتٍ غير مُعمَّمةٍ من جهة، وتؤثر على المسار المستقبلي لسعر الورقة الماليَّة من جهة أخرى<sup>1</sup>، أي يجمعهما المركز المُطَّلَع الذي يُميَّزهما -دون أفضليَّة مشروعة- عن باقي المستثمرين.

إلَّا أَنَّ المُطَّلَع الرئيسي هو المُطَّلَع النموذجي في بورصة الأوراق الماليَّة؛ فهو شخصٌ مخوَّلٌ بالإطِّلاع على المعلومات الداخليَّة كونه يقوم بوظيفة تفرض عليه التعامل مع هذه المعلومات ومعالجتها (مثل رئيس مجلس إدارة الشركة)، أو لأنَّه يتمتَّع بمركز مهيمن يسهِّل عليه الإطِّلاع عليها (مثل المستحوز على أسهم الشركة)<sup>2</sup>، وهناك إمكانيَّة دائماً لعدم التزام المُطَّلَع الرئيسي وخاصة مدير الشركة بحسن النية وتحقيق مصالح الشركة والالتزام بنصوص القوانين<sup>3</sup>، وهذا ما أدَّى إلى انتباه المشرع له.

ويتمثَّل الفرق بين المُطَّلَع الثانوي والمُطَّلَع الرئيسي، في أَنَّ المُطَّلَع الثانوي هو: "شخصٌ لا يمتلك أيَّ مَصَدْرٍ رسميٍّ أو شرعيٍّ للحصول على المعلومات الداخليَّة السريَّة والجوهريَّة"<sup>4</sup>، ولكنَّه يعلم بها عبر أساليب ووقائع متنوعة منها الإفشاء أو المصادفة"، ولا يُمكن للمشرع استيعاب وجود مثل هذا المُطَّلَع الخفي إلاَّ بدراسة القاعدة التشغيليَّة الأساسيَّة لبنية نظام التداول ودوافع المستثمرين، التي ستكشف عن وجود المُطَّلَع الثانوي، الأمر الذي يوجب "التخطيط" "Mapping" لاستراتيجيَّة تشريعيَّة مُستقبليَّة خاصَّة بمواجهة ممارسة استغلال المعلومات الداخليَّة كما أشار الفقه القانوني الأمريكي<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Stefanie VOLZ, "La Surveillance des Bourses en France et en Allemagne une Comparaison Analytique", Université Robert Schuman, Strasbourg III, année universitaire 2002/2003, page 37. Voir le lien: <http://www-cde.u-strasbg.fr/da/da/AnnexesMemoires/Promo2003/Volz.pdf>.

<sup>2</sup> إنَّ معظم المستحوزين على أسهم الشركات -أصحاب العائد المرتفع- يطلَّعون على المعلومات الداخليَّة ويتَّخذون القرار الاستثماري الصائب اعتماداً عليها. أنظر: د. منير إبراهيم هندي، مرجع سابق، الصفحة 23.

<sup>3</sup> د. يعقوب يوسف صرخو، "الأسهم وتداولها في الشركة المساهمة"، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، نوقشت عام 1982، غير منشورة، الصفحة 449. وقد حسم قانون الشركات الكويتي هذه المسألة بمنعه عضو مجلس الإدارة من بيع أو شراء أو التنازل عن أسهم الشركة التي هو عضو مجلس إدارتها بشكلٍ تامٍّ (أسهم الضمان والأسهم العاديَّة) طيلة مدَّة عضويَّته فيها، إلاَّ وفقاً للضوابط التي تضعها وزارة التجارة والصناعة. أنظر: المادة 140 من القانون الكويتي رقم 15 لعام 1960 الخاص بقانون الشركات التجارية المعدل بالمرسوم بقانون الكويتي رقم 52 الصادر بتاريخ 15/06/1999.

<sup>4</sup> يقصد بصفة الجوهريَّة قدرة المعلومات على التأثير بأسعار الأوراق الماليَّة أو باتجاهات التداول أو بقرارات المستثمرين، ويجب أن تكون هذه الصفة متواجدة في وقت استغلال المعلومات أي أنَّ التأثير يُشترط أن يكون على القيمة الحاليَّة للورقة الماليَّة. أنظر:

Nicolas BERCOT, Michael KESLASSY, "Détection du délit d'initié", Département de Mathématiques Appliquées, Ecole Polytechnique, Décembre 2005, page 3. Voir le lien: <http://homepages.nyu.edu/~njb268/files/EA.pdf>.

<sup>5</sup> Jr. John C. COFFEE, "Mapping the Future of Insider Trading Law: Of Boundaries, Gaps, and Strategies", Law Working Paper N°. 204/2013, European Corporate Governance Institute, March 2013, page 1.

## الفرع الثاني: قرينة العلم بالمعلومات الداخلية

على اعتبار أنّ المُطَّلِعَ الرئيسي يُفترض فيه العلم بالمعلومات الداخليّة، فتنشأ عليه قرينة استغلالها عند تعامله بالأوراق الماليّة المرتبطة بهذه المعلومات قبل الإفصاح عنها؛ فيُفترض أنّه قد حقّق مكسباً يتمثّل بالفرق بين قيمة الورقة الماليّة عند التعامل عليها وقيمتها بعد الإفصاح عن المعلومات الداخليّة حتى يثبت العكس<sup>1</sup>. فإنّ أيّ تداولٍ للمُطَّلِعِ الرئيسي وهو في منصبه يقيمُ قرينته على استغلاله للمعلومات التي اطّلع عليها بحكم منصبه ولم يتمّ بعدُ تعميمها<sup>2</sup>، إلّا إذا استطاع إثبات عكس ذلك.

وهذه القرينة لا يمكن أن تنشأ بصدد المُطَّلِعِ الثانوي؛ لأنّه غير عالم بهذه المعلومات بشكلٍ مُفترضٍ

### ينظر القانون.

ومن جهة أخرى، فعلى اعتبار أنّ المُطَّلِعَ الرئيسي معروفٌ ومراقبٌ من إدارة بورصة الأوراق الماليّة حيث يتمّ عادةً الإفصاح عن تعاملاته بشكلٍ دوريّ، فيصعب عليه القيام باستغلال المعلومات الداخليّة بشكلٍ مكشوفٍ، ويصعب عليه بالتالي تداول الأوراق الماليّة العائدة للمصدر الذي يعمل في كادره، ولذلك قد يُفشيها إلى مُطَّلِعٍ ثانوي ليستغلها لحساب الرئيسي.

أمّا المُطَّلِعَ الثانوي فهو غير معروفٍ وغير مُحدّدٍ؛ ولذلك فلا يمكن مراقبته وهذا ما يُظهر خطورته في مجال انتهاك حظر استغلال المعلومات السريّة بشكلٍ أكبرٍ من المُطَّلِعِ الرئيسي<sup>3</sup>، وما زاد الطين بلّةً إغفال المشرع له، ما سمح له بالتملّص من الحظر حتى إن انكشف أمره.

## المبحث الثاني: أنواع المُطَّلِعِ الثانوي على المعلومات الداخليّة

تختلف أنواع المُطَّلِعِ الثانوي على المعلومات الداخليّة في بورصة الأوراق الماليّة باختلاف مصدر معلوماته (داخلي أو خارجي)، وباختلاف طريقة استغلاله للمعلومات الداخليّة (متعامل أو مُفشي)، وسنقوم بدراسة هذه الأنواع وبحث الوضع القانوني لكلّ نوعٍ منها وفقاً للقانون اللبّاني والكويتي والفرنسي فيما يلي.

<sup>1</sup> Laura Nyantung BENY, "Insider Trading Laws and Stock Markets Around the World an Empirical Contribution to the Theoretical Law and Economics Debate", The Journal of Corporation Law, Winter 2007, pp.237-300, page 250.

<sup>2</sup> د. يعقوب يوسف صرخو، مرجع سابق، الصفحة 354.

<sup>3</sup> وبعد علم المُطَّلِعِ بالمعلومات قبل الجمهور مع إعطائه أوامر تداول خلال هذا العلم قرينته بسيطةً قابلةً لإثبات العكس تدلُّ على استغلاله للمعلومات الداخليّة التي اطّلع عليها في هذا الوقت. أنظر: د. صالح البريري، مرجع سابق، الصفحة 234.

<sup>3</sup> ويبقى الحلّ العمليّ لاكتشاف تعاملات استغلال المعلومات الداخليّة في دراسة سجلّات عمليّات التداول بالسوق، وكفي للتدليل على أهميّة هذا الإجراء أن نقول بأنّ 50% من التحقيقات التي أُجريت في فرنسا عام 2004 كان سببها رصد سجلّات العمليّات، حيث تمّ اكتشاف أرباح بالملايين، ولذلك فإنّ على الأسواق تعزيز أدوات رصدها لهذه العمليّات. أنظر:

## المطلب الأول: أنواع المُطَّلَع الثانوي من حيث مَصْدَر المعلومات الداخليَّة

قد يكون المُطَّلَع الثانوي على المعلومات الداخليَّة مُستخدماً تابعاً لدى الجهة مَصْدَر المعلومات وندعوه حينئذ بالـ "المُطَّلَع الثانوي الداخلي"، أو من خارج هذا المصدر فنندعوه بالـ "المُطَّلَع الثانوي الخارجي"<sup>1</sup>، وهما موضوع الفقرتين التاليتين.

### الفرع الأول: المُطَّلَع الثانوي الداخلي

قد يعمل لدى الجهة مَصْدَر المعلومات الداخليَّة الكثير من الأشخاص، ومن الطبيعي أن يكون بعض هؤلاء غير مُخَوَّلين بالاطِّلاع على المعلومات الداخليَّة الخاصَّة بالجهة المذكورة، فإن عَلِمَ هذا المُطَّلَع بمعلوماتٍ جوهريَّةٍ سرِّيَّةٍ لم يتمَّ الإفصاح عنها نتيجة قامه بتحريِّها أو بمحض المصادفة؛ فيُصبح المُطَّلَع حينئذٍ: مُطَّلِعاً ثانوياً داخلياً<sup>2</sup>، وهو ذو خطورة وحساسِيَّة على جدار الأمن المعلوماتي الخاص بالمؤسسة<sup>3</sup>، كما يُعتبر مُنتهكاً لواجبه بالولاء تجاهها، وهو ما يُوجب استيعاب وتقدير المشرع لهذه النيَّة.

وكمثال واقعي عن المُطَّلَع الثانوي الداخلي، نذكر قضية "شركة كبريت خليج تكساس" "T.G.S" الشهيرة في الولايات المتحدة الأمريكيَّة التي حدثت عام 1968، حيث وجهت لجنة الأوراق الماليَّة والبورصة الأمريكيَّة (SEC) الاتِّهام إلى 6 موظَّفين عاديِّين -بغير مراكز وظيفيَّة مُطلَّعة- علِموا باكتشاف شركتهم لمناجم نحاس ووزنك، فقاموا بشراء أسهم الشركة قبل ارتفاع أسعارها<sup>4</sup>، وتُمثِّل هذه القضية مثلاً نموذجياً للمُطلَّعين الثانويِّين الداخليِّين الذين تعاملوا على أساس معلوماتٍ داخليَّة.

<sup>1</sup> للمزيد من المعلومات، أنظر: د. همام القوصي، "الممارسات غير القانونيَّة في سوق الأوراق الماليَّة"، رسالة أُعدت لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، نوقشت في جامعة حلب، عام 2011، غير منشورة، الصفحة 43.

<sup>2</sup> ونعطي المثال عن هذه الحالة فيما لو كانت الجهة مَصْدَر المعلومات هي شركة إنتاج مواد غذائيَّة مدرجة في بورصة الأوراق الماليَّة، فلو أنَّ رئيس مجلس إدارة الشركة قام بتوقيع عقد قرضٍ مع أحد البنوك يُخوِّل هذه الشركة شراء أرضٍ زراعيَّةٍ كبيرةٍ ستنتقل الشركة من تسويق المحاصيل الزراعيَّة إلى إنتاجها ومن ثم تسويقها عبر مشروعٍ تجاريٍّ متكاملٍ، فإنَّ الإفصاح عن هذا الخبر سيرفع سعر سهم الشركة بشكلٍ كبيرٍ، كما أنَّ هذه الشركة قد تتشجَّع أكثر وتقوم بإصدار أسهمٍ جديدهٍ لتمويل المزيد من المشاريع التي تهدف إلى توسيع نطاق عملها، وبالتالي لو أنَّ سائق رئيس مجلس إدارة الشركة قد تأكَّد من هذه المعلومات الداخليَّة عبر سماعه لحديث رئيس مجلس الإدارة مع أحد مديري الشركة على الطريق، فيُعتبر في هذه الحالة مُطلَّعاً ثانوياً؛ لأنَّه لم يكن مخوَّلاً بالعلم بهذه المعلومة من جهة، ويُعتبر داخلياً لأنَّه مستخدمٌ من داخل الشركة مَصْدَر المعلومات تابعٌ لها قانوناً من جهة أخرى.

<sup>3</sup> Kenneth R. AHERN, "Information Networks: Evidence from Illegal Insider Trading Tips", 5 February 2015. See: [www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304405X17300570](http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304405X17300570) (12-1-2018).

<sup>4</sup> د. صالح البربري، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق الماليَّة، دراسة قانونيَّة واقتصاديَّة مقارنة، مركز المساندة القانونيَّة، القاهرة، عام 2001، الطبعة الأولى. الصفحة 212، أنظر أيضاً بخصوص هذه القضية:

SEC v. Texas Gulf Sulphur Co., 401 F.2d 833 (2d Cir. 1968), cert. denied, 394 U.S. 976 (1969):

Stephen M. BAINBRIDGE, op. cit., page 773.

وبالنسبة لشمول حظر استغلال المعلومات الداخلية للمُطَّلَع الثانوي الداخلي، فمن الناحية القانونية يمكن تطبيق قاعدة: "المُطلق يجري على إطلاقه والعام يبقى على عمومته ما لم يرد دليل بالتقييد أو بالتخصيص" بتفسيرٍ واسعٍ قد يعني شمول المُطَّلَع الثانوي الداخلي عبر تعريف المُطَّلَع على أنه الشخص الذي اطَّلَع على المعلومات الداخلية بموجب وظيفته أو مركزه لدى الجهة مصدر المعلومات، على اعتبار أن علم الثانوي الخارجي قد جاء تبعاً لكونه موظفٌ تابعٌ للمؤسسة المصدر.

ولكننا لسنا مع هذا الرأي، فبالنسبة للمشرع اللبناني، وجدنا أن النظام الداخلي لبورصة بيروت الصادر وفقاً لقانون البورصة قد حصر تعريف المُطَّلَع على المعلومات الداخلية في موظفي إدارة البورصة ومفوض الحكومة المُراقب لها<sup>1</sup>، وبمستخدمي الوسيط المالي<sup>2</sup>، وهم مُطَّلعون رئيسيون قد علموا بالمعلومات بحكم وظيفتهم، ولم يشمل النص بالتالي المُطَّلَع الثانوي، ولا يصحُّ إطلاق حكم المُطَّلَع الرئيسي عليه؛ لأنَّ أركان حظر استغلال المعلومات قد توجَّهت نحو صفة أفضلية العلم الآتية من الموقع الوظيفي، تلك التي لا يمتلكها المُطَّلَع الثانوي الداخلي.

أمَّا المشرع الكويتي، فقد عرَّف المُطَّلَع على أنه الشخص الذي اطَّلَع على المعلومات: "... بحكم موقعه..."<sup>3</sup>، فالمشرع قد قصد أن الشخص المُطَّلَع هو الشخص الذي يمتلك أفضلية الوصول إلى المعلومات الداخلية وفقاً لطبيعة عمله بطريقة تمنحه ميزة خاصة على حساب جمهور المتعاملين في السوق، وبالتالي فإنَّ المُطَّلَع الذي تمَّ ذكره من المشرعين هو "المُطَّلَع الرئيسي" فقط، ولا يمكن اعتبار المُطَّلَع الثانوي الداخلي أنه قد علم بالمعلومات الداخلية بحكم موقعه أو بحكم منصبه أو وظيفته لأنَّ استخدامه لا يخوِّله الاطلاع على المعلومات الداخلية، وبالتالي لا يعطيه أفضلية العلم بالمعلومات الداخلية قبل الإفصاح عنها، وإن كانت المادة 118 بعد تعديلها بالقانون رقم 22 لعام 2015 قد شملت المُطَّلَع الثانوي الداخلي في تجريمها لاستغلال هذه المعلومات<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> أنظر: المادة 37 من النظام الداخلي لبورصة بيروت لعام 1995.

<sup>2</sup> أنظر: المادة 73 من النظام الداخلي لبورصة بيروت لعام 1995.

<sup>3</sup> أنظر: المادة الأولى من القانون الكويتي رقم 7 لعام 2010 بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، وهو ما أكدته اللائحة التنفيذية لهذا القانون في الكتاب الأول "التعريفات"، حرف الميم، الصفحة 36.

<sup>4</sup> المادة 118 من قانون إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، رقم 7، لعام 2010، المُعدَّلة بالقانون رقم 22 لعام 2015.

بينما في فرنسا، فإنَّ المُطَّلَع الثانوي الداخلي مشمولٌ بتعريف المُطَّلَع؛ لأنَّ التنظيم العام لسلطة الأسواق الماليَّة الفرنسيَّة قد أطلق حظر استغلال المعلومات الداخليَّة تجاه أي شخص يحوزها عن علم<sup>1</sup>، وهو ما يستغرق "الثانوي الداخلي" حتماً كما رأى القضاء الفرنسي أيضاً<sup>2</sup>، فماذا عن "الثانوي الخارجي"؟.

### الفرع الثاني: المُطَّلَع الثانوي الخارجي

سنبحث في مفهوم المُطَّلَع الثانوي الخارجي أولاً، وأنواعه ثانياً.

#### أولاً: مفهوم المُطَّلَع الثانوي الخارجي

المُطَّلَع الثانوي الخارجي هو ببساطة: "أيُّ شخصٍ قد علم بالمعلومات الداخليَّة بطريقةٍ غير رسميَّةٍ كما لم يكن وقت علمه بها مُستخدماً تابعاً لدى الجهة مصدر المعلومات الداخليَّة، فهو المُطَّلَع الاستثنائي أو الخفي".

فلا يُمكن حصر الأشخاص الذين قد يكونوا مُطَّلَعين ثانويين من خارج مصدر المعلومات، ولا يُمكن تحديد هذه الفئة، ولكنَّ المثال الواقعي عن هذه الفئة يتمثل في شركات التحليل المالي والاستشارات الماليَّة العاملة في البورصة<sup>3</sup>؛ فهذه الشركات هي شخصٌ معنويٌّ مستقلٌّ عن الجهة مصدر المعلومات الداخليَّة، وهي بالتالي غير مخوَّلة بالعلم بأيَّة معلومةٍ سوى المعلومات التي يتمُّ الإفصاح عنها للجمهور، وهذا يعني أنَّ شركة التحليل المالي هي مُطَّلَع ثانوي خارجي<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Article 742-4, Règlement Général de L'Autorité des Marchés Financiers (AMF).

<sup>2</sup> فقد أقرَّ القضاء الفرنسي بمسؤوليَّة مهندسٍ غير مخوَّل للاطلاع على المعلومات الداخليَّة (مُطَّلَع ثانوي داخلي) في شركة CARRFOUR في فرنسا بعد استغلاله لحديث مدير الشركة مع مدير شركة أخرى سمعه بالمصادفة، وتعامله في السوق على أساس هذه المعلومات. أنظر: د. عمر سالم، مرجع سابق، الصفحتين 46 و 47.

<sup>3</sup> فهذه الشركات تقوم بعملٍ أساسيٍّ وحسَّاسٍ يتمحور حول دراسة السوق من الناحية الماليَّة، ومن ثم دراسة الجهات المدرجة فيها من حيث إفصاح هذه الجهات والحركة التاريخيَّة لأسهمها، إلى أن تصل إلى تحليلٍ منطقيٍّ لمستقبل حركة الأسعار أو عوائد الأوراق الماليَّة المتداولة في السوق، ومن ثم تحويل هذا التحليل المالي إلى استشارة ماليَّة مأجورة لعملاء الشركة تختصر فيها على المستثمر ضعيف الخبرة في المجال المالي عناء الدراسة والتحليل. إنَّ هذه الشركات قد تقوم بممارساتٍ غير مشروعةٍ عديدةٍ للوصول إلى المعلومات الداخليَّة الخاصة بالأوراق الماليَّة المتداولة في البورصة، ما يُتيح لها القيام بتحليلٍ ماليٍّ صائبٍ، وإعطاء استشاراتٍ ماليَّةٍ مستقبليةٍ صائبةٍ بنسبةٍ كبيرةٍ عبر استغلال إطلاعها على المعلومات الجوهرية قبل الإفصاح عنها.

<sup>4</sup> ونتيجة لحساسيَّة عمل الشركات المرخصة بأعمال التحليل المالي والاستشارات الماليَّة، فقد ظهر اتِّجاهٌ تنظيميٌّ في بورصات الأوراق الماليَّة بإنشاء هيئةٍ خاصَّةٍ لرقابة شركات الوساطة الماليَّة (السمسرة) التي قد يتمُّ ترخيص لها بالقيام بهذا النشاط، كما في ألمانيا. أنظر:

Stefanie VOLZ, op.cit., page 11.

وللاطلاع على استغلال المعلومات الداخليَّة من شركة إدارة المحافظ الماليَّة، وخرقها للالتزام بالمحافظة على استقرار السوق، أنظر: د. نصر على طاحون، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية، دراسة تأصيلية لبورصات الأوراق الماليَّة والمحافظ المالية، دار النهضة العربيَّة، القاهرة، عام 2003، الصفحة 421.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، فقد حكمت المحكمة العليا على شخص يدعى James O'Hagan عام 1996 باعتباره مُستغلاً للمعلومات الداخلية، وذلك لأنه تعامل على الأوراق المالية العائدة لشركة قانونية تُدعى Grand Metropolitan PLC (Grand Met) التي كانت تخطّط للاستحواذ على شركة Pillsbury، وقد علم O'Hagan بهذا العرض على الرغم من أنه لم يكن واحداً من محامي شركة Grand Metropolitan، فبدأ على الفور بشراء أسهم شركة Pillsbury وعندما أفصحت شركة Grand Metropolitan عن العرض الاستحواذي قفز سعر سهم Pillsbury إلى 60 دولار لكل سهم وباع بعدها O'Hagan أسهمه محققاً ربحاً يتجاوز 4,3 مليون دولار، وقد جاء على لسان المحكمة في هذه القضية أن: حماية سلامة بورصة الأوراق المالية ضد الانتهاكات الآتية من قبل الغير (الثانويين الخارجيين) بالنسبة للشركة التي تمّت حيازة معلوماتها السريّة المؤثرة على سعر أوراقها المالية تُعتبر استثناءً من أنه لا وجود لواجب من الغير تجاه الشركة<sup>1</sup>.

ومن الناحية القانونية، فلا يمكن شمول المُطلّع الثانوي الخارجي بقاعدة "المُطلق يجري على إطلاقه..." التي أشرنا إليها في الفقرة السابقة؛ فلا يوجد أيُّ رابط بين عمل هذا المُطلّع وحصوله على المعلومات، ولهذا فإن المُطلّع الثانوي الخارجي هو أخطر أنواع المُطلّعين الثانويين؛ لأنه أكثرهم غموضاً، ممّا يجعل من مهمّة سلطة السوق بمراقبة تعاملاته والتحقيق معه مهمّةً محفوفةً بالمصاعب والتعقيد، لأنّها يجب أن تقوم بتحديدته أولاً، وهي مهمّةٌ شبه مستحيلة في حالات الاطلاع العرّضي الذي يتمُّ بمحض المصادفة<sup>2</sup>، ومن ثم فإنّ عليها أن تمتلك الدليل الذي ستعتبره سبباً لفتح أيِّ تحقيق.

وبالنسبة للمشرع اللبناني، فإنّ النظام الداخل لبورصة بيروت الصادر وفقاً لقانون البورصة بعيداً كلّ البعد عن حظر استغلال المعلومات الداخلية تجاه المُطلّع الثانوي الخارجي، لأنّ حظر الاستغلال لم يشمل "الثانوي الداخلي" حتى يشمل "الخارجي" كما مرّ معنا.

أمّا المشرع الكويتي فقد أبقى على تعريف المُطلّع الحاصل على المعلومات الداخلية بحكم عمله حتى بعد أن عدّل قانون هيئة سوق المال عبر القانون رقم 22 لعام 2015 ما أخرج المُطلّع الثانوي الخارجي من مفهوم المُطلّع، إلا أنّ الحماية الجزائية للمعلومات الداخلية في الكويت تشمل حظر استغلال هذه المعلومات بما يتضمّن هذا المُطلّع<sup>3</sup>، وقد أكّدت المادة 2-4-5 في الكتاب 14 من اللائحة التنفيذية لقانون هيئة سوق المال الكويتي على حظر هذه الممارسة تجاه: "الأشخاص الذين يطلعون -بشكل غير مشروع- على المعلومات الداخلية

<sup>1</sup> U.S. v. O'Hagan, 92 F.3d 612 (8th Cir. 1996); Stephen M. BAINBRIDGE, op. cit., page 776, 777.

<sup>2</sup> The International Organization of Securities Commissions (OICV-IOSCO), "Insider Trading How Jurisdictions Regulate It", report of the emerging markets committee, March 2003, page 9. see: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD145.pdf> (12-1-2018).

<sup>3</sup> المادة 118 من قانون إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية، رقم 7، لعام 2010، المُعدّلة بالقانون رقم 22 لعام 2015.

عن شركة مدرجة، أو تداول ورقة مالية مدرجة"، ما يكفل شمول الحظر للثانوي الخارجي الذي وصلت المعلومات إلى علمه حتى عبر أسلوب الإفشاء غير المشروع.

أما فيما يخص التنظيم العام الفرنسي الصادر عن هيئة الأسواق المالية الفرنسية فقد أطلق حظر استغلال المعلومات الداخلية تجاه أي شخص حائز لها بغض النظر عن وجود مركز وظيفي مُطَّلِع (رئيسي) أم لا (ثانوي)، وبغض النظر عن وجود علاقة تابعة أو استخدام تجاه مصدر المعلومات (ثانوي داخلي) أم لا (ثانوي خارجي) كما مرَّ معنا.

وعلى هذا، نقترح عند تعريف المُطَّلِع أن يتم النص على أنه: "أي شخص اطَّلِع على المعلومات الداخلية... بدون ربطه بأي رابطٍ مع الجهة مصدر المعلومات أو الأوراق المالية<sup>1</sup>."

### ثانياً: أنواع المُطَّلِع الثانوي الخارجي

إنَّ المُطَّلِع الثانوي الخارجي الآتي من خارج أسوار مصدر المعلومات الداخلية قد يتلقَّى المعلومة من مُطَّلِع رئيسي فندعوه حينئذٍ متلقياً رئيسياً، أو من مُطَّلِع ثانوي آخر فندعوه حينئذٍ متلقياً ثانوياً.

1- المتلقِّي الرئيسي: لقد تمَّ استخدام مصطلح "المتلقِّي الرئيسي" "Principal Tippee" من "المنظمة الدولية لهيئات الأوراق المالية" "The International Organization of Securities Commissions - OICV" لدى شرحها ممارسة إفشاء المعلومات الداخلية، حيث اعتبرت أنَّ الشخص الذي يتلقَّى المعلومات مباشرةً من المُطَّلِع الرئيسي عليها ندعوه بـ "المتلقِّي الرئيسي"<sup>2</sup>.

فإذاً المتلقِّي الرئيسي هو: "الشخص الأقرب للمُطَّلِع الرئيسي في جريمة إفشاء المعلومات الداخلية على اعتبار أنَّ مصدر معلوماته هو حصراً المُطَّلِع الرئيسي"، وعلى هذا فإنَّ المُطَّلِع الثانوي قد يكون مُتصلاً رئيسياً إذا تلقَّى المعلومات من المُطَّلِع الرئيسي<sup>3</sup>.

وقد جرى استعمال مُصطلح "المُطَّلِع" "Initié – Insider" عند دراسة ممارسة تداول المُطَّلِعين في بورصة الأوراق المالية، ومصطلح "المتلقِّي" "Tippee" عند دراسة ممارسة إفشاء المعلومات الداخلي.

<sup>1</sup> أنظر: د. همام القوصي، "الممارسات غير القانونية في سوق الأوراق المالية"، مرجع سابق، الصفحة 46.

<sup>2</sup> The International Organization of Securities Commissions (OICV-IOSCO), op. cit., page 9.

<sup>3</sup> فلو أنَّ رئيس مجلس إدارة شركة تنقيب عن النفط (مُطَّلِع رئيسي) علم بأنَّ مهندساً شركته قد اكتشفوا بئراً جديداً للنفط في الدولة التي تعمل فيها الشركة، وقام بإفشاء هذه المعلومة إلى صديقه مُوظَّف الاستقبال في ذات الشركة (مُطَّلِع ثانوي-متلقِّي رئيسي)، فإنَّ هذا الموظَّف إلى جانب كونه مُطَّلِعاً ثانوياً فهو أيضاً متلقِّي رئيسي؛ لأنَّه قد تلقَّى المعلومات من رئيس مجلس الإدارة الذي يُعتبر مُطَّلِعاً رئيسياً.

2- المتلقي الثانوي: لقد عرّفت المنظمة الدولية لهيئات الأوراق المالية (OICV) "المتلقي الثانوي" "Secondary Tippee" بـ "الشخص الذي يتلقى المعلومات الداخلية من مصادر غير المُطّلع الرئيسي"<sup>1</sup>.

فلا يُعتبر المتلقي الذي يتلقى المعلومات الداخلية من مُطّلع ثانوي متلقيًا رئيسيًا؛ وذلك لأنّ المُطّلع الثانوي قد يكون هو نفسه أحد المتلقين الذين حصلوا على المعلومات بطريقة غير مشروعة مثل الإفشاء، على عكس المتلقي الرئيسي فهو الشخص المُطّلع الذي يتلقى المعلومات من مصدر موثوق مُخوّل بالإطّلاع على المعلومات، وهو حصراً المُطّلع الرئيسي<sup>2</sup>.

فأيُّ شخصٍ يلي المُطّلع الرئيسي والمتلقي الرئيسي ندعوهُ بالمتلقي الثانوي<sup>3</sup>، وفي الواقع عندما يختلف المتلقين تنشأ منافسة غير مشروعة بينهم لاستغلال المعلومات الداخلية<sup>4</sup>.

وعلينا إدراك الغاية التشريعية والتنظيمية الخاصة بالتفريق بين فئات المُطّلعين والمتصلين في تخصيص مواجهة كلٍّ منهم وفقاً لخطورة فعله، فالمُطّلع الرئيسي في صدارة المنتهكين لحظر الاستغلال بسبب وجود حالة خيانة الثقة لديه عند استغلال معلومات المؤسسة التي يعمل لديها، ثم المُطّلع الثانوي فهو غير مرتبط بمصدر المعلومات بأيّ ميثاق.

وبالنسبة للمتصلين من الثانويين الخارجيين، يظهر المتلقي الرئيسي بمظهر خطر يستحقُّ عليه عقوبة أكبر من المتصل الثانوي، كون المتصل الرئيسي قد استطاع اختراق الجدران الإلكترونية المنصوبة للحفاظ على الأمن المعلوماتي<sup>5</sup> الخاص بمصدر المعلومات عند اتّصاله بالمُطّلع الرئيسي، بينما نرى المتلقي الثانوي

<sup>1</sup> The International Organization of Securities Commissions (OICV-IOSCO), op. cit., page 9.

<sup>2</sup> د. همام القوسي، "الممارسات غير القانونية في سوق الأوراق المالية"، مرجع سابق، الصفحة 55.

<sup>3</sup> نذكر مثلاً عن هذه الوضعية في الكهرباء في شركة لصناعة الاسمنت المسلح (مُطّلع ثانوي)، فلو أنّ هذا الشخص غير المخوّل بمعرفة المعلومات الداخلية الخاصة بإدارة الشركة المدرجة في بورصة الأوراق المالية قد سمع صدفةً حديث المدير العام للشركة بأنّه ينوي تسريح 20% من العمّال، ومن ثم قام بإفشاء هذه المعلومة إلى زميله في العمل (مُطّلع ثانوي-متلقي ثانوي) فيكون زميله هذا قد جمع بين صفتي المُطّلع والمتلقي الثانوي؛ لأنّه قد تلقى معلوماته من مُطّلع ثانوي مثله وليس من مُطّلع رئيسي، وأيُّ شخصٍ يتلقى المعلومات الداخلية بعد هذين المُطّلعين ندعوهُ متلقيًا ثانويًا.

<sup>4</sup> Laura Nyantung BENY, op. cit., page 251.

<sup>5</sup> إنّ من: "أهداف التسيير الإلكتروني: 1. تعزيز مستوى الأمان والحماية على المعلومات؛

2. ضبط صلاحيات الوصول إلى الوثائق والمستندات للموظفين؛

3. توفير آلية للتوثيق وقيد العمليات التي تجرى على الوثائق ألياً.

ثالثاً: العراقيل التي تواجه التسيير الإلكتروني:

1. ثمن وضع التسيير الإلكتروني باهظ إذا كان كم الوثائق مؤرشفة ضخمة؛

2. صعوبة أمن المعلومات،

كشخصٍ عاديٍّ استطاع بموجب علاقاته العادية معرفة المعلومة دون تعديٍّ على منظومة مصدر المعلومات أو اختراق جدرانها السريّة.

ولذلك يجب على المشرع توضيح الحدود بين مفهوم المُطَّلِع الثانوي وغيره من المُطَّلِعين بتعديلٍ صريحٍ للنصوص<sup>1</sup>؛ حتى يتمّ تنبيه رقابة البورصة<sup>2</sup>، وتخصيص التعامل مع أنواع المُطَّلِعين، وفقاً لخطورة استغلال كلٍّ منهم للمعلومات الداخليّة.

### المطلب الثاني: أنواع المُطَّلِع الثانوي من حيث استغلال المعلومات الداخليّة

إنّ المُطَّلِع الثانوي من حيث استغلاله للمعلومات الداخليّة إمّا أن يكون مُتعاملاً أي متداولاً بالبورصة أو مُفشيّاً دون تداول، وسنقوم بدراسة هذين النوعين من خلال الفقرتين التاليتين.

#### الفرع الأول: المُطَّلِع الثانوي المُتعامل

المُطَّلِع الثانوي المُتعامل هو: "الشخص الذي اطَّلِع على معلوماتٍ داخليّةٍ بغرض التعامل على أساسها في بورصة الأوراق الماليّة"، أي يهدف القيام بعمليات تداول وليس إفشاؤها، وقد تبين أنّ المُطَّلِع يميل بشكل عام إلى القيام بتعامل على أساس المعلومات الداخليّة بدلاً من تحمُّل المخاطر غير المنتظرة عند

3. هشاشة وسائط التخزين"، أنظر في هذا الاقتباس الحرفي لدى: وردة درب، وهيبة قمودة، "استخدام تكنولوجيا المعلومات وتأثيرها على وظائف المؤسسة -دراسة حالة بمؤسسة اتصالات الجزائر وحدة ورقلة"، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، 2013، الصفحة 47.

<sup>1</sup> أكّد الباحث ANDERSON في دراسته لعام 2015 أنّ لجنة الأوراق الماليّة والبورصة الأمريكيّة (SEC) ستقوم بخطوة تنظيميّة صريحة تجاه المُطَّلِعين من داخل الشركات الذين ظهرت بخصوصهم أدلّة تؤكّد أنّهم يقومون بمخططات تداوليّة تهدف إلى "هزم\ضرب السوق" "Beat the Market"، في الوقت الذي ظهرت فيه ثغرات بالمخططات التنظيميّة المواجهة للمُطَّلِعين؛ وذلك بسبب اشتراط قواعد اللجنة المذكورة وجود العلم والوعي "Awareness" في المُطَّلِع عن طبيعة المعلومات الداخليّة وأنّه يقوم باستغلالها، تلك الواقعة التي يصعب إثباتها إن لم تكن وظيفة المُطَّلِع تُتيح له الاطّلاع على تلك المعلومات، ما أكّد ضرورة حظر اللّجنة لمجرّد استعمال المعلومة، وهو ما يعني سدّ كلّ الثغرات التنظيميّة التي قد يستفيد المطلاع منها. أنظر:

John P. ANDERSON, Anticipating a Sea Change for Insider Trading Law: From Trading Plan Crisis to Rational Reform", Utah Law Review, Vol. 2015, No 2, 2015, pp. 339-389, page 388.

وهو ما نرى أنّه يمسُّ بشكلٍ مفصليٍّ حظر استغلال المعلومات الداخليّة تجاه المُطَّلِع الثانوي، ويوضّح كيفية قيادة السياسة التعديليّة لنصوص التنظيمات الحاكمة لهذه المسألة.

<sup>2</sup> وجد الباحثون الثلاثة AITKEN وCUMMING وZHAN في دراستهم لعام 2013 أنّ رقابة البورصة تواجه إشكاليّة قانونيّة ماليّة كبيرة، وهي: هل أنّ القواعد وتنفيذها تعتبر فعّالة في تقويض استغلال المعلومات الداخليّة؟، وحتى تقف رقابة البورصة على إجابة هذا السؤال، اختار الباحثون الثلاثة دراسة قواعد البورصة أولاً، ثم دراسة التعديلات التي فرضتها التوجهات الأوروبيّة ثانياً، ثم استخدام البيانات الرقابيّة فيما يتعلّق باستغلال المعلومات الداخليّة للوصول إلى النتيجة التقييميّة المثلى مدى فعاليّة قواعد حظر ممارسة الاستغلال هذه. أنظر:

Michael AITKEN, Douglas CUMMING, Feng ZHAN, "Exchange trading rules, surveillance and insider trading", Center for Financial Studies (CFS), Goethe University Frankfurt, Working Paper, No. 2013/15, 15 Oct 2013, page 2.

شراء الأوراق المالية<sup>1</sup>. على الرغم من أنه يجب على جميع المُطَّلَعين الامتناع عن التعامل على أساسها إلى أن يتم الإفصاح العام عنها<sup>2</sup> امتثالاً لحظر هذه الممارسة.

وبالنسبة للمواجهة التشريعية لاستغلال المعلومات الداخلية عبر التعامل بالتداول من المُطَّلَعين عليها في بورصة الأوراق المالية، فقد استخدم المشرع اللبني مصطلح "الاستخدام"<sup>3</sup> و"الاستعمال"<sup>4</sup> بصدد حظر الاستغلال، ما يدل على حظره واقعة التعامل بالتداول على أساس هذه المعلومات؛ فالاستخدام والاستعمال للمعلومات يعني تسخيرها في خدمة ضمان الربح غير المشروع عبر التداول<sup>5</sup>، ولكنَّ عدم شمول تعريف النظام الداخلي لبورصة بيروت للمُطَّلَع الثانوي كما رأينا يجعل المُطَّلَع الثانوي المُتعامَل في منأى عن حظر استغلال المعلومات الداخلية عبر التداول.

أما بالنسبة للمشرع الكويتي، فقد نصَّ في المادة 118 من القانون رقم 7 لعام 2010 بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية على تجريم: "... كل مطلع انتفع أو استغل معلومات داخلية عن طريق شراء أو بيع الأوراق المالية..."<sup>6</sup>، وطالما أنَّ مصطلح الانتفاع والاستغلال يستغرق التداول بربح مضمون، فإنَّ المُطَّلَع الثانوي المُتعامَل محظورٌ من ممارسة الاستغلال في حال استغراق تعريف المُطَّلَع في القانون المذكور للمُطَّلَع الثانوي وفقاً لتفسير القضاء، ولكنَّ المادة 118 من القانون الكويتي المذكور قد نصَّت قبل تعديلها على أنه: "... يُعتبر الشخص الذي يتداول بالأوراق المالية أثناء حياته للمعلومات الداخلية منتفعاً بها إذا كان الشخص على علمٍ بها عندما قام بالبيع أو الشراء إلا إذا استطاع إثبات أنه لم يتداول بناءً على تلك المعلومات".

<sup>1</sup> David ABOODY, John HUGHES, Jing LIU, "Earnings Quality, Insider Trading, and Cost of Capital", Journal of Accounting Research, Vol.43, No.5, December 2005, pp. 651-673, page 670.

<sup>2</sup> Stephen M. BAINBRIDGE, op. cit., page 773.

أنظر أيضاً: د.عمر سالم، مرجع سابق، الصفحة 64.

<sup>3</sup> أنظر: المادة 37 من النظام الداخلي لبورصة بيروت لعام 1995.

<sup>4</sup> أنظر: المادة 73 من النظام الداخلي لبورصة بيروت لعام 1995.

<sup>5</sup> وهو ما يضرُّ بثقة المستثمر في بورصة الأوراق المالية التي يتوجَّب حمايتها؛ لأنَّ المستثمرين الأفراد يمدُّون السوق بسيولة كبيرة إن وثقوا بأنهم تحت حماية القانون. أنظر: أ.خليل هندي، أنطوان الناشف، العمليات المصرفية والسوق المالية، الجزء الثاني، المفهوم القانوني للسوق المالية ومدى علاقتها بالنظام المصرفي، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، عام 2000، الصفحة 34. وإنَّ من أهم أركان طرح الثقة في البورصة توفُّر شفافية المعلومات فيه، حتى أنَّ تصنيف بورصات الأوراق المالية حول العالم يتمُّ من حيث التنافس بإيفاء كلِّ منها بمتطلبات الشفافية.

أنظر: Adina ONOFREI, op.cit., page 4.

<sup>6</sup> بخصوص استغلال المُطَّلَع للمعلومات تداولاً في الكويت، نذكر نص المادة 140 من قانون الشركات الكويتي رقم 15 لعام 1960 والتي نصَّت على أنه: "... لا يجوز لعضو مجلس الإدارة أن يستغلَّ المعلومات التي وصلت إليه بحكم منصبه في الحصول على فائدة لنفسه أو لغيره..."، وهو نص يشمل معنى التداول إلا أنه موجَّه إلى المُطَّلَع الرئيسي دون الثانوي، إلا أنَّ المرسوم الكويتي رقم 158 لعام 2005 بشأن تعديل بعض أحكام المرسوم بتنظيم سوق الكويت للأوراق المالية لعام 1983 نصَّ في تعديل المادة 6 على أنه: "تتولى لجنة السوق وضع القواعد والسياسات العامة لسوق الكويت بما فيها.. ضوابط منع التداول بناءً على معلومات داخلية أو غير معلنة.."، وهو حظرٌ عام لهذه الممارسة ويُفترض أن يشمل جميع فئات المُطَّلَعين ومنهم المُطَّلَع الثانوي، ولكن هذه النصوص لم تعد نافذة في الكويت بعد صدور قانون إنشاء هيئة سوق المال الكويتي الذي ألغى المادة 164 منه كل نص خاص أو عام يتعارض مع نصوصه.

وفي هذا الاستثناء باب واسع لتلمُّص المُطَّلَع الثانوي المُتعامَل؛ فيستطيع تقديم إثباتات عديدة بغرض تفسير عمليَّة التداول التي نَفَّذها على أنَّها كانت بناءً على تحليلٍ ماليٍّ أو استشارةٍ من وسيطه، وليس على أساس معلومةٍ داخليةٍ، ما قد أنشأ ثغرةً قانونيةً جاهزةً أمام المُطَّلَع الثانوي المُتعامَل.

وبعدها فقد قام المشرع الكويتي بتعديل المادة 118 المذكورة عبر القانون رقم 22 لعام 2015، فأصبح نصُّها كالتالي: "كلُّ مُطَّلَعٍ قام ببيع، أو شراء ورقة ماليةٍ أثناء حيازته لمعلوماتٍ داخليةٍ عنها، أو كشف عن المعلومات الداخلية، أو أعطى مشورة على أساس المعلومات الداخلية لشخصٍ آخر. كما يُعاقب بذات العقوبات أيّ شخصٍ قام بشراء أو بيع ورقة ماليةٍ، بناءً على معلوماتٍ داخليةٍ حصل عليها من شخصٍ مُطَّلَعٍ مع علمه بطبيعة تلك المعلومات بغرض تحقيق أيّ منفعةٍ له أو لغيره"، وبالتالي فقد تمَّ تلافي الثغرة الموجودة في النص السابق، إلا أننا بخصوص النص المُعدَّل نشير إلى نقطتين بغاية الأهمية، وهما:

1- اشترط المشرع الكويتي اقتران التعامل بحيازة المعلومات الأمر الذي يجب إثباته تجاه المُطَّلَع الثانوي المُتعامَل، وإثبات واقعة الحيازة قد يكون صعباً في الواقع، فيما كان الأفضل القول عن المُطَّلَع: "وهو يحوز معلوماتٍ داخليةٍ عنها أو أنَّها كانت لا بدَّ في حوزته من مقتضيات ظروف التداول": حتى يتمَّ تسهيل إثبات الاستغلال من واقعة التداول الرابع دون تفسيرٍ ماليٍّ واضحٍ سوى حيازة معلوماتٍ داخليةٍ.

2- اشترط المشرع الكويتي توافر علم المُطَّلَع الثانوي بطبيعة المعلومات التي يتداول على أساسها بأنَّها معلوماتٍ داخليةٍ أي جوهريَّة وسريَّة، وهو ما يُمثِّل عائقاً أمام تطبيق حظر التعامل على المُطَّلَع الثانوي الذي سيزعم أنَّه لم يكن يعرف طبيعة المعلومات التي تداول بناءً عليها، خاصةً أنَّ الثانوي بعيد عن مصدر المعلومة، ويُفترض فيه عدم علمه بطبيعتها، ولذلك كان من الأفضل الاقتصار على اشتراط توافر القصد باستغلال المُطَّلَع الثانوي لمعلومة "يعرف أو أنَّه لا بد أن يعرف طبيعتها السريَّة" فقط حتى يتمَّ تجريمه، دون اشتراط معرفته لطبيعتها الجوهريَّة أي قدرتها على التأثير بالأسعار.

بينما في فرنسا، فقد نصَّت المادة 4-742 على حظر استغلال المعلومات تداولاً طالما كان المُطَّلَع: "يعلم، أو لا بدَّ أنَّه يعلم، بأنَّها معلومة مميَّزة"<sup>1</sup>؛ أي حيثما تتوفر ظروفٌ وقرائنٌ كفيلة بإقامة قناعة قاضي الموضوع - أو المحكِّم- على حتمية هذا العلم، وهذه الطريقة أمكن للقاضي تجاهل أيّ دليلٍ قد يُقدِّمه المُطَّلَع بهدف إثبات أنَّ التداول كان طبيعياً، طالما قد شكَّلت الوقائع المعروضة أمام القاضي شذراتٍ لحتمية استغلال المُطَّلَع للمعلومات.

<sup>1</sup> ".. personne détenant une information privilégiée et qui sait ou qui aurait dû savoir qu'il s'agit d'une information privilégiée".  
Voir: Article 742-4, Règlement Général de L'Autorité des Marchés Financiers (AMF).

وهذا الأمر يعود لقناعة قاضي الموضوع، وبالتالي فإنَّ المُطَّلِعَ الثانوي المُتعامَل في فرنسا محظورٌ من التداول على أساس معلوماتٍ داخليةٍ يعلم بكونها داخليةً، أو أنَّ ظروف الوقائع تدلُّ بما لا يدع مجالاً للشكِّ أنَّه يعلم بذلك.

### الفرع الثاني: المُطَّلِعَ الثانوي المُفشي

قد تنتاب المُطَّلِعَ الثانوي مخاوفاً عديدةً فيما يخصُّ تعامله كمتداولٍ في بورصة الأوراق المالية بناءً على المعلومات الداخلية، ومنها انكشاف أمر تداوله غير المشروع ومحاسبته التي قد تصل إلى المعاقبة الجزائية، فيقوم بدلاً من ذلك بإفشاء هذه المعلومات بمقابل؛ حتى يتخلص من المخاطرة بالتعامل على أساس هذه المعلومات<sup>1</sup>، وهذا ما يؤكد ضرورة الالتزام بقواعد الإفصاح<sup>2</sup> عن المعلومات الداخلية لأنَّ عدم التزام الشركات بواجباتها تجاه الإفصاح سوف ينتج عنه بالتأكيد زيادةً في أرباح المُطَّلِعِينَ الذين يقومون باستغلال المعلومات الداخلية<sup>3</sup>.

وعلى صعيد المواجهة التشريعية، فقد تنبَّه النظام الداخلي لبورصة بيروت الصادر بموجب قانون البورصة إلى حالة استغلال المعلومات السريَّة المؤثرة ليس عبر التداول وإنما عبر الإفشاء عندما حظر استغلال هذه المعلومات بشكلٍ مباشرٍ أو غير مباشرٍ<sup>4</sup>؛ وهو ما يتجاوز الاستغلال التداولي (المباشر) إلى الاستغلال غير

<sup>1</sup> فقد تكون المعلومات التي اطَّلَع عليها إيجابية مثل تحقيق إحدى الشركات لزيادة في الأرباح عن ميزانية العام السابق بنسبة 15%، وعلى الرغم من ذلك فإنَّ المركز المالي الحالي للشركة في السوق مُهتَزُّ بسبب قيامها بإصدار أسهمٍ جديدةٍ لم يتمَّ الإقبال على الاكتتاب عليها مثلاً، فإنَّ خبر ارتفاع أرباح الشركة إذا تمَّ الإعلان عنه سيرفع سعر السهم بشكلٍ شبه مؤكَّدٍ، وبالتالي فإنَّ المُطَّلِعَ الثانوي إذا أراد أن يستغلَّ هذه المعلومات التي يجوزته عليه أن يشتري أكبر كميةٍ من أسهم الشركة المذكورة قبل أن ترتفع أسعارها، ولكن تعامله في السوق سيكون محلاً للشك من رقابة السوق؛ وذلك لأنَّ التعامل تمَّ خلال اهتزاز المركز المالي للشركة دون وجود أيِّ تفسيرٍ ماليٍّ منطقيٍّ لعملية الشراء إلا أن يكون القائم بها مُطَّلِعاً على معلوماتٍ داخليةٍ إيجابيةٍ. إنَّ مثل هذه الحالة التي قمنا بذكرها قد تدفع المُطَّلِعَ الثانوي إلى إفشاء المعلومات إلى شخصٍ آخر بمقابل، فيكون قد حقَّق مكسباً من علمه المُبكر وغير الرسميِّ بالمعلومات الداخلية دون أن يتعامل بالأوراق المالية المرتبطة بالمعلومات التي علم بها.

<sup>2</sup> يلعب الإفصاح دوراً محورياً في أسواق المال، فهو يعطي المستثمرين إمكانيةً استيعاب الحقيقة. أنظر:

Diego Trindade PEREIRA, "Kerr v. Danier Leather: an Analysis of the Difficulty to Enforce a Duty to Update Statements about the Future in the Context of Securities Regulation", A thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of Master of Laws, Faculty of Law, University of Toronto, 2010, page 44. See:

[https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/25827/11/Trindade\\_Pereira\\_Diego\\_201011\\_LLM\\_Thesis.pdf](https://tspace.library.utoronto.ca/bitstream/1807/25827/11/Trindade_Pereira_Diego_201011_LLM_Thesis.pdf).

<sup>3</sup> Peter CZIRAKI, Peter DE GOEIJ, Luc RENNEBOOG, "Insider Trading, Option Exercises and Private Benefits of Control", 2010, page 31. <https://ideas.repec.org/p/has/discpr/1006.html> (12-1-2018).

حيث أنَّ خلق الثقة في الأسواق عبر إفشاء الشفافية هو من الركائز والمقومات الأساسية لأية سوقٍ ماليةٍ تسعى نحو التطوُّر. أنظر: أ. خليل هندي، أنطوان الناشف، مرجع سابق، الصفحة 7. خاصَّةً إنَّ ألزماً المصدرين بنوعيةٍ معيَّنة من المعلومات تواكب الأهداف الاستثمارية للمتعاملين في بورصة الأوراق المالية. أنظر: علاء الدين أحمد جبر، بورصة الأوراق المالية، مرجع سابق، الصفحة 179.

<sup>4</sup> أنظر: المادتين 37 و73 من النظام الداخلي لبورصة بيروت لعام 1995.

التداولي (غير المباشر)، وهو الإفشاء، ولكن النظام الداخلي المذكور قد حصرَ حظرَ هذه الممارسة - كما مرَّ معنا- على فئة المُطلعين الرئيسيين، ما جعل من وجود المُطلّع الثانوي المُفشي أمراً لا سند قانوني له في لبنان. وبالنسبة للمواجهة التشريعية العامة لإفشاء المعلومات الداخلية في سوق الأوراق المالية فإن القانون الكويتي رقم 7 لعام 2010 بشأن إنشاء هيئة أسواق المال وتنظيم نشاط الأوراق المالية قد نصَّ في المادة 119 منه بعد تعديلها بالقانون رقم 22 لعام 2015 على تجريم: "... كل من يخضع لأحكام هذا القانون وأُفشي سراً اتصل بعلمه بحكم طبيعة عمله أو وظيفته أو منصبه"، وقد ربطت هذه المادة تشديد العقوبة مع حصول الشخص المُفشي: "... بأي شكلٍ من الأشكال على منفعة أو مصلحة أو مقابل لنفسه أو لغيره مقابل إفشاء السر أو المعلومة أو الخير"، كما أنَّ المادة 118 كانت قد حظرت على المُطلّع وفق هذا القانون أن يقوم بـ: "... إعطاء مشورة على أساس المعلومات الداخلية لشخص آخر غير مُطلّع"، ما يجعل وجود المُطلّع الثانوي المُفشي أمراً واضحاً مبدئياً.

ولكن المشكلة الحقيقية التي قد تظهر خلال تطبيق أحكام هذا القانون الكويتي هي أنَّ المُطلّع الثانوي لا يُمكن اعتباره خاضعاً لأحكام القانون فهو غير مشمول بتعريف المُطلّع كما مرَّ معنا، كما أنَّ حظر الإفشاء وفقاً للمادة 119 المذكورة قد أكَّد على ربط علم الشخص المُفشي بالمعلومات عبر العمل أو الوظيفة أو المنصب، وهو ما أبقاه المشرع الكويتي حتى بعد صدور القانون رقم 22 لعام 2015.

وحتى المواد 1-3-6 و 1-3-7 من الكتاب الرابع\الفصل الأول الخاص بالألئحة التنفيذية لقانون هيئة سوق المال الكويتي التي قامت بتنظيم إدارة البورصة قد اقتصرت في نطاق حظر إفشاء المعلومات الداخلية على موظفي البورصة الذين علموا بالمعلومات الداخلية بحكم موقعهم (المُطلعين الرئيسيين) أو بحكم علاقتهم المهنية أو الشخصية (المُطلعين الثانويين الداخليين)، دون أن ينال الحظر من الثانويين الخارجيين.

ولذلك نوَّكِد على ضرورة حذف جملة: "... يخضع لأحكام هذا القانون..." والاكتفاء بجملة: "... كل من..." حتى يشمل النص الكويتي أي شخص قد يقوم بالإفشاء، كما نقترح إضافة جملة في آخر هذه المادة عندما عدَّدت طرق وصول المعلومات إلى المُطلّع عبر العمل أو الوظيفة أو المنصب فنضيف: "... أو بالمصادفة"؛ حتى تصبح مواجهة المُطلّع الثانوي شاملة لكل أنواعه وحالات استغلاله للمعلومات الداخلية.

أما في فرنسا، فقد أصدر المشرع الفرنسي قانون 1989/8/2 وعدَّل بموجبه مرسوم إنشاء لجنة عمليات البورصة القديمة (COB) فأضاف فقرة ثانية للمادة 10-1 عاقب فيها على إعطاء المعلومات المميزة لشخص آخر غير الكادر العادي لمهنة أو وظيفة المُطلّع، إذا كانت ممارسة هذه المهنة أو الوظيفة هي السبب في حيازة تلك المعلومات، وهو ما يعني وجود نفس النقص في مواجهة إفشاء المُطلّع الثانوي للمعلومات الداخلية.

وبعد إلغاء لجنة عمليات البورصة الفرنسية، جاءت هيئة الأسواق المالية الفرنسية (AMF) بنصِّ في تنظيمها العام عبر المادة 3-742 يُلزم الأشخاص المُطلعين على المعلومة المتميزة بالامتناع عن تقديم "المشورة"

"Recommander" أو الإقناع بالتداول على أساس هذه المعلومات<sup>1</sup> دون أن تحديد شخصية مُفشي المعلومات، وبهذا فقد شمل نصُّ الهيئة الفرنسيّة حالة إفشاء المُطلّع الثانوي المُفشي، وبقي أن يشمل "تطبيق القانون" فئة المُطلّع المُفشي؛ حيث لوحظ وجود فرق بين النص والتطبيق في حالات انتهاك نظام البورصة في أوروبا<sup>2</sup>.

### الخاتمة

رغم خطورة المُطلّع الثانوي على المعلومات الداخليّة فيما يخصُّ استغلالها في بورصة الأوراق الماليّة، ورغم أنّ الواقع العمليّ يؤكّد أنّ هذه الفئة هي الأكثر صعوبةً من حيث الاكتشاف والملاحقة والمقاضاة، فإنّ المشرع اللبّاني قد أغفله عند حظر ممارسة الاستغلال.

بينما لم يذكر المشرع الكويتي المُطلّع الثانوي عند تعريفه لمعنى المُطلّع الذي لم يتم بتعديله حتى بعد صدور القانون رقم 22 لعام 2015، إلّا أنّ هذا القانون قد حظر استغلال المعلومات الداخليّة من المُطلّع الثانوي عبر المادة 118 من قانون سوق رأس المال بعد تعديلها رغم أنّه قد اشترط لقيام الحظر تجاه الثانوي علمه بطبيعة المعلومات وهو أمر يصعب إثباته، كما أنّ ممارسة إفشاء تلك المعلومات لم تشمل إفشاء المُطلّع الثانوي لها لأنّ المادة 119 من القانون المذكور قد اشترطت العلم بالسر الذي تمّ إفشاؤه بحكم العمل أو الوظيفة أو المنصب ما يُخرج الثانوي من إطار الحظر، وهو ما يؤكّد ضرورة التدرُّج التشريعي السريع عبر النصّ على مواجهة تشريعيّة عامة لهذه الجريمة تجاه أيّ شخص قد يقوم بها.

أمّا بالنسبة للقانون الفرنسي، ففي مرحلة لجنة عمليات البورصة (COB) -التي امتدّت منذ مرسوم إنشائها عام 1967 إلى حين إلغائها عبر مرسوم إنشاء هيئة الأسواق الماليّة الفرنسيّة (AMF) عام 2003- فقد كانت المواجهة القانونيّة للمُطلّع الثانوي قاصرةً، أمّا بعد إنشاء سلطة الأسواق الماليّة الفرنسيّة وإصدارها التنظيم العام للبورصة فإنّ مواجهة استغلال المعلومات الداخليّة قد شملت المُطلّع الثانوي عبر أسلوب تعميم حظر ممارسة الاستغلال تجاه أيّ شخص سواءً أكان علمه مُفترضاً (رئيسي) أم لا (ثانوي)، وعبر أيّ أسلوبٍ سواءً أكان بالتداول (متعامل) أم بالإفشاء (مُفشي).

ولكنّ مواجهة المُطلّع الثانوي وطرق استغلاله للمعلومات الداخليّة من تعامل أو إفشاء على تعقيدها لا تستقيم فقط عبر حظر هذه الممارسة تجاه أيّ شخص يرتكبها وبأية طريقة؛ لأنّ أسلوب التعميم هذا لا يتضمّن تخصيص العقوبة الإداريّة من سلطة السوق ولا العقوبة الجزائيّة من القضاء وفقاً لمدى خطورة المُطلّع الثانوي.

<sup>1</sup> Article 742-3-2°, Règlement Général de L'Autorité des Marchés Financiers (AMF).

<sup>2</sup> Douglas CUMMING, Alexander GROH, Sofia JOHAN, "Same Rules, Different Enforcement: Market Abuse in Europe", 14 January 2014, page 3. See: <https://papers.ssrn.com/abstract=2399064> (12-1-2018).

ونرى أنّ سبب حدوث حالة إغفال المشرع اللبْناني والكويتي لبعض التفاصيل الحسّاسة الخاصّة بنظام بورصة الأوراق الماليّة هو معاملته لقانون البورصة كأبيّ قانونٍ عاديٍّ من حيث مصادر قواعده العامّة من القانون المدني وقانون التجارة والشركات... بينما نجد خصوصيّة نظام البورصة تفرض اعتبار القانون النقدي والمالي هو القاعدة العامّة لتنظيم العمل فيها كما في فرنسا، إلى جانب باقي القوانين المرتبطة بالأنشطة التجاريّة. فهذا التّأصيل غير المتخصّص لنصوص قانون بورصة الأوراق الماليّة هو الذي أدّى إلى إغفال المشرع اللبْناني والكويتي للمُطلّع الثانوي، وإلى حدوث حالة القصور التشريعي الكبير بخصوص حظر ممارسة استغلال المعلومات الداخليّة.

### التوصيات:

1. النصُّ على تعريف المُطلّع كالتالي: "أيُّ شخصٍ اتّصلت المعلومات الداخليّة بعلمه قبل الإفصاح عنها للجمهور".
2. النصُّ على حظر استغلال المعلومات الداخليّة كالتالي: "يُحظر على أي شخص أن يقوم باستغلال إطلاعه على المعلومات الداخليّة عبر التعامل على أساسها في السوق أو عبر إفشائها إلى أيّ شخصٍ آخر، ويعتبر الشخص مُستغلاً لهذه المعلومات إن قام بالتداول بناءً على معلوماتٍ يعلم أو أنّه كان لا بدّ أن يعلم طبيعتها السريّة".
3. اعتبارُ المُطلّع الثانوي المُستخدَم التابع لدى إحدى الشركات التابعة أو الشقيقة للشركة مصدر المعلومات مُطلّعاً ثانوياً داخلياً.
4. عدم الاكتفاء بالحظر العام لاستغلال المعلومات الداخليّة، بل يجب تخصيص مواجهة هذه الممارسة حسب خطورة موقع المُطلّع الثانوي، وسوء نيّته.
5. فرض عقوبة وقف الترخيص على المُطلّع الثانوي الداخلي ثم سحبه من ممارسة العمل بشركات البورصة حيث استقى من الشركة التي يعمل بها معلوماته.
6. فرض عقوبة وقف الترخيص المُطلّع الثانوي الخارجي ثم سحبه من ممارسة عمل التحليل المالي والاستشارات إن كان هذا المُطلّع شركة تمارس هذا العمل، وفرض عقوبة الحرمان المؤقت وبعدها الدائم من التداول في البورصة إن كان شخصاً عادياً.
7. فرض عقوبة تنال من الترخيص بالعمل على المُطلّع الثانوي المُفشي في البورصة إن كان من داخل مصدر المعلومات، وفرض عقوبة الحرمان المؤقت ثم الدائم من التداول في البورصة إن كان شخصاً من خارج هذا المُصدر.

8. رفع قيمة الغرامة على المُطَّلَع الثانوي الداخلي لخيانته واجب الولاء تمييزاً له عن الخارجي، ورفعها أكثر إن كان مُطَّلَعاً ثانوياً مُفْشِياً لصعوبة كبح جماح ممارسة الإفشاء تمييزاً له عن المتعامل.

## المراجع

### أولاً: المؤلفات باللغة العربية:

#### أ- الكتب:

- د. البربري صالح، الممارسات غير المشروعة في بورصة الأوراق المالية، دراسة قانونية واقتصادية مقارنة، مركز المساندة القانونية، القاهرة، عام 2001، الطبعة الأولى.
- جبر علاء الدين أحمد، بورصة الأوراق المالية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، عام 2007.
- د. سالم عمر، الحماية الجنائية للمعلومات غير المعلنة للشركات المقيدة بسوق الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1999، الطبعة الأولى.
- د. طاحون نصر على، شركة إدارة محافظ الأوراق المالية، دراسة تأصيلية لبورصات الأوراق المالية والمحافظ المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 2003.
- د. فتحي حسين، تعاملات المطلعين على أسرار أسهم الشركة، دار النهضة العربية، القاهرة، عام 1996.
- د. هندي منير إبراهيم، الأوراق المالية وأسواق رأس المال، منشأة المعارف، الإسكندرية، عام 1999.
- أ. هندي خليل، الناشف أنطوان، العمليات المصرفية والسوق المالية، الجزء الثاني، المفهوم القانوني للسوق المالية ومدى علاقتها بالنظام المصرفي، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، عام 2000.

#### ب- الرسائل الجامعية:

- د. بنبعيدة عبد الرحيم، "مفهوم مصلحة الشركة كضابط لتحديد اختصاصات ومسؤولية مجلس الإدارة والجمعيات العامة دراسة تحليلية مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، نوقشت جامعة عين شمس في عام 2000، غير منشورة.
- وردة درب، وهيبة قمودة، "استخدام تكنولوجيا المعلومات وتأثيرها على وظائف المؤسسة -دراسة حالة بمؤسسة اتصالات الجزائر وحدة ورقلة"، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ليسانس في علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية والتجارية وعلوم التسيير، جامعة قاصدي مرباح ورقلة، الجزائر، نوقشت عام 2013، غير منشورة.

د. صرخو يعقوب يوسف، "الأسهم وتداولها في الشركة المساهمة"، رسالة مقدمة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، نوقشت عام 1982، غير منشورة.

د. القوصي همام، "الممارسات غير القانونية في سوق الأوراق المالية"، رسالة أعدت لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، نوقشت في جامعة حلب، عام 2011، غير منشورة.

### ج- الأبحاث العلمية المحكمة:

د. القوصي همام، "المفهوم القانوني للمعلومات الداخلية في سوق الأوراق المالية - دراسة مقارنة بين القانون الكويتي والسوري والتشريع المقارن"، مجلة الحقوق المحكمة - جامعة الكويت، المجلد: 37، العدد 4، ديسمبر 2013.

### ثانياً: المؤلفات باللغة الإنكليزية:

#### I. Articles:

- **ABOODY** David, **HUGHES** John, **LIU** Jing, "Earnings Quality, Insider Trading, and Cost of Capital", Journal of Accounting Research, Vol.43, No.5, December 2005.
- **AHERN** Kenneth R., "Information Networks: Evidence from Illegal Insider Trading Tips", 5 February 2015. See: [www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304405X17300570](http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0304405X17300570) (12-1-2018).
- **ANDERSON** John P., "Anticipating a Sea Change for Insider Trading Law: From Trading Plan Crisis to Rational Reform", Utah Law Review, Vol. 2015, No 2, 2015, pp. 339-389.
- **AITKEN** Michael, **CUMMING** Douglas, **ZHAN** Feng, "Exchange trading rules, surveillance and insider trading", Center for Financial Studies (CFS), Goethe University Frankfurt, Working Paper, No. 2013/15, 15 Oct 2013.
- **BAINBRIDGE** Stephen M., "Insider Trading", In: **BOUCKAERT**, B.; **DE GEEST**, G. (eds.), Encyclopedia of Law and Economics, Vol. III, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2000.
- **BENY**, Laura Nyantung. "Insider Trading Laws and Stock Markets Around the World an Empirical Contribution to the Theoretical Law and Economics Debate", The Journal of Corporation Law, Winter 2007, pp.237-300.

- **COFFEE** Jr. John C., *"Mapping the Future of Insider Trading Law: Of Boundaries, Gaps, and Strategies"*, Law Working Paper N°. 204/2013, European Corporate Governance Institute, March 2013.
- **CZIRAKI** Peter, **DE GOEIJ** Peter, **RENNEBOOG** Luc, *"Insider Trading, Option Exercises and Private Benefits of Control"*, 2010. See: <https://ideas.repec.org/p/has/discpr/1006.html> (12-1-2018).
- **CUMMING** Douglas, **GROH** Alexander, **JOHAN** Sofia, "Same Rules, Different Enforcement: Market Abuse in Europe", 14 January 2014. See: <https://papers.ssrn.com/abstract=2399064> (12-1-2018).
- **DAVIS** Kenneth R., "The Equality Principle: how Title VII can save Insider Trading Law", *Cardozo Law Review*, Vol. 39:199, 2017.
- The **International** Organization of Securities Commissions (OICV-IOSCO), *"Insider Trading How Jurisdictions Regulate It"*, report of the emerging markets committee, March 2003. See: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD145.pdf> (12-1-2018).
- **NGUYEN** Vinh, **TRAN** Anh, **ZECKHAUSER** Richard, "Stock Splits to Profit Insider Trading Lessons from an Emerging Market", December 30, 2016. See: [www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0261560617300487](http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0261560617300487) (12-1-2018).
- **WISNIEWSKI** Tomasz P., **BOHL** Martin T., *"The Information Content of Registered Insider Trading Under Law Enforcement"*, *International Review of Law & Economics*, 2005 – Elsevier.
- **WANG** Xuewu, *"Time-Varying Liquidity Trading, Private Information and Insider Trading"*, 2010. See: <http://www.fma.org/NY/Papers/PINInsiderTrading.pdf> (12-1-2018).

## II. Thesis:

- **PEREIRA** Diego Trindade, *"Kerr v. Danier Leather: an Analysis of the Difficulty to Enforce a Duty to Update Statements about the Future in the Context of Securities Regulation"*, A thesis submitted in conformity with the requirements for the degree of Master of Laws, Faculty of Law, University of Toronto, 2010. See: <https://tspace.library.utoronto.ca/handle/1807/25827> (12-1-2018).

## ب- المؤلفات باللغة الفرنسية:

### I. Articles:

- **BERCOT** Nicolas, **KESLASSY** Michael, "*Détection du délit d'initié*", Département de Mathématiques Appliquées, Ecole Polytechnique, Décembre 2005.
- **FERON** Benoît, "*Les Délits Boursiers, en Droit Belge et en Droit Compare*", Colloque Les délits financiers, Belgum, Bruxelles, 1999.

### II. Thèses:

- **ONOFREI** Adina, "*La Restructuration des Marchés Financiers en Europe: Une Course de Titans*", Thesis for the Degree of Master of European Studies, College of Europe, Bruges, Law Department, Academic Year 2005-2006. See:

<http://docplayer.fr/6352457-La-restructuration-des-marches-financiers-en-europe.html> (12-1-2018).

- **VOLZ** Stefanie, "*La Surveillance des Bourses en France et en Allemagne une Comparaison Analytique*", Université Robert Schuman, Strasbourg III, année universitaire 2002/2003. Voir le lien: <http://www-cde.u-strasbg.fr/> (12-1-2018).

### III. Les Décision:

- Cour de Cassation de France, Chambre criminelle, Cassation partielle, Audience publique du 14 juin 2006, Publication: Bulletin criminel, 2006 N° 178.
- Conseil d'État de France, statuant au contentieux, N° 298912, lecture du 14 décembre 2006.



## الإصلاحات المُدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي

جان سمتس وكارولان كالوم

ترجمة أ.د نبيل مهدي زوين/ كلية القانون - جامعة الكوفة - العراق

"The reform of the French Law of Obligations: les jeux sont faits."

Smits, Jan, and Caroline Calomme<sup>1</sup>

لقد كان الأول من تشرين الأول لعام 2016 يوماً تاريخياً بالنسبة للقانون الفرنسي. حين شهد التقنين المدني الفرنسي لأول مرة منذ صدوره عام 1804 إصلاحات جوهرية لنظرية الالتزام فيه. وستعتني هذه الورقة البحثية بدراسة مضمون ومبررات هذه الإصلاحات. وقد خلصت في النهاية بأن الإصلاحات المُدخلة على نظرية الالتزام في القانون المدني الفرنسي، لم تدرك المأمول منها من قبل الحكومة الفرنسية.

### المقدمة :

يعزو الكثيرون الدور المحوري الذي يضطلع به القانون الخاص في فرنسا إلى التقنين المدني *Code (Civil)*<sup>2</sup> الصادر عام 1804 والذي يسمى في كثير من الأحيان بقانون نابليون *Code Napoleon*. إن هذا التقنين يوصف بأنه دستور المجتمع المدني الفرنسي، ففي الوقت الذي يعتني فيه الدستور بوضع المبادئ التي تحكم العلاقات بين الدولة والأفراد، يضع التقنين المدني المبادئ العامة الناظمة للعلاقات بين الأفراد فيما بينهم كاحترام الملكية والحرية التعاقدية وأحكام المسؤولية المدنية تلك المبادئ التي يقضي بها روح التقنين المدني الفرنسي<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>\* Maastricht Journal of European and Comparative Law\* 23.6 (2016): 1040-1050.

<http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/1023263X1602300607?journalCode=maaa>

تمت الترجمة بتصريف من المترجم وذلك لاختلاف المباني والاستعمالات اللغوية بين اللغتين القانونية الفرنسية و الانكليزية من جهة وبين والعربية من جهة أخرى. (المترجم)

<sup>2</sup>تمت استعمال كلمة التقنين بدلا من القانون لأن النص الأصلي وتشريع نابليون استعمالا كلمة (Code) وهي كلمة تدل على التقنين أكثر من دلالتها على القانون (المترجم)

<sup>3</sup> J.M. Smits, Contract Law: AComparative Introduction (Cheltenham, 2014)

ففي الفاتح من أكتوبر عام 2016 شهدت فرنسا تحول ثوري نسبي. حيث تم تعديل نظرية الالتزامات في التقنين المدني الفرنسي بشكل جوهري للمرة الأولى منذ صدور هذا التقنين. وستناقش هذه الورقة الإصلاحات والتي لم يقتصر مداها على رجال القانون في فرنسا فحسب، بل أثارت اهتمام الكثير خارج فرنسا. ولم يكن هذا بسبب التغييرات الجوهرية للتقنين نفسه بل أيضا بسبب الطريقة غير المعتادة التي تم اتباعها لتعديل رمز عمره 210 سنوات اسمه التقنين المدني: لم يكن التعديل بنص يتبناه البرلمان الفرنسي لكنه كان من خلال قرار حكومي (*ordonnance*). بعد استعراض دوافع وأصل الإصلاحات في المبحث الأول ومناقشة أهم الإصلاحات في القواعد القانونية الموجودة المبحث الثاني، فإننا سوف نطرح سؤالاً في المبحث الثالث حول تقييم هذه الإصلاحات وفيما إذا كانت حققت الهدف المرجو منها أم لا. وفي النهاية سيكون واضحاً لنا كيف أن هناك سبباً جدياً للشك في تحقيق هذه الإصلاحات لأهدافها.

### المبحث الأول: منطلق الإصلاحات : تاريخها ومبرراتها

"يجب من حين لآخر إعادة النظر في ميدان، باتت فيه الاختلالات الكثيرة تشكل نوعاً من الفوضى"<sup>1</sup>. إن هذه الكلمات ليست من كلمات المشرع الفرنسي بل هي لإدوارد مارتيز ميجرس واضع مشروع التقنين المدني الهولندي لعام 1992. يرى ميجرس أن هذا المعنى هو ما يبرر تحديث التقنين باستمرار: إن تنظيم وتعزيز التطبيق القضائي لنصوص التقنين المدني في المحاكم يسمح للمشرع لاستعادة دوره القيادي الذي يملكه في الأنظمة القانونية التي تتبع الشريعة اللاتينية. إن هذا المبرر مع مبرر الرغبة في استبدال القواعد عديمة الفائدة بأخرى جديدة، تفسر لنا قيام العديد من الدول بتعديل تقنيناتها التي ترجع أصولها إلى القرن التاسع عشر أو استبدالها بتقنينات جديدة. إن هذه الحقيقة هي التي أدت إلى محاولات غير ناجحة في فرنسا لتعديل التقنين المدني الفرنسي. إن هذا لا يعني عدم حصول أي تعديل على قانون الأسرة الفرنسي<sup>2</sup> أو لقواعد التأمينات العينية، لكن نظرية الالتزامات المقدسة ظلت تقريبا نفسها كما كانت عام 1804. ربما كان التعديل الأكبر هو الذي حصل عام 2014 عند استبدال معيار رب الأسرة الحريص كمعيار للسلوك المعتاد الذي يتطلبه القانون بمعيار أكثر حيادية وأقل خيالاً هو معيار الشخص المعتاد<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>E.M. Meijers, 'La réforme du Code Civil Néerlandais', in E.M. Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellendeel 1* (Universitaire Pers Leiden, 1954), p. 161.

<sup>2</sup> قانون الأحوال الشخصية (المترجم)

<sup>3</sup>Article 26 of Law 2014-873 of 4 August 2014 on real equality between women and men (Loi No 2014-873 (4 August 2014) pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes).

إن أصل إصلاحات 2016 يعود إلى الفترة التي أعقبت مباشرة الاحتفالات بالذكرى الـ 200 لتشريع التقنين المدني الفرنسي<sup>1</sup>. في ذلك الوقت واجهت فرنسا اختباراً مؤلماً. في عام 2004 وصلت أوربة<sup>2</sup> القانون الخاص إلى أعلى مستوياتها. لم يكن هذا بسبب التعليمات التي أصدرها المشرع الأوروبي مجال قانون العقد، بل بسبب أن هذه الأوربة قد توجت بعدد من المشاريع الأكاديمية. بناءً على ذلك فقد تم، في ذلك الوقت، إنجاز مبادئ قانون العقود الأوربي (PECL)<sup>3</sup> وتم إطلاق مشروع التقنين المدني الأوربي<sup>4</sup>. ضمن احتفالاتهم بعظمة تقنينهم فإن الفرنسيين كان عليهم الاستنتاج بأن هذا القانون الفرنسي لم يكن له أثر كبير على هذه التشريعات الأوربية. لقد كانت الحلول المطروحة في التشريعات الأوربية معتمدة على القانون الألماني أو القانوني الانكليزي أو على التقنين المدني الهولندي المعاصر لعام 1992 أكثر من اعتمادها على قواعد القانون الفرنسي التي يصل عمرها إلى القرنين. إضافة إلى ذلك فقد نشرت الطبعة الأولى من التقرير المشهور اليوم بـ "ممارسة الأعمال التجارية" من البنك الدولي. لقد قام هذا التقرير بتصنيف الأنظمة القانونية بناءً على جذبها للتجارة الدولية وقد كانت فرنسا في المرتبة الرابعة والأربعين<sup>5</sup>. لقد خلقت هذه المستجدات زخماً وإرادة سياسية لإصلاحات كبيرة في القانون الخاص في فرنسا. بالإضافة إلى تعزيز الثقة القانونية بالتشريع من خلال تقنين التطبيقات القضائية فقد كان المبرر الرئيسي للإصلاحات الحالية هو تطوير الجذب الذي يحظى به القانون الفرنسي على النطاق الدولي. كما أن مبرراً آخر كان تنشيط ما يعرف بالعدالة العقدية من خلال تعزيز المركز القانوني للجانب الأضعف في العقد<sup>6</sup>.

إن من الطرق التي تستعمل عادة في إصلاح تقنين مدني هي إعداد المسودة الأولى من الأكاديميين الحقوقيين وهي علامة على التعاون الوثيق في الأنظمة القانونية التي تتبع الشريعة اللاتينية بين الأكاديميين من جهة وبين السلطة التشريعية من جهة أخرى. إن هذا ما حدث في فرنسا بخصوص الإصلاحات محل البحث ففي عام 2005 نشرت لجنة برئاسة أستاذ القانون المتقاعد بيير كَتَّالاً (1903-2012) مسودة لمشروع قانون

<sup>1</sup>See on the reform e.g., G. Chantepie and M. Latina (eds.), *La reforme du droit des obligations* (Dalloz, 2016); H. Barbier, 'Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 Février 2016', *Revue trimestrielle de droit civil* (2016), p. 247; B. Fauvarque-Cosson, 'Towards an important reform of the French Civil Code', *Montesquieu Law Review* (2015), p. 67.

<sup>2</sup>الأوربة هي جعل الشيء أوربياً (المترجم)

<sup>3</sup>Part 3 was published in 2003 see, O. Lando et al. (eds.), *Principles of European Contract Law Part III* (Kluwer, 2003).

<sup>4</sup>This project resulted in the Draft Common Frame of Reference (DCFR), C. Von Bar et al. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference* (Sellier, 2009).

<sup>5</sup>World Bank, 'Doing Business in 2004: Understanding regulations', [www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB04-FullReport.pdf](http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB04-FullReport.pdf). In the most recent edition of 2016, France is ranked 27th.

<sup>6</sup>Report to the President of the Republic on regulation nr 2016-131 (Rapport au President de la Republique relatif a l'ordonnance no 2016-131), JUSC1522466P, *Journal Officiel*, 11 February 2016.

التعديل<sup>1</sup>. ضمت اللجنة عددا لا يقل عن 37 عضوا من تخصصات مثلوا جميع تخصصات القانون الفرنسي الخاص وهو السبب الذي جعل المسودة فرنسية بحتة وخالية من الإشارة إلى قانون العقود الأوربي (PECL) أو حتى القواعد ذات الأصل الأوربي. في مقابلة هذا هذه المسودة فإن محاولة أكثر تقدمية لإصلاح التقنين المدني الفرنسي قد قدمت من أستاذ قانون آخر من جامعة باريس هو الأستاذ فرانسوا تيريه (ولد عام 1930)<sup>2</sup>. نشرت هذه المسودة عام 2008 من قبل وزارة العدل الفرنسية ذاتها<sup>3</sup> وشكلت أساسا للإصلاحات موضوع البحث.

إن من أهم الأسباب الرئيسية التي تدفع الأنظمة القانونية التي تتبع الشريعة اللاتينية لتقنين التشريعات هو السماح للسلطة التشريعية المنتخبة بشكل ديمقراطي من المشاركة في صناعة القانون. عكس ما يشير إليه المصطلح فإن التقنين لا يتضمن تقنين السوابق القضائية بل يتعداها إلى تبني العديد من الخيارات الأخرى كمستوى الحماية التي يجب أن يتمتع بها الطرف الضعيف في العقد ومدى الحرية التي تمنح للمحكمة في ذلك. عندما أعدت مسودة القانون المدني الهولندي فإن البرلمان الهولندي قد طلب منه الإجابة على خمسين سؤالاً طرحت من ميغرس. غير أن الإجراءات الديمقراطية لها ثمنها فهي ليست بطيئة فحسب لكن البرلمان يجب أن يكون راغبا في الموافقة على التعديلات المقترحة. إن هذه الموافقة قد سببت إشكالية في فرنسا. لقد ظلت الآليات المناسبة التي يجب اتباعها في هذه الإصلاحات محل جدل طويل بين الحكومة والجمعية الوطنية (أحد ذراعي البرلمان) من جهة وبين مجلس الشيوخ (الذراع الآخر للبرلمان) من جهة أخرى. لقد كانت الحكومة والجمعية الوطني يفضلان الإصلاح من خلال تعليمات بينما كان مجلس الشيوخ مؤيدا لفكرة إصدار نص تشريعي جديد. إن وجهة النظر الأخيرة كانت مفهومة تماما حيث أن التقنين المدني الفرنسي يشكل دستور المجتمع المدني لذا سيكون تعديله من خلال التعليمات الحكومية أمرا مهينا. على أية حال فإن مجلس الشيوخ قد خسر الرهان فقد قدمت الحكومة عام 2013 مشروعاً يستند إلى السلطات الخاصة التي منحها إياها المادة 38 من الدستور الفرنسي<sup>4</sup> يسمح للحكومة تغيير نظرية الالتزامات في التقنين المدني الفرنسي. بحلول عام 2015 وبعد مواجهة طويلة بين ذراعي البرلمان الفرنسي تمت الموافقة على المشروع<sup>5</sup> الذي أطلق العنان للنقاش حول نصوص الإصلاح.

<sup>1</sup>P. Catala, Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription (La Documentation française, 2006).

<sup>2</sup>F. Terré, Pour unereforme du droit des contrats (Dalloz, 2009).

<sup>3</sup>See on its genesis for example, D. Mazeaud, 'La réforme du droit français des contrats', Revue Juridique Themis (2010), p. 243.

<sup>4</sup>تقضي المادة 38 من الدستور الفرنسي بجواز طلب الحكومة تفويضاً من البرلمان لمدة محددة لاتخاذ إجراءات تدخل في اختصاص القانون من أجل تنفيذ برنامج حكومي (المترجم).

<sup>5</sup>Act no. 2015-177 of 16 February 2015 on the modernisation and the simplification of law and procedures in the fields of justice and domestic affairs (Loi no. 2015-177 du 16 fevrier 2015 relative a la modernisation et a la simplification du droit et des procedures dans les domaines de la justice et des affairesinterieures), JUSX1326670L. Article 8 of this loid'habilitation gave the French government the mandate to modernize and simplify its contract law, the law of obligations and the law of evidence in Book III of the Civil Code (Code Civil), to make it more readable and accessible and to guarantee legal certainty and efficacy.

لم يكن هذا النص متعلقاً بنظرية العقد فقط بل يتناول نظرية الالتزامات بصورة عامة كما يتناول قانون الإثبات أيضاً. إن طرح النص للتشاور أمام الكافة أنتج أكثر من 300 رد مكتوب من جميع فعاليات المجتمع الفرنسي<sup>1</sup>. صدرت التعليمات في شباط من عام 2016<sup>2</sup>. لا زالت التعليمات تحتاج مصادقة البرلمان<sup>3</sup>. لكن عدم المصادقة لا يمنع التعليمات من دخول حيز النفاذ في الأول من تشرين الأول 2016<sup>4</sup>. إن الإصلاحات القادمة وشيكة الوقوع ، فلقد نشرت مسودة أولى لإصلاحات في المسؤولية المدنية وستكون قانون ملزماً عام 2017<sup>5</sup>.

### المبحث الثاني : مضمون الإصلاحات: تعدد الخيارات

بعد انتهاء 200 سنة على تشريع التقنين المدني الفرنسي ، تبدو النصوص الجديدة بالتعديل في الكتاب الثالث من هذا التقنين غير منتهية. إن كل نص كتب منذ زمن بعيد يمكن إعادة كتابته بشكل جديد بينما يطور القضاء قواعد جديدة يمكن أن يتم تقنينها. على أية حال فإن هذا لم يكن الخيار الذي تبنته الحكومة الفرنسية التي قدمت لنا إصلاحات محدودة نسبياً تاركة الغموض يلتبس سبب اختيار نص دون آخر ضمن التعديل. إن الإصلاحات ترمي إلى واحد من ثلاثة أهداف

أولها تغيير القواعد القانونية الموجودة ، أما ثاني هدف فهو تقنين القانون الوضعيما توصل إليه القضاء والفقهاء ، وأخيراً قد يكون هدف الإصلاحات تقديم نصوص ذات طبيعة نظرية وتنظيمية لن يكون لها ذلك الأثر العملي على تطبيق القانون . سيكون كل من هذه المواضيع الثلاثة عنواناً لمطلب وكما يأتي :

### المطلب الأول : تغيير القواعد القانونية سارية المفعول

لا شك أن الفئة الأولى وهي النصوص التي غيرت قواعد قانونية موجودة تعد الأكثر إثارة للاهتمام. من دون أن نهدف إلى مسح شامل لهذه الفئة فإننا سوف نحدد أربعة نقاط رئيسية سوف تعدل في القانون

<sup>1</sup>Available through the website of the Ministry of Justice (Ministere de la Justice), [www.justice.gouv.fr/modernisation-de-la-justice-du-21e-siecle-12563/la-reforme-du-droit-des-contrats-27898.html](http://www.justice.gouv.fr/modernisation-de-la-justice-du-21e-siecle-12563/la-reforme-du-droit-des-contrats-27898.html).

<sup>2</sup>French Ordinance on the law of contract, the general regime of obligations, and proof of obligations (Ordonnance no. 2016–131 du 10 fevrier 2016 portant reforme du droit des contrats, du regime general et de la preuve des obligations), JUSC1522466R, available through [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr). An English translation can be found at [www.textes.justice.gouv.fr/dossiers-thematiques-10083/loi-du-170215-surla-simplification-du-droit-12766/traduction-de-lordonnance-du-10-fevrier-2016-en-langue-anglaise-28998.html](http://www.textes.justice.gouv.fr/dossiers-thematiques-10083/loi-du-170215-surla-simplification-du-droit-12766/traduction-de-lordonnance-du-10-fevrier-2016-en-langue-anglaise-28998.html). This translation was used when quoting the new provisions.

<sup>3</sup>Bill to ratify regulation Nr 2016–131 of 10 February 2016 on the reform of contract law, the general regime of and evidence of obligations (Projet de loi ratifiant l'ordonnance No 2016–131 du 10 fevrier 2016 portant reforme du droit des contrats, du regime general et de la preuve des obligations), JUSC1612295L (6 July 2016).

<sup>4</sup>Recent developments can be followed at the blog Reforme du droit des obligations, <http://reformeobligations.dalloz.fr>.

<sup>5</sup>See French Ministry of Justice, [www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/consultation-publiquesur-la-reforme-de-la-responsabilite-civile-28940.html](http://www.justice.gouv.fr/le-garde-des-sceaux-10016/consultation-publiquesur-la-reforme-de-la-responsabilite-civile-28940.html).

الفرنسي<sup>1</sup> أولها إلغاء السبب كشرط لصحة العقد. (المادة 1128 الجديدة من التقنين المدني) ، وثانها إلغاء الشروط التعسفية في كل أنواع العقود (المادة 1171 الجديدة في التقنين المدني) وثالثها إمكانية إنحلال الرابطة العقدية أو تعديلها بناء على الظروف الطارئة (المادة 1195 الجديدة في التقنين المدني) و رابعها هو أن الحق في المطالبة بتنفيذ الالتزام يخضع إلى معيار المعقولية (المادة 1221 الجديدة في التقنين المدني).

ربما يكون المظهر الأكثر ثورية ضمن الإصلاحات هو إلغاء السبب كركن في العقد. لحد الآن فإن النص السابق للمادة 1108 من القنين الفرنسي القديم تضع أربعة أركان لانعقاد العقد وهي الرضا والأهلية والمحل والسبب. لقد دمجت المادة الجديدة 1128 من التقنين المحل والسبب في ركن واحد عندما تطلبت أن مضمون العقد مشروعاً ومحدداً. يكمن السبب وراء إلغاء السبب بأن وظيفته في نظرية العقد ليست واضحة تماماً بالإضافة إلى تداخله مع مبادئ أخرى في العقد مثل الانعقاد والغلط. بالإضافة إلى ذلك فقد غاب ركن السبب في مبادئ قانون العقود الأوربي (PECL) ومسودة الإطار المرجعي للشريعة العامة غير المقننة (DCFR)<sup>2</sup>. إن هذا المسلك الذي تبناه المشرع الفرنسي يجب أن يكون محل إبطاء فالسبب في قوانين الشريعة اللاتينية بقي ثابتاً لفترة طويلة بحيث يقتصر تبرير وجوده اليوم على الجانب التاريخي فقط<sup>3</sup>. لا زال العقد مع ذلك يجب أن يقع على محل قابل لحكمه موجود أو قابل للوجود وقت التنفيذ (المادة الجديدة 1163 من التقنين المدني) كما لا زال من الممكن إبطال العقد لمخالفته للنظام العام (المادة الجديدة 1102 الفقرة الثانية من التقنين الجديد) من الجدير بالذكر هو أن التقنين المدني الفرنسي، خلافاً لكل التقنينات الأوربية تقريباً، لم يعد يشير إلى الآداب العامة كأساس لإبطال العقد، فهذه الأخيرة لا يشكل التعارض معها سبباً لإبطال العقد ما لم تكن جزءاً من النظام العام. إن هذا الاختلاف سيسبب بدوره اختلاف عملياً بطبيعة الحال.

التغيير المهم الثاني يمكن أن يوجد في المادة الجديدة 1171 من التقنين المدني. تنص الفقرة الأولى من هذه المادة (أي شرط في عقد نموذجي ينشأ عدم توازن بين حقوق والتزامات الأطراف في العقد يعد كأنه غير مكتوب) لم يتضمن التقنين الفرنسي لحد الآن مثل هذا النص العام. لقد طبقت فرنسا بالطبع التوجيهات الأوربية ذات العدد 13 لسنة 1993 حول الشروط التعسفية في عقود الاستهلاك<sup>4</sup>، بالإضافة إلى ذلك فإن التقنين التجاري الفرنسي يحتوي على حكم مشابه وإن كان تطبيقه نادراً جداً<sup>5</sup>، غير أن فرنسا لم تعرف لحد

<sup>1</sup>An overview of the new provisions and the new numbering of the Civil Code can be downloaded as a supplement to the Dalloz Code Civil 2016: [www.editions-dalloz.fr/livre-blanc-reforme-du-droitdes-obligations](http://www.editions-dalloz.fr/livre-blanc-reforme-du-droitdes-obligations). The explanatory memorandum referred to below is the 'Rapport au Président' of 11 February 2016.

<sup>2</sup>اطلقنا مصطلح الشريعة العامة غير المقننة كترجمة لمصطلح (common law) وهو النموذج القانوني الذي تبناه بريطانيا ومن يتبعها من الدول (المترجم)

<sup>3</sup>See further, J.M. Smits, Contract Law: A Comparative Introduction, p. 77 et seq.

<sup>4</sup>Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on unfair terms in consumer contracts, [1993] OJ L 95/29.

<sup>5</sup>Article L 442-6-I of the French Code of Commerce (Code de Commerce).

الآن نصا عاما حول الشروط التعسفية في العقود النموذجية لأي نوع من أنواع العقد النموذجي ( B2B,B2C,C2C) إن المسألة الآن هي مدى مساهمة تطبيق هذا النص على العقود التجارية في جاذبية القانون الفرنسي. لقد نصت المذكرة الإيضاحية ببساطة بأن المعايير التي وضعتها المذكرة الأوروبية تعد نافذة على العقود التجارية. على أية حال فإن هذا يعد غير مرغوب فما ينشأ عدم توازن بين الحقوق والالتزامات سوف يحدد بشكل مختلف من حالة لأخرى في العلاقات التي تنشأ عن عقود B2B مقارنة بعقود الاستهلاك البسيطة التي تبرم بشكل يومي.

لقد أنهى التغيير الثالث للتقنين مرحلة مضت من التقنين الفرنسي. خلافا للعديد من القوانين وكذلك للقانون الإداري الفرنسي فإن القانون الفرنسي الخاص لا يسمح أبدا للقاضي أن ينيهي أو يعدل العقد بناء على الظروف الطارئة.<sup>1</sup> إن هذه المشكلة ليست بذاك الحجم الذي تظهر عليه للوهلة الأولى حيث تقضي العادات التجارية بأن أطراف العقد يستطيعون تضمين عقودهم ما يعرف بشرط القوة القاهرة ليتعاملوا مع آثار الظروف المتغيرة. لقد أبدى المشرع الفرنسي في الإصلاحات الجديدة رغبة في مساعدة الطرف المتضرر في حالة أثرت أزمة ما على العامة من خلال نص خاص يعالج الموضوع. تقضي المادة 1195 من التقنين المدني بأن المحكمة تستطيع إعادة النظر بالعقد أو حتى وضع نهاية للعقد في حالة (تغير ظروف غير منظور وقت إبرام العقد يجعل تنفيذه مرهقا بشكل كبير لطرف لم يكن ليقبل ما يترتب على هذا التغير من خطر). لقد كان هذا الإبداع في القانون الفرنسي مستوحى من كل من قانون العقود الأوروبي (PECL) ومسودة الإطار المرجعي للشرعية العامة غير المقننة (DCFR).

لقد قدمت المذكرة الإيضاحية هذا التغيير على أنه طريقة لمنع عدم التوازن الخطير بين التنفيذ المتقابل لأطراف العقد.<sup>2</sup> على أية حال فإن اللجوء إلى المحكمة ليس في متناول اليد بشكل فوري. على الأطراف أولا أن يعيدوا التفاوض حول البنود العقدية لكي تستطيع المحكمة النظر في الدعوى حيث لا تنظر الدعوى إلا إذا رفض الطرف الآخر إعادة التفاوض حول البنود العقدية أو إذا فشلت المفاوضات في الوصول إلى الاتفاق. لقد تضمن النص الجديد إذن واجبا على الأطراف لإعادة التفاوض من جديد كما هو موجود في المادة 111:6 من قانون العقود الأوروبي.

بالإضافة إلى هذا التغيير فلقد استوحى المشرع الفرنسي التعديل الجوهري الرابع من قانون العقود الأوروبي. لقد استوحى المشرع الفرنسي من الفقرة 2 (b) من المادة 9: 102 من قانون العقود الأوروبي حكما نص عليه في المادة 1221 الجديدة التي تمنع الدائن من مطالبة المدين بتنفيذ الالتزام ليس فقط في حال استحالة التنفيذ بل أيضا في حال (وجود عدم تناسب واضح بين تكاليف التنفيذ التي يتحملها المدين وبين المصلحة التي

<sup>1</sup>Cass. Civ. 6 March 1876, D. 1876.I.93 (Canal de Craponne).

<sup>2</sup>See F. Auque, 'L'Ordonnanceréformant le droit des obligations: les nouveaux articles 1171 et 1195 du code civil', ActualiteJuridique Droit Immobilier (2016), p. 184.

يحصل عليها الدائن). بناء على ذلك فإن دعوى التنفيذ سوف ترد في حال كون التنفيذ باهظا جدا على المدين أو في حال انعدام مصلحة الدائن في التنفيذ أو في حال كان دعوى المطالبة بالأضرار المترتبة على عدم التنفيذ تشكل تعويضا مناسباً للدائن. بالرغم من أن المذكرة الإيضاحية لم تأت بأمثلة على هذا الحكم لكن المثال الذي يبرز إلى الأذهان مباشرة هو الدعوى التي بنى فيها مقالون منزلا أقل ارتفاعا مما اتفق عليه الأطراف بـ 33 سم. بالرغم من أن المحكمة قد خلصت إلى أن هذا الاختلاف في الارتفاع لم يجعل من المنزل غير مناسب للغرض الذي أعد من أجله ، فقد استجابت المحكمة لدعوى التنفيذ وأرغمت المقالون على هدم المنزل وبناء منزل جديد<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني : تقنين ما توصل إليه الفقه والقضاء

إن الطائفة الثانية من النصوص الجديدة كان الدافع إليها رغبة صانع القانون الفرنسي في تطوير الدقة القانونية. إن أغلب النصوص التي تندرج تحت هذا النوع هي تقنين للتطبيق القضائي أو تبني لحلول مقبولة بشكل واسع فقهيًا لكنها لم تجد طريقها إلى التشريع.

إن مظهرًا مهمًا من مظاهر نظرية العقد في القانون الفرنسي هو أن المشرع ومحكمة التمييز الفرنسية لم يضعوا قاعدة صارمة بخصوص وقت إبرام العقد. إن كل القوانين التي تتبع الشريعة اللاتينية تعتبر لحظة وصول القبول للموجب هي لحظة إبرام العقد لكن القاعدة في ظل القانون الفرنسي أن هذا الأمر هو مسألة تستقل محكمة الموضوع بتقديرها في ضوء الظروف والإرادة المفترضة للمتعاقدين<sup>2</sup>. على أية حال فإن التطبيق القضائي الفرنسي يتجه إلى تطبيق نظرية الاستلام وهو ما نصت عليه المادة 1121 الجديدة من التقنين. تبني التعديل الجديد أيضا عدة مبادئ حول انعقاد العقد. على سبيل المثال فقد قننت المادة 1112 الجديدة من التقنين التطبيق القضائي فيما يتعلق بقطع المفاوضات التي تسبق العقد؛ فقد أرست المادة 1112 في فقرتها الأولى قاعدة عامة حول الالتزام بالإعلام<sup>3</sup> وقضت المادة 1117 بأن الإيجاب يسقط حال انتهاء المدة التي حددها الموجب. في المقابل فقد عالجت المادة 1115 من التقنين المدني رجوع الموجب عن إيجابه قبل نفاذه فيما عالجت المادة 1116 رجوع الموجب عن إيجابه.

لقد أعيد تقنين أنظمة قانونية تم تطويرها على مدى المائتي سنة الأخيرة ، كنظام الوعد بالتعاقد من جانب واحد. (المادة 1124 الجديدة من التقنين المدني) و حالات البطلان (المواد الجديدة 1178 وما بعدها بما فيها تقنين البطلان النسبي في المادة 1184) ، والعقود غير محددة المدة (المادة 1211 الجديدة من التقنين

<sup>1</sup>Cass. Civ. 11 May 2005, RTD Civ. 2005, 596 (Belhadji/Les Batisseurs du Grand Delta).

<sup>2</sup>See, J.M. Smits, Contract Law: A Comparative Introduction, p. 59 et seq.

<sup>3</sup>On which C. Grimaldi, 'Quand une obligation d'information cache une autre: inquiétudes à l'horizon', Recueil Dalloz (2016), p. 1009.

(المدني)، و المسؤولية العقدية<sup>1</sup> (المواد الجديدة 1217 وما بعدها من التقنين المدني بما فيها تعريف جديد للقوة القاهرة في المادة 1218 الجديدة) ، وإنقاص الثمن (المادة الجديدة 1223 من التقنين المدني) وإنهاء العقد بطريقة الإعدار<sup>2</sup> (المادة الجديدة 1224 من التقنين المدني). إذا ذهبنا خارج نظرية العقد فإن هناك قاعدة معاصرة أخذت بالتشكل تقضي بأن الملكية تنتقل بمجرد إبرام العقد (*solo consensus*) : المادة 1196 الجديدة ( وأخرى تتعلق بالفضالة (*negotiorumgestio*) : المادة 1301 الجديدة من التقنين المدني). إن دعوى الإثراء بلا سبب والتي أقرتها محكمة التمييز الفرنسية في عام 1892<sup>3</sup> يمكن من الآن فصاعداً أن توجد في التقنين المدني ( المادة 1303 الجديدة وما بعدها من التقنين المدني). أضيف بابان جديداً للكتاب الثالث للقانون تم تكريسهما للنظام العام للالتزامات (الباب الرابع – المواد 1304 وما بعدها من التقنين المدني) بما فيها النصوص حول الالتزام المعلق على شرط ، حوالة الحق ، حوالة الدين، تجديد الالتزام، الإنابة في الوفاء ، الإعدار (المواد 1344 وما بعدها من التقنين المدني) والباب الرابع – مكرر (المواد الجديدة 1353 وما بعدها من التقنين المدني) والمخصص لإثبات الالتزام.

لقد تضمنت الإصلاحات نصوصاً جديدة حول عيوب الرضا ، فإلى جانب الغلط والتغريب والإكراه (التي أعيدت صياغة النصوص المتعلقة بها ) قننت المادة 1143 الجديدة المبدأ القضائي المعروف بالإكراه الاقتصادي (*violençe economique*). لقد كان هدف النص هو منع أي طرف من أن يكون مرتبطاً بالالتزام لشخص استغل الضعف الاقتصادي للطرف الأول. لقد أبدت الشركات الفرنسية تخوفها ، حين رأت مسودة هذه المادة بأن تمنح المحكمة سلطة واسعة في إبطال (نقض) هذه العقود. لقد سبب هذا بأن المادة 1143 ، في مساقرة للمادة 3.2.7 من مبادئ العقود التجارية الدولية ، قد وضعت شرطاً وهو بأن يكون الطرف الذي يستغل حالة الضعف الاقتصادي للطرف الآخر قد حاز " ميزة مفرطة بشكل واضح". لقد قلل هذا الشرط الأهمية العملية لهذا النص.

بالإضافة إلى ما تقدم ، فقد جاءت الإصلاحات بقاعدة جديدة تتعلق بتفسير العقد. النص التقليدي المتعلق بالموضوع في التقنين الفرنسي هو المادة السابقة 1156 التي تنص على " يجب البحث في النية المشتركة للأطراف المتعاقدين بدلاً من التوقف عند المنع الحرفي للكلمات". لم تلغ الإصلاحات هذا النص لكن المادة الجديدة 1188 من التقنين المدني أضافت فقرة ثانية تنص على أنه وفي حال عدم إمكانية معرفة النية المشتركة "فإن العقد يفسر حسب المعنى الذي يضعه له شخص متوسط الصفات يوضع في نفس الظروف". لقد جاء هذا مشابهاً لما نصت عليه مبادئ قانون العقود الأوربي (PECL) ومسودة الإطار المرجعي للشريعة العامة غير

<sup>1</sup>The term 'remedes' is not used in the new regulation because it would too much resemble the common law terminology, see M. Mekki, 'L'ordonnance no 2016-131 (...). Le volet droit des contrats: l'art de refaire sans défaire', Recueil Dalloz (2016), p. 494.

<sup>2</sup>هنا يكون الإنهاء من جانب واحد (المترجم)

<sup>3</sup>Cass. 15 June 1892 (Boudier/Patureau-Mirand), D.P. 1892.1.596.

المقننة (DCFR). على أية حال فإن اللافت للنظر بأن مبدأ المعنى الواضح "*clauses claires et précises*" الذي تبنته محكمة التمييز الفرنسية عام 1872<sup>1</sup> قد تم تقنينه. تنص المادة الجديدة 1192 على أن "الشروط الواضحة غير الغامضة ليست محلاً للتفسير لأن هذا سيعرضها لخطر التشوه".

لا يحتاج أحد منا أن يكون مؤيداً قوياً للهرمنيوطيقا الفلسفية لجادامير<sup>2</sup> لكي يدرك أن الكلمات لا يمكن أن تكون واضحة داخل النص أو خارجه. النص يحتاج دائماً للتفسير فالمصطلح يكون غير غامض كنتيجة مثالية لعملية التفسير وليس قبلها.

### المطلب الثاني: تعديلات يغلب عليها الطابع النظري

الصنف الثالث من التعديلات هي التعديلات ذات الطابع النظري والتنظيمي. لن يكون لهذه التعديلات أثر كبير على التطبيق القانوني، لكنها تشكل دليلاً على كيفية توجه التقنين الفرنسي نحو التقاليد القانونية الألمانية حتى إلى المدى الذي وصف معه أحد الفقهاء التعديلات بوصفها (*ProfessorenRecht*)<sup>3</sup> ذلك الوصف الذي لم يكن يقصد به المدح. على سبيل المثال فإن الباب الثالث من الكتاب الثالث لم يعد يبادر في بدايته ودون تمعن إلى تعريف العقد (المادة القديمة 1101 من التقنين المدني)، لكنه يقدم اليوم المادة الجديدة 1100 حول مصادر الالتزام. تقضي هذه المادة في فقرتها الأولى بأن الالتزام ينشأ من التصرف القانوني أو الواقعة القانونية أو سلطة القانون فقط. إن هذا تغير مثير للاهتمام عن تصنيف الالتزامات الذي بقي منذ كتب الفقيه الروماني جايوس كتيبه التعليمي "النظم" في سنة 170 ميلادية. بهذا النص التحق التقنين الفرنسي بشكل غير متفق عليه<sup>4</sup> بالتقنينات التي تضع مفهوماً للتصرف القانوني مثل التقنين الألماني والتقنين الهولندي. ولأجل تحقيق هذه الانعطاف نحو تقنين أكثر اعتماداً على الفكر فقد قننت ثلاثة مبادئ تتعلق بنظرية العقد في بداية الباب الثالث من الكتاب الثالث. بعد النص الجديد المتعلق بحرية التعاقد (المادة 1102 الفقرة

<sup>1</sup>Cass. 15 April 1872 (VeuveFoucauld et Coulombe/Pringault), DP 72.1.176.

نصت المحكمة في هذا المبدأ (لا يجوز للمحكمة عندما يكون نص العقد صريحاً أن تشوه الالتزامات الناشئة عنه معدلة وأن تعدل الشروط العقدية) (المترجم)

<sup>2</sup> هانز جورج جادامير، فيلسوف ألماني، يدعو في فلسفته إلى تجنب العادات العقلية عند تفسير النص واستكشاف التجربة الشخصية عند تفسير النصوص (المترجم)

<sup>3</sup>N. Rontchevsky, 'Les objectifs de la réforme: accessibilité et attractivité du droit français des contrats', ActualitejuridiqueContratsd'affaires, Concurrence, Distribution(2016), p.112.

إن هذه الكلمة تعني باللغة الألمانية "قانون البروفيسور" وهو كناية عن أن القاعدة القانونية ينبغي أن تكون نابعة من تفكير منطقي يقوم به المنظرون للقانون ويستعمل هذا المصطلح في مقابل مصطلح ألماني آخر هو "jurist enrecht" وهو يعني قانون المحامي وهو يعني القانون كما يفهمه المتخصصون بتنفيذ القانون وتطبيقه وهو مصطلح يشير فيه الألمان إلى القانون الانكلو-أمريكي الذي يعتمد على السوابق القضائية أكثر من اعتماده على التنظير. (المترجم)

<sup>4</sup> استعمل النص الانكليزي التعبير الهولندي "*bienetennes de se trouver ensemble*" الذي يشير توارداً الأفكار بين الأشخاص دون أن يكون هناك اتفاق مسبق

الأولى من التقنين المدني ) ، احتل مبدأ القوة الملزمة للعقد (المادة 1103 الجديدة من القنين المدني) مركز الثقل بينما امتد التطبيق التشريعي لمبدأ حسن النية (المعقولية والإنصاف) إلى مرحلتي التفاوض وإبرام العقد (المادة 1104 الجديدة من التقنين المدني)<sup>1</sup>. لقد تضمنت السوابق القضائية قبولا واسعا لهذه المبادئ الثلاثة<sup>2</sup>. لقد وضع المبدأ القاضي بعدم اشتراط شكل معين لإبرام العقد في المادة 1172 الجديدة من التقنين المدني. إن هذه النصوص تبدو قديمة الطراز. إن الحرية العقدية لا زالت خاضعة للنظام العام (المادة 1102 الجديدة الفقرة الثانية من التقنين المدني)، لكن ، وعلى عكس ما كان الحال في مسودة الإصلاحات ، لم تتم الإشارة إلى لتأثير الحقوق الأساسية على علاقات الأشخاص الخاصة. ولعل هذا المجال قد حدثت فيه تطورات مثيرة للاهتمام جعلت من المحاكم في حاجة إلى دليل تسير عليه.

### المبحث الثالث : تحول جذري أو تعديل قطعة بقطعة؟

يبقى السؤال مطروحا : كيف يمكن تقييم الإصلاحات في القانون الفرنسي ؟ هل قدمت لنا الإصلاحات تعديلات جديدة أو أنها كما يقال كلما غيرت في الشيء بقي الشيء نفسه؟ اذا نظرنا إلى الإصلاحات من وجهة نظر دولية ، فإنها ليست تلك الإصلاحات المثيرة. لقد تضمنت الإصلاحات إدامة متأخرة جدا لبعض غرف التقنين بدلا من تشييد بناء جديد للمستقبل يكون مناسباً للقرن القادم. يتكلم الكاتب الفرنسي ميكي عن "فعل ذلك مرة أخرى دون تراجع"<sup>3</sup>. السؤال الأكثر أهمية يدور حول كون النصوص الجديدة قد حققت الإصلاح المطلوب للتقنين : هل ساهمت حقا في تعزيز مصداقية القانون ومدى جاذبية القانون الفرنسي على الصعيد الدولي؟

هناك شك قليل حول كون تقنين السوابق القضائية يساعد في فهم أفضل للقانون. إن معرفة القانون من خلال مجموعة مركزة وشاملة من القواعد المصاغة بعناية أسهل من معرفته من خلال سوابق قضائية متناقضة في بعض الأحيان وهي مرتبطة بظروف الدعوى. ولعل صانع القانون الفرنسي كان لديه نظرة قاصرة عن سلطاته. إن القانون يصنع دائما من خلال تفاعل معقد بين المشرع والسلطة القضائية والأكاديميين والقطاع الخاص. لن يكون أحد قادرا على معرفة القانون من خلال دراسة بعض النصوص التشريعية. أي شخص يرغب في زيادة الوضوح في القانون مع قناعة قانونية ، ينبغي عليه تطوير نظام معلوماتي يخبر الناس ومحامهم حول مخرجات الدعاوى التي تحصل في الحياة<sup>4</sup>. ولحد الآن وبقدر تعلق الأمر بالتعديلات الأربعة فإن إلغاء ركن السبب يجب أن يصفق له ، لكن المادة الجديدة 1171 من التقنين المدني (حول الشروط التعسفية

<sup>1</sup>The famous ex Article 1134 of the (old) Civil Code no longer exists. The equally famous ex Article 1382 of the (old) Civil Code on tort liability was renumbered and is now Article 1240 of the Civil Code.

<sup>2</sup>On these principles, M. Mekki, *Recueil Dalloz*(2016), p. 494.

<sup>3</sup>Ibid., p. 494.

<sup>4</sup>On which R. Susskind, *The Future of Law* (Oxford University Press, 1998).

(والمادة 1195 (حول الظروف الطارئة) قد تعرضتها إلى الانتقاد بسبب كونها يفتقدان إلى إرشاد متماسك حول كيفية وجوب تطبيقهما من قبل المحاكم بطريقة متسقة<sup>1</sup>. إن هذا الأمر يشكل مفاجئة صادمة: الإصلاح ليس مبنيا على نظرة واضحة لنظرية العقد لكنه مبني بالمقابل على مزج براغماتي بين الكفاية الذاتية والحماية والفاعلية<sup>2</sup>.

هل يمكن أن تجعل هذه الإصلاحات التقنين المدني ذا جاذبية أكثر للمتعاقدين وللمشرعين على المستوى الدولي؟ هناك العديد من الأسباب التي تجعلنا نشك في ذلك. إننا نميل إلى الاعتقاد بأن الإصلاحات في نظرية العقد تكون ذات تأثير محدود على جذب نظام قانوني ما للتجارة الأجنبية. إن سرعة حسم النزاعات القانونية ، ونظام الضرائب والوصول إلى مصادر التمويل هي ما يكتسب الأهمية حسب ما يظهره تقرير "ممارسة الأعمال التجارية" من البنك الدولي. إننا لن نضع التقنين الفرنسي المعدل في رأس قائمة النماذج التشريعية التي تشكل مصدرا لإلهام المشرعين حول العالم . إن نوعا من المفارقة يتمثل في كون ثلاثة أرباع (الابتكارات) في الإصلاحات هي مستوحاة من مبادئ قانون العقود الأوروبي PECL و مسودة الإطار المرجعي للشريعة العامة غير المقننة DCFR وهو ما يثبت لنا أن هناك نوعا من التعالي حين نعتبر القانون الفرنسي نموذجا تشريعيًا وفقهيا لمجرد ان هذه النسبة من القواعد الأوروبية مطبقة من قبل المشرع الفرنسي. على ما تقدم ، فإن الابتكارات الحقيقية في مشروع الإطار المرجعي للشريعة العامة غير المقننة DCFR ، كالقواعد التفسيرية لعقود تجارية محددة مثل عقد الامتياز (الفرنشياز) وعقد التوزيع، ليست ضمن الإصلاحات. إن تركيز الإصلاحات على نصوص مختصرة حول مواضيع تقليدية يجعل من التقنين الفرنسي محتفظا بصبغته اللاتينية. لقد كان هذا خيارا واعيا للمشرع الفرنسي وهو ما ينطبق عليه المثل الفرنسي *plus ca change*<sup>3</sup>

إن هذه الإصلاحات تشكل حافزا للبلدان التي تتبع النموذج الفرنسي لإعادة النظر في تقنيناتها. لقد شكل وزير العدل البلجيكي ست لجان لإعداد مشروعات حول إعادة النظر في التقنين المدني البلجيكي لجعله "عصريا يتمتع بالشفافية"<sup>4</sup>. إن هذا المنحى يتناغم مع الدعوات التي أطلقها رجال القانون والأكاديميون في بلجيكا<sup>5</sup>. ربما سينجح المشرع البلجيكي فيما عجز عنه نظيره الفرنسي وهو إنجاز مسودة مشروع تقنين عصري

<sup>1</sup>N. Rontchevsky, *ActualitejuridiqueContratsd'affaires, Concurrence, Distribution* (2016), p. 14–15, 18.

<sup>2</sup>See further, A. Bénabent and L. Aynes, 'Réforme du droit des contrats et des obligations: aperçu general', *RecueilDalloz*(2016), p. 434.

<sup>3</sup>مفاد هذه المقولة الفرنسية أن الطبيعة البشرية والقواعد التي تحكم المجتمع البشري عصبية على التغيير فكلما حاولت التغيير بقي هذه الأمور على حالها (المترجم)

<sup>4</sup>AlgemenebeleidsnotaJustitie 10 November 2015, Doc. KamervanVolksvertegenwoordigers, 54, 1428(2015/2016), [www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/1428/54K1428008.pdf](http://www.dekamer.be/FLWB/PDF/54/1428/54K1428008.pdf), 44.

<sup>5</sup>E. Dirix and P. Wéry, 'Pour un modernisation du Code Civil', *Journal des Tribunaux* (2015), p. 625. Seealso F. Peeraer and I. Samoy, 'The Belgian Civil Code: How to Restore its Central Position in Modern Private Law?', *24 European Review of Private Law* (2016), p. 601; S. Stijns and S. Jansen, 'The French Contract Law Reform: Source of Inspiration?' (Intersentia, 2016).

فعلا<sup>1</sup>. على أية حال ورغم انتقادنا فإن هذه الإصلاحات ستكون ما يتوجب على رجال القانون الفرنسيين أن يتعاملوا معه بعد عقد من غياب الرؤية حول مصير هذه الإصلاحات. إن سريان هذه الإصلاحات سيكون على العقود التي أبرمت بعد الأول من تشرين الأول 2016 .

---

<sup>1</sup>E.M. Meijers, 'Wijzigingen en aanvullingen van het Burgerlijk Wetboek na 1838', in P. Scholten and E.M. Meijers (eds.), *Gedenkboek Burgerlijk Wetboek 1838–1938* (Tjeenk Willink, 1938), p. 63.







مجلة جيل الأبحاث القانونية العمقة ISSN 2414-7931  
جميع الحقوق محفوظة لمركز جيل البحث العلمي © 2017