

١٥٠٣، والخاص ببحث الإخطارات المتعلقة بانتهاكات حقوق عدد كبير من الأشخاص، ولفترة ممتدة من الزمن (١).

رابعاً : مجلس الوصاية :

هو أحد الأجهزة الرئيسية للأمم المتحدة وفقاً للميثاق، وقد خصص واضعو ميثاق الأمم المتحدة الفصل الثاني عشر لنظام الوصاية الدولي . وتتمثل الأهداف الأساسية لهذا النظام (٢) في توطيد السلم والأمن الدوليين، والعمل على ترقية أهالي الأقاليم المشمولة بالوصاية في أمور السياسة والاجتماع والاقتصاد والتعليم واطراد تقدمها نحو الحكم الذاتي أو الاستقلال، إلى جانب التشجيع على احترام حقوق الإنسان والحريات الأساسية للجميع بلا تمييز بسبب الجنس أو اللغة أو الدين، ولا تفريق بين الرجال والنساء، علاوة على كفالة المساواة في المعاملة في الأمور الاجتماعية والاقتصادية والتجارية لجميع أعضاء الأمم المتحدة وأهاليها .

ومن ثم يتضح أن نظام الوصاية يهدف من النصوص التي تحكمه إلى كفالة احترام حقوق الناس وحرياتهم في الأقاليم الخاضعة له . ويتولى ذلك بشكل أساسي مجلس الوصاية عاملاً تحت إشراف الجمعية العامة (٣) وقد حصلت الغالبية العظمى من تلك الأقاليم على استقلالها، مما جعل مجلس الوصاية "بدون عمل"، وهو ما دفع البعض إلى المطالبة بإنهاء وجوده أو تحويله إلى جهاز آخر من أجهزة المنظمة (٤).

خامساً : محكمة العدل الدولية :

محكمة العدل الدولية هي الهيئة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة (٥) غير أنه من الثابت أن الأفراد العاديين لا يمكنهم اللجوء إلى المحكمة لعرض انتهاكات حقوق الإنسان

(١) أنظر : المرجع السابق ، ص ٣٨ .

(٢) أنظر : ميثاق الأمم المتحدة ، المادة (٧٦) .

(٣) فرد واضعو الميثاق الفصل الثالث عشر في مجلس الوصاية ، وفقاً للمادة (٨٧) من الميثاق يقوم مجلس الوصاية عاملاً تحت إشراف الجمعية العامة بالآتي : (أ)-النظر في التقارير التي ترفعها السلطة القائمة بالإدارة ، (ب)- قبول العرائض وفحصها بالتشاور مع السلطة القائمة بالإدارة ، (ج) تنظيم زيارات دورية للأقاليم المشمولة بالوصاية في أوقات يتفق عليها مع السلطة القائمة بالإدارة ، (د) - اتخاذ هذه التدابير وغيرها ، وفقاً للشروط المبينة في اتفاقات الوصاية . وجدير بالذكر أنه وفقاً للمادة (٧٨) من الميثاق "لا يطبق نظام الوصاية على الأقاليم التي أصبحت أعضاء في هيئة الأمم المتحدة إذ العلاقات بين أعضاء هذه الهيئة يجب أن تقوم على احترام مبدأ المساواة في السيادة" .

(٤) أنظر : نتائج مؤتمر القمة العالمي لعام ٢٠٠٥ ، مستند رقم A/RES/60/1 المؤرخ في ٢٤ أكتوبر ٢٠٠٥ ، الفقرة (١٧٦) ، حيث أشار إلى أنه " بالنظر إلى مجلس الوصاية لم يعد يجتمع ولم تتبق له أي وظائف ، ينبغي لنا أن نحذف الفصل الثالث عشر من الميثاق وأن نحذف كذلك الإشارات إلى المجلس الواردة في الفصل الثاني عشر " . أيضاً أنظر : د. أحمد أبو الوفا ، "الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة" مرجع سابق ، ص ٣٩-٤٠ .

(٥) " تنص المادة ٩٢ من الميثاق على أن "محكمة العدل الدولية هي الأداة القضائية الرئيسية للأمم المتحدة ، وتقوم بعملها وفق نظامها الأساسي الملحق بهذا الميثاق ، وهو مبني على النظام الأساسي للمحكمة الدائمة وجزء لا يتجزأ من الميثاق" . ويقع مقر المحكمة في قصر السلام في

الواقعة عليهم، إذ من المعلوم أن المادة ٣٤ من النظام الأساسي للمحكمة تنص على أن للدول وحدها حق التقاضي أمام المحكمة . وتفصل محكمة العدل الدولية طبقاً للمادة ٣٨ من النظام الأساسي في المنازعات التي ترفع إليها وفقاً للقانون الدولي، والتي تخص وفقاً للمادة ٣٦/٢ - تفسير معاهدة دولية، أو أية مسألة من مسائل القانون الدولي، وجود أي واقعة ثبت أنها تشكل انتهاكاً للالتزام دولي، قيمة التعويض الواجب نتيجة لانتهاك هذا الالتزام الدولي . وهو ما يعني إمكانية عرض المنازعات الخاصة بحقوق الإنسان أمام محكمة العدل الدولية . ومن الناحية الواقعية تطرقت المحكمة إلى العديد من مسائل حقوق الإنسان في أحكامها وأرائها الإفتائية . وقد عالجت المحكمة هذه المسائل إما بصفة عامة أو بخصوص حق أو مجموعة من الحقوق بعينها . وفي هذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن الاتفاقيات الخاصة بحقوق الإنسان، التي تعدها أو تتبناها الأمم المتحدة تعطي عادة لمحكمة العدل الدولية دوراً بخصوص حل المنازعات الناجمة عن تطبيقها أو تفسيرها، وذلك في حال لم يتم حلها بأية طريقة أخرى تتفق الأطراف المعنية .^(١)

لاهاي بهولندا . وقد بدأت المحكمة عملها عام ١٩٤٦ . وتعمل المحكمة وفق نظام أساسي يشبه إلى حد كبير نظام سابقها الذي يعتبر جزءاً لا يتجزأ من ميثاق الأمم المتحدة . وتتشكل المحكمة من ١٥ قاضياً تنتخبهم الجمعية للأمم المتحدة ومجلس الأمن الدولي لولاية من تسع سنوات . وتجري انتخابات كل ثلاث سنوات على ثلاث المقاعد . ويجوز إعادة ترشيح القضاة المتقاعدين . ويلاحظ أن أعضاء المحكمة لا يمثلون حكوماتهم ولكنهم قضاة مستقلون . ويتعين على القضاة أن تكون لديهم المؤهلات المطلوبة لشغل أعلى المناصب القضائية في بلادهم ، أو أن يكونوا رجال قانون ذوي كفاءة معتبرة في القانون الدولي . ويجب أن تعكس تشكيلة المحكمة تمثيل الحضارات الرئيسية والأنظمة القانونية الأساسية في العالم . وإذا لم تتضمن المحكمة قاضياً يحمل جنسية دولية ما طرفاً في قضية ما ، فإنه يجوز لتلك الدولة تعيين شخص يقوم مقام القاضي لهذا الغرض بالذات . ويعكس هذا المبدأ في التوزيع التالي لعضوية المحكمة فيما بين المناطق الرئيسية من العالم : ثلاثة أعضاء عن أفريقيا ، وعضوان عن أمريكا اللاتينية ، وثلاثة أعضاء عن آسيا ، وخمسة أعضاء عن أوروبا الغربية ودول أخرى (بما فيها كندا والولايات المتحدة وأستراليا ونيوزيلندا) ، وعضوان عن أوروبا الشرقية (بما فيها روسيا) . ويتطابق هذا التوزيع مع التوزيع الذي يتسم به تشكيل مجلس الأمن " انظر : محكمة العدل الدولية : أسئلة وأجوبة عن الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة ، الأمم المتحدة ، منشورات إدارة شئون الإعلام بالأمم المتحدة ، ٢٠٠١ ، ص : ١٣ .

(١) "فيما يتعلق بالحقوق التي تعرضت لها المحكمة ، نذكر : الحماية الدبلوماسية ، وإنكار العدالة ، والتمييز العنصري ، وجريمة إبادة الجنس ، واحترام الحقوق المكتسبة ، والحق في تقرير المصير ، والقانون الدولي الإنساني ، وحماية البيئة ، وحماية الحق في الحياة . كذلك تعرضت المحكمة لمسائل تتعلق بحقوق الإنسان في القضايا الآتية : عام ١٩٥٠ ، ١٩٥١ (قضية حق اللجوء) ، عام ١٩٥٢ في قضيتي رعايا الولايات المتحدة الأمريكية في المنطقة الفرنسية من المغرب ، عام ١٩٥٨ في قضية خاصة بحقوق الطفل ، عام ١٩٨٠ في قضيتي الدبلوماسيين والقناصل الأمريكيين في طهران . كما تعرضت المحكمة لمسائل خاصة بحقوق الإنسان في إطار اختصاصاتها الاستشاري ، مثل الرأي الخاص بالتعويضات (١٩٤٩) ، الرأي الاستشاري الخاص بأثر التحفظات على اتفاقية إبادة الجنس (١٩٥١) ، الرأي الخاص بناميبيا (١٩٧١) ، الرأي الاستشاري الخاص بالجدار (٢٠٠٤) . أيضاً فيما يخص اتفاقيات حقوق الإنسان التي تخول للمحكمة حق النظر في النزاع بين الدول الأطراف لتفسير وترجمة بنودها ، نجد منها الاتفاقية الدولية الخاصة بحماية حقوق كل العمال المهاجرين وأفراد أسرهم (١٩٩٠) في المادة ٩٢ كذلك المادة ٢٩ من الاتفاقية الخاصة بالقضاء على أشكال التمييز ضد المرأة (١٩٧٩) . " انظر : د : أحمد أبو الوفا ، " الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار منظمة الأمم المتحدة والوكالات الدولية المتخصصة " ، مرجع سابق ، ص ٣٥ ، ٣٦ .

سادساً : الأمانة العامة :

على الرغم من أن ميثاق الأمم المتحدة لم يخصص نصوصاً تمنح الأمانة العامة اختصاصات محددة في مجال حماية حقوق الإنسان ومع ذلك قامت الأمانة العامة بإنشاء شعبة حقوق الإنسان لأداء مهام عدة لدى أجهزة الأمم المتحدة المعنية بهذه الحقوق، وهي الشعبة التي تم تحويلها في عام ١٩٨٣ إلى مركز لحقوق الإنسان والذي يشكل حلقة وصل بين أجهزة الأمم المتحدة في مجال حقوق الإنسان . حيث يتولى إعداد البحوث والدراسات عن حقوق الإنسان بناءً على طلب الأجهزة المعنية كما يتابع تنفيذ حقوق الإنسان ويضع التقارير عنها . ويضم المركز ستة أقسام تقوم على أداء المهام والأنشطة التي يضطلع بها في مجال حقوق الإنسان وهي قسم الصكوك الدولية، والرسائل والإجراءات الخاصة، والبحوث والدراسات والعلاقات الخاصة والمنشورات والوثائق . ويباشر المركز مهامه تحت رئاسة وكيل الأمين العام لحقوق الإنسان .^(١)

علاوة على ذلك، يلعب الأمين العام دوراً كبيراً في مجال حقوق الإنسان والشئون الإنسانية، فمن ناحية يستطيع إرسال مستشارين ومبعوثين خاصين، أو بتعيين وسطاء أو مفوضين للقيام بتحقيق أو إيجاد حلول لفض النزاعات والتطبيق الفعلي لقرارات أجهزة الأمم المتحدة بما فيها أجهزة حقوق الإنسان . فلقد قام الأمين العام في المجال الإنساني بإحداث منصب المستشار الخاص للأمين العام للعراق في ٧ نيسان /أبريل ٢٠٠٣، والممثل الشخصي للأمين العام لجنوب لبنان في ٧ كانون الأول/ديسمبر ٢٠٠٠، والمنسق الخاص لعمليات السلام في الشرق الأوسط في تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٩ . ومن ناحية أخرى، قام الأمين العام بإحداث عدة مناصب مثل الممثل الخاص للأمين العام المعني بالمدافعين عن حقوق الإنسان، والممثل الخاص للأمين العام للأطفال، والنزاعات العسكرية والمستشار الخاص للأمين العام للرياضة والتنمية والسلام . ويمكن للأمين العام لفت نظر مجلس الأمن إلى القضايا التي تمس وتؤثر على الأمن والسلام الدوليين، كما فعل ذلك في قضية اللاجئين في باكستان الشرقية سنة ١٩٧١، وفي الحرب الفيتنامية ١٩٧٢، وفي الأزمة اللبنانية في ١٩٧٦ و ١٩٧٨، وأيضاً في الحرب الإيرانية العراقية .^(٢) كما يمكن له دعوة مجلس

(١) "الأمانة العامة للأمم المتحدة هي الجهاز الإداري الفني الذي يقوم بتولي كافة الأعمال الإدارية بالنسبة لجميع فروع الأمم المتحدة وأجهزتها الرئيسية والفرعية - باستثناء محكمة العدل الدولية - ، وهي تتكون من الأمين العام وعدد كاف من الموظفين للقيام بالأعمال الإدارية المطلوبة ." أنظر : هالة السيد الهلالي ، "دور الأمم المتحدة في حماية حقوق المرأة : دراسة حالة لجنة مناهضة التمييز ضد المرأة ، مرجع سابق ، ص:٥٩ .

(٢) دور الأمين العام للأمم المتحدة ، راجع الموقع الإلكتروني التالي :

الأمن للانعقاد وفقاً للمادة ٩٩ من الميثاق، وإدراج مسألة معينة على جدول أعمال الجمعية العامة وذلك طبقاً للمادة ١٣ من القانون الداخلي للجمعية العامة. (١)

المطلب الثاني

لجنة حقوق الإنسان

لعبت لجنة حقوق الإنسان دوراً هاماً في الدفاع عن حقوق الإنسان خلال ستون عاماً - هي فترة حياة اللجنة - بوصفها الجهاز الرئيسي التابع للأمم المتحدة المنوط به وضع المعايير ورسم السياسات الخاصة باحترام حقوق الإنسان كما عهد إليها معالجة أية مسألة مرتبطة بحقوق الإنسان .

وفيما يلي سنتعرض للجنة حقوق الإنسان ابتداءً بنشأتها ومروراً بعملها ونشاطها وختاماً بأقول نجمها واستبدالها

نشأة اللجنة وعضويتها

أنشئت لجنة حقوق الإنسان بوصفها هيئة فرعية تابعة للمجلس الاقتصادي والاجتماعي (٢) أنشئها المجلس استناداً لصريح نص المادة ٦٨ من ميثاق الأمم المتحدة والتي تنص على : " ينشئ المجلس لجاناً للشئون الاقتصادية والاجتماعية ولتعزيز حقوق الإنسان كما ينشئ غير ذلك من لجان التي قد يحتاج إليها لتأدية وظائفه " (٣).

وتطبيقاً لنص المادة ٦٨ من الميثاق وتوصية اللجنة التحضيرية للأمم المتحدة، قرر المجلس في دورته الأولى تشكيل لجنة حقوق الإنسان مبدئياً (٤) من تسع أعضاء يعينهم المجلس بصفته الشخصية كخبراء وليسوا ممثلين لحكوماتهم، وذلك لمدة تنتهي في ٣١ مارس ١٩٤٧ م وكانت مهمتها الأساسية أن تتقدم بتوصياتها للمجلس بشأن التكوين النهائي

(١) أنظر : رضوى سيد أحمد محمود عمار ، تطوير منظومة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ، مرجع سابق، ص٦٨ .
(٢) " تجدر الإشارة إلى أن النص على إنشاء لجنة حقوق الإنسان ارتبط بتاريخ الصياغة لنصوص ميثاق الأمم المتحدة المتعلقة بحقوق الإنسان في مؤتمر سان فرانسيسكو ، حيث شهدت فاعليات المؤتمر محاولات عديدة من جانب بعض الدول بهدف تضمين الميثاق تفصيلاً لحقوق الإنسانية الواجب احترامها ، ونصوصاً صريحة تلزم المنظمة ، و الدول الأعضاء بها بالعمل على حماية هذه الحقوق وليس مجرد العمل على تشجيع احترامها ، غير أن المؤتمر لم يستجب لهذه الجهود بحجة عدم توافر الوقت لدى أعضاء المؤتمر للدخول في تفاصيل هذه المسائل ، ومن ثم تم إرجاء هذه المهمة لأجهزة التي ستنشئها الأمم المتحدة استناداً إلى نصوص الميثاق ومنها لجنة حقوق الإنسان." أنظر : د/ إبراهيم علي بدوي الشيخ ، لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان : تطور تكوينها و صلاحياتها و دورها المستقبلي ، المجلة المصرية للقانون الدولي ، العدد ٣٨ ، ١٩٨٢م ، ص١١٨ .

(٣) " يرى البعض أن لجنة حقوق الإنسان تتميز عن غيرها من اللجان في أن إنشائها لم يكن جوازيًا بل كان إلزاميًا حيث أن الأمر لم يكن متعلق بمجرد ممارسة المجلس الاقتصادي والاجتماعي للرخصة الواردة في المادة (٦٨) من الميثاق . " راجع في ذلك : رضوى سيد أحمد محمود عمار ، تطوير منظومة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ، أطروحة لنيل درجة الماجستير ، كلية الاقتصاد و العلوم السياسية ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٩م ، ص٧٤ .

(٤) كانت تسمى هذه اللجنة بـ "The Nuclear Commission On Human Rights"

للجنة وممارستها لصلاحياتها وقد اجتمعت اللجنة بالتشكيل المشار إليه في نيويورك في الفترة من ٢٩ أبريل إلى ٢٠ مايو ١٩٤٦ م ورفعت توصياتها إلى الدورة الثانية للمجلس الاقتصادي والاجتماعي الذي أصدر قراره رقم ٩ في ٢١ يونيو ١٩٤٦ م بشأن تكوين اللجنة وصلاحياتها^(١).

ولقد اقترحت اللجنة المبدئية أن تتكون لجنة حقوق الإنسان من ثمانية عشر عضواً وأن تكون عضوية اللجنة على أساس شخصي بمعنى أن يمارس أعضاء اللجنة مهام عملهم باعتبارهم خبراء ولا يمثلون حكومات دولهم. وإن كان المجلس الاقتصادي والاجتماعي سينتخبهم ممن ترشحهم الدول من رعاياها أو من غير رعاياها حيث يكون للدولة أن ترشح شخصين ويكون على المجلس عند انتخابه لأعضاء اللجنة أن يراعي توافر المؤهلات الشخصية التي تؤهل المرشح لعضوية اللجنة بالإضافة إلى مراعاة مبدأ التوزيع الجغرافي العادل^(٢).

ولقد أخذ المجلس الاقتصادي والاجتماعي بمقترحات اللجنة فيما يتعلق بعدد أعضاء لجنة حقوق الإنسان بتحديد ثمانية عشر عضواً ؛ وكذلك أخذ بمبدأ التوزيع الجغرافي العادل وضرورة توفر المؤهلات الشخصية لدى أعضاء اللجنة، إلا أنه أهمل توصيات اللجنة بخصوص جعل العضوية على أساس شخصي حيث قرر المجلس أن تتكون اللجنة من الدول، حيث يقوم المجلس بداية بانتخاب الدول التي ستمتع بعضوية اللجنة، ثم تعين كل دولة انتخبها المجلس ممثلها لدى اللجنة وذلك بعد التشاور مع الأمين العام للأمم المتحدة حول الممثل المطروح، وأخيراً يقوم الأمين العام للأمم المتحدة بإبلاغ المجلس الاقتصادي والاجتماعي باسم ممثل الدولة العضو ليتم تثبيت هذا التعيين^(٣).

تزايدت عضوية لجنة حقوق الإنسان نتيجة للزيادة في أعضاء الأمم المتحدة فلقد تكونت اللجنة في الأساس من ١٨ عضو ثم زادت إلى ٢١ عضو سنة ١٩٦٢ م، ثم إلى ٣٢ عضو عام ١٩٦٧ م، ثم إلى ٤٣ عضو عام ١٩٨٠ وأخيراً إلى ٥٣ عضو عام ١٩٩٢ م^(٤). استقر عدد أعضاء لجنة حقوق الإنسان على ٥٣ عضو كان يراعى في اختيارهم التوزيع الجغرافي العادل للمناطق الإقليمية الخمس، وذلك على النحو التالي : ١٥ من الدول

(١) أنظر : د/ إبراهيم علي بدوي الشيخ ، لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ، مرجع سابق ، ص ١١٩ .

(٢) أنظر : تقرير اللجنة المقدم إلى المجلس ، الوثيقة : E/38/Rev.1 المؤرخة في ٢١ مايو ١٩٤٦ م .

(٣) أنظر : د/ إبراهيم علي بدوي الشيخ ، لجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ، مرجع سابق ، ص ١٢٠ .

4) see : Kālin W., Jimenez C., " Reform of The UN Commission on Human Rights", study commissioned by the Swiss Ministry of Foreign Affairs, Geneva, 2003,p.6.

الأفريقية، ١٢ من الدول الآسيوية، و ١١ من دول أمريكا اللاتينية ودول الكاريبي، و ١٠ من دول أوروبا الغربية وبلدان أخرى و ٥ من دول أوروبا الشرقية^(١) .

اختصاصات اللجنة وعملها^(٢)

تمثلت ولاية اللجنة في حماية وتعزيز حقوق الإنسان الدولية ويمكن تقسيم عملها إلى مجالين رئيسيين هما وضع المعايير وحماية وتعزيز حقوق الإنسان^(٣)، حيث يلاحظ أن وضع المعايير كانت هي الوظيفة الرئيسية للجنة طوال عشرين عاماً من إنشائها إلا أنه منذ عام ١٩٦٧ م وعندما أذن المجلس الاقتصادي والاجتماعي للجنة أن تتعامل مع انتهاكات حقوق الإنسان قامت اللجنة بتوسيع عملها لرصد انتهاكات حقوق الإنسان، بغرض حمايتها وتعزيزها، وأضحت هذه الوظيفة الأساسية للجنة.^(٤)

ولقد تميزت اللجنة بتمتعها بالاختصاص في مواجهة جميع الدول الأعضاء في الأمم المتحدة على خلاف الأجهزة التعاهدية والتي تتحدد ولايتها بالدول الأطراف في هذه الاتفاقيات الدولية . وطبقاً للقرار المنشئ للجنة اختصت لجنة حقوق الإنسان بإجراء الدراسات وتقديم المقترحات والتوصيات والتقارير للمجلس بشأن إعداد شرعة دولية للحقوق وإعداد مشروعات اتفاقيات تتعلق بمركز المرأة وحماية الأقليات ومنع التمييز وأية مسألة أخرى تتعلق بحقوق الإنسان. ذلك وعلاوة على ما تكلفها به الجمعية العامة أو المجلس الاقتصادي والاجتماعي من مهام خاصة تشمل التحقيق في الإدعاءات المتعلقة بانتهاكات حقوق الإنسان ومعالجة الرسائل المتعلقة بهذه الانتهاكات^(٥).

ولقد أنشئت اللجنة عددا من الآليات واستطاعت من خلالها ممارسة عملها وأورثت أهمها بعد ذلك للمجلس الدولي لحقوق الإنسان، وذلك كإجراء (١٥٠٣) الذي يعد أقدم آلية للشكوى في مجال حقوق الإنسان في منظومة الأمم المتحدة ويشار إليه باسم إجراء ١٥٠٣

(١) أنظر : محمد فؤاد جاد الله ، النظام القانوني الدولي و الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية ، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠١٠م ص ٦٤ .

(٢) حول اختصاصات لجنة حقوق الإنسان أنظر : د/ عصام محمد أحمد زنتي ، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة (الأساس القاعدي - الإطار المؤسسي - آليات المتابعة و المراقبة) ، دار النهضة العربية ، ١٩٩٧-١٩٩٨م ، ص ١٢١-١٢٥ .

(٣) In "The United Nations Human Rights Council - A Critique and Early Assessment" , Freedman R. , see (3) In fulfilment of the requirements for the degree of Doctorate of Philosophy, University of London , August 2011 , p24.

(٤) see : Blanchfield L. , " The United Nations Human Rights Council : Issues for Congress" , Congressional Research , 26 January 2011 , pp . 2-3 .

(٥) see : Abraham M. , A New Chapter For Human Rights " a handbook on issues of transition from the Commission on Human Rights to the Human Rights Council", International Service for Human Rights and Friedrich , p.11.

نسبة إلى القرار الذي يشكل الأساس القانوني لمثل هذا الإجراء. بالإضافة إلى آلية الإجراءات الخاصة التي أنشئت في العام ١٩٦٧م^(١). وسنقوم بالحديث عن هذه الآليات بشئ من التفصيل في الفصل الأول من الباب الأول.

أما عن نشاط لجنة حقوق الإنسان في مجال حقوق الإنسان، فإنه لا شك في أن اللجنة قد أعطت للمجتمع الدولي إطاراً عالمياً لحقوق الإنسان بالإضافة إلى قيام اللجنة عبر دورتها السنوية بتوجيه أنظار الجماهير عامة إلى القضايا والمناقشات المتصلة بحقوق الإنسان وفي هذا الصدد نعرض لأهم إنجازات لجنة حقوق الإنسان، وذلك فيما يلي^(٢):

١- قدمت اللجنة إسهاماً كبيراً في مجال إعداد وصياغة العديد من الاتفاقيات والمواثيق الدولية ذات الصلة بحقوق الإنسان

٢- بذلت اللجنة جهوداً متصلة فيما يتعلق بمراقبة التنفيذ الفعلي للمبادئ والحكام التي تتضمنها الاتفاقيات والمواثيق والإعلانات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان وتقديم التوصيات والدراسات. حول أفضل السبل للارتقاء بهذه الحقوق وتعزيزها وملاحقة الانتهاكات التي تستهدفها.

٣- قامت اللجنة بالنظر في التوصيات والدراسات التي رفعت إليها من قبل مجموعات العمل التي تشكلها لدراسة مواضيع معينة تمس حقوق الإنسان بشكل خاص.

٤- كذلك حرصت اللجنة على تقديم المساعدة الفنية في برامج حقوق الإنسان وذلك بمقتضى قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٩٢٦ الصادر في ١٤ / ١٢ / ١٩٥٥ م. والذي تم بناء على توصية لجنة حقوق الإنسان، التي اعتمدها المجلس الاقتصادي والاجتماعي، حيث تقدم اللجنة المساعدة الفنية في مجال حقوق الإنسان ومناهضة التمييز العنصري وحرية الإعلام. كما قامت اللجنة بدراسة إدانة حالات التعسف في القبض والاعتقال والنفي، وتأمين حق الدفاع في حالة القبض على الأشخاص وحماية مصالحهم الجوهرية.

1 (see : Hillebrecht C., " the legalization and bureaucratization of the UN human rights system : progress or peril ? " , prepared for the 2011 Annual Meeting of the American Political Science Association (APSA) , September 2011 , p. 11 .

٢ (راجع في ذلك : - د/ صالح محمد محمود بدر الدين ، الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان- دراسة في إطار الأمم المتحدة و المنظمات الإقليمية المتخصصة و الممارسات الدولية، مرجع سابق ، ص ٨٠-٨١ .

- د/ أحمد الرشيد ، حقوق الإنسان - دراسة مقارنة في النظرية و التطبيق ، مرجع سابق ، ص ٢٣٥-٢٣٧ .

- رضوى سيد أحمد محمود عمار ، تطوير منظومة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ، مرجع سابق ، ص ٨٨- ٩١ .

٥- استحدثت اللجنة عدة آليات خاصة ومنها آلية الإجراءات الخاصة، وذلك ضمانا لتعزيز حقوق الإنسان خاصة، وأن اللجنة كانت تجتمع مرة واحدة بالعام، حيث قدمت هذه الآليات تقارير سنوية إلى لجنة حقوق الإنسان من ناحية الأصل، وبعض التقارير الاستثنائية للجمعية العامة؛ بوصفها الجهاز صاحب الولاية العامة في إطار الأمم المتحدة. "

زوال اللجنة

يعزى زوال اللجنة بشكل كبير إلى زيادة الإخفاقات التي منيت بها اللجنة خلال سنوات عملها الأخيرة، حيث غرقت اللجنة خلال تلك الفترة في بحار من النقد و الجدل حول قدرتها على الوفاء بولايتها، خاصة مع التطور الذي أصاب القانون الدولي لحقوق الإنسان وما ترتب على ذلك من اتساع القضايا التي تشملها ولاية اللجنة، بالإضافة إلى فقدان مصداقية اللجنة الذي أضى واضحا للقاصي والداني، كل ذلك أدى إلى اعتبار اللجنة غير قادرة على الوفاء بولايتها (١) .

ويلاحظ البعض أن الانتقادات التي وجهت إلى اللجنة جاءت من مختلف وجهات النظر، بل و أحيانا من وجهات النظر المتعارضة ؛ فمثلا نجد أنه في حين قيام بعض النقاد بدعوة اللجنة إلى سلوك نهج تصالحي و تجنب مواجهة الحكومات، إلا أن آخرون يطعنون في مصداقية اللجنة - على وجه الخصوص- بسبب فشلها في إدانة الحكومات التي عثر على أنها ارتكبت انتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان (٢) .

ويمكننا إجمال أسباب زوال اللجنة في :

١. الأسباب المعيبة لعمل اللجنة

حيث عرقلت أساليب عمل اللجنة المضغوطة والمسيسة إلى حد كبير قدرة اللجنة على التعامل الفعال مع حقوق الإنسان على أساس موضوعي، وكذلك قدرتها على معالجة حالات الأزمات أو اتخاذ التدابير في الوقت المناسب للوقاية منها . حيث تتعقد اللجنة لدورة سنوية

1) see : Freedman R. , "The United Nations Human Rights Council - A Critique and Early Assessment" , Op.cit .pp.26-27 .

"heightened expectations of the Commission's work, and criticisms when such expectations were not met, expanded as general interest in human rights grew. The Commission became a target for more general attacks against the UN by neoconservatives, governments, and even some NGOs, due to perceptions that it was not fulfilling its mandate" see :Schrijver N. , " The UN Human Rights Council :A New Society of The Committed or Just Old Wine in New Bottles " , Leiden Journal Of International Law , vol.20/4 ,2007 , p .812

2) see : Alston P., " Reconceiving The UN Human Rights Regime : Challenges Confronting The New UN Human Rights Council " , Melbourne Journal Of International Law , vol.7 ,2006 , p. 188 .

واحدة لمدة ستة أسابيع، وهي مدة لا تسمح بحال من الأحوال لإعطاء الاهتمام المطلوب لجميع حقوق الإنسان.^(١)

٢. الانتقائية السياسية في الاستجابة لحالات الانتهاكات الجسيمة

وقد حالت سياسات القوة والمعايير المزدوجة - بصورة منفصلة أو مجتمعة - دون قيام اللجنة بمعالجة انتهاكات حقوق الإنسان الواسعة النطاق أو الخطيرة أو حتى مناقشتها في كثير من البلدان.^(٢)

ونلاحظ أنه كان من الواجب على لجنة حقوق الإنسان أن تتصدى بفاعلية للانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان . ففي عام ١٩٧٧م - علي سبيل المثال - امتنعت اللجنة عن التحقيق في نمط ثابت من الانتهاكات الجسيمة لحقوق الإنسان التي اقترفها نظام الرئيس عيدي أمين في أوغندا، علي الرغم من المراسلات العديدة التي قامت بها العديد من المنظمات غير الحكومية، وكذلك التوصية التي رفعتها اللجنة الفرعية إلى لجنة حقوق الإنسان . و أيضا في أواخر العام ١٩٨٠م، تجاهلت اللجنة علي نحو متكرر المعلومات الواردة إليها بشأن انتهاك حقوق الإنسان علي نطاق هائل في العراق، ولم تمتلك اللجنة الإرادة السياسية لتعيين مقرر خاص معني بالعراق إلا بعد صيحات الإدانة الدولية لغزو العراق للكويت في العام ١٩٩١م . وللمفارقة الغريبة أن اللجنة بعد أن أبتت علي التفويض الخاص بالعراق لمدة ثلاثة عشر عاما، قامت في العام ٢٠٠٤م بإنهاء صلاحياتها بشأن العراق، وتحديدًا في الوقت الذي غدت مراقبة حقوق الإنسان وحمايتها في العراق أمرا ضروريا للغاية، بل ولم تكتف بهذا وإنما تقاعست اللجنة في آخر جلساتها عن اتخاذ تدابير بشأن العراق.^(٣)

1) see : MEETING THE CHALLENGE: TRANSFORMING THE COMMISSION ON HUMAN RIGHTS INTO A HUMAN RIGHTS COUNCIL , AMNESTY INTERNATIONAL , DOC. IOR 40/008/2005, APRIL 2005 , PP6-7 .

2) see : Freedman R. , "The United Nations Human Rights Council - A Critique and Early Assessment" , Op.cit .p 38 .

3) see : MEETING THE CHALLENGE: TRANSFORMING THE COMMISSION ON HUMAN RIGHTS INTO A HUMAN RIGHTS COUNCIL , AMNESTY INTERNATIONAL , Op.cit .pp 5-6 .

المطلب الثالث

المجلس الدولي لحقوق الإنسان

• إنشاء المجلس

في إطار محاولات إصلاح وتجديد الأمم المتحدة للحفاظ على مصداقيتها اقترح الأمين العام السابق للأمم المتحدة " كوفي عنان " في تقريره الذي جاء تحت عنوان " في جو من الحرية أفسح: صوب تحقيق التنمية والأمن، وحقوق الإنسان للجميع "، الاستعاضة عن لجنة حقوق الإنسان بمجلس دائم أصغر حجماً لحقوق الإنسان، على أن يتم تحديد ما إذا كان للمجلس هيئة رئيسية من هيئات الأمم المتحدة أو هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة، وفي كلتا الحالتين، تنتخب الجمعية العامة أعضاء المجلس انتخاباً مباشراً بأغلبية ثلثي الأعضاء الحاضرين والمشاركين في التصويت.^(١)

وقد تم طرح هذا الموضوع للنقاش أمام مؤتمر قمة العالم في سبتمبر ٢٠٠٥ لمناقشة كيفية أداء المجلس للمهام المطلوبة منه، وللتفاصيل المتعلقة بحجم وتشكيل وإنشاء المجلس. وفي هذا الصدد نشير إلى قرار الجمعية العامة الذي أشار إلى عقد العزم على إنشاء مجلس لحقوق الإنسان، حيث طالب رئيس الجمعية العامة بإجراء مفاوضات تتسم بالانفتاح والشفافية والشمول، تكتمل في أقرب وقت ممكن خلال الدورة السنتين. بهدف إقرار ولاية مجلس حقوق الإنسان، وطرائفه، ومهامه، وحجمه وتشكيله وعضويته وأساليبه عمله وإجراءاته.^(٢)

وبالفعل اعتمدت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرار إنشاء مجلس الأمم المتحدة لحقوق الإنسان عام ٢٠٠٦ بوصفه هيئة فرعية تابعة للجمعية العامة، ليحل محل لجنة حقوق الإنسان، على أن يكون مقره جنيف، وقد نص القرار على أن يتولى المجلس دور لجنة حقوق الإنسان ويضطلع بمسئوليتها.^(٣)

• تكوين المجلس الدولي لحقوق الإنسان

وفقاً للفقرة ٧ من قرار الجمعية العامة ٢٥١/٦٠ يتألف مجلس حقوق الإنسان من سبع وأربعين دولة من الدول الأعضاء تنتخبها أغلبية أعضاء الجمعية العامة بالاقتراع السري

١) أنظر : تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بعنوان " في جو من الحرية أفسح : صوب تحقيق التنمية و الأمن ، وحقوق الإنسان للجميع " ، وثيقة رقم (A/59/2005) المؤرخة بتاريخ ٢١ مارس ٢٠٠٥ م .

٢) أنظر : رضوى سيد أحمد محمود عمار ، تطوير منظومة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ، مرجع سابق ، ص ١٠٥ .

٣) أنظر : قرار الجمعية العامة رقم ٢٥١/٦٠ ، وثيقة رقم (A/RES/60/251) المؤرخة بتاريخ ٣ أبريل ٢٠٠٦ م .

المباشر وبشكل فردي وتستند عضويته إلى التوزيع الجغرافي العادل وتوزع مقاعده بين المجموعات الإقليمية على النحو التالي :

ثلاثة عشر لمجموعه الدول الأفريقية وثلاثة عشر لمجموعة الدول الآسيوية وستة لمجموعة دول أوروبا الشرقية وثمانية لمجموعه دول أمريكا اللاتينية ومنطقة بحر الكاريبي وسبعة لمجموعة دول أوروبا الغربية ودول أخرى وتمتد فترة ولاية أعضاء المجلس ثلاث سنوات ولا تجوز إعادة انتخابهم مباشرة بعد شغل ولايتين متتاليتين^(١).

ينبغي علينا إدراك أن البنية التركيبية للمجلس لم تختلف عن نظيرتها للجنة حقوق الإنسان في عدد الدول الأعضاء فحسب بل طال الاختلاف أيضا عدد المقاعد المخصصة للمجموعات الإقليمية المختلفة، فمن انخفاض عدد الأعضاء من ٥٣ إلى ٤٧ عضوا كان من الممكن توقع أن يخفض نسبة عدد تمثيل المجموعات الجغرافية كل على حدة، إلا أنه تمت زيادة عدد مقاعد بعض المجموعات : الآسيوية وأوروبا الشرقية على حساب المجموعات الأخرى، وقد أدى انخفاض نسبة تمثيل دول أوروبا الغربية مقارنة بزيادة تمثيل الدول الآسيوية وثبات نسبة تمثيل الدول الأفريقية زيادة تأثير الدول النامية وهو ما انعكس جليا في نوعية القضايا التي طرحت على أجندة المجلس فترة إنشائه^(٢).

• اختصاصات المجلس

تعتبر وظيفة المجلس العظمى هي تعزيز واحترام حماية حقوق الإنسان وذلك عبر مناقشة الموضوعات الحقوقية، وتقديم التوصيات بشأنها للجمعية العامة من أجل تطوير القانون الدولي في هذا المجال.

ومن واقع نصوص قرار الجمعية العامة المنشئ للمجلس الدولي لحقوق الإنسان يمكننا استنباط الاختصاصات التالية^(٣):

١- النهوض بالتنقيف والتعليم في مجال حقوق الإنسان وذلك في ضوء تسليم المجتمع الدولي بأن التنقيف في مجال حقوق الإنسان يأتي بنتائج بعيدة المدى تسهم في منع الإساءات والنزاعات العنيفة.

٢- تعزيز الخدمات الاستشارية والمساعدة التقنية وبناء القدرات بالتشاور مع الدول الأعضاء المعنية وبموافقتها .

(١) أنظر : قرار الجمعية العامة رقم ٢٥١/٦٠ ، مرجع سابق ، الفقرة (٧) .

(٢) Gerber P. , " The Hitch Hiker's Guide to The New United Nations Council " , Flinders Journal of Law Reform, vol.10 , 2007 , p.256 .

(٣) أنظر : المواد ٥ ، ٦ من القرار رقم ٢٥١/٦٠ ، مرجع سابق .

- ٣- العمل منتدى للحوار بشأن القضايا الموضوعية المتعلقة بجميع حقوق الإنسان، والملاحظ أن المجلس قد أنشئ العديد من المنتديات مثل المنتدى المعني بحقوق الأقليات، والمنتدى الاجتماعي .
- ٤- تقديم توصيات إلى الجمعية العامة من أجل زيادة تطوير القانون الدولي في ميدان حقوق الإنسان وهو ما يتمثل بصورة واضحة في مشروعات الاتفاقيات، والإعلانات العالمية ذات الصلة بحقوق الإنسان.
- ٥- تعزيز وتنفيذ الالتزامات المتعلقة بحقوق الإنسان بالإضافة لمتابعة الأهداف والالتزامات الناشئة عن مؤتمرات القمة التي عقدتها الأمم المتحدة.
- ٦- كذلك يقوم المجلس بالاستعراض الدوري الشامل حيث يستعرض على أساس دوري مدى وفاء كل دولة من كافة أعضاء الأمم المتحدة بالتزاماتها وتعهداتها في مجال حقوق الإنسان على نحو يكفل شمولية التطبيق. والمساواة في المعاملة بين الدول.
- ٧- يقوم المجلس بتفعيل آلية الإجراءات المتعلقة بالشكاوي والتي تتميز بقدرتها على تناول انتهاكات جميع حقوق الإنسان والحريات الأساسية ؛ في حين أنه لا يتعين أن تكون الدولة طرفاً، في معاهدة لكي يمكن تقديم شكوى ضدها بموجب هذا الإجراء.
- ٨- منع انتهاكات حقوق الإنسان والاستجابة فوراً في الحالات الطارئة على أساس غير انتقائي.

• سلطات المجلس

تتفاوت المنظمات الدولية من حيث قوة السلطات التي تتمتع بها .حيث قد تقتصر سلطات المنظمة على إصدار التوصيات غير الملزمة أو اقتراح الاتفاقيات اللازمة والتي يتوقف تنفيذها وإبرامها على رغبة الدول الأعضاء . وقد تصل سلطات المنظمة إلي إصدار قرارات ملزمة تسمو بها إرادة المنظمة على إرادة الدول الأعضاء فيها . والمحدد الأول والأخير لهذه السلطات هو الميثاق المنشئ للمنظمة (١).

ولما كان المجلس الدولي لحقوق الإنسان ما هو إلا جهاز فرعي تابع للجمعية العامة للأمم المتحدة التي لا تملك، بحسب الأصل العام، سلطة إصدار قرارات تلزم الدول الأعضاء.

(١) انظر : د/ صلاح الدين عامر ، قانون التنظيم الدولي - النظرية العامة ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٤م ، ص٣٩٨، ٣٩٩ .

ولما كان الفرع يستمد سلطاته وقوته من الأصل ؛ فإن المجلس لا يملك سلطة إصدار قرارات ملزمة (١) .

ولكن هذا لا يعني أن المجلس ليس له سلطات مطلقاً، حيث يملك المجلس من السلطات ما يمكنه من الاضطلاع بولايته (٢) . وبالتالي يمكننا الانتهاء إلي أن المجلس لديه ثلاث سلطات رئيسية وهي :

١) سلطة إصدار توصيات

تعتبر سلطة إصدار التوصيات هي السلطة الرئيسية للمجلس، وقد تم ذكرها في القرار ٦٠/٢٥١، المنشئ للمجلس، في مواطن عديدة، وعادة ما يسبق إصدار التوصيات من المجلس قيام بالبحث و الدراسة وجمع المعلومات والذي قد يتخذ إحدى صور ثلاث(٣) :

أولاً : الأبحاث و الدراسات التي يقوم بها المجلس ذاته في نطاق اختصاصه و تشمل حقه في الدعوة إلي تشكيل لجان لتقصي الحقائق أو لجان التحقيق التي تكون وظيفتها الرئيسية جمع أكبر قدر ممكن من المعلومات للثبوت من الحقائق المحيطة بادعاء انتهاك حقوق الإنسان، ومن أمثلة ذلك : لجنة تقصي الحقائق الذي شكلها المجلس حول العدوان الإسرائيلي على غزة (في الفترة من ٢٧ ديسمبر ٢٠٠٨ إلى ١٨ يناير ٢٠٠٩) والتي عرفت بـ لجنة جولدستون .

ثانياً: الأبحاث والدراسات التي تتم عن طريق المؤتمرات الدولية، ومن أمثلة ذلك مؤتمر ديربان الاستعراضي الذي تم عقده في جنيف (في الفترة من ٢٠ إلى ٢٤ إبريل ٢٠٠٩) تحت إشراف من المجلس بتكليف من الجمعية العامة للأمم المتحدة(٤).

١) وتجدر الإشارة إلي أنه خلال مرحلة المشاورات التي سبقت إنشاء المجلس سعت بعض الدول أي الحد من صلاحيات المجلس إلي أبعد مدى ، وعلى سبيل المثال : الصين وروسيا كانتا تصران على عدم السماح للمجلس بإصدار توصيات مباشرة إلى أي من أجهزة و فروع الأمم المتحدة الرئيسية عدا الجمعية العامة .
راجع في ذلك :

-Freedman R. , "The United Nations Human Rights Council - A Critique and Early Assessment" ,Op.cit , p105.

٢) وإن كان يلاحظ علي القرار ٦٠/٢٥١ ، المنشئ للمجلس و الذي يعد المرجع الرئيس لسلطاته ، أن صياغته قد جاءت عامة وواسعة ، بعض الشيء ، فيما يتعلق بسلطات المجلس ؛ ومن ثم فإنه قد يبرز عزع اليقين بشأن وجود بعض سلطات المجلس من عدمه . انظر في ذلك :

-Freedman R. , "The United Nations Human Rights Council - A Critique and Early Assessment", Op.cit, p106.

٣) انظر : رضوى سيد أحمد محمود عمار ، تطوير منظومة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ، مرجع سابق ، ص ١٣١ .

٤) لمزيد من المعلومات حول مؤتمر ديربان الإستعراضي راجع الموقع الإلكتروني التالي :

ثالثاً: الأبحاث و التقارير التي يطلبها المجلس من الدول الأعضاء فيه، وتعد المطالبة بهذه التقارير وسيلة تتيح للمجلس مراقبة نشاط الدول الأعضاء كما تساعده على رسم سياسته واتخاذ التدابير اللازمة لممارسة مهامه، ومن أمثلة ذلك التقارير التي تقدمها الدول أثناء آلية الاستعراض الدوري الشامل .

يجوز للمجلس تقديم توصيات بشأن طائفة واسعة من المجالات، بما في ذلك انتهاكات حقوق الإنسان الموضوعية (الولايات الموضوعية) و انتهاكات حقوق الإنسان في بلد بعينه (الولايات القطرية) وكذلك انتهاكات حقوق الإنسان الجسيمة والمنهجية، كما يمكن للمجلس إصدار التوصيات فيما يتعلق بتعزيز وحماية اختصاصات المجلس ذاته^(١). وتجدر الملاحظة أن التوصيات التي تصدر من المجلس بصدده بحثه للولايات القطرية يجب ألا تتضمن فقط إدانة الدولة التي قامت بالانتهاكات وإنما يجب أن تشمل التركيز على المساعدة على وقف هذه الانتهاكات ومنع تكرارها مرة أخرى^(٢) .

٢) سلطة وضع المعايير

تشكل معايير حقوق الإنسان أساس التزامات و تعهدات الدول في هذا المجال، ولا يمكننا أن ننسى أن الوظيفة الرئيسية التي أنشأت من أجلها لجنة حقوق الإنسان هي وضع المعايير فيما يخص حقوق الإنسان . ولما كان مجلس حقوق الإنسان قد أسند إليه الاضطلاع بجميع آليات و ولايات و مهام و مسؤوليات لجنة حقوق الإنسان ؛ فإن المجلس يكون قد تقرر له سلطة وضع المعايير من جملة ما ورثه عن لجنة حقوق الإنسان^(٣) .

٣) سلطات لضمان الامتثال

تم إعطاء المجلس سلطة تنفيذ أدوار إشرافية محددة مثل مراقبة مدى امتثال الدول لتطبيق القواعد و الالتزامات التي تفرضها حقوق الإنسان^(٤).

1) see : Freedman R. , "The United Nations Human Rights Council - A Critique and Early Assessment", Op.cit, p107.

2) see : Kälin,W. , Künzli , J. and Baldegger M.,"The Human Rights Council And Country Situations (Framework, CHALLENGES AND MODELS)" , Institute of Public Law, University of Bern (Switzerland) ,2006 , p 16 .

٣) أنظر في ذلك كلا من :

- قرار الجمعية العامة رقم (٦٠/٢٥١) في الوثيقة (A/RES/60/251) سابق الإشارة إليه ، الفقرة ٦ .

- see : Freedman R. , "The United Nations Human Rights Council - A Critique and Early Assessment", Op.cit, p108.

فيكون للمجلس أن يعلق عضوية أي من الدول الأعضاء إذا ما ارتكبت انتهاكات جسيمة و منهجية لحقوق الإنسان^(٢)، كما يكون للمجلس صلاحيات للتعامل التي لا تتعاون مع التوصيات الصادرة عنه أو عن أحد أجهزته حيث يكون للمجلس توجيه دعوة للجمعية العامة أو مجلس الأمن للنظر في الأمر^(٣).

• دور المجلس في الارتقاء بحقوق الإنسان

نرصد في هذا المطلب الإطار العام لدور المجلس الدولي لحقوق الإنسان في تطوير قواعد القانون الدولي لحقوق الإنسان، وذلك وفقاً للتقسيم التالي:

- الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

رغم ما تضمنته ديباجة ميثاق الأمم المتحدة من تأكيد عزم شعوب الأمم المتحدة علي المضي قدماً نحو دفع الرقى الاجتماعي، ورفع مستوى الحياة، وعلى التزامها باستخدام الأداة الدولية في ترقية الشؤون الاقتصادية والاجتماعية للشعوب جميعاً. علاوة علي ما تضمنته مواد الميثاق من حث الدول الأعضاء علي التعاون في المجالات الاقتصادية والاجتماعية؛ إلا أن عدداً كبيراً من العاملين في حقل حقوق الإنسان قد رصد عدم وجود اهتمام كاف لحماية الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، بنفس القدر الذي تناله الحقوق السياسية والمدنية^(٤).

أولاً: الحقوق الاقتصادية والاجتماعية :

بإمعان النظر في القرارات الصادرة عن المجلس، نجد أن هناك اهتماماً واضحاً بضرورة إعمال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في جميع دول العالم^(٥). وسنستعرض لأبرز ما قام به المجلس في هذا الصدد:

(١) البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية :

3) see : Freedman R. , "The United Nations Human Rights Council - A Critique and Early Assessment", Op.cit, p108.

٢) انظر : قرار الجمعية العامة رقم (٦٠/٢٥١) في الوثيقة (A/RES/60/251) سابق الإشارة إليه ، الفقرة ٨.

2) see : : Kälın,W. & Künzli J. and Baldegger M., "The Human Rights Council And Country Situations (Framework, CHALLENGES AND MODELS)" , Op.cit, p18.

٤) أنظر : د/ حسن نافعة ، الأمم المتحدة في نصف قرن : دراسة في تطوير التنظيم الدولي منذ ١٩٤٥ ، سلسلة عالم المعرفة ، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب ، الكويت ، ١٩٩٥ م ، ص ٢٥١-٢٥٨ .

٥) أنظر : قرار مجلس حقوق الإنسان (١/٤) ، المعنون ب" مسألة إعمال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية في جميع البلدان" ، المؤرخ في ٢٣ مارس ٢٠٠٧ م .

ولعل أبرز ما يتضح من قرارات المجلس الذي تتعلق بهذا الشأن ما جاء بشأن البروتوكول الاختياري الملحق بالعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية^(١) والذي يمثل نقله نوعية في الاهتمام بالنظر لهذه القضايا^(٢) حيث يمثل أداة هامة في مساعدة الدول على تحسين تنفيذ التزاماتها الحالية بموجب العهد من خلال توفير آلية لتقديم الشكاوي تشجع الدول الأطراف على توفير سبل انتصاف أكثر فعالية على الصعيد المحلي^(٣)

٢) مكافحة الفقر

وكان على رأس هذه القضايا "حقوق الإنسان والفقر المدقع"^(٤)، حيث مثل الفقر قضية محورية في صلب هذه القضايا من منطلق أن الشخص الذي يعيش في وضع الفقر هو شخص يظل بالنسبة إليه عدد من حقوق الإنسان غير مُلبي - مثل الحق في كل من الطعام، والصحة، والمشاركة السياسية، وما إلى ذلك^(٥). وقد أعرب المجلس عن ما لمسه من أثر الفقر المدقع الذي لا يزال مستمراً في جميع بلدان العالم بصرف النظر عن حالتها الاقتصادية والاجتماعية، والثقافية، وحيث يتسع نطاقه ومظاهره التي تؤثر تأثيراً شديداً في البلدان النامية.

وساهم المحفل الاجتماعي، وهو أحد الأجهزة المعاونة في عمل المجلس، في تحديد الممارسات الفضلى لتشجيع إدماج نهج قائم على حقوق الإنسان في جهود الحد من الفقر. وأشار تقرير المحفل الاجتماعي في هذا الصدد إلى أنه قد ساد اتفاق حول أن الفقر وحقوق الإنسان أمران مترابطان بثلاثة طرق على الأقل، (أ) وهي أن يكون الفقر سبباً في انتهاكات حقوق الإنسان ونتيجة لها، (ب) إن أعمال جميع حقوق الإنسان وبذل الجهود للقضاء على الفقر المدقع هما أمران يعزز كل منهما الآخر، (ج) تحديد معايير ومبادئ حقوق الإنسان في إطار محدد من الفقر و / أو القضاء عليه. وقد أشار المنتدى إلى أهمية النظر إلى أن مشاركة الفقراء أمر حيوي في تصميم وتنفيذ استراتيجيات وبرامج ترمي إلى الحد من الفقر. وقد سلط المنتدى الضوء على مشاركة الفقراء، إلى جانب المساءلة، والوصول إلى وسائل

(١) أنظر: قرار مجلس حقوق الإنسان ٢/٨، المؤرخ ١٨ يونيو ٢٠٠٨.

(٢) أنظر: د/ حاتم قطران، " دليل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية" ، المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس، ٢٠٠٤ م، ص ١٨، ١٩.

(٣) أنظر: " الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية" ، متاح على الموقع التالي :

www.amnest.org/ar/economic-social-and-cultural-rights

(٤) أنظر: قرار مجلس حقوق الإنسان ٢/٢، المؤرخ في تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٦، وقرار مجلس حقوق الإنسان ٢٧/٧ المؤرخ في ٢٨ مارس ٢٠٠٨، وقرار مجلس حقوق الإنسان ١١/٨، المؤرخ في ١٨ يونيو ٢٠٠٨.

(٥) أنظر: المبادئ العامة والمبادئ التوجيهية لنهج يرتكز على حقوق الإنسان يتبع في استراتيجيات الحد من الفقر، منشورات الأمم المتحدة، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، HR/PUO/06/12، ص: ٢.

الانتصاف، وذلك باعتبارها أهم القيم المضافة التي تنتج عن إدماج النهج القائم على حقوق الإنسان في صلب استراتيجيات الحد من الفقر. (١)

٣) الحق في التنمية :

كذلك أولي المجلس عناية واضحة بالحق في التنمية، وهو ما جاء على ذكره في قرار إنشائه، وعدد من قراراته (٢)، حيث أكد علي أهمية النهوض بتعزيز وحماية الحق في التنمية مع وجوب أن تكون التنمية في صلب جدول الأعمال الاقتصادي الدولي، كذلك أكد المجلس أن الترابط بين الاستراتيجيات الإنمائية الوطنية، والالتزامات والتعهدات الدولية، سيساهم في تهيئة بيئة تمكينية للتنمية، تساهم في الأعمال الكامل لحقوق الإنسان كافة للجميع .

٤) الحق في الغذاء:

وفي ضوء سعي المجلس للاستجابة الفورية للحالات الطارئة المتعلقة بحقوق الإنسان عقد دورتين استثنائيتين في جنيف واحدة بشأن التأثير السلبي لتفاقم أزمة الغذاء العالمية على أعمال الحق في الغذاء للجميع والأخرى لاستعراض آثار الأزمة المالية والاقتصادية الدولية على التمتع بحقوق الإنسان (٣) . وهو ما اعتبر بداية جادة لتناول منظومة حقوق الإنسان الدولية للتحديات والمستجدات على الساحة الدولية دون الاقتصار فقط على الحقوق المدنية والسياسية وللتأكيد في هذا الخصوص على أعمال الحق في التنمية باعتباره حقاً أصيلاً لكافة الشعوب . والتأكيد من جهة أخرى على ضرورة احترام الدول المتقدمة لالتزاماتها، ومراعاتها لآثار سياستها على الدول النامية، والاقتصاد العالمي ككل، دون الاقتصار على صفقات إنقاذ المؤسسات المالية والمصرفية الكبرى.

ثانياً: الحقوق الثقافية:

يلاحظ أن الحقوق الثقافية لم تكتسب اهتماماً من قبل لجنة حقوق الإنسان. إلا أن المجلس قد أيد المزيد من الاهتمام بالحقوق الثقافية والحقوق التي تعتمد أو ترتبط بممارسة وتنمية الثقافة، وهو ما يتجلى على النحو التالي:

أدي المجلس نشاطاً ملحوظاً فيما يخص حقوق الأقليات . وهو ما اتضح جلياً بإنشاء منتدى قضايا الأقليات (٤)، والذي أنشأ ليكون بمثابة منبراً لتعزيز الحوار والتعاون بشأن القضايا

(١) تقرير المحفل الاجتماعي لعام ٢٠٠٨ ، مستند رقم A/HRC/10/65 ، فقرة رقم (٨٦)، (٨٧)، (٨٨) ، المؤرخ في ١٦ يناير ٢٠٠٩ .

(٢) أنظر : قرار مجلس حقوق الإنسان ٤/٤، المعنون بـ "الحق في التنمية" ، المؤرخ في ٣٠ آذار/مارس ٢٠٠٧ . قرار مجلس حقوق الإنسان ٥/٤ ، المعنون بـ "العولمة وأثرها في التمتع الكامل بجميع حقوق الإنسان" ، المؤرخ في ٣٠ آذار / مارس ٢٠٠٧ .

(٣) أنظر: رضوى سيد أحمد محمود عمار ، تطوير منظومة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان ، مرجع سابق ، ص ٢٨١ .

(٤) أنظر : قرار مجلس حقوق الإنسان ١٥/٦ ، المؤرخ في ٢٨ سبتمبر ٢٠٠٧ .

ذات الصلة بالأشخاص المنتمين إلى أقليات قومية أو إثنية أو إلى أقليات دينية ولغوية . وذلك من أجل النهوض بتنفيذ إعلان حقوق الأشخاص المنتمين إلى هذه الأقليات. من ناحية أخرى، أولي المجلس اهتمامه بقضايا حقوق الشعوب الأصلية، وهو ما اتضح جلياً في مشروع إعلان حقوق الشعوب الأصلية^(١) أيضاً فيما يخص الحقوق الثقافية كان لحرية الدين وفكرة التسامح مساحة كبيرة من اهتمام المجلس، وهو ما اتضح جلياً في العديد من قراراته فمنذ نشأة المجلس نلمس هذا الاهتمام ففي دورته الأولى طلب المجلس في قراره المعنون التحريض على الكراهية العنصرية والدينية وتعزيز التسامح إلى المقررة الخاصة المعنية بحرية الدين أو المعتقد والمقرر الخاص المعني بالأشكال المعاصرة للعنصرية والتمييز العنصري وكره الأجانب وما يتصل بذلك من تعصب كما طلب إلى مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق أن يقدم تقرير عن هذه الظاهرة^(٢). من ناحية أخرى اهتم المجلس بقضايا التنوع الثقافي حيث أكد على أهمية تعزيز تمتع الجميع بالحقوق الثقافية واحترام التنوع الثقافي وفي هذا الصدد أشار إلى تعيين خبير مستقل في مجال الحقوق الثقافية يمكن أن يساعد في تنفيذ هذا القرار .^(٣) مجال آخر استحوذ اهتمام المجلس دار حول حماية التراث الثقافي حيث أكد المجلس على أن تدمير الملكية الثقافية أو أي شكل آخر من أشكال اتلافها هو أمر من شأنه أن يمس بالتمتع بالحقوق الثقافية^(٤) .

- الحقوق المدنية والسياسية

ومن أمثلة الحقوق المدنية والسياسية المقررة للأفراد عموماً : الحق في حماية الحرية الشخصية، الحق في الحياة وفي السلامة والأمن، الحق في ممارسة الحرية الدينية، حرية الرأي والتعبير، حرية الاجتماع، حرية التجمع، الحق في احترام الحياة الخاصة، الحق في الاعتراف لكل فرد بالشخصية القانونية، الحق في الحماية القضائية، الحق في التنقل وفي اختيار مكان الإقامة المناسب، تحريم التعذيب أو العقوبة القاسية أو غير الإنسانية أو

(١) أنظر: إعلان الأمم المتحدة بشأن حقوق الشعوب الأصلية، متاح على الموقع الإلكتروني :

www.un.org/arabic/events/indigenous/2008/declaration.sht,ml

(٢) أنظر : قرار مجلس حقوق الإنسان ٦ / ٢٧ ، المعنون بالقضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين والمعتقد ، المؤرخ في ١٤ ديسمبر ٢٠٠٧ م .

(٣) أنظر : قرار مجلس حقوق الإنسان ٦ / ٦ ، المعنون بـ "تعزيز تمتع الجميع بالحقوق الثقافية واحترام التنوع الثقافي"، المؤرخ في ٢٨ أيلول / سبتمبر ٢٠٠٧ .

٤ قرار مجلس حقوق الإنسان ١ / ٦ المعنون بـ "حماية الحقوق والملكية الثقافية في حالات النزاع المسلح" المؤرخ في ٢٧ أيلول / سبتمبر ٢٠٠٧ .

المهينة، الحق في المشاركة في إدارة الشؤون العامة، الحق في الجنسية، الحق في تولي الوظائف العامة،^(١)

وعلى عكس الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، لاقت الحقوق المدنية والسياسية اهتماماً أكبر في ظل لجنة حقوق الإنسان السابقة^(٢)، وبالنظر إلى موضوعات قرارات المجلس فيما يخص الحقوق المدنية والسياسية، نرصد عدد من الملاحظات كالتالي :

- الربط بين قضايا التمييز في الحياة السياسية والمدنية ومكافحة العنصرية، بقصد تعزيز الديمقراطية .^(٣)
- الاهتمام بضمان معايير نزاهة النظام القضائي، وإقامة العدل عن طريق المحاكم العسكرية.^(٤)
- التأكيد على أهمية الحق في الجنسية، وأن الحرمان التعسفي من الجنسية يمثل انتهاك لحقوق الإنسان والحريات الأساسية، ويعوق الإدماج الاجتماعي، ومن الضرورة ضمان وسيلة انتصاف فعالة للأشخاص الذين يكونون قد حرموا تعسفاً من جنسيتهم.^(٥)
- الاهتمام بمسألة العدالة الانتقالية.^(٦)
- الدعوة إلى النظر في حالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي، وما يتعرض له الشهود على حالات الاختفاء أو أقارب المختفين من مضايقة وسوء معاملة وتخويف، حيث يتم فيها الحرمان من عدد كبير من الحقوق المدنية والسياسية، ونشير في هذا الصدد، إلى أن المجلس قد اعتمد اتفاقية دولية لحماية جميع الأشخاص من الاختفاء القسري . وأكد في ذلك على ضمان إنصاف ضحايا التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة

(١) أنظر : د/ أحمد الرشدي ، حقوق الإنسان - دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق ، مرجع سابق ، ص : ٣٣ - ٣٧ .

(٢) من أمثلة ذلك : الفريق العامل المعني بحالات الاختفاء القسري أو غير الطوعي . (منذ عام ١٩٨٠).

المقرر الخاص المعني بمسألة التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة (منذ عام ١٩٨٥)

• الفريق العامل المعني بالاحتجاز التعسفي. (منذ عام ١٩٩١)

• المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية الحق في حرية الرأي والتعبير (منذ عام ١٩٩٣)

• المقرر الخاص المعني بتعزيز وحماية حقوق الإنسان والحريات الأساسية في سياق مكافحة الإرهاب (منذ عام ٢٠٠٥)

(٣) أنظر : مقرر مجلس حقوق الإنسان ١٠٦/٢، المعنون بـ "التعارض بين الديمقراطية والعنصرية" ، المؤرخ في ٢٧ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٦ .

(٤) أنظر : مقرر مجلس حقوق الإنسان ١١٠/٢ المعنون بـ "نزاهة النظام القضائي" المؤرخ في ٢٧ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٦ .

(٥) أنظر : مقرر مجلس حقوق الإنسان ١١١/٢ ، المعنون بـ "حقوق الإنسان والحرمان التعسفي من الجنسية" ، المؤرخ في ٢٧ تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٦ أيضاً : قرار مجلس حقوق الإنسان ١٠/٧ ، المعنون بـ "حقوق الإنسان والحرمان التعسفي من الجنسية" ، المؤرخ في ٢٧ آذار/مارس ٢٠٠٨ .

(٦) أنظر : مقرر مجلس حقوق الإنسان ١٠٢/٤ ، المعنون بـ "العدالة الانتقالية" ، المؤرخ في ٢٣ آذار/مارس ٢٠٠٧ .

القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة وحصولهم على تعويضات منصفة وكافية وعلى خدمات ملائمة لإعادة تأهيلهم اجتماعياً وطبياً .^(١)

- كما حظيت حقوق الإنسان للمهاجرين باهتمام المجلس .^(٢)

وذلك إلى جانب عدد آخر من الولايات الخاصة بفئات محددة أو دول معينة والتي شمل النظر من خلالها تناول هذه الحقوق . مثل :- المقرر الخاص المعني بحالة حقوق الإنسان والحريات الأساسية للسكان الأصليين، الخبير المستقل بقضايا الأقليات، ... الخ .

وهكذا يتضح مما سبق، أن المجلس قد واكب العديد من القضايا المستجدة على الساحة السياسية والمدنية في بلدان العالم المختلفة والتي ارتبطت بموضوعات شائكة.

(١) أنظر : قرار مجلس حقوق الإنسان ٨/٨ ، المعنون بـ "التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة" ، المؤرخ في ١٨ حزيران/يونيه ٢٠٠٨ .

(٢) أنظر : قرار مجلس حقوق الإنسان ١٠/٨ ، المعنون بـ "حقوق الإنسان للمهاجرين: ولاية المقرر الخاص المعني بحقوق الإنسان للمهاجرين" ، المؤرخ في ١٨ حزيران/يونيه ٢٠٠٨ .

الخاتمة و التوصيات

تناولنا في البحث دور مؤسسات المنظمات الدولية العالمية - و خاصة الأمم المتحدة - في حماية حقوق الإنسان علي الصعيد الدولي، ولمسنا مقدار التطور الذي جنته حقوق الإنسان من جراء تدخل الأمم المتحدة بقوة في مجال حقوق الإنسان . ومن جماع ما ذكرناه في الدراسة نخلص إلى التوصيات التالية :

- ١- أن يتم تعديل ميثاق الأمم المتحدة بحيث يصبح المجلس الدولي لحقوق الإنسان أحد الأجهزة الرئيسية لمنظمة الأمم المتحدة .
- ٢- أن يتم تغيير أساس العضوية في المجلس بحيث تصبح العضوية علي أساس شخصي و ليس تمثيلا للدول و الحكومات، فيتم اختيار أعضاء المجلس لما يتمتع به من مؤهلات تساعدهم في النهوض بالدور المنوط بهم، علي أن يتم الإبقاء علي نظام التوزيع الجغرافي العادل .
- ٣- أن يحصل المجلس علي سلطات حقيقية تمكنه من توقيع عقوبات علي الدول التي يثبت عن طريق إحدى آليات المجلس ارتكابها لانتهاكات جسيمة لحقوق الإنسان .
- ٤- أن يتمتع المجلس بسلطة إصدار القرارات لها صفة الإلزام وليس توصيات فحسب .

المراجع

أولاً : المراجع باللغة العربية

(١) الرسائل العلمية

- إبراهيم زهير الدراجي، جريمة العدوان و مدى المسؤولية القانونية الدولية عنها، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ٢٠٠٢ م . .
- رضوى سيد أحمد محمود عمار، تطوير منظومة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، أطروحة لنيل درجة الماجستير، كلية الاقتصاد و العلوم السياسية، جامعة القاهرة، ٢٠٠٩ م .
- عزت سعيد السيد البرعي، حماية حقوق الإنسان في ظل التنظيم الدولي الإقليمي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٨ م .
- محمد عوض الغمري، مبدأ السيادة الوطنية ونظام الحماية الدولية لحقوق الإنسان، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٧ م .
- محمد فؤاد جاد الله، النظام القانوني الدولي و الآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان و الحريات الأساسية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠١٠ م ص ٦٤ .
- هالة السيد الهلالي، دور الأمم المتحدة في حماية حقوق المرأة : دراسة حالة لجنة مناهضة التمييز ضد المرأة، أطروحة لنيل درجة الماجستير في العلوم السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ٢٠٠٣ م .
- ياسين سيف عبد الله الشيباني، التضامن الدولي في مواجهة العدوان : دراسة في مدى فاعلية نظام الأمن الجماعي الدولي، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٩٧ م، ص ٢٣٠ .

(٢) الكتب

- د / عبد الواحد محمد الفار، قانون حقوق الإنسان، دار النهضة العربية، ١٩٩١ م .
- د/ إبراهيم علي بدوي الشيخ، التطبيق الدولي لاتفاقيات حقوق الإنسان : الآليات والقضايا الرئيسية، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨ .
- د/ أحمد الرشدي، حقوق الإنسان - دراسة مقارنة في النظرية و التطبيق، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، الطبعة الثانية، ٢٠٠٥ م .

- د/ حاتم قطران، " دليل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية: العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية"، المعهد العربي لحقوق الإنسان، تونس، ٢٠٠٤ م .
- د/ حسن نافعة، الأمم المتحدة في نصف قرن : دراسة في تطوير التنظيم الدولي منذ ١٩٤٥، سلسلة عالم المعرفة، المجلس الوطني للثقافة و الفنون والآداب، الكويت، ١٩٩٥ م .
- د/ سعيد سالم جويلي، المدخل لدراسة القانون الدولي الإنساني، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢-٢٠٠٣ م .
- د/ صالح محمد محمود بدر الدين، الالتزام الدولي بحماية حقوق الإنسان - دراسة في إطار الأمم المتحدة و المنظمات الإقليمية و المتخصصة و الممارسات الدولية، دار النهضة العربية، ١٩٩٧ م .
- د/ صلاح الدين عامر، قانون التنظيم الدولي - النظرية العامة، الطبعة الثالثة، دار النهضة العربية، ١٩٨٤ م .
- د/ عصام محمد أحمد زياتي، حماية حقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة (الأساس القاعدي - الإطار المؤسسي - آليات المتابعة و المراقبة)، دار النهضة العربية، ١٩٩٧-١٩٩٨ م .
- د/ نبيل أحمد حلمي & د/ سعيد سالم جويلي، محاضرات في قانون المنظمات الدولية، محاضرات أقيمت على طلاب الفرقة الأولى بكلية الحقوق جامعة الزقازيق، ٢٠٠٦-٢٠٠٧ م، ص ٣٧٧ وما بعدها .
- د/ نشأت عثمان الهلالي، "حقوق الإنسان ... ودور المنظمات الدولية في حمايتها"، قضايا، المركز الدولي للدراسات المستقبلية والإستراتيجية، العدد ٣، مارس ٢٠٠٥ .
- د/أحمد الوفا، " الحماية الدولية لحقوق الإنسان في إطار الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٨ م .
- د/عمر سعد الله، مدخل في القانون الدولي لحقوق الإنسان، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٩٣ م .

(٣) المقالات

- د/ إبراهيم بدوي الشيخ، "حقوق الإنسان بين المجتمع الدولي والمجتمعات القومية"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٣٤، ١٩٧٨ .

- د/ إبراهيم على بدوي الشيخ، " الأمم المتحدة وانتهاكات حقوق الإنسان "، المجلة المصرية للقانون الدولي، عدد (٣٦)، ١٩٧٠ .
- د/ أحمد عبد الونيس على شتا، الدولة العاصية : دراسة في التعارض بين مواقف الدول والتزاماتها الدولية في الأمم المتحدة (مع إشارة خاصة إلى إسرائيل وجنوب أفريقيا)، رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتوراه الفلسفة في العلوم السياسية، كلية الاقتصاد والعلوم السياسية، جامعة القاهرة، ١٩٨٦ م .
- د/ عز الدين فودة، الضمانات الدولية لحقوق الإنسان"، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٢٠، ١٩٦٤ .
- د/ محمد السعيد الدقاق، "حقوق الإنسان في إطار نظام الأمم المتحدة"، في "دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية"، المجلد الثاني، دار العلم للملايين، بيروت، الطبعة الثانية، أغسطس ١٩٩٨ م .

ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية

- Abraham M. , A New Chapter For Human Rights " a handbook on issues of transition from the Commission on Human Rights to the Human Rights Council", International Service 2006
- Blanchfield L. , " The United Nations Human Rights Council : Issues .for Congress" , Congressional Research , 26 January 2011
- Donnelly J. , International Human Rights , 2nd Edition , Westview , 1998 .
- Freedman R. , "The United Nations Human Rights Council - A Critique and Early Assessment" ,In fulfilment of the requirements for the degree of Doctorate of Philosophy, University of London , August . 2011
- Gerber P. , " The Hitch Hiker's Guide to The New United Nations . Council " , Flinders Journal of Law Reform, vol.10 , 2007
- Hillebrecht C., " the legalization and bureaucratization of the UN human rights system : progress or peril ? " , prepared for the 2011 Annual Meeting of the American Political Science Association (. APSA) , September 2011
- Joseph S. & Kyriakakis J. , " The United Nation and human rights " , Research Handbook on International Human Rights law , Edward Elgar ,(Cheltenham, UK • Northampton, MA, USA) , 2010
- Kälin W., Jimenez C., " Reform of The UN Commission on Human Rights" ,study commissioned by the Swiss Ministry of Foreign Affairs, Geneva, 2003

- Kälin, W. , Künzli , J. and Baldegger M., "The Human Rights Council And Country Situations (Framework, CHALLENGES AND MODELS)" , Institute of Public Law, University of Bern (Switzerland) ,2006.
- Macartney C.A. , National States and National Minorities , London , - Humphy Miford , 1934
- Moravcsik A., " The Origins of Human Rights Regimes : Democratic Delegation In Postwar Europe", International Organization , Vol. 54 . (2) , 2000
- Schrijver N. , " The UN Human Rights Council :A New Society of The Committed or Just Old Wine in New Bottles " , Leiden Journal Of . International Law , vol.20/4 ,2007
- Zwitter A. , "United Nations' Legal Framework of Humanitarian Assistance " , International Law and Humanitarian Assistance : A Crosscut Through Legal Issues Pertaining to Humanitarianism , .Springer-Verlag Berlin Heidelberg , 2011
- Alston P., " Reconceiving The UN Human Rights Regime : Challenges Confronting The New UN Human Rights Council " , Melbourne Journal Of International Law , vol.7 , for Human Rights and Friedrich

ثالثا : الوثائق

- إعلان وبرنامج عمل فيينا، الأمم المتحدة، المؤتمر العالمي لحقوق الإنسان، فيينا، في ٢٥ حزيران / يونيه ١٩٩٣، مستند رقم A/CONF.157/23 . في ١٢ يوليو ١٩٩٣
- تقرير الأمين العام للأمم المتحدة بعنوان " في جو من الحرية أفسح : صوب تحقيق التنمية و الأمن، وحقوق الإنسان للجميع "، وثيقة رقم (A/59/2005) المؤرخة بتاريخ ٢١ مارس ٢٠٠٥ .
- تقرير المحفل الاجتماعي لعام ٢٠٠٨، مستند رقم A/HRC/10/65 ، المؤرخ في ١٦ يناير ٢٠٠٩ .
- قرار الجمعية العامة رقم ٦٠/٢٥١، وثيقة رقم (A/RES/60/251) المؤرخة بتاريخ ٣ أبريل ٢٠٠٦ .
- قرار مجلس حقوق الإنسان (١/٤)، المعنون ب" مسألة أعمال الحقوق الاقتصادية والاجتماعية و الثقافية في جميع البلدان"، المؤرخ في ٢٣ مارس ٢٠٠٧ .

- قرار مجلس حقوق الإنسان ٢/٢، المؤرخ في تشرين الثاني/نوفمبر ٢٠٠٦، وقرار مجلس حقوق الإنسان ٢٧/٧ المؤرخ في ٢٨ مارس ٢٠٠٨، وقرار مجلس حقوق الإنسان ١١/٨، المؤرخ في ١٨ يونيو ٢٠٠٨.
- قرار مجلس حقوق الإنسان ٤/٤، المعنون بـ "الحق في التنمية"، المؤرخ في ٣٠ آذار/مارس ٢٠٠٧ .
- قرار مجلس حقوق الإنسان ٦ / ٣٧ ، المعنون بالقضاء على جميع أشكال التعصب والتمييز القائمين على أساس الدين والمعتقد، المؤرخ في ١٤ ديسمبر ٢٠٠٧ .
- قرار مجلس حقوق الإنسان ١/٦ المعنون بـ "حماية الحقوق والملكية الثقافية في حالات النزاع المسلح" المؤرخ في ٢٧ أيلول / سبتمبر ٢٠٠٧ .
- قرار مجلس حقوق الإنسان ٦/٦، المعنون بـ "تعزيز تمتع الجميع بالحقوق الثقافية واحترام التنوع الثقافي"، المؤرخ في ٢٨ أيلول / سبتمبر ٢٠٠٧ .
- قرار مجلس حقوق الإنسان ١٠/٨، المعنون بـ "حقوق الإنسان للمهاجرين: ولاية المقرر الخاص المعني بحقوق الإنسان للمهاجرين"، المؤرخ في ١٨ حزيران/يونيه ٢٠٠٨ .
- قرار مجلس حقوق الإنسان ٢/٨، المؤرخ ١٨ يونيو ٢٠٠٨ .
- قرار مجلس حقوق الإنسان ٨/٨، المعنون بـ "التعذيب وغيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة"، المؤرخ في ١٨ حزيران/يونيه ٢٠٠٨ .
- قرار مجلس حقوق الإنسان ٥/٤، المعنون بـ "العولمة وأثرها في التمتع الكامل بجميع حقوق الإنسان"، المؤرخ في ٣٠ آذار / مارس ٢٠٠٧ .
- محكمة العدل الدولية : أسئلة وأجوبة عن الجهاز القضائي الرئيسي للأمم المتحدة، الأمم المتحدة، منشورات إدارة شؤون الإعلام للأمم المتحدة، ٢٠٠١ .

" نشأة نظام التأمين الاجتماعي وتطوره "

إعداد الباحث
إمام سلمان إمام إبراهيم

مقدمه

سبحان الله تعالى الذى خلق الأنسان فجعل فيه غريزة الخوف فكانت سببا فى التفكير دائما فى تأمين حياته ومستقبله ومستقبل أسرته بالكامل للأحتياط لأى خطر قد يحيق به فى حاضره اوفى المستقبل وذلك لما تعانیه البشریه من موجات الخوف والجوع ونقص فى الثمرات والأنفس بسبب الصراعات الدامیه والكوارث الطبيعیه من فيضانات وزلازل وبراكين وغيرها من الكوارث وكذلك الحروب، أولما يصيب الأنسان نفسه من شيخوخه اومرض أوعجز، الأمر الذى دفع بالقائمين على شؤون الناس من حكومات وأجهزة أمنیه ومؤسسات المجتمع المدني إلى التفكير بصوره جديهِ لإعادة صياغة الأمن بكافه أبعاده والعمل بحماس لوضع منظومة للأمن الاجتماعى يكفل كل الجوانب الأمنیه التى يحتاجها الفرد فى مجتمعه. أمنه على نفسه من الأخطار المحدقة به، وأمنه على ماله من اللصوص وشركات السطووالاحتكار، وأمنه على عائلته وأبنائه وبناته من الثقافات المستورده ، وأمنه الغذائى، بمواجهة عوامل التخريب الاقتصادى ومكافحة البطالة. هكذا أصبح الأمن الاجتماعى الهاجس الأكبر فى حياة كل فرد يعيش فى المجتمعات البشریه سواء كانت المجتمعات المتطورة اقتصاديا، أوالمجتمعات المتخلفة، فالحاجه إلى الأمن بمفهومه الأوسع يشمل جميع بني البشر الذين يعانون من المخاوف المتعدده الاقتصاديه والسياسيه والاجتماعيه، والخوف من المستقبل أيضا .وقد قامت المجتمعات ممثله بالسلطات السياسيه، والاجتماعيه والدينيه بوضع جملة إجراءات وبرامج وخطط سياسيه واجتماعيه وثقافيه تستهدف توفير الأمن الشامل الذى يحيط بالفرد والمجتمع .وليست هذه الإجراءات والخطط سوى جزء من الأمن الاجتماعى حيث لابد من تحقيق أقصى تنميه لقدرات الإنسان فى المجتمع لتحقيق أقصى قدر من الرفاهية فى إطار من الحريات السياسيه والعداله الاجتماعيه .هذا بالضبط ما نقصده بالأمن الاجتماعى، فهومن جانب خطط واجراءات تضعها السلطات السياسيه والاجتماعيه والاقتصاديه.إضافة إلى انّ تفجير الطاقات المخبئه فى داخل الانسان للحصول على أكبر قدر من الناتج الذى ينعكس بدوره على رفاهية المجتمع واستقراره. فمتى ما بلغ المجتمع مستوى عالياً من الرفاه والاستقرار والسكينه وعدم وجود أي نوع من أنواع المخاوف حينها يصبح هذا المجتمع آمناً قادراً على أداء مسؤولياته التى خلق من أجلها كما قال تعالى فى كتابه الكريم ((فليعبدوا رب هذا البيت الذى أطعمهم من جوع وآمنهم من خوف))^(١) .

وكما ورد في الحديث الشريف عَنْ عُبَيْدِ اللَّهِ بْنِ مِحْصَنِ الْخَطْمِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ((مَنْ أَصْبَحَ مِنْكُمْ آمِنًا فِي سِرْبِهِ، مُعَافَى فِي جَسَدِهِ، عِنْدَهُ قُوَّةٌ يَوْمَهُ، فَكَأَنَّمَا حِيزَتْ لَهُ الدُّنْيَا بِحَدَافِيرِهَا))^(١).

فأقتصاد أي بلد هو معيار تقدمه وازدهاره واستقراره وأحد مكونات الأمن في المجتمع فعندما يكون الناس متعاونين فيما بينهم لبناء اقتصاد مزدهر تنتعش مفاصل المجتمع ويستتب فيها الأمن فلا تجد من يسلب الآخرين حقوقهم ولا تجد من يحاول أن يستغني على حساب المجتمع. بل تجد الجميع بحركه متصاعده نحو بناء الأقتصاد سواء كان في مجال الزراعة أو الصناعة أو التجاره أو الخدمات.

و ضمان الحاجه إلى الغذاء هو ركن آخر من أركان الرفاه الأقتصادي والأمن الأجماعي، فالبلدان التي تعاني من الفقر هي البلدان التي تشهد الاضطرابات بينما البلدان الغنيه هي أكثر استقراراً وأمناً، وهذا لا يعني انعدام الحوادث فيها، ربما تأتي بعض الأزمات بسبب الغنى سيما إذا اضطربت المعايير الأخلاقية في المجتمع وسادت الممارسات التي يفرزها الغنى كسرب الخمر وتناول المخدرات وانتشار المافيات. لكن على العموم يمكن لنا أن نقيس تقدم وازدهار واستقرار البلدان إلى عامل الوفرة الغذائيه كأحد العوامل المؤثره في الأقتصاد فالغذاء أولاً وقبل كل شيء فقبل أن تُطالب الإنسان بأية مسؤوليه فلا بد من تأمين حاجاته إلى الغذاء. فالقانون لا يُمكن تطبيقه إلا بإزالة المجاعه من المجتمع.

فتوفير الغذاء، والتكافل الأجماعي حلقتان متداخلتان، وأساس التعايش هو التعاون الذي يقوم بين أبناء الشعب الواحد في توفير سبل الحياه والعيش الكريم، والتسامح وإشباع الحاجه إلى الطعام عاملان متداخلان أيضاً، والتعاون الأقتصادي أحد أسسه التعاون على توفير المحصول الزراعي سواء بواسطة الزراعة أو التجاره أو الصناعة. والمشاركه السياسية لا يُمكن بلوغها إلا عندما تكون الأفواه مملوءه بالطعام ولا يُمكن تنمية الشعور بالمسؤوليه إلا بعد سد حاجات الفرد من الغذاء واللباس والمسكن ورعايه شؤونه الصحيه والتعليميه.

ومما لا شك فيه ان النظام السياسي لأى دوله القائم على مشاركه أكبر شريحه من أبناء الوطن له دوره المباشر في تنمية الأمن الأجماعي. فالنظام السياسي الذي يقوم على اختيار الأكثرية المطلقه من أبناء الشعب هو الذي يرى مصالح هذه الأكثرية ويوفر مستلزمات سعادتها ورفقيها، وهذا النظام هو الأقرب للاستقرار من بقية الأنظمة السياسيه الأخرى لما يحظى من تأييد شعبي من كافة قطاعات المجتمع، فالحكومه تؤدي دورها في المحافظه

(١) أخرجه الترمذي في سننه وحسنه: كتاب الزهد: باب في التوكل على الله: بند ٤ ص ٥٧٤.

على المجتمع ، والمحامي المدافع عن حقوق أبناء الوطن، وهي في طريقها لتحقيق أهدافها تسعى جاهده إلى التجاوب مع أمانى الشعب وتطلعاته وتجسيد أهدافه في الحياه الكريمه وتوفير الحماية الكامله له ولعائلته. وهذا ما نلاحظه في الحكومات الديمقراطيه التي تقوم على مبدأ المشاركة أما الحكومات الإستبداديه التي لا يشعر فيها المواطن بأية قيمه إنسانيه فلا وجود لآثار التي ذكرناها، والنتيجه الحاسمه لهذا النظام انعدام الثقه بين الشعب والدوله وانتشار الخوف من السلطات، الخوف من المستقبل، الخوف على مصير الأبناء. وحصيلة كل ذلك ينعكس على فقدان الأمن الاجتماعى.

ومما لاشك فيه أن أصبح وضع نظام للتأمين الاجتماعى ووضع القوانين المنظمه له فى مختلف الدول يحظى بالكثير من الأهميه والبحث لدى فقهاء القانون لما يمثله من أهميه لكافة المجتمعات وكافة الأنظمه السياسيه والاقتصاديه أو كافة طبقات المجتمع أوأفراده، وذلك لأعتقادهم أن نظام التأمين الاجتماعى قد نشأ مع ظهور المجتمعات البشرىه أوبالأدق مع ظهور الكائن البشرى على وجه الأرض وعلى الرغم من أهمية التامينات الاجتماعيه ومكانتها فى دول العالم إلا أنه لم تحظى بدراسه فقهيه تحليليه تضع الأسس العامه لهذا النظام الاجتماعى القانونى لما يحيط بها العديد من المشاكل أهمها هل التامينات الاجتماعيه فكره أجتماعيه أم نظام قانونى محدد؟^(١)

وللأجابه على هذا التساؤل كان يجب التفريقه أولاً بين ظهور فكرة التأمين الاجتماعى ووضع تنظيم قانونى للتأمين الاجتماعى.

*ظهور فكرة التأمين الاجتماعى:

يكاد يجمع فقهاء القانون وعلم الأجتماع على ان فكرة التأمين الاجتماعى قد نشأت مع نشأة الإنسان أومع نشأة المجتمعات البشرىه بشكل أدق، ولقد مر الإنسان فى مسيره بحثه عن المجتمع بمراحل متعدده فقد بدأ أولاً يعيش فى الكهوف من الغابات الاستوائيه وغيرها، ويسكن أحياناً الأشجار. هذا النمط القاسى من الحياه جعل الحديث عن المجتمع ضرباً من المستحيل. لكن الإنسان تطور بعد ذلك إلى استخدام الأسماك والحيوانات المائيه فى الطعام، واستخدام النار فى طهي الطعام ما دفعه إلى تتبع السواحل بحثاً عن الأسماك، فمهد له ذلك أن ينتشر فى الجزء الأكبر من سطح الأرض، فلما استطاع اختراع القوس والسهم، وأصبحت ثمار الصيد عنصراً أساسياً فى الطعام، يضاف إلى ذلك تمكنه من صناعة

(١) راجع فى ذلك د/أحمد حسن البرعى. الوجيز فى القانون الأجتماعى "قانون العمل و التامينات الأجتماعيه" طبعة دار النهضه العربيه

المعاول الحجريه، والقوارب المحفوره من الخشب، أصبح مؤهلاً أكثر للاستقرار في قرى معينه وكان لهذا الاستقرار دوره الهام فى ظهور اسرته الخاصه ، ولأنه كان من الصعب على الأسره الواحده أن تنشئ قوه، فقد كان الانضمام تحت عشيره واحده مهما جدا في هذه المرحلة سواء كان هذا الانضمام لرابطة الدم فيما بينهم أوللعقيده الدينيه فيما بينهم مما مهد ذلك لظهور فكرة القبيله ، فالقرية، فالمدينه، فالمجتمع القومي(١).

كما تشير فكرة التطور، في أغلب الأحيان، إلى نوع من تماثل نموالكائن الحي وتطور المجتمع الإنساني، سواء في البناء أوالوظيفه. واشتمل بصفة خاصه على فكرة أن التخصص المتزايد للوظائف، أمر يصاحب التطور المتزايد للبناء. غير أنه اتسع فيما بعد ليشمل عملية التغير التدريجي الذي يحدث في كل المجتمعات، عندما تتغير وظائف نُظْم معينه، أويعاد تحديد الأدوار فيها.

الخلاصه هي: أن المجتمعات قامت منذ القدم لدواع اقتصاديه، حيث إن التعاون وتطور أشكال الإنتاج، قد لعب دورا حاسما في نشأة المجتمعات عبر التاريخ، لكن رغم كل شيء، فهذا يبقى عاملا غير كاف، هنا يتدخل القانون، والمعتقدات والقيم التي تجعل لهذا البناء غايه وهدفا ومعنى، هكذا قامت كل المجتمعات عبر التاريخ تسن التشريعات والقواعد التي تنظم العلاقات القائمه فيما بينهم، وتجعلهم قادرين على العيش في أمن وأمان بناءً واحدا متراسا. فيتشكل الناس من حيث حاجياتهم اليومية والبيولوجية، ويتشكلون كذلك من خلال حاجياتهم النفسية والمعنوية، والأقصاديه ويسعون دائما إلى إيجاد الحلول والوسائل المختلفه لمجابهة تلك الأعباء الاقتصادية وقد أختلفت أشكال تلك الوسائل وأختلفت مسمياتها فتارة تسمى بالوسائل الفرديه اوالوسائل التقليديه أوالوسائل الجماعيه قبل ان يصل إلى نظم الأمن الاجتماعى بشكلها الحالى .وسوف نلقى بعض الضوء على تلك الوسائل كالاتى:-

***الوسائل الفرديه (الوسائل التقليديه) :- (الأدخار - الأسره) .**

١- الأدخار :-

فالأدخار فى معناه البسيط هو الاحتفاظ بجزء من الكسب لوقت الحاجة إليه فى المستقبل ،أوتجنيب جزء من مقتنياته اوالمحافظه عليه لوقت الحاجه إليه ، فهى أقتطاع جزء سواء من دخله اليومى اوالشهرى اوالسنوئى من أجل ما يواجهه من أخطار مسقبلية من عجز اومرض

(١) راجع فى ذلك د/أحمد حسن البرعى. المبادئ العامه للتأمينات الاجتماعيه و تطبيقاتها فى القانون المقارن-الجزء الأول- الطبعة الأولى-

أوبطاله أو شيخوخه ، فالأدخار عمليه يمارسها الفرد فى حاضره من اجل تحقيق أهداف أمله مرغوب فيها ومنها تأمين الفرد لمستقبله أى انه وسيله احتياط وتأمين للمستقبل. ولالأدخار مميزات وفوائد منها أنه:-

وسيله لتحسين مستوى المعيشة وزيادة الثروات، وسيله لتمويل المشروعات الاستثماريه، أنه يساعد فى تنمية مستوى الدخل القومي للدوله.

ولكن هذه الوسيله لا تحقق الحمايه الكافيه للأفراد لأنها تقوم على افتراضيه أنه يتوفر للفرد ما يفيض عن احتياجاته سواء اليوميه أو الشهريه أو السنويه وهو ما لا يتحقق فى الطبقات محدوده الدخل الساعيه دائماً إلى مواجهه الأخطار المستقبليه من عجز او مرض أوبطاله أو شيخوخه وغيرها من اخطار ،بالأضافه إلى انه لا يحقق فكره التضامن الاجتماعى بين افراد المجتمع فهو وسيله فرديه (١) .

٢- الأسره :-

فى علم الاجتماع، الأسره (أوالعائله) هى الخليه الأساسيه فى المجتمع وأهم جماعاته الأوليه، تتكون الأسره من أفراد تربط بينهم صله القرابه والرحم، وتساهم الأسره فى النشاط الاجتماعى فى كل جوانبه الماديه والروحيه والعقائديه والاقتصاديه ولأسره حقوق مثل: حق الصحه، وحق التعلم، وحق السكن الأمن، كما للأسره واجبات مثل: نقل التراث واللغه عبر الأجيال، والوظيفه. أوبمعنى آخر فالأسره هى الجماعه الإنسانيه التنظيميه المكلفه بواجب استقرار وتطور المجتمع .

وقد أتسمت الأسره قديماً بالقيام بكل الوظائف المرتبطه بالحياه، واتسمت بتحقيق وظائفها بالشكل الذى يلائم العصر الذى تنتمى إليه، حيث اختلفت وتطورت وظائف الأسره نتيجة تطور العصور التى أثرت فى طبيعه تلك الوظائف وكيفيه ووسائل قيام الأسره بها، ولكن لم يختلف الهدف من تلك الوظائف بالرغم من تعرضها للتطور والذى يتمثل فى تكوين الشخصيه المتزنه انفعالياً والقادره على التكيف مع متطلبات الحياه الاجتماعيه.

وقد عرف عن الأسره قديماً بالاكفاء الذاتى وإنتاج ما تحتاجه، وما تزال الأسره حالياً تشارك فى عمليات الإنتاج من خلال أفراد الأسره وخاصه فى المجتمعات الزراعيه حيث يقوم رب الاسره بممارسه سلطه كبيره على أعضائها فهو الذى يدير الحياه الاقتصاديه لصالح الجميع، ولكن مع ظهور الثوره الصناعيه قل دور الأسره وأصبح لها دور اخر فى مجالات العمل

(١) راجع فى ذلك د/ حمدى عبدالرحمن و د/ محمد عادل عبدالرحمن . شرح التأمينات الاجتماعيه-طبعة المكتبه القانونيه الزقازيق ١٩٩٩-

٢٠٠٠ص١٢،١٣،د/محمد نصرالدين منصور -قانون التأمين الاجتماعى-بدون دار نشر - ص١٨،١٧،د/محمد حسين منصور. قانون التأمين

الاجتماعى - بدون دار نشر - الاسكندريه ١٩٩٧ ص١٩.

بأمداد المصانع بالأيدى العامله مما ادى إلى تفكك الأسره واصبحت تميل إلى الناحيه الفرديه مما أدى إلى عدم تحقق فكرة التضامن الاجتماعى بين افرادها (١).

****الوسائل الجماعيه (المساعدات الاجتماعيه- التأمين الخاص- التأمين التبادلى -**

المسئوليه المدنيه) :-

١- المساعدات الاجتماعيه :-

كان لتعرض الكثير من الأفراد في الدول الناميه وألطبقات الفقيره فى الدول الغنيه للفقير المدقع والحرمان الشديد دون أي شكل من أشكال الضمان الاجتماعى وهم يتعرضون إلى جانب ما يعانونه من حرمان فى حياتهم اليوميه إلى الأزمات الناشئه عن الكوارث الطبيعيه والحروب الأهليه وتذبذب الأوضاع الاقتصادية. لتمزق الروابط التقليديه بين أفراد الأسره الممتده وفيما بين الأقارب، وهي التي كانت تدعمهم وقت الشده، فقد بدأت تنقطع ويزداد تمزقها بسبب التغيرات الاقتصادية والاجتماعيه، بما فى ذلك سرعة الهجره إلى المدن. مما ادى إلى ظهور نظام المساعدات الخيرييه وهونظام قائم على الدافع الشخصى من أفراد المجتمع الواحد تجاه أخوانهم فى المجتمع نتيجة تعرضهم للأزمات الناشئه عن الكوارث الطبيعيه والحروب الأهليه وتذبذب الأوضاع الاقتصادية فى محاوله منهم لمساعدتهم على تجاوز تلك الأزمات .

ويعتقد بعض الفقهاء بأن هذا النظام يعد البدايه الحقيقيه لظهور نظام التضامن الاجتماعى، وقد أدى تطور ذلك النظام فيما بعد إلى نشأة الجمعيات والمؤسسات الخيرييه. ولكن يؤخذ على هذا النظام عدم ثباته وعدم استمراريته وعدم تغطيته لكافة الأخطار ومساسه بكرامة المستفيدين حيث انه يعتمد على المساعدات المقدمه من أفراد المجتمع للمحتاجين الذين يثبت فقرهم وهذه المساعدات ليست مستمره اودائمه وفى الغالب توجه تلك المساعدات فى اتجاه واحد أوأكثر ولكن لا تغطى كافة الأخطار التى تواجه أفراد المجتمع. مما يفقد النظام فعاليته كوسيله لمواجهة الأخطار الاجتماعيه (٢).

(١) راجع فى ذلك د، محمد حسن قاسم،التأمينات الاجتماعيه دار الجامعه الجديده للنشر،١٩٩٧،ص ١٨، د/ حمدى عبدالرحمن و د/ محمد عادل عبدالرحمن. المرجع السابق ص ١٤، د/ محمد نصرالدين منصور ، المرجع السابق ص ١٦،١٧ (٢) راجع فى ذلك د، محمد حسن قاسم،التأمينات الاجتماعيه دار الجامعه الجديده للنشر،١٩٩٧،ص ١٨، د/ حمدى عبدالرحمن و د/ محمد عادل عبدالرحمن. المرجع السابق ص ١٥، د/محمد نصرالدين منصور ، المرجع السابق ص ١٦،١٧

٢- نظام التأمين الخاص:-

يعتبر التأمين الخاص عمليه جماعيه منظمه الهدف منها توزيع النتائج الضاره المترتبه عن خطر ما على عدد من الافراد بدلا من أن يتحملها فرد واحد. ويمكن بشكل آخر ان يطلق عليه بأنه الصوره الأكثر تنظيما لنظام الأذخار السابق الأشاره إليه في الوسائل التقليديه الفرديه فنظام التأمين الخاص يتطلب أن يقتطع الفرد جزء من دخله لوقت الحاجه إليه في المستقبل ولكن بشكل فردي أما في نظام التأمين الخاص يكون هناك تنظيم لتلك العمليه عن طريق شركات خاصه بذلك (شركات التأمين الخاصه) حيث يتم تجميع عدد من الأفراد (المؤمنين) يساهمون بجزء من دخولهم يسمى (مبلغ التأمين) لمواجهة أى خطر يهدد أى مصلحة مشروعه لهم وفي حالة تحقق هذا الخطر يتم تعويضهم ماليا (التعويض المالى). وعليه فإن التأمين يتضمن مصلحه اجتماعيه لتخفيفه من نتائج الكوارث ويساعد الدوله فى القيام بوظائفها الاجتماعيه .ولكن يؤخذ على هذه الوسيله بأنها تصلح لمجموعه معينه من الأفراد الذين يستطيعوا توفير جزء من دخولهم وهومالا يتحقق لباقي أفراد المجتمع وبالأخص لأفراد الطبقات الكادحه الأكثر تعرضا للمخاطر ،وبالتالى فهذه الوسيله تكون ذات جدوى لفئه معينه وليست لكافة فئات المجتمع (١).

٣- نظام التأمين التبادلي:

يعتبر نظام التأمين التبادلي هوشكل من أشكال التأمين الخاص إلا أنه لا يعد عملا تجاريا مثل نظام التأمين الخاص فهويدار بمعرفة مجلس يمثل الأفراد المشتركين فيه فهذا النوع من التأمين يتكون من مجموعه من الأشخاص يرتبطون برابط المصلحه ويتعرضون لخطرٍ مُعَيَّن، بدور المؤمن والمؤمن لهم، وذلك في إطار جمعيّة تعاونيّة تجمع بينهم، بتعويض الأضرار التي قد تلحق بأحدهم، نتيجة تحقق الخطر المؤمن منه. ويتم دفع مبلغ التعويض من مجموع الاشتراكات التي يلتزم كل عضويدها. ويتميز التأمين التعاوني بخصائص مُعيّنه :-

١ - اجتماع صفة المؤمن والمؤمن له في كل عضومن أعضاء الجمعيه في ذات الوقت. بمعنى أنه لا يوجد في هذا النوع من التأمين مؤمن له يدفع قسطاً مُعيّناً للمؤمن، وإنما ذات الشخص يقوم بدور المؤمن له والمؤمن معاً وكلٍ منهم يدفع اشتراكاً، ومن مجموع الاشتراكات يُدفع التعويض لمن تقع به الكارثة من بينهم.

(١) راجع في ذلك د، أحمد شرف الدين، أحكام التأمين دراسه في القانون و القضاء المقارنين ،طبعة نادى القضاء ، الطبعة الثالثه ،١٩٩١، ص

٧، د، محمد شرعان، الخطر في عقد التأمين، طبعة منشأة المعارف بالأسكندريه ،ص ٧

٢ - قابلية الاشتراك الذي يدفعه المؤمن لهم للتغيير، وعدم كونه ثابتاً. ذلك أن مقدار ما يدفعه العضوي يتوقف على عدد الحوادث التي تقع بالفعل خلال السنة ومدى خطورتها.

٣ - وقابلية الاشتراك قد تكون مطلقاً أو نسبيةً. فالتغيير يكون مطلقاً عند بدء عمليات التأمين التعاوني حيث تكون قيمة الاشتراك الذي يدفعه كل مؤمن له غير محددة وتتوقف على عدد الحوادث التي ستصيب المؤمن لهم فيما بعد ومدى جسامتها، وقد يؤدي ذلك إلى زيادة الاشتراك أضعاف قيمته الأصلية وذلك لتغطية هذه الحوادث. غير أن التغيير في قيمة الاشتراك قد يكون نسبياً وذلك عند وضع حد أقصى للاشتراك بحيث لا يزيد ما يدفعه المؤمن له بعد ذلك عن هذا الحد الأقصى مهما زادت درجة الأضرار.

٤ - التضامن بين الأعضاء، إذ يتعاون أعضاء جمعية التأمين التبادلي أو التعاوني في تغطية المخاطر التي تُصيب أحدهم أو بعضهم. على أن مدى هذا التضامن يتوقف على ما إذا كان اختلاف قيمة الاشتراك مطلقاً، أي غير مُحدد بمبلغ مُعَيَّن، أو نسبياً، أي مُحدد بحدٍ أقصى لا يُطالبُ العضو المُشترك بأزيد منه. ولكن يؤخذ على هذه الوسيلة أنها وسيله اختيارية وليست إجبارية على كافة أفراد المجتمع فلا يستفاد منها إلا أفراد معينون وهم المشتركين فيها فقط، وأنه لا يقدم عليها إلا القادرون ذوى الدخل المرتفعه وهوما لا يتحقق لباقي أفراد المجتمع وبالأخص لأفراد الطبقات الكادحة الأكثر تعرضاً للمخاطر. وبالتالي لا يمكن الاعتماد عليها كوسيلة جماعية لمواجهة الأخطار الاجتماعية (١).

٤-المسئولية المدنية:-

الإنسان من حيث المبدأ حر في تصرفاته. ولكن هذه الحرية قد تصطدم بحاجز منيع هو عدم الإضرار بالغير، ويترتب على ذلك أن الحرية في التصرف تنقيد بحدود، وهذه الحدود قد تفرضها الأخلاق، وقد يفرضها القانون وهذا ما تكفل به القانون المدني من ضمان الفرد أفعال الغير التي تسبب له ضرراً. وبمجرد تجاوز هذه الحدود . سواء أكانت أخلاقية أم قانونية فإن الشخص يتحمل تبعه ذلك،

اما خصائص المسؤولية المدنية فهي كالآتي:

١. تقوم المسؤولية المدنية على الضرر الذي يلحق بالفرد، ومن ثم يكون الجزاء فيها تعويض المضرور عن ذلك الضرر. ويحق للمضرور أن ينزل عن التعويض أو يتصالح عليه. وينتقل هذا التعويض إلى ورثة المضرور في حالة وفاته.

(١) راجع في ذلك، د/محمد حسين منصور-المرجع السابق، ص ٢٢، د، د/محمد نصر الدين منصور، المرجع السابق ص ٢٠، ٢١، د، محمد

حسن قاسم -المرجع السابق، ص ٢٠، ٢١

٢. تخضع المسؤولية المدنية من حيث المبدأ للقاعدة التي مفادها أن كل خطأ ألحق ضرراً بالغير يلزم مرتكبه التعويض، ومن ثم فإن صور الخطأ المدني غير محصوره مما يجعل مجال هذه المسؤولية واسعاً جداً.

٣- تقوم المسؤولية المدنية في بعض الحالات دون المسؤولية الجزائية، كما هو عليه الحال فيما يتعلق بالضرر الناجم عن المنافسة غير المشروعه.

ووفقاً لقواعد المسؤولية المدنية فإنه يتم التعويض عن حوادث العمل بناء على نظرية المخاطر (فكرة المخاطر المهنيه) وعليه فإنه لا يمكن الاعتماد على نظرية المسؤولية المدنية كوسيله جماعيه لمواجهة الأخطار الجماعيه حيث أنها لا تغطي كافة الأخطار التي يتعرض لها الفرد في حياته اليوميه أو مستقبليه من عجز او مرض أو بطلاله أو شيخوخه وغيرها من اخطار ، كما أنه للحصول على تعويض للضرر يتطلب اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بالتعويض مما يتطلب معه الكثير من رسوم التقاضى والوقت الطويل حتى الحصول على حكم قضائى نهائى بالتعويض وهو لا يتحملة المضرورون من الفقراء (١).

*ظهور التنظيم القانونى لقانون التأمين الاجتماعى:

ظهرت لأول مره فكرة وضع تنظيم قانونى لأول مره من جانب سيمون بوليفار فى فبراير عام ١٨١٩ عندما ذكر مصطلح التأمينات الاجتماعيه فى إحدى خطبه "أن نظام الحكم الأمثل هو الذى يحقق أكبر قدر من التأمين الاجتماعى والأمان السياسى " ، وكذلك فى أعقاب الثورة البلشيفيه فى الأتحاد السوفيتى فى ٣١ أكتوبر ١٩١٨، ثم فى ١٤ اغسطس ١٩٣٥ حينما صدر قانون التأمينات الاجتماعيه فى الولايات المتحده الأمريكيه بناء على تعليمات من الرئيس الأمريكى روزفلت فى اعقاب الأزمة الاقتصادية فى عام ١٩٢٩. ولكن لم يكتمل النظام القانونى للتأمينات الاجتماعيه ويأخذ شكله الحالى إلا فى أعقاب الحرب العالميه الثانيه وظهور الثوره الصناعيه على وجه الدقه (٢).

مما دفع معظم دول العالم إلى وضع تنظيم قانونى للتأمين الاجتماعى (الأمان الاجتماعى) ونصت عليه دساتيرها بل تم إدراجه كأحد الحقوق الأساسيه التى نص عليها الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعيه العامه للأمم المتحده فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٨، فالحق فى الأمان الاجتماعى ليس إلا تعبيراً حياً عن إحدى سمات عصرنا الحديث الذى

(١) راجع فى ذلك، المستشار، عز الدين الديناصورى، المسئوليه المدنية فى ضوء الفقه و القضاء، بدون دار نشر، ١٩٨٨، ص ٥ و ما بعدها ،

د/محمد نصر الدين منصور ، المرجع السابق ص ٢٠، د، محمد حسن قاسم -المرجع السابق، ص ٢٢، ٢١.

(٢) راجع فى ذلك د/أحمد حسن البرعى. المبادئ العامه للتأمينات الاجتماعيه و تطبيقاتها فى القانون المقارن-الجزء الأول- الطبعة الأولى-

نعيش فيه الأ وهو التضامن الاجتماعي بين أفراد المجتمع الواحد وهوتضامن طبيعي ومحتوم تقوم السلطه العامه فى الدوله على تدعيمه وأختيار الوسائل القانونيه الملائمه لتحقيقه (١). ومما لاشك فيه أن أهم ما يميز التأمين الاجتماعي كنظام قانونى بأن له هدف محدد وهو حماية أفراد المجتمع من الأخطار الاجتماعيه التى يتعرض لها الفرد فى حياته اليوميه أو مستقبليه من عجز او مرض أو بطلاله أو شيخوخه وغيرها من اخطار، ووسيلة تحقيق هذا الهدف يكون من خلال الأشتراكات الأجاربه التى يتم تحصيلها من الافراد ، ويحدد القانون الشروط الواجب توافرها للأستفاده من هذا النظام (٢).

يتضح من خلال عرضنا السابق للوسائل التقليديه وكذلك الوسائل الجماعيه التى تم اللجوء إليها لمواجهة الأخطار الاجتماعيه التى تصيب أفراد المجتمع لم تكن ذات جدوى لعدم شموليتها لحماية لكافة أفراد المجتمع وأختلاف الهدف المرجوتحقيقه من كل وسيله فبعضها كان يهدف إلى تحقيق الربح مثل (التأمين الخاص) ، والبعض الأخر لم يكن منظم بالشكل الكافى ، والبعض الأخر كان أختياريا ،ومن هنا كانت أهمية نظام التأمين الاجتماعي الذى عالج تلك العيوب التى لحقت بالوسائل التقليديه أو الجماعيه ، فتميز بكونه أحد أنواع التأمين فهويقوم على تأمين المخاطر الاجتماعيه التى يتعرض لها أفراد المجتمع مقابل أشتراك يدفعه مما له من طابع إلزامى يتم تنظيمه عن طريق الدوله التى لا تسعى إلى تحقيق الربح من خلاله وإنما تحقيق مصلحه كافة أفراد المجتمع.

ولبيان نشأة نظام التأمين الاجتماعي وتطوره فسوف نقوم أولا ببيان ماهية التأمينات الاجتماعيه (تعريف التأمينات الاجتماعيه) فى فصل تمهيدى يوضح ذلك بالتفصيل ثم نتبع ذلك بالفصل الأول عن نشأة نظام التأمين الاجتماعي، ويفصل ثانى يوضح تطور نظام التأمين الاجتماعي. وأخير بفصل ثالث يوضح نشأة نظام التأمين الاجتماعي فى القانون المصرى.

(١) راجع فى ذلك، د/محمد نصر الدين منصور ، المرجع السابق ص٥

(٢) راجع فى ذلك، د/أحمد حسن البرعى. الوجيز فى القانون الأجماعى "قانون العمل و التأمينات الأجماعيه" طبعة دار النهضه العربيه

الفصل التمهيدي

تعريف التأمينات الاجتماعية

مقدمه:

يكاد يجمع أغلب الفقهاء على أن فكرة التأمينات الاجتماعية قد نشأت مع نشأة الإنسان فالبعض أطلق عليها فكره غرائزيه من غرائز الإنسان فغريزة الخوف لدى الإنسان جعلته يحتاط دائما لكافة المخاطر التي قد يتحمل حدوثها في المستقبل وغريزة تجميع الثروه جعلته في سعي دائم للحصول على الثروه لتأمين مستقبله الأقتصادي. كان لكل ذلك السبب المباشر في ظهور فكرة التأمين الاجتماعي، وعلى الرغم من أنتشار نظم التأمينات الاجتماعية في معظم دول العالم على أختلاف أنظمتها السياسيه والاقتصادية والاجتماعية إلا ان أغلب الفقهاء لم يتفقوا على وضع تعريف عام شامل لجميع نظم التأمين الاجتماعي وذلك لعدة أسباب منها الآتي :-

١- يرجع لحدائة نظام التأمين الاجتماعي حيث أن نظام التأمين الاجتماعي بمفهومه الحالى لم يظهر إلا بعد الأزمه الاقتصادية ما بين عامى ١٩٢٩، ١٩٣٠ وبالأخص بعد الحرب العالميه الثانيه وظهور الثوره الصناعيه ، مما جعل هذا النظام فى تطور مستمر مما يصعب معه وضع تعريف له بشكل صحيح .

٢- أن نظام التأمينات الاجتماعية نظام تعتمده معظم دول العالم على أختلاف أنظمتها سواء السياسيه أوالاقتصادية أوالاجتماعية ، وعليه تجد أن التأمينات الاجتماعية تحمل العديد من السياسات الاجتماعية والتشريعيه التى تختلف من دوله لأخرى مما يصعب معه إيجاد تعريف واحد يلائم كافة السياسات المختلفه لكافة الدول .

٣- التداخل بين مصطلح التأمين الاجتماعي ومصطلح التأمين ومصطلح الضمان الاجتماعي ، فقد سبق وأن ذكرنا ان التأمين الاجتماعي بكونه أحد أنواع التأمين فهويقوم على تأمين المخاطر الاجتماعية التى يتعرض لها أفراد المجتمع مقابل اشتراك يدفعه مما له من طابع إلزامى يتم تنظيمه عن طريق الدوله التى لا تسعى إلى تحقيق الربح من خلاله وإنما تحقيق مصلحة كافة أفراد المجتمع، أما مصطلح الضمان الاجتماعي فهوأعم واشمل لكلا من مصطلح التأمين الخاص والتأمين الاجتماعي. فهويشمل كافة أفراد المجتمع وخدماته تقدم لكافة أفراد المجتمع .

وعليه فإن الأصلاح أن يطلق للدلاله على النظام كفكره أجماعيه عامه أوكيان قانونى محدد وليس فى ذلك إلا أنعكاس للطبيعاه الحقيقيه للتأمينات فهوفى أن واحد فكره

اجتماعيه ونظام قانوني. فإذا كانت نظم التأمين الاجتماعي في كافة دول العالم وكافة الأنظمة القانونية المنظمه له تهدف إلى حماية الإنسان من مخاطر وجوده ومعيشته وهى ما يطلق عليها المخاطر الاجتماعية فوظيفة التأمين الاجتماعي تنحصر فى تأمين الإنسان وحمايته من أثار المخاطر الاجتماعية وهذه المخاطر الاجتماعية توجد منذ وجدت الحياه الاجتماعية فالهدف هو كيفية مواجهة تلك المخاطر الاجتماعية وإن اختلفت الوسائل وأختلفت أشكالها إلى أن ظهرت بشكلها الحالى فى النظم الاجتماعية (١).

٤- أذن فإن يمكن القول بأن مفهوم التأمين الاجتماعي هو تأمين ضد المخاطر الاجتماعية. ٥- وتلك المخاطر هى الجوهر والعامل المشترك بين جميع التشريعات المنظمه للتأمينات الاجتماعية (فالتأمين الاجتماعي لصيق بفكرة الخطر الاجتماعي الذى تندمج فيه فكرة الأمان والتأمين ضد مخاطر الوجود الأنسانى) (٢) .

فوجود المخاطر جزء لايتجزأ من حياة الإنسان ،فالمخاطر التى يتعرض لها الفرد فى المجتمع يسعى إلى الأمان فى مواجهتها كثيره ومتنوعة المصادر فالخطر قد يكون مصدره الظواهر الطبيعیه وقد ينشأ من أنشطة الإنسان اليوميه وهناك مخاطر يتعرض لها الفرد وترجع لأسباب فسيولوجيه وهناك مخاطر مهنيه التى ترتبط بممارسة أعمال أومهن معينه (٣) .

٦- ولذا لكى نقوم بوضع تعريف دقيق للتأمينات الاجتماعية يجب علينا أولاً أن نتعرض لمفهوم هذا الخطر بصفة عامه ثم التعرض لمفهوم الخطر الاجتماعي بشكل خاص ثم التعرض لأنواع هذا الخطر الاجتماعي ،ثم نتبع ذلك بالتعرض إلى النظام القانوني للتأمينات الاجتماعية حتى نصل فى النهايه إلى محاولة وضع تعريف للتأمينات الاجتماعية .

٧- وعليه فإننا سوف نقسم الدراسه فى هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث وذلك كالأتى :-
المبحث الأول: الخطر الاجتماعي.

٨- المبحث الثانى : النظام القانوني للتأمينات الاجتماعية.

٩- المبحث الثالث: تعريف التأمينات الاجتماعية.

(١) راجع فى ذلك د/محمد نصر الدين -مرجع سابق -ص ٨

(٢) راجع فى ذلك د/محمد نصر الدين -مرجع سابق -ص ١٤

(٣) راجع فى ذلك د/ محمد حسن قاسم - مرجع سابق - ص ١

المبحث الأول الخطر الاجتماعي

مقدمه:

ذكرنا سابقا أن الإنسان ومنذ أن خلقه الله وهويسعى دائما إلى تأمين مستقبله من أى مخاطر قد تحدث له فى مستقبله وفى سبيل تحقيق هذا الهدف أتخذ العديد من الوسائل التى تكفل له تحقيق هذا الهدف، أى أن فكرة الخطر الاجتماعي لم تغب عن فكر الإنسان منذ أن خلقه الله سبحانه وتعالى ولكن هذه الفكرة أخذت تتشكل بطريقة أخرى منذ النصف الثانى من القرن الثامن عشر (بداية الثورة الصناعيه) فقد كان للتطور الهائل فى وسائل الإنتاج وحلول الآله بشكل أساسى محل المجهود البشرى أو الحيوانى فى مراحل الإنتاج المختلفه إلى الأعتقاد على الإنتاج الصناعى بشكل أساسى وكذلك التطور فى أكتشاف مصادر جديده للطاقة بدلا من المصادر الأوليه الأخرى إلى تفهقر الدور البشرى فى العمليه الإنتاجيه إلى شكل أشرفى فقط أو التدخل فى حالة تعطل الآله فقط لأصلاحها أو القيام بالصيانات الدوريه لها فقط مما أدى إلى تقلص دوره فى العمليه الإنتاجيه مما زاد من شعوره الداخلى بزياده المخاطر الاجتماعيه عليه سواء من قلة دخله أو تعرضه لحادث من خلال تعامله مع تلك الآلات تؤدى إلى أنعدام دخله أو تقليله على أسوء تقدير مع عدم تعويضه عن ذلك كله من رب العمل هذا بخلاف العديد من المخاطر الاجتماعيه الأخرى التى يتعرض لها فى حياته اليوميه كان لكل ذلك ان أصبحت لدى أفراد هذا المجتمع الحديث الرغبه القويه فى تأمين أنفسهم من هذه المخاطر الاجتماعيه (١).

فظهرت العديد من الوسائل لمواجهة تلك المخاطر وكان أهمها على الأطلاق التأمينات الاجتماعيه التى تنشأ من فكرتين أساسيتين وهما فكرة " الخطر الاجتماعي " وفكرة " الأمان " ولتحديد فكرة الخطر الاجتماعي التى هى العصب الأساسى لفكرة التأمينات الاجتماعيه يجب أن نوضح فكرة الخطر بشكل عام قبل تحديد ماهية الخطر الاجتماعي (٢).

وعليه فإننا سوف نقسم الدراسه فى هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب وذلك كالآتى:-

المطلب الأول: مفهوم الخطر " بصفة عامه".

المطلب الثانى : مفهوم الخطر الاجتماعي.

(١) راجع فى ذلك د/أحمد حسن البرعى - الثورة الصناعيه و أثارها الاجتماعيه و القانونيه -دار الفكر العربى- القاهره - ص ٢٦ و ما بعدها

(٢) راجع فى ذلك د/أحمد حسن البرعى - الوجيز فى القانون الاجتماعى-دار النهضة العربيه-١٩٩٢، ١٩٩١-ص ١٥

المطلب الأول

مفهوم الخطر " بصفة عامه "

لقد تناول أغلب فقهاء القانون مفهوم الخطر بشكل مفصل وموسع وذلك عند تعرضهم لشرح مفهوم الخطر في التأمين الخاص فكان أرض خصبه يستطيع أن يبذور فيها كل فقيهه على حده بذرته الخاصة به عن مفهوم الخطر ويحاول أن يضع تعريفا خاصا به يذكر بأسمه فيما بعد بين فقهاء القانون ولم يتعرض أيا منهم لمحاولة تعريف الخطر بشكل مفصل في التأمينات الاجتماعية على الرغم من أن التأمينات الاجتماعية تقوم فكرتها الأساسية على فكرة الخطر وأكتفوا بالتعرض لمفهوم الخطر في التأمين الخاص مبررين أن فكرة التأمين الخاص تقوم أولا وأخيرا على فكرة الخطر ولولا فكرة الخطر ما كان هناك تأمين خاص وهو الحال كذلك في التأمينات الاجتماعية فهي تقوم على فكرة الخطر ولكنهم تعرضوا لفكرة الخطر الاجتماعي وعليه فإننا سوف نحاول تلمس مفهوم الخطر هديا بما قد سبقنا إليه هؤلاء الفقهاء العظماء لمحاولة بيان مفهومه بشكل صحيح.

* أولا :- مفهوم الخطر :-

أن فكرة الخطر هي فكره عامه لصيقه بكل المجتمعات البشرية، فوجود المخاطر جزء لا يتجزأ من حياة الأنسان ،فمنذ أن خلق الله الأنسان فقد ميزه عن غيره من سائر العالمين بميزة العقل والقدرة على التدبر والتفكير واتخاذ قراراته في كل عمل يقوم به في حياته اليومية ولكن هذه المميزات لم تجعله قادر على معرفة نتائج هذه القرارات إلا بعد فوات فتره من الوقت ما يجعله دائما في حيرة من أمره ومتخوف دائما من نتيجة هذه القرارات في المستقبل فتغطت عليه فكرة الخوف من ما هو قادم في مستقبله، والخوف هو الوجه الآخر من فكرة الخطر فهما وجهان لعملة واحده.

ويمكن تعريف الخطر عدة تعريفات منها الآتى:

وعلى الرغم من عدم وجود تعريف ثابت أو مفهوم محدد لمصطلح الخطر ولكن من الممكن تعريفه بأنه: (شعور أوحالة تصيب الشخص عندما يواجه شيء ما يهدده، وقد يحدث له عند سماعه، أو رؤيته، أو شممه).

وترتبط فكرة الخطر، مع العديد من المفاهيم الأخرى، ومن أهمها: الخوف، والشك، وعدم القدرة على التأكد، وغيرها، وتختلف درجة تأثير الخطر حسب طبيعته، وكيفية تعامل الشخص معه، والأسباب التي أدت إليه.

كما عرف الخطر: على أنه حادث احتمالي غير مؤكد الوقوع ، وعند وقوعه ينتج عنه نتائج غير مرغوبه للفرد أو للمجتمع أو للاقتصاد بشكل عام ، وأسبابه متعددة كالسرقة والحرائق والزلازل والبراكين والفيضانات والحروب وقد يكون متعمدا أو يكون بسبب الإهمال أو غيرها من الأسباب الأخرى.

كما عرف الخطر : على انه حاله من عدم التأكد أو الشك أو الخوف من وقوع حادث معين أظاهرة معينه يترتب عنها أضرار جسديه أو مادية أو معنويه أو اقتصادية (١).

كما عرف الخطر : بأنه هو عدم التأكد الممكن قياسه بطريقة موضوعيه باستخدام نظرية الاحتمالات والذي يتمثل في صورة عبء مالي ، ويركز هذا التعريف على إمكانية القياس الموضوعي لظاهرة عدم التأكد باستخدام نظرية الاحتمالات ، وتتمثل نتائج تحقق الخطر بخسائر ماليه.

كما عرف الخطر : على أنه الانحراف في النتائج التي يمكن أن تحدث خلال فتره محدوده في موقف معين ، ويقصد بالانحراف في النتائج ، أي الانحراف غير المرغوب فيه أو الانحراف العكسي عن النتائج المتوقعة والتي يأمل تحقيقها ، بينما الانحراف المرغوب فيه لا يمثل خطرا.

كما عرف الخطر : على أنه حدث مستقبل وغير مؤكد ولا يتوقف حدوثه على إرادة المؤمن وحده .

ويمثل الخطر ظاهره عامه ترتبط ارتباطا وثيقا بحياة الإنسان اليوميه وما يقوم به من مختلف الأنشطة ، وينبع الخطر أساسا من حالة عدم التأكد والشك الذي يحيط الإنسان من كل جانب ، ويرجع الشك وعدم التأكد إلى مصدرين أساسيين هما:

١- عدم القدرة على التنبؤ بالمستقبل.

٢- عدم توفر المعلومات اللازمه للتنبؤ

والإنسان معرض للعديد من الأخطار منذ ولادته وحتى وفاته ، كما أن المؤسسات الصناعيه أو الماليه أو الخدميه معرضه هي الأخرى في أي لحظه لمختلف الأنواع من المخاطر ، وينتج عن هذه الأخطار بشكل عام أضرار مادية أو جسديه أو معنويه ، فالأموال والشركات والمؤسسات مثلا معرضه لأخطار الحريق والسرقة والتلف سواء بشكل كلي أو جزئي ، كما أن الإنسان هو الآخر معرضا لمختلف أنواع الأخطار التي تؤدي به ربما إلى

ص ١٢٩ وما بعدها ، د/

(١) راجع في ذلك د/جلال محمد إبراهيم -التأمين دراسه مقارنه -الناشر دار النهضة العربيه-٢٠١١-

أحمد شرف الدين -مرجع سابق- ص ١١٥ وما بعدها

الإفلاس أو الموت أو العجز الكلي أو الجزئي أو البطالة ، أو خساره ماديه نتيجة إصابة شخص أو أشخاص يكون هو مسؤولاً عن هم (مثل العمال الذين يعملون في شركه أو مصنع يعود لذلك الشخص) (١).

ولفظ كلمة الخطر تختلف باختلاف طبيعة العقد ، فكل عقد صفات ، فعقود التأمين مثلا تختلف عن عقود البيع أو الإيجار ، ففي عقود البيع أو الإيجار تستعمل كلمة الخطر للدلالة على احتمالات التغيير المادي التي ربما تطرأ على العقار المؤجر أو المباع من قبل المستأجر أو المشتري ، وهذا التغيير المادي ربما يكون نحو الأحسن إذا تم إجراء بعض التحسينات على العقار ، أو نحو الأسوأ ، إذا تم إلحاق الضرر بالعقار المستأجر مثلا من قبل المستأجر سواء نتيجة الإهمال أو التعمد ، أما في مجال التأمين على الأموال والممتلكات والأشخاص ، فإن لفظ كلمة الخطر تدل دائما على فرص تحقق الكارثة أو الضرر أو الخساره، أي أن ها تدل وتستعمل دائما على الاحتمالات السيئه كالسرقة والحرائق والكوارث الطبيعيه. وتتصف المخاطر عموماً بأنها أحداث مفاجئة، أغلبها غير متوقع مسبقاً، وتكون خارجة عن سيطرة الأفراد، وخصوصاً أنواع الخطر التي تتصل بحادث ثابت، أو مؤقت، بعكس بعض المخاطر الأخرى، والتي من الممكن التخطيط لها، أو تدارك وقوعها مثل: الخطر الاقتصادي، والذي يعالج عن طريق اللجوء إلى التفكير السليم، ووضع الحلول التي تساعد في الحد من تأثيره السلبي على الفرد أو الأفراد الذين يتعرضون له.

ومن الأسباب التي تؤدي إلى حدوث الخطر:

- ١- أسباب طبيعيه، مثل: الزلازل، والبراكين، والعواصف.
- ٢- أسباب بشريه، مثل: الجرائم، والعنف.
- ٣- أسباب ماديه، مثل: سقوط عماره سكنيه، أو انفجار في محرك السيارة.
- ٤- أسباب ماليه، مثل: الخساره الماليه في الاستثمارات، أو فقدان مبلغ مالي.

ثانياً :- شروط الخطر.

كما بينا بعاليه بأنه قد اجمع الفقه في مختلف تعريفات الخطر على أنه حادثة احتمالية لا يتوقف تحققها على محض ارادة احد الطرفين خاصة ارادة المؤمن له ، فالخطر محل إلتزام كل من المؤمن له والمؤمن في عقد التأمين ، من هذا التعريف يتضح انه لكي تعتبر حادثة ما خطراً وبالتالي يجوز التأمين منها فإنه يجب ان يتوافر لها الشروط التاليه :

(١) راجع في ذلك د/سلامه عياد الله -الخطر و التأمين الأصول العلميه و العمليه- الناشر دار النهضه العربيه- الطبعه الرابعه-١٩٧٤

١- أن يكون غير محقق الوقوع .

٢- أن يكون غير متعلق على محض إرادة أحد طرفي العقد .

٣- أن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام أو الأداب العامة .

١:- أن يكون غير محقق الوقوع .

أي ان تكون حادثه احتماليه اي غير مؤكدة الوقوع ،وعلى ذلك فان الحادث المؤمن ضد وقوعه يجب ألا يكون مؤكد بل محتمل الوقوع مستقبلا ،ويكون ذلك على إحدى صورتين :

أ- يكون وقوعه غير محتم بمعنى انه قد يقع أولاً يقع خلال الفترة التي يغطيها عقد التأمين .

ب-وقد يكون وقوع الخطر محتما ولكن وقت وقوعه غير معروف . فالخطر إذا كان مستحيل الوقوع كان محل التأمين مستحيلاً ، والخطر لا يكون غير محقق الوقوع إذا كان وقت إبرام عقد التأمين قد تحقق فعلاً أو زال الخطر .

ولذا يقوم التأمين على فكرة الاحتمال وان الاحتمال هوالعنصر الأساسي في مفهوم الخطر القابل للتأمين عليه فان تحقق الخطر يجب أن لا يكون مؤكدا ولا مستحيلاً -لأنه في هذه الحالة الأخيره يكون محل العقد مستحيل وبالتالي العقد باطل- إنما يجب أن يكون في دائرة الاحتمال أي انه قد يقع وقد لا يقع خلال فترة التأمين سواء كان هذا الخطر سعيداً أم سيئاً . كما يجب أن تبقى الاحتماليه متوافره ابتداء عند انعقاد العقد ومستمره طوال فترة تنفيذه فمن امن على منزله من السرقة لمدة سنه وتدمر هذا المنزل بعد ٣ شهور بفعل زلزال فان المؤمن له لا يلتزم بدفع أقساط السنة كاملة بل يحتفظ المؤمن بأقساط الثلاث الشهور الأولى فقط لان تحقق الخطر أصبح مستحيلاً بعد أن تم تدمير هذا المنزل .

٢: الاي يتوقف وقوع الخطر على محض إرادة احد الطرفين.

إذا تعلق الخطر بمحض إرادة أحد الطرفين أنتفى عنصر الأحتمال واصبح تحقق الخطر رهناً بمشيئة هذا الطرف ،فلا بد أذن من أن تتدخل في تحقيق الخطر عامل آخر غير محض إرادة المؤمن له، ولكن لا يجوز لشخص أن يؤمن نفسه من خطأه العمدي الذي يصدر منه ويتعلق بمحض إرادته

٣: أن الخطر مشروع أي غير مخالف للنظام العام أو الأداب .

أي أن يكون متولداً عن نشاط للمؤمن عليه غير مخالف للنظام العام أو الأداب ، فالقانون يشترط صراحة أن تكون المصلحه المؤمن عليها مصلحه أقتصادييه مشروعيه ، وهووضع طبيعي باعتبار ان الخطر يمثل ركن المحل في عقد التأمين ولما كان عقد التأمين يخضع

لأحكام القانون المدني فان هذا الاخير يتطلب الا يكون محل العقد ممنوعا بنص في القانون او مخالف للنظم العام او الأداب ، وعلى هذا فان مشروعية الخطر الذي يشكل محل عقد التأمين هي أساس جوهري في هذا المحل وبدون هذه المشروعية للخطر يبطل محل عقد التأمين وبالتالي يبطل العقد^(١) .

ثالثا :أنواع الخطر .

هناك ثلاث تقسيمات لأنواع الخطر وهي إما خطر ثابت أوخطر متغير ، خطر معين أوخطر غير معين ، خطر محدد أوغير محدد . وسوف نلقى الضوء على كل نوع ولكن بشكل مبسط كالآتي:

١ - من حيث الثبات والتغيير: (الخطر الثابت والخطر المتغير).

الخطر الثابت :

ويكون الخطر ثابتا إذا كانت احتمالات تحققه خلال مد التأمين واحده لم تتغير فى وقت عن وقت آخر ، مع العلم بأن ثبات الخطر ليس هوالثبات المطلق وإنما هوأمر نسبي فليس هناك خطر ثابت ثابتا مطلقا لا تتغير احتمالات توقعه أصلا فهناك تغيرات وقتيه وتغيرات عارضه وهذه وتلك لتمكن من أن يكون الخطر ثابتا ثابتا نسبيا .

هوذلك الخطر الذى تتغير احتمالات تحققه خلال مدة عقد التأمين صعودا أونزولا، فإذا زادت درجة احتمال تحقق الخطر سمي خطر متزايد (خطر تصاعدي) ،وإذا نقصت درجة احتمال تحققه سمي خطرا متناقصا .

وتكمن أهمية التمييز بين الخطر الثابت والمتغير فى تحديد قيمة القسط السنوى الذى يدفعه المؤمن له ،فإذا كان الخطر ثابتا كان القسط بدوره ثابتا والأصل أن يكون القسط متغيرا إذا كان الخطر متغيرا ولكن شركات التأمين أعتادت على أن يكون القسط ثابتا حتى ولوكان الخطر متغيرا.

٢- من حيث تعيين محله وقت التعاقد: (الخطر المعين والخطر غير معين) .

الخطر المعين :

يكون الخطر معينا إذا كان المحل الذى يقع عليه إذا تحقق شخصا كان أوشينئا معيننا وقت التعاقد (التأمين) الخطر الغير معين:

(١) راجع فى ذلك العلامة د/عبدالرازق أحمد السنهورى- الوسيط فى عقود الغرر و عقد التأمين - الجزء السابع- المجلد الثانى -الناشر دار إحياء التراث العربى ببيروت- لبنان - ١٩٦٤ - ص ١٢١٧ و ما بعدها . د /أحمد شرف الدين -مرجع سابق - ص ١١٥ و ما بعدها .

ويكون الخطر غير معين إذا كان المحل الذى يقع عليه إذا تحقق غير معين وقت التعاقد (التأمين) وإنما يتعين عند تحقق الخطر.

وتكمن أهمية التمييز بين الخطر المعين والغير معين فى تحديد مسؤولية المؤمن عند تحقق الخطر أى تعيين مقدار التأمين الذى يجب على المؤمن دفعه عند تحقق الخطر.

٣- من حيث تدخل المؤمن له فى وقوعه أو عدم تدخله:

والنفرقة هنا فى مدى تسبب المؤمن له فى وقوع الخطر من عدمه، فكما أشرنا سالفا إن الخطر يكون ماديا إذا لم يكن للمؤمن له دخل فى تحقق الخطر ويحدث ذلك إذا كان تحقق الخطر راجعا إلى ظواهر طبيعیه لا يتحكم المؤمن له فى وجودها فالخطر يكون شخصا إذا تدخلت إرادة المؤمن له فى تحقيقه . وتكمن أهمية التمييز هنا فى أنه يمكن الأستناد إلى المعيار الذى يقوم عليه تحديد وصف الخطر عند التعاقد حيث لا بد من تحديد الخطر المؤمن منه تحديدا دقيقا فى عقد التأمين لأنه الركن الجوهرى فى عقد التأمين فهو محل التأمين وعلى الرغم من ذلك يجوز لطرفى عقد التأمين أستثناء بعض حالات هذا الخطر ولكن يجب ذكرها بوضوح تام عند التعاقد ولكن هناك شروط أخرى رآها المشرع بأنها خطيره فجعلها باطله فى إدراجها فى عقد التأمين وذلك لما تنطوى عليه من تعسف من جانب المؤمن ولمساسها وأجحافها بحقوق المؤمن له ولمخالفتها النظام العام (١).

المطلب الثانى

مفهوم الخطر الاجتماعى .

مما لا شك فيه أن الإنسان ومنذ أن خلقه الله سبحانه وتعالى كان همه الشاغل هو كيفية تأمين مسقبله من أى أخطار قد تحدث له فى المستقبل لتتنوع هذه المخاطر وتنوع أسبابها سواء كانت تتعلق بالوسط الطبيعى الذى يعيش فيه الإنسان مثل الكوارث الطبيعیه كالفيضانات والبراكين والزلازل والسيول والأعاصير أو تلك التى تتعلق بحياته اليومييه مثل البطاله أو زيادة الأعباء العائليه أو تلك التى تتعلق بشخصه مثل المرض أو العجز أو الشيخوخه وفى مواجهة تلك المخاطر بدء فى البحث عن وسائل لمواجهةها وتحقيق الأمان لشخصه فى المستقبل فظهرت العديد من الوسائل لمواجهة الأخطار الى تحدث له فى مستقبله مثل نظام الأسره أو التأمين التبادلى أو التأمين الخاص وغيرها من الوسائل الأخرى وكانت تلك الوسائل تجدى نفعها على حسب الهدف المرجومنها ولكن خلال فترة اعتماد الإنسان على الزراعة والرعى

(١) راجع فى ذلك العلامة د/عبدالرازق أحمد السنهورى- مرجع سابق - ص ١٢٣١ و ما بعدها . د /أحمد شرف الدين -مرجع سابق -

ص ١٤٧ و ما بعدها .

فقط ، أما بانتقال الإنسان إلى عصر الصناعة وذلك بقيام الثورة الصناعية وما تبعها من حلول الآلة محل الإنسان والاعتماد على الآلة بشكل أساسي في الصناعة وظهور الفلسفة الرأسمالية التي تقوم على الفرديّة ترتب على ذلك أن أزداد ثراء الرأسماليين (أصحاب الأعمال) وأزداد فقر العمال مما تبعه من زياده من المخاطر التي يتعرض لها الإنسان وهذه المخاطر تؤدي إلى نقص الدخل أو انعدامه أي هي تعتبر بشكل أدق مخاطر اقتصاديه فقط تتمثل في فقد العامل الأمان الاقتصادي والاجتماعي على حدا سواء ،ولكن تلك الحاله لم تستمر طويلا فقد ظهرت الأفكار الاشتراكية التي دعت إلى حقوق العمال وتوزيع الثروه بشكل عادل بين أفراد المجتمع الواحد فكانت السبب الأساسي في بدء ظهور النقابات العماليه التي نادى بحقوق العمال وحمائتهم من المخاطر التي يتعرضون لها خلال عملهم لدى أصحاب الأعمال أوتجاه الدوله، من خلال تلك الأفكار الاشتراكية كانت البدايه الحقيقيه لظهور فكرة التشريعات الاجتماعيه التي توفر الحماية من المخاطر الاجتماعيه التي يتعرض لها أفراد المجتمع ككل وليس العمال فقط على حدا سواء (١).

*تعريف الخطر الاجتماعي :

من خلال ما سبق ذكره يمكن القول بأن التأمين الاجتماعي هو تأمين ضد المخاطر الاجتماعيه ، ويمكن القول أيضا بأنه بمفهوم العكس إذا كانت المخاطر الاجتماعيه التي تعرض لها أفراد المجتمع على حدا سواء هي السبب الرئيسي في ظهور التشريعات الاجتماعيه ولكن تلك التشريعات لم تبين في بدايه ظهورها مفهوم الخطر الاجتماعي ، وإذا كان التأمين الاجتماعي شأنه شأن التأمين الخاص يهدف لتغطية خطر معين وقد سبق أنه قد تم تعريف هذا الخطر بأنه حدث مستقبلي وغير مؤكد ولا يتوقف حدوثه على إرادة المؤمن وحده، إلا أن التأمين الاجتماعي يتميز بأنه يوفر الضمان من المخاطر الاجتماعيه وليس أي خطر آخر ولكن المخاطر التي يواجهها الفرد في المجتمع كثيره ومتنوعه ، وعليه أذن يمكن تعريف الخطر الاجتماعي بشكل عام " بأنه كل ما قد يتعرض له الإنسان في حياته اليوميه من حوادث تسبب له نقص في دخله أو زياده في أعباءه " (٢).

كما يمكن تعريف الخطر الاجتماعي بأنه " هوكل حدث يجبر الإنسان على أن يتوقف عن أداء عمله بصفه مؤقتة أو نهائيه " .

(١) راجع في ذلك د/حسام كامل الأهواني - أصول التأمين الاجتماعي - دار أبوالمجد للطباعة - ١٩٩٢ ص ٣ و مابعدها، راجع في ذلك د/حمدي عبدالرحمن ، محمد عادل عبدالرحمن -التأمينات الاجتماعيه-المكتبه القانونيه بالزقازيق -٢٠٠٠ ص ١١، راجع في ذلك د/ السيد عيد نايل -شرح قانون التأمين الاجتماعي -دار النهضة العربيه-٢٠٠٥-٢٠٠٤ ص ٧ و مابعدها .

(٢) راجع في ذلك د/ محمد حسين منصور- مرجع سابق - ص ١٢

وعند التأمل لهذا التعريف يرى أنه قد قصر الخطر الاجتماعي على حالة التوقف أو الفقد فقط وكان ذلك طبيعى فى بداية الأمر وذلك لتعلق قانون التأمينات الاجتماعية بقوانين العمل وظروف نشأتها فى ظل بدايات الثورة الصناعيه ولكن مع التطور الصناعى وتطور قانون التأمينات الاجتماعية لم يعد الخطر الصناعى قاصرا على التوقف أو الفقد بل أصبح يشمل الحالات التى ينخفض فيها مستوى المعيشه ، ثم أخذ هذا المفهوم فى التطور شيئا فى شيئا فأمتد نشاطه ليشمل كل الأنشطة المهنيه بل تجاوزت فكرة الخطر الاجتماعى ذلك وأصبحت لتشمل كل شخص يوجد فى حالة تبعيه اقتصاديه وفى مركز اجتماعى ضعيف لا يسمح له أن يواجه ما قد يتعرض له من مخاطر اجتماعيه بصوره منفرده ، ومن خلال هذا التطور لمفهوم الخطر الاجتماعى يمكن تعريف الخطر الاجتماعى بأنه " كل حدث يؤدى إلى فقد عمل أو خفض مستوى معيشة كل شخص يمارس نشاطا مهنيا أيا كانت طبيعة هذا النشاط(١) .

وعلى الرغم من أن الكثير من دساتير الدول والمواثيق والاتفاقيات الدوليه قررت بأن المخاطر الاجتماعيه التى يجب حماية المواطنين ضدها تتركز فى "المرض، الأميه، العجز، الشيخوخه، حوادث العمل، الأمراض المهنيه، الوفاه، الأعباء العائليه والبطاله " وكن هذا التعدد لم ير على سبيل الحصر للمخاطر الاجتماعيه وعليه أصبح تحديد فكرة الخطر الاجتماعى مثار خلاف وجدل بين الفقهاء ويمكن حصر هذا الخلاف فى أربعة آراء كالتالى:

***الرأى الأول: تعريف الخطر بالنظر إلى سببه.**

فالخطر الاجتماعى فى نظرهم هو الخطر الذى ينشأ من خلال ممارسه الأفراد لأنشطة حياتهم اليوميه المختلفه أو بمعنى آخر هو الخطر الناشئ عن الحياه فى المجتمع ، فكل خطر يلحق الانسان مصدره المعيشه الاجتماعيه يكون خطرا اجتماعيا . ولكن يعيب هذا التعريف أنه يوسع من مفهوم الخطر الاجتماعى ليشمل حالات لا يضمنها التأمين الاجتماعى أو التأمين الخاص مثل خطر الحروب، ومن ناحية أخرى فهو يخرج من مفهوم التأمين الاجتماعى حالات تدخل فى اختصاص التأمين الاجتماعى مثل التأمين من المرض والشيخوخه بأعتبار أن مصدر الخطر هنا هو الإنسان نفسه وليس المجتمع فلا يكون خطرا اجتماعيا (٢) .

(١) راجع فى ذلك د/ أحمد حسن البرعى-مرجع سابق - ص ١٩، ١٨، ٢٠، ٢١، د/ أحمد حسن البرعى- المبادئ العامه للتأمينات

الاجتماعيه و تطبيقاتها فى القانون المقارن - دار الفكر العربى- الطبعة الأولى -القااهرة -١٩٨٣-ص ٢٣ و ما بعدها .

(٢) راجع فى ذلك د/ أحمد عبدالنواب بهجت-دروس فى قانون التأمينات الاجتماعيه-مكتبة النصر الزقازيق-١٩٩٦ص ١٦

***الرأى الثانى: تعريف الخطر الاجتماعى بالنظر إلى أثاره.**

فيعرف الخطر الاجتماعى فى نظرهم بأثاره فى الحياه الاجتماعيه ، أى أثاره على الذمه المالىه للشخص ومركزه الأقتصادى أوبمعنى آخر هو الخطر الذى يترتب عليه المساس بالمركز الأقتصادى للشخص سواء من حيث نقص دخله أوزيادة أعبائه. ولكن يعيب هذا التعريف أنه لا يحدد فكرة الخطر الاجتماعى بطريقه دقيقه بل يتركها على إطلاقها فكل المخاطر تؤثر على المركز الأقتصادى للشخص ، أن قوانين التأمين الاجتماعى تغطى بعض المخاطر التى تؤثر على الذمه المالىه ولا تغطى بعض المخاطر الأخرى التى تؤثر أيضا على الذمه المالىه.

***الرأى الثالث: تعريف الخطر الاجتماعى بالنظر إلى فقد العمل أوخفض المعيشه.**

قال بعض الفقهاء بأنه يمكن تعريف الخطر الاجتماعى بأنه كل حدث يؤدى إلى فقد عمل أوخفض مستوى معيشة كل شخص يمارس نشاط أيا كانت طبيعة هذا النشاط . ولكن يعيب هذا التعريف بأنه لا يحدد بدقه فكرة الخطر الاجتماعى فهويربط بينها وبين ممارسة النشاط المهنى وهذا يخالف الواقع العملى فقوانين التأمين الاجتماعى تتجه فى معظمها إلى حماية كافة أفراد المجتمع.

***الرأى الرابع: تعريف الخطر الاجتماعى بالنظر إلى مركز الفرد الأقتصادى.**

يرى أغلبية الفقهاء وهوالرأى الراجح لديهم بأنه يمكن تعريف الخطر الاجتماعى بأنها جميع المخاطر التى يمكن أن تصيب الإنسان وتؤثر فى مركزه الأقتصادى تعد مخاطر أجتماعيه أوبمعنى آخر هى كل ما يمكن أن يؤثر على مركز الفرد الأقتصادى وهذا ينطبق على كافة المخاطر أيا كانت أسبابها شخصيه أومهنيه أوأجتماعيه . ولكن يعيب على هذا التعريف أن بهذا الشكل لا يمكن أن يتحقق فى كل تشريعات التأمين الاجتماعى فتلك التشريعات تتفاوت فيما بينها فى درجة الحماية التى تقدمها لمواطنيها وذلك طبقا لدرجة تقدم المجتمع وظروفه الاقتصادية ،وبالتالى يجب عند تحديد أوتعريف المخاطر الاجتماعيه بشكل صحيح الرجوع أولا إلى القانون الوضعى للدوله (تشريع التأمينات الاجتماعيه) بتلك الدوله لمعرفة الأخطار الاجتماعيه التى يغطيها حتى يمكن أسباغ التعريف القانونى الصحيح عليها (١).

(١) راجع فى ذلك د/حسام كامل الأهوانى-مرجع سابق -ص ٧، د/ السيد عيد نابل-مرجع سابق -ص ١٣ و ما بعدها ، د/ سعيد سعد عبدالسلام

- مرجع سابق - ص ٤٢ و ما بعدها ، د/ محمد حسين منصور- مرجع سابق -ص ١٣ و ما بعدها

*** ومن وجهة نظرنا:**

" بأنه يمكن تعريف المخاطر الاجتماعية بأنها تلك المخاطر التي تصيب الفرد أو أحد أفراد أسرته الذين يعولهم أو ممن يعولهم فعليا أو متولى أمرهم وتؤثر في مركزه الاقتصادي تعد مخاطر اجتماعية سواء كانت أسبابها شخصية أو مهنية أو اجتماعية"

**** أنواع المخاطر الاجتماعية:**

بينما فيما سبق بأن المخاطر الاجتماعية كثيرة ومتنوعة وذلك لكونها لصيقة بحياة الإنسان، ولكنها تشترك جميعا في أنها تؤثر في المركز الاقتصادي للشخص سواء كان هذا التأثير بالنقص في دخله أو بزيادة أعباءه، وهذه الأخطار قد تكون أخطار مهنية ترجع إلى ظروف المهنة التي يمتنها الشخص وترتبط بها وقد تكون أخطار فسيولوجية لا ترتبط بالمهنة بل يتعرض لها الإنسان بصفته كائن حي مثل (المرض والشيخوخة والوفاه)، وعليه يمكن تقسيم المخاطر الاجتماعية إلى نوعين وهما:

١- المخاطر المتعلقة بممارسة المهنة

٢- المخاطر ذات الصبغة الإنسانية.

وتكمن أهمية هذا التقسيم في الآتي :

١- من حيث سداد الأشتراكات التأمينية .

حيث أن سداد الأشتراكات التأمينية عن الأخطار الناتجة من الخطر المهني تقع كاملة على عاتق رب العمل، باعتبارها جزء من تكاليف الإنتاج، في حين نجد أنه يتم سداد الأشتراكات التأمينية عن الأخطار الناتجة من الخطر الإنساني على عاتق كلا من رب العمل والعامل كلا حسب نسبته التي يقرها القانون.

٢- من حيث الاستفادة من المزايا التأمينية.

لا تشترط قوانين التأمين الاجتماعي المختلفه أى شرط لاستفادة المؤمن عليه عند تعرضه لأى خطر مهني من المزايا التأمينية المنصوص عليه في قانون التأمين الاجتماعي، في حين أنه يتطلب استيفاء شروط معينه أوقد تم تحديدها سابقا قبل بدء العمل أوقد لا يستفيد المؤمن عليه من المزايا التأمينية عند تعرضه لأحد الأخطار الناتجة من الخطر الإنساني وذلك طبقا لقوانين التأمين الاجتماعي.

٣- من حيث طبيعة الضرر المستحق عنه التأمين الاجتماعي.

في حالة تحقق ضرر جسدی للعامل ناتج عن أصابته بسبب أحد الأخطار المهنية يتم تطبيق قوانين التأمين الاجتماعي على هذا الضرر ، في حين أنه يجب أن يصل درجة هذا

الضرر الجسدى لنسبه معينه يقررها القانون فى حالة إذا كانت هذه الأصابة ناتجه عن أحد الأخطار الأنسانيه .

٤- من حيث نسبة العجز ومقدار التعويض المستحق عنه التأمين الاجتماعى.

فى حالة تحقق ضرر جسدى للعامل ناتج عن أصابته بسبب أحد الأخطار المهنيه تشترط بعض التشريعات التامينييه تحقق نسبه معينه من عدم القدره على العمل حتى يتم صرف مقدار التعويض أو المعاش أو صرف كافة حقوقه التامينييه للعامل وفى كافة الأحوال تكون نسبة مقدار التعويض نسبه مرتفعه ، فى حين أن يتطلب تحقق نسبه أكبر بكثير من عدم القدره على العمل حتى يتم صرف مقدار التعويض أو المعاش أو صرف كافة حقوقه التامينييه للعامل وفى كل الأحوال يكون مقدار التعويض نسبه ضئيله فى حالة إذا كانت هذه الأصابة ناتجه عن أحد الأخطار الأنسانيه .

*** أنواع المخاطر الاجتماعيه المختلفه :

يمكن تقسيم المخاطر الاجتماعيه إلى نوعين وهما:

١- المخاطر المتعلقة بممارسة المهنة ، ٢- المخاطر ذات الصبغه الأنسانيه.

أولاً : المخاطر المتعلقة بممارسة المهنة.

يتعرض العامل أثناء ممارسته لعمله (نشاطه المهنى) لعدة مخاطر تهدده فى مصدر رزقه فتؤدى إلى فقد عمله اولتحمله اعباء تؤدى لنقص دخله. وهى كالأتى : (أصابات العمل - المرض المهنى - البطاله) وسوف نتعرض لهم بشكل موجر وذلك لأننا سوف نتعرض لهم بالتفصيل فى موضع آخر من البحث.

١- أصابات العمل :

كان لانتقال الإنسان إلى عصر الصناعه وذلك بقيام الثوره الصناعيه وما تبعها من حلول الأله محل الإنسان والأعتماد على الأله بشكل أساسى فى الصناعه وتطور الألات المستخدمه فى الصناعه أن تعرض العمال لخطر الأصابة من التعامل مع تلك الألات وتزايد ضحايتها من العمال وما نشأ عن هذه الأصابة من توقف كلى أوجزئى عن العمل مما ينشأ عنه مساس بالمركز الأقتصادى للعامل، وعليه تعتبر أصابة العمل من أهم المخاطر التى نشأ من أجلها أساسا نظام التأمين الاجتماعى.

٢- الأمراض المهنيه:

وهى صوره غير مباشره لأصابات العمل التى تلحق بجسم الإنسان بسبب أدائه للعمل ولكن فى شكل صوره أعراض مرضيه تتتاب جسم العامل وتظهر عليه مع مرور الوقت تدريجيا

وذلك نتيجة اتصال العامل ببعض المواد التي تسبب هذه الأمراض مع مرور فترة من الوقت ،ويلاحظ أن الأصابة بالأمراض المهنية تكون بطيئة لأنها تحتاج فترة من الزمن حتى يتغلب المرض على مناعة الجسم ويستقر فيه ويمكن وصف العامل بأنه مريض مرض مهني

٣- البطالة:

ويقصد بها فقد العامل لعمله لأسباب لا يد له فيها خارجه عن إرادته بمعنى آخر الاستغناء عن خدمات العامل لأسباب اقتصادية تتعلق بالمشروع ذاته . وهذا الفقد يؤثر بشكل أساسى على المركز الأقتصادي للعامل ،ولا تتفق تشريعات الدول فى تقدير مبلغ تعويض البطالة فيختلف من دولة لأخرى وتكون هذه التعويضات مؤقتة تصرف لمدة زمنية معينة حتى لا يتكاسل العامل فى البحث عن مصدر دخل اخر له.

ثانيا : المخاطر ذات الصبغة الأنسانية:

المخاطر الأنسانية هى صوره من صور المخاطر الاجتماعية وأضرارها لا تعود على العامل فقط بل تعود على جميع أفراد أسرته وبالتالي كان لابد أن تمتد التشريعات الاجتماعية بأن تقوم بمد مظلتها التأمينية لتغطى تلك المخاطر الأنسانية وهى (المرض "الغير مهني " ،الشيخوخه ، العجز ، الوفاه ، زيادة الأعباء العائليه) وسوف نتعرض لهم بشكل موجز وذلك لأننا سوف نتعرض لهم بالتفصيل فى موضع آخر من البحث .

١- المرض "الغير مهني" .

من الأمور الطبيعى أن يتعرض الفرد للمرض الذى ليس له صلة بعمله وقد تقصر أو تطول فترة تعرضه لهذا المرض وهذا المرض يؤدي إلى عدم قدرته على العمل مما يترتب عليه مساس بمركزه الأقتصادي بنقص دخله بالأضافة إلى زيادة نفقاته من مصاريف العلاج والدواء بل أن الأمر قد يتطور بتطور المرض ليتحول إلى عجز دائم يقعه بصفه نهائيه عن العمل مما يتعين معه حماية الشخص فى هذه الحالة وأمتداد المظله التأمينية لتغطى هذا الخطر الاجتماعى .

٢- الشيخوخه:

من سنن الله فى الأرض أن يتقدم الإنسان فى السن إلى أن يصبح غير قادر على العمل وهذا السن يختلف من شخص لأخر ، فالشيخوخه يقصد به فقد الشخص القدره على العمل وبنفس الكفاءه عند بلوغ سن معين يسمى سن التقاعد وفى هذا السن يكون الإنسان بحاجة إلى رعايه أجماعيه توفر له البديل عن الدخل يسمى المعاش .

٣- العجز "الغير مهني" .

ويقصد به عدم قدرة الفرد على العمل سواء بصفه كلييه أوجزئيه لسبب خارج عن أصابات العمل أو عن المرض المهني ، مما يترتب عليه مساس بمركزه الأقتصادي بنقص دخله أو فقده بالكامل مما يستوجب تعويضه عن دخله الذي فقده ، ويتحدد مقدار التعويض هنا بحسب إذا كان التعويض جزئيا أوكليا وتختلف التشريعات الاجتماعية في كل دولة عن أخرى في تحديد مقدار هذا التعويض ودورها نحو إعادة تأهيل هذا العامل حتى يمكن إعادته للعمل مرة أخرى.

٤- الوفاة:

لقد خلق الله سبحانه وتعالى الأنسان وكتب عليه الفناء وعدم الخلود فهما طال عمره فلا بد له من يوم وأن يموت فيه فلكل أجل كتاب ، فالموت خطر لا يلحق بالمؤمن نفسه ولكنه خطر يلحق بأسرته من بعده فقد كان هوالمورد الأساسي لدخلهم وها قد أنقطع هذا المورد بموته ومن هنا كان يجب أن تعوض الأسره من فقدها هذا المورد فتتجه أغلبية التشريعات الاجتماعية إلى تعويض أسرته وكذلك صرف معاش دورى للمستحقين عنه يكون هذا المعاش ولو بشكل بسيط بديلا عن الدخل الى فقده أسرته بموت المؤمن عليه.

٥- زيادة الأعباء العائليه:

ويقصد به مقدار الأنفاق الذى يتكلفه الشخص على معيشته وحياته ، ولقد ارتبط الاجر لفته طويله بطبيعة العمل وكمية العمل الذى يؤديه العامل بغض النظر عن أعباءه العائليه وكان لتلك المساوه المطلقه بين العامل الأعزب والعامل رب العائله أن ترتب على العامل رب العائله عبء أكبر من العامل الأعزب يؤثر بشكل مباشر على أسرة العمل رب العائله لذلك تدخلت التشريعات الاجتماعية إلى النظر فى تعويض العامل رب العائله فى صورة أجر إضافى يسمى الأجر الاجتماعى (١) .

(١) راجع فى ذلك د.المستشار/رمضان جمال كامل-موسوعة التشريعات الاجتماعيه فى الفقه والقضاء- الناشر المركز القومى للأصدارات القانونيه- الطبعه الأولى -بدون سنة نشر - ص ٢٥ و ما بعدها ، د/أحمد عبدالنواب بهجت- مرجع سابق-ص ٢٠ و ما بعدها ، د/ أحمد حسن البرعى- الوجيز فى القانون الاجتماعى-دار النهضة العربيه-١٩٩٢،١٩٩١-ص٢٣ و ما بعدها ، د/ أحمد حسن البرعى- مرجع سابق-ص ٢٣ و ما بعدها

المبحث الثاني

النظام القانوني للتأمينات الاجتماعية.

كما ذكرنا سابقا بأن أغلبية الفقهاء يروا أن التأمين الاجتماعي قد نشأ مع نشأة الإنسان ومارسه منذ العصور القديمة بوسائل مختلفة ومتعددة كان الهدف منها إيجاد نوع من التكافل الاجتماعي بين أفراد في حالات المخاطر الاجتماعية المختلفة التي تصيب أفراد المجتمع ولكنهم يروا أيضا بأن التأمين الاجتماعي لم يظهر بشكل منظم إلا مع ظهور الأديان السماوية المختلفة التي وضعت النظم الأنسانية والمبادئ التي سار عليها الإنسان في معاملته مع الآخرين ومنها السياسات الاجتماعية التي تستهدف حماية المحتاجين ورعايتهم اجتماعيا ، إلا أن التأمين الاجتماعي لم يظهر بشكله الحالي إلا مع نشأة المجتمع الصناعي وظهور المخاطر الاجتماعية المختلفة الى كانت نتاج الثورة الصناعية التي أدت لفقدان الدخل من العمل مما يمثله من مصدر رزق لغالبية أفراد المجتمع ، وأصبح لنظم التأمينات الاجتماعية اهتمامات كبيره على المستوى الدولي وأصبحت ضروره قوميه في غالبية الدول نتيجة لشعور افراد المجتمع بالحاجه إلى التأمين الذي أصبح من الملامح المميزه لهذا العصر، ولقد مرت التأمينات الاجتماعية بمراحل كثيره تطورت من مجرد نظام تجريبي في عدد من البلاد إلى أن أصبحت من الضروريات التي تلازم الحياه الاجتماعية في المجتمع الحديث بل أصبحت نظاما يعتبر النهوض به وظيفه أساسيه من وظائف الدوله (١).

مما أستتبع ذلك ضرورة وضع تنظيم قانوني للتأمينات الاجتماعية وعليه فقد ظهرت لأول مره فكرة وضع تنظيم قانوني لأول مره من جانب سيمون بوليفار في فبراير عام ١٨١٩ عندما ذكر مصطلح التأمينات الاجتماعية في إحدى خطبه "أن نظام الحكم الأمثل هو الذي يحقق أكبر قدر من التأمين الاجتماعي والأمان السياسي " ، وكذلك في أعقاب الثورة البلشيفية في الأتحاد السوفيتي في ٣١ أكتوبر ١٩١٨، ثم في ١٤ أغسطس ١٩٣٥ حينما صدر قانون التأمينات الاجتماعية في الولايات المتحدة الأمريكية بناء على تعليمات من الرئيس الأمريكي روزفلت في أعقاب الأزمه الاقتصادية في عام ١٩٢٩. ولكن لم يكتمل النظام القانوني للتأمينات الاجتماعية ويأخذ شكله الحالي إلا في أعقاب الحرب العالميه الثانيه وظهور الثورة الصناعية على وجه الدقه ، فقد أصبح التأمين الاجتماعي في الوقت الحاضر حقا من حقوق الإنسان نصت عليه معظم دساتير العالم كما اعترفت به كثير من المواثيق

ص ٧ وما بعدها، د/

(١) راجع في ذلك د/ألفونس شحاته رزق-المبادئ النظرية في التأمينات الاجتماعية- بدون دار نشر- ١٩٨١-

السيد عيد نايل - مرجع سابق - ص ٢٠

الدولية فالأعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ فقرر في المادة ٢٢ منه الآتي : (أن لكل شخص بصفته عضواً في المجتمع الدولي له الحق في التأمينات الاجتماعية بحيث يثبت له الحق في أشباع حاجاته المادية والاجتماعية والثقافية اللازمه للحفاظ على كرامته الإنسانية وتنمية قدراته الشخصية بفضل الجهود الوطنية والتعاون الدولي مع مراعاة الموارد والنظام القائم في كل بلد)،

كما قررت المادة ٢٥ منه الآتي:

(ان لكل شخص الحق في حد أدنى من المعيشه يكفل له المحافظه على صحته وعلى حياه كريمه لعائلته خاصه بالنسبه للمأكل والملبس والمسكن والعلاج الطبي والخدمات الاجتماعية اللازمه ويثبت له الحق في الأمان في حالة البطاله أو المرض أو العجز أو الوفاه أو الشيخوخه وفي كل الحالات التي يفقد فيها الخل الذي يعول عليه في معيشته على أثر حادث لا دخل لأرادته فيه، ويجب أن تحظى الأم والطفل بعنايه خاصه في هذا المجال وينعم كل الأطفال بنفس الحماية الاجتماعية سواء أكانت ولادتهم ناتجه عن رباط شرعي أم بطريقه غير شرعيه.....)

فالأعلان العالمي لحقوق الإنسان يعتبر الأمان الاجتماعي أحد حقوق الإنسان ومن ثم يجب على كل دوله توفيره لمواطنيها في حدود إمكانياتها ، وقد نصت العديد من الاتفاقيات الدولية ومنها اتفاقية بشأن المعايير الدنيا للضمان الاجتماعي رقم ١٠٢ لسنة ١٩٥٢ التي صدرت عن مؤتمر العمل الدولي الثالث والخمسون الحدود الدنيا التي تلتزم بها الدوله الموقعه عليها عند إصدارها للقوانين المنظمه للتأمين الاجتماعي ولقد حددت هذه الاتفاقية تسعة مخاطر تلتزم بها كل دوله بتأمين مواطنيها ضدها وهي (المرض ،نقص الدخل والبطاله ،الشيخوخه ،حوادث العمل ، أمراض المهنة ، الولاده ، العجز ، الوفاه ، الأعباء العائليه) وقد نصت الاتفاقية لقبول الأنضمام إليها أن تقوم الدوله المنضمه أن تغطي ثلاثة مخاطر على الأقل من المخاطر التي حددتها الاتفاقية . وكذلك صدر العهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وقد أعتمد وعرض للتوقيع والتصديق والأنضمام بقرار الجمعيه العامه ٢٢٠٠ ألف (د-٢١) المؤرخ في ١٦ كانون الأول/ ديسمبر ١٩٦٦ وتاريخ بدء النفاذ ٣ كانون الثاني يناير ١٩٧٦ قد نصت ماده ٩ منه بالآتي:

"تقر الدول الأطراف في هذا العهد بحق كل شخص في الضمان الاجتماعي بما في ذلك التأمينات الاجتماعية "

وفي مصر قد أكدت في دساتيرها المتعاقبة وفي دستورها الحالي المادة (١٧) من الدستور "على قيام الدولة بكفالة خدمات التأمين الاجتماعي والصحي ومعاشات العجز عن العمل والبطالة والشيخوخة للمواطنين جميعا وذلك وفقا للقانون"

المبحث الثالث

تعريف التأمينات الاجتماعية

نظرا لما تمثله التأمينات الاجتماعية من حاجة ضرورية للإنسان وخاصة لرعايته واسرته من بعده فقد سعت كافة الدول في العالم إلى انشاء انظمة التأمينات لمواطنيها، حيث تعتبر التأمينات الاجتماعية أحد الوسائل الأساسية في مجال تحقيق الحماية والأمن الاجتماعيين ولكن بالرغم من كل ذلك لم يصل الفقه بعد إلى وضع تعريف محدد لهذه الظاهرة الاجتماعية القانونية ولعل يرجع إلى أن المخاطر الاجتماعية كثيرة ومتنوعة ومتطورة بشكل مستمر ويعد هذا التنوع والتطور من أهم أسباب عدم وضع تعريف جامع شامل للتأمينات الاجتماعية، وعلى الرغم من حداثة تنظيمها القانوني إلا أنها أصبحت القاسم المشترك الأعظم بين كافة بلاد العالم على اختلاف أنظمتها السياسية والاجتماعية مما يصعب معه إيجاد تعريف واحد يغطي كافة هذه السياسات في مختلف الدول، وهذا بخلاف التباين في استخدام السياسات الاجتماعية وتعدد أجهزة التأمينات في مختلف الدول فلم يتفق الفقه على استخدام مصطلح بمعنى محدد وبذلك يتضح لنا أن مفهوم التأمينات الاجتماعية والأصطلاح كلاهما يصعب تحديده بشكل محدد، فالفقه مازال حائرا امام إيجاد تعريف جامع له فالعنصرين المميزين للتأمينات الاجتماعية وهما فكرة الخطر الاجتماعي والوسائل المادية لمواجهة مازالا يحتملان الكثير من التفسيرات ويختلفان من حيث المدى والأساليب المتبعة للحماية من بلد إلى آخر ومن وقت إلى آخر في البلد الواحد وعليه ظهرت العديد من المحاولات الفردية للفقهاء لوضع تعريف للتأمينات الاجتماعية ومنها الأتي:

١- تعريف الدكتور/أحمد حسن البرعى:

حيث عرف التأمينات الاجتماعية بأنها " هي نظام اجتماعي قانوني يعمل على تحقيق الأمن الاقتصادي للأفراد في حالة تعرضهم لأحد الأخطار المهنية أو الاجتماعية الواردة بالاتفاقيه الدولييه رقم ١٠٢ الصادره من منظمة العمل الدولييه".

وبمعنى آخر فإن التأمينات الاجتماعية هي "مجموعه من الوسائل الفنيه الخاصه التي تهدف إلى مواجهة بعض المخاطر الاجتماعية التي يعطيها المجتمع أهتماما خاصا في سبيل

حماية الأفراد ضد المخاطر الاجتماعية التي عدتها اتفاقية العمل الدولية رقم ١٠٢ الصادره من منظمة العمل الدولية" (١).

وقد يعيب على هذا التعريف : أنه لم يراعى التطور الدائم لفكرة المخاطر الاجتماعية وتنوعها يوماً بعد يوم مما يستتبعه من إدراج هذه المخاطر الاجتماعية الجديده باتفاقية العمل الدولية رقم ١٠٢ الصادره من منظمة العمل الدولية حيث أن المخاطر التسعه الوارده بها قد جاءت على سبيل الأستدلال وليست على سبيل الحصر، هذا بالإضافة إلى أن التعريف لم يحدد ما هي تلك الأساليب الفنيه الخاصه بهذا النظام .

٢- تعريف الدكتور/أحمد عبدالنواب بهجت:

بأن التأمينات الاجتماعية هي " مجموعة القواعد الأمره المنظمه لمنح العانات والتعويضات للأفراد المتضررين من وقوع الخطر الاجتماعي بينهم مقابل اشتراكات يتعهد بها رب العمل وحده اورب العمل والمؤمن عليه معا يوردها رب العمل إلى الهيئه العامه القائمه على صرف هذه التعويضات المستحقه" (٢).

وقد يعيب على هذا التعريف : أنه قد قصر وسائل التأمينات الاجتماعية فى منح الأعانات والتعويضات للأفراد المتضررين من وقوع الخطر الاجتماعي ولم يتطرق إلى أى وسائل اخرى سواء نقديه او عينيه ، وكذلك قصر المستفيدين من التأمينات الاجتماعية فى العامل ورب العمل فقط وحصر نطاقها فقط فى النشاط المهني فقط على الرغم من توسع التأمينات الاجتماعية فى تغطيتها لجميع افراد المجتمع وأيا كانت طبيعة النشاط سواء نشاط مهني او غير مهني .

٣- تعريف كلا من الدكتورين/ حمدى عبدالرحمن ، محمد عادل عبدالرحمن:

بأن التأمينات الاجتماعية هي " النظام الذى يخول لأشخاص يحدددهم الحق فى الحصول على أداء معين نقداً كان ام عيناً إذا توافرت شروط وظروف يتطلبها النظام والغرض أن نظام التأمين يحدد الأداء بما يتناسب مع الظروف التى يتعرض لها المؤمن عليهم" (٣).

ويعيب هذا التعريف : انه تعريف فضفاض لم يحدد كيفية تحديد هذا النظام للمستفيدين منه او شروط وأسباب أستحقاقهم ولم يحدد المخاطر الاجتماعية التى يتم بموجبها هذا الأستحقاق

(١) راجع فى ذلك د/ أحمد حسن البرعى- الوجيز فى القانون الاجتماعى-دار النهضة العربيه-١٩٩٢، ١٩٩١-ص٤٩ ، د/ أحمد حسن البرعى- المبادئ العامه للتأمينات الاجتماعيه و تطبيقاتها فى القانون المقارن - دار الفكر العربى- الطبعة الأولى -القاهره -١٩٨٣-ص ٥٤ .

(٢) راجع فى ذلك /أحمد عبدالنواب بهجت- مرجع سابق-ص ٨٦

(٣) راجع فى ذلك د/حمدى عبدالرحمن ، محمد عادل عبدالرحمن - مرجع سابق - ص٥٤

٤- تعريف الدكتور/ محمد حسن فايق:

بأن التأمينات الاجتماعية بانها" نظام يهدف إلى حماية أفراد المجتمع من نقص الدخل وانقطاعه نتيجة لأخطار المرض والحوادث أو الشيخوخة أو العجز أو الوفاة أو البطلان" (١) ويعيب هذا التعريف : في أنه قد حصر المخاطر الاجتماعية التي يهدف النظام حماية أفراد المجتمع منها في مخاطر محددة ذكرها على سبيل الحصر على الرغم من ان المخاطر الاجتماعية كثيرة ومتنوعة ومتطورة وان هناك دول اخرى تغطي مخاطر اخرى بخلاف تلك الى ذكرها وذلك تبعا لتقدم تلك الدول أو تخلفها .

٥- تعريف الفقيه/بلانشارد :

بأن التأمين الاجتماعي بأنه ذلك النوع من التأمين الذي لا يقتصر دور الحكومه فيه على التنظيم والإشراف بل يتعداه إلى جعل التأمين نفسه إجباريا أو أعانته وتحمل جزء من تكاليفه أو القيام بدور المؤمن فإذا سارت الحكومه في أى اتجاه من هذه الاتجاهات تحول التأمين من تأمين خاص إلى تأمين اجتماعي" (٢).

ويعيب هذا التعريف هو اعتبار التأمين الخاص تأمينا اجتماعيا لمجرد قيام الحكومه بدور المؤمن (في حالة تدخل الحكومه في سوق التأمين منافسه لشركات التأمين العاديه وتقوم بممارسة مهنة التأمين على أسس تجاريه عاديه).

من جماع ماسبق من تعريفات الفقهاء المختلفه للتأمين الاجتماعي يتبين لنا أن الفقهاء قد أنقسموا إلى عدة اتجاهات عند محاولة وضع تعريف للتأمين الاجتماعي فيرى اتجاه تعريف التأمين الاجتماعي بالنظر إلى الهدف الذى يسعى إلى تحقيقه ،ويرى اتجاه آخر تعريفه عن طريق الوسائل والسياسات المتبعه لمواجهه المخاطر الاجتماعيه ، بينما يره اتجاه ثالث وهو الرأى الراجح بتعريف التأمين الاجتماعي بالنظر إلى أهدافه ووسائله فى ذات الوقت.

***الاتجاه الأول :تعريف التأمين الاجتماعي بالنظر إلى الهدف الذى يسعى إلى تحقيقه:**

لقد قام أنصار هذا الاتجاه بوضع تعريف لقانون التأمين الاجتماعي بأنه" مجموعة الوسائل التي تستخدم من اجل ضمان الأمن الأقتصادي لأفراد المجتمع " مستنديين عند وضعهم لهذا التعريف إلى أنه يمكن الربط بين المخاطر الاجتماعيه وبين التأمين الاجتماعي على أساس العنصر المشترك بينهم وهواثرها على حياة ذوى الشأن وبالتالي لايمكن الاعتماد على الوسائل والسياسات المتبعه لمواجهه المخاطر وذلك لتنوعها وتطورها بحسب تطور

(١) راجع فى ذلك د/ محمد حسن فايق- التأمينات الاجتماعيه المبادئ النظرية -بدو دار نشر- ١٩٨٩-ص ١٥

(٢) راجع فى ذلك د/عادل عبدالحميد عز- التأمينات الاجتماعيه المبادئ النظرية و التطبيقات العمليه- دار النهضه العربيه- بدون سنة نشر -

المجتمعات البشرية أو الأعتداع على مصدر المخاطر عند تعريف قانون التأمين الاجتماعى. ويعيب هذا التعريف: أنه يؤدى إلى إضاعة ذاتية نظام التأمين الاجتماعى فهو تعريف يتسع لوصف كافة الأنظمة القائمة على تحقيق السياسه الاجتماعى للدوله ، كما أنه يتضمن خطأ واضحاً بين التأمين الاجتماعى وبين السياسه الاجتماعى بصفة عامه فالسياسه الاجتماعى للدوله ترمى إلى تحقيق الأمن الأقتصادى للمواطنين وهى تستخدم فى سبيل ذلك أنظمه متعدده منها التأمين الاجتماعى الذى يهدف إلى تحقيق نفس الهدف ولكنه لا يمكن تحقيق هذا الهدف وحده دون سائر الأنظمة الأخرى .

****الاتجاه الثانى: تعريف التأمين الاجتماعى بالنظر إلى وسائله الخاصه:**

لقد قام أنصار هذا الاتجاه بوضع تعريف لقانون التأمين الاجتماعى بأنه "مجموعة الوسائل الوقائى والعلاجى المقرره لحماية الأفراد من المخاطر الاجتماعى وتحقيق الأمن الأقتصادى لهم " ويعيب هذا التعريف: أنه يؤدى إلى التوسع فى معناه بحيث يمكن القول وفقاً لهذا التعريف أن التأمين من المرض يدخل فيه السياسه الصحى بصفه عامه وسياسة إقامة وتنظيم المستشفيات والعلاج وهكذا ، كل ذلك نتيجة للربط بين التأمين الاجتماعى والوسائل العلاجى والوقائى لحماية الأفراد من المخاطر الاجتماعى.

*****الاتجاه الثالث: تعريف التأمين الاجتماعى بالنظر إلى أهدافه ووسائله فى ذات الوقت:**

لقد قام أنصار هذا الاتجاه بوضع تعريف لقانون التأمين الاجتماعى بأنه "مجموعة الوسائل الفنى الخاصه التى تهدف إلى مواجهة بعض المخاطر الاجتماعى التى يعطىها المجتمع اهتماماً خاصاً فى سبيل حماية الأفراد ضد المخاطر الاجتماعى التى عدتها أتفاقيه العمل الدولى رقم ١٠٢، اوبمعنى آخر بأنه نظام اجتماعى وقانونى يعمل على تحقيق الأمن الأقتصادى للأفراد فى حالة تعرضهم لأحد المخاطر المهنيه أو الاجتماعى الوارده بالاتفاقيه رقم ١٠٢ الصادره عن منظمة العمل الدولى وذلك عن طريق أستخدام مجموعه من الأساليب الفنى الخاصه بهذا النظام والتى تعمل على إعادة توزيع الدخل القومى بشكل أكثر عداله. ويعيب هذا التعريف: بأنه يربط تحديد المخاطر الاجتماعى بما ذكرته الاتفاقيه الدولى مع أن المخاطر الاجتماعى التى يعطىها التأمين الاجتماعى تختلف من دوله إلى أخرى بحسب ظروف كل دوله فى حين أن الاتفاقيه تفرض على كل دوله حتى تقبل الأنضمام إليها أن تغطى ثلاثة أخطار من الأخطار التسعه الوارده بالاتفاقيه دون أن تفرض عليها أخطارا معينه (١)

(١) راجع فى ذلك د/ أحمد حسن البرعى - مرجع سابق - ص ٤٠، د/ السيد عيد نايل - مرجع سابق - ص

الفصل الأول

نشأة وتطور نظام التأمين الاجتماعي.

مقدمه:

أصبح مما لا شك فيه أن التأمين الاجتماعي قد نشأ مع نشأة الإنسان وأن كان قد مارسه بأشكال مختلفه وبطرق مختلفه وذلك تبعاً للبيئة التي يعيش فيها والوقت الذي يحيى فيه فأختلفت أشكاله مع أختلاف العصور التي عاش فيها ، وفي محاولتنا للبحث عن تاريخ نشأة قانون التأمين الاجتماعي كان يجب الرجوع إلى بداية نشأة الإنسان مع العصور القديمه مع أختلاف مسمياته ما بين نظام الأسره أوالنظام التبادلي أوالتأمين الخاص أوالتكافل الاجتماعي أوالضمان الاجتماعي وغيرها من المسميات إلى أن أصبح فيما يعرف بالتأمين الاجتماعي ، فأول ما نتعرض له بشكل ملموس هو مع الحضاره الفرعونيّه القديمه وحضارة أهل بابل والصين و ذلك لمعرفتهم الكتابه مما يترتب عليه الرجوع إلى شئ مادي ملموس يمكن الأعتقاد عليه ويثبت لنا نشأة هذا القانون ،

وبالرجوع إلى عهد القدماء المصريين ومنذ أكثر من ٤٥٠٠ عام أكتشف علماء الآثار ورقه من أوراق البردي مكتوب عليها ما يثبت وجود جمعيات كانت تدفع مبالغ ماليه معينه عند وفاة أحد أعضائها (١) .

وكذلك الحال في الحضاره الرومانيه ظهرت العديد من الجمعيات التي تقوم على المساعدات التبادليه ومن أقدمها جمعية العهد الروماني وهي عباره عن اتحاد يضم عامة الناس كان الهدف منها هوتكوين الألفه بين الناس والقيام بمختلف أوجه النشاط الاجتماعي إلا أنها كانت توفر تكاليف الجنازه وذلك في حالة وفاة أحد أعضائها عن طريق اشتراكات كان يسدها أعضائها ، وكذلك أنشئت بعض الجمعيات للعسكريين تمد أسر أعضائها بالمال اللازم عند وفاة أحد أعضائها وتقدم معاش لمن يبقى منهم حيا في مقابل اشتراكات يؤديها أعضائها ، وكذلك وجدت جمعيات للمحاربين لسداد نفقات أنتقال أعضائها من حاميه عسكريه لأخرى ولصرف معاش للأعضاء عند بلوغهم سن الشيخوخه ولعائلاتهم عند وفاتهم مقابل المال الذي يجمع منهم ، كما تُشير الدلائل والمُكتشفات الأثريه إلى أن بعض الثُجَّار القدماء في بابل والصين اتبعوا أشكالاً من نظام نقل أو توزيع المخاطر مُنذ الألفيتين الثالثه والثانيه قبل الميلاد، فالثُجَّار الصينيون المُتنقلون الذين كانوا يُسافرون عبر مجاري النهر السريعه الخطيره، كانوا يُوزعون سلعهم في سُفنٍ عديده للحد من خساره بحال انقلبت السفينه

(١) راجع في ذلك د/عادل عبدالحميد عز - مرجع سابق- ص ١٦

أوغرقت أوسرقت. وطوّر البابليّون نظامًا للضمان ورد ذكره في شريعة حمورابي الشهيرة حوالي سنة ١٧٥٠ ق.م، كان يطبق في بلاد ما بين النهرين وفي بعض بلدان حوض البحر المتوسّط. ووفقًا لهذا النظام فقد كان يحقّ للتاجر الذي استلف مبلغًا من المال لتمويل تجارته أن يدفع للدائن مبلغًا إضافيًا لقاء ضمانه الأخير أن يُلغي القرض بحال ضاعت حُمولة البضائع أوسرقت في البحر وفي الألفيّة الأولى ق.م، ابتكر أبناء جزيرة رودس نظامًا تأمينيًا عُرف باسم «المتوسّط العام»، بحيث كانت مجموعه من التّجار تدفع مبلغًا من المال لضمان شحن بضائعها في ذات الوقت في السفينة ذاتها. وكانت الأقساط المجموعه تُستخدم لإيفاء ديون أي تاجرٍ تضررت بضائعه أوفقدت أثناء الشحن سواء أكان السبب عاصفه أم الغرق (١).

وقد سبق وان ذكرنا أن التّأمين الاجتماعي لم يظهر بشكل منظم إلا مع ظهور الأديان السماوية المختلفة التي وضعت النظم الأنسانية والمبادئ التي سار عليها الأنسان في معاملته مع الآخرين ومنها السياسات الاجتماعية التي تستهدف حماية المحتاجين ورعايتهم اجتماعيا فكان المولد الحقيقي لنظام التّأمينات الاجتماعية هو الإسلام فإذا ما انتقلنا إلى نظام التّأمين الاجتماعي في ظل الإسلام ، فنجده علاوة على أنه أكثر وضوحا وشمولا فهو يقدم قدم القرآن منذ أربعة عشر قرنا من الزمان ويزيد ، وذلك على العكس من حداثة نظام التّأمين الاجتماعي في الوقت المعاصر حيث لم يقنن له قانون إلا منذ عام ١٨٥٤م فقط ، ومن ثم فإن التّأمين الاجتماعي في ظل الإسلام نظرية عامة ، بين معانيها واسسها القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفه تاركين التفاصيل لكل بيئه حسب ما يناسبها في كل عصر وزمان ، وإن المتأمل في نظم التّأمينات الاجتماعية يجد أنها تقوم على مواجهة المخاطر الاجتماعية المختلفه عن طريق عدة وسائل ومنها الادخار وهو اقتطاع جزء من أجر العامل وادخاره له ، لكي يحصل عليه مستقبلا لمواجهة خطر من المخاطر الاجتماعية كالعجز والشيخوخة أو الوفاة أو المرض ونحو ذلك ، وحيث إن الادخار هو من الأمور المطالب بها شرعا فالمسلم مطالب بالاقتصاد في نفقاته بأن يكون وسطا في ذلك فلا يكون مسرفا أو ممسكا قال الله تعالى بسم الله الرحمن الرحيم : ﴿والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قوما﴾ (٢).

(١) راجع في ذلك د/عبد اللطيف محمود آل محمود - التّأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية - الناشر دار النفائس- بيروت- لبنان

الطبعة الأولى - ١٩٩٤ - ص ٢٢١ وما بعدها

(٢) سورة الفرقان آية ٦٧ .

ومن ثم فإن الشريعة الإسلامية قد اهتمت بالضمان الاجتماعي وقررت له عدة عوامل مساعده من أجل إقامته وتعميمه بين أبناء المجتمع الواحد والتي يضيق المقام بذكرها جميعا ومنها وبل أهمها : (الزكاة) فلقد فرض الله عز وجل (الزكاة) وجعلها ركنا من اركان الإسلام الخمسه وكانت حقا معلوما للفقراء فى مال الاغنياء وكانت الزكاة يتم جمعا وتوزيعا بمعرفة ولى الامر طبقا للكتاب والسنة ، هذا بخلاف المصادر الأخرى مثل الصدقات والتبرعات والهبات قال تعالى بسم الله الرحمن الرحيم: ﴿إنما الصدقات للفقراء والمساكين والعاملين عليها والمؤلفة قلوبهم ومن الرقاب والغارمين وفي سبيل الله وابن السبيل فريضة من الله والله عليم حكيم﴾ (١)،

وقال أيضا: ﴿والذين في أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم﴾ (٢) إلى غير ذلك من الآيات التي بينت أهمية وفرضية الزكاة إذا بلغ المال نصابا معيناً حسب التفصيل الوارد في كتب الفقه الإسلامي . علما بأنه لو تم تنفيذ الزكاة بين أبناء المجتمع وطبقت تطبيقاً صحيحاً ما وجدنا في المجتمع فقير ولا مسكين (٣).

وإذا كانت النصوص الدينية فى القرآن والكريم والأحاديث النبويه الشريفه التى سبق ذكرها هى وغيرها من النصوص القرآنية الأخرى تعتبر هى اشبه بالمواد القانونيه لقانون التأمين الاجتماعى الإسلامى فأنا نجد انه قد تم تطبيق تلك النصوص على الوجه الصحيح قبل ان يتم تطبيقها فى العصر الحديث ، فها هو سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأرضاه يقوم بتأسيس أول إداره حكوميه فى التاريخ للضمان الاجتماعى عام ٢٠ من الهجره واطلق عليها " الديون " لتقوم بمهمة احصاء السكان فى فترات منتظمه وعلى اساس هذه الاحصائيات كانت تدفع رواتب لليتامى وكل من لا يستطيع اعالة نفسه بسبب الشيخوخه أو المرض وكذلك المعونه المالىه المنتظمه للأطفال منذ مولدهم حتى بلوغهم سن الرشد، ويعبر سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأرضاه عن هدف خطته وغايتها من العدل الاجتماعى فى احد خطبه بقوله " والله لئن بقيت لياتين الراعى فى جبل صنعاء حظه من هذا المال وهوفى مكانه " أى المساواه فى التوزيع.

وفضلاً عن ذلك فان سيدنا عمر بن الخطاب رضى الله عنه وأرضاه بما عرف عنه من تقصى المور بعرفته الشخصيه فقد ذهب إلى إجراء تجربته على ثلاثين شخصاً بقصد

(١) سورة التوبه آيه ٦٠ .

(٢) سورة المعارج آية ٢٤ ، ٢٥ .

(٣) راجع فى ذلك د/ اسامه السيد عبدالسميع- نظرية التأمينات الاجتماعيه فى الشريعه الإسلاميه -مؤتمر التأمينات الاجتماعيه بين الواقع و

معرفة الحد الأدنى لحاجة الفرد العادى من الطعام وبعد انتهاء تجربته اصدر امرا برفع المعونه لكل رجل أو امرأة فى البلاد على ضوء ما كشفت عنه تجربته وهواسلوب من احدث الاساليب التى تنتهجها الانظمة المعاصره باسم الدراسات الاجتماعيه لظروف الحياه ومستويات المعيشه (١).

ومع مرور الوقت والأبتعاد عن المنهج الذى رسمه الله تعالى لعباده وعدم تطبيق الشريعة الإسلاميه فى الدول العربيه والإسلاميه والأعتقاد على القوانين الوضعيه التى هى من صنع البشر فاستعارت القوانين التى صدرت فى أوربا وأمريكا لكى يتم تطبيقها على مواطنيها فى مجال التأمينات الاجتماعيه اومع بعض التغيير أوالتطوير فيها مما يجعلها تتماشى مع نظام تلك الدوله أقتصاديا أوسيايا أوأجتماعيا .

وبحلول أواخر القرن التاسع عشر أخذت الحكومات الأورويه تطلق برامجاً تأمينيه وطنيه ضد المرض والعجز، وكانت ألمانيا من الدول الرائدة فى هذا المجال إذ كانت قد شرعت فى تطبيق مشاريع خيريه فى كلا من بروسيا وسكسونيا منذ عقد الأربعينيات من القرن سالف الذكر، وخلال عقد الثمانينيات منه أدخل المُستشار (أوتوفون بسمارك) نظام معاشات العجزه، والتأمين ضدَّ الحوادث، والرعايه الطبيه، فشكلت هذه الأسس التى نمت عليها ألمانيا كدولة رفاهيه.

وفى بريطانيا صدرت عدة قوانين وأنظمه على نحوأوسع خلال عهد الحُكومه الليبراليه سنة ١٩١١م، ومن أبرزها قانون التأمين الوطنى الذى منح الطبقة الكادحه البريطانيه أول نظام تأمينيٍّ مُساهمٍ ضدَّ المرض والبطاله وقد أزداد هذا النظام من مميزاته على نحومُكثَّفٍ بعد الحرب العالميه الثانيه بفضل تقرير (بيفريدج) ، ليتدخل البلاد بفضله فى عداد دُول الرفاهيه. والتأمينات الاجتماعيه كما نعرفها فى الوقت هى نتاج لتطور تاريخى طويل وتتبع هذا التطور بين لنا فحوى هذا النظام ويوضح أبعاده الاقتصديه والاجتماعيه وبمكنا من الوقوف على قواعده القانونيه وأساليبه الفنيه المتميزه وبالتالي نكون بين أمرين وهوتتبع نشأة قانون التأمين الاجتماعى تاريخيا وبيان الدول التى نشأ بها ، والأمر الأخر هوتتبع نشأة فكرة التأمين الاجتماعى ذاتها (قانونيا) إلى أن وصلت إلى شكلها الحالى.

(١) راجع فى ذلك أ/ السيد محمود السيد غانم- نشأة و تطور التأمينات الاجتماعيه فى مصر -مؤتمر التأمينات الاجتماعيه بين الواقع و المأمول

وعليه سوف نقوم بتقسيم الدراسة فى هذا الفصل إلى مبحثين المبحث الأول يتحدث عن نشأة قانون التأمين الاجتماعي من خلال الدول التى نشأ بها ، والمبحث الثانى يتحدث عن تتبع نشأة فكرة التأمين الاجتماعي قانونيا .

المبحث الأول: التطور التاريخى لنظام التأمينات الاجتماعية دوليا.

المبحث الثانى : التطور التاريخى لفكرة التأمين الاجتماعي قانونيا .

المبحث الأول

التطور التاريخى لنظام التأمينات الاجتماعية دوليا.

كان لظهور الثورة الصناعيه فى النصف الثانى من القرن الثامن عشر وما تبعها من تطور صناعى أن أثرت بشكل مباشر وغير مباشر على المجتمعات البشريه فى كافة الدول وما أدى ذلك إلى تغيير فى الأنماط الاجتماعية والاقتصادية والسياسيه أو ما يطلق عليه التطور الاجتماعي والاقتصادى والسياسى للدول.

فقد أدت الثورة الصناعيه إلى أن تم تقسيم المجتمع على الصعيد الاجتماعي إلى طبقتين وهم ١- طبقة الرأسمالين الصناعيين (أصحاب الأعمال) وهى الطبقة التى حلت محل الساده والأشراف فى النظام الأقطاعى.

٢- طبقة العمال (البروليتاريا)، وهى الطبقة التى نشأت مع تحول الإنسان من العمل اليدوى إلى استخدام الآلات ومن الصناعات الحرفيه المنزليه إلى الصناعات العملاقه فى المصانع . وكان نتاج طبيعى لتصادم تلك الطبقتين أن ظهرت العديد من المشاكل العماليه نتيجة عدم وجود تشريعات قانونيه منظمه لتلك العلاقه بين أصحاب العمل والعمال سواء تشريعات عماليه أو نظم اجتماعيه مما أدى فى النهايه على قيام الدول المختلفه بأصدار التشريعات العماليه والاجتماعيه لتحكم تلك العلاقه. ولكن يمكن القول بأنه قد سبق هذا التطور عوامل أدت إلى ظهور نظام التأمين الاجتماعي بشكله الحالى وهى كالاتى:

١- قصور الوسائل التقليديه سواء (نظام الأسره ، المعونات ، النظام التبادلى ، التأمين الخاص) وغيرها من الوسائل الأخرى فى تحقيق هدفها الرئيسى فى توفير الأمان الأقتصادي لأفراد المجتمع ضد المخاطر الاجتماعية المختلفه التى يتعرض لها افراد المجتمع ، فهى لا تعكس أى مظهر من مظاهر التضامن الاجتماعي أو توزيع الأعباء بين الأفراد وفقا لقدراتهم الماديه.

٢- ترتب على ظهور الثورة الصناعيه فى بدايتها هجرة المزارعين من القرى إلى المدن سعيا وراء أسباب الرزق حيث توجد المصانع الكبرى وأندماجهم فى طبقة العمال مما أدى

إلى زيادة تكديس السكانى لطبقة العمال فى المدن فى ظل الأحساس المتصاعد نحو طبقة الرأسمالين الصناعيين بالظلم الاجتماعى لعدم أستفادتهم من ثمار الثورة الصناعيه وسوء توزيع الثروات ومعيشتهم فى ظروف أتماعيه صعبه لتكدس رأس المال فى يد أصحاب الأعمال (طبقة الرأسماليين) وعدم حصولهم على كافة حقوقهم فكان لابد من توفير حمايه أتماعيه لتلك الطبقة العماليه .

٣- كان لظهور الثورة الصناعيه أن ساد فى المجتمع الفكر سياسى قوى وهو الفكر الفردى (الفكر الرأسمالى) الذى نادى أنصاره بتقييد تدخل الدوله فى نطاق العلاقات العقديه وأن دور الدوله دور الحارسه فقط ولا تتدخل فى العلاقات الاقتصاديه . ولكن مع زيادة الظلم الاجتماعى لطبقة العمال والظروف الصعبه التى يعيشون فيها وتجاهل الطبقة الراسماليه لكافة حقوقهم ظهر فكر سياسى جديد يدعوى حقوق العمال فى تكوين نقابات ومؤسسات عماليه تدافع عنهم ضد هذا الظلم الاجتماعى وتحصل لهم على حقوقهم هذا بخلاف ما يدعوا له هذا الفكر من تغليب المملكه الجماعيه للدوله فى كل شئ وليست للأفراد.

كان لكل ذلك أن أدى إلى أن تفقد الطبقة الرأسماليه (أصحاب الأعمال) سيطرتها على الطبقة العماليه مما دفع الحكومات إلى أتخاذ إجراءات من شأنها تحسين معيشة الأفراد وتوفير الحمايه الاجتماعيه لرفع مستوى معيشتهم . كان لكل تلك العوامل السابق الأشاره إليها وغيرها من العوامل الأخرى مثل الحربين العالميتين الأخيرتين وأثارها على أتجاهات الحمايه الاجتماعيه أن دفع الحكومات المختلفه إلى الأسراع فى إصدار التشريعات العماليه وما أستتبعه من إصدار تشريعات التأمين الاجتماعى ويمكن القول بأن التجربه الألمانيه فى التأمين الاجتماعى كانت تجربه مميزه فى هذا المجال وكانت هذه التشريعات هى القوده لكثير من الدول الأوربيه إلى التأثير بها ومحاولة السير على منهاجها (١). وعليه فسوف نقوم بمحاولة إلقاء الضوء على هذه التشريعات الألمانيه ثم التشريعات الأوربيه التى تأثرت بها مثل التشريعات الفرنسيه ثم التشريعات النيوزلنديه ثم التشريعات الأمريكيه ثم نختتم ذلك بالتعرض للتشريعات الأنجليزيه من خلال تقرير اللورد بفرديج الذى وضع نظام متكامل للأمان الاجتماعى سارت عليه معظم دساتير دول العالم وأخذ به الأعلان العالمى لحقوق الإنسان وبعض المواثيق والاتفاقيات الدوليه فى شأن نظام الأمان الاجتماعى .

(١) راجع فى ذلك د/أحمد حسن البرعى - الثورة الصناعيه و أثارها الاجتماعيه و القانونيه - دار الفكر العربى- القايره - ص ١٠ و ما بعدها

د/ محمد نصر الدين منصور - مرجع سابق - ص ٢٤ و ما بعدها .

أولاً : التشريعات الألمانية :

تعتبر ألمانيا من أسبق الدول في العمل بنظام التأمينات الاجتماعية كما يعد هذا النظام الألماني الذي صدر في عهد بسمارك أول نظام قانوني للتأمينات الاجتماعية بمعناها الحديث ويمكن القول بأن نشأة التشريعات الاجتماعية في ألمانيا كانت ثمرة من ثمارات الثورة الصناعية في ألمانيا فقد تكونت الطبقة العمالية وازداد عددها نتيجة الهجرة من القرية إلى المدينة للبحث عن أسباب الرزق في المجتمع الصناعي الجديد مما أدى إلى زيادة احتمالية تعرضهم إلى العديد من المخاطر ، وكذلك التطور السياسي في ألمانيا فقد كان النظام الرأسمالي هو النظام السياسي السائد في ألمانيا حيث كان يسود مبدأ حرية النشاط الاقتصادي وكان دور الدولة هودور الحارس الذي يجب ان يتخذ الوسائل الكفيلة بمنع الاعتداء على حرية الأفراد في العمل إلى دارت رحى الحرب بين ألمانيا وفرنسا وعقب نهاية هذه الحرب ظهرت عدة تيارات مناهضة للنظام الرأسمالي وتسعى إلى القضاء هذا النظام نظرا لما ادى إليه من ظلم اجتماعي وأستغلال فئة العمال في المجتمع وقد كان ذلك متواكب مع ظهور الأفكار الاشتراكية في أوروبا ، مما كان له الأثر الأكبر أن أنشئ أول حزب عمالي مستقل في ألمانيا عام ١٨٦٣ عرف بأسم الأتحاد العام للعمال الألمان بقيادة الاشتراكي "لاسال" ، ثم أتبعه في عام ١٨٦٩ أن قام أتباع كارل ماركس بأنشاء حزب آخر سمي "بالحزب الاشتراكي الديمقراطي" ونظرا لأختلاف أفكار ووجهات النظر بين الحزبين أن حدثت عدة خلافات بينهما إلى أن تم الأتحاد بين هذين الحزبين في عام ١٨٧٥ وأتفقا على أعتناق برنامج مشترك لهما وأتخذوا الحزب الجديد أسم "الحزب الاشتراكي الديمقراطي" مما كان لهذا الأتحاد الأثر الأكبر في زيادة قوة الحركة الاشتراكية الألمانية وزيادة تأثير الحركة العمالية مما أدى إلى إصدار أول قانون ينظم الجمعيات المهنية في ٢١ يونيو ١٨٦٩ وعلى أثره بدأت حركة تكوين النقابات العمالية ولكن تلك النقابات ظلت تابعة للأحزاب السياسييه في ألمانيا ولم تستقل عن تلك الأحزاب إلا بعد الحرب العالميه الأولى (١).

وقد أدى هذا إلى أثاره مشاعر الخوف والقلق لدى المستشار الألماني " بسمارك" من زيادة نفوز التيار الاشتراكي على النظام الرأسمالي الذي يدعمه فأستغل فرصة محاولة أغتتيال الأمبراطور عام ١٨٧٨ وكان أول رد فعل سياسي للمستشار الألماني "بسمارك" هو إلغاء حق الأجتماع وتكوين الأتحادات والتجمعات وحظر نشاط الحزب الاشتراكي وفي المقابل قام هوبتنبني الأجراءات الأصلاحية والاقتصادية التي طالب بها بعض الأقتصاديين الألمان

(١) راجع في ذلك د/أحمد حسن البرعي - ص ٤٣٥ ، راجع في ذلك د/ سعيد سعد عبدالسلام - مرجع سابق - ص ١٠ وما بعدها .

بتدخل الدولة لتحقيق إعادة توزيع دخول المواطنين عن طريق النظام الضريبي . ونظرا لكل هذه العوامل لم يكن أمام بسمارك أن أعلن في خطابه الذي وجهه إلى البرلمان بتاريخ ١٧ نوفمبر ١٨٨١ " أن دور الدولة ومهامها لم يقتصر على حماية الحقوق الموجودة بل لها أيضا وظيفه إيجابية تتمثل في أستعمال الوسائل الجماعية الموضوعه تحت تصرفها وتوجيهها نحو تحقيق السعاده والرفاهيه لمواطنيها وبصفه خاصه لأولئك الذين ينتمون إلى الطبقات المستضعفه والمحتاجه" وعليه فقد تضمن البرنامج الأصلاحي لبسمارك والذي قصد اساسا عمال الصناعه خمسة قوانين في الفتره من ١٨٨٣ إلى ١٩٢٢ على النحوالتالى:

قانون التأمين من المرض (١٥ يونيو ١٨٨٣) ،

قانون التأمين من أصابات العمل (٦ يوليو ١٨٨٤) ،

قانون التأمين من العجز والشيخوخه (٢٢ يونيو ١٨٨٩) .

قانون التأمين من الوفاه (عام ١٩١١).

قانون التأمين من البطاله (عام ١٩٢٢) .

وقد تم تجميع هذه القوانين فى مجموعه واحده بأسم "مجموعه التأمينات الاجتماعيه " ولقد راعى نظام التأمين الاجتماعى الألمانى تحسين الأحوال الاقتصادية للطبقات الاجتماعيه الأكثر حرمانا ولهذا فإن الأستفاده منه أقتصرت على العمال الذين تقل دخولهم عن حد معين ولذلك فإن التعويضات أوالمزايا التأمينيه كانت تتحدد وفقا لما يحصل عليه العامل من أجر أوراتب . ومن الناحيه الفنيه فإن نظام التأمين الاجتماعى يتميز بالآتى :

١- بأنه نظام أجبارى أى أن كل المستفيدين ينضمون أجباريا إلى الجهه التأمينيه فليس هناك ثمة عقد مبرم من الجهه المؤمنه والمؤمن عليه .

٢- ان توزيع الأعباء التأمينيه يتم كما أسلفنا على نحويتناسب والأجر أوالمرتب فلا يدخل فى حساب الأشتراكات عناصر الشئ المؤمن عليه وأحتمال تحقق الخطر المؤمن عليه ، ويتم توزيع الأشتراكات وفقا لطريقه معينه بيت صاحب العمل والمؤمن عليه كما أن الدوله تساهم بقسط فى تحمل هذه الأعباء التأمينيه.

٣- أنها أتخذت طابعا لا مركزيا فى ألمانيا بحيث كان النظام يعطى للسلطات المحليه والتنظيمات المهنيه دور فى إدارة التأمينات.

٤- وقد كان لهذه التشريعات تأثيرا واسعا على كثير من الدول الأوربية الأخرى مما دفع تلك الدول إلى إصدار تشريعات مماثلة لتلك التشريعات الألمانية^(١).

جاءت الثورة الفرنسية بالأفكار الليبرالية التي تنادى بالحريه الفرديه الاقتصادية دون أى قيود أو تدخل من جانب الدوله ،وتطبيقا لتلك الأفكار حدثت العديد من التجاوزات فى حقوق الطبقة العاملة مما دعى الحكومه الفرنسيه للتدخل للحد من تلك التجاوزات فأصدر البرلمان الفرنسى اول قانون اجتماعي فى فرنسا وهو قانون ٢٢ مارس ١٨٤١ والمتعلق بأحكام تشغيل الأطفال فى المصانع ،وظل الحال على ما هو عليه إلى أن قامت ثورة ١٨٤٨ فأطاحت بملكية يوليو وقامت فى فرنسا الأمبراطوريه الثانيه التي تعتبر من أولى الثورات الاجتماعيه فقامت بوضع السلطه فى أيدي أصحاب الفكر الأشتراكي وحاربت الأفكار الليبراليه الفرديه السائده فى فرنسا وأصدرت العديد من المراسيم القانونيه التي تنظم علاقة العمل بين العامل ورب العمل ن ولكن نتائج هذه المراسيم العمليه كانت محدوده لعدم أستقرار الأوضاع الاقتصادية فى البلاد . ومع مرور العديد من الأحداث السياسيه والاقتصادية التي مرت بها فرنسا وصولا إلى عام ١٨٩٠ الذى شهد تطورا سريعا فى قانون العمل فلم يكد يمر عام بعده إلا وقد صدر فيه قانون أو أكثر لحماية الطبقة العماليه . وقد كان لقيام الحرب بين ألمانيا وفرنسا أن قامت ألمانيا بأحتلال بعض الأقاليم الفرنسيه وضمها إلى سيطرتها والسياده عليها وقامت بتطبيق القوانين والتشريعات الألمانية عليها وكان من بين تلك التشريعات التشريعات الاجتماعيه الألمانيه ،وعقب هزيمة ألمانيا فى الحرب العالميه الأولى أستعادت فرنسا سيادتها على أقاليمها المحتله وكان من بين تلك الأقاليم أقليمي الألزاس واللورين اللذين كانا يطبق عليهما نظام التأمينات الاجتماعيه الألمانى وكان من الصعب تخفيض المزايا التأمينيه التي أكتسبها العمال من خلال تطبيق التشريعات الألمانيه عليهم وعليه فقد قامت فرنسا بأصدار العديد من التشريعات الاجتماعيه وقامت بتطبيقها على كافة الأقاليم الفرنسيه فصدر قانون ٥ أبريل ١٩٢٨ ثم أعقبه قانون آخر فى ٣٠ أبريل ١٩٣٠ واضعا أسس التشريعات الاجتماعيه فى فرنسا التي اخذت تتطور ويتسع مجال تطبيقها^(٢).

وقد تميز النظام الفرنسى بأنه وحد نظم التأمينات الاجتماعيه فقد نظمها على الصعيد المهني ككل سواء فى قطاع الصناعه أوالتجاره أوالزراعه ،وكذلك فرض اشتراكا موحدا

(١) راجع فى ذلك د/محمد نصر الدين منصور - مرجع سابق - ص ٢٧ و ما بعدها ، د/ أحمد حسن البرعى -

المبادئ العامه للتأمينات الاجتماعيه و تطبيقاتها فى القانون المقارن - دار الفكر العربى - الطبعة الأولى - القاهرة - ١٩٨٣ - ص ١٠٩ و ما بعدها .

(٢) راجع فى ذلك د/ أحمد حسن البرعى - الثورة الصناعيه و أثارها الاجتماعيه والقانونيه - دار الفكر العربى - القاهرة - ص ٤٢١ و ما بعدها .

، راجع فى ذلك د/ سعيد سعد عبدالسلام - مرجع سابق - ص ١٣ و ما بعدها .

بالنسبة لكل المخاطر التي يغطيها، ولكنه قصر نطاق تطبيقه على العاملين بموجب عقد العمل والذي لا يتجاوز أجرهم حداً معيناً.

ثالثاً: التشريعات الأمريكية :

قد يكون السبب الرئيسي في ظهور قانون التأمين الاجتماعي في الولايات المتحدة الأمريكية هو الأزمة الاقتصادية الطاحنة عام ١٩٢٢ والتي هزت الاقتصاد الأمريكي فقد أصيب المجتمع الأمريكي على الصعيدين الاقتصادي والاجتماعي بخلل فقد توقفت الآلة الاقتصادية نظراً لأنهييار البنوك الأمريكية وماترتب عليه من توقف للنشاط الاقتصادي، وعلى الصعيد الاجتماعي أنتشرت البطالة وازدادت بشكل خطير.

ويرجع ذلك لتبني الولايات المتحدة الأمريكية للأفكار الليبرالية التي تدعو إلى امتناع الدولة من أي تدخل في الحياة الاقتصادية والاجتماعية فهي تقوم بدور الدولة الحارسه فقط ، ولضخامة ثروتها القوميّة التي أدت لارتفاع قيمة أجور العاملين على نحو قلل إلى حد كبير من حجم مشكلة الأمن الاقتصادي فيها.

ولكن أمام هذه الأزمة فكان لا بد من تدخل الدولة لمواجهة آثار هذه الأزمة ، ومع تولى الرئيس روزفلت الحكم عام ١٩٣٢ قرر بصراحه إنهاء مبدأ عدم تدخل الدولة في الحياة الاقتصادية وأصدر عدة إجراءات وتشريعات كان من بينها إصدار قانون التأمين الاجتماعي عام ١٩٣٥ وقد تضمن هذا القانون إجراءات لمحاربة البطالة ونظام المساعدة للطبقات الفقيرة وبالنسبة للعمال الأجراء تم تغطيتهم تأمينياً بالنسبة لحالات البطالة والوفاء.

ومن مميزات تلك التشريعات أنها قد واجهت فكرة الخطر الاجتماعي من زاوية المواطن بصفته تلك أي أنه لم يصدر قاصراً على طبقة العمال فقط بل لكافة أفراد المجتمع، كما أنها تقوم على فكرة تدخل الدولة فيتم حل مشكلة الأمن الاجتماعي من خلال السياسة الاقتصادية العامة للدولة.

ولكن يأخذ على تلك التشريعات بأنها كانت محدودة الأثر في مواجهة الأخطار الاجتماعية بالمقارنة بأنظمة التأمينات الاجتماعية الأوربية التي صدرت في ذلك الوقت، كما أنها لم تعتمد على وسائل التأمين الاجتماعي بقدر ما كانت تسعى إلى تحقيق هدفها في إيجاد عمل لكل الناس وتحقيق الرخاء والأزدهار الاقتصادي فالسياسة الأمريكية تهدف في الأساس إلى ارتفاع الأجور بدلاً من نظام الإعانات (١).

(١) راجع في ذلك د/محمد نصر الدين منصور - مرجع سابق - ص ٣٦ ، د/ أحمد حسن البرعي- المبادئ العامة للتأمينات الاجتماعية و تطبيقاتها في القانون المقارن - دار الفكر العربي- الطبعة الأولى -القااهرة -١٩٨٣- ص ١٣٩ و ما بعدها، راجع في ذلك د/حمدي عبدالرحمن ، محمد عادل عبدالرحمن - مرجع سابق - ص ٢٣.

رابعاً : التشريعات فى الأتحاد السوفيتى .

تعتبر التشريعات الاجتماعية فى الأتحاد السوفيتى هى ثمرة الأفكار الأشتراكية التى حاربت الأفكار الليبرالية من أجل أقرار تلك التشريعات فمشكلة الأمن الاجتماعى بالنسبة لها لا تتم فى شكل منفصل ولكن من خلال أطار السياسة العامه للدولة التى تهدف إلى رفاهية مجموع أفرادها ، فالنظام الأشتراكي معناه أن الفرد ليس له كيان مستقل عن الجماعه التى يعيش فيها فيقوم على إحلال الملكيه الجماعيه محل الملكيه الفرديه وأحلال التخطيط المركزى محل الحريه الاقتصادية والتعاقيه .

ويقر الدستور السوفيتى فى مادته الثانية عشر أن "العمل بالنسبه لكل قادر عليه هو واجب وشرف فى أن واحد ،نزولاً على مبدأ من لا يعمل لا يأكل ويطبق الأتحاد السوفيتى مبدأ من كل بحسب قدراته لكل بحسب عمله " ، وكذلك يقر الدستور السوفيتى الصادر فى عام ١٩٢٦ فى مادته ١٢٠ التى نصت على أنه "للمواطنين فى الأتحاد السوفيتى الحق فى أن يؤمنوا ماديا فى شيخوختهم وكذلك فى حالة المرض وحالة فقد القدره على العمل ،وهذا الحق يجب أن يكون مصحوباً بالتوسع فى التأمينات الاجتماعية القائمه على نفقات الدوله وبالمساعده الطبيه الماديه للعمال " . ومن خلال تلك النصوص يتبين لنا عدة أمور :

١- أن النظام الأشتراكي كقاعده عامه يلجاء إلى سياسة الأجور التى تسمح له ولمشروعاته بتحمل عبء التأمين بطريق مباشر وذلك لأن الأنتاج لا يتم لصالح منتجين فرديين وإنما لصالح مشروعات عامه وعليه تمول ميزانية التأمينات الاجتماعية فى الأتحاد السوفيتى من الأشتراكات المحصله من المصانع والهيئات دون أى خصم من أجور العمال .

٢- أن نظام التأمينات الاجتماعية فى الأتحاد السوفيتى يمتد إلى كافة أفراد المجتمع بأعتبره حق من حقوق المواطنين بصرف النظر عن مقدار ونوعيه ما يقدمونه من عمل .

٣- يتميز نظام التأمينات الاجتماعية فى الأتحاد السوفيتى بديمقراطية الأداره حيث تتولى النقابات العماليه إدارة التأمينات الاجتماعية .

٤- يغطي نظام التأمينات الاجتماعية في الاتحاد السوفيتي كافة المخاطر الاجتماعية تقريبا ماعدا البطالة على أساس أن البطالة لا مكان لها في النظام الاشتراكي وطبقا لدستور الاتحاد السوفيتي (١).

خامسا : التشريعات النيوزيلانديه:

تعتبر نيوزيلندا بلد زراعي متقدم فأقتصادها يقوم في الأساس على الأقتصاد الزراعي ومن ثما لم تتأثر بما أحدثته الثورة الصناعيه من تغيرات جذريه بأنظمة الدول وأنقسام طبقات المجتمع بتلك الدول إلى عمال وأرباب عمال بل أحتفظت بطابعها الزراعي. وتعتبر هذه التشريعات وبحق من أفضل التشريعات الاجتماعية لأنها تهدف في الأساس إلى حماية الإنسان وتحريره من الحاجه والعوز والفقير فأمتدت الحمايه الاجتماعيه إلى كافة أفراد المجتمع وذلك على عكس معظم التشريعات الاجتماعيه التي ظهرت في أوربا في نفس الوقت والتي تهدف إلى حماية طبقة العمال فقط ، وتطبيقا لذلك نجد أنه قد تم تطبيق تلك التشريعات على جميع السكان دون تمييز بين مراكزهم المهنيه فيتم الأستفاده من النظام بمجرد عدم توافر حد أدنى معين من الدخل بصرف النظر عن المهنة التي يتخذها المستفيد. وعليه فإنه تتميز التشريعات الاجتماعيه النيوزيلانديه بالأتي:

١- أنه ليس تأمينا على العمال فقط بل تأمينا على كافة أفراد المجتمع بغض النظر عن مركزهم الاجتماعي أوالمهني وأستحقاق الفرد لمزايا التأمين الاجتماعي يكون وفقا لمستواه الأقتصادي بمعنى آخر (وفقا للحاجه أوالعوز والفقير).

٢- التمويل المالى لمصادر التأمين الاجتماعي يعتمد على الضريبه العامه وليس عن طريق الأشتراكات فالمجمع بالكامل يعتبر مدينا بضمان الأمن الأقتصادي لكل فرد من أفراد المجتمع ، بمعنى آخر أى يتم التضامن بين جميع عناصر الأمه من أجل حماية جميع عناصر الأمه فكل فرد يساهم بحسب قدراته ويأخذ بحسب درجة عوزه ومدى أحتياجاته.

٣- تقوم التشريعات الاجتماعيه النيوزيلانديه بالتوسع في تغطية كافة المخاطر الاجتماعيه فبالأضافه إلى المخاطر التقليديه مثل (العجز والوفاه والشيخوخه والمرض) قامت بتغطية الأخطار المستحدثه الناتجه من مخاطر الحروب والمخاطر الطبيعيه مثل الزلازل والبراكين وغيرها من المخاطر الطبيعه الخرى (٢) .

(١) راجع في ذلك د/ مصطفى الجمال ، د/حمدي عبدالرحمن- التأمينات الاجتماعيه - الناشر مؤسسه شباب الجامعه - ١٩٧٤ ص ٣٣ و ما

بعدها ، د/ أحمد حسن البرعى- مرجع سابق - ص ١٥٨ و ما بعدها .

(٢) راجع في ذلك د/ محمد حسن قاسم - مرجع سابق - ص ٢٨

سادسا: التشريعات الأنجليزية:

على الرغم من أن إنجلترا تعد مهد الثورة الصناعية إلا أنها لم تعرف فكرة التأمينات الاجتماعية إلا فى وقت متأخر ويرجع ذلك لتمسكها بالأفكار الليبرالية التى تمنع تدخل الدولة لحماية الأفراد من المخاطر الاجتماعية إلى أن صدر قانون التأمين القومى فى ١٩ ديسمبر ١٩١١ والذى أقر نظام التأمينات الاجتماعية ، وقد تميز هذا القانون بالآتى:

١- يعتبر أول النظم التى قررت تنظيم تأمين البطالة بخلاف التشريعات الألمانية ، ولم يدمج التأمين من أصابات العمل فى النظام العام للتأمينات الاجتماعية.
٢- سمح للجهات الغير حكوميه الأخرى التى تقوم بالمساعدات والأعانات حرية العمل فى المجال الخدمى ومساعدة أفراد المجتمع .

ولكن يعيب هذا القانون الآتى:

١- قصر الحق فى إدارة التأمينات الاجتماعية على الأجهزة الحكوميه (لجنة التأمينات) وهى لجنه معينه من وزارة الخزانة.

٢- ضعف الحماية الاجتماعية التى حددها القانون بمعنى آخر عدم تناسب التعويضات والمساعدات والأعانات مع قدر الخطر الناتج من المخاطر الاجتماعية فلم تكن تكفى إلا لتحقيق الحد الأدنى من الأمان .

ولقد أدركت إنجلترا فى عام ١٩٤١ ما يمكن أن تخلفه أنتهاء الحرب من مشاكل أجتتماعيه وأقتصاديه فأخذت فى الأعداد لتنظيم الأقتصاد القومى وعهدت إلى اللورد بفرديج برئاسة لجنه لأعداد تقرير فيما يجب الأخذ به فى هذا الصدد وكان من أهم أعمال تلك اللجنه أعداد دراسته لبحث سبل تطوير نظم التأمينات الاجتماعية.

ويقوم تقرير بيفرديج على أساس أن العوز " فضيحة لا مبرر لها " فهويرى أن القضاء على العوز يكون بتحرير الإنسان من الحاجه ، وأن القضاء على العوز ليس أمرا مستحيلا .

وعند قيام اللورد بيفرديج بأعداد تلك الدراسة تأثر بعدة مؤثرات وهى:

١- تأثر بأفكار الرئيس الأمريكى روزفلت حيث يرى كلاهما أن التأمينات الاجتماعية لها وظيفه محدده وهى حماية أفراد المجتمع من كافة المخاطر الاجتماعية وتحرير الإنسان من الحاجه والعوز .

٢- تأثر بالنظريات الاقتصادية التى نادى بها اللورد كينز عن مشكلة البطاله وعن العماله الكامله باعتبارها أهم الأهداف التى ينبغى أدراكها ضمانا لأستمرار نمو الأقتصاد.

٣- تأثر العامل الديمغرافي مشكلة تناقص عدد السكان فى إنجلترا فقام بوضع خطه عاجله لزيادة عدد السكان فى إنجلترا.

وقد تبين للورد بيفردج بعد إجراء دراسته حول نظام التأمينات الاجتماعية فى إنجلترا أن أهم عيوب هذا النظام هى :

١- عدم كفاية النظام لمواجهة الأخطار الاجتماعية وتحقيق الأمان الاقتصادى سواء من حيث المخاطر التى يواجهها او من حيث الأشخاص المشمولين برعايته أو من حيث قيمة التعويض .

٢- كثرة تعقيده وعدم التنسيق مع الأجهزة القائمة على تطبيقه والسبب فى هذا التعقيد هو تعدد أنظمة التأمينات الاجتماعية بحسب المخاطر المؤمن منها وبحسب الأنشطة المهنية.

وعليه كانت مقترحات بيفردج لأصلاح نظام التأمينات الاجتماعية فى إنجلترا كالاتى:

١- **وحدة النظام** : أى توحيد التأمينات الاجتماعية المختلفه فى نظام واحد بحيث يسمح هذا التوحيد من التأمين ضد كافة المخاطر بأشتراك موحد، وكذلك توحيد الأداره القائمه على التأمينات الاجتماعية بحيث تصبح هيئه واحده تضم كافة الأجهزة التى تدير نظم التأمينات المختلفه.

٣- التوسع فى نطاق تطبيق التأمينات الاجتماعية: أى مد نطاق التأمينات لتظل بمظلتها الأشخاص اللذين أستبعدوا من نطاق النظام القائم ، وكذلك مد نطاق التأمينات الاجتماعية لتشمل أكبر عدد ممكن من المخاطر الاجتماعية.

٤- أقتراح إنشاء نظام تعويض للأعباء العائليه ولكنه يكون منفصل عن نظام التأمينات الاجتماعية يتم تمويله عن طريق الضرائب العامه وليس عن طريق الأشتراكات. لذلك ما أن صدر هذا التقرير حتى لقي أهتمام واسع وكان للتقرير أثره البالغ على نظم التأمينات الاجتماعية ليس فى إنجلترا فحسب ولكن على التشريعات الصادره فى الدول المختلفه بعد الحرب العالميه الثانيه وعلى أعمال الهيئات والمنظمات الدوليه وذلك لقيامه بمعالجة هذه المشكله عن طريق أستخدام الأساليب العلميه من ناحيه وسياسة التشغيل الكامل والخدمه الصحيه من ناحيه أخرى(١).

(١) راجع فى ذلك د/ أحمد حسن البرعى- مرجع سابق - ص ١١٦ و ما بعدها ، ص ١٢٨ و ما بعدها ، د/ مصطفى الجمال ، د/ حمدى

عبدالرحمن- مرجع سابق - ص ٢٩ و ما بعدها

المبحث الثاني

التطور التاريخي لفكرة التأمين الاجتماعي قانونيا.

تعتبر نشأة فكرة التأمين الاجتماعي فكره قديمه قدم تاريخ نشأة الإنسان فقد مر الإنسان في مسيرة بحثه عن المجتمع بمراحل عديدة إلى أن وصل إلى مرحلة اكتشافه للنار وأخترعه للأدوات وصناعة المعاول الحجريه مما جعله أكثر استقرارا فقام بتكوين أسرته وما أستتبعه من أنضمامه إلى جماعات ثم إلى القبيله التي تكون منها المجتمع الذي يعيش فيه وفي سبيل ذلك قام بالعمل أولا لحساب نفسه ثم لحساب غيره وفي أثناء ذلك تعرض لخطر الأصابه من جراء عمله سواء لحساب نفسه كانت هناك أصابات فرديه يتم السيطرة عليها من خلال الأسره الى يعيش ضمنها ،ولكن عند عمله لحساب غيره أصبحت أصابة العمل بالنسبة له خطر من أخطار المهنة كان يجب عليه تحملها لأنها قدر لا بد من وقوعه إلا أن صاحب العمل كان في حالات قليلة طوعا منه يقوم بمساعدة العامل المصاب دون تعرضه لأي مسئوليه قانونيه عليه.

لكن مع ظهور الثوره الصناعيه وما صاحبه من تطور صناعي واقتصادي وتأسيس العديد من المشروعات الصناعيه الكبرى التي تقوم بأستخدام الآلات الميكانيكيه وكذلك المواد الكيميائيه الخطره وازدياد أخطار أستخدامها مما أثر على تكاثر حوادث العمل وعجز العامل المضرور من أثبات خطأ رب العمل .مما أدى لظهور مشكلة الأمن الاجتماعى فى صوره أمن العامل الصناعى وما يتعين أن تقابل به من علاج فى أطار علاقته بصاحب العمل وعليه فقد فكانت أصابة العمل من أقدم المخاطر الاجتماعيه التي تصيب الشخص وتؤثر تأثير مباشر على مركزه الأقتصادي وقد أدى ذلك إلى ظهور العديد من المحاولات الفقهييه لمواجهة تلك المشكله فى أطار قانونى فكانت قواعد المسئوليه المدنييه ولكنها فشلت فى توفير الحمايه للعامل من خطر حوادث العمل ، فتحول تفكير الفقه إلى وسيله أخرى فكان نظام التأمين الخاص (الأجبارى) الذى يقوم على أساس إلتزام صاحب العمل بضمان خطر حوادث العمل إذا ما وقعت نظير قيامه بسداد أقساط تامينييه لدى المؤمن (شركة التأمين) لتعويض العامل فى حالة حدوث أصابة العمل له أثناء العمل أو بسببه . ولكن تحول الفقه إلى وسيله جديده تسمى بنظام التأمين الاجتماعى أو الضمان الاجتماعى .

مما سبق يتبين لنا أن نشأة نظام التأمينات الاجتماعية كان نتيجة قصور قواعد المسؤولية المدنية وقواعد التأمين الخاص في توفير الحماية الاجتماعية للعامل من خطر حوادث العمل وعليه فإننا سوف نبين كل وسيلة أتبعها الفقهاء وصولاً إلى فكرة النظام الاجتماعي كالاتي:

أولاً : قواعد المسؤولية المدنية:

من المعلوم أن المسؤولية المدنية تقوم على أن هناك ضرر أصاب الفرد ويستوجب تعويضه، مما يشكل معه هذا نوعاً من الحماية الاقتصادية للأفراد وعليه تبدوا المسؤولية المدنية وسيلة من وسائل حماية الفرد في مواجهة الأخطار التي يتعرض لها وذلك بغض النظر عن نوع أو أساس هذه المسؤولية إذا كانت مسؤولية عقديه أو مسؤولية تقصيريه وإذا كانت المسؤوليتين العقديه والتقصيريه تقومان على مبدأ واحد فكلتاهما جزاء للأخلال بالتزام سابق ولكنهما يختلفان في هذا الالتزام السابق الذي ترتب على الأخلال به تحقق المسؤولية هو الالتزام عقدي في المسؤولية العقديه والالتزام قانوني في المسؤولية التقصيريه أي إلتزام القانون هو الذي أنشأه وحدد مداه ولم تدخل إرادة الطرفين في شئ من ذلك، وإذا كان نطاق المسؤولية العقديه يقوم في حالة وجود عقد صحيح وأن يكون الضرر الذي أصاب الدائن قد وقع بسبب عدم تنفيذ هذا العقد، فإن نطاق المسؤولية التقصيريه يتحقق في حالة ارتكاب شخص لخطأ يصيب الغير بضرر، وإذا كانت فكرة المسؤولية التقصيريه تقوم على فكرة الخطأ إلا أن القانون المدني الفرنسي لم يكن يحتوى على نصوص تقييم المسؤولية على أساس الخطأ لذلك فقد أجتهد الفقهاء لتطوير قواعد المسؤولية المدنية حتى تساير التطوير الصناعي الهائل في استعمال الآلات الميكانيكية وما نجم عنها من أزيداد عد ضحايا حوادث العمل فبعد أن كانت فكرة المسؤولية التقصيريه تقوم على فكرة الخطأ أخذت هذه الفكرة تنقلص فبعد أن كان الخطأ لا بد من إثباته فقد كان يتعين على العامل لكي يغطي آثار مخاطر الأله بتعويض ما يصيبه من ضرر أن يثبت خطأ محدد في جانب رب العمل فإذا لم يثبت هذا الخطأ أو كان سبب الحادث مجهولاً أو لوقوه قاهره أو لسبب أجنبي لا يد لرب العمل فيه ترتب على ذلك عدم استحقاق العامل أى تعويض (١).

عليه فقد أستعان الفقه في فرنسا بأحكام المسؤولية العقديه لحماية العمل من آثار مخاطر الأله بتخفيف عبء الأثبات من على عاتقه فتوسع في أفترض نشؤ الألتزامات الناشئه عن عقد العمل ضمناً مثل الألتزام بضمان سلامة العامل فإذا ما أصيب العامل أثناء العمل

(١) راجع في ذلك العلامة د/عبدالرازق أحمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول- المجلد الثاني- الناشر دار إحياء

التراث العربي ببيروت- لبنان - ١٩٦٤ - ص ٧٤٣ و ما بعدها .

أفترض أن رب العمل هو الذى تسبب بخطئه فى إلحاق الضرر بالعامل ولكن القضاء الفرنسى لم يأخذ بذلك الرأى، وعليه فقد عاد الفقه إلى قواعد المسئولية التقصيرية مرة أخرى فقد حاول أن يعالج الأمر عن طريق الأحتيال على بعض نصوص التقنين المدنى الفرنسى فشبه الألات بالبناء ومادام يكفى فى البناء إثبات العيب حتى يكون صاحبه مسئولا كذلك الألات إذا أثبت العامل عيبا فيها كان رب العمل مسئولا عما تحدثه الألات المعيبه من الضرر ولكن تفسير الأثبات على هذا النحو لم يكن كافيا لأن أثبات العيب بالأله يكون بالأمر الصعب على العامل إثباته. فبعد تلك المحاولات من الفقه فقد قرر بأنه ليس من الضرورى أن يكون الخطأ أساسا للمسئولية التقصيرية ويجوز أن تقوم هذه المسئولية لا على فكرة الخطأ بل على فكرة الضرر وتحمل تبعته وهذه هى نظرية تحمل التبعه فمن خلق تبعات يفيد من مغانمها وجب عليه أن يحمل عبء مغارمها ونادى بهذه النظرية "سالى - جوسران" وبنياها على تفسير جديد محور للمادتين ١٣٨٢-١٣٨٤ من التقنين المدنى الفرنسى وسموها نظرية تحمل التبعات المستحدثه أوالنظرية الموضوعية ويقابلون بها النظرية الشخصية التى تقوم على فكرة الخطأ وقالوا بأن هذه النظرية الشخصية لم تعد تنفق لا مع المنطق ولا مع التطور الأقتصادي ، لكن ما لبث الفقه أن تحول عن هذه النظرية وكان السبب فى ذلك موقف كل من التشريع والقضاء الفرنسى فالتشريع الفرنسى فقد حدد نطاقا ضيقا للنظرية الموضوعية أما القضاء الفرنسى فلم يسلم بالمسئولية الموضوعية بل هويشترط دائما أن تقوم المسئولية على الخطأ، وبعد كل هذه المحاولات من الفقه فقد كان لابد من تدخل المشرع لأصدار تشريع يلزم رب العمل بتعويض العامل عما لحقه من ضرر بسبب العمل فصدرت عدة تشريعات فى فرنسا عام ١٨٩٨ وسويسرا عام ١٨٨٧ وفى مصر عام ١٩٣٦ وبرالفقه مسئولية رب العمل بتعويض العامل المصاب على أساس فكرة المخاطر المهنية أو تحمل التبعه بمعنى أن العامل لم يعد بحاجة إلى أثبات خطأ محدد فى جانب صاحب العمل ولكن القانون حدد مسئولية صاحب العمل بمبلغ جزافى يقتصر على تغطية جزء من الضرر الذى يحيق بالمضرور ولا يغطيه كلية ، ويتحدد هذا المبلغ الجزافى على أساس الأجر بالأضافه إلى نقص القدره على القيام بالعمل (١).

(١) راجع فى ذلك د/حمدي عبدالرحمن ، محمد عادل عبدالرحمن - مرجع سابق - ص ٢٨ و ما بعدها ، د /أحمد عبدالنواب بهجت- مرجع

سابق-ص ٤٧ و ما بعدها ،د/محمد نصر الدين منصور - مرجع سابق -ص ٢١

ثانيا : قواعد التأمين الخاص (الأجباري):

بعد أن فشلت محاولات الفقه في تطوير قواعد المسئولية المدنية لكي تلزم رب العمل بتعويض العمل المصاب وما أستتبع ذلك من تدخل لمشرعي الدول المختلفة بأصدار عدة تشريعات تلزم رب العمل بتعويض العامل عما لحقه من ضرر بسبب العمل على أساس فكرة المخاطر المهنية أو تحمل التبعية وتم تحديد مسؤولية صاحب العمل بمبلغ جزافي يتحدد على أساس الأجر بالإضافة إلى نقص قدره على القيام بالعمل وهذا التعويض الجزافي لا يغطي كل الضرر الذي لحقه ولكنه جزء منه.

فقد كان لازما على الفقه أن يبحث عن وسيلة أخرى بديله لقواعد المسئولية المدنية فكان نظام التأمين الخاص (الأجباري). إذا كان التأمين الخاص من أهم الوسائل لمواجهة الأخطار الاجتماعية ويقوم هذا النظام على أساس توزيع اثار المخاطر المؤمن منها على المستأمنين بمعنى آخر هو تجميع لعدد من الأفراد بهدف حمايتهم من أحد المخاطر الاجتماعية وذلك عن طريق دفع كل منهم أقساط معينة تكفي حصيلتها لتعويض الأضرار التي تصيب أفراد هذه الحماية وتتحدد قيمة الأقساط على أساس قيمة الشئ المؤمن عليه من ناحيه وأحتمالات وقوع الخطر المؤمن ضده من ناحية أخرى ، وعليه يمكن أن يتم هذا التأمين الخاص سواء بصوره فرديه يقوم بها العامل بنفسه فيقوم بالتأمين ضد أحد المخاطر التي قد تحدث له وذلك لدى المؤمن (شركة التأمين) نظير أقساط يتم سدادها لشركة التأمين ويحصل على التعويض منها في حالة تحقق الخطر المؤمن منه، أو يقوم رب العمل بالتأمين على العمال الذين يعملوا لديه من المخاطر التي قد تحدث لهم أثناء العمل أو بسببه لدى إحدى شركات التأمين ويسمى ذلك " بالتأمين من مسئولية رب العمل " وذلك نظير أقساط يقوم رب العمل بسدادها لشركة التأمين وفي حالة تحقق الخطر المؤمن منه لأحد العمال تقوم شركة التأمين بتعويض العامل .وعليه فقد أصدرت عدة دول تشريعات بخصوص التأمين الإجباري على رب العمل من مسئوليته من حوادث العمل وكان من أهم هذه التشريعات التشريع الألماني عام ١٨٨٤ ثم التشريع الأنجليزي عام ١٩١١ ثم التشريع المصري رقم ٨٦ لسنة ١٩٤٢ .

وكان وفقا لنظام التأمين الخاص (الأجباري) تقوم شركة التأمين (المؤمن) بتوزيع الخطر الواحد المؤمن منه على أكبر عدد من العمال(المؤمن لهم) مقابل القسط الذي تحصله من

الجميع مما يمكنها من تحصيل مبالغ مالية كثيرة تمكنها من تعويض أحد العمال في حالة تحقق الخطر المؤمن منه ويحقق لها ربح وافر للمؤمن (شركة التأمين) (١).

وقد تميز نظام التأمين الخاص (الأجباري) بعدة مميزات:

١- كان يسمح بتغطية أكبر عدد من المخاطر الاجتماعية لما يتمتع به من إمكانية توزيع الخطر على عدد كبير من المؤمن لهم.

٢- يراعى ظروف العمال محدودي الدخل وخاصة بالنسبة لتحصيل الأقساط المستحقة عليهم فيتم سدادها على دفعات بسيطة مراعاة لدخل العامل البسيط.

٣- تعتبر أفضل الوسائل الجماعية الى يفضلها أصحاب العمل لأنه يقوم بسداد الأقساط المستحقة عليه لشركة التأمين وحالة تحقق أحد المخاطر المؤمن منها لأحد العمال تقوم شركة التأمين بصرف التعويضات المستحقة للعمال.

وعلى الرغم من تلك المميزات السابق الإشارة إليها ولكن نظام التأمين الخاص (الأجباري) مثله مثل أى نظام آخر له لم يستطع تغطية كافة المخاطر الاجتماعية فقد كانت له عدة عيوب يمكن تلخيصها في الآتي:

١- ارتفاع قيمة الأقساط التي يؤديها العامل مقارنة مع دخله البسيط فيؤدي إلى أحجام العمال عنه ، فهدف شركة التأمين الذي تسعى إليه هو تحقيق الربح وعليه يكون نظام التأمين الخاص غير ملائم لتغطية المخاطر الاجتماعية خاصة لطبقة العمال الفقيرة.

٢- نظام غير عادل فقيمة القسط لخطر معين لا يختلف سعره بحسب مقدرة المؤمن له المادية بقيمته واحده على كافة العمال دون مراعاة لأختلاف دخولهم.

٣- يتم تحصيل قيمة الأقساط لصالح شركات التأمين مما أدى لغنى شركات التأمين على حساب رب العمل والعامل الفقير وكان من الأفضل أن يتم فرض هذا التأمين الإجباري ويتم أيداع حصيلة تلك الأقساط لصالح الدولة وتقوم الدولة بصرف التعويضات للعمال مما أدى لضياع كثير من الأموال على الدولة (٢).

ثالثا : ظهور نظام التأمين الاجتماعي :

كان لعدم جدوى قواعد المسئولية المدنية ونظام التأمين الخاص (الأجباري) لكي تلزم رب العمل بتعويض العمل المصاب فقام الفقهاء بمحاولة البحث عن نظام آخر يكون ذى جدوى ويتلافى عيوب قواعد المسئولية المدنية ونظام التأمين الخاص وقد وجدوا ضالتهم في نظام

(١) راجع في ذلك د/محمد حسين منصور - مرجع سابق - ص ٢١

(٢) راجع في ذلك د/أحمد عبدالنواب بهجت- مرجع سابق- ص ٥٥ و ما بعدها ،

التأمين الاجتماعي فهونظام أجبارة تقوم الدولة بما لها من سلطه بفرضه على أصحاب الأعمال والعمال على حدا سواء ، ويقوم بربط الأجر أوالدخل بقيمة التعويض الذي يستحقه المستفيد نظير ما (بالاشتراكات) وهذه الاشتراكات يتم سدادها بمعرفة رب العمل والعامل والدولة نفسها وقد يعفى من سداده العمل فى بعض الأحوال التى ينص القانون فيها على ذلك، وفى بداية الأمر لم يكن هناك تشريعا موحدا ينظم التأمينات الاجتماعية ضد كل المخاطر الاجتماعية ولكن وجدت عدة تشريعات كلا منها تنظم التأمين الاجتماعي ضد خطر من المخاطر الاجتماعية على حده ، ثم أخذ نظام التأمينات الاجتماعية يتسع ليشمل تقريبا كافة المخاطر الاجتماعية ولكن تم ذلك على فترات زمنية متلاحقه أختلفت من دولة عن اخرى وفقا لنظمها السياسيه والاقتصادية والاجتماعية.

قائمه بمراجع البحث:

- ١- د/أحمد حسن البرعى. الوجيز فى القانون الاجتماعى "قانون العمل والتأمينات الاجتماعية" طبعة دار النهضة العربيه ١٩٩١-١٩٩٢.
- ٢- د/أحمد حسن البرعى. المبادئ العامه للتأمينات الاجتماعية وتطبيقاتها فى القانون المقارن-الجزء الأول- الطبعة الأولى- دار الفكر العربى - القاهرة ١٩٨٣.
- ٣- د/ حمدى عبدالرحمن ود/ محمد عادل عبدالرحمن . شرح التأمينات الاجتماعية- طبعة المكتبة القانونيه الزقازيق ١٩٩٩-٢٠٠٠.
- ٤- د/محمد نصرالدين منصور -فانون التأمين الاجتماعى-بدون دار نشر -
- ٥- د/محمد حسين منصور. قانون التأمين الاجتماعى - بدون دار نشر- الأسكندريه ١٩٩٧.
- ٦- د/ محمد حسن قاسم ،التأمينات الاجتماعية دار الجامعه الجديده للنشر، ١٩٩٧.
- ٧- د/ أحمد شرف الدين ،أحكام التأمين دراسه فى القانون والقضاء المقارنين ،طبعة نادى القضاء ، الطبعة الثالثه ، ١٩٩١.
- ٨- د/ محمد شرعان ،الخطر فى عقد التأمين ،طبعة منشأة المعارف بالأسكندريه .
- ٩- المستشار، عزالدين الديناصورى، المسئوليه المدنيه فى ضوء الفقه والقضاء، بدون دار نشر، ١٩٨٨.
- ١٠- د/أحمد حسن البرعى - الثوره الصناعيه وأثارها الاجتماعيه والقانونيه -دار الفكر العربى- القاهرة.
- ١١- د/جلال محمد إبراهيم -التأمين دراسه مقارنه -الناشر دار النهضة العربيه- ٢٠١١.
- ١١- د/ سلامه عبدالله -الخطر والتأمين الأصول العلميه والعملية- الناشر دار النهضة العربيه- الطبعة الرابعه- ١٩٧٤.
- ١٢- العلامه د/عبدالرازق أحمد السنهورى- الوسيط فى عقود الغرر وعقد التأمين - الجزء السابع- المجلد الثانى -الناشر دار إحياء التراث العربى ببيروت- لبنان - ١٩٦٤.
- ١٣- د/حسام كامل الأهوانى - أصول التأمين الاجتماعى -دار أبوالمجد للطباعه - ١٩٩٢.

- ١٤- د/حمدي عبدالرحمن ، محمد عادل عبدالرحمن -التأمينات الاجتماعية-المكتبة القانونية بالزقازيق. ٢٠٠٠.
- ١٥- د/ السيد عيد نايل -شرح قانون التأمين الاجتماعي -دار النهضة العربية- ٢٠٠٥.-٢٠٠٤.
- ١٦- د/أحمد عبدالنواب بهجت-دروس في قانون التأمينات الاجتماعية-مكتبة النصر الزقازيق.-١٩٩٦.
- ١٧- د/ سعيد سعد عبدالسلام- قانون التأمين الاجتماعي وفقا لأحدث التعديلات- مطابع الولاء الحديثه -الطبعة الأولى ٢٠٠٣.-٢٠٠٢.
- ١٨- د.المستشار/رمضان جمال كامل-موسوعة التشريعات الاجتماعية في الفقه والقضاء- الناشر المركز القومي للأصدارات القانونية- الطبعة الأولى -بدون سنة نشر.
- ١٩- د/ألونس شحاته رزق-المبادئ النظرية في التأمينات الاجتماعية- بدون دار نشر.-١٩٨١.
- ٢٠- د/عادل عبدالحميد عز-التأمينات الاجتماعية المبادئ النظرية والتطبيقات العملية- دار النهضة العربية- بدون سنة نشر.
- ٢١- د/عبداللطيف محمود أل محمود - التأمين الاجتماعي في ضوء الشريعة الإسلامية - الناشر دار النفائس- بيروت -لبنان الطبعة الأولى -١٩٩٤.
- ٢٢- د/ اسامه السيد عبدالسميع- نظرية التأمينات الاجتماعية في الشريعة الإسلامية -مؤتمر التأمينات الاجتماعية بين الواقع والمأمول -٢٠٠٢.
- ٢٣- أ/ السيد محمود السيد غانم- نشأة وتطور التأمينات الاجتماعية في مصر - مؤتمر التأمينات الاجتماعية بين الواقع والمأمول -٢٠٠٢.
- ٢٤- د/ مصطفى الجمال ، د/حمدي عبدالرحمن- التأمينات الاجتماعية - الناشر مؤسسه شباب الجامعه -١٩٧٤.
- ٢٥- د/عبدالرازق أحمد السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني - الجزء الأول- المجلد الثاني -الناشر دار إحياء التراث العربي ببيروت- لبنان - ١٩٦٤ .

الاستدامة المالية

إعداد

أحمد حموده أحمد حسين منسى

خطة البحث

الفصل الأول : نظرية إنشاء الدين الأمثل

المبحث الأول : اقتراح "التكافؤ الريكاردى" لإنشاء الدين

المبحث الثاني : إعداد النموذج لإنشاء الدين

المبحث الثالث : تحليل مسارات النمو إلى مستوى الناتج المحلي الإجمالي والإنفاق الحكومي

- **المطلب الأول :** ثبات الناتج المحلي الإجمالي والإنفاق الحكومي
- **المطلب الثاني :** ثبات معدل النمو للناتج المحلي الإجمالي والإنفاق الحكومي
- **المطلب الثالث :** الصدمات المؤقتة فى الناتج المحلي الإجمالي والنفقات الحكومية

الفصل الثاني : شروط الاستدامة المالية والرعاية بين الأجيال

المبحث الأول : ضغوط الميزانية الزمنية

المبحث الثاني : عدم تدوير الدين العام (عدم التمويل البونزي)

المبحث الثالث : المساواة بين الأجيال

المبحث الرابع : القاعدة الذهبية للاقتصاد لإدارة الدين العام

مقدمة

الهدف من هذا البحث هو تحديد خصائص أرصدة الدين العام المستدام، استنادا إلى معايير الاستدامة لاستنباط السياسات المالية المثلى لمختلف الحالات الاقتصادية الكلية، مع استنتاج شروط محددة لتوافق الدين العام، بما في ذلك اعتبارات الرعاية الزمنية .

ونبدأ من خلال افتراض صحة فرضية التكافؤ الريكاردى من خلال افتراض وجود حوافز توريث، ويؤدي هذا التكافؤ إلى نتيجة حياد الدين العام من حيث السياسة المالية التوسعية. وفي هذا الإطار تم اشتقاق نظرية خلق الدين الأمثل استنادا إلى المساهمة الاقتصادية بعنوان "تقرير عن الدين العام" مما يوفر النتيجة المعروفة جيدا بشأن "التجانس الضريبي" (tax) smoothing^(١). حيث يكشف النموذج أن حجم الإيرادات الضريبية الثابتة التي تتناسب مع مستوى الناتج المحلي الإجمالي هو دائما جدول الضرائب الأمثل. وفي المقابل استمدت القاعدة المثلى لإنشاء الديون استنادا إلى عجز الميزانية الأولية الناجمة عن الجدول الزمني الأمثل للضرائب. وعليه سوف يتم عرض حالات مختلفة لتحليل مسارات النمو إلى مستوى الناتج المحلي الإجمالي والإنفاق الحكومي.

ويركز القسم الثاني على شروط الاستدامة المالية والرعاية بين الأجيال، وأول شروط هذه الاستدامة هو احترام الحكومة لضغوط الميزانية الزمنية. أما الشرط الثاني فهو عدم قيام الحكومة بتدوير الدين العام أو ما يسمى بتشغيل مخطط بونزى. ويعنى ذلك أيضا أن إدارة عجز كبير على مدى فترة زمنية طويلة يتماشى مع الاستدامة طالما هذا أن هذا العجز يمكن تعويضه من خلال فوائض مستقبلية عالية بما يكفى. وثمة سبب آخر يبرر وجود مستوي إيجابي من الدين العام يتعلق بالمساواة بين الأجيال، فعن طريق الدين العام يتم توزيع أعباء الإنفاق عبر الأجيال المختلفة. ومن ثم فإن الاعتراف بشرعية تمويل الديون للاستثمارات العامة قد أصبح أمرا معترف به على نحو متزايد بما يسمى القاعدة الذهبية للاقتصاد التي تسمح بحدوث حالات عجز إلى مستوى الاستثمارات العامة^(٢).

1 Barro, R. (1979), "On the Determination of the Public Debt", Journal of Political Economy, vol. 87(5), pp. 940- 971.

2 Reinhard Neck and Jan-Egbert Sturm 2008 " Sustainability of Public Debt: Introduction and Overview " The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England

الفصل الأول

نظرية إنشاء الدين الأمثل

مقدمه

في هذا المبحث سيتم عرض النظرية الأولى لسياسة الديون المثلى، وسيتم تطوير نموذج لإنشاء الدين العام حيث سيتم تحديد المسار الأمثل من الضرائب والديون من أجل تمويل ميزانية معينة من النفقات الحكومية، وسيؤدي ذلك إلى وضع مفتاح أساسي لسياسة إنشاء الديون المثلى.

ونموذج القاعدة هي أن الحكومة تهدف إلى تقليل تكاليف التشويه (فقدان الكفاءة) (deadweight losses) من زيادة الإيرادات من خلال فرض الضرائب المفروضة على الاقتصاد (العبء الزائد للضرائب). ومن خلال هذا الهدف، يمكن تحديد التوقيت الأمثل لإنشاء الديون، الذي يعتمد بدوره على مسار نمو النفقات الحكومية والنتائج المحلي الإجمالي.

المبحث الأول

اقتراح التكافؤ الريكاردى لإنشاء الدين

هذا النموذج يتم النظر في نظرية التكافؤ الخاصة "ريكارديان" على أنها افتراض أولى صحيح، وتتص معادلة "ريكارديان" أنه بالنسبة إلى مسار معين للنفقات الحكومية، فإنه لا صلة له بالكيفية التي ترفع بها الحكومة الإيرادات لتنفيذ ميزانيتها، سواء من إيرادات الضرائب أو إنشاء الديون. وتترتب على هذه النتيجة آثار فورية فيما يتعلق بالسياسات المالية لتحفيز الاستهلاك الخاص. ومن الناحية التاريخية، حاولت الحكومات زيادة الاستهلاك الخاص على المدى القصير من خلال إسناد التخفيضات الضريبية مع دفع العجز في الموازنة العامة بمسألة الديون. وهذه محاولة لتوزيع الثروة المستدانة علانية على الأجيال الحاضرة حالياً؛ وينعكس هذا المفهوم في عنوان دراسة: "هل السندات الحكومية صافي ثروة؟".^(١) إذا كان قاعدة ريكارديان صحيحة، فإن تأثير التحفيز لن يحدث أبداً لأن السكان لن ينظروا إلى السندات الحكومية على أنها الثروة الصافية، ببساطة إن مسألة الديون، والناجمة عن خفض الضرائب اليوم، يجب أن يتم إعادة دفعها في وقت ما في المستقبل مع مزيد من الضرائب. وبالتالي فإذا كان لدى الأسر سلوك عقلاني على المدى

1 Barro, R. (1974), "Are Government Bonds Net Wealth?", Journal of Political Economy, vol. 82(6), pp.

الطويل، فإنها ستوفر الأموال الناتجة عن خفض الضرائب الحالي لدفع الزيادة الضريبية التي لا مفر منها في المستقبل. ويمكن للمرء أن يجادل بفشل التكافؤ لو أن الأسر التي استفادت من التخفيض الضريبي توفت قبل أن تقوم بدفع الضرائب المرتفعة في المستقبل، حيث أن النظرية تفترض أن الأسر تعيش بلا حدود، وفي هذه الحالة سيكون الجيل الحالي هو المستفيد. والحل لهذا النقد هو بافتراض أن الأجيال الحالية والمستقبلية مرتبطة بدوافع التوريث. ويتم ذلك من خلال دمج مستوى منافع الأجيال القادمة في وظيفة منافع الجيل الحالي. وبهذه الطريقة ستراعى الأسر المعيشية الحالية أن الجيل القادم سيتحمل تكاليف زيادة الضرائب. ومن ثم فإن الأجيال الحالية ستفرض زياده في المدخرات لكي تتركها كميراث للأجيال المقبلة.^(١) أو بمعنى آخر إذا قامت الحكومة بتمويل العجز عن طريق إصدار السندات فإن الوصية "الميراث" التي تمنحها الأسر لأطفالها ستكون كبيرة بما يكفي لتعويض الزيادة في الضرائب التي ستكون مطلوبة لسداد تلك السندات.

المبحث الثاني

إعداد النموذج لإنشاء الدين

استنادا إلى المساهمة الاقتصادية بعنوان "تقرير عن الدين العام" والتي سيتم بناء النموذج عليها^(٢)، سيتم الآن استنتاج نظرية تجانس الضرائب. ولتحليل السياسة المثلى للديون، فإنه لا يؤخذ في الاعتبار سوى طريقتين فقط لتمويل الانفاق الحكومي هما: تحصيل الضرائب العامة وإنشاء الدين العام. ويفترض في هذا النموذج وجود دوافع كاملة للتوريث، حيث يكون التكافؤ الريكاردى صحيح. وهذا يعني، أنه ليس من المهم كيفية قيام الحكومة بزيادة الإيرادات. ونموذج القاعدة هي أن الحكومة تهدف الى تقليل تكاليف التشويه (فقدان الكفاءة) (deadweight losses) من زيادة الإيرادات من خلال فرض الضرائب المفروضة على الاقتصاد (العبء الزائد للضرائب). ومن خلال هذا الهدف، يمكن تحديد التوقيت الأمثل لإنشاء الديون.

وبالنسبة للمتغيرات في النموذج يتم التعبير عنها كالآتي:

t فترة زمنية معينة.

G_t النفقات الحكومية في الوقت t (لا تشمل مدفوعات فوائد الدين العام).

1 Filipe António Bonito Vieira " Fiscal Sustainability and Excessive Public Debt" Advanced Economics and Finance Copenhagen Business School October 2015 p 4 .

2 Barro, R. (1979), "On the Determination of the Public Debt", Journal of Political Economy, vol. 87(5), pp. 940- 971.

τ_t الإيرادات الضريبية الحقيقية في الوقت t .

Y_t الدخل الإجمالي الحقيقي (الناتج المحلي الإجمالي) في الوقت t .

B_t الرصيد الحقيقي للديون المستحقة في نهاية الفترة t .

r سعر الفائدة الحقيقي.

وبعد تحديد المتغيرات يمكن كتابة تعريف ميزانية الحكومة في المعادلة رقم ١ كالآتي:-

$$\text{المعادلة رقم (١) :- } G_t + rB_{t-1} = \tau_t + (B_t - B_{t-1})$$

وبالنظر إلى المعادلة رقم (١) لدينا على الجانب الأيسر كل الأموال التي تخرج من

المخزون العام والتي تتضمن الإنفاق الحكومي الحقيقي بالإضافة إلى خدمة الفائدة على

الديون المستحقة في بداية الفترة t وهو ما تم التعبير عنها من خلال (rB_{t-1}) . أما على

الجانب الأيمن لدينا كل من الإيرادات الضريبية بالإضافة إلى كمية الأموال التي يتم جمعها

من إصدار الديون. وعليه يمكن استخلاص تعريف ضغوط الميزانية الزمنية من خلال

المعادلة رقم (٢).

المعادلة رقم (٢)

$$\sum_{t=1}^{\infty} \left[\frac{G_t}{(1+r)^t} \right] + B_0 = \sum_{t=1}^{\infty} \left[\frac{\tau_t}{(1+r)^t} \right]$$

والجانب الأبرز من هذا القيد الأخير في الميزانية (المعادلة رقم ٢) مقارنة بالميزانية

السابقة هو أنه لا ينظر إلا في المخزون الحالي للديون B_0 . ويلاحظ أنه، لأسباب تتعلق

بالتناسق، من الضروري افتراض أن رصيد الدين B ينمو بمعدل أقل من سعر الفائدة r .

وهذا الافتراض يمنع ببساطة الحكومة من إدارة "مخطط بونزي" على دينها، الذي يشمل

التدوير الأبدي للديون، وبناء على المعادلة رقم (٢) وتمثل ضغوط الميزانية الزمنية العقبة

التي يوجهها صانع القرارات في الحاضر والمستقبل على حد سواء. وبشكل عام هي أن

القيمة الحالية للتدفقات الحالية والمستقبلية (الإيرادات) تكون كافية للإنفاق الحالي والمستقبلي

بالإضافة إلى المخزون الأول من الدين الحكومي.

بناء على قيمة الإنفاق الحكومي الحالي ومستوى الدين البدائي التي تظهر في

الجانب الأيسر من المعادلة رقم (٢) يتم تحديد قيمة فواتير الضرائب الحكومية الحالية. ومن

أجل مشكلة التحسين مع افتراض أن الحكومة تتبع سياسة مثلى لتقليل آثار التشوهات

والناجمة عن العبء الزائد للضرائب، وذلك من خلال تقليل تكاليف تحصيل الضرائب

الخاضعة لضغوط الميزانية الزمنية. وعليه فيجب أن تكون المنفعة الحدية والتكاليف الحدية للتحويلات الضريبية متساوية حسب الفائدة الحدية. وبالتالي فإن معدل الضريبة الأمثل هو أن يكون حجم الإيرادات الضريبية متناسب مع مستوى الناتج المحلي الإجمالي . وبناء على ذلك فعندما تحترم الحكومة ضغوط ميزانيتها الزمنية ، يتم تحديد معدل الضريبة من خلال القيمة الحالية لكلا من الناتج المحلي الإجمالي والنفقات الحكومية والمخزون الأولي للديون ويجب أن تكون القيمة الحالية للإنفاق مساوية للقيمة الحالية للضرائب. بشكل عام سيتم تحديد العجز في كل لحظة من الزمن من خلال المعادلة (١) مع الأخذ في الاعتبار المسارات المحددة لكل من النفقات الحكومية المخطط لها ومستوى الناتج المحلي الإجمالي المتوقع .

المبحث الثالث

تحليل مسارات النمو إلى مستوى الناتج المحلي الإجمالي والإنفاق الحكومي

السلوك المفترض من النفقات الحكومية G_t والدخل الإجمالي الحقيقي Y_t ضروري لفهم المسار الأمثل لإنشاء الديون. وسيتم النظر الآن في افتراضات مختلفة لسلوك هذين المتغيرين، بما في ذلك تحليل الأثر على السياسة المالية الأمثل .
المطلب الأول :- ثبات الناتج المحلي الإجمالي والإنفاق الحكومي .
الافتراض الآن أن كلا من الناتج المحلي الإجمالي y والنفقات الحكومية G ثابتان. فإذا كان الدخل ثابت عبر الوقت فإن ثبات الدخل يضمن ثبات العائد الحقيقي للضرائب، وحيث أن الإنفاق الحكومي يكون ثابت إذن تكون ميزانية الحكومة متوازنة، حيث نجد أن الإيرادات الضريبية تساوي الإنفاق الحكومي بالإضافة إلى مدفوعات الدين الحالي.

$$T = G + rB_0$$

ومع هذا الثبات نجد أن العجز الحكومي يساوي صفر أو بسيط جدا. وأن كمية الإيرادات التي تم جمعها تمكن الحكومة من دفع نفقاتها المعاصرة بالإضافة إلى مدفوعات الفائدة على المخزون الأولي من الديون، وهذا يعني أن القيمة الأولية لمستوى الديون لن تستهلك أبدا.

المطلب الثاني

ثبات معدل النمو للنتاج المحلي الإجمالي والإنفاق الحكومي.

الافتراض الآن أن كلا من الناتج المحلي الإجمالي y والنفقات الحكومية G تنمو بمعدل ثابت. ففي هذه الحالة التي يكون فيها تزايد الدخل الإجمالي الحقيقي بمعدل ثابت مساويا لمعدل تزايد الإنفاق. تكون النتيجة تزايد الدين الحكومي بنفس المعدل بدلا من البقاء ثابتا. وبالتالي فإن العجز سيكون دائما بسيط جدا في هذه الحالة.

ويوجد احتمال آخر هو عندما يزيد الدخل بمعدلات مختلفة فسنجد أن العجز الحالي سوف يزيد عندما يزيد الإنفاق بزيادة أكبر من الدخل. وسوف يقل العجز عندما يرتفع الدخل الإجمالي الحقيقي.

وعليه فعندما ينمو الناتج المحلي الإجمالي والنفقات الحكومية بمعدل ثابت، فمن الأفضل زيادة الإيرادات الضريبية وارصدة الديون بنفس معدل الناتج المحلي الإجمالي. وبالتالي فإن الاقتصاد سيعرض دائما عجز بسيط جدا في هذه الحالة. أما في حالة نمو الاقتصاد بمعدل أسرع من النفقات الحكومية فمن الأفضل تشغيل عجز أعلى في الميزانية في الوقت الحالي. وينبغي خفض العجز على نحو تدريجي على النحو الأمثل مع مرور الوقت، كزيادة عائدات الضرائب جنبا إلى جنب مع الاقتصاد ذو النمو المرتفع.

المطلب الثالث

التغيرات المؤقتة في الناتج المحلي الإجمالي والنفقات الحكومية .

في هذا الافتراض سيتم النظر في الحالة التي تؤثر فيها التغيرات أو الصدمات المؤقتة على مستوى الناتج المحلي الإجمالي ومستوى الإنفاق الحكومي مثل التغيرات التي تحدث نتيجة الحرب. وفي هذه الحالة سنجد أن معدل نمو العجز يعتمد سلبا على تأثير تغيرات الناتج المحلي الإجمالي، أي إنه يوجد علاقة عكسية بين العجز وتغيرات الناتج المحلي الإجمالي. فالتغيرات الإيجابية على مستوى الناتج المحلي الإجمالي تقلل من العجز. وبالتالي فإن تأثير صدمة أو تغيرات الناتج المحلي الإجمالي له خاصية التوازن التلقائي، فعندما تكون تغيرات الناتج المحلي الإجمالي إيجابية، تزداد الإيرادات الضريبية أيضا، وتحرك الميزانية باتجاه الفائض، بينما يتم استهلاك جزء من الديون. وعندما تكون تغيرات الناتج المحلي الإجمالي سلبية ينطبق نفس الثبات على نسبة الضريبة إلى الناتج المحلي

الإجمالي ويتم تمويل عجز الميزانية من خلال إنشاء الديون. وبالتالي يتم احترام القاعدة المثلى المتمثلة في الحفاظ على الإيرادات الضريبية ثابتة مع الناتج المحلي الإجمالي. وفى النهاية تجدر الإشارة إلى أنه لا يوجد التوازن الديناميكي للحالة المستقرة التي ينطبق عليها هذا النموذج. وهذا واضح تحديدا لاسيما فيما يتعلق بتحديد نسبة الدين إلى الناتج المحلي الإجمالي، ونتيجة لذلك فإن نسبة الدين إلى الناتج المحلي الإجمالي تتقلب تبعا للتغيرات التي تحدث في الاقتصاد، وتتبع أهمية النموذج في تحديد قاعده لكفاءة الضرائب وإنشاء الدين العام.^(١)

الفصل الثاني

شروط الاستدامة المالية والرعاية بين الأجيال

أصبح النقاش حول الاستدامة قضية عامة. ويخشى الاقتصاديون و السياسيون من أن الدول التي لديها سياسات مالية متساهلة يمكن أن يحدث فيها زعزعة لاستقرار العملة. وبالتالي فعندما تتعرض حكومة هذه الدولة إلى اضطرابات مالية، أو مشاكل مالية فقد يخشى المستثمرون من تعليق أو تعديل خدمة الديون ويبدأون فى بيع سنداتهم، وبالتالي فإن أسعار السندات ستتحفض أو من الممكن أن يؤد ذلك إلى التكاليف كما ذكر سابقا. أن الخوف من الإنفاق المفرط في دولة ما هو أن يتسبب ذلك فى ارتفاع أسعار الفائدة بسبب الطلب الكبير على رأس المال بمعنى أنه يتم المطالبة بفوائد مخاطر أعلى، ويؤدى ارتفاع تكاليف التمويل إلى انخفاض معدلات النمو، وعدم كفاءة تخصيص الموارد فيما بين الزمن، وعدم الاستقرار المالي بالإضافة إلى ذلك فإنه يضع البنك المركزي تحت الضغط التضخمي.^(٢)

وبناء على ذلك سيركز هذا القسم على شروط الاستدامة المالية والتي تتمثل في احترام الحكومة لضغوط الميزانية الزمنية وعدم تدوير الدين العام (عدم التمويل البونزي) ولعل هذين الشرطين كافيين لتحقيق الاستدامة المالية، وعدم احترامهم سوف يؤثر بالسلب على النمو الاقتصادي مما يحمل الأجيال المستقبلية أعباء قوية لا يمكن تحملها، مما يقودنا

1 Filipe António Bonito Vieira " Fiscal Sustainability and Excessive Public Debt " Advanced Economics and Finance Copenhagen Business School October 2015 p 13.

2 Reinhard Neck and Jan-Egbert Sturm 2008 " Sustainability of Public Debt: Introduction and Overview " The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England p5 .

الى ضرورة النظر في المساواة بين الأجيال التي تؤدي بدورها إلى الوصول إلى القاعدة الذهبية للاقتصاد.

المبحث الأول

ضغوط الميزانية الزمنية

ويتمثل الشرط الأول لمتطلبات القدرة على تحمل الديون هو في احترام الحكومة لضغوط الميزانية الزمنية. وتمثل ضغوط الميزانية الزمنية كما ذكر من قبل على أنها العقبة التي يوجهها صانع القرارات في الحاضر والمستقبل على حد سواء. وبشكل عام هي أن القيمة الحالية للتدفقات الحالية والمستقبلية (الإيرادات) تكون كافية للإنفاق الحالي والمستقبلي بالإضافة إلى المخزون الأول من الدين الحكومي، ويتم تحديد مستوى الضرائب من خلال ضغوط الموازنة الزمنية التي تفرضها الحكومة.

وتتمثل العقبة التي تواجه صانع القرار في إنتاج الإيرادات اللازمة لتغطية الإنفاق و/أو عجز الموازنة. ويتم إنتاج هذه الإيرادات إما عن طريق الضرائب أو عن طريق إنشاء الدين العام. والأمر ليس بهذه البساطة عندما يتم إنتاج الإيرادات اللازمة لسد عجز الموازنة. حيث إذا قام صانع القرار بالاعتماد على الدين العام لتمويل النفقات العامة، فإنه لا بد من التأكد بأنه قادر على خدمة الدين العام المتمثلة في مدفوعات الفائدة بالإضافة إلى المخزون الأول من الدين من خلال زيادة الإيرادات الضريبية في المستقبل.

وتوجد عقبة أخرى هو عندما يتم الاعتماد على الدين العام وتتمثل في قدرة الحكومة على تسويق الدين بأسعار فائدة مناسبة. حيث أن المستثمرون لن يقوموا بشراء السندات الحكومية ما لم تلب السياسة المالية الضغوط المفروضة على الميزانية الزمنية. وعليه فيجب أن تكون الفوائض الحالية والمستقبلية في الميزانية الأولية (الإيرادات مطروح منها النفقات بدون مدفوعات الفائدة) يجب أن تكون إيجابية بشكل كاف. فتوقعات المستثمرين تكون حاسمة في حالة عدم قدرة الدولة على احترام ضغوط ميزانيتها الزمنية فإنهم سوف يطالبون بعلاوات مخاطر خوفا من انخفاض قيمة العملة أو تخلف الدولة عن السداد، مما يؤدي إلى رفع أسعار الفائدة ويزيد من أعباء خدمة الدين العام.^(١)

وعلى افتراض آخر أن الحكومة سوف تقوم بالاعتماد على الضرائب في الوقت الحالي لتغطية عجز الميزانية والنفقات المطلوبة، وعليه فإن زيادة الضرائب الحالية بدون

1 Bohn, H., 2011. The economic consequences of rising u.s. government debt: Privileges at risk.

FinanzArchiv: Public Finance Analysis 67, 282-302.

زيادة في الناتج المحلي الإجمالي فإن ذلك من المحتمل أن يؤدي إلى زيادة الأعباء الضريبية على الاقتصاد مما يؤدي إلى آثار تشويهيته في الاقتصاد. كما أنه لتحقيق التنمية الاقتصادية ومتطلبات الإصلاحات الهيكلية فإن الأمر يحتاج إلى مخزون هائل من رأس المال ولا يمكن أن يتم استيعاب هذه النفقات من خلال الضرائب الحالية. وبالتالي فإن الاعتماد على الدين العام لتحقيق النمو المرغوب والإصلاحات الهيكلية المطلوبة هو أمر مفروغ منه. وبالتالي يتم استهلاك الدين العام من خلال الزيادات الضريبية المستقبلية الناجمة عن التوسع الاقتصادي بما يتناسب مع نمو الناتج المحلي الإجمالي طبقاً لنظرية التجانس الضريبي^(١). وعليه فإن العقبة التي تواجه صانع القرار هي محاولة الوصول إلى التوازن المفترض للوصول إلى الحالة المستقرة وهذا يعنى تنسيق السياسة المالية النقدية. وهو بافتراض أن الحكومة ستكون قادرة على إنتاج الإيرادات اللازمة لتغطية نفقاتها والالتزامات المستقبلية.

المبحث الثاني

عدم تدوير الدين العام (عدم التمويل البونزي).

الشرط الثاني بجانب احترام ضغوط الميزانية الزمنية هو عدم تدوير الدين العام والمعروف باسم التمويل البونزي. وبالتالي فيجب أن يكون متوسط تكلفة الفائدة على الدين أقل من متوسط معدل النمو الاقتصادي، فإمكانية تدوير الدين العام مع الفائدة لا يمكن الاستخفاف بها^(٢).

حتى يتم عقد ضغوط الميزانية إلى ما لا نهاية، فإنه لا ينبغي تشغيل مخطط بونزي. فيجب أن تسدد الديون من الضرائب التي يتم جمعها فقط وليس من الترحيل الدائم للديون وتعتمد ضغوط الميزانية الزمنية على كثافة رأس المال سواء كان هناك زيادة أو نقصان في تراكم رأس المال. فعندما يكون تراكم أو كثافة رأس المال قليلة. فيجب على الحكومة أن لا تترك أي ديون لإعادة دفعها. أما بالنسبة للتراكم المفرط أي زيادة كثافة رأس المال، فإن الديون يمكن أن تنمو بلا حدود ولكن يجب أن يكون هذا النمو في مسار الديون أقل من نمو حجم الاقتصاد في كل نقطة زمنية^(٣) وذلك ببساطة لعدم تدوير الدين العام (عدم تشغيل مخطط بونزي).

1 Barro, R. (1979), "On the Determination of the Public Debt", Journal of Political Economy, vol. 87(5), pp. 940- 971.

2 Bohn, H., 2011. The economic consequences of rising u.s. government debt: Privileges at risk.

FinanzArchiv: Public Finance Analysis 67, 282-302.

3 Filipe António Bonito Vieira " Fiscal Sustainability and Excessive Public Debt " Advanced Economics and Finance Copenhagen Business School October 2015 p 23.

وخطورة تدوير الدين العام تكمن في أنه عندما يفقد السوق أو المستثمرون الثقة في السندات فإن ذلك سيؤدي إلى مخاطر عدم الثقة و التكاليف على النقود كما ذكر سابقا . كما أن تدوير الدين العام "التمويل البونزي" يؤدي إلى نمو الدين بشكل هائل وسريع وذلك لانه من المفترض أن يكون الاقتراض الجديد أكبر من الدين الأولي ومدفوعات الفائدة إلى جانب تمويل العجز الحالي، ومع هذا التزايد والنمو السريع في الدين سيؤدي في نهاية المطاف إلى عدم القدرة على تحمل الدين.

تدوير الدين أو مخطط بونزي هي عملية استثمارية احتيالية حيث يتم سداد عائد المستثمرين الاقدم من خلال الإيرادات المدفوعة من قبل المستثمرين الجدد وليس من الأنشطة التجارية أو المشروعات. ويعتمد تدوير الدين العام أو مخطط بونزي على جذب المستثمرين الجدد لاقتراض أموال جديدة لسداد المال القديم.

وبالتالي فلا يمكن للحكومة أن تطبق سياسة تستخدم فيها اصدارات الديون الجديدة المتزايدة لتسديد الديون القديمة وتمويل مدفوعات الفائدة. ولكي تكون السياسة المالية مستدامة يتم تعريف الاستدامة بأنها عدم وجود مخاطر التخلف عن السداد. وبالتالي فيجب احترام ضغوط الميزانية الزمنية بجانب شرط عدم تدوير الدين العام "لا بونزي"، ويعنى ذلك ايضا أن إدارة عجز كبير على مدى فترة زمنية طويلة يتماشى مع الاستدامة طالما أن هذا العجز يمكن تعويضه من خلال فوائض مستقبلية عالية بما يكفي.(١)

المبحث الثالث

المساواة بين الأجيال

أن وجود مستوى إيجابي من الدين العام له ما يبرره وذلك فيما يتعلق بالمساواة بين الأجيال. فالإنفاق الحكومي اليوم المتعلق بشكل من أشكال الاستثمار العام أو الإصلاحات الهيكلية التي تحتاج إلى تكاليف عالية يمكن أن تفيد الأجيال القادمة. فإذا ما تم تمويل هذا الإنفاق اليوم من خلال الإيرادات الحالية فقط، فإن الجيل الذي يعيش اليوم مجبر على تحمل جميع التكاليف ومع ذلك فهو لن يجنى الفوائد الكاملة لهذا الإنفاق العام. أما إذا تم تمويل السياسات التي تحقق منافع اقتصادية طويلة الأجل ولكنها تتطلب استثمارات كبيرة على المدى القصير عن طريق اصدار الديون، فإن الأجيال القادمة ستساهم في التكلفة.(٢)

1 Reinhard Neck and Jan-Egbert Sturm 2008 " Sustainability of Public Debt: Introduction and Overview "

The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England p6

2 Reinhard Neck and Jan-Egbert Sturm 2008 " Sustainability of Public Debt: Introduction and Overview "

The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England p3.

ومن ثم عن طريق الدين العام يتم توزيع أعباء الإنفاق عبر الأجيال المختلفة. كما أنه إذا تم استخدام الدين العام في الإصلاحات الهيكلية والتنمية الاقتصادية بما يضمن توسع اقتصادي وعائدات مستقبلية عن طريق زيادة الإيرادات الضريبية الناجمة عن ذلك التوسع، مما يؤدي إلى فوائض مستقبلية في الميزانية، وعندئذ فإن هذا النمو سيخفف الأعباء الناتجة عن خدمة الدين العام والسداد.

أما إذا كان إصدار الدين الجديد مقيدا بشدة، فإن الناخبين الذين يعيشون حاليا سيفضلون مستوى منخفض من الاستثمار العام دون المستوى المطلوب، حيث يتم إعادة توزيع الدخل بعيدا عن الأجيال الحالية إلى الأجيال القادمة في حالة التمويل الضريبي الكامل للاستثمار العام. بمعنى أن الأجيال الحالية ستفضل استثمارات ذات تكلفة أقل حيث أن هذه التكلفة سيتم تمويلها من الضرائب المفروضة، وبالتالي سيؤثر ذلك على الدخل المتاح وعليه سيفضل الجيل الحالي عدم ارتفاع الضرائب .

أن العجز الحكومي في الميزانية، وبالتالي ارتفاع الدين الحكومي لا يشكل مشكلة فهي ليست ضارة، بل تكون مرغوبة في أوقات انخفاض الطلب الكلي وارتفاع معدلات البطالة وذلك لتحفيز النشاط الاقتصادي واستعادة توازن التوظيف الكامل. والدين العام يعد وسيلة تضمنها الحكومة لتكوين مخزون رأسمالي، ولكن هذا المخزون يجب سداه في وقت ما لاحقا. وبالتالي فإن الدين العام لا يعد "وسيلة لخلق الثروة" ويعتبر هذا التعبير مضلل، ويأتي "خلق الثروة" من قدرة الحكومة على فرض الضرائب على مختلف الأجيال عبر الزمن. والنتيجة المترتبة على ذلك هي أن الحكومة لديها القدرة على نقل الثروة إلى الوقت الحاضر على حساب الأجيال المقبلة.^(١)

المبحث الرابع

القاعدة الذهبية للاقتصاد لإدارة الدين العام

إن الاعتراف بشرعية تمويل الديون للاستثمارات العامة قد أصبح أمرا معترفا به على نحو متزايد، بما يسمى "القاعدة الذهبية"^(٢). وتتص هذه القاعدة على أنه فيما يتعلق بالإنفاق الحكومي يجب على الحكومة الاقتراض فقط للاستثمار وليس لتمويل الإنفاق

1 Filipe António Bonito Vieira " Fiscal Sustainability and Excessive Public Debt " Advanced Economics and Finance Copenhagen Business School October 2015 p 15

2 Reinhard Neck and Jan-Egbert Sturm 2008 " Sustainability of Public Debt: Introduction and Overview " The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England p3.

الحالي. وبعبارة أخرى يجب على الحكومة اقتراض الأموال فقط لتمويل الاستثمارات التي ستفيد الأجيال القادمة ويجب تغطية الإنفاق الحالي وتمويله من الضرائب الحالية. فالقاعدة الذهبية تسعى إلى حماية الأجيال القادمة من الديون وليس لإدانة الأجيال المستقبلية لصالح الأجيال الحالية. وطبقا لهذا فإنه عندما يتم تمويل الإنفاق الحالي من خلال الديون فإن عبء سداد هذا الدين سيقع على الأجيال المستقبلية وسيستفيد من هذا الأجيال الحالية. أما إذا تم استخدام هذه الديون للتوجيه الاستثماري والاصلاحات الهيكلية فإن ذلك سيؤدي إلى نمو الاقتصاد مما يعود بالنفع على الأجيال المستقبلية وزيادة الإيرادات الضريبية بسبب التوسع الاستثماري. ومن ثم فإن القاعدة الذهبية تسمح بحدوث حالات عجز في الميزانية ويتم تمويله من الدين العام وذلك في غرض الاستثمارات العامة والنمو الاقتصادي.

الخاتمة

من خلال افتراض صحة نظرية "التكافؤ الريكاردى" والتي تم أحيائها من خلال نظرية "التجانس الضريبي" والتي تفترض وجود حوافز توريث، ويؤدي هذا "التكافؤ الريكاردى" إلى نتيجة حياد الدين العام من حيث السياسة المالية التوسعية. والتي تشير إلى أنه عندما تحاول الحكومة تحفيز النشاط الاقتصادي وذلك عن طريق زيادة الإنفاق ، فإن الحكومة يكون لديها خيارين أما الضرائب أو إصدار السندات. وطبقا لنظرية "التكافؤ الريكاردى" فإن الحكومة ستختار إصدار السندات التي سيتم سدادها عن طريق الضرائب في المستقبل. وفي هذا الاطار تم اشتقاق نظرية خلق الدين الأمثل مما يوفر النتيجة المعروفة جيدا بشأن "التجانس الضريبي" حيث يكشف النموذج أن حجم الإيرادات الضريبية الدائمة التي تتناسب مع مستوى الناتج المحلي الإجمالي هو دائما جدول الضرائب الأمثل.

وفي المقابل استنادا إلى عجز الميزانية الأولية الناجمة عن الجدول الزمني الأمثل للضرائب استمدت القاعدة المثلى لإنشاء الديون. فعندما ينمو الناتج المحلي الإجمالي والنفقات الحكومية بمعدل ثابت، فمن الأفضل زيادة الإيرادات الضريبية وأرصدة الديون بنفس معدل نمو الناتج المحلي الإجمالي. وبالتالي فإن الاقتصاد سيعرض دائما عجز بسيط جدا فى هذه الحالة. أما فى حالة نمو الاقتصاد بمعدل أسرع من النفقات الحكومية فمن الأفضل تشغيل عجز أعلى فى الميزانية فى الوقت الحالى، وينبغي خفض العجز على نحو تدريجي على النحو الأمثل مع مرور الوقت، كزيادات عائدات الضرائب جنبا إلى جنب مع الاقتصاد ذو النمو المرتفع. وحتى فى حالة حدوث صدمات مؤقتة فى معدل نمو الناتج المحلي الإجمالي والنفقات الحكومية فإنه لايزال من الأفضل الحفاظ على الإيرادات الضريبية الدائمة من نسبة إجمالي الناتج المحلي. حيث أن صدمة الناتج المحلي الإجمالي هى تحقيق استقرار ذاتى حيث تزيد عائدات الضرائب مع الناتج المحلي الإجمالي تلقائيا، مما يؤدي إلى انخفاض فى عجز الميزانية. وفي المقابل يعد تمويل صدمات الإنفاق الحكومي مع خلق الديون أمرا مثاليا، وبالتالي احترام القاعدة المثلى المتمثلة فى الحفاظ على الإيرادات الضريبية ثابتة مع الناتج المحلي الإجمالي.

وتم التركيز فى الفصل الثانى على شروط الاستدامة المالية والرعاية بين الأجيال. وتتمثل شروط الاستدامة المالية فى احترام الحكومة لضغوط الميزانية الزمنية وعدم تدوير الدين العام (عدم التمويل البونزى). ولاحترام ضغوط الميزانية الزمنية فإن الامر يتطلب أن تكون القيمة الحالية للتدفقات الحالية والمستقبلية (الإيرادات) تكون كافية للإنفاق الحالى

والمستقبلي بالإضافة إلى المخزون الأول من الدين الحكومي. وبناء على هذه الضغوط يتم تحديد معدل الضريبة الأمثل لتحقيق التوازن المطلوب. ويتمثل الشرط الثاني في عدم تدوير الدين العام (التمويل البونزي)، فلا يمكن للحكومة أن تطبق سياسة تستخدم فيها إصدارات الديون الجديدة المتزايدة لتسديد الديون القديمة وتمويل مدفوعات الفائدة. وبالتالي فيجب ان تسدد الديون من الضرائب التي يتم جمعها فقط وليس من الترحيل الدائم للديون. ويعنى ذلك ايضا أن إدارة عجز كبير على مدى فترة زمنية طويلة يتماشى مع الاستدامة طالما أن هذا العجز يمكن تعويضه من خلال فوائض مستقبلية عالية بما يكفي.

الدين العام لا يؤثر فقط على الأجيال الحالية بل يمتد تأثيره على الأجيال القادمة. وبالتالي فالحكومة تستطيع من خلال الدين العام إلى توزيع الأعباء على الأجيال الحالية والمستقبلية. فوجود مستوى إيجابي من الدين العام له ما يبرره وهو متعلق بالمساواة بين الأجيال حيث أن الاستثمارات والإصلاحات الهيكلية طويلة المدى تحتاج إلى مخزون هائل من رأس المال، وهذه الاستثمارات والإصلاحات سوف تفيد الأجيال المستقبلية. وبالتالي فإذا تم تمويل هذه المشروعات من الضرائب الحالية فسوف يتحمل هذا العبء الجيل الحالي، على الرغم من احتمالية عدم استفادت الجيل الحالي بهذه الإصلاحات. وهذا ما يؤدي إلى القاعدة الذهبية للاقتصاد حيث يتم استخدام الدين العام للاستثمارات والإصلاحات الهيكلية التي تفيد الأجيال المستقبلية وتزيد من تراكم رأس المال في المستقبل، وبالتالي فإن القاعدة الذهبية تسعى لحماية الاجيال المستقبلية وليس لإدانتهم.

المراجع

1. Barro, R. (1974), "Are Government Bonds Net Wealth?", Journal of Political Economy, vol. 82(6), pp. 1095-1117.
2. Barro, R. (1979), "On the Determination of the Public Debt", Journal of Political Economy, vol. 87(5), pp. 940- 971.
3. Filipe António Bonito Vieira " Fiscal Sustainability and Excessive Public Debt" Advanced Economics and Finance Copenhagen Business School October 2015 .
4. Bennett T. McCallum " Are bond—financed deficits inflationary? A Ricardian analysis" National bureau of economic research 1050 Massachusetts Avenue Cambridge MA 02138 June 1982.pp1-26.
5. Bohn, Henning.. 2005. The sustainability of fiscal policy in the United States. CESifo Working Paper 1446, Ifo Institute for Economic Research .
6. Bohn, H., 2011. The economic consequences of rising u.s. government debt: Privileges at risk. FinanzArchiv: Public Finance Analysis 67, 282–302.
7. Giannitsarou, C. and A. J. Scott. 2006. "Paths to Fiscal Sustainability." Paper presented at the 2006 parallel meetings of the European Economic Association and Econometric Society, Vienna, Austria.
8. Heal, G. 1998. Valuing the Future: Economic Theory and Sustainability. New York: Columbia University Press
9. Leeper, E.M., 1991. Equilibria under 'active' and 'passive' monetary and fiscal policies. Journal of Monetary Economics 27, 129– 147 .
10. Reinhard Neck and Jan-Egbert Sturm 2008 " Sustainability of Public Debt: Introduction and Overview " The MIT Press Cambridge, Massachusetts London, England.
11. Roubini, N. and Sachs, J. (1989), "Political and economic determinants of budget deficits in the industrial democracies", European Economic Review, vol. 33(5), pp. 903-933.

**الجراحة التجميلية بين الحظر والأباحة
(موقف كل من الفقه والقضاء في مصر وفرنسا)
(دراسة مقارنة)**

الباحثة

ليليان نادر نجيب فرج

مدرس مساعد بقسم القانون المدني

كلية الحقوق

جامعة عين شمس

عام ٢٠١٩م

مقدمة

تهدف جراحات التجميل (جراحة الشكل) الى ازالة التشوية الحادث بجسم الانسان، سواء بفعل مكتسب تسبب فية كالحوادث، او نتيجة لعيب خلقي يولد به الشخص، وهي لا تهدف الى علاج مرض. ويعتبر ممارستها كعمل طبي جراحي من الافعال المجرمة قانوناً بحسب الاصل، فهي تقتضي المساس بسلامة الجسم، ونظراً لأن هدف الطبيب والجراح هو هدف نبيل، وهو تحقيق الشفاء للمريض، بالاضافة الى الحفاظ على سلامة جسمه، وليس احداث ضرراً به، لذلك فهو من الأعمال الطبية المباحه . الا انه يعتبر عملاً جنائياً، اي فعل غير مشروع، إذا لم يجد مبرر له، ونظراً لخروج الجراحة التجميلية عن المبرر الأساسي لإباحة التصرفات والأعمال الطبية ؛ وهو العلاج، لذلك أصبحت محلاً للجدل والنقاش بين الفقهاء، من الناحية الشرعية، والقانونية، والقضائية . فاختلقت الاراء بين التأييد ومعارض لمشروعيتها.

وتنقسم الجراحة التجميلية الى قسمين : الجراحات الإصلاحية : والغرض منها إصلاح الأنسجة التالفة أو المدمرة بفعل حادث أو مرض لإعادة بنائها من جديد على نحو اقرب الى الطبيعي. والجراحات التجميلية غير العلاجية : وهدفها التجميل فقط، حيث لا توجد أصابات أو حالة مرضية أو أنسجة تالفة .

وينقسم بحثنا هذا إلى ثلاثة مباحث، موضحة كالآتي :

المبحث الأول : مفهوم الجراحات التجميلية، وينقسم الى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : تعريف الجراحة التجميلية .

المطلب الثاني : أنواع الجراحات التجميلية.

المطلب الثالث : أسباب اللجوء الى الجراحات التجميلية.

المبحث الثاني : موقف الفقه من الجراحات التجميلية، في ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : موقف الفقه الاسلامي من الجراحات التجميلية .

المطلب الثاني : موقف الفقه الموقوف الفقه الفرنسي من الجراحات التجميلية.

المطلب الثالث : موقف الفقه المصري من الجراحات التجميلية .

المبحث الثالث : موقف القضاء من الجراحات التجميلية . في مطلبين :

المطلب الأول : موقف القضاء الفرنسي من الجراحات التجميلية

المطلب الثاني : موقف القضاء المصري من الجراحات التجميلية

المبحث الأول

مفهوم الجراحة التجميلية وماهيتها

ازدادت الجراحات التجميلية في عصرنا الحالي بمعنى أوسع من كونها وسيلة من وسائل العلاج، نظراً للتقدم التكنولوجي في المجال الطبي والجراحي في العصر الحديث والمعاصر، وأيضاً يرجع ذلك إلى غريزة الشخص وخصوصاً المرأة والتي تسعى إلى الوصول إلى الكمال والجمال، ولذلك تعتبر جراحات التجميل في كثير من الأحيان أول درجات الرفاهية والترفع، وذلك لأنها تهدف إلى الإهتمام بالشكل والمظهر الخارجي. وهناك عناصر تتحد وتتعاون معاً للحصول على نتيجة أو هدف واحد، ولكل عنصر دور هام إذا أخل بالتزاماته أو أخطأ تقوم المسؤولية المدنية في حال حدوث ضرر بالشخص الذي تجرى له الجراحة، وهذه العناصر خمسة هم الطبيب الجراح، والشخص الراغب في إجراء جراحة التجميل، ومكان إجراء العملية الجراحية، ونوع الجراحة، وأخيراً ميعاد إجراء الجراحة.

المطلب الأول

تعريف الجراحة التجميلية

الجراحة في اللغة بفتح الجيم تعني مصدر الجرح، وبضم الجيم تعني الشق في اليدين الذي تحدثه آلة حادة. وإصطلاحاً: جرح العضو تعني قطع اتصال اللحم فيه من غير تقيح، فإذا تقيح فهو قرحة^١. أما حديثاً فمعنى مصطلح الجراحة هو "من فنون الطب يعالج الأمراض بالزراعة أو الإصلاح أو الإستئصال أو غيرها من الطرق التي تعتمد على الجرح والشق والخياطة ويقوم بها جراح"^٢.

أما التجميل في اللغة: مصدر من فعل جمل، الجيم والميم واللام أصلان: أحدهما: تجمع وعظم الخلق، والأخر حسن: وهو ضد القبح. وإصطلاحاً: تعني عمل كل ما شأنه تحسين الشيء في مظهره الخارجي بالزيادة عليه أو الإنتقاص منه^٣. وكذا يقصد منه إصطلاحاً أيضاً إصلاح تشوهات وعيوب خلقية أو مكتسبة موجودة في ظاهر جسم المريض ولا تسبب له الألام العضوية، بل يهدف من إجرائها إعادة التناسق والتوازن للجزء المشوه أو المعيب^٤.

١ د. محمد قلعه جي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ص ١٢٣.

٢ الموسوعة الطبية الحديثة الفقهية في الصحة والمرض والممارسات الطبية، دار النفائس، ط ١، بيروت، ص ٢٧٤.

٣ د. محمد قلعه جي، المرجع السابق، ص ٩١.

٤ د. ماجد عبدالحميد طهوب، جراحة التجميل بين المفهوم الطبي والممارسة، سلسلة مطبوعات المنظمة الإنسانية للعلوم الطبية.

وجراحة التجميل "Chirurgie Esthetique" هي كلمة يونانية الأصل، مكونة من مقطعين الأول "Kejnourg" يعني العمل اليدوي، والمقطع الثاني "Aistnetikos" وتعني القدرة على الإحساس التي يولدها الشعور بالجمال. ويرجع أصل هذه الكلمة أيضاً إلى الكلمة اليونانية "Plastikos" وتعني "يُشكل" وهي كلمة مرتبطة بالجراحات التي تُجرى لأغراض تحسينية أو جمالية لإستعادة التناسق والتوازن لجزء من أجزاء الجسم^١.

وبعد العرض المتقدم لمفهوم الجراحة والتجميل لغة وإصطلاحاً، نتعرف بشئ من التفصيل على الجراحة طبقاً للمفهوم الواسع والمتعارف عليه إصطلاحاً هي "كل عمل جراحي يجري بهدف إصلاح عاهة أو عطب أو تمزق أو إخراج سائل مرضي أو صديد أو إستئصال عضو شاذ أو مريض". حيث أن الجراحة هي تدخل الطبيب الجراح الضروري والتلقائي والفوري لإصلاح عيب بعضو مصاب بجسم الإنسان ولايستطيع إصلاحه إلا باللجوء إلى العمل الجراحي، والذي يتمثل في عملية شق لجسم المريض وذلك كإجراء علاجي وضروري لعلاج الإصابات والحفاظ على سلامة الجسم من داء لم تجدي معه الأدوية نفعا وقد يهدد حياة المريض^٢. وتعد الجراحة التجميلية مصطلح حديث في مجال العلوم القانونية مقارنة بمجال العلوم الطبية، حيث أنها عرفت منذ القدم لدى شعوب وحضارات قديمة، ولكنها لم تكن بنفس التقدم والتنظيم كفن جراحي متطور وتقنية حديثة لما هو عليه في عصرنا الحالي^٣.

وقد عرف الأطباء جراحة التجميل بأنها "جراحة تقام لتحسين شكل جزء من أجزاء الجسم الظاهرة أو وظيفته إذا ماتعرض لنقص أو تشوه". في حين عرفها المجلس الأمريكي للجراحة التجميلية بأنها "تخصص فرعي للطب والجراحة، تقتصر مهمته على تحسين المظهر من خلال التقنيات الطبية والجراحية، وتعني أيضاً: الحفاظ على المظهر الطبيعي وتعزيزه أو إستعادته لمستوى مقارب للجمال المثالي". كما عرفت منظمة المؤتمر الإسلامي بأنها "تلك الجراحة التي تعمل على تعديل شكل جزء من أجزاء الجسم البشري الظاهرة أو إعادة وظيفته إذا أصابها خلل أثر فيه"^٤. وذهب بعض الفقه بالقول بأنها "الجراحة التي لا يكون الهدف منها علاج مرض ما بواسطة التدخل الجراحي، وإنما إزالة تشويه في جسم

١ د.محمد السعيد رشدي، الجوانب القانونية والشرعية لجراحات التجميل، دار الفتح للطباعة، ص٦.

٢ الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء، ج٣، ط٢، مصر، ص٤٥٠.

٣ د.أسعد عبيد الجميلي، الخطأ في المسؤولية الطبية، ط٢، دار الثقافة، الأردن، ص٣١٨.

٤ رشيدة مشروك، المسؤولية المدنية في مجال الجراحات التجميلية، ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر،

المريض واقع بفعل خلقي أو مكتسب أو وظيفي^١. وعرفها جانب آخر بأنها "جراحات تهدف إلى إصلاح الأعضاء أو إحلال أعضاء محل أعضاء أخرى فقدت، أو نتيجة عيوب خلقية ولد بها الإنسان"^٢. كما عرفها بعض الفقه على أنها "ذلك النوع من الجراحة التي لا يقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويهه ليعرض حياته لأي خطر^٣. وعرفها البعض الآخر بأنها "مجموعة من العمليات التي تتعلق بالشكل، ويكون الغرض منها علاج عيوب خلقية أو طارئة في ظاهر الجسم البشري، وتؤثر في القيمة الشخصية أو الإجتماعية للفرد"^٤.

هذا وقد تعددت التعريفات لها في المجال الطبي بإعتبارها من العمليات التي لها خصوصية تميزها، وينبع أغلبها من نظرة كل طبيب الخاصة لها ورأيه في هذا النوع من الجراحات من خلال ممارسته لهذه المهنة. فبعض الأطباء عرفها على أنها "جراحة لتحسين منظر جزء من أجزاء الجسم الظاهرة أو وظيفته، خاصة إذا طرأ عليها نقص أو تلف أو تشويه". كما عرفها دكتور لويس دارتيج Louis Dartigis بأنها "مجموعة العمليات التي تتعلق بالشكل والتي لا يكون الغرض منها علاج عيوب طبيعية أو مكتسبة في ظاهر الجسم البشري، تؤثر في القيمة الشخصية أو الإجتماعية للفرد"^٥.

أما التعريف الأعم والأشمل لجراحة التجميل: "هي تلك الجراحات الطبية التي يتم إجرائها على شخص بناءً على رغبته ورضائه الحر المستتير بهدف إصلاح العيوب الخلقية أو المكتسبة أو التشوهات الواضحة والظاهرة في جسمه والتي لاينتج منها أماً عضوياً وإنما تعيب شكله ومظهره وتؤثر في شخصيته ومركزه ووضع الإجتماعي، وذلك بإستعادة التوازن والتناسق للمنطقة أو العضو المشوه أو المعيب طبقاً لمعايير الجمال الملائمة له، وذلك بالتوافق مع الضوابط القانونية والشرعية والفطرة السليمة"^٦.

من السابق نستنتج أن جراحة التجميل لها خصائص معينة مختلفة عن الجراحات العادية وهي^٧:

١ د.منذر الفضل، المسؤولية الطبية في الجراحة التجميلية، ط٣، عمان، الأردن، ص٨.

٢ د.محمد طاهر الحسيني، عمليات التجميل الجراحية ومشروعيتها الجزائية بين الشريعة والقانون، دمشق، سوريا، ص٢٠.

٣ د.محمد سالم حمد أبو الغنم، "المسئولية المدنية عن عمليات التجميل"، رسالة لنيل الدكتوراه في الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ص٦.

٤ د.وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الأول، ص٤٣٤.

٥ د.محمد سالم حمد أبو الغنم، مرجع سابق، ص٦.

٦ د.منذر الفضل، مرجع سابق، ص١٢.

٧ د.محمد السعيد رشدي، الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل، مرجع سابق، ص٦.

- ١- لا يقصد منها علاج مرض عضوي.
- ٢- لا تقتضيها ضرورة عاجلة وتتم في ظروف متأنية وهادئة.
- ٣- تتم على جزء سليم من الجسم.
- ٤- تتم على الجزء الخارجي للظاهر للجسم.
- ٥- يجب أن تتم وفقاً للفترة السليمة والضوابط القانونية والشرعية.

أولاً: جراحات التجميل لا يقصد منها علاج مرض عضوي:

القص من جراحات التجميل هو إزالة العيوب والتشوهات من جسم المريض وليس علاج مرض عضوي يصيب المريض أو يسبب له ألماً مبرحة أو يعيق حركته أو يهدد حياته بصفة عامة، كالأضرار الخبيثة (أورام الكبد أو القلب)، بعكس الجراحة التجميلية التي تخلص المريض من التشوه أو العيب في شكله الظاهري وما يسببه ذلك من ألام نفسية وليست عضوية.

ثانياً: جراحات التجميل لا تقتضيها ضرورة عاجلة وتتم في ظروف متأنية وهادئة:

الجراحات العادية كما نعلم تستلزمها الضرورة والظروف إلى التدخل العاجل والسريع لإنقاذ حياة المريض حتى ولو إقتضت الضرورة عدم رضاه، عكس الجراحات التجميلية التي تجرى في ظروف هادئة متأنية، فالوقت يكون متسع لتدخل الجراح التجميلي والحصول على رضا المريض وإعلامه وتبصيره بجميع المخاطر والمضاعفات والآثار الناتجة عنها، لأن الجراحة التجميلية لا تتطلبها الضرورة أو العجلة، مما يجعل الجراحات التجميلية مختلفة عن الجراحات العادية^١.

ثالثاً: الجراحات التجميلية تتم على جزء سليم من الجسم:

تتميز جراحة التجميل بأنها تُجرى على جزء صحيح سليم وغير معيب من الجسم، بخلاف الجراحات العادية التي تجرى على جزء معيب به مرض يقلل من كفاءته ووظائفه الحيوية كما يسبب ألماً للمريض، لذلك فجراحات التجميل لا تتم إلا بعد إزالة الألام والتئام الجروح، حيث يقوم الجراح التجميلي بإزالة التشوهات والآثار التي تسببها الحروق بالجسم وليس علاج الحروق نفسها، أي يأتي دورها في مرحلة لاحقة بعد العلاج، لذلك أختلفت وتميزت الجراحات التجميلية عن الجراحات العادية في أنها لا تتم إلا على جزء سليم من الجسم^٢.

١. د.حسن ذكي الإبراشي، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

٢. د.محمد رفعت، العمليات الجراحية وجراحة التجميل، دار المعرفة للطباعة والنشر، مصر، ص ١٤٥.

رابعاً: الجراحات التجميلية تتم على الجزء الخارجي الظاهر للجسم:

تهتم جراحة التجميل بإزالة العيوب الخلقية أو المكتسبة والتشوهات الواضحة التي تكون على الجزء الخارجي للجسم وليس بالأجزاء الداخلية كالأحشاء ودواخل الجسم، فهي لا تتطلب قطعاً عميقاً أو شقاً للبطن كما في الجراحات العادية، حيث تهتم بتجميل الوجه أو الصدر أو الأرداف أو البطن أو الساقين^١.

خامساً: جراحات التجميل تتم وفقاً للفطرة السليمة والضوابط القانونية والشرعية:

عند إجراء الجراحة التجميلية يكون الهدف منها هو إزالة التشوه أو إصلاح العيب وفقاً لسنة خلقه التي فطر الله الناس عليها، فالفطرة هي صفة الإنسان الطبيعية وتتهي وتحرم جميع العمليات التجميلية الشاذة المخالفة لهذه الفطرة، فالإصلاح يتم طبقاً للضوابط الشرعية حيث يصبح العمل الجراحي التجميلي غير مشروع ومحظور إذا لم يتم لإزالة العيب أو التشوه بل لغرض التجميل فقط^٢.

المطلب الثاني

أنواع الجراحات التجميلية

كما سبق القول أن جراحات التجميل تختلف عن الجراحات العادية، فالهدف منها ليس علاجي كعلاج مرض عضوي يصيب المريض ويسبب ألماً بدنية أو يهدد حياته، كما ليس من أهدافها تحقيق دواعي جمالية تحسينية بحتة، بل الهدف منها هو إصلاح التشوهات والعيوب الخلقية أو المكتسبة؛ مما يحقق الشكل الجمالي المرغوب، لذلك تكون هناك حاجة أيضاً لإصلاح وإزالة هذه العيوب والتشوهات فتكون حينئذٍ جراحات تجميلية لها دواعي علاجية بحتة وليس دواعي ترفهية وللجمال فقط. وعليه تنقسم الجراحات التجميلية إلى نوعين: فهي إما أن تكون جراحة تقويمية (علاجية)، وإما أن تكون جراحة تجميلية بحتة^٣.

أولاً: الجراحة التقويمية (العلاجية أو الضرورية):

هي الجراحة التي تهدف إلى إصلاح تشوهات أو عيوب مكتسبة أو خلقية. وقد يضطر المريض لإجرائها لأهميتها الكبيرة في إستمرار حياته بصورة طبيعية. وأن عدم إجرائها يعرضه لضرر بالغ ويقلل من فاعليته وأدائه في المجتمع، خاصة إذا كان صاحب حرفة أو مهنة تعد مصدراً رئيسياً لدخله وأرزقه، وبمعنى آخر "هي العمليات التي تتصف بطابعاً علاجياً أكثر من الطابع التحسيني للمظهر الخارجي، وهدفها الأساسي هو تصحيح

١. د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٨.

٢. د. أنور أبو بكر هواني، مدى شرعية جراحة التجميل ومسئولية الأطباء، دار الكتب القانونية، ص ٣٧.

٣. د. رشيدة مشرোক، مرجع سابق، ص ١٤.

إصابة وتعويض الجسم عما قد يفقده من أحد أعضائه بأكمله أو جزء منه نتيجة التعرض لحادث طارئ، أو وجود عيوب وتشوهات خلقية ولد بها الشخص". وعرفها د.حسن بدران بأنها "لم توجد لتحسين الشكل وحسب وإنما وجدت لعلاج مشكلات إجتماعية في المقام الأول ومشكلات نفسية وذلك بإصلاح وظيفة لعضو قد يسبب له تشوها نفسيا"^١.

وقد سبق القول أن العيوب التي توجد في الجسم نوعان:

١ - عيوب خلقية:

وهي العيوب التي تنشأ بأسباب من داخل الجسم نفسه وليس من سبب خارجي عنه وهي نوعان^٢:

- (أ) العيوب الخلقية المولود بها الإنسان ومن أمثلتها (التصاق الأصابع سواء اليدين أو الرجلين أو كليهما - الشفة المفلوجة وهي شق في الشفة العليا.....إلخ).
- (ب) العيوب الناتجة من الأمراض التي تصيب الإنسان ومن أمثلتها (إنحسار اللثة نتيجة الإصابات الميكروبية - عيوب صيوان الأذن الناتج عن الإصابات المرضية..... إلخ).
- #### ٢ - عيوب طارئة (مكتسبة):

- وهي عيوب ناتجة عن سبب خارجي مثل الإصابات الناتجة عن حوادث السيارات والجرائم التي تقع على الجسم وتسبب إصابات بدنية وكذا الحروق وغيرها^٣.
- والعمليات التي تجرى ضمن هذا النوع من الجراحة (التقويمية) هي:
- جراحة أعضاء الوجه: لعلاج تشوه غير طبيعي أو إصابة طارئة تؤثر على وظيفة الأعضاء.
 - جراحة الحروق والتي تهدف إلى إعادة نقل خلايا من أنسجة الجسم السليمة إلى الجزء التالف (ترقيع الجلد).
 - الجراحة المجهريّة: والهدف منها إعادة زرع الأعضاء المبتورة نتيجة حادث أو زراعة العضو الرجل أو اليد أو الإصبع^٤.

١ د.حسن بدران ، قسم جراحة التجميل ، جامعة عين شمس، القاهرة ، جريدة الإسراء ٢٠٠٥/٨/١٨.

٢ رجاء محمد عبد المعبود، الضوابط القانونية والأخلاقية لجراحات التجميل، أنظر الموقع:

http://tai.imamu.edu.sa/events/conference/reseashe/res6/Pages/1_6.aspx

تاريخ الإطلاع ٢٠١٦/٦/٢٦.

٣ عبد الله زفيل، حكم عمليات جراحات التجميل، أنظر الموقع <http://www.saaed.net/Doat/Zugail/36.htm>

تاريخ الإطلاع ٢٠١٦/٦/٢٦.

٤ د.طلال العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ط١، عالم الكتب للنشر، إربد، الأردن، ص٢٢٩.

- جراحة الأطراف: ويوجد منها نوعين الخلقية كعلاج الأعضاء غير المكتملة أو إزالة أحد الأطراف الزائدة. الطارئة كزراعة الثدي بعد إستئصاله نتيجة الإصابة بأورام سرطانية. وقد يكون الترميم ذاتيا أو صناعيا بإستعمال شرائح السليكون^١.

ومن أكثر الأمثلة وضوحا في هذا النوع من الجراحات حالة الأشخاص الذين شوهوا في الحروب، وقد قامت الدول بعزلهم وابعادهم عن أعين الناس حتى لا يخيفوهم ويؤذون مشاعرهم بمناظر التشوهات المرعبة، مما يتسبب في بث روح التمرد والسخط على الأنظمة الحاكمة، والخوف من الالتحاق بالمؤسسات العسكرية، وعدم الجرأة في الدفاع عن الأوطان. ونجد أن هذا النوع من الجراحات يتساوى مع الجراحة العامة وتحكمه نفس قواعدها^٢.

فإذا كان التشوه جسيما كانت حرية الطبيب واسعة في إختيار الوسائل العلاجية المناسبة للمريض وحالته، فقد ينتج عن تدخل الطبيب في هذه الحالة حرمان المريض من الزواج أو تشوه في جسم المريض يجعله محل سخرية، لذا ففي هذه الحالات الدرجة يكون إختيار الطبيب لطرق علاجية لاتسلم من بعض المخاطر مادامت هذه المخاطر تتطلبها حالة المريض، فالقانون علم اجتماعي يهتم بضرورات الحياة^٣. وعليه نجد أن تدخل جراح التجميل يساعد المريض في إستعادة حالته الصحية الطبيعية وذلك في حالة العيب الخلفي، أو يعيده الى الحالة النفسية التي كان عليها قبل حدوث التشوه، وحيث أن الجراحة التجميلية تهدف الى العلاج فهي جائزة ومشروعة.

ومن أهم صور جراحات التجميل التقويمية الشائعة والتي أثبتت نجاحاً فائقاً في عالم

التجميل:

- إصلاح تشوهات الأذن^٤:

وتتم عملية إصلاح وتقويم الأذن بردها إلى الخلف إذا كانت متقدمة أو منبعجة أو معوجة، وذلك من خلال مراحل متسلسلة هي:

- ١- إستخدام مخدر موضعي في صيوان الأذن.
- ٢- عمل فتح أو شق بطول وسط صيوان الأذن في طبلة الأذن الخلفية.
- ٣- فصل الغضروف بعيداً عن الجلد المنشق.
- ٤- قطع الغضروف على شكل قطع مستطيلة بطول صيوان الأذن.

١ د. محمود محمد عبدالعزيز الزيني، مسؤولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية، الإسكندرية، مصر، ص ٥١: ٥٢.

١ د. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق، ص ٤٣٦.

٢ د. أحمد محمود إبراهيم، مسؤولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب ومساعديه، دكتوراه، ص ٤٢٠.

٤ د. علاء فتحي عبد العال، مرجع سابق، ص ١٢١.

٥- إزالة الأجزاء الزائدة من الجلد والغضروف.

٦- خياطة الجرح بخيط نايلون طبي رفيع جداً.

وتجرى هذه الجراحة التجميلية لإصلاح وتقويم الأذن البارزة بشرط ألا تترك أثراً، فنجاح هذا النوع من الجراحات يتوقف على عدم ترك آثار^١.

- جراحات علاج الدوالي الوريدية والشعيرات الدموية في الجسم^٢:

تختلف هذه الجراحات على حسب حجم وطول وعرض وسبب الدوالي والشعيرات الدموية، فنجد أن الشعيرات الدموية والدوالي الوريدية الرفيعة تذول بجلسات الليزر المتخصصة في علاج الدوالي، وتزول الدوالي والشعيرات ذات الحجم المتوسط بالتصليب والحقن بمادة كيميائية خاصة بإزالة الدوالي وذلك باستخدام إبرة رفيعة دون ألم على عدة جلسات، أما الدوالي العريضة فتحتاج لجراحة دون ترك آثار، أما يمكن أيضاً علاجها عن طريق حقن الأوردة بمادة تؤدي إلى تجلط الدم داخلها ثم يحدث تلف تدريجي لهذه الأوردة وتختفي، وشرط نجاح تلك الطريقة أنها تتم في المرحلة الأولى للمرض.

- جراحات إصلاح الشفاة الضامرة وتصغير الشفاة الغليظة^٣:

يتم تقويم وإصلاح الشفاة الضامرة عن طريق حقن الكولاجين، وهو البروتين المكون للأنسجة الضامة للجلد وثبت نجاح هذه المادة في العديد من جراحات التجميل وعدم حدوث أضرار نتيجة استخدامها، أو يتم سحب دهون من جسم الشخص وحقن الشفاة بها، أما بالنسبة للشفاة الغليظة يتم إزالة جزء مثلث الشكل على طول الشفاة من الداخل بعد إجراء تخدير موضعي ثم يتم خياطتها بخيط رفيع جداً.

- إصلاح وتقويم تشوهات الأنف:

تعددت هذه الأنواع من الجراحات، وهي عادة عيوب خلقية مثل الأنف الطويل أو المقوس وكذلك تضخم الأنف، وتتم هذه الجراحات داخل الأنف حتى لا يكون الجرح ظاهراً مع استخدام تخدير عام أو موضعي، ولتقليل النزيف والكدمات يُعطى المريض جرعة من دواء قابض للأوعية الدموية، ثم يتم إجراء شق داخل الأنف وتعديل أو إزالة الإنحراف أو التقوس، ثم وضع فتائل ضاغطة بالداخل لمنع رجوع الحاجز إلى وضعه القديم، ثم تتم خياطة الجرح، أو يتم تكسير العظام داخلياً وإزالة الجزء الزائد والمتسبب للتقوس، كما يتم

١ ترجمة د.محمد رفعت، بحث العناية بالوجه والجسم، تأليف الكاتبة بات رتشارد سيون، ص ١٢٠.

٢ بحث بعنوان علاج الدوالي الوريدية والشعيرات الدموية، بصفحات الإنترنت، ص ١: ٣.

٣ بحث بعنوان إبراز الشفاة المضمورة، على الموقع www.Tajmeel.org.

إصلاح الجزء السفلي من الأنف وذلك بتصغير أو تقصير الغضاريف وضبط فتحتي الأنف ليتم التناسق مع باقي أجزاء الوجه^١.

- قطع الإصبع الزائد وفصل الأصابع الملتصقة:

تعتبر حالات التصاق الأصابع أو الإصبع الزائد سواء كانت في القدمين أو اليدين عيباً خلقياً يولد به الشخص، فتجرى الجراحة التجميلية بفصل الأصابع الملتصقة أو قطع الإصبع الزائد، وتقويم مكان القطع حتى لا يترك أثراً بعد إجراء العملية^٢.

- إزالة الندب والوحمات والشامات والبثور:

تجرى عمليات تجميلية لإزالة الوحمات ذات الحجم الصغير وكثيراً ما تختفي تلقائياً بعد فترة قصيرة، أما إذا كانت الوحمة كبيرة فيفضل اللجوء إلى إستعمال مستحضرات التجميل والتي تُخفي هذه الوحمات، لأن الجراحة بالنسبة للوحمات الكبيرة قد تترك أثراً في مساحات كبيرة من الجلد أو الأنسجة. كما يتم إجراء عمليات جراحية لإزالة الندب التي تظهر بعد إنتام الجروح، وأيضاً بالنسبة للبثور وهي عبارة عن خراج عميق بالجسم، وتتم هذه العمليات الجراحية البسيطة بالتخدير الموضعي دون ألم^٣.

- شفط الدهون^٤ Lipos Piration

تتراكم الدهون في مناطق معينة من الجسم خاصة بالنسبة للسيدات عند الإصابة بمرض السمنة، وهذه الدهون المتراكمة تؤثر على حياة الشخص لما لها من أضرار بالغة على الجسم، فتجرى عمليات شفط الدهون من الفخذين والأرداف والبطن والجوانب حيث أنها مناطق تراكم وترسيب وتخزين الدهون، ويتم ذلك بعمل فتحة صغيرة في الجلد وتدخل كانيولا معدنية رفيعة متصلة بجهاز شفط حيث يدخلها الجراح ويخرجها عدة مرات تحت الجلد بين طبقات الدهن فتخرج الدهون لجهاز الشفط. أما في الحالات الصعبة فيستخدم فيها الجراح الموجات فوق صوتية أو الليزر لإذابة الدهون أولاً ثم شفطها، ولكنها طريقة خطيرة وتحتاج لخبرة ومهارة للجراح حتى لا يُتلف أنسجة الجلد، ويعتبر هذا النوع من الجراحة مشروعاً إذا كان يهدف إلى المحافظة على صحة وسلامة المريض.

١ عمليات تجميل الأنف، على الموقع www.Tajmeel.org.

٢ مجلة كل العرب، العدد ٣٤٩، ص ٤٢ : ٤٥.

٣ بحث في العناية بالوجه والجسم، مرجع سابق، ص ١٢٣.

٤ د. علاء فتحي عبد العال إبراهيم، مرجع سابق، ص ١٢٢.

- إصلاح وتقويم الأسنان الناشذة أو المترابكة والتي تشوه الوجه وتعيق عن الكلام^١:
تُجرى جراحات التجميل في حالات إعوجاج أو بروز الأسنان والذي يسبب مشاكل في مضغ الطعام و إعاقته على الكلام بالإضافة إلى تشوه في المنظر الجمالي للشخص، وتسبب كل هذه المشاكل فشل الشخص في الحصول على فرص العمل التي تعتمد على المظهر الخارجي والشكل، مما ينتج عن ذلك مشاكل نفسية، فعن طريق جراحات التجميل يتم إعادة الأسنان الغير منتظمة إلى حالتها الصحيحة، ويتم تقويم الأسنان بتثبيت البراكيت وهي وحدات بلاستيكية تقويمية صغيرة على كل سن بواسطة سلك بلاستيكي التي تعمل على تحريك وتسوية الأسنان خلال مدة معينة.

وحيث أن الجراحات التجميلية العلاجية تهدف إلى العلاج فهي جائزة ومشروعة. وهناك عوامل ومؤثرات خارجية يتعرض لها الإنسان أثناء مزاولته لعمله أو إنتقاله من مكان لآخر أو أثناء ممارسة حياته العادية قد تكون حوادث تسبب له إصابات جسيمة أو أضرار مثل الحروق والكدمات والتشوهات مما ينتج عنها عجزاً كلي للجسم أو تشوه جسيم يعيقه عن ممارسة حياته بشكل طبيعي، وهناك أيضاً العوامل الطبيعية البيولوجية والفسولوجية مثل الخلل في وظائف بعض الأعضاء بالجسم بسبب الأمراض أو التقدم في العمر أو سوء التغذية وما ينتج عنها من تجاعيد بالبشرة وترهلات نتيجة فقدان الوزن، إلى جانب الأضرار الناتجة عن الشمس والتدخين والأمراض الجلدية الفطرية والبكتيرية^٢. وجميع هذه العوامل طارئة تؤدي إلى اللجوء لجراحات التجميل الضرورية مثل جراحات إعادة الأعضاء والأطراف ورقع الجلد وجراحات إصلاح التشوهات الناتجة عن عمليات جراحية أخرى.

ثانياً: الجراحات التجميلية المحضنة (التحسينية):

وهي العمليات التي تسمى جراحات الشكل *Plasliyue Chirurgic* أو الكمالية وتجرى بهدف الوصول إلى أعلى مستوى من الجمال والتميز بالمقارنة ببقية الناس، وقد يسعى الشخص لإجراء تلك العمليات نظراً لكونه عضواً بارزاً في المجتمع ومشهوراً مثل المذيعين والمشاهير والفنانين حيث أن المظهر الجمالي مهم بالنسبة لهم لما له من تأثير على جمهور المشاهدين^٣. إذا فالجراحة التجميلية المحضنة تهدف إلى إضفاء اللمسات الجمالية على الملامح العادية للإنسان التي خلق بها فيبدو أكثر شباباً حيث تصلح ما أفسده

١ بحث بعنوان طريقة جديدة لتقويم الأسنان الناشذة ، مجلة العربي ، العدد ٣٠٠ ، ص ١١٢ ، ١١٣ .

٢ د.منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٧.

٣ د.محمد سالم حمد أبو الغنم، مرجع سابق، ص ١٢ .

الدهر^١. وكما سبق أن أشرنا فإن هذه الجراحات تُجرى لتجميل وتحسين المظهر وتجديد الشباب، وهي جراحات كمالية أو ترفيهية ولا تتطلب قيام حالة الضرورة فهي إختيارية غير طارئة هدفها الجمال والحسن، كما أن فيها تغيير لخلق الله، لذلك لم يقرها الشارع لعدم وجود مبرر شرعي لإجرائها فهي غير مشروعة ومحرمة. وينقسم هذا النوع من الجراحة إلى ثلاثة أنواع هي:

(أ) عمليات التشبيب (الحفاظ على الشباب).

(ب) عمليات تحسين المظهر أو الشكل.

(ج) جراحات تغيير الجنس وتحويله.

(أ) عمليات التشبيب (الحفاظ على الشباب)^٢: ومن أمثلتها:

- شد تجاعيد الوجه.

- تجميل الساعد بإزالة الشحوم والجلد الزائد.

- تجميل الجفون والحواجب نظرا لتقدم العمر.

- شد تجاعيد اليدين التي تشوه جمالها عند المسنين.

- تجميل الأرداف بإزالة الدهون والشحوم الزائدة وشد الجلد.

هذا وتجرى هذه الجراحة لكبار السن للقضاء على الشيخوخة والكبر، دون وجود دواعي لازمة أو ضرورة أو مبرر شرعي، فالهدف الأساسي من إجراء هذه الجراحة هو إعادة الشباب وظهور العجوز في عمر أقل من عمره.

(ب) عمليات تحسين المظهر (الشكل)^٣: ومن أمثلتها:

- تجميل الشفاة بتكبيرها أو تصغيرها.

- تجميل الأذن وتغيير شكلها.

- تجميل الثديين بتصغيرهما أو تكبيرهما.

- تجميل الأنف وتغيير شكلها وجعلها متناسقة مع ملامح الوجه.

- تجميل الذقن بالتكبير أو التصغير لعظامه.

- شد البطن المترهل والثدي المتهدل.

- عمليات النمص والوشم.

١ د. إبراهيم على حمادي الطيوسي، الخطأ المهني والخطأ العادي في إطار المسؤولية الطبية، ط١، بيروت، لبنان، ص١٠٧.

٢ وفاء شيعاوي، المسؤولية المدنية للطبيب في الجراحة التجميلية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، ص٢٣٩.

٣ د. رشيدة مشرোক، مرجع سابق، ص١٧.

-عمليات تصغير الفم.

-عمليات فلج الأسنان.

ونجد أن هناك لبس حول مفهوم الجراحة التجميلية باللغة العربية لأن التعريف باللغة العربية لم يكن جيدا في التعبير عن طبيعة وحقيقية هذه الجراحة، لأنه يعبر عن تغيير في المظهر إلى الأجل وبالتالي فإن غرض هذه الجراحة هو إضافة لمسات جمال للجسم وإخفاء بعض العيوب الظاهرة أو علامات تقدم السن، كما إعتبرت الجراحة البلاستيكية التقييمية صورة من صور الجراحة التجميلية والتي تدخل ضمن الجراحة التقييمية، وهذا مفهوم خاطئ حيث أن الجراحة التجميلية تعتبر نوع أو أحد مراحل الجراحات البلاستيكية التقييمية^١.

الجراحة البلاستيكية التقييمية:

نجدها في اللغة العربية بأسم الجراحة التقييمية التصليحية، وهي العمليات التي تهدف إلى إصلاح عضو معوج أو ملتو وأعادته إلى شكله الطبيعي مثل فصل الإصبعين الملتصقين أو إزالة الإصبع الزائد، حيث تهدف إلى تخليص الجسم من أمر غير طبيعي، كما تهدف إلى علاج عجز موروث أو مكتسب بسبب حادث أو حروب. إذا فالجراحة البلاستيكية التقييمية هي جراحة التشوهات فهي "الجراحة التي تهدف إلى إصلاح الأعضاء أو إحلال أعضاء محل أخرى نتيجة فقدها أو نتيجة إلى عيوب خلقية ولد بها الإنسان فيجب التدخل الجراحي للتخلص منها". كما أنها تهدف إلى علاج الحالة النفسية للشخص الذي تعرض لحادث أدى إلى تشوه في شكله أو سبب في بتر عضو من أعضائه كحالة إستئصال الثدي بسبب التعرض لمرض خبيث، فلاشك أن الجراحة البلاستيكية التقييمية تصل في مرتبتها إلى درجة الجراحة العلاجية وتخضع لقواعدها ومبادئها^٢. ويرى البعض أن معيار التفرقة بين الجراحات التقييمية والتجميلية هو أنه إذا أجريت لإصلاح عيب أصلي تعد جراحة علاجية، أما إذا أجريت لإصلاح عيب مكتسب فهي جراحة تجميلية. وأقترح جانب آخر أنه إذا تعلق الجراحة بإصلاح العيوب سواء الأصلية أو المكتسبة التي تحدث نتيجة لمرض أو حادث تعتبر الجراحة علاجية تقييمية، أما إذا تعلقت بالعيوب الحادثة نتيجة التقدم في السن والشيخوخة تعد الجراحة تجميلية^٣.

١ د.سامية بوميدين، الجراحة التجميلية والمسئولية المدنية المترتبة عليها، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، الجزائر، ص ١٧-١٨.

٢ د.سامية بوميدين، المرجع السابق، ص ١٩-٢٠.

٣ د.غانم يونس العبيدي، إرادة المريض في العقد الطبي (دراسة مقارنة)، القاهرة، ص ١٩٧.

جراحات التجميل التعويضية أو الترميمية :

فهي الجراحات التي تصلح التشوهات الخلقية أو المكتسبة الشديدة، والتي تعيب شكل الشخص وتتسبب له في أعاقه عن تأدية عمله والتعامل مع الآخرين مما يصيبه بحالة نفسية سيئة، وتتمثل في عمليات زراعة الأعضاء والأجزاء المفقودة من الجسم والتي تتسبب فيها الحروب أو الكوارث أو الحوادث، فتهدف هذه الجراحات إلى ترميم وتعويض التالف والمفقود من الأعضاء المشوهة مما يؤدي إلى إصلاحها وإعادتها إلى الشكل الطبيعي ووظيفتها الطبيعية بقدر الإمكان، وتسمى هذه الجراحة بجراحة البناء^١. وهذه الجراحة تكمل وتبني الأجزاء المفقودة أو المشوهة، وبالتالي تستدعيها حالة الضرورة فهي مشروعة بشرط ألا تؤدي إلى تغيير لخلق الله وألا يكون الضرر الناتج عنها أكبر من الضرر الحادث للشخص نتيجة وجود هذه الشوهات^٢.

أهمية التمييز بين نوعي جراحات التجميل:

ترجع الأهمية في التمييز بين نوعي جراحات التجميل إلى إثبات مشروعيتها وكذا تحديد النظام القانوني الذي يحكم المسؤولية المدنية لجراحي التجميل. وسيوضح ذلك تفصيلاً كالتالي:

أولاً: إثبات مشروعية جراحات التجميل:

تعتبر عمليات التجميل العلاجية مشروعة وأجازها الشرع، لأن الهدف منها إصلاح تشوه أو عيب سواء كان موروثاً أو مكتسباً لكي يتمكن الشخص من أداء وظيفته دون إعاقة أو عجز. أما بالنسبة للجراحات الغير علاجية "الترفيهية والجمالية البحتة" والتي ينتج عنها تغيير في خلق الله فهي غير مشروعة، لأنها ليس لها هدف علاجي. وبالتالي فالتمييز بين الجراحات التقويمية والترميمية العلاجية والجراحات التحسينية الغير علاجية أدى لبيان مدى مشروعيتها، فنجد أن الشرع اقر بمشروعية الأولى إلا أنه أقر بعدم مشروعية الثانية.

ثانياً: تحديد النظام القانوني الذي يحكم وينظم المسؤولية المدنية لجراح التجميل:

المسؤولية المدنية لجراح التجميل تخضع لقواعد خاصة تختلف عن المسؤولية المدنية للجراح العام، وسبب ذلك أن إلتزامات جراح التجميل أشد من إلتزامات الجراح العام، فيقع على جراح التجميل عبء الإلتزام بالحصول على رضا المريض المستتير قبل التدخل الجراحي وذلك بإعلام المريض بكافة المخاطر الناتجة عن التدخل الجراحي حتى ولو نادرة

١. د.حسام الدين الأهواني، المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء، ص ٦ وما بعدها.

٢. د.رافقت محمد أحمد حماد، مرجع سابق، ص ١٦٧.

أو إستثنائية، كما يجب عليه مراعاة التناسب بين الفائدة المرجوة من الجراحة ومخاطرها. ومن هنا نجد أن التمييز بين جراحة التجميل العلاجية والغير علاجية يساهم بدرجة كبيرة في بيان مسؤولية الجراح التجميلي على النحو التالي:

النوع الأول: جراحات التجميل الضرورية "العلاجية":

وهي تتضمن جميع جراحات التجميل التي تهدف إلى إزالة التشوهات والعيوب الخلقية والمكتسبة، ويرى جمهور الفقهاء أن المسؤولية المدنية لجراح التجميل في الجراحات التقويمية تُحكم بقواعد خاصة شديدة عكس الجراحات التعويضية أو الترميمية فلا تخضع لتلك القواعد بل يحكمها القواعد العامة التي تحكم مسؤولية الجراح العادي، لكن البعض الآخر يرى أن جراحات التجميل بنوعها تهدف إلى العلاج لذلك فهي تعد جراحات مشروعة، فالترميمية أو التعويضية أو التقويمية يتم إجراؤها بهدف القضاء على عيب أوتشوه نتيجة حادث أو كارثة فهي لا تجرى للعلاج من مرض عضوي وليس هناك ضرورة للتدخل الجراحي الفوري، ومن هنا يرى هذا الإتجاه أنه يجب أن يحكمها القواعد الخاصة المشددة^١.

النوع الثاني: جراحات التجميل التحسينية:

وهذا النوع من الجراحات التجميلية غير مشروع، فقيام الجراح بها يستوجب مُساءلته مدنياً، فلم يبيح المشرع إجرائها لعدم وجود أسباب شرعية تُجيزها فيحظر القيام بها. مما سبق نرى أن جراحات التجميل منها ما يتم إجراؤه لأسباب علاجية كالجراحة الترميمية أو التقويمية، ومنها ما يتم إجراؤه لإسباب تحسينية وجمالية، فإذا كان الهدف القضاء على عيب فإنها مشروعة لوجود أسباب شرعية، أما إذا كان القيام بها لإظهار الجمال وإشباع الرغبات والأهواء فتكون غير مشروعة.

المطلب الثالث

أسباب اللجوء للجراحة التجميلية

يقصد بأسباب اللجوء للجراحات التجميلية هو الدوافع والبواعث التي تجعلنا نقدم على اجراء هذا النوع من الجراحات، فليس المقصود هنا ما استقر عليه من أن السبب هو الوصف الظاهر المنضبط الذي يلزم من وجوده وجود الحكم وعدم وجوده عدم وجود الحكم. فإذا كان المراد بالسبب هو ما يتطلب من وجوده وجود الحكم، ومن عدمه عدم وجود الحكم، فكانت أسباب الجراحات التجميلية وهي (طبيعة المهنة، وتحسين الشكل الخارجي، والاضطرابات النفسية) تستوجب وجود الجراحة التجميلية عند توافر تلك الأسباب، وعدم

١ د. علاء فتحي عبد العال ، مرجع سابق، ص ١٥٧.

وجودها عند انعدام تلك الأسباب، لكن هذا غير صحيح، حيث يمكن إجراء هذه الجراحة عند عدم وجود أحد الأسباب السابقة، حيث قد تجرى للتجربة، واختبار لعمليات تلك الجراحة، الى جانب وجودها عند وجود الأسباب سالفة الذكر^١. ففي الوقت الراهن تعتبر الجراحة التجميلية من الأمور الضرورية والتي تلبي حاجات البشر، وخصوصا مع تقدمها وتطورها ودور وسائل الإعلام في ذلك فيعتبر التشوه أو العيب الموجود بالجسم مهما كان بسيطا مؤثرا في نفسية الشخص وشخصيته، حيث أن لكل شخص بعدين جسماني وآخر معنوي (فكري - وجداني - روعي - عاطفي)، والجراحة الطبية تشتمل على البعدين^٢. ولتحديد أسباب اللجوء إلى عمليات التجميل لايمكننا الاعتماد على نوع العملية التي يجريها الشخص كمعيار لذلك، وذلك نتيجة لصعوبة الفصل بين العمليات الطبية الجراحية ذات الهدف العلاجي، والعمليات التي هدفها تحسين المظهر الجمالي فقط^٣.

وتنقسم أسباب اللجوء إلى جراحات التجميل إلى:

أولاً: أسباب داخلية (نفسية - ترفيهية ومزاجية - جمالية).

ثانياً: أسباب خارجية ناتجة عن (طبيعة المهنة - تأثير البيئة التي يعيش فيها الشخص - الإعلام)^٤.

أولاً: الأسباب الداخلية:

هو الإحساس المستمر للشخص بوجود عيوب في شكله الخارجي وشعوره الدائم برغبته في تحسين شكله ومظهره. فهي أسباب طبيعية لاصلة لها بالظروف المحيطة بالشخص وموجودة معه منذ الولادة سواء كانت ظاهرة أو خفية^٥.

١ - الأسباب النفسية:

قد تكون الاضطرابات النفسية أحد الأسباب الباعثة للإقدام على إجراء الجراحات التجميلية، بالرغم من عدم تناسب المخاطر التي يتعرض لها المريض للمزاي التي يرغب في الحصول عليها من إجراء هذا النوع من الجراحات^٦. فإذا كان العيب أو التشوه بسيطاً إلى درجة أنه لا يلاحظ، أي يبدو العضو وكأنه طبيعياً، إلا أن صاحبه لا يقبل شكله على هذا النحو فإنه يلجأ إلى الجراحة التجميلية للحصول على الشكل الذي يرغبه، أما إذا كان العيب

١ د.محمد ابراهيم الحفناوي، نظرات في أصول الفقه، دار الحديث للنشر والتوزيع، ص ١٧٠.

٢ د.سامية بومدين، المعنى الاجتماعي للمرض، مرجع سابق، ص ٣٧.

٣ د.الحسيني عبد اللطيف، المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية، لبنان، ص ١٧٠.

٤ رشيدة مشروك، مرجع سابق، ص ١٨ : ٢٤.

٥ د.منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٦.

٦ د.محمد سامي الشواء، الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسد، دكتوراه، القاهرة، ص ٥٠١.

أو التشوه ظاهرا وعميقا فنكون أمام جراحة تقويمية^١. وهناك نوعين من العمليات تهدف لإصلاح العيوب أو التشوهات الخلقية وهما^٢:

- عمليات إزالة الأعضاء الزائدة والزوائد اللحمية غير المرغوبة: فيعتبر ذلك سببا مجديا للإقدام على الجراحات التجميلية وهذه الأسباب يؤديها الطب والقانون والشرع طالما أن حياة الإنسان غير مهددة من إجرائها، أما إذا كانت حياة الإنسان مهددة من إجراء هذه العمليات لما لها من خطورة شديدة أو نتائج غير مضمونة أو ضارة حسب ما هو متعارف عليه في الطب فإن إجراء هذه العمليات غير جائز، حيث أن وجود الإنسان بهذا التشوه أفضل من تعريض حياته للموت أو خطر الإصابة بمضاعفات أو نتائج خطيرة لتحقيق الهدف من إجراء الجراحة بل على العكس ستزيد ألامه وأحزانه.

- إصلاح العيوب وإكمال النقص: إذ يتواجد عيب في أحد الأعضاء مثل شقوق الشفاة أو نقص في عدد أصابع اليد، مما يستوجب إجراء الجراحة التجميلية لإصلاح العيب شرط عدم تعريض حياة الإنسان للخطر لأن ذلك يعرض الطبيب الذي أجراها للمسئولية المدنية والجنائية.

٢- الأسباب الترفيهية والمزاجية:

وهي الحالات التي يهدف فيها الشخص من وراء الجراحات التجميلية إلى التغيير فقط ووفقا لحالته المزاجية، وهذه الحالات تظهر بوضوح في الأوساط الفنية والطبقات المترفة، فبعض الفنانين رجالا ونساء يلجأون إلى الجراحات التجميلية بهدف تحقيق حسنا وجمالا يلفت أنظار المشاهدين، بل وصل الأمر إلى إدخال عمليات التجميل في بعض الدول حيز التسهيلات المصرفية تحت مسمى "قروض تخصص عمليات التجميل"^٣.

٣- الأسباب الجمالية:

وتتمثل في الحالات التي يسعى فيها الشخص إلى إجراء الجراحة التجميلية بقصد تجميل أو تحسين عضو من أعضاء جسمه كالذقن والأنف والفم..... ألخ دون وجود سبب مرضي، أما على المستوى النفسي فيسعى الشخص لزيادة حسنه والوصول إلى الكمال الجسدي عن طريق إجراء عمليات التجميل^٤. وقد تثير الأسباب الترفيهية والمزاجية وكذا الأسباب الجمالية مشكلة من الناحية الأخلاقية والناحية الدينية: فمن الناحية الأخلاقية

١ د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ١٢.

٢ د. محمد سالم حمد أبو الغنم، مرجع سابق، ص ١١-١٢.

٣ د. سامية بوميدين، مرجع سابق، ص ٢٩.

٤ د. محمد طاهر الحسيني، مرجع سابق، ص ٤٠.

فالجراحة التجميلية التي لا يكون هدفها سوى تغيير الشكل أو إشباع رغبة أو من أجل نزوة مؤقتة فإنها لاتجد ما يبررها لتكون فعلا أخلاقيا. أما من الناحية الدينية فإن الشريعة الإسلامية تحرمها لأنها تغير في خلقة الله دون سبب جوهري فإله خلق الإنسان في أحسن صورته^١. ويتضح ذلك من قوله تعالى "لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم"^٢.

مما سبق يتضح لنا أن إجراء مثل هذه العمليات يخرج الطب والجراحات التجميلية خاصة عن هدفها الأصلي وهو العلاج إلى تلبية النزوات والرغبات للراغب في إجرائها. كما يمكن القول بأن الإقدام على مثل هذه الجراحات في الوقت الحالي يعتبر ضرورة إجتماعية ومطلب من متطلبات العصر، حيث أن السعي للوصول إلى الجمال له دور في تحسين الوضع المعيشي للفرد، حيث تشترط بعض الوظائف مظهر خارجي وشكل لائق للمتقدمين لشغلها وأي عيب في الشكل ولو خفيف يمكن أن يمثل عائقا يضيع على أثره فرصة هذا العمل.

ثانيا: الأسباب الخارجية:

وهي متنوعة وتشمل (طبيعة المهنة - تأثير البيئة التي يعيش فيها الشخص - الإعلام)^٣.

١ - طبيعة المهنة:

طبيعة المهنة من أحد الأسباب التي تدفع الشخص الى القيام بالجراحات التجميلية، حيث أن سلامة البدن والنفس والشكل من الشروط الهامة التي تتطلبها بعض المهن، فنجد أن في بعض المهن إذا حدث تشوه ولو طفيفا قد يؤدي إلى إعاقة عمل من يؤديها هذه المهن مثل الراقصات والمطربين والممثلين ولاعبي السيرك والسكرتيرة الإدارية وغيرها من الوظائف المشابهة التي تتطلب شكلا ومظهرا معينا، فلو لم تتم معالجة هذا العيب سيؤدي ذلك إلى تدني في المستوى المهني المطلوب ويصحب ذلك عبء في مواجهة الحياة يشكل عام^٤.

٢ - تأثير البيئة التي يعيش فيها الشخص:

الإعتقاد الخاطئ للشخص بأنه إذا قام بإجراء الجراحة التجميلية فسوف تتغير نظرة المحيطين له سواء كانوا الأصدقاء أو العائلة أو الزوج أو حبيب، كما ستزداد فرص حصوله على عمل^٥.

١ د.محمد طاهر الحسيني، مرجع سابق، ص ٤٢.

٢ سورة التين، آية ٤.

٣ د.رشيدة مشرّوك، مرجع سابق، ص ٢٢: ٢٤.

٤ د.صحرأ داود، مسؤولية الطبيب في الجراحة التجميلية، مذكرة من أجل الحصول على درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرياح، الجزائر، ص ٤.

٥ د.تيسير حسون، عمليات التجميل من الناحية النفسية، أنظر الموقع:

٣ - الإعلام:

للإعلام دور هام في التأثير على آراء وتوجهات جميع شرائح المجتمع، وذلك بمحاولة جذب المستهلك لسلعة معينة ليقبل على شرائها وباستمرار تأثير الإعلام عليه يتغير سلوكه وطريقة تفكيره وثقافته^١.

ومما تقدم نرى أن جراحات التجميل تمتاز بالخصوصية عن الجراحة العامة وذلك من الجانب الفني، فغايتها تتجلى في الحصول على شكل ومظهر جميل متناسق، بالإضافة إلى أن الإقبال عليها يكون بهدف الوصول إلى الكمال وتحسين الشكل والمظهر الأفضل، فأغلب جراحات التجميل لا تكون لأغراض علاجية ضرورية، ومن هنا يأتي الفارق الأساسي بين جراحات التجميل والجراحات العامة الأخرى التي تهدف إلى العلاج من الأمراض العضوية التي يشكو منها المريض، فالجراحات العامة الأخرى تساهم بدرجة كبيرة في العلاج والشفاء والقضاء على الألم أو التقليل من حدتها. فأسباب اللجوء للجراحات التجميلية تتعدد وتتنوع فتكون محددة لمدى ضرورة إجراء مثل هذه الجراحات، فتكون هناك ضرورة لإجرائها إذا كانت تهدف إلى القضاء على الأضرار الناجمة عن الحوادث الخارجية أو التشوهات الخلقية العميقة والظاهرة والتي يصعب على المريض التعايش معها، أما إذا كانت الأسباب هي لتحسين الشكل والمظهر فيجب التركيز على مدى الخطورة الناجمة عنها وما تحمله من ضرر على حياة الشخص. فيجب تقدير الخطورة المحتملة التي تؤثر على صحة وسلامة الشخص والتي تنتج عن إجراء تلك الجراحة، فالخطورة تتمثل في الإعاقات الحركية والشلل النصفي أو التام وتعطيل العمليات الفسيولوجية لعضو من أعضاء الجسم.... وغيرها.

المبحث الثاني

موقف الفقه من الجراحات التجميلية

يحظر القانون المساس بجسم الإنسان كقاعدة عامة، ويكون الإستثناء في ظروف محددة، وقد نظمت ذلك القوانين الطبية، حيث سمحت للطبيب المؤهل علمياً والمتخصص والمرخص له بمزاولة المهنة أن يتدخل بإجراء جراحة للمريض بهدف علاجه، ولذلك لايسأل الطبيب عن المخاطر الناتجة عن التدخل الجراحي الطبي شرط إتباعه الأصول العلمية والفنية والقواعد الطبية المتعارف عليها، فالحق المقرر للطبيب قانوناً يمثل سبباً للإباحة وأساس

لعدم المسؤولية، فإعتراف القانون بمهنة الطب والسماح بكل الأعمال الضرورية والملائمة لمباشرتها هو أساس وشرط القيام بالإباحة^١.
 فعلاج المريض والتخفيف من آلامه، أو تخليصه منها، أو الوقاية من الأمراض بصفة عامة، والكشف عن مسبباتها يعتبر سببا لإباحة التدخل الطبي أو الجراحي الذي يقع على جسم الإنسان. وتعتبر الجراحة التجميلية العلاجية جائزة ومشروعة لأنها ذات غرض علاجي، أما الجراحة التجميلية غير العلاجية فهي محل إثارة جدل بشأن مشروعيتها، لإنتفاء الغرض العلاجي منها، فهدفها تحسين الشكل والجمال أساسا، ولذلك اختلفت الآراء بين مؤيد ومعارض، ولكل فريق حجج وأسانيد يدعم بها رأيه^٢.

المطلب الأول

موقف الفقه الإسلامي من الجراحات التجميلية

تحفظ غالبية الفقه الإسلامي على الإعتراف بمشروعية الجراحات التجميلية وذلك لخروجها عن أسلوب العلاج التقليدي كأصل إلا فيما يتعلق بالعلاجي منها. كما أقرها البعض الآخر من الفقه وذلك لمواكبة التطور الظاهر في المجال الطبي الذي لا يمكن إنكاره. ونجد أن الدين الإسلامي قد إهتم بجميع جوانب الحياة الإنسانية، حيث أنه تعرض للقضايا المستجدة والتي تحتاج إلى حكم الشرع فيها فيسترشد الفقهاء بالنصوص الشرعية وقواعدها وبيان موقف الدين منها. فالشريعة تفر التزين والتجمل والعلاج التجميلي تحقيقا لمصلحة المجتمع والتوازن بين البشر حتى لا تنتج غرائزهم في إتجاه يضر بالمصلحة العامة^٣. ونجد أن الشريعة الإسلامية حثت على التزين فقال تعالى: "يا بني آدم خذوا زينتك عند كل مسجد وكلوا واشربوا ولا تسرفوا إنه لا يحب المسرفين"^٤. كما جاء بالحديث الشريف: "إن الله جميل يحب الجمال". ولكن أباحة الإسلام للتزين والتجمل ليس بصورة مطلقة فقد حرم بعض أشكال الزينة كالوشم والفلج والوصل على سند أنها تغيير في خلق الله^٥. فالإسلام قد شرع التجمل والتزين للنساء والرجال، وحرص على أن يهتم الإنسان بصورته الجميلة وحسن المظهر، لكنه وضع مع ذلك حدود يجب عدم تجاوزها، بحيث لا يؤدي التجمل والتزين إلى تغيير خلق الله لأن ذلك من عمل الشيطان المنهي عنه، فيجب ألا ينساق الشخص وراء

١ د.جيبه سيف سالم، النظام القانوني لحماية جسم الإنسان، دكتوراه، عين شمس، ص ١٥١.

٢ د.شرين محمد خضر، خصوصيات المسؤولية المدنية لجراح التجميل، ماجستير، القاهرة، ص ٢٠.

٣ د.هاني عبدالله محمد الجبير، الضوابط الشرعية للعمليات التجميلية، ص ١: ٢٣.

٤ سورة الأعراف، أية ٣١.

٥ د.محمد عثمان شبير، أحكام جراحة التجميل في الفقه الإسلامي، الكويت، ص ٣.

رغباته وأهوائه، فحكم الشريعة الإسلامية بأن جراحة التجميل تعتبر مشروعة من عدمة يتوقف على الغرض من إجرائها، فلو كان الغرض تحقيق هدف علاجي فتكون مشروعة أما إذا كانت لهدف جمالي بحت يؤدي إلى تغيير خلق الله فتكون الجراحة التجميلية غير مشروعة، ويستدل على ذلك من الأدلة الآتية:

أولاً: الأدلة النقلية:

فُسرت الآية الواردة في قوله تعالى: "وأصلحنا له زوجة"^١ بعدة تفسيرات من قبل المفسرين، فقال البعض أن إصلاحها يعني رد الله الشباب إليها، إلا أن أكثر المفسرين فسروها على أن المعنى المقصود هو إصلاحها للولادة بعد أن كانت عاقراً^٢، وأخيراً فسرها جانب آخر أن المقصود هو أن زوجة زكريا كانت لها أسنان طويلة فأصلح الله لها هذا العيب^٣. وأيضاً قوله تعالى: "لقد خلقنا الإنسان في أحسن تقويم"^٤. وقوله تعالى: "الذي خلقك فسواك فعدلك في أي صورة ما شاء ركبك"^٥. وأيضاً قوله تعالى: "وصورك فأحسن صوركم"^٦. وقوله: "قل من حرم زينة الله التي أخرج لعباده"^٧. وقوله تعالى: "وأبرئ الأكمه والأبرص"^٨.

وعليه فالإسلام لا يحرم الشخص من التمتع بالجمال، فقد منح الله الإنسان غريزة حب التجميل والتزين لكن بشروط وضوابط معينة.

ثانياً: أدلة السنة النبوية:

الدليل الأول: ما ورد من أحاديث بالنسبة لتقب الأنف والأذن للتقريب ما ذكره ابن عباس "أن النبي ﷺ صلى يوم العيد ركعتين لم يصل قبلهما ولا بعدهما، ثم أتى النساء ومعه بلال فأمرهن بالصدقة، فجعلت المرأة تُلقي قرطها"^٩. ويدل هذا الحديث على إباحة تقب أذن المرأة لتعلق فيه القرط للتزين.

١ سورة الأنبياء، الآية ١٩٠.

٢ الجامع لأحكام القرآن، ص ٣٣٦.

٣ د. محمد عوده، بحث بعنوان "موقف الإسلام من عمليات التجميل"، ص ٨.

٤ سورة التين، الآية ٤.

٥ سورة الإنطار، الآية ٧، ٨.

٦ سورة غافر، الآية ٦٤.

٧ سورة الأعراف، الآية ٣٢.

٨ سورة آل عمران، الآية ٤٩.

٩ صحيح مسلم، شرح النووي، ص ١٧٦.

الدليل الثاني: ما روي أن عرنجة ابن سعد قطع أنفه يوم الكلاب في الجاهلية، فأتخذ أنفاً من ورق أي فضة، فأنتن عليه، فأمره النبي أن يتخذ أنفاً من ذهب^١. ويُعتبر هذا دليل على جواز ترميم الأنف المبتورة ومشروعية جراحات التجميل التي تُعيد العضو المعيب إلى صورته أو وضعه الأصلي.

الدليل الثالث: روى أن قتادة ابن النعمان قد أُصيبت عينه في غزوة أحد فسالت حدقته على وجهه، فأتى النبي وعينه في يده، فقال صلى الله عليه وسلم: إن شئت صبرت ولك الجنة، فقال قتادة: يارسول الله إني أريد أن أتزوج وهذا يعينني، فرفع النبي حدقته بيده حتى أعادها لموضعها ثم غرسها براحتة فعاد بصره بفضل الله تعالى^٢. وهذا يدل على إباحة إجراء الجراحات التجميلية لإزالة العيب أو العلة أو تقليلها بقدر المستطاع وإعادة الشكل إلى وضعه الأصلي وصورته التي خلقها الله.

الدليل الرابع: قوله عليه السلام: "خمس من الفطرة الختان والأستحداد وتقليم الأظافر ونقف الإبط وقص الشارب"^٣.

مما سبق نستنتج أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد عرفوا بعضاً من جراحات التجميل وبينوا أحكامها، وإن كانت ليست بالمعنى الواسع الذي عرفه المعاصرون^٤. وقد اختلف الفقهاء على بعض صور جراحات التجميل مثل قطع الزوائد الموجودة بالجسم كالسنن الزائدة أو الإصبع الزائد وغيرها، فاتفق معظمهم على جواز قطع الزوائد، فهي تعد نقصاً وعبأً في الخلقة وبإزالتها يزول النقص. فجاء في المغني لابن قدامة: "لأن هذه الزوائد لا جمال فيها، وإنما هي عيب في الخلقة، وعيب يرد به المبيع وتتقص به القيمة، فكيف يصح قياسه على ما يحل به الجمال؟"^٥. كما جاء في الجوهرة النيرة "وفي الأصبع الزائدة حكومة عدل تشريفاً للأدمي لأنها جزء من يده، لكن لا منفعة فيها ولازينة، وكذا السن الزائدة"^٦. وعليه فإن القطع للزوائد الموجودة بالجسم عن طريق إجراء جراحات التجميل هو عمل جائز ومشروع، شرط عدم حدوث ضرر أكبر مثل الضعف أو تلف عضو آخر.

ثالثاً: الإجماع:

١ سنن أبي داود، ج ٤، ص ٩٢.

٢ كتاب ابن الأثير "أسد الغابة في معرفة الصحابة"، ص ٩١.

٣ د. علاء فتحي عبد العال، مرجع سابق، ص ١٦٦.

٤ الشيخ عبد العزيز المراغي، مسئولية الأطباء، مجلة الأزهر، ١٣٦٨هـ، المجلد رقم ٢٠، ص ٤٠٩.

٥ المغني لابن قدامة، الشرح الكبير، ج ١١، ص ٦٢٠.

٦ الحدادي، الجوهرة النيرة، ج ٢، ص ١٧١.

أجمع الفقهاء على إباحة ومشروعية العمليات الجراحية التجميلية التي تهدف إلى إزالة التشوه وإصلاح العيب الذي يصيب الشخص، شرط أن تكون الفائدة المرجوة منها أكثر من المخاطر الناجمة عنها. أيضاً عدم مشروعية جراحات التجميل التي تهدف فقط إلى التزين أو التجميل لإشباع الرغبات والأهواء لأن فيه تغيير لخلق الله^١.

رابعاً: الأدلة العقلية:

تكون جراحات التجميل مشروعة إذا كان الهدف من إجرائها هو القضاء على التشوهات الحادثة نتيجة الحروب أو الكوارث أو الحروق أو الحوادث، وأيضاً إصلاح العيوب الخلقية التي تصيب الجسم وسبب المشروعية هو الأدلة الآتية:

- أن هذا النوع من العمليات الجراحية لا يترتب عليه غش أو تدليس جراء القيام به.
- لا تهدف هذه العمليات إلى تغيير لخلق الله، إنما الغرض منها إزالة ضرر وليس التجميل.
- عدم وجود نص صريح ينهي عن علاج تلك التشوهات والعيوب أو عدم إزالتها.
- إزالة العيوب أو التشوهات التي تلحق بالشخص تعد من الضروريات العلاجية.
- من السابق نجد أن الشريعة أباحت الجراحات التجميلية سألفة الذكر ولم تحظرها، فهي مشروعة ومرخص لها في الشرع الإسلامي^٢.
- وسبب الإباحة هو الضرورة والتي تهدف إلى^٣:
- إعادة شكل أعضاء الجسم إلى وضعها وشكلها وحالتها التي خلق الله الإنسان عليها، أي إلى أصل الخلقة التي فطر الله الناس عليها.
- إصلاح العيوب المكتسبة والطارئة الناتجة عن الأمراض أو الحروق أو الحوادث، مثل إعادة ترميم الثدي لعلاج الضرر المعنوي والنفسي وكذلك زراعة وترقيع الجلد.
- إعادة الوظيفة الطبيعية لأعضاء الجسم.
- أما جراحات التجميل الغير علاجية والتي تهدف إلى الحصول على الجمال والحسن والتزين فقط وليس إصلاح العيوب والتشوهات، فهذا النوع من جراحات التجميل يؤدي إلى التغيير في خلق الله، وهو محرم شرعاً لعدم توافر دواعي وضرورة مبررة شرعاً لذلك، فهي تدخل في نطاق الحظر لا الإباحة، وذلك للأدلة الآتية:

١ د.علاء فتحي عبد العال ، مرجع سابق ، ص ١٦٨.

٢ فتوى المجلس العالمي لعلماء المسلمين ، المملكة العربية السعودية ، لعام ١٤٢٩ هـ.

٣ د.علاء فتحي عبد العال ، مرجع سابق ، ص ١٧٠.

أولاً: الأدلة النقلية:

الله عز وجل نهى عباده ألا يتبعوا الشيطان الذي يجعل البشر يرتكبون المحرمات، وأنه يأمرهم بتغيير خلق الله، فإن هذا التغيير يعتبر غش وتدليس على الغير، ويتضح ذلك من الآية الكريمة: "وَأْمُرْهُمْ فَلْيُغَيِّرُوا خَلْقَ اللَّهِ وَمَنْ يَتَّخِذِ الشَّيْطَانَ وَلِيًّا مِنْ دُونِ اللَّهِ فَقَدْ خَسِرَ خُسْرَانًا مُبِينًا * يَعْدُهُمْ وَيُمْنِيهِمْ وَمَا يَعْدُهُمُ الشَّيْطَانُ إِلَّا غُرُورًا * أُولَئِكَ مَاوَاهُمْ جَهَنَّمُ وَلَا يَجِدُونَ عَنْهَا مَحِيصًا"^١.

ثانياً الأدلة النبوية:

رُوي عن النبي ﷺ أنه قال: "لعن الله الواشمات والمستوشمات، والنامصات والمتنمصات، والمنفلجات الحسن المغيرات لخلق الله، وفي رواية أخرى أنه قال: لعن الله الواصلة والمستوصلة، والواشمة والمستوشمة"^٢.

ودلالة هذا الحديث أن عمليات النمص وهي تلقيط شعر الحاجبين حتى يصبحا كالهلال أو القوس، أو إزالة الشعر كلياً من الحاجبين، واستخدام النقش في الجلد، أو أقلام الحواجب، كل هذا منهي عنه ويلعن من يفعل ذلك لأنه تغير في خلق الله، لكن إزالة الشعر الزائد من الحاجبين دون المبالغة في ذلك فهذا مسموح به وغير منهي عنه، لأنه ليس فيه غش أو تدليس أو تغيير لخلق الله، ويجوز تهذيب الحواجب العريضة لأنها تقبح شكل المرأة، وإزالة الشعر من الوجه كاللحية أو الشارب جائز أيضاً وغير منهي عنه، لأنه يعيب المرأة، ويخدش أئوتتها، كما يؤثر على حالتها النفسية^٣.

ثالثاً: الأدلة العقلية:

طبقاً للأدلة العقلية فلا يجوز إجراء هذه الجراحات، لأن فيها تدليس وغش وهذا غير مشروع وحرام، فقد تخفي هذه الجراحات عيوب، كما تغير من خلق الله ، ويمكن أن تسبب ضرراً للغير، وقد تهدد الشخص نفسه لما فيها من ضرر على حياته أو تسبب مضاعفات وبالتالي تنتفي المصلحة نظراً لأهدافها غير المشروعة. كما قد تتطلب هذه العمليات تخديراً وهو غير مشروع إلا عند الضرورة، وهذه الجراحات ليس لها ضرورة علاجية، كما أن إجراء تلك الجراحات التجميلية فيها نوع من المحظورات، فقد تستدعي أن تكشف المرأة عن عورتها للجراح أو الطبيب وهذا محظور إلا عند الضرورة التي تنتفي في مثل هذا النوع من الجراحات التجميلية.

١ سورة النساء، من الآية ١١٨ إلى الآية ١٢١.

٢ فتح الباري، شرح صحيح البخاري، ج١، ص٤٢٢.

٣ د. محمد عثمان شبير، أحكام جراحة التجميل في الفقه الإسلامي، ص٤٨٢.

مما سبق نخلص إلى أن الجراحة التجميلية في الشريعة الإسلامية نوعين: **محرمة** وذلك لأنه في حال إجرائها فإنها تؤدي إلى تدليس وغش وتغير في خلقة الله الذي خلق الإنسان عليها في أحسن صورة. **ومشروعة (مباحة)** وهي تكون إما ضرورية أو حاجية حسب الحالة فوفقاً للأصل العام الذي يحكم إباحة الأعمال الطبية وهو العلاج هو ذات سبب إباحة الشريعة لبعض أنواع هذه الجراحات.

المطلب الثاني

موقف الفقه الفرنسي من جراحات التجميل

للفقه الفرنسي ثلاث اتجاهات بخصوص الجراحات التجميلية، الأول رافض لها، والثاني إتجاه وسطي، والثالث إتجاه موسع. ويتضح من ذلك أنه لم يتوحد الرأي بالنسبة للجراحات التجميلية لدى الفقهاء الفرنسيين، وسوف نتعرض لرأي كل فريق على النحو التالي:

- الإتجاه الرافض للجراحات التجميلية:

ذهب هذا الرأي إلى رفض الجراحة التجميلية وأقر بعدم مشروعيتها، ووصفها بأنها عمل غير أخلاقي. ومن فقهاء هذا الإتجاه الفقيه جارسون حيث قرر بأن: "الطبيب الذي يتعامل في عضو سليم من أعضاء الجسد بحجة التجميل يخرج عن حدود المهنة التي تبيحها له شهادة الطبيب"، فهو لم يجز عمليات التجميل مطلقاً، حيث أن القواعد العامة تقضي بأن يكون تدخل الطبيب أو الجراح بقصد تحقيق غرض علاجي ولكنه لم يستطيع أن يستمر في رأيه إلى النهاية فوضع إستثناءات تدخل في دائرة الأعمال الطبية لجراحة التجميل^١. وأيضاً الفقيه كورنبروست حيث قال: "يعد من قبيل الأعمال الشائنة مايزعم به جراحي عمليات التجميل من إدعاء القدرة على التغيير في الخلقة التي صنعها الله"^٢. ويعيب هذا الإتجاه أنه لم يعترف بالجراحات التجميلية التي تجرى لأهداف علاجية، حيث مايصيب جسم الإنسان من تشوهات يمكن أن يكون لها تأثير سيئ على نفسيته وحالته الصحية، والسبيل الوحيد لعلاجها هو الجراحة التجميلية^٣.

- الإتجاه الوسطي للجراحة التجميلية:

بعد الحروب العالمية وما خلفته من مشوهي الحرب والذين تم علاجهم عن طريق الجراحات التجميلية، فظهر على أثره هذا الإتجاه والذي قرر جواز إجراء تلك الجراحات ولكن في حدود ضيقة لعلاج العيوب الخفيفة غير الخطرة مثل شد تجاعيد الوجه وإصلاح

١. د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٣٠.

٢. د. أسعد عبيد الجميلي، مرجع سابق، ص ٣٢١.

٣. د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٣١.

الأنف وإزالة الزوائد الجلدية والتي يكون أصحابها مثار سخرية المحيطين. أما العيوب الغير بسيطة فهي غير جائزة ولامبرر لها وفقا لهذا الإتجاه لمخاطرها على جسم الإنسان أو حياته. ووجهة نظر أصحاب هذا الإتجاه ترجع إلى أنه في حال العيوب البسيطة تكون الفائدة المطلوب تحقيقها أكبر من المخاطر من إجرائها. إلا أن هذا الإتجاه لم يلقى التأييد الكافي من الفقهاء وذلك لصعوبة التمييز بين العيب الجوهري والعيب البسيط^١.

- الإتجاه الموسع للجراحات التجميلية:

يرى أنصار هذا الإتجاه أن الجراحات التجميلية وسيلة للعلاج ومقاومة الأمراض وكذا لتجديد الشباب وبالتالي يجب التوسع فيها حيث أنها تكون وسيلة للسعادة والسرور لمن قام بها وبالتالي ينعكس ذلك على صحته. كما رأى أنصار هذا الإتجاه صعوبة التمييز بين العيوب البسيطة والجوهرية والذي لا يخضع لمعايير معينة وعليه فإن إجرائها بعد الحصول على موافقة المريض وفقا للضوابط والقواعد الطبية فلا يكون هناك أي مسؤولية على الطبيب حتى وإن حدثت بعض الأضرار أو الآثار متوقعة أو غير متوقعة، بدلا من الإستسلام لليأس. وبناء على ذلك إعتبر غالبية الفقه الفرنسي أن هذا النوع من الجراحات فرع من فروع الجراحة العامة وتخضع لنفس قواعدها شرط مراعاة التناسب بين المخاطر الناجمة عنها والفوائد المرجوة منها^٢.

أما الفقه الفرنسي الحديث فقد اقر بمشروعية الجراحات التجميلية لوجود ما يبررها من الناحية الإجتماعية أو النفسية^٣. فمن الناحية الإجتماعية التشوهات المكتسبة أو الخلقية والعيوب التي تصيب الشخص تُعيقه إجتماعياً في ممارسة حياته، فالصحة هي حالة من إكمال السلامة بدياً وعقلياً وإجتماعياً لا مجرد إنعدام المرض أو العجز^٤. وعليه فالمشرع الفرنسي الحديث أقر بمشروعية جراحات التجميل ووضع لها تنظيماً قانونياً، فبين شروط إجرائها من خلال قانون الصحة العامة الصادر في ١٥/٦/٢٠٠٠، والذي تم تعديله في ٤/٩/٢٠٠٣^٥.

١. د. منذر الفضل، مرجع سابق، ص ٣١: ٣٢.

٢. د. منذر الفضل، المرجع السابق، ص ٣٢: ٣٣.

3 Banzet P. et Fabre H. : Le chirurgien plasticien face aux juges, chirurgie plastique, reconstructive et esthétique, Ellipses, 1996, P.16. Doll, art. Préc., P. 647. Derobert L. : Droit médicale et décontologie médicale, Masson, 1974, P.295.

٤. دباجة دستور منظمة الصحة العالمية، والوارد فيه تعريف الصحة.

٥. د. رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، ص ٣٤.

المطلب الثالث

موقف الفقه المصري من الجراحات التجميلية

أغلب الفقه المصري يقر بمشروعية جراحات التجميل، لأن إزالة أو تخفيف بعض أضرار العيوب الخلقية أو التشوهات الحادثة يؤدي إلى علاج المريض نفسياً، وبالتالي القضاء على التوتر النفسي أو الأمراض النفسية التي تصيبه، وأيضاً من الإعاقات التي تتسبب فيها هذه العيوب والتشوهات، فلذلك يجوز إجراء العمليات التجميلية طبقاً للأصول الطبية والفنية والقواعد المعروفة الخاصة بهذا النوع من الجراحة بشرط ألا تتسبب في حدوث ضرر ما بصحة أو جسم الإنسان^١. ففي مصر تخضع جراحات التجميل تشريعياً لحكم القواعد العامة للجراحات العلاجية، حيث يجب أن يكون هناك تناسب بين المخاطر الناتجة عنها والفوائد المرجوة منها، كما يشترط أن يكون إجرائها مرتبطاً بسبباً مشروعاً ومبرراً للمساس بحرمة الجسد^٢. وذلك لإنتفاء الصفة العلاجية فيها، فهي لا تجرى لأهداف علاجية التي جانبها أنها تجرى في ظروف متأنية، ولا يوجد مبرر للتسرع أو الإسراع أو ضعف الإمكانيات، وكذا يكون المريض على حالة من اليقظة والتبصر التامين مما يتطلب شروطاً معينة في رضائه ومعرفة جميع تفاصيل وجوانب الجراحة التي سيقوم بها^٣. حيث ذهب غالبية الفقه في مصر إلى إباحة الجراحات التجميلية والإقرار بمشروعيتها. نتيجة تغير نظرة الناس لهذا النوع من الجراحات فكان من الطبيعي أن تتغير نظرة الفقه لها^٤.

خلاصة القول يتفق الفقه المصري مع الفرنسي في التوسع بالإقرار بمشروعية جراحات التجميل ولا يؤيد فكرة التمييز بين العيوب البسيطة والجوهرية في شكل الإنسان حيث أنها مسألة نسبية ليس لها ضابط معين، فما يعتبره شخص عيباً بسيطاً قد لا يعد ذلك بالنسبة لغيره، فالتقوم مسؤولية الطبيب حال توافر رضا المريض ومشروعية العمل الطبي التجميلي وكذا إجرائه وفقاً للأصول الطبية والفنية والقواعد المعروفة في هذا المجال، حتى وإن حدثت بعض الأضرار كترك ندباً أو أثراً بسيطاً في الجسم.

١ د. محمد حسين منصور، المسؤولية الطبية، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص ١٦٢.

٢ د. رجاء محمد عبد المعبود، الضوابط القانونية والأخلاقية لجراحات التجميل. أنظر الموقع:

http://tai.imamu.edu.sa/events/conference/reseache/res6/Pages/1_6.aspx

تاريخ الإطلاع ٢٠١٦/٤/١٢.

٣ د. محمد نجيب حسني، أسباب الإباحة في التشريعات العربية، دار نافع للطباعة والنشر، ص ١٣٠.

٤ د. طلال العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب، ط ١، أربيد، الأردن، ص ٢٥.

المبحث الثالث

موقف القضاء من الجراحات التجميلية

من المعروف أن الإنسان بطبيعته يحب الجمال ويميل إليه ويسعى إلى تحقيق الجمال والمظهر الخارجي اللائق من خلال إجراء عمليات التجميل، وهو يقوم بذلك دون مراعاة الضوابط الشرعية والقواعد القانونية فتزداد خطورة تلك العمليات نتيجة رغبات الإنسان الغير محدودة وعدم خضوعه للأسس والضوابط والمعايير الطبية. كما أدى ظهور الجراحات التجميلية بما أدخلته من جديد في المجال الطبي الجراحي إلى إنتشارها في كثير من البلاد العربية والأجنبية حيث عن طريقها يتمكن الكثيرون من تحقيق رغباتهم في تحسين الشكل أو تعديل عيوب وتشوهات الجسم سواء الموجودة مع الشخص منذ ولادته أو مكتسبة نتيجة تعرضه لحادث. ونتيجة للتطبيق العملي للجراحات التجميلية، وما نتج عنه من مشاكل بين المريض من ناحية والطبيب والمراكز الطبية من ناحية أخرى، لذلك كان للقضاء الفرنسي والمصري موقفه من الجراحات التجميلية. نوضحها في مطلبين :

المطلب الأول

موقف القضاء الفرنسي من الجراحات التجميلية

في بداية الأمر كان موقف القضاء الفرنسي عدائياً من الجراحات التجميلية فقد أقر بمسئولية الطبيب بالنسبة لما يتعلق بهذه الجراحات عن جميع الأضرار الناتجة والمترتبة عن العلاج بالرغم من قيام الطبيب بالعلاج ومراعاته الأصول الفنية الطبية ورغم أنه لم يرتكب أي خطأ، في حين فإنه يقر بأعفاء الطبيب من أي مسئولية عن المخاطر والأضرار الناتجة عن العمل الجراحي العادي وذلك بعد الحصول على رضا المريض. أي أن إقدام الجراح التجميلي على عملية جراحية لمجرد تجميل وتحسين المظهر الخارجي للشخص دون وجود ضرورة علاجية يعتبر في ذاته خطأ يتحمل الجراح جميع الأضرار الناتجة عنه^١. ووضح الموقف المتشدد للقضاء الفرنسي في الحكم الصادر من محكمة السين بتاريخ ١٩١٣/١/٢٢، والتي قضت بمسئولية الجراح التجميلي بالرغم من عدم ارتكابه لأي خطأ أثناء قيامه بالعلاج، وقد أدى صدور هذا الحكم إلى موجة إحتجاجات كبيرة في الأوساط الطبية والقانونية حيث إعتبروه غاية في التشدد وطالبوا بأن يكون إلتزام الطبيب في جراحات التجميل إلتزاماً بنتيجة، وقام الطبيب بالطعن على هذا الحكم وتم تعديله بالحكم الصادر من محكمة إستئناف باريس بتاريخ ١٩٣١/٣/١٢ الذي يعد تحولاً في موقف القضاء المتشدد

١. د. رشيد مشرোক، مرجع سابق، ص ٤١.

من جراحات التجميل وتم إخضاعها للمبادئ العامة في المسؤولية المدنية شأنها شأن العمليات الجراحية بصفة عامة مع التشدد في حالات معينة منها^١. وقد أقر القضاء الفرنسي الحديث بمشروعية الجراحات التجميلية مع إلزام جراحى التجميل بمراعاة التناسب بين المخاطر الناتجة عن العملية والفوائد التي يحصل عليها المريض، بحيث أنه كلما إنتقى الهدف العلاجي منها زاد إلتزام الجراح بالحيلة والحذر^٢.

وفي قضية أخرى عرضت على محكمة السين في ٢٥ يناير ١٩٢٩، والتي تلخصت وقائعها في أن عارضة أزياء أصيبت بتضخم شحمي في ساقها، وكان هذا التضخم ظاهرا بصورة زائدة في ساقها اليمنى، فلجأت الى أحد الأطباء المتخصصين في التجميل الذي قام بفحصها ودخلت المستشفى تحت إشرافه واجريت لها جراحة في ساقها، ولكنها أصيبت بغرغرينه أنتهت ببتتر ساقها، فقامت برفع دعوى ضد الطبيب مطالبه إياه بتعويضا قدره خمسمائة ألف فرانك، فقضت المحكمة لها بتعويض قدره مائتي ألف فرانك، مقررة في حكمها أن مجرد إجراء العملية الجراحية ذات خطورة شديدة على عضو سليم لمجرد تحسين شكله دون وجود حالة ضروره ودون أن تعود بنفع على صحة الشخص الذي أجريت له العملية، هو خطأ تقوم معه مسؤولية الجراح^٣. وقد أثار هذا الحكم أحتجاجا شديدا من الأطباء، لأنه يقضي على جراحة التجميل رغم ما تحققه للإنسانية من خدمات، وعندما إستأنف الطبيب الحكم تدخلت نقابة الأطباء في الدعوى مطالبة بإلغاء ذلك الحكم، وكانت محكمة الإستئناف أقل تشددا وقررت عدم مسؤولية الطبيب إلا إذا قدم الدليل على وجود خطأ محدد نشأ عنه ضرر مباشر، أي كان نوع العملية التي أجريت ومهما كان القصد من إجرائها، فقيام الجراح التجميلي بإجراء عملية أدت الى تعرض عضو سليم لخطر شديد بقصد تعديله ودون أن تكون هناك فائدة معينة أو مصلحة للشخص من وراء هذه العملية فلايعتبر ذلك خطأ يترتب عليه مسألة الجراح، وألغي هذا الحكم من قبل محكمة الإستئناف والتي قررت أن عدم التناسب بين أخطار العلاج وفوائده يرجع لظروف كل حالة، وأنه مهما قلت المخاطر ومهما روعي من إحتياطات لتلافي هذه المخاطر لايمكن أن تتناسب مع الفائدة المرجوة منه إذ لم تكن غاية العلاج شفاء المريض من علة حقيقة، فهذا يعد قرينة لأساس لها بمسؤولية جراحى التجميل، وأضافت المحكمة أنه لو لم تكن هناك حالة ضرورة أو حاجة جسمانية ملحة فهناك دواعي نفسية تبرر إجراء العملية الجراحية التي قد تعتبر

١. درشيد مشروك، مرجع سابق، ص ٤١-٤٢.

٢. د. كامل رمضان جمال، مرجع سابق، ص ٢٢٣.

٣. حكم محكمة السين في ٢٥ فبراير ١٩٢٩، نقلا عن د. وديع فرج، مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، مرجع سابق، ص ٤٣٤.

العلاج الوحيد الذي يضع حدا للألام النفسية التي لاتقل عن الألام الجسدية^١. وبفضل هذا الحكم تحقق لجراحة التجميل النصر على موقف العداة الذي لحق بها منذ نشأتها. وفي هذه الحالة يجب أن يوضح الجراح للمريض أخطار العملية بالتفصيل والحصول على رضاه لكي يقوم بإجرائها وهو يعلم جميع الأخطار الممكن حدوثها، وذلك إذا كان المطلوب هو إزالة أو تخفيف عاهة جسيمة، فإذا لم ينبه الجراح المريض بهذه الأخطار يعد مرتكباً خطأً موجبا للمسئولية. ونرى أن هذا الحكم وضع مبدأ مشروعية جراحة التجميل، وقد قرر خلافاً لما جرى القضاء عليه أن إجراء عملية التجميل لا يمكن إعتباره في حد ذاته خطأً تقوم معه المسئولية حتى لو أنطوت على خطر حقيقي يلحق جسم المريض. وفي قضية أخرى تدور وقائعها حول أن راقصة شكت من وجود بعض الإرتخاء في عضلات البطن فإتجهت إلى جراح التجميل ليزيل هذا العيب، وأجرى لها العملية لكنها لم تنجح وأسفرت عن وجود كيس دهني حول البطن، فرفعت الراقصة دعوى تطالب فيها الجراح بالتعويض عما لحقها من أضرار من جراء العملية، فقضت محكمة إستئناف باريس في حكمها الصادر سنة ١٩٦٠ بمسئولية الجراح مستندة إلى أن "إجراء عملية دون مراعاة التناسب بين المخاطر المتوقعة والفائدة المرجوة، وخاصة أنه لا توجد أية ضرورة علاجية تبرر مثل هذه العملية والتي تمت على جزء سليم من الجسم، يعد خطأً في حد ذاته"^٢. وهذا لا يعد إدانة جديدة لجراحة التجميل ولكن إشتراط مراعاة التناسب بين مخاطر العملية التي سيقوم بها والفوائد المرجوة منها، مع إلتزام الجراح التجميلي بالحيطه والحذر إذا إنتقى الهدف العلاجي من عمليات التجميل^٣. أما عن موقف القضاء الفرنسي المعاصر فإنه عندما أقر بمشروعية عمليات التجميل فقد وضع في الإعتبار أن جراح التجميل قد يتدخل جراحياً بهدف إزالة عيب بسيط أو تحسين الشكل للراغب في إجراء الجراحه وليس لهدف العلاج من مرض عضوي، مما جعل القضاء الفرنسي الحديث يستقر على تشديد إلتزامات جراح التجميل عنها في الجراحات العادية^٤. فتشدد القضاء في تقدير الإلتزام عن طريق التناسب بين مخاطر الجراحة وفوائدها، وفي حالة رجحان المخاطر يمتنع الجراح عن إجرائها، كما تشدد في إلتزام الجراح التجميلي بالإعلام والتبصير والحصول على رضاه المريض. ويتبين لنا ذلك من خلال إستعراض

١ محكمة إستئناف ليون في ١٩٣٦/٥/٢٧، نقلا عن د.محمد السعيد رشدي، الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل، طبعة ١٩٧٨، القاهرة، ص ٢٨.

٢ د.كامل رمضان جمال، مرجع سابق ص ٢٢٣ : ٢٢٩.

٣ د.سامية بوميدين، مرجع سابق، ص ٤٩.

٤ د.جابر محجوب علي، دور الإرادة في العمل الطبي، دار النهضة العربية، ص ٣٠٣.

أحكام القضاء الفرنسي، وقد أكدت على ذلك حيث أن المطلوب من الطبيب في هذه الحالة هو إزالة وإصلاح تشوه وليس تقديم علاج^١. ومما يؤكد إقرار القضاء الفرنسي الحديث بمشروعية عمليات التجميل، حكم محكمة السين الفرنسية والذي تأييد إستئنافاً من محكمة إستئناف باريس في قضية تتلخص وقائعها: "أن سيدة أُصيبت بتضخم دهني في ساقها، فقصدت أحد الأطباء لعلاج هذا التضخم، الذي قام بإرسالها بعد إلحاح منها إلى أحد الجراحين المتخصصين لجراحة التجميل، الذي قام بإجراء العملية لها في ساقها اليسرى لإزالة الدهون المتركمة، ولكن ظهرت مشكلة في الجلد حيث أنه لم يكن مرناً لذلك لم يتم تخييط الجرح، وأكتفى الجراح بربط الجرح ربطاً شديداً بضمادات، ولكن لسوء الحظ أُصيبت بغرغرينة في الساق أنهت ببيترها، مما حدا بالسيدة إلى رفع دعوى ضد الطبيب تطالب بتعويض قدره خمسمائة ألف فرانك، وصدر الحكم لها بتعويض قدره مائتي ألف فرنك بعد أن أدانت الجراح، حيث قررت في حكمها أن مجرد الإقدام على إجراء عملية جراحية ذات خطورة حقيقية على عضو سليم لمجرد تحسينه دون أن تعود بنفع على صحة المريض الذي أُجريت له يعتبر في حد ذاته خطأ يستوجب المسؤولية"^٢. وسبب هذا الحكم ضجيجاً واحتجاجاً شديداً في الأوساط الطبية، حيث إعتبروا هذا الحكم عائقاً لجراحات التجميل بالرغم من أهميتها، فتصدت نقابة محاماة تولوز لهذا الإتجاه وتدخلت نقابة الجراحين في الدعوى، وطالبت بإلغاء الحكم المستأنف بإعتبار أن الجراح لم يرتكب خطأ وقام بإجراء العملية في ظروف جائزة من الناحية الفنية، إلا أن محكمة إستئناف باريس أيدت الحكم الابتدائي ورفضت تدخل النقابة، حيث إعتبرت أن الجراح مسئولاً بسبب إجرائه العملية بالرغم من أنه لم ينسب إليه خطأ من جانبه، وأنه يجب إقامة الأدلة على وجود خطأ ينسب إليه لكي يقضي بمسئوليته، فلا يكون مخطئاً إذا أجرى جراحة على عضو سليم تعرض لخطر جسيم حقيقي، وكان هدف الجراح من إجراء هذه الجراحة إصلاح أو تجميل^٣، وإعتبر هذا الحكم نقطة تحول في إتجاه القضاء الفرنسي بالنسبة لمشروعية جراحات التجميل، حيث قررت محكمة الإستئناف أن إجراء الجراحة لا يعتبر خطأ موجب للمسئولية حتى وإن كانت الجراحة خطيرة على جسم الشخص^٤، عكس ما جرى عليه القضاء الفرنسي. وفي حكم آخر

١ محكمة النقض الفرنسية حكما الصادر ١٩٧٠/١/٢٧، نشرة أحكام النقض الدائرة المدنية، ١٩٧٠/١/٣٧.

٢ حكم محكمة السين الفرنسية، بتاريخ ١٩٢٩/٢/٢٥، جرننت ١٩٢٩ - ١ - ٤٢٤.

٣ د.حسن الإبراشي، مرجع سابق، ص ٢٩٤.

٤ C. A. Pâris, 12 Mars 1931, D.H. 1931, P. 259-5-1931, 2, P. 129, note

H.perr au .

صادر من محكمة إستئناف باريس بتاريخ ١٦/٦/١٩٩٥ حيث قررت أنه على الجراح التجميلي أن يفرض للمريض بمخاطر العملية المحتملة والآثار المترتبة عليها خاصة الندبات والتشوه الناتج عن ألتام الجرح ويحصل على رضائه الحر المستتير بعد أن يشرح له بطريقة مبسطة ميسورة الفهم عن جميع النتائج المتوقعة عادة للجراحة التي سيقوم بها، كما يجب عليه أن يرفض القيام بالجراحة عندما يكون هناك عدم تناسب واضح بين المخاطر المتوقعة والنتائج المرجوة منها^١.

كما أصدر مجلس الدولة الفرنسي بتاريخ ١٥/٣/١٩٩٦ حكماً في قضية خاصة بمريضة أذعت على الجراح التجميلي أنه لم يبصرها بخطر تكوين ندبات واضحة بعد العملية. لكن محكمة الإستئناف الإدارية رفضت أدعاء السيدة أستناداً الى أن الخطر المنوه عنه هو خطر إستثنائي، ولكن قامت السيدة بنقض هذا الحكم وصدر الحكم لصالحها على سند أنه في مجال التجميل يجب على الطبيب أن يتحمل بالتزاماً واسعاً وخصوصاً تجاه مريضه^٢.

مما سبق نرى أن القضاء الفرنسي الحديث شأنه شأن الفقه الفرنسي فقد أقر بمشروعية جراحات التجميل، حيث أن الجراح التجميلي يقوم بإصلاح عيوب شكلية أو تشوهات بالمريض، وذلك بهدف تحسين حالته النفسية وتحقيق التوازن النفسي والعقلي له، ليصبح عضواً منتجاً في المجتمع مما يعود بالنفع عليه، وحيث أنه تتوافر للفرد وللمجتمع مصلحة من إجراء هذه الجراحات التجميلية وأن هذه المصلحة يقرها القانون، إذاً فهي مشروعة.

المطلب الثاني

موقف القضاء المصري من الجراحات التجميلية

إتخذ القضاء المصري من الجراحات التجميلية موقفاً مماثلاً للجراحات العادية، حيث أقر بأن إلتزام الجراح التجميلي مماثل لإلتزام الجراح العادي مع زيادة العناية والرعاية المطلوبة في جراحات التجميل حيث أن هدفها ليس علاج مريض من مرض أو داء في جسمه وإنما تهدف إلى إصلاح تشوه أو عيب ليس فيه خطورة أو ضرر على حياته^٣. حيث أجاز القضاء المصري من جانبه عمليات التجميل، وقد عرضت عليه قضية حكم فيها عام ١٩٣٣، المدعي فيها موظفاً بوزارة العدل أصيب بدمل في مؤخرة العنق وقد إلتئم تاركاً أثراً

١ محكمة إستئناف باريس في ١٦/٦/١٩٩٥، عن د. جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

٢ حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٥/٣/١٩٩٦، عن د. جابر محجوب علي، مرجع سابق، ص ٣٠٦.

٣ د. سمير عبد السميع الأودن، مسؤولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم مندياً وجنائياً وإدارياً، الإسكندرية، مصر، ص ٣٤١.

عبارة عن قطعة صعبة في مؤخرة العنق من اللحم، جعلت منظره مشوهاً، فلجأ الى أحد الأخصائيين في الأمراض الجلدية الذي قام بعلاجه ثم نصحه بعدها بالتوجه الى طبيب متخصص في الأشعة، الذي قام بعلاجه بأشعة أكس ونتج عنها تفتح الجلد بتأثير الأشعة ثم أصيب بتقيح جلدي، فقام المدعي برفع دعواه ضد الطبيب طالبا بتعويض عما لحقه من ضرر، وقدم تقرير الخبير الذي أثبت أن القرحة الناشئة بسبب حرق من أشعة إكس، وقدم تقريراً آخر من إخصائي في الأشعة قرر فيه أنه يستحيل الجزم بأن الحروق المتواجدة في مؤخرة العنق نشأت عن أشعة أكس، أو أنها أشرت في إحداث هذا الأثر وأن الجرعات التي أعطيت من الأشعة مناسبة وطبيعية، ولكن المحكمة أخذت بالتقرير الأخير وقررت أن الطبيب غير مسئول عن نتيجة العلاج إلا إذا ثبت أنه ارتكب خطأ فني، وقد أتضح أن الطبيب أتبع الطرق الفنية المعروفة ولم يحدث خطأ من جانبه يوجب المسؤولية، لذا قضت المحكمة برفض الدعوى، وألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم بتاريخ ١٩٣٥/١/٣١ وقضت مبلغ خمسمائة جنيه كتعويض لما ثبت لها من خطأ الطبيب من أنه عهد الي ممرض وممرضة بمزاولة بعض جلسات الأشعة على المريض وكذا وجود خطر بالجهاز من حيث وضع المرشح وتقريب المسافة من الجلد وأن وجود القرحة عند بداية العلاج كانت تقتضي تأجيله، وتأييد الحكم المستأنف من محكمة النقض في ١٩٣٦/٦/٢٢. هذا ولم تتناول القضية مدى حق الطبيب في اجراء العلاج لمجرد التجميل الأمر الذي نرى معه أن المحكمة إعتبرت حق الطبيب في إجراء العلاج من الأمور المسلم بها ولا تحتاج لمناقشة أو بحث. كما قررت محكمة إستئناف مصر عام ١٩١٣ بعدم التفرة بين جراحة التجميل والجراحة العادية بل أخضعت كلاهما لحكم القواعد العامة في المسؤولية مع التشدد في إلزام جراح التجميل حيث أن هدف هذه الجراحات ليس علاجياً^٢. هذا وعرضت قضية أخرى عام ١٩٦٩ على محكمة النقض المصرية تتلخص وقائعها في أن سيدة تعاني من ترهلات في جلد الذراعين فقصدت أحد الجراحين الذي نصحها بإجراء جراحة في مكان غير ظاهر ولايترك أثراً بالجلد بعدها، فوافقت السيدة ولكن بعد إجراء الجراحة كانت النتيجة عكسية وحدث تشوه ظاهر في الذراعين، فرفعت السيدة دعوى تطلب التعويض من الطبيب عما لحقها من أضرار أدبية ومادية، ولكن الطبيب دفع بإتباعه الأصول العلمية والفنية، وأن سبب إتساع الجرح في الذراع الأيمن هو إشتباهه بوجود ورم خبيث فقام بإزالته بالكامل، مما جعله

١ حكم محكمة مصر في ١٩٣٣/٥/٣٠، والإستئناف في ١٩٣٥/١/٣١، والنقض في ١٩٣٦/٦/٢٢، مجلة المحاماه، س١٦، بند ٣٣٤، ص٧١٣-٧١٤.

٢ د.منذر الفضل، مرجع سابق، ص٨٤.

يلجأ الى عملية الترقيع، وهذا ما أثبتته تقرير الخبير أيضا من إتباع الطبيب الأصول الفنية والطبية وأنه إشتبه في وجود ورم سرطاني فقام بإستئصاله كاملا، ولذلك رفضت محكمة أول درجة الدعوى إستنادا الى تقرير الخبير وعدم وجود خطأ من جانب الطبيب. وإستأنفت الضرورة الحكم وقدمت تقريرا من طبيب إستشاري إنتهى الى أن الجراح لم يلتزم بالأصول الفنية الى جانب إرتكابه لعدة أخطاء أثناء إجراء الجراحة وأدى ذلك لتشوه جسم المدعيه، وأستعانت محكمة الإستئناف بخبيرا طبيا لبحث ذلك أنتهى الى عدم توافر أي خطأ من جانب الطبيب وأن التشوه الحادث يرجع الى طبيعة جلد السيدة وهو ما لايمكن توقعه قبل إجراء العملية، وأن إستئصال الورم هو الذي دفعه الى الترقيع بالذراع اليمنى لتغطية الجزء المستأصل.. مما دفع محكمة الإستئناف الى رفض الطعن وتأييد الحكم الإبتدائي برفض التعويض. وقامت الضرورة بنقض الحكم أمام محكمة النقض التي قبلت الطعن ونقضت الحكم المطعون عليه وقررت المحكمة أن مسؤولية الطبيب ونائبة هي مسئولية عقدية وإلتزام الطبيب هو إلتزام ببذل عناية وليس إلتزاما بتحقيق نتيجة، وأن العناية المطلوبة تقتضي أن يبذل الطبيب لمريضه جهودا صادقة يقظة تتفق في غير الأصول الإستثنائية مع الأصول المستقرة في علم الطب، فيسأل الطبيب عن كل تقصير في مسلكه الطبي لايقع من طبيب يقظ في مستواه المهني وجد في نفس الظروف الخارجية التي احاطت بالطبيب المسئول، وأضافت المحكمة بصدد تحديد الطبيعة الخاصة بجراح التجميل حيث أشارت الى أن "جراح التجميل وإن كان كغيره من الأطباء لا يضمن نجاح العملية التي يجريها إلا أن العناية المطلوبة منه أكثر منها في أحوال الجراحة الأخرى، إعتبارا بأن جراحة التجميل لايقصد منها شفاء المريض من علة في جسمه وإنما إصلاح تشويه لايعرض حياته لأي خطر". وبالنسبة لعبء الإثبات قررت المحكمة أنه "إن كان إلتزام الجراح هو إلتزاما ببذل عناية خاصة فإن المريض إذا أنكر على الجراح بذله تلك العناية فإن عبء الإثبات يقع على المريض إلا إذا أثبت المريض واقعة ترجح إهمال الجراح فينتقل عبء الإثبات بمقتضى ذلك الى الجراح ويتعين عليه لكي يدرأ المسؤولية عن نفسه أن يثبت قيام حالة الضرورة التي إقتضت الترقيع والتي من شأنها أن تنفي عنه وصف الإهمال^١.

١ نقض م. ١٩٦٩/٦/٢٦، طعن ١١١، س ٣٥، مجموعة أحكام النقض، س ٢٠، رقم ١١٦، ص ١٠٧٥.

وبذلك نجد أن منهج القضاء المصري بشأن مشروعية جراحة التجميل والذي ينعكس في وضع هذه المشروعية في إطار القواعد العامة للمسئولية الطبية، فالإلتزام الطبيب التجميلي هو الإلتزام ببذل عناية شأنه شأن غيره من الأطباء والجراحين بصفة عامة، إلا أنه تشدد بالنسبة للعناية المطلوبة من جراح التجميل حيث تطلب عناية أكبر من اللازمة في الجراحات الأخرى، وخففت عبء إثبات الخطأ عن المريض بإقامتها قرينة بسيطة لصالحه على خطأ الطبيب.

الخاتمة

تتميز الجراحات التجميلية عن الجراحة العامة التقليدية بأن لها هدفين الأول هو البقاء على مفهوم العلاج التقليدي، أما الهدف الآخر فهو تحقيق غاية جمالية. فالعقد الطبي في جراحات التجميل يمتاز بطبيعة خاصة لبعدها عن الهدف العلاجي المعتاد في العمل الطبي والجراحي، مما يجعلها مرفوضة من قبل فقهاء القانون والقضاء وكذا الشريعة الإسلامية، حيث أن هدف الجراحة التجميلية الأساسي يتعارض مع الضوابط والأحكام الشرعية وذلك لتحريم كل عمل يؤدي إلى المساس بالكيان المادي للإنسان وهو جسده، وكذا تحريم التغيير في الملامح الطبيعية والخلقة التي أوجدنا الله عز وجل عليها.

ويوصي الباحث الآتي :

- ١- نهيب بالمشروع المصري أن يضع هذه الجراحات محل إعتبار ويكمل التشريعات التي تنظم حماية جسم الإنسان في مواجهة صور التدخل الطبي والجراحي وتطبيق الصادر منها والذي يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية. فعلى المشروع تنظيم الجراحات التجميلية العلاجية بنصوص خاصة محددة وصريحة والتي تختلف عن الجراحات التجميلية البحتة، وذلك لتفادي ممارسة الأخيرة على أنها نوع من أنواع الجراحة يندرج تحت تخصص الجراحة العلاجية.
- ٢- تبني سياسة تشريعية مشددة بحيث لا يجري هذه الجراحة إلا من كان متخصصاً وذو خبرة كافية.
- ٣- التشدد في الإلتزامات التي تقع على عاتق الجراح والمستشفى فيجب بذل العناية اللازمة والتي تصل إلى تحقيق الغاية من الجراحة التجميلية، وضرورة تبصر وتوعية المريض بكافة المخاطر التي تحدث بإجراء الجراحة التجميلية.

المراجع العربية والاجنبية

المراجع العربية:-

الكتب والمؤلفات التخصصية:

- د. ابراهيم على حماوى الحليوسي: " الخطأ المهني والخطأ العادي فى إطار المسؤولية الطبية (دراسة قانونية مقارنة)، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، سنة ٢٠٠٧.
- د. الحسيني عبد اللطيف: " المسؤولية المدنية عن الأخطاء المهنية"، الشركة العالمية للكتاب لبنان سنة ١٩٨٧، طبعة أولى.
- د. أحمد محمد على الفيومي: " المقرئ المصباح المنير"، ط ١، مكتبة لبنان، بيروت سنة ١٩٨٧.
- د. أسعد عبيد الجميلي: " الخطأ فى المسؤولية الطبية، دراسة مقارنة"، ط ٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، سنة ٢٠١١.
- د. أنور سلطان: " مصادر الالتزام فى القانون المدني الأردني"، دار الثقافة، طبعة ٣، سنة ٢٠٠٢.
- د. حنا منير رياض: " الخطأ الطبي الجراحي (فى الشريعة الإسلامية والقوانين العربية والأوروبية والأمريكية)"، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، سنة ٢٠٠٨.
- د. رجب كريم عبد اللاه، المسؤولية المدنية لجراح التجميل، دار النهضة، القاهرة، بدون تاريخ.
- د. طلال العجاج، المسؤولية المدنية للطبيب (دراسة فقهية مقارنة)، ط ١، عالم الكتب الحديثة للنشر والتوزيع - إربيد - الأردن سنة ٢٠١١.
- د. عبد الرازق السنهوري: " الوسيط فى شرح القانون المدني"، العقود الواردة على العمل، دار النهضة العربية، القاهرة سنة ٢٠٠٤.
- د. عبد السلام التونجي: " المسؤولية المدنية، مسؤولية الطبيب فى القانون المقارن"، الطبعة الثانية، سنة ١٩٧٥.
- د. عدلي خليل: " الموسوعة القانونية فى المهن الطبية، دار النهضة العربية - القاهرة، ط ٩، سنة ١٩٨٩.
- د. كامل رمضان جمال: " مسؤولية الأطباء والجراحين المدنية، المركز القومي للإصدارات القانونية، مصر، سنة ٢٠٠٥.

- د. ماجد عبد الحميد طهبوب، جراحة التجميل بين المفهوم الطبي والممارسة، مطبعة المنظمة الإنسانية للعلوم الطبية، (بدون تاريخ).
- د. محمد إبراهيم الحفناوي: "نظارات في أصول الفقه"، دار الحديث للنشر والتوزيع.
- د. محمد السعيد رشدي: "عقد العلاج الطبي"، مكتبة سيد عبد الله وهبه، القاهرة، سنة ١٩٨٦.
- د. محمد حسين منصور: "مصادر الالتزام"، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت، سنة ٢٠٠٠.
- د. محمد سامي الشوا: "الحماية الجنائية للحق في سلامة الجسم. بدون تاريخ
- د. محمد صبري السعدي: "شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات"، ج ١، (العقد والارادة المنفردة)، دار الهدى- الجزائر، سنة ٢٠٠٤.
- د. محمد عثمان شبير: "أحكام جراحة التجميل في الفقه الإسلامي، كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت.
- د. محمود محمد عبد العزيز الزيني: "مسئولية الأطباء عن العمليات التعويضية والتجميلية والرتق العذري في الشريعة الإسلامية والقانون الوصفي"، الناشر مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، مصر، سنة ١٩٩١.
- د. محسن البيه: "خطأ الطبيب الموجب للمسئولية المدنية في ظل القواعد القانونية التقليدية"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، سنة
- د. منذر الفضل: "المسئولية الطبية في الجراحة التجميلية، دراسة مقارنة"، ط ٣، دار الثقافة، عمان، الأردن، سنة ٢٠١٢.
- د. منير رياض حنا: "المسئولية الجنائية للأطباء والصيداللة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، سنة ١٩٨٩.
- د. مهند صلاح محمد فتحي العزة: "الحماية الجنائية للجسم البشري في ظل الاتجاهات الطبية الحديثة، د. ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، سنة ٢٠٠٢.
- د. وديع فراج: "مسئولية الأطباء والجراحين المدنية"، ط ١، مجلة القانون.
- رسائل الماجستير**
- رشيدة مشروك: "المسئولية المدنية في مجال الجراحة التجميلية"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة البويرة، الجزائر، سنة ٢٠١٥.

- سامية بوميدين: " الجراحة التجميلية والمسئولية المدنية المترتبة عنها "، رسالة ماجستير، كلية الحقوق . جامعة مولود معمري، الجزائر، سنة ٢٠١١.
- سلطان الجمال : " معصومية الجسد فى ضوء المفرزات الطبية الحديثة"، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ٢٠٠٠.
- صحراء داودي : " مسئولية الطبيب فى الجراحة التجميلية "، مذكرة مقدمة من اجل درجة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم الاقتصادية، جامعة قاصدي مرباح، الجزائر سنة ٢٠٠٥.

رسائل الدكتوراة

- د. أحمد محمود ابراهيم سعد: " مسئولية المستشفى الخاص عن اخطاء الطبيب ومساعديه "، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ١٩٨٣.
- د. أحمد دعيش: " عبد الرازق بولنوار، التزام الطبيب بإعلام المريض"، م. ن. ق. ع. س، ع. خ - ١، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو - الجزائر، سنة ٢٠١١.
- د. حبيبة سيف سالم راشد الشامسي : " النظام القانوني لحماية جسم الانسان، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، سنة ٢٠٠٥.
- د. حسن زكي الإبراشي : " المسئولية المدنية للأطباء والجراحين، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٥١.
- د. فائق الجوهري : " المسئولية الطبية فى قانون العقوبات "، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة ١٩٥١.
- د. محمد سالم حمد ابو الغنم : " المسئولية المدنية عن عمليات التجميل "، رسالة لنيل الدكتوراه فى الحقوق، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ٢٠١٠.
- د. محمد سامي الشواء : " الحماية الجنائية للحق فى سلامة الجسم، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، سنة ١٩٨٦.
- د. محمد عادل عبد الرحمن : " المسئولية المدنية للأطباء، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ١٩٨٥.
- د. وفاء شيعاوي، المسئولية المدنية للطبيب فى الجراحة التجميلية، م. ن. ق. ع. س، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو الجزائر، سنة ٢٠٠٨.

المراجع العامة

- د. أنور أبوبكر هواني: "مدى شرعية جراحة التجميل ومسئولية الأطباء"، دار الكتب القانونية، القاهرة، ١٩٩٦.
- د. حسام الدين كامل الأهواني: "المشكلات القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، سنة ١٩٩٥.
- د. رجب كريم عبد اللاه: "المسئولية المدنية لجراح التجميل، دراسة مقارنة"
- د. سليمان مرقس:
- الوافي فى شرح القانون المدني فى الالتزامات، نظرية العقد والارادة المنفردة، المجلد الأول، الطبعة الرابعة، مطبعة السلام، القاهرة، سنة ١٩٨٧.
 - الوافي فى شرح القانون المدني فى الالتزامات، فى الفعل الضار والمسئولية المدنية، المجلد الثاني، القسم الثاني فى المسئوليات المفترضة، الطبعة الخامسة، ايريني للطباعة، مطبعة السلام، القاهرة، سنة ١٩٨٨.
- د. سمير عبد السميع الأودن: "مسئولية الطبيب الجراح وطبيب التخدير ومساعدتهم، مدنياً، وجنائياً وإدارياً"، منشأة المعارف الاسكندرية، سنة ٢٠٠٤.
- النووي: شرح صحيح مسلم للعلامة بن زكريا بن شرف بن مري بن حسين الحزامي الحوراني النووي، المطبعة المصرية الأزهرية، طبعة سنة ١٣٤٧هـ.

المعاجم

- د. محمد قلعة جى: "معجم لغة الفقهاء"، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، سنة ١٩٨٥.

المراجع الشرعية:

- ابن ماجه ٢٧٣ هـ
- ابن العربي: أحكام القرآن للإمام أبي بكر محمد بن عبدالله "المعروف بابن العربي"، أمام وفقهيه من المالكية، دار إحياء الكتب العربية، طبعة سنة ١٣٧٦هـ.
- أبو داود: سنن أبي داود للإمام الحافظ أبي سليمان بن الأشعث السجستاني الأزدي، ط ١، المطبعة النازية، طبعة سنة ١٣٩٤.

الابحاث والمحاضرات والمؤتمرات

- د. جابر محجوب على: "بحث فى المسئولية الناشئة عن عدم إحترام الطبيب لإرادة المريض، جامعة جرش، الأردن .

- د. حسن بدران: رئيس قسم جراحة التجميل بجامعة عين شمس عن جريدة الإسراء بتاريخ ٢٠٠٥/٨/١٨ نقلاً (محمد سالم حمد ابو الغنم/المسئولية المدنية)
- الموسوعة الطبية الحديثة لمجموعة من الأطباء ج٣/ط٢، العالمي، مصر، سنة ١٩٧٠.
- د. حسام الدين الأهواني: "المشاكل القانونية التي تثيرها عمليات زرع الأعضاء البشرية":
- مجلة القانون والاقتصاد، س ٦، ملحق العددين السادس والسابع.
 - مجلة العلوم القانونية والاقتصادية السنة السابعة العدد الأول يناير ١٩٧٥.
- د. وديع فرج: مسئولية الأطباء والجراحين المدنية، مجلة القانون والاقتصاد العددان الرابع والخامس، السنة الثانية عشرة، ابريل ومايو، سنة ١٩٤٢.

المواقع الالكترونية

- د. تيسير حسون: عليات التجميل من الناحية النفسية انظر:
<http://www.hayatnafs.com/kadaya-nafsia-ijtema3iayplasticsurgeryEpsychiatry.htm>.
- د. حنان بنت حسين حسنتية: القواعد والضوابط الحاكمة لعمليات التجميل، مؤتمر الفقه الإسلامي الثاني تحت عنوان "قضايا طبية معاصرة" المنعقد بجامعة الامام محمد بن سعود الإسلامية في ٢٣-٢٥/١١/١٤٣٠هـ. انظر الموقع:
<http://www.staff.imamu.edu.sa/events/conference/reseashe/pages/res17.aspx>
- د. رجاء محمد عبد المعبود محمددين: الضوابط القانونية والأخلاقية لجراحة التجميل:
<http://tai-imanu-edu.sa/events/conference/reseashe/res6/pages>
- د. عبد الله زقيل: حكم عمليات جراحة التجميل
 انظر الموقع:
<http://www.saaid.net/Doat/Zugail/36.htm>
<http://fqh.islammessage/NewsDetails.aspx?id=4860>
- هاني بن عبد الله محمد الجبير: الضوابط الشرعية للعمليات التجميلية، ورقة عملية مقدمة لندوة العمليات التجميلية بين الشرع والطب.
 أنظر الموقع:
<http://www:Tajmeel.org.com>.

القوانين

- قانون اخلاقيات مهنة الطب النفسي الصادر في ٢٨ يونيو ١٩٧٩ / مادة (٧).

الاحكام القضائية

- قرار محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٤ / ٣ / ١٨٩٥.
- حكم محكمة سانت كانتان ١٦ / ٤ / ١٨٩١.
- نقض مدني رقم ١٦ / ٦ / ١٨٩٦.
- C A. Pâris, 12 Mars 1931, D.H. 1931, P. 259-5-1931, 2, P. 129, note H. Perrau .
- Lyon-17-11-1904.5-1907-2-233.
- محكمة ليون في ٣ / ١ / ١٩٣٦، دالوز ١٩٣٦-١-١٢٧ عن د. محمد السعيد رشدي الجوانب القانونية والشرعية لجراحة التجميل.
- محكمة استئناف ليون في ٢٧ مايو ١٩٣٦، دالوز الاسبوعي ١٩٣٦ - ٤٦٥ وسبري ١٩٣٦-٢-٢٣٤ وجازيت دي باليه ١٩٣٧-٢-٤٢٨
- حكم محكمة ليون، بتاريخ ٤ / ٣ / ٢٠٠٢

المراجع باللغة الفرنسية:

- 1- Banzet P. et Fabre H.: Le chirurgien plasticien face aux juges, chirurgie plastique, reconstructive et esthétique, Ellipses, 1996, P.16. Doll, art. Préc., P. 647.
- 2- Derobert L. : Droit médicate et décontologie médicale, Masson, 1974, P.295.

**الحماية الجنائية للبيانات الشخصية
للمستهلك الإلكتروني
(دراسة مقارنة)**

اعداد

الدكتورة/ بركات كريمة

مقدمة:

شهدت التجارة الالكترونية في العالم تحولا جذريا نتيجة للتقدم الحاصل في تقنيات المعلومات والاتصالات، حيث تمثل الأنترنت^{٧٢٣} قمة ما انتجه هذا التطور من تقنيات، فقد تضاعف استخدام هذه الشبكة في القطاع التجاري واستطاعت أن تجمع مناطق متباعدة ومتفرقة في العالم في سوق الكترونية عالمية. وأسهمت الأنترنت في تغيير الطريقة التي تتم بها المعاملات والصفقات التجارية، وأصبحت المعاملات التجارية الالكترونية تتم عن طريق عقود اصطلح عليها بالعقود الالكترونية. ولا شك أن هذه الأخيرة تتعلق بسلع وخدمات وتتم بين مورد ومستهلك من خلال الاطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات، والتي تتم باستخدام وسائل الاتصال الالكترونية حتى إتمام التعاقد.

يمتاز العقد الالكتروني بخصوصية تتركز في انعقاده وإثباته وتنفيذه، بدون التواجد المادي للأطراف عبر شبكة الأنترنت عن طريق مجلس واحد حكومي كما أن الطابع الدولي الذي يتسم به هذا العقد يثير العديد من الاشكالات القانونية، كإشكال بيان كيفية التحقق من شخصية المتعاقد، وحقيقة مركزه المالي، ومشكلة تحديد النظام القانوني للعقد...إلخ. ونظرا لهذه الخصوصية فإن المستهلك الالكتروني يعتبر طرفا ضعيفا، وذلك مقارنة بالمهني الطرف الأقوى اقتصاديا.

بالرغم ما يوفره العقد الالكتروني من مزايا تساعد على توفير الوقت والجهد والنفقات في مختلف المعاملات، إلا أنه محاط أيضا بمخاطر كثيرة مادية ومعنوية تهدد المستهلك الالكتروني تتمثل في امكانية المساس بحرمته الخاصة من خلال الاطلاع على بياناته الاسمية أو تلافها وأيضا المخاطر التي تترتب بالمستهلك أثناء الدفع الالكتروني، وهو الأمر الذي يفرض توفير حماية قانونية للمستهلك الالكتروني.

ومن المعروف أن العقد الالكتروني يستلزم بيانات شخصية يتم ارسالها من طرف المستهلك إلى الطرف الثاني المتعامل معه في اطار التأكيد على عملية البيع مثلا، وقد تكون هذه المعلومات عبارة عن بيانات اسمية، كما قد تشتمل مقر إقامة المستهلك،

٧٢٣- فقد كان أول استخدام للأنترنت في مجال التجارة الالكترونية عام ١٩٩٣ عندما ظهرت شبكة الويب (www) والتي تعتبر اختصارا لكلمات world wide web، حيث اكتسحت الشبكة كل مجالات التجارة الالكترونية ولم تعد تقتصر على بيع السلع فقط، حيث امتدت لتشمل قطاع الخدمات بما يحتويه من أعمال كالتعاملات المالية وخدمات التأمين، وولوجها عالم السياحة والأسفار من خلال تقديم خدمات حجز تذاكر السفر والإقامة...إلخ، حيث غطت جميع اتجاهات التجارة الالكترونية والتي يمكن تعريفها على أنها ممارسة النشاط والعمل التجاري من خلال وسائل إلكترونية وهي تشمل بهذا المعنى الأنشطة التجارية بأنواعها المختلفة الموجودة في الوقت الحاضر وما سيحدث مستقبلا وتستوعب في الوقت نفسه أي وسيلة الكترونية أخرى تبتكر في المستقبل بفعل التطور التكنولوجي ودون التقييد بوسيلة معينة فقط.

وطبيعة العمل الذي يقوم به وغير ذلك من البيانات التي لا يرغب المستهلك في الكشف عنها للغير، لذا أقرت معظم التشريعات الدولية والوطنية ضرورة توفير الحماية القانونية لهاته البيانات السرية من الاشهار بها أو الاعتداء عليها لدرجة أن المساس بها قد يشكل جريمة من جرائم التجارة الالكترونية.

وعليه فإننا نجد تشريعات التجارة الالكترونية تضمنت نصوصا قاطعة في شأن تجريم أفعال بعينها سميت بجرائم الأنترنت، بهدف حماية مصلحة المستهلك في عقد التجارة الالكترونية. فعلى مستوى الاتحاد الأوروبي حرص المجلس الأوروبي للتصدي للاستخدام غير المشروع لشبكات المعلومات تجلى ذلك في اتفاقية بودابست الموقعة في ٢٣ نوفمبر ٢٠٠١ المتعلقة بالإجرام المعلوماتي.

كما عالجت فرنسا هذه المشكلة من خلال سن التشريعات وكان ذلك ابتداء من ٦ جانفي ١٩٧٨، إذ أصدرت قانون يسمى نظم المعالجة الرقمية والحرية ليعقبه صدور مرسوم في ٢٥ ديسمبر ١٩٨١ يوحد بعض المخالفات المرتبطة بمجال المعلوماتية لتصدر في عام ١٩٨٨ قانون لحماية نظم المعالجات الآلية للبيانات، كما أصدرت قانونا جديدا عدل بعض أحكام قانون ١٩٨٨ وذلك في سنة ١٩٩٤، حيث أدمج هذا القانون في قانون العقوبات الفرنسي وأصبح يشكل بابا جديدا هو الباب الثاني من الكتاب الثاني من القسم الثاني ليعالج بعض الجرائم المعلوماتية، ودون أن ننسى القانون رقم ٥٧٤/٢٠٠٤ المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي^{٧٢٤}.

وأصدر المشرع الجزائري بدوره العديد من النصوص القانونية لحماية المستهلك بدءا من القانون المدني^{٧٢٥} بالإضافة إلى قانون العقوبات^{٧٢٦} وصولا إلى النصوص الاستهلاكية وصولا إلى القانون رقم ٠٣-٠٩ المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش^{٧٢٧}، والقانون رقم ٠٥-١٨ المتعلق بالتجارة الالكترونية^{٧٢٨}.

٧٢٤ - Loi N°2004/574 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'Economie Numérique.

<http://www.legifrance.gouv.fr>

٧٢٥ - أمر رقم ٥٨-٧٥ مؤرخ في ٢٦ سبتمبر ١٩٧٥ يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، العدد ٧٨، الصادر في ١٩ ديسمبر ١٩٧٥، وعدل وتمتم بالقانون رقم ٠٥-٠٧ المؤرخ في ١٣ أفريل ٢٠٠٧، ج ر العدد ٣١ الصادر في ١٣ أفريل ٢٠٠٧.

٧٢٦ - أمر رقم ١٥٦-٦٦ مؤرخ في ٨ يونيو ١٩٦٦، يتضمن قانون العقوبات معدل ومتمم، بالقانون رقم ٠٢-١٦ مؤرخ في ١٩ يونيو ٢٠١٦، ج ر العدد ٣٧ الصادر في ٢٢ يونيو ٢٠١٦.

٧٢٧ - قانون رقم ٠٣-٠٩ مؤرخ ٢٥ فيفري ٢٠٠٩، ج ر العدد ١٥، الصادر في ٨ مارس ٢٠٠٩، معدل ومتمم بالقانون رقم ٠٩-١٨ المؤرخ في ١٠ يونيو ٢٠١٨، ج ر العدد ٣٥ الصادر في ١٣ يونيو ٢٠١٨.

٧٢٨ - قانون رقم ٠٥-١٨ مؤرخ في ١٠ مايو ٢٠١٨، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر العدد ٢٨ الصادر في ١٦ مايو ٢٠١٨.

سنحاول من خلال هذه الورقة البحثية التركيز على ما يوفره التشريع الجزائري من حماية جنائية للبيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني (مقارنة بالتشريع الفرنسي) خاصة وأنه المتعامل الضعيف في حلقاتها كثيرا ما يتعرض للغش والتحايل عند إبرام العقود الإلكترونية وتنفيذها، في الوقت الذي تكون فيه الأدوات القانونية على المستوى المحلي والدولي قاصرة على حمايته. وما يزيد الأمور تعقيدا من الناحية القانونية، كون العلاقة التعاقدية عبر الأنترنت هي علاقة عابرة لحدود الدول، تتضمن في غالب الأحيان عنصرا أجنبيا، وتكرس المبدأ القائل بأن عقود التجارة الإلكترونية تشبه بالنسبة للمستهلك "عقود الاذعان" المتعارف عليها مدنيا.

ونسعى من خلال هذه الدراسة إلى بيان مدى حاجة المستهلك للحماية الجنائية لبياناته الشخصية في إطار التجارة الإلكترونية، وبيان القواعد القانونية في التشريع الجزائري التي توفر هذه الحماية، وبيان أوجه القصور في هذا التشريع بخصوص توفير هذا النوع من الحماية. ترتيبا لما سبق ذكره، فإن الإشكالية تدور حول:

كيف نظم المشرع الجزائري حماية البيانات الشخصية للمستهلك جنائيا في مجال التجارة الإلكترونية، وذلك مقارنة مع المشرع الفرنسي؟

سوف نقسم هذه الورقة البحثية إلى مبحثين، بحيث نخصص المبحث الأول إلى الإطار المفاهيمي للبيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني، بينما نخصص المبحث الثاني للجرائم الماسة بالبيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني.

المبحث الأول: الإطار المفاهيمي للبيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني

تثير التجارة الإلكترونية مشكلات عديدة بشأن توفير الحماية القانونية للمستهلك عند قيامه بالتعاقد الإلكتروني، ومن أهم هذه المشكلات تلك المتعلقة بحمايته من الاطلاع على بياناته الاسمية أو الشخصية التي يقدمها قبل أو أثناء عملية إبرام العقد، كما يتم الوصول إلى البيانات الشخصية للمستهلك عن طريق تتبع استخدامه للأنترنت للكشف عن رغباته، ولذلك كان المستهلك في حاجة لتوفير حماية قانونية للبيانات الاسمية أو الشخصية.

سنتناول في هذا المبحث تحديد مفهوم البيانات الشخصية (المطلب الأول) وأهم الوسائل الإلكترونية المستعملة في تحريك البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني (المطلب الثاني)، ثم الإطار التشريعي للحماية الجنائية لبيانات المستهلك الشخصية (المطلب الثالث).

المطلب الأول: مفهوم البيانات الشخصية

اختلف الفقه القانوني بخصوص تحديد مفهوم البيانات الشخصية، وعلى اعتبار أن هذه الأخيرة جزء لا يتجزأ وأساسي من الحق في الخصوصية^{٧٢٩} فسوف نتطرق بداية إلى تعريف الحق في الخصوصية.

لا شك أن الحق في الخصوصية يعد مفهوما صعب التعريف بشكل دقيق، حيث لا يوجد تعريف موحد للحق في الخصوصية، لكن هناك اتجاه فقهي يلجأ إلى تحديد عناصر الحق في الخصوصية بشكل مفصل . والحق في الخصوصية ينظر إليه كالحق باحترام الحياة الخاصة التي تسمح للشخص باختيار ضمن أي ظروف وإلى أي مدى يقبل أن يفتح على الآخرين^{٧٣٠}. فقد عرف جانب من الفقه الحق في الخصوصية بأنه الحق في الخلوة فمن حق الشخص أن يظل مجهولا غير معروف عند الناس، بعيدا عن حب استطلاعهم ونظرتهم، أو هو حق الشخص في أن نتركه يعيش وحده، يعيش الحياة التي يرتضيها دون أدنى حد للتدخل^{٧٣١}.

كما يعرف المؤلف الأمريكي "ويستن" في كتابه الخصوصية والحرة خصوصية المعلومات بأنها حق الفرد في تحديد متى وكيف وإلى أي مدى تصل المعلومات عنهم للأخرين. أما المؤلف "ميلر" في كتابه الاعتداء على الخصوصية فقد عرفها بقدرة الافراد على التحكم بدورة المعلومات التي تتعلق بهم^{٧٣٢}.

وعرف الفقيه الفرنسي "كاربوني" الحق في الحياة الخاصة بأنها "المجال السري الذي يملك الفرد بشأنه سلطة استبعاد أي تدخل للغير، وهو حق الشخص في أن يترك هادئا أي يستمتع بالهدوء، أو أنها الحق في احترام الذاتية الشخصية"^{٧٣٣}.

٧٢٩- ذكر الفقه أربعة أنواع من الخصوصية: ١- الخصوصية الجسدية أو المادية، ٢- خصوصية الاتصالات، ٣- الخصوصية الإقليمية، ٤- خصوصية المعلومات، حسين بن سعيد الغافري، "الحماية القانونية للخصوصية المعلوماتية في ظل مشروع المعاملات الالكترونية العماني"، ورقة مقدمة لمؤتمر أمن المعلومات والخصوصية والقانون في ظل قانون الأنترنت، القاهرة، يومي ٠٢-٠٤/٠٧/٢٠٠٨، ص ٠٨.

٧٣٠- علاء الدين عبد الله الخصاصنة، فراس الكساسنة، لافي محمد دراركة، "الحماية القانونية للخصوصية والبيانات الشخصية في نطاق

المعلوماتية"، كلية الحقوق جامعة اليرموك، الأردن <http://platform.almanhal.com/Reader/22241>

٧٣١- حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، (د

س ن)، ص ٤٧.

٧٣٢- نصيرة خلوي (عنان)، الحماية القانونية للمستهلك عبر شبكة الأنترنت دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع مسؤولية مهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، ٢٠١٣، ص ٤٤.

٧٣٣- أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دراسة مقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٤، ص

كما أنه من الصعب وضع تعريف جامع للحق في الخصوصية لأن هذا الحق يرتبط بالتقاليد والثقافة السائدة والنظام السياسي في كل مجتمع، كما أنه يختلف من شخص لآخر ذلك أنه يتعلق بالمعلومات الخاصة بالشخص، حياته العاطفية والعائلية، مكان الإقامة، الوضع المالي، الحالة الصحية والمعلومات البنكية، بالإضافة إلى الانتماءات السياسية والدينية والحزبية والأدبية^{٧٣٤}.

من التعاريف السابقة نستنتج أن مفهوم الحق في الخصوصية اختلط وارتبط بمفهوم البيانات الشخصية، حيث يرى جانب من الفقه أن حماية البيانات الشخصية هي جزء من الحق في الخصوصية. ويرى اتجاه فقهي آخر أن المقصود بالبيانات الشخصية هو حق الشخص بالعزلة أو المجهولية، وهو يعد جزءاً وعنصراً من حماية الحياة الخاصة والذي يكون محله إمكانية الشخص بتقرير متى وكيف وإلى أي مدى يرغب بمشاركة الغير بهذه البيانات. ويشمل هذا الحق القدرة على مراقبة البيانات التي تم جمعها حول هذا الشخص وكيفية استعمال البيانات، حفظها، نشرها، إفشائها أو إتلافها، ذلك أن مضمون حق خصوصية البيانات الشخصية يتمثل في حق كل شخص في الحفاظ على سرية بياناته وأن تتم معالجتها بنزاهة لغايات محدودة وبشرط الموافقة المسبقة من الشخص صاحب البيانات أو بموجب نص القانون^{٧٣٥}.

ويرى جانب من الفقه القانوني ان البيانات الشخصية "هي تلك المتعلقة بالحياة الخاصة للفرد، كذلك الخاصة بحالته الصحية والمالية والمهنية والوظيفية والعائلية"^{٧٣٦}. ويرى البعض الآخر بأن البيانات الشخصية تنفرع لأنواع فهناك بيانات تتعلق بحرمة الحياة الخاصة للإنسان، وهناك بيانات تسمح برسم صورة لاتجاهاته وميوله، ومنها تلك المتعلقة باتجاهاته السياسية ومعتقداته الدينية وتعاملاته المالية والبنكية وجنسيته وهوايته^{٧٣٧}. وعرف جانب آخر من الفقه البيانات الشخصية انها "كل ما يتعلق بالمعلومات الشخصية التي تخص الشخص الطبيعي والمجال النفسي"^{٧٣٨}.

٧٣٤- علاء الدين عبد الله الخصاونه، فراس الكساسنه، لافي محمد دراركه، المرجع السابق.

٧٣٥- نفس المرجع السابق.

٧٣٦- أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، ص ٨٥.

٧٣٧- فايز الظفيري، الأحكام العامة للجريمة المعلوماتية، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، يوليو ٢٠٠٢،

ص ٣٤.

٧٣٨- خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق

والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ص ١٤١.

والبيانات الشخصية الالكترونية هي تلك البيانات التي تتعلق بالحياة الخاصة للفرد عندما تكون محلا للمعالجة الآلية، أو يتم ارسالها أو نقلها عن طريق شبكات الاتصال المختلفة، أو عبر المواقع الالكترونية. وقد اصبحت البيانات الشخصية المعالجة الكترونيا ذات أهمية على المستوى الدولي، وهذا ما جعل الامم المتحدة تتبن سنة ١٩٨٩ دليلا يتعلق باستخدام الحوسبة في عملية تدفق البيانات الشخصي ويتاريخ ١٤ ديسمبر ١٩٩٠ تبنت الهيئة العامة دليل تنظيم استخدام المعالجة الآلية للبيانات الشخصية^{٧٣٩}.

ومن هذا المنطلق وعلى اعتبار أن المستهلك الالكتروني يتمتع بالشخصية القانونية وبالتالي له الحق في الحماية القانونية لبياناته الخاصة من الوصول إلى الغير، ولذلك فكل معلومة تتعلق بحياته الخاصة -والتي يرسلها للمحترف في اطار تأكيد التعاقد- كبيانات اسمية، مقر الإقامة، طبيعة عمل المستهلك، ملابته المادية و بياناته المصرفية أو أرقام بطاقة الائتمان الخاصة به...إلخ، يجب على المحترف أن يحافظ عليها ويحفظ سريتها فيلتزم بالامتناع عن إفشائها للغير أو نشرها أو بثها أو إساءة استعمالها، كما لا يجوز له استغلالها واستخدامها إذا ما انتهت العلاقة العقدية بينه والمستهلك، ولا يحق له الاحتفاظ بها فيما وراء المدة المعلنة أو المحددة في العلاقة العقدية.

المطلب الثاني: مجال تحريك البيانات الشخصية الالكترونية

يتبادل المستهلك مع المحترف المعلومات الشخصية ضمن شبكة الانترنت بوسائل إلكترونية عديدة لعل أبرزها البريد الالكتروني ونظام التبادل الالكتروني للبيانات.

الفرع الأول: عن طريق البريد الالكتروني (E-Mail)

يعد البريد الالكتروني أهم الخدمات المتوفرة عبر شبكة الانترنت، وأكثرها شهرة واستعمالا، وهو وسيلة للاتصال والمراسلة بين الأشخاص و لتبادل المعلومات والصور والأصوات والملفات والرسوم والأغاني والبرامج...إلخ، وذلك عن طريق إرسالها من المرسل إلى عنوان البريد الالكتروني للشخص المرسل إليه أو أكثر.

ويتفوق البريد الالكتروني عن البريد التقليدي بشكل كبير، لأنه يسمح بتوجيه الرسائل من نقطة جغرافية إلى نقطة أخرى بدقة متناهية وبسرعة مذهلة قد لا تتعدى الثواني، ولا يحتاج إلى متطلبات البريد التقليدي (العادي) كالطابع البريدية أو الرسوم أو أعمال البريد،

^{٧٣٩} - Guide lines concerning Computerized Personal Data files. Adopted by the General Assembly on 14

Francesco MIANI, Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectuées December 1990.

au sein de l'union européenne, revue trimestrielle de droit européen, Dalloz, n2, 2000, p283.

ولا يخضع لرقابة الدول كما على البريد العادي، ولا يحمل في طياته مخاطر الرسائل العادية وفوق ذلك كله فهو بالمجان^{٧٤٠}.

لكن مع كل تلك المزايا يوجد للبريد الإلكتروني عيوب ولعل أهمها إمكانية طبع الرسائل من خلال الانترنت بدون موافقة صاحبها وإمكانية حذف المعلومات أو الرسائل أو تعديل محتواه، كما قد يسبب ذلك في مشاكل بين المتعاقدين مما يمكن الدخول والاطلاع عليها هذا ناهيك عن عدم الاعتراف بها كورقة رسمية في بعض التشريعات^{٧٤١}.

الفرع الثاني: التبادل الإلكتروني للبيانات

عرف قانون اليونسترال النموذجي الصادر سنة ١٩٩٦ المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة ٢/٢ /فقرة ٢ منه التبادل الإلكتروني بأنه: "نقل المعلومات إلكترونيًا من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"^{٧٤٢}.

تستخدم تقنية التبادل الإلكتروني (EDI) لغرض تبادل المعلومات والاستفسارات عن السلع وأسعارها وإصدار أوامر الشراء والاستفسار عن وقت شحنها ووصولها، ويتم إرسال العمليات التجارية بعد إعدادها وفق معيار خاص صمم لهذه التقنية^{٧٤٣}.

توجد ثلاث طرق لاستخدام تقنية تبادل المعلومات الإلكتروني لإتمام العملية التجارية

الكرونيًا:

- ١- طريقة الاتصال المباشر وهي مكلفة جدا.
- ٢- طريقة الشركات الوسيطة مباشرة، و شركات القيمة المضافة VAN^{٧٤٤}.
- ٣- طريقة الانترنت EDI/INTERNET وهذه الطريقة الأخيرة هي أقل تكلفة ولذلك لاقت رواجًا لدى الشركات المتوسطة والصغيرة.

٧٤٠- عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الأنترنت (دراسة تحليلية)، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان،

الأردن، ٢٠٠٧، ص ٣٦٥.

٧٤١- عبد الرحمن خلفي، "حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، دراسة مقارنة"، مجلة جامعة النجاح، كلية الحقوق، جامعة

بجاية، مجلد ١٣٨، ٢٠١٣، (ص من ١٠ إلى ٢٤)، ص ٢٠.

٧٤٢- قانون اليونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، الصادر عن غرفة التجارة الدولية التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة في

الجلسة ٨٥ المنعقدة في ١٦ ديسمبر ١٩٩٦. <http://www.uncitral.org/pdf/arabic>

٧٤٣- توجد معايير تستخدم لغرض تبادل البيانات الإلكترونية مثل المعيار الأمريكي ANSIX12 وهو معيار يستخدم داخل الولايات المتحدة

الأمريكية في مجال التجارة وفي المجال الحكومي، والمعيار الأوروبي EDIFACT يستخدم بين الدول الأوروبية، والمعيار EDI هو معيار

دولي تستخدمه جميع الدول لغرض تبادل البيانات إلكترونياً. نصيرة خلوي (عنان)، المرجع السابق، ص ٤٨.

٧٤٤- تعرف الشركات الوسيطة VAN أنها شركات تستأجر خطوط اتصالات من شركات الهاتف وتقدم خدمة اتصالية وربط شبكي إلى

زبائنها - وهم في الغالب شركات تجارية - لتسهيل لهم نقل البيانات الإلكترونية إلى عملائهم.

وعملها يمكن الوصول إلى البيانات الشخصية للمستهلك بطريق غير مباشر عن طريق استعمال الأفراد لما يسمى بروتوكولات الاتصال عبر الأنترنت، فالاتصال عبر هذه الشبكة بين أجهزة الحاسب لا يتم إلا عن طريق استخدام بروتوكولات موحدة، والبروتوكول TCP/IP يسمح بنقل كميات كبيرة من المعلومات بين أجهزة الكمبيوتر، ويمكن من التعرف على كل آلة مستخدمة عن طريق ما يسمى بعنوان IP^{٧٤٥}، والمعلومات الموجودة على صفحات الشبكة يتم تخزينها عن طريق لغة HTML^{٧٤٦} وتنتقل عن طريق بروتوكول HTTP، واستخدام مثل هذه البروتوكولات يفترض نقل الكثير من المعلومات، منها ما يلزم لتصفح الأنترنت، وهذه المعلومات يمكن تسجيلها كلياً أو جزئياً عن طريق من يقومون بتوفير الاتصال^{٧٤٧}.

ويمكن الوصول إلى البيانات الشخصية للأفراد عن طريق استعمال ما يسمى "بالعكك المحلى" (Cookies) وهو عبارة عن برنامج يستخدمه موقع الأنترنت لجمع معلومات خاصة عن المتعامل، ويتم إرسال هذه البرامج من الموقع لكمبيوتر المتعامل الشخصي، بحيث تقوم بوضع إطار وشكل لميوله الاستهلاكية، بحيث يقوم الموقع أو غيره باستخدامها في إرسال الدعاية لحاسب هذا الشخص والتسويق المباشر فيما بعد وفقاً لميول هذا المستهلك، ويستخدم بعض التجار البيانات الاسمية والعناوين الالكترونية عن الأنترنت لإغراق المستخدمين بالدعاية لمنتجاتهم بما قد يؤدي إلى إعاقة شبكة الاتصالات أحياناً، ويمكن استخدام المعلومات التي تمت معالجتها في غير الأغراض المخصصة لها، مما أدى إلى المطالبة إلى أن تكون المعاملات غير اسمية، وأن تكون عملية تتبع الأثر خاضعة للمراقبة. وخصوصاً أنه ظهرت جهات متخصصة في التعامل والاتجار في البيانات الشخصية المتواجدة على قواعد البيانات الخاصة ببعض الجهات^{٧٤٨}.

المطلب الثالث: الإطار التشريعي للحماية الجنائية للبيانات الشخصية للمستهلك

أثرت تقنية المعلومات على الحق في الخصوصية على نحو أظهر إمكان المساس به إذا لم تنظم أنشطة جمع ومعالجة وتبادل البيانات الشخصية الجارية في نطاق نظم

٧٤٥- هذا العنوان هو عنوان الحاسب الخاص بالمستخدم المتصل بالأنترنت.

٧٤٦- لغة تستخدم على الأنترنت.

٧٤٧- TIERRY Leonard, E. Marketing et protection des données à caractère personnel, www.droit-technologie.org

www.droit-technologie.org

٧٤٨- عبد الكريم غالي، الحماية القانونية للإنسان من مخاطر المعلومات، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية،

الرباط، ١٩٩٥، ص ١٨.

معالجة البيانات وبنوك المعلومات، وأظهر الواقع العملي وجوب التدخل التشريعي لتنظيم أنشطة معالجة البيانات المتصلة بالشخص وتنظيم عمليات تخزينها في بنوك وقواعد المعلومات وعمليات تخزينها، وهذا التنظيم التشريعي ليس مجرد اقرار قواعد ذات محتوى تنظيمي، بل امتد إلى إقرار قواعد تتصل بالمسؤولية المدنية والجزائية عن أنشطة مخالفة قواعد التعامل مع البيانات الشخصية سواء ما يرتكب من قبل القائمين على هذه الأنشطة أم من قبل الغير.

في هذا الاطار سنعرض مجموعة القوانين التي سنها المشرع الفرنسي بهدف حماية البيانات الشخصية للمستهلك ومن أبرزها قانون سنة ١٩٧٨ (الفرع الأول)، ومن جانب آخر المشرع الجزائري خص البيانات الشخصية بحماية جنائية خاصة في اطار قانون العقوبات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الحماية الجنائية للبيانات الشخصية في القانون الفرنسي

أصدر المشرع الفرنسي في ٦ يناير ١٩٧٨ القانون المتعلق بنظم المعالجة الرقمية والحرية Informatique et liberté والذي أدرجت مواده بقانون العقوبات الفرنسي^{٧٤٩}، وقد اعتبر هذا القانون في مادته الثانية(٠٢) أن البيانات الشخصية هي البيانات التي تسمح بأي شكل كان وبطريقة مباشرة أو غير مباشرة بتحديد شخص طبيعي، وسواء تمت معالجة هذه البيانات من قبل شخص طبيعي أو من قبل شخص حكومي. وتتعلق هذه البيانات بالاسم، رقم الهاتف، رقم البطاقة البنكية، رقم الضمان الاجتماعي، البريد الالكتروني، تاريخ الميلاد وعناوين البروتوكولات على الأنترنت أو ما يسمى ب (IP). كما كرس قانون سنة ١٩٧٨ ضرورة حماية البيانات الشخصية في مادته الأولى(٠١)، حيث نص على أن المعلوماتية لا يجب أن تمس بهوية الشخص ولا حقوق الانسان ولا حياته الخاصة ولا حياته الفردية أو العامة^{٧٥٠}.

ويتطلب قانون ١٩٧٨ عند معالجة أية بيانات شخصية من قبل أشخاص القانون الخاص إخطار اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات "CNIL"، ويتطلب الحصول على ترخيص إذا كان من يقوم بجمع المعلومات أحد أشخاص القانون العام أو أحد أشخاص القانون الخاص العاملين لحساب الدولة (طبقاً للمادتين ١٥ و ١٦ من قانون ١٩٧٨)^{٧٥١}.

^{٧٤٩}-Ordonnance n 2000/916 du 19/09/2000, modifiant le Code Pénal Français, J.O.R.F., 22/09/2000.

^{٧٥٠}- علاء الدين عبد الله الخصاونه، فراس الكساسنه، لافي محمد دراركه، المرجع السابق.

^{٧٥١}-Xavier LINANTS de BELLEFONDS – Alain HALLANDE, Pratique du droit de l'informatique, 4eme

وإذا أراد القائمون على موقع من المواقع التعامل مع البيانات الشخصية أي معالجة البيانات الاسمية الالكتروني، تعين عليهم اخطار اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات مسبقا قبل مباشرة النشاط، وذلك لأن نشر مثل هذه المعلومات على مواقع الانترنت قد يساعد على ارتكاب أفعال إجرامية مثل التقاطها وتزييفها والاستيلاء عليها، بحيث يمكن التقاط صورة مثلا وتعديلها ونشرها على موقع آخر من مواقع الانترنت، ولذلك تفرض اللجنة إخطار المواطنين بالمخاطر المرتبطة على وضع بياناتهم الشخصية بموقع الانترنت، وحقهم في الاعتراض في أي وقت على نشر مثل هذه البيانات، وحق الأفراد في الاطلاع على هذه البيانات وحقهم في التصحيح والاعتراض ومحو البيانات لأسباب مشروعة^{٧٥٢}.

بحيث يتم تقديم اخطار مبسط للجنة إذا تعلق الأمر ببيانات لا تتسم بالخطورة، أما إذا كانت المعلومات على قدر معين من الحساسية (تتعلق بالعرق أو الآراء السياسية أو الدينية أو الانتماءات النقابية أو بأخلاق الشخص) تعين الحصول على موافقة صريحة من صاحب الشأن وذلك طبقا لنص

٣١ من قانون ١٩٧٨ والتي تم تضمينها بالمادة ٢٢٦-١٩ من قانون العقوبات.

واعتبرت اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات من قبيل البيانات الاسمية الاستثنائية الاختياري أو الاجباري والذي يجب على المتصفح استكمالها للانتقال إلى مكان آخر على الموقع، حيث يتطلب بيانات خاصة بعنوان البريد الالكتروني والعنوان الشخصي البريدي ورقم التليفون والاسم والوظيفة والدخل.

واعتبرت اللجنة كذلك من قبيل البيانات الاسمية عملية تتبع الأثر التي يقوم بها مورد الخدمة fournisseur d'accès بحيث ينتبع المواقع التي تصفحها العميل ووقت وتاريخ التصفح ويقوم فيما بعد بتخزين هذه البيانات لمدة من الزمن وتحديد شخصية العميل. كما عملت اللجنة على بحث موضوع الكعك المحلي والذي يوضع على الاسطوانة الصلبة لجهاز الكمبيوتر الخاص بالمستخدم دون علمه فيسمح برسم شخصيته وهوياته بما يمثل اعتداء على حرمة الحياة الخاصة للشخص، ويخضع هذا العمل للعقوبات المنصوص عليها بالمواد ٣٢٣ وما بعدها من قانون العقوبات الفرنسي، ولذلك أكدت اللجنة ومنذ عام ١٩٩٨

على ضرورة إخطار المستخدمين بوضع الكعك المحلي على أجهزتهم بما يسمح لهم بالاعتراض على ذلك^{٧٥٣}.

الفرع الثاني: الحماية الجنائية للبيانات الشخصية للمستهلك في القانون الجزائري

نص المشرع الجزائري صراحة في دستور ١٩٩٦^{٧٥٤} عن حماية الحق في الحياة الخاصة، حيث تنص المادة ٣٩ منه على ما يلي: "لا يجوز انتهاك حرمة حياة المواطن الخاصة... سرية المراسلات و الاتصالات الخاصة بكل أشكالها مضمونة".

واعتبر المشرع الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة جريمة يعاقب عليها قانون العقوبات في المواد ٣٠٣ و ٣٠٣ مكرر إلى ٣٠٣ مكرر ٣ منه، ومن خلال هذه النصوص جاء المشرع بحماية جنائية خاصة للبيانات الالكترونية الشخصية.

وأكد المشرع من جديد من خلال المادة ٢٦ من القانون رقم ١٨-٥٥ المتعلق بالتجارة الالكترونية على وجوب احترام المورد الالكتروني لسرية البيانات الخاصة بالعملاء بوصفهم مستهلكين، ويقتضي ذلك التزامه بعدم جمع إلا البيانات الضرورية لإبرام المعاملات التجارية كما يجب عليه:

- الحصول على موافقة المستهلكين الالكترونيين قبل جمع البيانات.
- ضمان أمن نظم المعلومات وسرية البيانات.
- الالتزام بالأحكام القانونية والتنظيمية المعمول بها في هذا المجال.

المبحث الثاني: الجرائم الماسة بالبيانات الشخصية للمستهلك الالكتروني

أدت المشكلات المتعلقة بحماية حقوق وحرية المستهلك في مواجهة تطور تكنولوجيا المعلومات وعلى الخصوص في مجال المعاملات الالكترونية، إلى صدور مجموعة من القوانين لتجريم الاعتداءات الماسة بالبيانات الشخصية أو الإسمية للمستهلك، أبرزها القانون الفرنسي (المطلب الأول) ومن جانب آخر نلاحظ بأن القانون الجزائري اهتم كذلك بهذا الأمر بحيث تضمن القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية وقانون العقوبات مقتضيات تصب في هذا المجال (المطلب الثاني).

٧٥٣- أمين أعزان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين

شمس، مصر، ٢٠١١، ص ص ١٩٣ و ١٩٤.

٧٥٤- مرسوم رئاسي رقم ٩٦-٤٣٨ مؤرخ في ٠٧ ديسمبر ١٩٩٦، يتعلق بإصدار نص تعديل دستور ١٩٩٦، المصادق عليه في ٢٨ نوفمبر

١٩٩٦، ج ر العدد ٧٦، الصادر في ٠٨ ديسمبر ١٩٩٦.

المطلب الأول: في القانون الفرنسي

تم تكريس حماية البيانات الشخصية بموجب المادة الأولى من قانون ١٩٧٨ حيث نصت على أن المعلوماتية لا يجب أن تمس هوية الشخص ولا حقوق الانسان ولا حياته الخاصة ولا حياته الفردية أو العامة. وبالتالي فإنه من حق كل شخص الحفاظ على سرية بياناته وحق الدخول إليها، أو تعديلها وأن تتم معالجتها بنزاهة لغايات محدودة وبشرط الموافقة المسبقة من الشخص صاحب البيانات أو بموجب نص القانون.

وفي هذا الاطار قد جرم المشرع الفرنسي كل اعتداء يمس البيانات الشخصية الالكترونية ومنه فعل المعالجة الالكترونية لهذه البيانات دون مراعاة الاجراءات قانونية (الفرع الاول)، وكذا فعل السرقة المعلوماتية (الفرع الثاني).

الفرع الأول: جريمة المعالجة الالكترونية للبيانات الشخصية بصفة غير قانونية

تنص المادة ٤١ من قانون ١٩٧٨ والتي تم تضمينها بالمادة ٢٢٦-١٦ من قانون العقوبات على معاقبة كل من يقوم - ولو بإهمال- بمعالجة الكترونية للبيانات الاسمية دون مراعاة للإجراءات الأولية للقيام بها والمحددة بالقانون، بالحبس لمدة ٥ سنوات و بغرامة مقدارها ٣٠٠.٠٠٠ يورو. وتقوم هذه الجريمة بتوافر الركنين المادي والمعنوي والركن الشرعي الذي يحدد الجزاء المقرر لها كما يلي:

أولاً: الركن المادي للجريمة

يتحقق النشاط المادي للجريمة بأي معالجة الكترونية للبيانات الاسمية دون اتخاذ الاجراءات الأولية التي يتطلبها القانون، كما يعاقب من أمر بإجراء معالجة بنفس العقوبة لمن يقوم بالمعالجة كفاعلين أصليين للجريمة حيث أن المشرع الفرنسي لم يميز بينهما^{٧٥٥}. وبهذا نستنتج أن المشرع الفرنسي أراد أن يوفر الحماية الكافية للبيانات، ويهدف تحقيق ذلك اعتبرت اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات من قبيل معالجة البيانات الاسمية ما يلي:

- الاستبيان الاختياري أو الاجباري والذي يتعين على المتصفح استكمالها للانتقال من مكان آخر على الموقع (حيث يتطلب بعضها بعض البيانات الخاصة بعنوان البريد الالكتروني والعنوان الشخصي البريدي ورقم التليفون والاسم والوظيفة والدخل).

- عملية تتبع الأثر التي يقوم بها مورد الخدمة "fournisseur d'accès"، بحيث يتعرف على المواقع التي تصفحها العميل ووقت وتاريخ التصفح ويقوم فيما بعد بتخزين هذه البيانات لمدة من الزمن وتحديد شخصية العميل.

- وضع الكعك المحلى Cookies على الاسطوانة الصلبة لجهاز الكمبيوتر الخاص بالمستخدم دون علمه فيسمح برسم شخصيته وهواياته بما يمثل اعتداء على حرمة الحياة الخاصة للشخص، يخضع للعقوبات المنصوص عليها بالمواد ٣٢٣ وما بعدها من قانون العقوبات الفرنسي. ولذلك أكدت اللجنة اعتبارا من سنة ١٩٩٨ على ضرورة إخطار المستخدمين بوضع الكعك المحلى على أجهزتهم بما يسمح لهم بالاعتراض على ذلك^{٧٥٦}.

ثانيا: الركن المعنوي للجريمة

اعتبرت محكمة النقض الفرنسية هذه الجريمة من الجرائم المادية التي يفترض توافر القصد الجنائي فيها بمجرد ارتكاب الفعل. وقد أكدت المادة ١٢١-١/٣ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد صراحة على قيام الركن المعنوي للجريمة دون إرادة بما يعني عدم جواز القول بافتراض المسؤولية الجنائية، وعليه فإن المشرع يتطلب توافر الركن المعنوي للجريمة سواء كان هناك عمد أم خطأ، وعليه فإن المشرع اعتبر الإهمال كحد أدنى للعنصر النفسي لدى الجاني، وعليه لو أن المشرع كان يفترض توافر القصد الجنائي في هذه الجريمة بمجرد ارتكابها لما جاء بتعبير "ولو بإهمال".

ثالثا: العقوبة المقررة للجريمة

تنص المادة ٢٢٦ فقرة ١٧ من قانون العقوبات الفرنسي على أنه يعاقب بالحبس لمدة خمسة سنوات وبغرامة ٣٠٠.٠٠٠ يورو كل من يجري أو يأمر بإجراء معالجة الكترونية للبيانات الاسمية دون اتخاذ الاحتياطات الملائمة لحماية هذه البيانات، وخصوصا الحيلولة دون تشويهها وإتلافها أو الاطلاع غير المصرح له بذلك عليها.

الفرع الثاني: جريمة السرقة المعلوماتية

تعرف السرقة بأنها اختلاس شئ منقول للغير بدون رضاه بنية امتلاكه^{٧٥٧}، وتتم سرقة المال المعلوماتي إن أمكن الوصف - عن طريق اختلاس البيانات والمعلومات، والافادة

^{٧٥٦} Jean-Luc SOULIER et SAUDRA Slee, La protection des données à caractère personnel et de la vie

privée dans le secteur des communication électroniques (perspective française), revue international du droit

compare, N2 , 2001, p694.

منها باستخدام السارق للمعلومات الشخصية مثل الاسم، العنوان، الأرقام الخاصة بالمجني عليهم، والاستخدام غير الشرعي لشخصية المجني عليه ليبدأ بها عملية السرقة المتخفية عبر الأنترنت بحيث يؤدي بالغير إلى تقديم الأموال-الالكترونية أو المادية- إلى الجاني عن طريق التحويل البنكي.

تتجسد جريمة السطو على أموال البنوك عن طريق استخدام الشخص الحاسب الآلي للدخول إلى شبكة الأنترنت والوصول غير المشروع إلى البنوك والمصارف والمؤسسات المالية^{٧٥٨}.

أولاً: محل الجريمة

نصت المادة ٣١١-١ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد على أن السرقة هي اختلاس الشيء المملوك للغير^{٧٥٩}، كما نصت المادة ٣١١-٢ من نفس القانون^{٧٦٠} على أن اختلاس الطاقة إضراراً بالغير يعد سرقة وسواء أطلقنا على محل السرقة اصطلاح المنقول أو الشيء فإنه من المستقر عليه في فرنسا أن محل السرقة يجب أن يكون مادياً، فمحل السرقة لا يمكن أن يكون غير مادي، رغم أن الأموال غير المادية أصبحت ذات أهمية كبيرة في الحياة اليومية والاقتصادية، فالأفكار مثلاً يتعين أن تكون مضمنة في شيء مادي حتى يمكن السيطرة عليها مادياً ويتحقق اختلاسه^{٧٦١}.

كذلك لا يمكن تطبيق النصوص الخاصة بالسرقة على اختلاس المنفعة حيث أنه لا تعد من المنقولات المادية التي تسمح بالسيطرة عليها^{٧٦٢}. ورغم ذلك يرى جانب من الفقه الفرنسي أن المعلومات مجردة يمكن أن تكون محلاً للسرقة وخيانة الأمانة والنصب خصوصاً إذا تم نقل هذه المعلومات من ذمة مالية إلى أخرى، علماً بأن هذه المعلومات محمية قانوناً بالنصوص الخاصة بالملكية الأدبية والفنية^{٧٦٣}.

كما نصت المادة ٣٥٠ من قانون العقوبات الجزائري على أن كل اختلاس لشيء مملوك للغير يعد سرقة، وبذلك أطلق المشرع الجزائري على محل السرقة مصطلح "الشيء" الذي يجب أن يكون مادياً. أما سرقة الأشياء غير المادية مثل الأفكار والمعلومات

٧٥٧- نايف بن محمد المرواني، جريمة السرقة (دراسة نفسية اجتماعية)، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، ٢٠١١، ص ٥٩.

٧٥٨- محمد أمين أحمد الشوابكة، جرائم الحاسوب والأنترنت، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٤، ص ١٣٨.

٧٥٩- «Le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui»: Art 311-1 C P F.

٧٦٠- «La soustraction frauduleuse d'énergie au préjudice d'autrui est assimilée au vol»: Art 311-2 C P F.

٧٦١- محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٢، ص ٥٤.

٣٥- جميل عبد الباقي الصغير، الأنترنت والقانون الجنائي، الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٩، ص ١٧٧.

٧٦٣- أمين أعزان، المرجع السابق، ص ٢٨٧ و ٢٨٨.

والمعطيات والبرامج فهي محمية من خلال نصوص قانون الملكية الفكرية الجزائري (الملكية الصناعية^{٧٦٤} والملكية الأدبية والفنية)، مع الإشارة إلى أن المشرع قد استبعد البرامج المعلوماتية صراحة من مجال الحماية بواسطة براءات الاختراع^{٧٦٥}، واعتبر برامج الاعلام الآلي وقواعد البيانات لهل وصف المصنف المحمي بمقتضى قانون الملكية الأدبية والفنية^{٧٦٦}، إلا أنه لا يخفى علينا أن الحماية الجزائية للبرامج من خلال حق المؤلف تنصب بصفة أساسية على شكل البرنامج أو مضمونه الابتكاري فقط دون أن تغطي تلك الحماية كل مضمون البرنامج.

إلا أننا إذا رجعنا إلى نص المادة ٣٩٤ مكرر ١ من القانون رقم ٠٤-١٥^{٧٦٧} نجده يجرم فعل إدخال بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو أزال أو عدل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها. فكل شخص يستخدم الحاسب الآلي لإدخال بيانات و معطيات أو تعديل معطيات موجودة مملوكة للغير أو مسحها بهدف السطو على الأموال المادية أو الالكترونية المملوكة للغير يعتبر مرتكبا لجريمة السرقة المعلوماتية.

ثانيا: الركن المادي للجريمة

الركن المادي في السرقة هو الاختلاس طبقا لنص المادة ٣١١-١ من قانون العقوبات الفرنسي الجديد، وهو اختلاس يقع على المال المادي المملوك للغير سواء تحقق ذلك بأخذه عنوة أو خفية أو كان المال قد سلم للجاني على سبيل اليد العارضة فأخذه وظهر عليه بمظهر المالك، وبالتالي يفترض الاختلاس نقل حيازة المال المنقول من المجني عليه للجاني فيسلبه هذه الحيازة، فالحيازة هنا هي تلك التي تتطوي على السيطرة الفعلية على الشيء والظهور عليه بمظهر المالك.

ويرى جانب من الفقه المصري أنه يمكن تطبيق المبادئ العامة للسرقة (المادة ٣١١ من قانون العقوبات المصري) على المواد المعلوماتية، وأنه يتعين البحث عن قصد المشرع من تجريم السرقة حيث سنجد أن اختلاس المال المعنوي يعد سرقة^{٧٦٨}.

٧٦٤- أمر رقم ٠٦-٠٣ مؤرخ في ١٩ جويلية ٢٠٠٣ يتعلق بالعلامات المعدل والمتمم للأمر رقم ٥٧-٦٦ المؤرخ في ١٩/٠٣/١٩٦٦ المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية، والمعدل للأمر رقم ٦٧-٢٢٣ المؤرخ في ١٩ أكتوبر ١٩٦٧ المتضمن أحكام العلامات التجارية.

٧٦٥- أمر رقم ٠٧-٠٣ مؤرخ في ١٩ جويلية ٢٠٠٣ يتعلق ببراءات الاختراع المعدل للأمر رقم ٩٣-١٧ المؤرخ في ٠٧ ديسمبر ١٩٩٣ المتعلق بحماية الاختراعات، المعدل للأمر رقم ٦٦-٥٤ المؤرخ في ٠٣ مارس ١٩٦٦ المتعلق بشهادات المخترعين وإجازات الاختراع.

٧٦٦- أمر رقم ٠٥-٠٣ مؤرخ في ١٩ جويلية ٢٠٠٣ يتعلق بالملكية الأدبية والفنية المعدل للأمر رقم ٩٧-١٠ المؤرخ في ٠٦ مارس ١٩٩٧، المعدل والمتمم للأمر رقم ٧٣-١٤ المؤرخ في ٠٣ أبريل ١٩٧٣ المتضمن قانون الملكية الأدبية والفنية، ج ر ع ٤٤، الصادر في ٢٣ جويلية ٢٠٠٣.

٧٦٧- قانون رقم ١٥-٠٤ مؤرخ في ١٠ نوفمبر ٢٠٠٤ يعدل ويتمم الأمر رقم ٦٦-١٥٦ المؤرخ في ٠٨ جويلية ١٩٦٦ المتضمن قانون العقوبات.

٧٦٨- هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الالكتروني في التشريع المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٢، ص ٦١.

ويمكن استخدام الوسائل الالكترونية كالحاسب في ارتكاب جرائم الاعتداء على الأموال، حيث يمكن استخدامه في ادخال بيانات غير حقيقية أو تعديل البيانات الموجودة أو مسح البيانات الموجودة وذلك لاختلاس الأموال المادية أو زيادة العناصر الإيجابية في ذمة الجاني، وعليه يعد مرتكباً لفعل الاختلاس الذي يقوم به النشاط المادي لجريمة السرقة، الشخص الذي يستخدم بيانات غير حقيقية أو يعدل في البيانات الصحيحة المتعلقة بمعاملة تجارية عبر الأنترنت ليستولي على الأموال التي قام أحد المستهلكين بتحويلها لأحد الموردين للبضائع أو الخدمات، وذلك بإضافة هذه الأموال لحسابه الشخصي أو لحساب آخر، وفي هذه الحالة لا يمكننا القول بأن الجاني لم يسيطر على هذه الأموال، بل هو في هذه الحالة أخرج هذه الأموال من ذمة المجني عليه، وزاد بها العناصر الإيجابية لذمته المالية.

كذلك لا يمكننا القول بأن الجاني قام هنا فقط بالتلاعب في بيانات أو أرقام، حيث أننا نرى أن الأرقام المتعلقة بهذه النقود تترجم في أي لحظة للبنكوت الذي يستطيع الجاني أن يسحبه في أي لحظة

ليستخدمه وينفقه. وإذا كنا أمام ما يسمى بالنقود الالكترونية فإن هذه النقود مرتبطة بوجود فعلي لعملة ورقية أو نقدية تقدم عند الطلب من البنك أو المؤسسة المالية وخرجت بالفعل - بالاختلاس الذي وقع من الجاني - من حيازة المجني عليه (المستهلك مثلاً) لحيازة الجاني، ولذلك تطبق بشأن هذه النقود الأحكام العامة لجرائم الاعتداء على الأموال (السرقة مثلاً) باعتبارها من الأموال المادية.

وإذا افترضنا مثلاً أن الجاني قد تمكن من سماع إحدى القطع الموسيقية التي سدد مقابلها أحد العملاء أو اطلع على الرأي الذي أصدره أحد المحامين عبر الأنترنت، فإن الفعل الذي وقع لا يعتبر اختلاسا مكونا لجريمة السرقة، ولكنه قد يخضع لنصوص تجريم أخرى مثل تلك المقررة في القانون الفرنسي والمتعلقة بحماية نظم الحاسب أو بقواعد البيانات أو تلك المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية والأدبية^{٧٦٩}.

وجدير بالذكر إلى أن الطبيعة الخاصة للجرائم المعلوماتية تتطلب على المستوى الاجرائي مواجهة المشاكل الناجمة عنها في هذا المجال، وأول هذه المشاكل نقص الخبرة لدى جهات الشرطة والتحقيق وقضاء الحكم، وهذا يتطلب اولاً إعداد كوادر فنية على مستوى عال متخصصة للاستعانة بها في هذا الصدد، كذلك يجب تدريب أجهزة الشرطة والتحقيق

٧٦٩- مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية لموقع التجارة الالكترونية ومحتوياته، بحث منشور ضمن كتاب الجوانب القانونية للتجارة

الالكترونية، منشورات المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ١٥٠.

والقضاء على كيفية عمل أجهزة الحاسبات الآلية والأنترنت وكيفية ارتكاب الجرائم المعلوماتية.

ومن ناحية أخرى فإنه يصعب عمليا تطبيق القواعد التقليدية المنظمة للتحقيق والضبط على الأموال غير المادية، وعليه لا بد من تطوير القواعد الجنائية الإجرائية الخاصة بإثبات مثل هذه الجرائم. وأخيرا قد تثير الجرائم المعلوماتية مشاكل أخرى تتعلق بالجهة المختصة بالتحري أو التحقيق أو المحاكمة حينما يتم النشاط الإجرامي من بلد معين وتحدث النتيجة الإجرامية في دولة أو دول أخرى، ففي مثل هذه الحالات تثار مشاكل إجرائية على المستوى الدولي، مما يتطلب وجود تعاون دولي لمواجهة المشاكل الناتجة عن هذه الجرائم الحديثة وتنسيق التعاون بين الدول لمكافحتها^{٧٧}.

يتمثل النشاط المادي لجريمة السرقة طبقا لقانون العقوبات الجزائري (المادة ٣٥٠ منه) في اختلاس شيء مملوك للغير بطريق الغش وبنية تملكه، حيث أن السارق يقصد من ارتكابه هذه الجريمة تملك الشيء المسروق وعدم رده إلى صاحبه .

كما نصت المادة ٣٩٤ مكرر ١ ق ع ج على أن فعل إدخال بطريق الغش معطيات في نظام المعالجة الآلية أو إزالة أو تعديل بطريق الغش المعطيات التي يتضمنها، استخدام الحاسب الآلي لإدخال بيانات و معطيات أو تعديل معطيات موجودة مملوكة للغير أو مسحها بهدف السطو على الأموال المادية أو الالكترونية المملوكة للغير، يمثل نشاطا ماديا مكونا لجريمة السرقة المعلوماتية.

ثالثا: العقوبة المقررة للجريمة

حددت المادة ٣١١-٣ من قانون العقوبات الفرنسي عقوبة لجريمة السرقة تتمثل في الحبس ثلاث (٣) سنوات وغرامة تقدر ب ٤٥.٠٠٠ يورو.

أما المادة ٣٩٤ مكرر ١ من قانون العقوبات الجزائري فنصت على توقيع عقوبة على جريمة السرقة المعلوماتية تتمثل في الحبس من ستة (٦) أشهر إلى ثلاث (٣) سنوات والغرامة من ١٠.٠٠٠.٠٠٠ دج.

المطلب الثاني: في القانون الجزائري

نص المشرع الجزائري على حماية جنائية للبيانات الشخصية وذلك من خلال قانون العقوبات، بموجب المواد ٣٠٣ مكرر إلى ٣٠٣ مكرر ٣ وتتمثل هذه الحماية في تجريم

٧٧٠- محمد أبو العلا عقيدة، مواجهة الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، بحث مقدم إلى مؤتمر حول الكمبيوتر والقانون، يومي ٢٩

يناير والأول من فبراير ١٩٩٤، كلية القانون، الفيوم، مصر، ص ص ١٢١ و ١٢٢.

المساس بحرمة الحياة الخاصة (الفرع الأول)، وتجريم التعامل بالأشياء المتحصل عليها من الجرائم السابقة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة

يمكن أن تمس هذه الجريمة البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني بطريقة غير مباشرة، باعتبار أن هذا التجريم جاء حماية لحرمة الحياة الخاصة للأفراد والتي من بينها البيانات الشخصية لهم، وسنبين أوجه هذه الحماية الجنائية من خلال تناول الركن المادي والركن المعنوي للجريمة والجزاء المقرر لها.

أولاً: الركن المادي للجريمة

من خلال نص المادة ٣٠٣ مكرر ق ع ج التي جاء فيها ما يلي: "يعاقب... كل من تعدد المساس بحرمة الحياة الخاصة للأشخاص، بأية تقنية كانت وذلك:

١- بالتقاط أو تسجيل أو نقل مكالمات أو احاديث خاصة أو سرية، بغير إذن صاحبها أو رضاه.

٢- بالتقاط أو تسجيل أو نقل صورة لشخص في مكان خاص، بغير إذن صاحبها أو رضاه...".

تتمثل صورة الركن المادي في هذا السلوك الاجرامي في تسجيل الصوت ونقله، النقاط مكالمات أو أحاديث خاصة أو سرية أو التقاط صورة لشخص في مكان خاص بدون إذنه أو موافقته^{٧٧١}.

ويعاقب المشرع الجزائري على مجرد الشروع في الجريمة بنفس العقوبة المقررة الجريمة التامة، ولا تهم الوسيلة المستعملة في هذه الجريمة سواء كانت آلات تسجيل أو تصوير تقليدية أو رقمية أو أية تقنية كانت^{٧٧٢}.

ثانياً: الركن المعنوي للجريمة

تضمن نص المادة السابقة الذكر عبارة "كل من تعدد المساس بالحياة الخاصة"، وهذا يعني أن هذه الجريمة عمدية لا تقوم عن طريق الخطأ إذ يجب توافر القصد الجنائي المتمثل في العلم والارادة، لذلك يجب أن يعلم الجاني أن فعل الالتقاط أو التسجيل أو نقل المكالمات أو الأحاديث فعلاً مجرماً، وأن نتجه إرادته لتحقيق نتيجة هذا الفعل المجرم^{٧٧٣}.

٧٧١- صالح شنين، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة

أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٢-٢٠١٣، ص ١٩٣.

٧٧٢- محمد خميخم، المرجع السابق، ص ١٦٤.

٧٧٣- صالح شنين، المرجع السابق، ص ١٩٧.

ثالثا: العقوبة المقررة للجريمة

اعتبر المشرع فعل المساس بالحياة الخاصة جنحة عقوبتها حسب نص المادة ٣٠٣ مكرر ق ع ج، السجن من (٦) ستة أشهر إلى (٣) ثلاثة سنوات، وغرامة من ٥٠.٠٠٠ د ج إلى ٣٠٠.٠٠٠ د ج.

الفرع الثاني: جريمة التعامل بالأشياء المتحصل عليها من الجريمة السابقة

ينص المشرع على هذه الجريمة في المادة ٣٠٣ مكرر ١ ق ع ج الذي جاء فيه: "يعاقب... كل من احتفظ أو وضع أو سمح بأن توضع في متناول الجمهور أو الغير، أو استخدم بأية وسيلة كانت، التسجيلات أو الصور أو الوثائق المتحصل عليها بواسطة أحد الأفعال المنصوص عليها في المادة ٣٠٣ مكرر من هذا القانون...".
لقيام هذه الجريمة لا بد من توافر ركنين مادي ومعنوي.

أولاً: الركن المادي للجريمة

يتمثل الركن المادي لهذه الجريمة في التعامل في حسيطة الجريمة السابقة وهي جريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة، وذلك بالإيداع أو الاحتفاظ وبمعنى آخر يتحقق الركن المادي في هذه الجريمة بواسطة إيداع الجاني أو استعماله أو الاحتفاظ بالأحاديث أو المكالمات الخاصة السرية للفرد والتي قام بتسجيلها أو ما قام بالتقاطه من صور، ويستغرق هذا الفعل البيانات الشخصية للمستهلك الإلكتروني، وذلك بإفشاء هذه البيانات عن طريق وضع الجاني لهذه البيانات في متناول الجمهور أو الغير بأية وسيلة أو تقنية للأحاديث التي تحتوي هذه البيانات أو عن طريق استعمال هذه الأحاديث واستغلال ما تحتوي من بيانات شخصية^{٧٧٤}.

ثانياً: الركن المعنوي للجريمة

جريمة ايداع واستعمال والاحتفاظ بالصور والوثائق المتحصل عليها هي جريمة عمدية، إذ يجب أن يعلم الجاني بأن من شأن فعله أن يشكل جريمة وأن تتجه إرادته نحو تلك الأفعال الإجرامية، وفي حالة انتفاء القصد الجنائي لا تقوم هذه الجريمة^{٧٧٥}.

٧٧٤- صالح شنين، المرجع السابق، ص ١٩٧.

٧٧٥- محمد خميخم، المرجع السابق، ص ١٦٤.

ثالثا: العقوبة المقررة للجريمة

تتمثل عقوبة هذه الجريمة حسب نص المادة ٣٠٣ مكرر ١ ق ع ج في نفس العقوبة المنصوص عليها بالنسبة لجريمة المساس بحرمة الحياة الخاصة والمتمثلة في السجن من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات، وبغرامة من ٥٠٠.٠٠٠ د ج إلى ٣٠٠.٠٠٠ د ج.

خاتمة

أصبحت البيانات الشخصية هي القوة الدافعة لقدر كبير من النشاط التجاري على شبكة الأنترنت إلا أنه مع ظهور جرائم الأنترنت التي تمس بالحقوق الخصوصية والبيانات الشخصية وعدم استطاعة القوانين العقابية التقليدية مواجهتها، سعت معظم دول العالم لا سيما المتقدمة إلى سن التشريعات والقوانين لمواجهة هذه الجرائم.

وتعد فرنسا من أوائل الدول التي انتهت لهذه المشكلات وحاولت علاجها من خلال سن التشريعات ابتداء من ٦ جانفي ١٩٧٨، إذ أصدرت قانون يتعلق بنظم المعالجة الرقمية والحرية ليعقبه صدور مرسوم ٢٥ ديسمبر ١٩٨١ يوحد بعض المخالفات المرتبطة بمجال المعلوماتية، لتصدر في عام ١٩٨٨ قانون لحماية نظم المعالجات الآلية للبيانات، كما أصدرت قانونا جديدا عدل بعض أحكام قانون سنة ١٩٨٨ وذلك في سنة ١٩٩٤، حيث أدمج هذا القانون في قانون العقوبات الفرنسي وأصبح يشكل بابا جديدا هو الباب الثاني من الكتاب الثاني من القسم الثاني ليعالج بعض الجرائم المعلوماتية.

أما في الجزائر فقد بدأت الدولة تتحرك لمواجهة الجرائم الناشئة عن استخدام شبكة الأنترنت بسن قوانين خاصة بذلك، أو بتعديل، أو إضافة مواد لقوانينها العقابية القائمة، واستحدثت المشرع الجزائري نصوصا تجريبية لقمع الاعتداءات الواردة على المعلوماتية بموجب القانون رقم ٠٤-١٥ المتضمن تعديل قانون العقوبات، لكن تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري قد ركز على الاعتداءات الماسة بالأنظمة المعلوماتية، وأغفل تجريم الاعتداءات الماسة بمنتجات الاعلام الآلي والمتمثلة في التزوير المعلوماتي، وبذلك لم يتبنى الاتجاه الذي تبنته التشريعات الحديثة التي عمدت إلى توسيع مفهوم المحرر ليشمل كافة صور التزوير الحديث. لكن محدودية القانون رقم ٠٤-١٥ دفعت بالمشرع إلى إصدار قانون خاص رقم ٠٤-٠٩ المتضمن القواعد الخاصة بالوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا

الاعلام والاتصال ومكافحتها^{٧٧٦}، بالإضافة إلى قوانين الملكية الفكرية. ورغم أن الجزائر أصدرت مؤخرا القانون رقم ١٨-٠٥ المتعلق بالتجارة الالكترونية إلا أنه لم يخصص سوى مادة واحدة (المادة ٢٦) تلزم المورد الالكتروني بضمان سرية البيانات الشخصية والضرورية التي يجمعها عن المستهلك بعد الحصول على موافقة هذا الأخير، وأحال المشرع كيفية تخزين البيانات و تأمين سريتها إلى صدور نصوص تنظيمية لاحقا.

ومهما يكن فإن العناية بحماية المستهلك تكاد تكون منعدمة في الوطن العربي بما فيها الجزائر، إذ كل ما حظيت به هذه الحماية في الجزائر أنها أصبحت تسن بعض القوانين لمواجهة الجرائم المترتبة عن استعمال شبكة الأنترنت بعدما أصبحت النصوص القانونية التقليدية (التشريعات الجنائية) غير قادرة على الوقوف أمامها، حيث لا زالت قاصرة على مواجهة الجرائم المعلوماتية بكل صورها لافتقاد هذه التشريعات لنصوص قانونية توفر حماية جنائية لنظم المعلومات وما تحويه من بيانات وتجرم التزوير المعلوماتي، عكس التشريع الفرنسي الذي وفر حماية جنائية فعالة للمعاملات الالكترونية من الجرائم المعلوماتية، الأمر الذي نرى معه ضرورة تدخل المشرع الجزائري بشكل جدي وبمسؤولية لمواكبة التطورات الجارية في مجال حماية المستهلك (لا سيما التطور القانوني على المستوى العالمي)، وذلك عن طريق استحداث تشريعات جنائية تسير حقيقة التطور المذهل لظاهرة الاجرام المعلوماتي (وتطور أساليب ارتكاب جرائم المساس بالأنظمة المعلوماتية) الذي أصبح يمس المصالح المتصلة بالأشخاص والأموال، مع تطوير القواعد الجنائية الإجرائية الخاصة بإثبات مثل هذه الجرائم.

٧٧٦- قانون رقم ٠٤-٠٩ مؤرخ في ٠٥ أوت ٢٠٠٩ يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال

ومكافحتها، ج ر العدد ٤٧ سنة ٢٠٠٩.

قائمة المراجع

باللغة العربية:

أولاً: الكتب

- ١- أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- ٢- أسامة عبد الله قايد، الحماية الجنائية للحياة الخاصة وبنوك المعلومات، دراسة مقارنة، ط٢، دار النهضة العربية، مصر، ١٩٩٤.
- ٣- جميل عبد الباقي الصغير، الأنترنت والقانون الجنائي، الأحكام الموضوعية للجرائم المتعلقة بالأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٩.
- ٤- حسام الدين كامل الأهواني، الحق في احترام الحياة الخاصة (الحق في الخصوصية)، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، (د س ن).
- ٥- عمر خالد زريقات، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع عبر الأنترنت (دراسة تحليلية)، ط١، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٧.
- ٦- محمد أمين أحمد الشوابكة، جرائم الحاسوب والأنترنت، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٤.
- ٧- محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية القانونية في مجال شبكات الأنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ٢٠٠٢.
- ٨- نايف بن محمد المرواني، جريمة السرقة (دراسة نفسية اجتماعية)، الطبعة الأولى، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، الرياض، السعودية، ٢٠١١.
- ٩- هدى حامد قشقوش، جرائم الحاسب الالكتروني في التشريع المقارن، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ١٩٩٢.

ثانياً: الرسائل و المذكرات الجامعية

- ١- أمين أعزان، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية "دراسة مقارنة"، رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر.
- ٢- خميخ محمد، الحماية الجنائية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان.

٣- صالح شنين، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية(دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، ٢٠١٢-٢٠١٣.

٤ - عبد الكريم غالي، الحماية القانونية للانسان من مخاطر المعلومات، رسالة دكتوراه، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط، ١٩٩٥.

٥- نصيرة خلوي (عنان)، الحماية القانونية للمستهلك عبر شبكة الأنترنت، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع مسؤولية مهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ٢٠١٣.

ثالثا: المداخلات

١- حسين بن سعيد الغافري، "الحماية القانونية للخصوصية المعلوماتية في ظل مشروع المعاملات الالكترونية العماني"، ورقة مقدمة لمؤتمر أمن المعلومات والخصوصية والقانون في ظل الأنترنت، القاهرة، يومي ٢-٤/٧/٢٠٠٨.

٢ - محمد أبو العلا عقيدة، مواجهة الجرائم الناشئة عن استخدام الحاسب الآلي، بحث مقدم إلى مؤتمر حول الكمبيوتر والقانون، كلية القانون، الفيوم، مصر، يومي ٢٩ يناير والأول من فبراير ١٩٩٤.

رابعا: المقالات

١- عبد الرحمن خلفي، "حماية المستهلك الالكتروني في القانون الجزائري، دراسة مقارنة"، مجلة جامعة النجاح، كلية الحقوق، جامعة بجاية، مجلد ١٣٨، ٢٠١٣، (ص من ١٠ إلى ٢٤).

٢- علاء الدين عبد الله الخصاونه، فراس الكساسنه، لافي محمد دراركه، "الحماية القانونية للخصوصية والبيانات الشخصية في نطاق المعلوماتية"، كلية الحقوق جامعة اليرموك، الأردن، <http://platform, almanhal ,com/Reader/22241>

٢- فايز الظفيري، "الأحكام العامة للجريمة المعلوماتية"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، يوليو ٢٠٠٢.

٣- مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية لموقع التجارة الالكترونية ومحتوياته، بحث منشور ضمن كتاب الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، منشورات المجلس الأعلى للثقافة، القاهرة، ٢٠٠٣.

خامسا: النصوص القانونية الجزائرية

أ/ الدساتير:

١- مرسوم رئاسي رقم ٩٦-٤٣٨ مؤرخ في ٠٧ ديسمبر ١٩٩٦، يتعلق بإصدار نص تعديل دستور ١٩٩٦، المصادق عليه في ٢٨ نوفمبر ١٩٩٦، ج ر العدد ٧٦، الصادر في ٠٨ ديسمبر ١٩٩٦.

ب/ النصوص التشريعية:

١- أمر رقم ٦٦-٥٤ مؤرخ في ٠٣/٠٣/١٩٦٦ يتعلق بشهادات المخترعين وإجازات الاختراع المعدل بالأمر رقم ٩٣-١٧ المؤرخ في ٠٧/١٢/١٩٩٣ المتعلق بحماية الاختراعات المعدل بالأمر رقم ٠٣-٠٧ المؤرخ في ١٩/٠٧/٢٠٠٣ المتعلق ببراءات الاختراع، ج ر العدد ٤٤ الصادر في ٢٣/٠٧/٢٠٠٣.

٢- أمر رقم ٦٦-٥٧ مؤرخ في ١٩/٠٣/١٩٦٦ المتعلق بعلامات المصنع والعلامات التجارية المعدل بالأمر رقم ٦٧-٢٢٣ المؤرخ في ١٩/١٠/١٩٦٧ المتضمن أحكام العلامات التجارية المعدل والمتمم بالأمر رقم ٠٣-٠٦ المؤرخ في ١٩/٠٧/٢٠٠٣ يتعلق بالعلامات، ج ر العدد ٤٤ الصادر في ٢٣/٠٧/٢٠٠٣.

٣- أمر رقم ٦٦-١٥٦ مؤرخ في ٠٨/٧/١٩٦٦ المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

٤- أمر رقم ٧٥-٥٨ مؤرخ في ٢٦/٩/١٩٧٥ يتضمن القانون المدني معدل ومتمم، العدد ٧٨، الصادر في ١٩/١٢/١٩٧٥، وعدل ومتمم بالقانون رقم ٠٧-٠٥ المؤرخ في ١٣ / ٤/٢٠٠٧، ج ر العدد ٣١ الصادر في ١٣/٤/٢٠٠٧.

٥- قانون رقم ٠٤-١٥ مؤرخ في ١٠/١١/٢٠٠٤ المعدل والمتمم لقانون العقوبات.

٦- قانون رقم ٠٩-٠٣ مؤرخ في ٢٥ فيفري ٢٠٠٩، ج ر العدد ١٥، الصادر في ٨ مارس ٢٠٠٩، معدل ومتمم بالقانون رقم ١٨-٠٩ المؤرخ في ١٠ يونيو ٢٠١٨، ج ر العدد ٣٥ الصادر في ١٣ يونيو ٢٠١٨.

٧- قانون رقم ٠٩-٠٤ مؤرخ في ٠٥/٠٨/٢٠٠٩ المتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الاعلام والاتصال ومكافحتها، ج ر العدد ٤٧ الصادر سنة ٢٠٠٩.

٨- قانون رقم ١٨-٠٥ مؤرخ في ١٠ مايو ٢٠١٨، يتعلق بالتجارة الالكترونية، ج ر العدد ٢٨ الصادر في ١٦ مايو ٢٠١٨.

سادسا: النصوص القانونية الدولية

١- قانون اليونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية، الصادر عن غرفة التجارة الدولية التابعة للجمعية العامة للأمم المتحدة في الجلسة ٨٥ المنعقدة في ١٦ ديسمبر ١٩٩٦
<http://www.unictral.org/pdf/arabic.1996>

باللغة الفرنسية:

1/Ouvrages :

1-Xavier Linants de Bellefonds – Alain Hallande, Pratique du droit de l'informatique, 4eme édition, Delmas, 1998, p240.

2/Articles :

1-Francesco MIANI, Le cadre réglementaire des traitements de données personnelles effectués au sein de l'union européenne, revue trimestrielle de droit européen, Dalloz, n2, 2000, p283

2-Jean-Luc Soulier et SAUDRA Slee, La protection des données à caractère personnel et de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (perspective française), revue international du droit compare, N2, 2001, p694.

3-TIERRY Leonard, E. Marketing et protection des données à caractère personnel, www.droit-technologie.org

4-Valérie SEDALLIEN, Création d'une site sur l'internet, aspects juridiques, Voir le site : www.internet_juridiques.net

3/LOIS :

1-Ordonnance n 2000/916 du 19/09/2000, modifiant le Code Pénal Français, J.O.R.F, 22/09/2000.

2- Loi N°2004/574 du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'Economie Numérique. <http://www.legifrance.gouv.fr>.

آليات الحد من التلوث البصري في المحيط الحضري في الجزائر

الدكتور/ بن عمارة محمد

أستاذ القانون المدني

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة ابن خلدون تيارت- الجزائر

مقدمة :

إن تلوث البيئة ظاهرة تهدد المحيط ككل، وقد تعددت أنواع هذا التلوث ليشمل جميع نواحي الحياة، وتدرج مشكل التلوث بحسب تدرج الحياة العادية للإنسان، فلما عاش الإنسان في البادية ظهر تلوث يمس الطبيعة بشكل واضح كتلوث المياه، ولما انتقل إلى الحياة الحضرية ظهر تلوث من نوع آخر يمس المحيط الحضري، كتلوث الهواء نتيجة الغازات المنبعثة من السيارات ومداخل المصانع، والتلوث الضوضائي الناتج عن الأصوات في الشوارع ومنبهات السيارات وضوضاء الطائرات.

كما ظهر مشكل التلوث البصري الذي يمس بشكل مباشر البيئة الحضرية المشيدة، خاصة واجهات المباني، بحيث أن إتساق وتناسب وجمال واجهات المباني يؤدي إلى راحة نفسية وفرح لدى الناظر، وعدم التناسب والانسجام وتشوه واجهات المباني يؤدي إلى نفور وقلق لدى المتلقي.

ونظرا لتفاقم هذا المشكل وزيادة البناءات غير المكتملة التي تشوه المنظر العام للمدينة وتقضي على صورتها الجمالية، وضع المشرع جملة من القوانين والآليات قصد القضاء على هذا النوع من الفوضى العمرانية .

وعليه حاولنا من خلال هذا البحث، تسليط الضوء على ظاهرة التلوث البصري في المحيط الحضري من جهة ودراسة القوانين والآليات التشريعية التي وضعها المشرع الجزائري قصد التخفيف من تشوه واجهات المباني والنسيج العمراني .

وانطلاقا مما سبق نجيب عن الإشكالية التالية:

دور الأحكام التشريعية والتنظيمية في القضاء على ظاهرة التلوث البصري الناتج عن التشوه العمراني ونأخذ مثلا لذلك الجزائر باعتبارها سبابة في الاهتمام بالمحيط الحضري خاصة في المدن الكبرى .

وعليه تم اعتماد الخطة التالية:

المبحث الأول: علاقة المحيط الحضري بالتلوث البصري.

المبحث الثاني: الآليات التشريعية والتنظيمية للقضاء على التلوث البصري في الجزائر .

المبحث الأول:

علاقة المحيط الحضري بالتلوث البصري.

قسم رجال الفقه البيئية إلى قسمين رئيسيين هما: البيئية الطبيعية التي تعبر عن مظاهر لا دخل للإنسان في وجودها أو إستخدامها كالبحار، الصحراء، المناخ، التضاريس الماء السطحي والجوفي^١. والبيئية المشيدة وهي ذلك المحتوى المشيد الذي كان في الماضي طبيعياً وتدخل الإنسان بجهد ليغير من شكله الطبيعي بالحذف أو الإضافة، مستعينا في ذلك بعلوم المعرفة وأدوات ومواد وفنون تقنية، ليكون هذا المحتوى في نهاية الأمر حيزاً مكانياً، له سمات تصميمه وملامح خاصة به^٢.

فالبيئية المشيدة هي البنائيات والمدن والمحيط الحضري بصفة عامة، ومن أجل تسليط الضوء على هذا الجانب، نتطرق إلى تعريف المحيط الحضري وملوثاته في **مطلب أول** ثم ماهية التلوث البصري أسبابه وأبعاده في **مطلب ثاني**.

المطلب الأول

المحيط الحضري وملوثاته.

الفرع الأول

تعريف المحيط الحضري.

أولاً : التعريف التقني :

المحيط الحضري أو المدينة عبارة عن تصميمات مبنية على أسس رياضية، هندسية، فلسفية إيديولوجية ورمزية، والتي تعبر عن تطور الفن المعماري الذي يبرز الجماليات التي تجذب الناس .

بالرغم من آراء المهتمين بتعريف المدينة إلا أنهم لم يعطوا تعريفاً واضحاً لها، ذلك أن ما ينطبق على مدينة لا ينطبق على أخرى، لأنها عرفت باختصاصات متعددة حسب وجهة نظر كل عالم، فمنهم من فسّر المدينة على ضوء ثنائيات تتقابل بين المجتمع الريفي والحضري، ومنهم من فسرها على ضوء العوامل الايكولوجية، ومنهم من تناولها على ضوء القيم الثقافية.

١ - بوسماحة الشيخ، التشريع البيئي الجزائري، مقال منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد ٠١، أبريل ٢٠١٥، ص ٨٤.

٢ - أحمد جميل شامية، دراسة تحليلية للتلوث البصري في مدينة غزة، رسالة ماجستير قسم الهندسة المعمارية بكلية الهندسة الجامعة الإسلامية. غزة، فلسطين ٢٠١٣، ص ١٨.

أما العمران فهو ذلك التنظيم الذي يهدف إلى إعطاء نظام معين للمدينة، كما تعبر كلمة العمران عن ظاهرة التوسع المستمر الذي تشهده المدينة بشكل متواصل مع مرور الزمن .

ومفهوم كلمة العمران يختلف من حقبة زمنية إلى أخرى مما يسمح لنا باعتماد على تصنيفات كالعمران القديم الإسلامي والعمران الحديث، من هنا نستخلص انه إذا كان فن التخطيط المدن معروف في السابق من فن الأعمال الفنية التي تركز على الأبعاد .
ثانيا : التعريف التشريعي .

نتطرق في مجال التشريع الى مختلف النصوص القانونية الجزائرية التي عالجت إشكالية المحيط الحضري أو المدينة من خلال التعريف والتقسيم الحضري.

لم يعرف المشرع الجزائري المحيط الحضري (المدينة)^١، تاركا ذلك للفقهاء إلا أنه أشار إلى تصنيف هذه المدن من خلال بعض القوانين، لاسيما القانون رقم ٢٠/٠١ المؤرخ في ١٢ ديسمبر ٢٠٠١ المتعلق بتهيئة الإقليم وتنميته المستدامة، حيث عرفت المادة ٠٣ منه كل من:

الحاضرة الكبرى: وهي التجمع الحضري الذي يشمل على الأقل ثلاثمائة ألف ٣٠٠.٠٠٠ نسمة.

المدينة الكبرى: تجمع حضري يشمل على الأقل مائة ألف ١٠٠.٠٠٠ نسمة.
المدينة الجديدة: تجمع حضري مبرمج بكامله في موقع خال أو انطلاقا من خلية أو خلايا السكنات الموجودة.

أما المادة ٠٢ من القانون رقم ٠٢-٠٨ المؤرخ في ٠٨ ماي ٢٠٠٢ المتعلق بشروط إنشاء المدن الجديدة وتهيئتها، فقد عرفت المدن الجديدة على أنها: تجمع بشري ذي طابع حضري ينشأ في موقع خال أو يستند إلى نواة أو عدة نوى سكنية موجودة.
في حين عرفت المادة ٠٤ من القانون رقم ٠٦-٠٦ المؤرخ في ٢٠ فبراير ٢٠٠٦ المتضمن القانون التوجيهي للمدينة.

* **المدينة المتوسطة:** تجمع حضري يشمل ما بين خمسين ألف ٥٠.٠٠٠ إلى مائة وخمسين ألف ١٥٠.٠٠٠ نسمة.

١- أمال حاج جاب الله، الإطار القانوني للمدن الكبرى في الجزائر، دار بلقيس، الجزائر، طبعة ٢٠١٤، ص ١٠ وما بعدها. و بشير ريبوح، تنظيم المجال المعماري والعمراني في المدينة الجزائرية، دار بهاد الدين، الجزائر. الطبعة ٢٠١٧ ص ١٦ و ١٧ .

***المدينة الصغيرة:** تجمع حضري يشمل ما بين عشرون ألف ٢٠.٠٠٠ إلى خمسون ألف ٥٠.٠٠٠ نسمة.

* **التجمع الحضري:** فضاء حضري يشمل على الأقل خمسة آلاف ٥٠٠٠ نسمة. كما عرفة نفس المادة الحي على أنه جزء من المدينة يحدد على أساس تركيبة من المعطيات تتعلق بحالة النسيج العمراني وبنيته وتشكيلته وعدد السكان المقيمين به، والملاحظ أن كل هذه التعاريف تعتمد على تصنيف المدن والتجمع الحضري بالنظر إلى عدد السكان.

وعليه سنتطرق إلى التعريف الفقهي للمحيط الحضري أو المدن.

ثالثا : التعريف الفقهي للمحيط الحضري .

يقول الدكتور عبد الفتاح محمد وهيبة في كتابه "في جغرافية العمران"، من الصعب تعريف المدينة تعريفا واضحا محددا شاملا وذلك بسبب تشابه المدينة والقرية أحيانا في أحد المقومات الأساسية (عدد السكان مثلا)، وبسبب كثرة الاختلافات بين المدن في جهات الأرض مما أدى ذلك إلى ظهور تعاريف عامة تحمل كثيرا من الاستثناءات من قولهم "إن المدينة هي المحلة التي يقوم معظم سكانها بأعمال الزراعة أو" إن المدينة هي المحلة التي لا يقل عدد سكانها عن ٥٠٠٠ نسمة "أو" هي المحلة التي يعمل سكانها في داخلها"^١.

الوسط الحضري أو المحيط الحضري أو البيئة الحضرية المدينة، هي وحدة اجتماعية تمتاز بوحدها الإدارية ويعيش فيها الأفراد متكئين متزاحمين في مساحة معينة رغبة في تبادل المنافع وتحقيق الغاية من الاجتماع الإنساني^٢.

الفرع الثاني

ملوثات المحيط الحضري.

تعدد التصنيفات والتقسيمات التي جاء بها الفقه في هذا الصدد لكن يكاد يجمع جل الدارسون والباحثون على تقسيم التلوث في المحيط الحضري إلى نوعان تلوث مادي (ملموس) وتلوث غير مادي (محسوس) .

التلوث المادي: أو الملموس وهو من أقدم أنواع التلوث، وخطره أكثر وضوحا على البيئة وهو لا يكاد يخلو من كل شبر من البيئة الحضرية^١.

١ - عبد الفتاح محمد وهيبة، في جغرافية العمران، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، سنة ١٩٨٠ بيروت لبنان ص ٣٤ .

٢ - فريد بوبيش و بلال بوترعة ، تلوث البيئة الحضرية والصحة -مقاربة سوسيولوجية -مقال منشور في مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية، جامعة الوادي، العدد ٠٣ ديسمبر ٢٠١٣، ص ١٠٨ .

ويشتمل عموماً على التلوث الغازي (الهواء)، تلوث الماء، التلوث النووي، التلوث بماء الصرف الصحي، التلوث الكيميائي، التلوث بالفضلات الصلبة والمنزلية.

التلوث الغير مادي: (المحسوس أو المعنوي) ويشتمل على التلوث الضوضائي المتمثل في الأصوات المزعجة المنبعثة من منبهات السيارات والمصانع والطائرات، والإزعاج، كما يشمل التلوث البصري الناتج عن تشوه المباني وعدم تناسقها وإنسجامها من حيث الشكل واللون والواجهات، فالتشوه العمراني هو كل ما يعترض العمران من قبح^٢.

وباعتبار تشوه المباني وعدم انسجام واجهاتها مظهر من مظاهر التلوث البصري سنتطرق إلى هذا المظهر بنوع من التفصيل في المطلب الثاني.

المطلب الثاني

التلوث البصري أسبابه ومظاهره وأبعاده.

الفرع الأول

تعريف التلوث البصري وأسبابه .

أولاً : تعريف التلوث البصري

لقد تعدد التعريفات لمشكل التلوث البصري، ومنها ما يعرفه علي أنه دخول عنصر غريب من صنع الإنسان على سياق الصورة، يؤدي إلي حدوث خلل في ارتباط الصورة وذلك لعدم تناسق هذا العنصر مع سياق الصورة، فيشعر المتلقي بالفوضى والارتباك والتشويش وعدم النظام^٣. كما يعتبر في نظر بعض الباحثين إضعاف جمالي أي يضعف قدرة الإنسان عن الإدراك ويفسد الذوق واعتياد القبح^٤. أي اختفاء المظاهر الجمالية في البيئة والمحيط الذي نحيا فيه^٥.

١ - لعريبي صالح، البيئة الحضرية داخل الناسجة العمرانية العتيقة والتنمية المستدامة "حالة قسنطينة"، مذكرة ماجستير تخصص تسيير التقنيات الحضرية، فرع التسيير الايكولوجي للمحيط الحضري، معهد تسيير التقنيات الحضرية، جامعة المسيلة، ٢٠١٠، ص ٧٠.

٢ - وقاد حسين، معالجة التلوث البصري في الوسط الحضري، دراسة حاله مدينة المسيلة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص التسيير الايكولوجي للمحيط الحضري، معهد تسيير التقنيات الحضرية، جامعة محمد بوضياف المسيلة ٢٠١٤/٢٠١٥، ص ٢٤.

٣ - شيماء فاشل، دور التلوث البصري الناتج عن تغير واجهات المباني السكنية في استقبال الصورة، مقال منشور في مجلة كلية الهندسة، جامعة النهرين، اقليم كردستان العراق، المجلد ١٤ العدد ٠١ من الصفحة ٠١ الي الصفحة ٠٩. دون تاريخ نشر.

٤ - بوز غاية باية، تلوث البيئة والتنمية بمدينة بسكرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع الحضري، جامعة منتوري بقسنطينة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، قسم علم الاجتماع والديمغرافيا، ٢٠٠٧/٢٠٠٨، ص ٨٥.

٥ - سجي محمد عباس الفاضلي، دور الضبط الاداري البيئي في حماية جمال المدن-دراسة مقارنة- المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الاولى، ٢٠١٧، ص ١٤٤.

فهو بالنسبة للبيئة المشيدة -العمرائية- إحداه تغبير غير مستحب في عناصر البيئـة العمرائية، من شأنه أن يمس بقيم الذوق والفن والجمال^١. كما أنه تلوث لا يقتصر علي المباني بل يمتد إلي اقتلاع الأشجار والأزهار من المساحات الخضراء، وعدم اتساق طلاء المباني والكتابة علي الجدران، وعدم الاهتمام بالمرورث الشعبي من ملابس ومباني أثرية^٢. فهوى تلوث يطلق علي العناصر البصرية الغير جذابة، وهي كل المناظر باختلاف أنواعها والمحيطـة بالإنسان، مثل المباني الغير مدروسة والعمارة الغير منظمة، والإعلانات العشوائية، كل هذه الأمور هي تشويه تقع عليه عين الإنسان وبحس عند النظر إليها بعدم ارتياح نفسي^٣. فهو جميع التشوهات الناجمة عن الأخطاء المعمارية والتنظيمية والمخالفات المعمارية، بالإضافة إلي الظواهر التي تعتبر في حد ذاتها مظاهر سلبية تسيء إلي ما حولها^٤. كظاهرة الإضافات العشوائية علي المباني، والتعدي علي المساحات الخضراء والأرصـفة ورمي النفايات في الأماكن العمومية، وانتشار صهاريج الماء والمقـعرات الهوائية فوق أسطح المباني، كلها تعتبر سلوكيات غير حضارية تزيد من حدة وشدة التلوث البصري في المحيط الحضري. فبالمحـصلة هو افتقار للجمال والذوق العام^٥.

ثانياً: أسباب التلوث البصري

إن أسباب التلوث البصري عديدة نذكر منها:

- ١- أسباب ثقافية : من الأسباب الثقافية عدم الاهتمام بالمقومات الجمالية، وفقدان الذوق والإحساس بالجمال خاصة في الدول العربية التي تفتقر لمثل هذه الثقافة .
- ٢- أسباب اقتصادية: إن نقص الإمكانيات الاقتصادية لدي الفرد والدولة علي السواء يؤدي إلي إقامة مناطق سكنية وحضرية تفتقر للتخطيط وحسن الانجاز، بحيث يتم الاهتمام بالكم علي حساب الكيف والجودة، فنقص الإمكانيات الاقتصادية يؤدي إلي

١ - غربي علي، اثر التلوث البصري علي الصورة الجمالية لمدينة وادي سوف دراسة حالة حي الأعشاش، مذكرة شهادة ماجستير في الهندسة المعمارية، تخصص مدن ومناظر، جامعة باتنة ٠١، معهد الهندسة المعمارية وال عمران، قسم الهندسة المعمارية ٢٠١٦/٢٠١٥ ص

٢ - عبد الرحمان برقوق و ميمونة مناصرية، الضبط الاجتماعي كوسيلة للحفاظ علي البيئة في المحيط الحضري، مجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد ١٢، نوفمبر ٢٠٠٧ ص ١٢٥.

٣ - وقاد حسين، مرجع سابق، ص ١٩.

٤ - محمد طلال جميل خالد، تحليل وتقييم التشويه البصري في مدينة طولكرم حالة دراسية -مدينة طولكرم، مذكرة ماجستير، في التخطيط الحضري والإقليمي، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ٢٠٠٩، ص ١١.

٥ - محمد طلال و جميل خالد، تحليل وتقييم التشويه البصري في مدينة طولكرم حالة دراسية -مدينة طولكرم مرجع سابق، ص ١١.

انخفاض في مستوى انجاز المباني. فاستعمال مواد أقل تكلفة وأقل جودة يؤثر علي الصورة الجمالية للمدن ويؤدي إلي زيادة نسبة تشوه المباني.

٣- أسباب اجتماعية وسلوكية: إن زيادة حدة مشكل السكن، وارتفاع نسبة الفقر في الجزائر، تجعل المواطن الجزائري يفكر في السكن -باعتباره مكان للنوم -بغض النظر عن موقع هذا السكن ومساحته، فأخر اهتماماته هو الطابع الجمالي للسكن، وهذا ما أدى إلي انتشار ظاهرة المباني الغير مكتملة وذات المظهر الخارجي المشوه^١. كما أن نقص الوعي البيئي والثقافي ونقص مستوى الشعور بالمواطنة، يؤدي بالفرد للقيام ببعض السلوكيات الغير حضارية، كالرمي العشوائي للنفايات المنزلية، خاصة أمام المدارس والجامعات وفي الأماكن العمومية، تربية الحيوانات الأليفة في المدن كالأبقار والأغنام، الزيادات الغير قانونية وبدون رخصة في الشرفات والأماكن المجاورة للمباني علي حساب الطرق العامة والمساحات الخضراء.

٤- أسباب قانونية: عدم تصدي القرارات ولقوانين المعمول بها للحد من المخالفات وضعف الإجراءات الجزائية فيما يتعلق بإزالة المخالفات والتعدييات^٢.

٥- الأسباب التكنولوجية والتقنية: لقد عملت التكنولوجيا على مضاعفة النفايات وساهمت في انتشارها، فالصناعة وما تنتجه من مواد مختلفة وما تستهلكه من طاقة وما تطرحه من مخلفات صلبة وسائلة وغازية تحقن الهواء والتربة والماء بملوثات يصعب التخلص منها^٣، فالوجه الأخر للتكنولوجيا هو ما نتج عنها من تلويث للمحيط الحضري، كاستعمال المقعرات الهوائية ومكيفات الهواء ومضخات المياه ساهم في زيادة تشويه واجهات المباني.

الفرع الثالث

مظاهر التلوث البصري وأبعاده

أولاً: مظاهر التلوث البصري.

- ١- سوء التخطيط في تصميم المباني أو في تصميم وتزيين واجهاتها.
- ٢- تعدد نوع الطلاء والمواد المستعملة في البناء أدى إلي اختلاف واضح في واجهات المباني.

١ - أمام انتشار ظاهرة المباني الغير مكتملة صدر القانون رقم ٠٨-١٥ المؤرخ في ٢٠ يوليو ٢٠٠٨ الذي يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام انجازها. ج ر العدد ٤٤.

٢ - عربي علي، مرجع سابق، ص ٢٠.

٣ - لعربي صالح، البيئة الحضرية داخل الناصجة العمرانية العتيقة والتنمية المستدامة "حالة قسنطينة"، مرجع سابق، ص ٦٩.

- ٣- تعليق المقعرات الهوائية ومكيفات الهواء وخزانات المياه على واجهات المباني وأمام مداخلها الرئيسية.
- ٤- توسيع المحلات والمقاهي على حساب الرصيف العمومي، أدى إلى عرقلة حركة السير وتشويه المنظر العام في الشوارع.
- ٥- عدم احترام المعايير الجمالية والقانونية في وضع اللافتات ولوحات الإعلان والإشهار.
- ٦- وجود مباني قديمة غير مرممة في وسط المدن، وفي حالة ترميمها فإنها لا تتجانس ولا تتلاءم مع الطابع العام للمباني المجاورة.
- ٧- انتشار البناءات الفوضوية والعشوائية أو ما يعرف بالبناء القصديري داخل المدن وخارجها.
- إن مظاهر التلوث البصري لا تقتصر على الصور السابقة، فالارتفاع المفرط والغير مدروس للأعمدة الإنارة وإشارات المرور، وكذا الكتابات والرسم على المباني والعمارات. تعتبر من بين مظاهر هذا التلوث.
- ثانياً: أبعاد التلوث البصري.**
- التلوث النقطي:** وهو الذي يتركز فيه التلوث في مساحة صغيرة جداً كدهان جزء من واجهة مبنى دون باقي الواجهة^١. إن هذا البعد يمس بالدرجة الأولى واجهات المباني والمسكن لذلك يعتبر من بين أخطر الأبعاد.
- التلوث الخطي:** تمثل الخطوط إحدى أبعاد التلوث مثل أعمدة الإنارة بأوضاعها وعدم انتظامها وأسلاك الكهرباء والتلفون- الهاتف- فوق المباني. هذا النوع يعتبر الأكثر مشاهدة ولديه تأثير هام على الصورة الجمالية^٢.
- التلوث المستوي:** كإضافة عناصر حديثة في صورة تعليقات ارتجالية لا تتماشى مع المبنى الأصلي أو إضافة فتحات أو تقفيل شرفات^٣.
- التلوث الكتلي:** وهو الذي يفقد فيه المبنى جوهره ونظامه وتصبح عناصره غير مرتبطة. مثل تجاور مبنيين من طرازين مختلفين^٤. كالمباني الجديدة بواسطة الزجاج والألمنيوم بجانب مباني عتيقة وتاريخية.

١ - أحمد جميل شامية، دراسة تحليلية للتلوث البصري في مدينة غزة، رسالة ماجستير قسم الهندسة المعمارية بكلية الهندسة الجامعة

الإسلامية. غزة، فلسطين ٢٠١٣. ص ٢٩.

٢ - غربي علي، مرجع سابق، ص ٢١.

٣ - أحمد جميل شامية، مرجع سابق، ص ٣٠.

المبحث الثاني

الآليات التشريعية والتنظيمية للقضاء على التلوث البصري في الجزائر

المطلب الأول:

الآليات التشريعية في القضاء على التلوث البصري في الجزائر.

بعد الفوضى العمرانية والبناءات العشوائية والقصديرية التي قضت علي جمال المدن الجزائرية ورونقها، تدخل المشرع الجزائري بسن مجموعة من المواد والنصوص القانونية الآمرة في مجملها، بهدف الحفاظ علي الطابع الجمالي لهذه المدن وتناسقها من جهة، والقضاء أو علي الأقل التخفيف من حدة التلوث البصري في الوسط الحضري من جهة أخرى. ومن بين النصوص القانونية.

أولاً: القانون رقم ٩٠-٢٩ المتعلق بالتهيئة والتعمير^٢:

حيث تنص المادة الأولى منه علي أن هذا القانون يهدف إلي "وقاية المحيط والأوساط الطبيعية والمناظر والتراث الثقافي والتاريخي". فمشكل التلوث البصري لا يمس المناطق العمرانية فقط، بل يمتد ليمس المناطق الأثرية والسياحية والتاريخية، لذلك جاءت قواعد قانون التهيئة والتعمير عامة، تشمل جميع عناصر البيئة المشيدة. كما نصت المادة ٠٥ منه علي عدم إمكانية تشييد أو بناء أو سياج داخل الأجزاء المعمرة إلا إذا ابتعد أربعة أمتار من محور الطريق. وأن لا يتجاوز علو البنايات في الجزء المعمرة من البلدية متوسط علو البنايات المجاورة^٣. وبالرجوع إلي المرسوم التنفيذي رقم ٩١-١٧٥^٤ والذي يحدد القواعد العامة للتهيئة والتعمير والبناء، نجده نص صراحة علي حماية واجهات المباني، نظرا لما لها من أثر علي المظهر الخارجي للبنايات وجمال العمارة وتناسق المباني حتى تتسجم مع البيئة المحيطة بموقعها^٥، فنصت المادة ٢٧ منه " يمكن رفض رخصة البناء أو منحها مقيدة بأحكام خاصة، إذا كانت البنايات والمنشآت المزمع بناؤها، تمس بموقعها وحجمها أو مظهرها الخارجي بالطابع أو بأهمية الأماكن المجاورة والمعالم والمناظر الطبيعية أو الحضرية وكذا بالمحافظة علي أفق المعالم الأثرية". كما

١ - غربي علي، مرجع سابق، ص ٢٢.

٢ - يعتبر القانون رقم ٩٠-٢٩ المؤرخ في ٠١ ديسمبر ١٩٩٠ ج ر رقم ٥٢، المتعلق بالتهيئة والتعمير، المرجع والإطار العام لقواعد التهيئة والتعمير في الجزائر.

٣ - المادة ٠٥ من القانون رقم ٩٠-٢٩ المذكور أعلاه.

٤ - مرسوم تنفيذي رقم ٩١-١٧٥ المؤرخ في ٢٨ مايو ١٩٩١ ج ر رقم ٢٦.

٥ - إقولي أولاد رايح صافية، قانون العمران الجزائري "أهداف حضرية ووسائل قانونية"، دار هوم، الطبعة الثالثة ٢٠١٧، ٢٠١٦، ص ١١٠.

نصت الفقرة الثانية على "يجب أن تبدى البناءات بساطة في الحجم ووحدة في المظهر... وتماسك عام للمدينة وانسجام المنظر". وعلية يكمن للسلطة الإدارية المختصة أن ترفض منح رخصة البناء في حالة المساس بالمظهر العام للبناءات أو كانت البناءات المشيدة حديثا غير منسجمة مع البناءات القديمة، بل وتطبيقا لنص المادة ٠٦ من القانون رقم ٩٠-٢٩ السالف الذكر تنص المادة ٢٨ علي "يمكن رفض رخصة البناء على علو يفوق معدل علو البناءات المجاورة".

ومن بين أهم الضمانات التي جاء بها قانون التعمير هو أنه قن أدوات التعمير وجعلها ملزمة للغير وللجميع بما فيها الإدارة^١. أي أن أحكام العمران من النظام العام^٢.
ثانيا: القانون رقم ٠٣-٠٣ المتعلق بمناطق التوسع والمناطق السياحية.

بفعل التوسع العشوائي للمناطق السكنية علي حساب الأراضي الفلاحية والسياحية، أراد المشرع الجزائري حماية وتهيئة وترقية وتسيير مناطق التوسع والمواقع السياحية^٣، من خلال القانون رقم ٠٣-٠٣ السالف الذكر. كما أراد المشرع الحفاظ علي خصوصية هذه المناطق، وحمايتها من مظاهر التلوث البصري، خاصة مشكل عدم انسجام المساكن وتناسقها، ومشكل البناءات المعاصرة التي لا تأخذ في الحسبان خصوصية وتميز بعض المناطق، حيث نصت صراحة المادة الأولى منه "يهدف هذا القانون إلي - إنشاء عمران مهيا ومنسجم ومناسب مع تنمية النشاطات السياحية والحفاظ على طابعه المميز". كما نصت المادة السابعة منه علي "يمنع كل استعمال أو استغلال لمناطق التوسع والمناطق السياحية يؤدي الي تشويه طابعها السياحي"، كما أن شغل واستغلال الأراضي الواقعة داخل المواقع والمناطق السياحية تخضع إلي إجراءات الحماية في ظل احترام قواعد التهيئة والتعمير (المادة ١٠). أما تهيئة وتسيير هذه المناطق فيكون وفق موصفات مخطط التهيئة السياحية، وهو مخطط يشمل حماية الجمال الطبيعي والمعالم الأثرية، كما أنه مخطط يندرج في إطار أدوات التهيئة والتعمير^٤، المنصوص عليها في القانون رقم ٩٠-٢٩. وقصد محاربة كل أشكال الشغل اللامشروع والبناءات غير

١ - عليان بوزيان، و فتاك علي، فكرة النظام العام الجمالي وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد ٠١، أفريل ٢٠١٥. ص ٢٢.

٢ - عيسى مهزول، صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط١، سنة ٢٠١٤ ص ١١.

٣ - القانون رقم ٠٣-٠٣ المؤرخ في ١٧ فيراير ٢٠٠٣ يتعلق بمناطق التوسع السياحي و المواقع السياحية ج ر رقم ١١.

٤ - المادة الأولى من القانون رقم ٠٣-٠٣، المذكور أعلاه.

٥ - المادة ١٢-١٣-١٤ من القانون رقم ٠٣-٠٣. المذكور أعلاه.

المرخصة قانوناً، منحت المادة ٣٠ للدولة والجماعات الإقليمية إجراءات يمكن من خلالها ردع هذه المخالفات، على غرار توقيف الأشغال أو تهديم البنايات أو إعادة المواقع إلي حالتها الأصلية أو الأمر بتصحيح وتحقيق المطابقة^١. كما نصت المادة ٤٥ على معاقبة بالحبس من ٠٦ أشهر إلى ٠٢ سنتين وبغرامة تتراوح ما بين مائتي ألف إلى مليون دينار جزائري كل من يستعمل أو يستغل مناطق التوسع والمناطق السياحية استعمالاً أو استغلالاً يؤدي إلى تشويه طابعها السياحي.

ثالثاً: القانون رقم ٠٣-١٠ المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

بعد الانتهاكات الصارخة التي تعرضت لها البيئة الطبيعية، صدر القانون رقم ٠٣-١٠ المحدد لقواعد واليات حماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ومن جملة ما يهدف إليه هذا القانون حسب المادة ٠٢ منه :

- تحديد المبادئ الأساسية وقواعد تسيير البيئة.
- ترقية تنمية وطنية مستدامة بتحسين شروط المعيشة، والعمل على ضمان إطار معيشي سليم.

ويعتبر الإطار المعيشي من بين مقتضيات حماية البيئة، لذا عمل هذا القانون علي حمايته من جميع أنواع ومظاهر التلوث بما في ذلك مظاهر التلوث البصري. بحيث نصت المادة ٤٤ علي " يحدث التلوث الجوي في مفهوم هذا القانون بإدخال، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، في الجو وفي الفضاءات المغلقة، مواد من طبيعتها : تهديد الأمن العمومي، إزعاج السكان، إفراز روائح كريهة شديدة، تشويه البنايات والمساح بطابع المواقع."

كما أخضع المشرع جميع عمليات البناء واستغلال واستعمال البنايات إلي مقتضيات حماية لبيئة وتفاذي إحداث التلوث الجوي والحد منه^٢.

كما أن ترقية الإطار المعيشي للمواطن، تقتضي ضرورة الحد من جميع المظاهر التي تأذي الفرد في محيطه وصحته وبصره، وتلوث البيئة المحيطة به، كالضوضاء التي تؤذي سمعه والروائح الكريهة والنفايات، وتشويه المباني التي يؤدي بصره. كما أن ترقية

١ - محمد الأمين كمال ، التدابير والإجراءات المقررة لمواجهة مخالفات البناء والتعمير، مقال منشور في مجلة المفكر ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد ١٣ ص ٥١٤.

٢ - القانون رقم ٠٣-١٠ المؤرخ في ١٩ يوليو ٢٠٠٣ المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة ج ر عدد ٤٣ الصادر بتاريخ ٢٠ يوليو ٢٠٠٣ ص ٠٦.

٣ - المادة ٤٥ من القانون رقم ٠٣-١٠ المذكور أعلاه.

الإطار المعيشي تقتضي ضرورة تنظيم تربية الحيوانات في الوسط الحضري، حيث نصت المادة ٤٢ على "يحق لكل شخص حيازة حيوان شريطة مراعاته لحقوق الغير ومستلزمات إطار المعيشة والصحة والأمن والنظافة...".

ومن بين أخطر مظاهر التلوث البصري-والتي تأثر على الصورة الجمالية للمدن- الوضع العشوائي للافتات ولوحات الإعلان والإشهار، وللقضاء على هذه الظاهرة نصت المادة ٦٦ علي: "يمنع كل إشهار على العقارات المصنفة من الآثار، على الآثار الطبيعية والمواقع المصنفة، في المساحات المحمية، في مباني الإدارات العمومية، على الأشجار".

يمكن منع كل إشهار على العقارات ذات طابع جمالي^١ أو تاريخي. والملاحظ أنه رغم أن الفقرة الأولى من نص المادة جاء على صيغة الإلزام والمنع، أي قاعدة أمر، إلا أن نص المادة في فقرته الثانية، جاء على صيغة الجواز وهذا ما يستفاد من عبارة "يمكن"، في حين كان يجب المنع النهائي للإشهار على العقارات ذات الطابع الجمالي لما له من آثار سلبية على المحيط والإطار المعيشي للمواطن. خاصة إذا علمنا أن قواعد العمران تعتبر من النظام العام^٢.

أما العقوبة المقرر في حالة المخالفة، فنصت المادة ١٠٩ على "يعاقب بغرامة قدرها مائة وخمسون ألف ١٥٠.٠٠٠ دج كل من وضع أو أمر بوضع أو أبقى بعد إعدار، إشهار أو لافتة أو لافتة قبلية في الأماكن والمواقع المحدد في المادة ٦٦^٣.

رابعا: القانون رقم ٠٧-٠٦^٤ المتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتثمينها.

من الناحية الجمالية ترتبط صورة المدينة عموما بهندسة مساحتها الخضراء وحدائقها، لما تضيفه عليها من لمسات جمالية بنباتاتها وأشكالها وتجهيزاتها مما يخلق التوازن والانسجام، ويوفر إطار حياة وظيفي مريح^٥، كما تعتبر متنفس لسكان المدن يلجئون إليها للهروب من صخب المدينة وضوضائها.

١ - المادة ٠٢/٦٦ من القانون رقم ١٠-٠٣ المنكور أعلاه.

٢ - عليان بوزيان، النظام العام العمراني في ظل القانون المنظم للترقية العقارية ١١/٠٤. مقال منشور على الموقع

manifest.univ-ouargla.dz. تاريخ الاطلاع ٢١/٠١/٢٠١٧.

٣ - تنص المادة ١٩٥ من القانون العضوي رقم ٠١-١٢ المؤرخ في ١٨ صفر عام ١٤٢٣ الموافق ١٢ يناير سنة ٢٠١٢ والمتعلق بنظام الانتخابات، "تخصص داخل كل دائرة انتخابية أماكن عمومية لإصاق الترشيحات توزع مساحتها بالتساوي. يمنع استخدام أي شكل آخر للإشهار خارج المساحات المخصصة لهذا الغرض.

٤٤ - القانون رقم ٠٦-٠٧ المؤرخ في ١٣ ماي ٢٠٠٧ المتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتثمينها ج ر عدد ٣١ الصادرة بتاريخ ١٣ ماي ٢٠٠٧ ص ٠٦.

٥ - عليان بوزيان، و فتاك علي، مرجع سابق ص ٢٧.

لذلك حارب المشرع الجزائري مظاهر التلوث البصري فيها، فمنع وضع الفضلات والنفايات في المساحات الخضراء خارج الأماكن أو الترتيب المخصصة والمعينة لهذا الغرض حسب المادة ١٧ منه. كما منع قطع أشجار دون رخصة مسبقة المادة ١٨. وفي حالة قلع الشجيرات يعاقب الشخص بالحبس من ٠٣ ثلاثة أشهر إلى ستة ٠٦ أشهر بالغرامة من عشرون ألف ٢٠.٠٠٠ دج إلى خمسين ألف ٥٠.٠٠٠ دج.

بل ذهب إلى أبعد من ذلك حين ألزمت المادة ٢٨ منه علي أن يتضمن كل إنتاج معماري و/أو عمراني ضرورة إقامة مساحات خضراء، مع إلزامية تخصيص مواقع للمساحات الخضراء داخل المناطق الحضرية. عند إعداد أو مراجعة أدوات العمران حسب المادة ٣٠ منه.

في حين نصت المادة ٢٩ علي إلزام المنجز العمومي أو الخاص، عند انجاز المساحات الخضراء، أن يأخذ بعين الاعتبار العوامل المتعلقة بطابع الموقع والمناظر التي ينبغي المحافظة عليها وتثمينها، أو التي ينبغي إخفائها، والعوامل المتعلقة بالتراتب المعماري للمنطقة أو الناحية. كل ذلك بهدف بلوغ تجانس ونوعية المناظر من جهة وحفاظا علي جمالية الأماكن ورواءها من جهة أخرى.

ولأن اللافتات والإشهار الغير منظم يؤثر على مظهر وجمالية المدن، نصت المادة ١٩ من القانون رقم ٠٧-٠٦ علي "يمنع كل إشهار في المساحات الخضراء"، وفي حالة المخالفة نصت المادة ٣٨ على عقوبة بالحبس من شهر ٠١ إلى أربعة ٠٤ أشهر وبغرامة من خمسة آلاف ٥.٠٠٠ دج إلى خمسة عشر ألف ١٥.٠٠٠ دج.

خامسا: القانون رقم ٠٤-١١ المتعلق بالترقية العقارية.^١

لقد نص هذا القانون صراحة على ضرورة الأخذ بالحسبان الطابع الجمالي للبنىات، حيث نصت المادة ٠٨ منه على "يجب أن تسعى كل عملية تجديد عمراني إلى جمال الإطار المبني وتحسين راحة المستعملين وكذا مطابقته للمعايير العمرانية السارية".

كما نصت المادة ١٠ منه علي "يجب أن يؤخذ في الحسبان الانسجام المعماري والعمراني والطابع الجمالي بالنسبة للمجموعة العقارية الأصلية عند تصميم البناية أو البنايات التي تكون موضوع عملية توسيع مشروع عقاري".

١ - القانون رقم ١١-٠٤ المؤرخ في ١٧ فيفراير ٢٠١١ يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية ج ر عدد ١٤ الصادر

بتاريخ ٠٦ مارس ٢٠١١ ص ٠٤.

وعليه فان المحافظة علي الطابع الجمالي واتساق المباني وانسجامها يقلل من ظاهرة التشوه العمراني، هذا التشوه الذي تعيشه أغلب المدن الجزائرية، نتيجة مخالفة قوانين العمران والشروط التقنية للبناءات^١.

سادسا: القانون رقم ٠٨-١٥ يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها^٢.

لقد شوهت الورشات المفتوحة والبناءات الغير مكتملة الصورة الجمالية للمدن، فهذه الورشات والبناءات الغير مكتملة أثرت بشكل واضح علي انسجام وتناسق البناء داخل المدن، فبعض الورشات المفتوحة داخل المدن لم ينتهي العمل بها منذ زمن، وبعض البناءات لم يتم أصحابها بإتمام إنجازها - خاصة الواجهة الأمامية لهذه المباني - رغم وجوها في الشوارع الرئيسية للمدن.

وقصد القضاء على هذه التصرفات اللاحضرية صدر القانون رقم ٠٨-١٥ المذكور أعلاه الذي نص في مادته الأولى على "يهدف هذا القانون إلى تحديد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها.

ويهدف على الخصوص إلى ما يأتي: وضع حد لحالات عدم إنهاء البناءات، تحقيق مطابقة البناءات المنجزة أو التي هي في طور الانجاز قبل صدور هذا القانون، تحديد شروط شغل و/أو استغلال البناءات، ترقية إطار مبني ذي مظهر جمالي ومهيأ بانسجام، تأسيس تدابير ردعية في مجال عدم احترام أجل البناء وقواعد التعمير^٣.

والملاحظ أن القانون رقم ٠٨-١٥ اهتم بشكل لافت بالطابع الجمالي للبناءات، حيث نصت المادة ٠٢ منه علي تعريف المظهر الجمالي "وهو انسجام الأشكال ونوعية واجهات البناية بما فيها تلك المتعلقة بالمساحات الخارجية"، فالمظهر الجمالي للمباني لا يقتصر على شكل المباني فقط، بل يمتد إلي المواد المستعملة في تزيين وإتمام واجهات المباني، وهذا ما يظهر من خلال استعمال بعض الأشخاص لمواد ثمينة والبعض الآخر يستعمل مواد رخيصة أو أقل جودة، أو قد يستعمل البعض الألمنيوم والبعض الآخر يستعمل الزجاج أو الخشب، فالتباين في الأشكال والمواد المستعمل يؤثر بشكل واضح على انسجام المباني وبالتالي يؤثر على الصورة الجمالية للمدينة، بمعنى أن عدم

١ - عزري الزين، إجراءات إصدار قرارات البناء والهدم في التشريع الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد ٠٣، دون سنة نشر ص ١٠.

٢ - القانون رقم ٠٨-١٥ المؤرخ في ٢٠ يوليو ٢٠٠٨، يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها ج ر عدد ٤٤ الصادرة بتاريخ ٠٣ غشت ٢٠٠٨ ص ١٩.

٣ - المادة الأولى من القانون رقم ٠٨-١٥ المؤرخ في ٢٠ يوليو ٢٠٠٨، يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها.

الانسجام يؤدي إلي ارتباك وعدم ارتياح نفسي لدى المتلقي، وقد أثبتت الدراسات الحديثة أن هذا الارتباك وعدم الارتياح يؤدي في غالب الأحيان إلي القلق وبعض الأمراض النفسية، كما أن المنظر الجميل والمنظم يبعث في النفس الارتياح والسكينة. ومن هذا المنطلق اعتبرت المادة ١٢ "المظهر الجمالي للإطار المبني من الصالح العام لهذا الغرض يستلزم المحافظة عليه وترقيته". وقصد القضاء على البناءات الغير مكتملة والتي تشوه المنظر العام، نصت المادة ١٦ على "لا تكون قابلة لتحقيق المطابقة، في أحكام هذا القانون، البناءات الآتية:

البناءات المشيدة خرقا لقواعد الأمن أو التي تشوه بشكل خطير البيئة والمنظر العام للموقع.

الطلب الثاني

الآليات التنظيمية في القضاء على التلوث البصري في الجزائر

نظم المرسوم التنفيذي رقم ١٥-١٩ المؤرخ في ٤ ربيع الثاني عام ١٤٣٦ الموافق ٢٥ يناير سنة ٢٠١٥ الذي يحدد كليات تحضير عقود التعمير وتسليمها ، فنص في المادة الأولى منه على أنه من الآليات التنظيمية للحد من التشوه الحضري والتلوث ، شهادة التعمير، رخصة التجزئة، شهادة التقسيم، رخصة البناء، شهادة المطابقة ورخصة الهدم.

ونظرا لتعدد هذه العقود فان موضوع الدراسة سيقصر على رخصة البناء وشهادة المطابقة.

الفرع الأول

رخصة البناء

تعرف رخصة البناء بأنه " القرار الإداري الصادر من سلطة مختصة قانونا، تمنح بمقتضاه الحق للشخص (طبيعيًا أو معنويًا) لإقامة بناء جديد أو تغيير بناء قائم قبل البدء في أعمال البناء التي يجب أن تحترم قواعد قانون العمران^١.

وعليه فان لرخصة البناء دور فعال في مجال ضبط وتنظيم النشاط العقاري، بحيث يخول لسلطة الإدارية المختصة مانحة الترخيص سلطة رقابية ووقائية سابقة على عملية البناء من جهة كما تضمن عدم انتهاك قواعد التهيئة والتعمير من جهة ثانية، لاسيما ما تعلق منها بواجهات المباني لأن هذه الواجهات تشهد تشوه وفوضى واضحة.

وقصد القضاء علي هذه الظواهر نصت المادة ٤٦ من القانون رقم ١٥-١٩ علي أن تحضير رخصة البناء "ينبغي أن يراعي التحضير موقع البناء المبرمجة ونوعها ومحل إنشائها وخدماتها وحجمها ومظهرها العام وتناسقها مع المكان. كما يجب أن يراعي التحضير مدى احترام الأحكام التشريعية والتنظيمية المعمول بها في ميدان الأمن والنظافة والبناء والفن الجمالي^١.

ويمكن القول أن للجهات الإدارية المختصة -الوزير المكلف بالعمران، الوالي، رئيس المجلس الشعبي البلدي- كل فيما يخصه بموجب السلطات الإدارية الضبطية الممنوحة لهم، يمكنهم رفض تقديم وتحضير رخصة البناء في حالة انتهاك البناء المشيد الفن العمراني والطابع الجمالي العام، وذلك استنادا إلي سلطات الضبط الإداري العمراني^٢.

خاصة إذا علمنا أن القانون رقم ١٥-١٩ ومن خلال المادة ٥٢ منه منع الترخيص بالبناء في البلديات التي لا تملك مخطط شغل الأراضي مصادق أو إذا كان مشروع البناء غير مطابق لتوجهات مخطط التهيئة والتعمير أو/وللتوجهات المنصوص عليها تطبيقا للأحكام المحدد في القواعد العامة للتهيئة والتعمير.

وهنا، متى قدرت الإدارة مخالفة مشروع البناء لهذه التوجهات وأصدرت قرار رفض بمنح رخصة كان القرار سليما، طالما أن أساس هذا التقدير من مقتضيات السلطة التي منحها لها القانون في هذا الصدد^٣. طالما أنها تهدف إلي حماية المظهر الجمالي باعتباره من الصالح العام.

الفرع الثاني

شهادة المطابقة

شهادة المطابقة هي تلك الشهادة أو الوثيقة الإدارية التي تتوج بها العلاقة بين الجهة الإدارية مانحة رخصة البناء والشخص المستفيد منها، تشهد فيها الإدارة بموجب سلطتها الرقابية البعدية (اللاحقة) وتتأكد من خلالها من مدى احترام المرخص له لقانون البناء والتزامه بالمواصفات التي تضمنها قرار الترخيص بناء على التصميم المقدم لهذا الغرض والمرفق بطلب الترخيص بالبناء، مدعما بالوثائق والسندات الإدارية والتقنية اللازمة^٤.

١ - المادة ٤٦/٥٣ من القانون رقم ١٥-١٩ المؤرخ في ٢٥ يناير ٢٠١٥، يحدد كفاءات تحضير عقود التعمير وتسليمها.

٢ - عيسى مهزول، المرجع السابق ص ١٠ وص ٤٩.

٣ - عزري الزين، النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة جوان ٢٠٠٥، العدد ٠٨، ص ٢٧.

٤ - عزاوي عبد الرحمان، الرخص الادارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر ٢٠٠٧، ص ٦٥٧.

فحسب المادة ٦٣ من المرسوم التنفيذي رقم ١٥-١٩ يتعين على المستفيد من رخصة البناء عند انتهاء أشغال البناء والتهيئة التي يتكفل بها إن اقتضي الأمر، استخراج شهادة مطابقة الأشغال المنجزة مع أحكام رخصة البناء.

وعليه يجب أن تكون الأشغال المنجزة مطابقة لرخصة البناء الممنوحة من طرف السلطة الإدارية المختصة، فحسب الفقرة الثانية من المادة ٦٦ "تخص مطابقة الأشغال مع أحكام رخصة البناء إقامة البناية ومقاسها واستعمالها وواجهاتها".

لذا وحفاظ على المظهر الجمالي للبنىات وتناسقها يجب على المالك الحصول شهادة مطابقة البناية مع رخصة البناء الممنوحة له، مع الالتزام بالتصميم والواجهة المحدد في رخصة البناء، ويكون التحقق عن طريق لجنة مختصة تضم مؤهلين قانوناً^١.

وعليه وحسب المادة ٦٨ في حالة ما إذا بين محضر الجرد مطابقة المنشأة يسلم رئيس المجلس الشعبي البلدي شهادة المطابقة، أما إذا بينت عملية الجرد عدم انجاز الأشغال للتصاميم المصادق عليها ووفق رخصة البناء تعلم السلطة المختصة المعني بعدم إمكانية تسليم شهادة المطابقة، وأنه يجب عليه العمل على جعل البناء مطابقاً للتصاميم المصادق عليها.

وما يجعل شهادة المطابقة وسيلة فعالة في ردع المخالفين لأحكام رخصة البناء- خاصة ما تعلق بتشوه واجهات المباني- هو إمكانية الأمر بهدم هذه البنىات، من طرف الجهات القضائية المختصة طبقاً للأحكام المادة ٧٨ من القانون رقم ٩٠-٢٩ المتعلق بالتهيئة والتعمير، وذلك بعدما يشرع رئيس المجلس الشعبي البلدي في الملاحظات القضائية، طبقاً للمادة ٦٨ فقرة ٠٤ من المرسوم التنفيذي رقم ١٥-١٩.

الفرع الثالث

رخصة الهدم

يخضع كل هدم كلي أو جزئي للبناء لرخصة الهدم في المناطق المشار إليها في المادة ٤٦ من القانون رقم 29-90 المؤرخ في أول ديسمبر سنة ١٩٩٠ والمتعلق بالتهيئة والتعمير، هذه المناطق تتوفر إما على مجموعة من المميزات الطبيعية الخلابة والتاريخية والثقافية وإما على مميزات ناجمة عن موقعها الجغرافي والمناخي والجيولوجي .

١ - المادة ٢/٦٦ من المرسوم التنفيذي ١٥-١٩ المذكور أعلاه.

فإذا توافرت شروط المادة ٤٦ المشار إليها أعلاه، فلا يمكن القيام بأي عملية هدم جزئية أو كلية لبنائية دون الحصول مسبقاً على رخصة هدم وفق نصوص القانون رقم 04 - 98 المؤرخ في ٢٠ صفر عام ١٤١٩ الموافق ل ١٥ يونيو سنة ١٩٩٨، المتعلق بحماية التراث الثقافي .

وإجراءات الحصول على الرخصة تكمن في ايداع ملف يوقع ويقدم من طرف المالك أو موكله أو الهيئة العمومية المخصصة لها الأرضية والمكون من :

- نسخة من عقد الملكية أو شهادة الحيازة أو التوكيل أو العقد الإداري أو القانون الأساسي

- مخطط الموقع بسلم مناسب يسمع بتحديد موقع البناءة

- مخطط الكتلة بسلم ١/٥٠٠ أو ١/٢٠٠

- تقريراً وتعهداً على القيام بعملية الهدم في الظروف الحسنة للحفاظ على استقرار المنطقة

- تقرير خبرة معد من طرف مهندس مدني في حالة وجود البناءة على بعد اقل من ٠٣ أمتار من البناءات المجاورة، وبيين الطريقة التي يتعين استعمالها

- مخطط مراحل الهدم وأجالها.

- مخطط يبين الأجزاء المراد هدمها.

- التخصيص المحتمل بعد عملية الهدم.

يودع الملف من ٠٣ نسخ لدى رئيس المجلس الشعبي البلدي مقابل تسليم وصل

إيداع في نفس اليوم دراسة الملف:

يقوم الشباك الوحيد على المستوى البلدية بتحضير ودراسة الملف في اجل شهر

واحد من تاريخ ايداع الملف لا يمكن رفض رخصة الهدم عندما يكون الهدم الوسيلة الوحيدة لوضع حد لانتهيار البناءة .

تقوم مصلحة التعمير على مستوى البلدية بجمع الآراء أو الموافقات لدى

المصالح المحددة التي يجب أن تبدي بآرائها في اجل ١٥ يوماً ابتداء من تاريخ استلام الطلب.

يسلم رئيس المجلس الشعبي البلدي رخصة الهدم بعد رأي الشباك الوحيد للبلدية،

وتبلغ لصاحب الطلب إما بالقبول أو بالرفض وينبغي على رئيس المجلس الشعبي البلدي

القيام بالإصاق وصل إيداع طلب رخصة الهدم بمقر البلدية خلال فترة تحضير الرخصة.

يمكن للمواطنين الاعتراض كتابيا على الرخصة، ويجب أن يكون مبررا بوثائق قانونية ولا يمكن الانطلاق في أشغال الهدم إلا بعد إعداد تصريح بفتح الورشة، ويضع لافتة تبين مراجع رخصة الهدم.

وتصبح رخصة الهدم منقضية في الحالات الآتية:

- إذا لم تحدث عملية الهدم خلال اجل ٠٥ سنوات.
- إذا توقفت أشغال الهدم خلال سنة واحدة.
- إذا ألغيت الرخصة صراحة بقرار من العدالة.

الخاتمة:

خلصنا مما سبق أن التلوث البصري يأتي عادة نتيجة للإهمال أو سوء الاستعمال أو سوء التخطيط والتصميم، أو سوء السلوكيات الاجتماعية والاقتصادية.

لذلك أصبحت المسألة البصرية مسألة تحظى بأهمية خاصة لدى الناس وأكاديميات الفنون والمصممين وعلماء النفس ويات التلوث البصري يسبب إرهاقاً بصرياً في حين يعده الألمان أحد أمراض العصر.

ويبدو أن هذه المسألة ماتزال غائبة عن الأذهان عندنا، رغم أهميتها ورغم انعكاسات السلبية وخاصة عندما يغزو التلوث المدن التراثية والمدن القديمة من تشوه عمراني باعتباره مظهر من مظاهر التلوث البصري في المحيط الحضري، فقد غزى كل البيئة المشيدة وقضى على الصورة الجمالية للعمارة الجزائرية، وهذا أدى إلى مشاكل أثرت بشكل واضح على حياة الإنسان في الوسط الحضري، رغم الترسانة الكبيرة والقوانين والتنظيمات التي وضعها المشرع للقضاء على هذه الظاهرة .

والإشكال ليس في وجود نصوص قانونية لكن في تطبيقها، فيجب على السلطات الإدارية المختصة، مانحة عقود التعمير أن تستعمل الامتيازات والسلطات الممنوحة لها بموجب القانون وفي حدود احترام مبدأ المشروعية قصد القضاء علي جميع المخالفات التي تؤدي إلي التشوه العمراني.

قائمة المراجع:

أولاً: الكتب.

- ٠١- أمال حاج جاب الله، الإطار القانوني للمدن الكبرى في الجزائر، دار بلقيس، الجزائر، طبعة ٢٠١٤.
- ٠٢- د إقولي أولد رابح صافية، قانون العمران الجزائري "أهداف حضرية ووسائل قانونية"، دار هومه، الطبعة الثالثة ٢٠١٧. ٢٠١٦.
- ٠٣- بشير ريبوح، تنظيم المجال المعماري والعمراني قي المدينة الجزائرية، دار بهاد الدين، الجزائر. الطبعة ٢٠١٧.
- ٠٤- عبد الفتاح محمد وهيبه، في جغرافية العمران، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، سنة ١٩٨٠ بيروت لبنان.
- ٠٥- عيسى مهزول، صلاحيات رئيس المجلس الشعبي البلدي في مجال العمران، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط١، سنة ٢٠١٤.
- ٠٦- سجي محمد عباس الفاضلي، دور الضبط الإداري البيئي في حماية جمال المدن- دراسة مقارنة- المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية للنشر والتوزيع، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠١٧.

ثانياً: الرسائل والمذكرات الجامعية.

أ- رسائل الدكتوراه.

- ٠١- عزوي عبد الرحمان، الرخص الادارية في التشريع الجزائري، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون العام، جامعة الجزائر ٢٠٠٧.
- ب- مذكرات الماجستير.

- ٠١- أحمد جميل شامية، دراسة تحليلية للتلوث البصري في مدينة غزة، رسالة ماجستير قسم الهندسة المعمارية بكلية الهندسة الجامعة الإسلامية .غزة، فلسطين ٢٠١٣.
- ٠٢- لعربي صالح، البيئة الحضرية داخل الناسجة العمرانية العتيقة والتنمية المستدامة "حالة قسنطينة"، مذكرة ماجستير تخصص تسيير التقنيات الحضرية، فرع التسيير الايكولوجي للمحيط الحضري، معهد تسيير التقنيات الحضرية، جامعة المسيلة ٢٠١٠.

٠٣- وقاد حسين، معالجة التلوث البصري في الوسط الحضري، دراسة حاله مدينة المسيلة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، تخصص التسيير الايكولوجي للمحيط الحضري، معهد تسيير التقنيات الحضرية، جامعة محمد بوضياف المسيلة ٢٠١٤/٢٠١٥،

٠٤- بوزغاية باية، تلوث البيئة والتنمية بمدينة بسكرة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في علم الاجتماع الحضري، جامعة منتوري بقسنطينة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإنسانية، قسم علم الاجتماع والديمقراطية، ٢٠٠٧/٢٠٠٨.

٠٥- غربي علي، اثر التلوث البصري على الصورة الجمالية لمدينة وادي سوف دراسة حالة حي الأعشاش، مذكرة شهادة ماجستير في الهندسة المعمارية، تخصص مدن ومناظر، جامعة باتنة ٠١، معهد الهندسة المعمارية والعمران، قسم الهندسة المعمارية ٢٠١٥/٢٠١٦.

٠٦- محمد طلال جميل خالد، تحليل وتقييم التشويه البصري في مدينة طولكرم حالة دراسية -مدينة طولكرم، مذكرة ماجستير، في التخطيط الحضري والإقليمي، بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ٢٠٠٩.

ثالثا: المقالات والمدخلات.

٠١- أ فريد بوبيش أ بلال بوترة تلوث البيئة الحضرية والصحة -مقاربة سوسيوولوجية -مقال منشور في مجلة الدراسات والبحوث الاجتماعية، جامعة الوادي، العدد ٠٣ ديسمبر ٢٠١٣.

٠٢- بوسماحة الشيخ، التشريع البيئي الجزائري، مقال منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد ٠١، أبريل ٢٠١٥.

٠٣- م م شيماء فاشل، دور التلوث البصري الناتج عن تغير واجهات المباني السكنية في استقبال الصورة، مقال منشور في مجلة كلية الهندسة، جامعة النهريين، اقليم كردستان العراق، المجلد ١٤ العدد، دون تاريخ نشر.

٠٤- د/عبد الرحمان برقوق أ/مميزنة مناصرية، الضبط الاجتماعي كوسيلة للحفاظ على البيئة في المحيط الحضري، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد ١٢، نوفمبر ٢٠٠٧..

٠٥- عزري الزين، النظام القانوني لرخصة البناء في التشريع الجزائري، مقال منشور بمجلة العلوم الانسانية، جامعة محمد خيضر بسكرة جوان ٢٠٠٥، العدد ٠٨.

٠٦-د عليان بوزيان، د فتاك علي، فكرة النظام العام الجمالي وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، مقال منشور في مجلة البحوث في الحقوق والعلوم السياسية، جامعة ابن خلدون، تيارت، العدد ٠١، أبريل ٢٠١٥.

٠٧-د عزري الزين، إجراءات إصدار قرارات البناء والهدم في التشريع الجزائري، مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد ٠٣، دون سنة نشر.

٠٨-محمد الامين كمال، التدابير والإجراءات المقررة لمواجهة مخالفات البناء والتعمير، مقال منشور في مجلة المفكر، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة محمد خيضر بسكرة، العدد ١٣

رابعاً: النصوص القانونية.

أ- القوانين:

٠١- القانون رقم ٩٠-٢٩ المؤرخ في ٠١ ديسمبر ١٩٩٠ ج ر رقم ٥٢، المتعلق بالتهيئة والتعمير.

٠٢- القانون رقم ٠٣-٠٣ المؤرخ في ١٧ فبراير ٢٠٠٣ المتعلق بمناطق التوسع والمناطق العمرانية.

٠٣- القانون رقم ٠٣-١٠ المؤرخ في ١٩ يوليو ٢٠٠٣ المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة.

٠٤- القانون رقم ٠٧-٠٦ المؤرخ في ١٣ ماي ٢٠٠٧ المتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتثمينها.

٠٥- القانون رقم ١١-٠٤ المؤرخ في ١٧ فبراير ٢٠١١ يحدد القواعد التي تنظم نشاط الترقية العقارية .

٠٦- القانون رقم ٠٨-١٥ المؤرخ في ٢٠ يوليو ٢٠٠٨، يحدد قواعد مطابقة البناءات وإتمام إنجازها.

ب- المراسيم:

٠١ - مرسوم تنفيذي رقم ٩١-١٧٥ المؤرخ في ٢٨ مايو ١٩٩١ المحدد للقواعد العامة للتهيئة والتعمير.

خامسا: المواقع الالكترونية .

٠١ - دعليان بوزيان، النظام العام العمراني في ظل القانون المنظم للترقية العقارية ١١/٠٤. مقال منشور على الموقع manifest.univ-ouargla.dz تاريخ الاطلاع ٢١/٠١/٢٠١٧. على الساعة ٣٠:١٢.

**” دور المحكمة الدستورية فى حماية المؤجر من المحاباة
التشريعية للمستأجر ”**

إعداد

دكتور/ حمدى حسب النبى محمد الشورى

عضو هيئة التدريس بقسم القانون المدنى

كلية الشرطة

تمهيد وتقسيم :

يُعتبر الإيجار من أكثر العقود ذيوياً وانتشاراً في الحياة العملية، فهو يُشبع لدى الإنسان حاجات اجتماعية واقتصادية متعددة فالإيجار من الناحية الاقتصادية هو وسيلة المالك إلى استغلال ملكه عن طريق تمكين غيره من الانتفاع به لقاء أجر محدد مع الاحتفاظ بالملكية كاملة - وهو من الناحية الاجتماعية يعتبر نقطة التقاء طبقتين اجتماعيتين متناقضتين في المصالح والحاجات، طبقة الملاك وما تتمتع به من قوة رأس المال وطبقة العاملين على ما هي عليه من قوة العدد وضعف الإمكانيات، لذا كان للنفوت الكبير بين الطبقات الاجتماعية أثره على تنظيم عقد الإيجار الذي تميز في قيامه بهذا الدور التوفيقى بدقة أحكامه بل وبحساسيتها، إذ أنه فيما يتناوله من علاقات تمس مصالح متعددة ومتعارضة تنسم بكثير من الأهمية الاقتصادية والاجتماعية.

ولقد كان من شأن هذه الأهمية الاقتصادية والاجتماعية أن أكتسب الإيجار أهمية قانونية خاصة سواء من الناحية التشريعية أو من الناحية العملية والتطبيقية. فالإيجار يجعل المؤجر والمستأجر ف علاقة دائمة طوال فترة الإيجار، مما يستدعى الدقة في وضع القواعد المنظمة لتلك العلاقة وتبين حقوق كل من الطرفين وواجباته، لذلك كان لعقد الإيجار أهمية قصوى.

وحيث أن من البنود المهمة بهذا العقد هو المدة التي يسرى فيها وأيضاً قيمة الأجر وبالرجوع إلى الأربعينيات نجد أن المشرع قد تدارك أزمة الإسكان لظروف الحرب العالمية الثانية بصدور الأمر العسكري رقم (١٥١) لسنة ١٩٤١ الذي قيد من سلطة المالك في زيادة تلك الأجرة وامتداد العقود القائمة وتلاه بأوامر عسكرية أخرى تم صدور القانون رقم (١٢١) لسنة ١٩٤٧ بشأن إيجار الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين.

كما نصت المادة الثانية منه على أنه لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر ولو عند انتهاء المدة المتفق عليها في العقد إلا لأسباب حُددت على سبيل الحصر منها عدم الوفاء بالأجرة أو التأجير من الباطن بدون إذن صريح من المالك أو استعمال المكان المؤجر بصورة تضر بمصلحة المالك أو تتنافى مع شروط الإيجار المعقولة أو لهدم العقار بقصد إعادة البناء.

وللأسف فإن المشرع قد بالغ بمحاباة المستأجر على حساب المؤجر مما أدى إلى أن أصبح قانون الإيجار هو المصدر الأساسي لتعاسة هذا المؤجر وتعاسة الذي يبحث عن

سكن للإيجار حيث أنه أغلق باب الإيجار ولم يُعد بالإمكان الحصول على سكن إلا عن طريق التملك الذي لا يقدر عليه إلا شريحة من الناس.

ولقد تنبه المشرع لما يحدث منذ فترة وتوالت الاقتراحات والمشروعات لتعديل القانون القائم لتفادي العوار بهذا القانون وتحقيق العدالة بين المؤجر والمستأجر.

ولكن وللأسف الشديد تعثرت معظم تلك الأطروحات لأنها قد اصطدمت بالوضع على الأرض وانطوت تلك المشروعات عن سلبيات اقتصادية وسياسية واجتماعية لا يمكن إغفالها، أدى ذلك إلى التراجع عن تلك المشروعات.

ونظراً لاستمرار العمل بقوانين إيجار الأماكن بدون تعديلات أدى ذلك إلى عدم عرض أى وحدات للإيجار فاتجه المشرع إلى الاهتمام بالوضع في المستقبل وترك العلاقات القائمة كما هي دون مساس مؤقتاً على الأقل، فما لا يدرك كله لا يُترك كله.

ولهذا ظهر الاقتراح بأن عقود الإيجار التي تُبرم مستقبلاً لا تخضع لقوانين إيجار الأماكن وتخضع للقانون المدني فقط وطرحت الحكومة مشروعاً بهذا المعنى للمناقشة على المستويات الشعبية والعلمية.

وصدر القانون ٤ لسنة ١٩٩٦ والذي تجنب تماماً قانون إيجار الأماكن عن حكم الإيجار التي تُبرم بعد العمل به، إعتباراً من ٣١ يناير ١٩٩٦ وأصبحت تلك العقود تخضع للقانون المدني دون غيره.

الأمر الذي أحدث فجوة عميقة بين المستأجرين بموجب القوانين ٤٩ لسنة ١٩٧٧ و١٣٦ لسنة ١٩٨١ وبين المستأجرين بموجب القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ الأمر الذي جعل هناك ظلماً واقعاً على مالكي تلك الأماكن ولهذا كان لابد أن يتدخل المشرع المصري لإحداث نوعاً من التوازن بين طرفي تلك العلاقة وإنهاء هذا الوضع مستنداً إلى حكم المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية الفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فيما يتضمنه من إطلاقه عبارة لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو إنتهت المدة المتفق عليها في العقد لتشمل عقود إيجار الأماكن المؤجرة للأشخاص الاعتبارية لإستعمالها في غير غرض السكن ومن ثم كان ولا بد أن يصدر المشرع قانوناً لتحقيق التوازن بين طرفي العلاقة الإيجارية وخاصةً بعد صدور حكم المحكمة الدستورية بتاريخ ٢٠١٨/٥/٥.

وبناءً على ذلك سوف نتناول هذا الموضوع من خلال المباحث الآتية:

المبحث الأول: عدم دستورية الإمتداد القانوني لإيجار الأماكن المؤجرة لغير السكنى للشخص المعنوي طبقاً لحكم المحكمة الدستورية الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٥/٥.

المبحث الثاني: موقف المحكمة الدستورية من الإمتداد القانوني للأماكن المؤجرة لغير السكنى.

المبحث الثالث: أحكام الإمتداد القانوني للأماكن المؤجرة لغير السكنى فى ظل القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧.

المبحث الرابع: العلاقة بين القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ وقانون المنشأة الطبية رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بشأن الامتداد القانوني للأماكن المؤجرة لغير السكنى.

المبحث الخامس: زيادة الأجرة فى الأماكن المؤجرة لغير السكنى بعد صدور القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧.

المبحث الأول

عدم دستورية الإمتداد القانوني لإيجار الأماكن المؤجرة لغير السكنى للشخص المعنوي

طبقاً لحكم المحكمة الدستورية الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٥/٥

تمهيد وتقسيم:

قد يكون المستأجر للأماكن المؤجرة لغير السكنى شخصاً معنوياً أو يكون شخصاً طبيعياً، أما الأماكن المؤجرة لغرض السكنى فإن المستأجر لا يكون إلا شخصاً طبيعياً يحتاج لمكان يأويه هو وأفراد أسرته.

وسنعرض فيما يلي موقف المحكمة الدستورية من الإمتداد القانوني للمكان المؤجر للشخص المعنوي في مطلبين:

المطلب الأول: موقف الأماكن المؤجرة لغير السكنى من الإمتداد القانوني للشخص المعنوي.

المطلب الثاني: مبررات عدم دستورية المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١.

المطلب الأول

موقف الأماكن المؤجرة لغير السكنى

من الإمتداد القانوني للشخص المعنوي

يستأجر الشخص المعنوي مكاناً كمقر له سواء لمباشرة نشاطه أو لإدارة نشاطه، كمقر للشركة أو مكان يقيم فيه مصنعه أو تجارته.

والأصل أن الشخص المعنوي يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وذلك في الحدود التي يقرها القانون. وبالتالي يكون له موطن مستقل وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، ولذا فيحق للشخص الطبيعي أن يستأجر مكاناً يكون موطناً له، أو مكان يباشر فيه نشاطه أيّاً كان نوع هذا النشاط ولذا يكون للشخص المعنوي أو الاعتباري أهلاً للإستئجار ولكن المشكلة التي ظهرت وهي مدى خضوع عقد الإيجار للإمتداد القانوني^(١).

والإمتداد القانوني يُقصد به عدم إنتهاء عقد الإيجار بإنهاء مدته وإنما يظل مستمراً ما لم يتوافر سبب من أسباب إنقضاء العقد والتي وردت في القانون على سبيل الحصر ونجد أنه إذا كان مدة عقد الإيجار يجوز أن تكون لحياة المستأجر باعتبار أن الحياة الإنسانية

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني: عقد الإيجار في القانون المدني وفي قوانين إيجار الأماكن لسنة ١٩٩٩، الطبعة الثالثة، ص ٣١٧.

مؤقته لابد وأن تنتهى بالوفاة، أما الشخص المعنوى له كذلك مدة وهى تلك المحددة فى سنة إنشائه وينقضى الشخص المعنوى بإنقضاء المدة، فتص المادة ٥٢٦ من القانون المدنى على أنه تنتهى الشركة بإنقضاء الميعاد المعين لها.

ومما سبق نجد أن هناك إختلافاً بين الشخص الطبيعى والشخص المعنوى وذلك لأن حياة الشخص الطبيعى يحددها الله سبحانه وتعالى، أما حياة الشخص المعنوى فيحكمها سند إنشائه ويجوز إمتداد مدته إلى ما لا نهاية، حيث أن هناك أشخاص معنوية موجودة وتظل لآلاف السنين مثل الدولة^(١).

المطلب الثانى

مبررات عدم دستورية المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١

المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ نصت على أنه "لا يجوز للمؤجر أن يطلب بإخلاء المكان ولو إنتهت المدة المتفق عليها فى العقد إلا لأحد الأسباب الآتية..."، وفى هذا النص قرر المشرع الإمتداد القانونى بصفة عامة لتشمل الأماكن المؤجرة لغرض السكنى أو لغير هذا الغرض والمؤجرة لأشخاص طبيعيين أو لأشخاص إعتبارية عامة كانت أو خاصة.

ونتج عن ذلك أن الإمتداد القانونى لعقد إيجار الأماكن للأشخاص الإعتبارية لإستعمالها فى غير غرض السكنى قد سلب حق المؤجر فى طلب إخلاتها بعد إنتهاء مدة الإيجار المتفق عليها فى العقد. لتصبح يد المستأجر على العين مؤبدة باقية مدة بقاء الشخص المعنوى عاماً كان أو خاصاً ولو كان المؤجر فى قمة الحاجة لها^(٢).

ولقد أحدث هذا النص خللاً فى التوازن الواجب بين أطراف العلاقة مغلباً مصالح أحد أطرافها - المستأجر - على الطرف الآخر، ويكون ذلك سبباً فى انتقاص إحدى عناصر الملكية بما فرضه من قيود تنال جوهر مقوماتها من شأنها حرمان أصحابها من تقرير صور الإنتفاع بها وإستغلالها، كما أضافت المحكمة بأن ذلك يؤدى إلى تصادم المصالح والمساس بالتوافق والسلام الإجتماعى بين أفراد المجتمع، ويهدد التضامن الإجتماعى بإعتباره أحد مقومات المجتمع.

وأشارت المحكمة بأن المشرع قد قام بالتمييز فى المعاملة بين طائفتى المؤجرين لأماكن إستعمالها فى غرض السكنى، حيث أنه اختص فئة المؤجرين لهذه الأماكن لأشخاص

(١) د. سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدى فى قانون إيجار الأماكن طبقاً لأحدث التعديلات الدستورية، دار النهضة العربية، ص ٩٢، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣/٢٠٠٤.

(٢) د. حسام الدين كامل الأهوانى: مرجع سابق، ص ٣١٨.

اعتبارية بمعاملة أدنى من قرنائهم من المؤجرين لها لأشخاص طبيعية، حيث حرم الفئة الأولى من إسترداد العين المؤجرة ما بقي الشخص الإعتباري قائماً عليها^(١).

فى حين أن الفئة الثانية من المؤجرين سترد إليهم العين المؤجرة بعد وفاة المستأجر الأصيل، أو إنتهاء إمتداد العقد لمرة واحدة للفئات التى حددها المشرع من ورثته الذين يستعملون العين فى النشاط ذاته التى كان يمارسه طبقاً للعقد على نحو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧ بعد إستبدالها بالمادة الأولى من القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٧.

وهذا التمييز التحكى ينطوى على مخالفة دستورية لمبدأ المساواة وتكافؤ الفرص حيث أن هذا التمييز فى المعاملة بين طائفتى المؤجرين لأماكن لإستغلالها فى غير غرض السكنى، بحسب ما إذا كان المستأجر شخصاً إعتبارياً أو شخصاً طبيعياً رغم تكافؤ مراكزهم القانونية باعتبارهم جميعاً مؤجرين لأماكن لاستعمالها فى غير غرض السكنى^(٢).

ولما كان عقد الإيجار من العقود المؤقتة، فإن امتداد العقد طالما كان الشخص المعنوى باقياً يؤدى إلى تأييد عقد الإيجار مما يؤدى حرمان المالك من مكنة استغلال الأعيان التى يملكها.

ونظراً لما تقدم عرضه فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية صدور الفقرة الأولى من المادة (١٨) من القانون رقم (١٣٦) لسنة ١٩٨١، فيما تضمنته من إطلاق عبارة "لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان ولو انتهت المدة المتفق عليها .. لتشمل عقود إيجار الأماكن المؤجرة للأشخاص الإعتبارية لإستعمالها فى غير غرض السكنى^(٣).

ونخلص من ذلك أنه إذا كان مستأجر المكان لغير غرض السكنى شخصاً معنوياً فإن عقد الإيجار ينتهى بإنتهاء مدته ولا يمتد إلى ما بعد تلك المدة، وهذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ١١ لسنة ٢٣ ق دستورية بتاريخ ٢٠١٨/٥/٥ على النحو التالى:

بتاريخ الحادى والثلاثين من يناير سنة ٢٠٠١، أقام مورث المدعين هذه الدعوى، بإيداع صحيفتها قلم كتاب المحكمة الدستورية العليا، طالباً الحكم بعدم دستورية نص المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع

(١) د. السيد عيد نايل، د. محمد السعيد رشدى: عقد الإيجار فى القانون المدنى وقوانين إيجار الأماكن وفقاً لآخر التعديلات التشريعية، الطبعة الأولى، سنة ٢٠٠٢، ص ٢١٣.

(٢) حكم ١٩٨٩/٤/٢٩ فى الدعوى رقم ٣١ لسنة ٧ ق دستورية، الجريدة الرسمية، ١٩٨٩/٥/١٨.

(٣) هذا ما قضت به المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ١١ لسنة ٢٣ ق دستورية بتاريخ ٢٠١٨/٥/٥.

الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر، فيما انطوى عليه، وتضمنه من الامتداد القانوني المطلق لعقد الإيجار الصادر للمستأجر إذا كان شخصاً اعتبارياً، وعدم دستورية وسقوط نص المادتين الأولى والثانية من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل الفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وبعض الأحكام الخاصة بإيجار الأماكن غير السكنية، لارتباطها بالنص المتقدم، فيما لم يرد بهما من النص على تحديد أو تقييد الامتداد القانوني لعقد الإيجار الصادر للمستأجر إذا كان شخصاً اعتبارياً^(١).

وقدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها الحكم، أصلياً: بعدم قبول الدعوى واحتياطياً: برفضها.

وقدم البنك المدعى عليه الثالث مذكرة، طلب فيها الحكم برفض الدعوى.

وبعد تحضير الدعوى، أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها.

ونظرت الدعوى على النحو المبين بمحضر الجلسة، وقررت المحكمة إصدار الحكم فيها بجلسة اليوم.

وحيث أن الفقرة الأولى من المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المشار إليه تنص على أن "لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان، ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد، إلا لأحد الأسباب الآتية:

(أ): الهدم الكلي أو الجزئي للمنشآت الآيلة للسقوط، والإخلاء المؤقت لمقتضيات الترميم والصيانة، وفقاً للأحكام المنظمة لذلك بالقوانين السارية.

(ب): إذا لم يقيم المستأجر بالوفاء بالأجرة

(ج): إذا ثبت أن المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر، أو أجّره من الباطن بغير إذن كتابي صريح من المالك للمستأجر الأصلي، أو تركه للغير بفصد الإستغناء عنه نهائياً،

(د): إذا ثبت بحكم قضائي نهائي أن المستأجر استعمل المكان المؤجر أو سمح بإستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو في أغراض منافية للأداب العامة".

وتنص الفقرتان الثانية والثالثة من تلك المادة على أن "ومع عدم الإخلال بالأسباب المشار إليها، لا تمتد بقوة القانون عقد إيجار الأماكن المفروشة"^(٢).

(١) حكم المحكمة الدستورية بتاريخ ٢٠١٨/٥/٥.

(٢) القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١.

وتلغى المادة (٣١) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، وذلك اعتباراً من تاريخ العمل بهذا القانون".

وحيث إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن النصوص القانونية التي دلّ المشرع بعموم عباراتها على انتفاء تخصيصها، إنما تُحمّل على اتساعها لكل ما يندرج تحت مفهومها، ذلك أن النص التشريعي إذا ما ورد مطلقاً، فإنه يحمل على إطلاقه، إلا إذا ثبت بنص آخر ما يقيد، فإن قام الدليل على تقييده، كان هذا الدليل صارفاً له عن إطلاقه، ومبيناً المراد منه. متى كان ذلك، وكان صدر الفقرة الأولى من المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المشار إليه قد جرى نصه على أن "لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان، ولو انتهت المدة المتفق عليها في العقد، إلا لأحد الأسباب الآتية:....." ومؤدى هذا النص، أن المشرع لم يجز للمؤجر طلب إخلاء المكان المؤجر بعد إنتهاء مدة الإجارة المتفق عليها في العقد، لتصير ممتدة بقوة القانون، ما لم يتحقق أحد أسباب الإخلاء المنصوص عليها بتلك المادة، وقد جاءت عبارة ذلك النص، في شأن الإمتداد القانوني لمدة عقد إيجار الأماكن، بصيغة عامة ومطلقة، لتشمل الأماكن المؤجرة لغرض السكنى أو لغير هذا الغرض، المؤجرة لأشخاص طبيعيين أو لأشخاص اعتبارية، عامة كانت أو خاصة. ولم يرد بنص المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المشار إليه تقييد لهذا الإطلاق، فيما خلا عقود إيجار الأماكن المفروشة، فلا يسرى عليها الامتداد القانوني لمدة عقد الإيجار.

وحيث أن مناعى المدعين على النص المطعون عليه - في النطاق السالف تحديده - يتحدد في مخالفته لنصوص المواد (٧، ٨، ٣٢، ٣٤، ٤٠، ٤١) من دستور سنة ١٩٧١، وذلك بما قرره من امتداد قانوني لمدة عقد إيجار الأماكن لأحد الأشخاص الاعتبارية، لاستعمالها في غير غرض السكنى، بعد انتهاء المدة المتفق عليها في عقد الإيجار، حتى صارت يدهم عليها مؤيدة، ونزعها من أيدي ملاكها، بما يخل بالتضامن الاجتماعي، وبمبدأ تكافؤ الفرص، ويخل بالحماية المقررة للملكية الخاصة، وبنال من حرية التعاقد باعتبارها فرعاً من الحرية الشخصية، فضلاً عن إخلاله بمبدأ المساواة بين المؤجرين لأشخاص اعتبارية، والمؤجرين لأشخاص طبيعيين، الذين تنتهي عقود إيجارهم بوفاة صاحب حق البقاء في العين، وفقاً للضوابط الواردة في الفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن إيجار الأماكن بعد استبدالها بالمادة الأولى من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ المشار إليه.

وحيث أن النص المطعون فيه - محددًا نطاقاً على النحو المتقدم - إذ أجاز للشخص الاعتباري المستأجر لعين لاستعمالها في غير غرض السكنى، البقاء فيها بعد إنتهاء المدة المتفق عليها في العقد، فإنه على هذا النحو - وباعتباره واقعاً في إطار القيود الاستثنائية التي نظم بها المشرع العلائق الإيجارية - يكون قد أسقط حق المؤجر - مالك العين في الأعم من الأحوال - في استرداد العين المؤجرة بعد انتهاء مدة إيجازتها، حال أن حق المستأجر لازال حقاً شخصياً مقصوراً على إستعمال عين بذاتها في الغرض الذي أُجريت من أجله خلال المدة المتفق عليها في العقد، فلا يتم مد تلك المدة بغير موافقة المؤجر، وبالمخالفة لشرط اتصل بإجازة إبرامها معاً، صريحاً كان هذا الشرط أو ضمناً، ومن ثم، فإن ما تضمنه ذلك النص من امتداد قانوني لمدة عقد إيجار الأماكن المؤجرة لأشخاص اعتبارية، لاستعمالها في غير غرض السكنى، يكون متضمناً عدواناً على الحدود المنطقية التي تعمل الإرادة الحرة في نطاقها، والتي لا تستقيم الحرية الشخصية - في صحيح بنيناها - بفواتها، فلا تكون الإجازة إلا إيماء يناقض أساسها، وذلك بالمخالفة للمادة (٥٤) من الدستور.

وحيث أنه من المقرر - أيضاً - في قضاء هذه المحكمة أن صون الدستور للملكية الخاصة، مؤداه أن المشرع لا يجوز له أن يجردها من لوازمها، ولا أن يفصل عنها بعض أجزائها، ولا أن ينتقص من أصلها أو يغير من طبيعتها دون ما ضرورة تقتضيها وظيفتها الاجتماعية. وكان ضمان وظيفتها هذه يفترض ألا ترهق القيود التي يفرضها المشرع عليها جوهر مقوماتها، ولا أن يكون من شأنها.

إذ كان ذلك، وكان النص المطعون فيه، بما قرره من امتداد قانوني لمدة عقد إيجار الأماكن للأشخاص الاعتبارية لاستعمالها في غير غرض السكنى، قد سلب حق المؤجر في طلب إخلائها بعد انتهاء مدة الإيجار المتفق عليها في العقد، لتصير يد المستأجر على العين مؤبدة، باقية مدة بقاء الشخص الاعتباري - عاماً كان أم خاصاً - ولو كان المؤجر في أمس الحاجة لها، فإن هذا النص، فضلاً عن إخلاله بالتوازن الواجب بين أطراف العلاقة الإيجارية، مُغلباً مصالح أحد أطرافها - المستأجر - على الطرف الآخر - ولغير ضرورة تقتضيها الوظيفة الاجتماعية للملكية الخاصة - يكون قد انتقص من إحدى عناصر تلك الملكية، بما فرضه من قيود تنال جوهر مقوماتها، من شأنها حرمان أصحابها من تقرير صور الانتفاع بها وإستغلالها، فضلاً عما يترتب على ذلك من تصادم المصالح، والمساس بالتوافق والسلام الاجتماعي بين أفراد المجتمع، وهو ما يجاوز نطاق السلطة التقديرية المقررة

للمشروع فى مجال تنظيم الحقوق، لينحل التنظيم الذى أتى به تقييداً لها، بما ينال من أصل الحق فى الملكية وجوهره، ويهدد التضامن الاجتماعى باعتباره أحد مقومات المجتمع، وذلك كله بالمخالفة لأحكام المواد (٨، ٣٣، ٣٥، ٩٢) من الدستور.

فالدستور يسمو ولا يُسمى عليه، فإذا كان مقتضاه فتح باب إلى حق، امتنع على المشروع أن يمنحه لبعض مستحقيه ويقبضه عن البعض الآخر، إذ كان ذلك، وكان جميع مؤجرى الأماكن لاستعمالها فى غير غرض السكنى، فى علاقاتهم بمستأجريها، فى خصوص الامتداد القانونى لمدة عقد الإيجار، تتكافأ مراكزهم القانونية، مما يستوجب - من زاوية دستورية - وحدة القاعدة القانونية التى ينبغى تطبيقها فى حقهم، إلا أن المشروع - بموجب النص المطعون فيه - قد خالف ذلك، إذ اختص فئة المؤجرين لهذه الأماكن لأشخاص اعتبارية بمعاملة أدنى من قرنائهم المؤجرين لها لأشخاص طبيعيين، بأن حرم الفئة الأولى، من استرداد العين المؤجرة ما بقى الشخص الاعتبارى قائماً عليها، سواء كان المستأجر شخصاً اعتبارياً عاماً أو خاصاً. حال أن الفئة الثانية من المؤجرين سترد إليهم العين المؤجرة بعد وفاة المستأجر الأسمى، أو إنتهاء امتداد العقد، لمرة واحدة للفئات التى حددها المشروع من ورثته الذين يستعملون العين المؤجرة فى النشاط ذاته الذى كان يمارسه طبقاً للعقد، على نحو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المشار إليه بعد استبدالها بالمادة الأولى من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧. وهذا التمييز فى المعاملة بين طائفتى المؤجرين لأماكن لاستعمالها فى غير غرض السكنى، بحسب ما إذا كان المستأجر شخصاً اعتبارياً أو شخصاً طبيعياً، رغم تكافؤ مراكزهم القانونية، باعتبارهم جميعاً مؤجرين لأماكن مخصصة لغير أغراض السكنى، مما كان يوجب أن تنتظمهم جميعاً قواعد قانونية واحدة، لا تقيم فى مجال تطبيقها تمييزاً بينهم من أى نوع، ومن ثم، فإن النص المطعون فيه هذا التمييز التحكمى بين هاتين الطائفتين من المؤجرين فى هذا الخصوص، وبالنظر لكونه يعد الوسيلة التى اختارها المشروع لتنظيم العلاقة بين مؤجرى ومستأجرى هذه الأماكن، والتى لا ترتبط ارتباطاً منطقياً وعقلياً بالأهداف التى رسدها لهذا التنظيم، فإنه يكون مصادماً لمبدأى المساواة وتكافؤ الفرص، ويقع - من ثم - فى حومة مخالفة نصوص المواد (٤، ٩، ٥٣) من الدستور.

الأمر الذى ظهر جلياً أن هناك تقصير تشريعى يستوجب معالجته عن طريق تدخل مجلس النواب بإصدار مشروع قانون لمعالجة هذا النقص وتم مناقشة بعض المواد التشريعية والتى تناولت هذا الموضوع على النحو التالى:

(المادة الأولى):

تسرى أحكام هذا القانون على الأماكن المؤجرة للأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة لغير غرض السكنى التي يحكمها القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر والقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المالك والمستأجر والقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بتعديل الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وبيع بعض الأحكام الخاصة بإيجار الأماكن غير السكنية والقوانين الخاصة بإيجار الأماكن الصادرة قبلها، ولا تسرى أحكامه على الأماكن المذكورة التي يحكمها القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦^(١) بشأن سريان أحكام القانون المدنى على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها والأماكن التي انتهت أو تنتهى عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها.

(المادة الثانية):

مع عدم الإخلال بأسباب الإخلاء المنصوص عليها فى المادة (١٨) من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ المشار إليه، تمتد عقود إيجار الأماكن التي تسرى عليها أحكام هذا القانون لصالح المستأجر لمدة خمس سنوات من تاريخ العمل به. وفى جميع الأحوال تنتهى تلك العقود بقوة القانون ودون الحاجة لاتخاذ أى إجراء أو صدور حكم قضائى بإنهاء المدة المنصوص عليها فى الفقرة السابقة.

(المادة الثالثة):

إبتداءً من تاريخ العمل بهذا القانون تحدد الأجرة القانونية للأماكن التي تسرى عليها أحكامه بخمسة أمثال القيمة الإيجارية القانونية المحددة لها طبقاً لأحكام قوانين إيجار الأماكن فى ذلك التاريخ، وتستحق زيادة سنوية للأجرة القانونية وبصفة دورية فى مثل هذا الموعد من الأعوام التالية بنسبة ١٥% من قيمة آخر أجرة قانونية وذلك لمدة أربع سنوات.

(المادة الرابعة):

يلتزم المستأجر بإخلاء المكان المؤجر ورده إلى مالكة أو للمؤجر بحسب الأحوال فى اليوم التالى لإنهاء مدة الخمس سنوات المبينة بالمادة الثانية من هذا القانون، فإذا امتنع

(١) نظراً لرغبة المشرع فى تشجيع أصحاب رأس المال ودعوتهم إلى المساهمة فى حل مشكلة الإسكان بعد إستفحالها وبعد أن كشف الواقع العملى وجود العديد من الوحدات الخالية غير المستغلة خشية الوقوع فى الإمتداد القانونى للعقود والتحديد القانونى للأجرة صدر قانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦ بالنص على سريان أحكام القانون المدنى على الأماكن التي لم يسبق تأجيرها والأماكن التي إنتهى أو تنتهى عقود إيجارها دون أن يكون لأحد حق البقاء فيها ومن ثم تكون الأجرة وفقاً لهذا القانون هى الأجرة الإتفاقية التي إتفق عليها المتعاقدان بإرادتهما وتخضع لهذا القانون الوحدات المؤجرة منذ ٣١ يناير سنة ١٩٩٦ ولا عبرة هنا لتاريخ إنشاء المبنى أو الترخيص بإقامته.

المستأجر عن ذلك يكون للمالك أو المستأجر بحسب الأحوال أن يتقدم بطلب إلى قاضي الأمور الوقفية المختص بالمحكمة التي يقع بدائرتها العقار ليأمر بالطرد وتسليم المكان خالياً من الأشخاص والمنقولات، دون أن يخل ذلك بحق المالك أو المؤجر في التعويض إن كان له مقتضى.

(المادة الخامسة):

يُنشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويُعمل به بعد مُضى شهر من تاريخ نشره، ويُلغى كل حكم يُخالف ذلك.

مما سبق يتضح من هذه المواد أن هناك بعض السلبيات في هذا المشروع حيث تمت المعالجة دون تحقيق المساواة بين الشخص الاعتباري والطبيعي.

هذا ما أوضحته المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع على النحو التالي:

حيث نصت الفقرة الأولى من المادة ١٨ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر على "لا يجوز للمؤجر أن يطلب إخلاء المكان المؤجر ولو إنتهت المدة المتفق عليها في العقد"^(١).

وبتاريخ ٢٠١٨/٥/٥ صدر حكم المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ١١ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية" بعدم دستورية الفقرة آنفه الذكر، فيما نصت عليه من استمرار الإيجارة التي عقدها المستأجر في شأن العين المؤجرة للأشخاص الاعتبارية لاستعمالها في غير أغراض السكن، وتحديد اليوم التالي لإنتهاء دور الإنعقاد التشريعي العادي السنوي لمجلس النواب ولا يُنفذ الحكم إلا من اليوم التالي لإنتهاء دور الإنعقاد القادم عام (٢٠١٨/٢٠١٩) ومن ثم فقد استقرت المحكمة الدستورية العليا بحسبها القومي أن إلغاء النص التشريعي الذي قضت بعدم دستوريته من شأنه أن يحدث هزة في المجتمع وقلق شديد بما ينعكس سلباً على الاقتصاد الوطني فلم تحدد له أثراً رجعيّاً - كما هو الأصل في أحكامها ولا حددت أثراً مباشراً كما يحدث في الأحكام الصادرة بعدم دستورية نصوص ضريبية، وإنما صدرت ولأول مرة في تاريخها - أثراً مستقبليّاً وأرجأت نفاذه لمدة تزيد على العام فقد أوردت في أسباب حكمها "وحيث أ، هذه المحكمة تقديراً منها لاتصال النص المطعون فيه بنشاط الأشخاص الاعتبارية وتأثيره على أداء هذه الأشخاص لدورها في خدمة المجتمع والاقتصاد الوطني، فإن المحكمة تعمل الرخصة المخولة لها بنص الفقرة الثالثة من المادة ٤٩ من قانونها وتحدد لإعمال أثر هذا الحكم اليوم التالي لإنتهاء دور الإنعقاد التشريعي العادي السنوي لمجلس

(١) المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون بشأن بعض الأحكام الخاصة بليجار الأماكن للأشخاص الاعتبارية لغير غرض السكنى.

النواب التالي لتاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية طبقاً لنص المادة ١٩٥ من الدستور والمادة ٤٩ من قانون هذه المحكمة الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ وهو الدور الذي سيعقد خلال العام (٢٠١٨/٢٠١٩) طبقاً لنص المادة ١١٥ من الدستور، وذلك دون الإخلال باستفادة المدعى في الدعوى المعروضة من هذا الحكم".

وفي سبيل الحفاظ على الدور الاقتصادي والاجتماعي والسياسي والتنموي الذي تقوم به الأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة التي تشغل أماكن مؤجرة لغير غرض السكني، وإعلاء لكلمة الشرعية الدستورية وإنفاذاً لأحكام المحكمة الدستورية العليا وتحقيقاً للتوازن بين هذين الأمرين، جاء مشروع القانون ليتحقق من خلاله النص على إنتهاء جميع عقود الإيجار للأماكن التي تشغلها الأشخاص المعنوية العامة والخاصة، وذلك خلال أجل محدد لا يتجاوز خمس سنوات وهي مدة تنسم بالمعقولة يستطيع خلالها كل ذي شأن سواء كانت الدولة أو أشخاصها الاعتبارية أن يتدبر أموره ليستمر في نشاطه، وخلال هذه السنوات الخمس تزداد أجرة هذه الأماكن زيادة معقولة بحيث يتحقق خلالها العدالة وجبر الأضرار التي تلحق بمالكي العقارات المؤجرة^(١).

حيث تضمنت المادة الأولى من المشروع سريان حكم القانون على الأماكن المؤجرة للأشخاص الاعتبارية العامة والخاصة لغير غرض السكني التي يحكمها القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧، والقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١، والقانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧، مع عدم سريان القانون على الأماكن المذكورة التي يحكمها القانون رقم ٤ لسنة ١٩٩٦. كما تضمنت المادة الثانية حكماً انتقالياً يتعلق بامتداد عقود إيجار الأماكن التي يسرى عليها أحكام القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ لصالح المستأجر، على أن تنتهي مدة العقد بقوة القانون دون حاجة لإتخاذ أية إجراءات أو صدور حكم قضائي بمضى خمس سنوات من تاريخ العمل بها.

كما تناولت المادة الثالثة من المشروع مراعاة زيادة الأجرة القانونية المستحقة عند صدور هذا القانون بخمسة أمثال القيمة الإيجارية القانونية المحددة طبقاً لأحكام قوانين إيجار الأماكن كما راعت تلك المادة زيادة القيمة الإيجارية السنوية خلال مدة امتداد العقد بزيادة سنوية دورية بنسبة ١٥% من قيمة أجرة قانونية لمدة أربع سنوات.

كما نصت المادة الرابعة من المشروع إلزام المستأجرين بإخلاء المكان المؤجر ورده إلى المالك أو المؤجر في اليوم التالي لإنهاء المدة القانونية المشار إليها بالمادة الثانية من

(١) مناقشات قسم التشريع في عدة جلسات آخرها جلسة ٢٧/٣/٢٠١٩ في ضوء النصوص الدستورية والقانون ذات الصلة ببعض الأحكام

المتعلقة بتأجير وبيع الأماكن وإعادة التوازن بين طرفي العلاقة الإيجارية.

المشروع، كما أوردت المادة الرابعة حالة امتناع المستأجر عن تسليم العين المؤجرة إلى صاحبها، حيث أعطت للمؤجر أو المالك الحق في اللجوء إلى طريق استثنائي يتميز بسرعة الفصل في الطلب المقدم بشأن استرداد العين المؤجرة، وهو اللجوء إلى قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة الواقع في دائرتها العقار، كما لم تحرم المؤجر أو المالك من طلب التعويض عن عدم تسليمه العين المؤجرة إن كان لذلك مقتضى طبقاً للقواعد العامة.

وتضمنت المادة الخامسة من المشروع تاريخ العمل بالقانون اعتباراً من مضي شهر من تاريخ نشره وإلغاء ما يخالف ذلك^(١).

حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بجلسة ٥ مايو سنة ٢٠١٨ في القضية رقم (١١) لسنة ٢٢ قضائية "دستورية"، وما ورد بحيثياته من أن: "العبرة في تقرير دستورية التشريع هي بتوافق أو تصادم نصوصه وأحكام الدستور ومقتضياتها، فإذا ما قرر المشرع حقاً معيناً، وجب عليه - وفقاً لمبدأي المساواة وصون الملكية الخاصة، وقد إنزلهما الدستور مكاناً عالياً - أن يضع القواعد التي تكفل المعاملة المتكافئة لأصحاب المراكز القانونية التي تتكافأ في العناصر المكونة لها، مع عدم المساس بحماية الملكية الخاصة، وسيله إلى ذلك الأداة التشريعية الملائمة، وإنفاذها من التاريخ المناسب، فلا يسوغ - من زاوية دستورية - أن يعطى هذا الحق لفئة دون أخرى من ذوى المراكز المتحدة في أركانها وعناصرها، أو أن يعتدى على الملكية الخاصة، فالدستور يسمو ولا يُسمى عليه، فإذا كان مقتضاه فتح باب إلى حق، امتنع على المشرع أن يمنحه لبعض مستحقيه ويقبضه عن البعض الآخر، إذ كان ذلك، وكان جميع مؤجري الأماكن لاستعمالها في غير السكنى، في علاقاتهم بمستأجريها، في خصوص الامتداد القانوني لمدة عقد الإيجار، تتكافأ مراكزهم القانونية، مما يستوجب - من زاوية دستورية - وحدة القاعدة القانونية التي ينبغي تطبيقها في حقهم، إلا أن المشرع - بموجب النص المطعون فيه - قد خالف ذلك، إذ اختص فئة المؤجرين لهذه الأماكن لأشخاص اعتبارية، بمعاملة أدنى من قرنائهم المؤجرين لها لأشخاص طبيعيين، بأن حرم الفئة الأولى، من استرداد العين المؤجرة ما بقى الشخص الاعتباري قائماً عليها، سواء كان المستأجر شخصاً اعتبارياً عاماً أو خاصاً، حال أن الفئة الثانية من المؤجرين سترد إليهم العين المؤجرة بعد وفاة المستأجر الأصلي، أو إنتهاء امتداد العقد، لمرة واحدة للفئات التي حددها المشرع من ورثته الذين يستعملون العيد المؤجرة في النشاط ذاته الذي كان يمارسه طبقاً للعقد، على نحو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة

(١) مقترحات ومناقشات لجنة التشريع بمجلس النواب بشأن مشروع القانون المقدم للمجلس.

١٩٧٧ المشار إليه بعد استبدالها بالمادة الأولى من القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧، وهذا التمييز في المعاملة بين طائفتي المؤجرين لأماكن لإستعمالها في غير غرض السكنى، بحسب ما إذا كان المستأجر شخصاً اعتبارياً أو شخصاً طبيعياً، رغم تكافؤ مراكزهم القانونية - باعتبارهم جميعاً مؤجرين لأماكن مخصصة لغير أغراض السكنى، مما كان يوجب أن تنتظمهم جميعاً قواعد قانونية واحدة، لا تقيم في مجال تطبيقها تمييزاً بينهم من أى نوع، ومن ثم، فإن إقامة النص المطعون فيه هذا التمييز التحكى بين هاتين الطائفتين من المؤجرين في هذا الخصوص، وبالنظر لكونه يُعد الوسيلة التى اختارها المشرع لتنظيم العلاقة بين مؤجرى ومستأجرى هذه الأماكن، والتى لا ترتبط ارتباطاً منطقياً وعقلياً بالأهداف التى رسدها لهذا التنظيم، فإنه يكون مصادماً لمبدأى المساواة وتكافؤ الفرص، ويقع - من ثم - في حومة مخالفة نصوص المواد (٤، ٩، ٥٣) من الدستور".

وانطلاقاً مما تقدم، وبالنظر إلى ما ورد بالمذكرة الإيضاحية لمشروع القانون المعروف من مبرر لزيادة الأجرة القانونية وهو "تحقيق العدالة وجبر الأضرار التى تلحق بمالكى العقارات المؤجرة؛ خلص القسم إلى أن زيادة الأجرة القانونية للأماكن المؤجرة لاستعمالها في غير غرض السكنى بالنسبة إلى الأماكن المؤجرة للأشخاص الاعتبارية دون تلك المؤجرة لأشخاص طبيعيين إنما تعتريه شبهة عدم الدستورية لإخلاله بمبدأ المساواة الذى كفله الدستور، بانطوائه على تمييز غير مبرر بين مُلاك الأماكن المؤجرة للأشخاص الاعتبارية وبين مُلاك الأماكن المؤجرة للأشخاص الطبيعيين بالرغم من اتحاد الغرض المؤجرة من أجله تلك الأماكن، فضلاً عن أن الاعتبارات التى تم الاستناد إليها لزيادة الأجرة القانوني متوفرة في هاتين الطائفتين من المُلاك^(١).

ولذا ارتأى وضع هذه الملاحظة تحت بصر الجهة معدة المشروع لتعمل على تلافيها، وذلك بتعديل الأحكام الواردة بالمشروع لتتضمن تعديلاً لنص المادة (٣) من القانون رقم (٦) لسنة ١٩٩٧ المشار إليه آنفاً يقضى بزيادة قيم ونسب زيادة الأجرة الواردة بهذه المادة والتى تسرى على كافة الأماكن المؤجرة لغير أغراض السكنى المحكومة بقوانين الإيجار سواء كانت مؤجرة لأشخاص طبيعيين أم للأشخاص الاعتبارية، على أن يُعاد المشروع إلى القسم لمراجعته مرة أخرى في حال إعداد التعديل، مشفوعاً بمذكرة إيضاحية تبين الآلية التى تم اتخاذها لتحديد نسب الزيادة فى الأجرة والتى سيكون لها آثار اجتماعية واقتصادية كبيرة، بما يحول دون المباغته بأحكام غير مستندة لدراسة دقيقة للآثار المترتبة على تنفيذها بما

(١) د. حسام الدين كامل الأهوانى: المرجع السابق، ص ١٤٣، مناقشات قسم التشريع بمجلس النواب.

يتعارض مع مفهوم مبدأ الأمن القانوني والذي يقتضى التنبؤ بأثر القانون عند تطبيقه وعدم وجود احتمالات لأن ينتج عنه عواقب غير متوقعة أو غير مرغوبة^(١).

ولأن أحكام المحكمة الدستورية تسرى بأثر رجعي، ما لم تحدد المحكمة تاريخاً لسريان الحكم بعدم الدستورية، ونظراً لما يترتب على عدم دستورية النص سالف الذكر من التأثير على أداء الأشخاص الاعتبارية لدورها في خدمة المجتمع والاقتصاد الوطني فقد حددت المحكمة لإعمال أثر هذا الحكم اليوم التالي لإنتهاء الدور التشريعي العادي السنوي لمجلس النواب، التالي لتاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة الرسمية طبقاً لنص المادة ١٩٥ من الدستور وهو الدور الذي سيعقد خلال عام (٢٠١٨/٢٠١٩) طبقاً لنص المادة ١١٥ من الدستور.

ولقد تعمدت المحكمة من تأخير تاريخ سريان أثر هذا الحكم إعطاء المشرع مهلة للتدخل وتنظيم هذا الموضوع بما يراه محققاً للصالح العام بالطريقة التي يراها مناسبة ومتفقة مع الحكم الصادر عن المحكمة. فلما كان إخلاء الأشخاص الاعتبارية من الأماكن المؤجرة لهم إعمالاً لأثر الحكم الصادر بعدم الدستورية يؤدي حتماً إلى خلل في الأوضاع الإدارية والاقتصادية والتي سوف تُلقى بظلالها حتماً على الأوضاع الاجتماعية في البلاد، وذلك لأن العديد من هذه الأماكن مؤجرة إما للدولة وأشخاصها الإدارية في مختلف ربوع البلاد لتتمكن من توصيل خدماتها إلى جميع المواطنين خاصة في ظل الأوضاع الحالية إقتصادياً واجتماعياً^(٢).

وبناءً عليه فإن مجلس النواب مدعو لوضع التشريع المناسب لمواجهته آثار هذا الحكم. وقد يكون ذلك من خلال:

(أولاً) : تحديد مدة معينة ينتهي عقد الإيجار بانتهائها، وقد تكون ثلاث سنوات أو خمس سنوات على أكثر تقدير.

(ثانياً) : زيادة الأجر زيادة ملموسة على نحو ما فعل المشرع في القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ مع زيادة سنوية حتى نهاية المدة التي ينتهي بانتهائها العقد، ويترك بعد ذلك لاتفاق الأطراف. إما بإبرام عقد جديد رضائي تماماً، أو إنقضاء العقد بإنقضاء مدته.

(١) مناقشات قسم التشريع بمجلس النواب ودور الأشخاص الاعتبارية في خدمة المجتمع والاقتصاد والوطن، الأمر الذي تترتب عليه تأخير سريان أثر هذا الحكم.

(٢) أنظر في هذا العدد تقرير هيئة المفوضين في الدعوى المشار إليها.

وتكمن المشكلة الأساسية في قوانين إيجار الأماكن ليس في الإمتداد القانوني وإنما في تثبيت الأجرة طوال مدة الإمتداد مما يحرم المؤجرين ثمار ملكه وحيث تكون الأجرة بعيدة عن أجرة المثل.

المبحث الثاني

موقف المحكمة الدستورية من أحكام الإمتداد القانوني للأماكن المؤجرة

لغير السكنى إلى أشخاص طبيعيين

أفادت المادة (٢/٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٧٧ بتنظيم الإمتداد القانوني لأماكن المؤجر لغير السكنى ثم قضى بعدم دستورية تلك المادة، وأصدر المشرع القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ لإعادة تنظيم أحكام الإمتداد القانوني لهذه الأماكن.

الإمتداد القانوني في ظل الماد (٢/٢٩) من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ نص الفقرة الثانية من المادة ٢٩ على أنه "إذا كانت العين مؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى ينتهى العقد بوفاة المستأجر أو تركه العين ويستمر لصالح ورثته وشركائه في العين بحسب الأحوال".

ولقد قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية تلك الفقرة، ففي حكمها المؤرخ ٦ يوليو ١٩٩٦^(١)، حكمت بعدم دستورية استمرار شركاء المستأجر الأصلي للعين التي كان يزول فيها نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو مهنياً أو حرفياً في مباشرة النشاط بعد تخلى هذا المستأجر عنها.

ولقد اتضح للمحكمة أن هذا النص ينطوى على الإعتداء على حق المؤجر في الملكية، وأن هذه الفقرة قد فتحت أبواباً عريضة للتحايل والإنتهازية ولا توجد ضرورة تبرر الإمتداد القانوني وتحول عقد الإيجار إلى عقد مؤبد.

وكان الحكم الصادر بتاريخ ١٩٩٧/٢/٢٢ عن المحكمة الدستورية بعدم دستورية ما قضت عليه المادة (٢/٢٩) من استمرار الإجارة التي عقدها المستأجر في شأن العين التي استأجرها لمزاولة نشاط حرفى أو تجارى لصالح ورثته بعد وفاته، واستندت المحكمة في حكمها هذا إلى أن تلك الفقرة تؤدي إلى استمرار عقد الإيجار لصالح الورثة على إطلاقهم ولو كانوا جميعاً لا يباشرون الحرفة أو المهنة التجارية التي قام عليها المستأجر، ولذا فإن هؤلاء الورثة يتخذون من وفاة مورثهم وزوال صلته بالعين المؤجرة سبباً لاستلابها من خلال

(١) الجريدة الرسمية العدد ٢٨ في ١٨/٧/١٩٩٦.

مكتهم فيها واستغلالها في عين نشاطها السابق أو في غيره، ثم من بعدهم إلى ورثتهم فلا ينتزعا أحد، فلا يبرحونها مهما بعد العهد على العقد الأول^(١).

وعندما قضى بعدم دستورية الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أثار ذلك زعراً وفضعاً في الشارع المصري وانتقل هذا بدوره إلى السلطتين التنفيذية والتشريعية والسبب في ذلك الفزع هو الاعتقاد بأن عدم دستورية تلك الفقرة من شأنه أن يمنع الورثة من الإستمرار في الإجارة ويترد كل من امتد إليه من الورثة عقد إيجار عين مخصصة لغرض تجارى أو حرفى أو صناعى، خصوصاً أن عدم الدستورية تسرى بأثر رجعى.

ولو كان هناك تحرى لحقيقة الأمور والأثر القانونى لعدم دستورية المادة (٢/٢٩) ما كانت تلك الزوبعة والفزع، وكان الرجوع إلى القواعد العامة فى القانون المدنى وقضاء محكمة النقض ما يكفى لمواجهة أثر عدم دستورية تلك الفقرة دون أدنى مشكلة^(٢).

وهنا يثور تساؤل هل تطبق أحكام القانون المدنى إذا كان إيجار الأماكن خالياً من نص يحدد مصير عقد الإيجار فى حالة معينة؟ هل أحكام القانون المدنى تسرى فى حالتى المدة الإتفاقية ومدة الإمتداد القانونى، أم أنها تقتصر على المدة الإتفاقية؟

وقد أثبتت المشكلة فى ظل القانون ٥٢ لسنة ١٩٦٩ حيث لم يوجد به أى نص يقرر مصير عقد إيجار الأماكن المؤجرة لغير السكنى فى حالة وفاة المستأجر وقد قضت محكمة النقض بأنه لا بد من إعمال القانون المدنى فى هذه الحالة وقد نظم المشرع الأحكام العامة لعقد الإيجار فى القانون المدنى وهى واجبة التطبيق فى الأصل على ما يبرم فى ظلها من عقود ما لم يرد فى تشريعات إيجار الأماكن الإستثنائية نص خاص يتعارض وأحكامها لتعلق أحكام التشريعات الأخيرة بالنظام العام، فإذا خلا التشريع الإستثنائى من تنظيم لحالة معينة تعين الرجوع إلى أحكام القانون المدنى بإعتبارها القواعد الأساسية.

وفيما يتعلق التساؤل عن سريان أحكام القانون المدنى خلال المدة الإتفاقية فقط أم تسرى فى مدد الإمتداد القانونى كذلك أجابت محكمة النقض بأن القانون المدنى يسرى حتى لو كانت المدة المتعاقد عليها قد انتهت وأصبح العقد ممتداً بقوة القانون الإستثنائى.

وقد نصت المادة ٦٠١ من القانون المدنى أن موت المستأجر ليس من شأنه أن يُنهي عقد الإيجار، وكان الغرض من الإجارة محل التداعى هو إستغلال المكان مكتباً للمحامة فإن وفاة المستأجر ولو بعد إنتهاء مدة العقد الإتفاقية وإمتداده بقوة القانون، لا يُنهي كقاعدة

(١) د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص ٤٠١.

(٢) القضية رقم ٧٤ لسنة ١٧ ق دستورية رقم ٨١ لسنة ٨١ ق فى ١٤/٤/١٩٩٨.

عامة بل ينتقل الحق في الإجارة إلى ورثته من بعده والإستفادة مما يخوله لهم عقد الإيجار طبقاً للقواعد العامة، فوفاة المستأجر الأصلية لا تُنتهي عقد الإيجار بمجرد وقوعها^(١).
وينتقل عقد الإيجار إلى عموم الورثة دون إشتراط أن تكون قرابتهم من درجة معينة ولا احتراف أى منهم لمهنة المستأجر^(٢).

ولقد قضت محكمة النقض في الفترة ما بين صدور حكم المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (٢/٢٩) من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وصدور القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ بأن من شأن الحكم بعدم دستورية المادة (٢/٢٩) العودة إلى تطبيق أحكام القانون المدني. ومفاد أعمال المادتين (٦٠١ ، ٦٠٢) من القانون المدني أن طلب الإنهاء، في حالة وفاة المستأجر، مخول لورثة المستأجر وحده دون المؤجر متى كان عقد الإيجار لم يبرم إلا بسبب حرفة المستأجر باعتبار أن مهنته قد تقتضى كفاية خاصة قد لا تتوافر في ورثته، بخلاف حالة إبرام الإيجار لاعتبارات تتعلق بشخص المستأجر، فإنه يجوز للمؤجر وورثة المستأجر طلب الإنهاء^(٣).

ونجد أن القواعد العامة في القانون المدني كان بها ما يكفي لحماية ورثة المستأجر حيث يظل عقد الإيجار ممتداً لمصلحتهم حتى لو كان هؤلاء الورثة لا يمارسون نفس حرفة المستأجر أو مهنته لأن طلب الإنهاء منوط بإرادتهم هم وحدهم وليس للمؤجر طلب الإنهاء بسبب وفاة المستأجر ما لم يكن عقد الإيجار قد أبرم لاعتبارات شخص المستأجر وهو ما يندرج في عقود الإيجار^(٤).

التدخل التشريعي بموجب القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ :

بعد أن حكمت المحكمة الدستورية بعدم دستورية المادة (٢/٢٩) وحدث الزعر والفرع نتيجة للإعتقاد الخاطيء بأن القانون أصبح خلواً مما يُمكن ورثة المستأجر من البقاء في العين المؤجرة لغير السكنى. وغاب العلم بأن القانون المدني يكون واجب الأعمال وفي أحكامه ما يكفي لحماية ورثة المستأجر فقد سارع المشرع بإصدار القانون ٧ لسنة ١٩٩٧ حيث حرص المشرع على الإستجابة لما ارتأته المحكمة الدستورية ضرورياً لتحقيق التوازن في العلاقة بين المالك والمستأجر، فيبدو أن المشرع قد انتهر الفرصة لوضع تنظيم خاص

(١) نقض مدني ١٢/٢٧/١٩٧٨، مجموعة المكتب الفني، السنة ٢٩، رقم ٤٠ ص ٢٠٥٤.

(٢) نقض مدني ٣/٢٤/١٩٧٩، س ٣٠، ص ٩٢٧.

(٣) نقض مدني ٢٤ مارس ١٩٩٧، الطعن رقم ٣٧٠٥ لسنة ٦٦، غير منشور.

(٤) د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص ٤٠٢.

يخرج به عن قواعد القانون المدني مراعاة للتوازن في علاقة المالك والمستأجر في إيجار الأماكن غير المعدة للسكن.

وتدخل المشرع هنا أضاف ميزة فنية حيث أنه تقاضى ما يمكن أن يوجه من نقد إلى قضاء محكمة النقض بشأن سريان أحكام المادتين (٦٠١، ٦٠٢) في حالة الإمتداد القانوني لعقد الإيجار.

ويقوم القانون على مبدأ أن عقد الإيجار ينتهي بإنتهاء مدته، أما فكرة الإمتداد القانوني فنقوم على أن عقد الإيجار لا ينتهي بإنتهاء مدته ولهذا فإن المزج بين القانون المدني والقوانين الإستثنائية هو مزج بين نقطتين لا يلتقيان^(١).

فمن المنطقي في ظل العقود الخاضعة للقانون المدني ألا ينقضى عقد الإيجار بوفاة المستأجر إذ أن المدة الإتفاقية تكون سارية لم تنته، ولقد إرتضى المؤجر إستمرار العقد طوال المدة الإتفاقية، فلا يتأثر مصير العقد بوفاة المستأجر متى كان عقد الإيجار لم يبرم لاعتبارات شخص المستأجر، ولهذا فإن القانون المدني يسمح بطلب إنهاء العقد في حالة وفاة المستأجر إذا أبرم العقد لاعتبارات تتعلق بشخص المستأجر، أما في ظل قوانين إيجار الأماكن فإنه مما يتعارض مع فلسفة القانون المدني، ومما لا يتفق مع الحكمة التي أملت المادتين (٦٠١، ٦٠٢) عدم الفصل أو التفرقة بين المدة الإتفاقية، ومدة الإمتداد القانوني^(٢). والقول بغير ذلك من شأنه تأبيد العلاقة الإيجارية وذلك على عكس ما قد يريده المشرع بعدم تقرير إنتقال الإيجار في حالة وفاة المستأجر الأصلي، وتلك هي الجزئية التي أثارت وجه عدم الدستورية في أحكام المحكمة الدستورية.

لذا نجد أن التوريث مع الإمتداد القانوني يؤدي إلى تأييد الإيجار على خلاف طبيعته الأساسية فالتوريث يرتبط، في مفهوم القانون المدني، بالمدة الإتفاقية التي لا يعرف غيرها، أما التوريث في مدة الإمتداد القانوني فهو تأييد للعقد لا يعرفه القانون المدني، فالعقد ينتهي في ظل القانون المدني بإنتهاء مدته حتى بعد إنتقال الإجارة إلى الورثة^(٣).

أما في ظل الإمتداد القانوني فإن التوريث يعنى تأييد العقد لأن الإمتداد القانوني يعنى عدم إنتهاء العقد بإنتهاء مدته.

ولو لم يكن قد صدر القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ لكان التفسير الذي انتهت إليه محكمة النقض مهدداً بعدم الدستورية.

(١) المستشار / زكريا شلش: المرجع السابق، ص ١٢ وما بعدها.

(٢) د. سعيد سعد عبد السلام: التوازن العقدى في إيجار الأماكن، ص ٩٢.

(٣) د. محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص ٤٠٢ وما بعدها.

المبحث الثالث

أحكام الإمتداد القانوني للأماكن المؤجرة

لغير السكنى فى ظل القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧

أصدر المشرع القانون رقم ٦ لسنة ١٩٩٧ وبموجبه وضع مواد جديدة تحل محل المادة (٢/٢٩) فى القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ وأصبحت المادة الجديدة برقم (٢/٢٩) ولكن المعدلة بالقانون ٦ لسنة ١٩٩٧.

ولقد تضمن القانون ٦ لسنة ١٩٩٧ الأحكام التالية فى مجال الإمتداد القانوني بالنسبة للأماكن المؤجرة لمزاولة نشاط تجارى أو صناعى أو مهنى أو حرفى.

(أولاً): ينتهى عقد الإيجار بترك المستأجر للعين:

فلا امتداد فى حالة الترك، فمن يترك العين يكون فى غير حاجة لها لأن مؤدى الترك كف المستأجر الأصيل عن ممارسة النشاط. فإذا كان القانون قد جاء خالياً من حكم الإمتداد فى حالة الترك فإن مفاد ذلك إنتهاء العقد بترك المستأجر الأصيل للعين ولا محل للرجوع إلى القانون المدنى لأنه لا يعرف أصلاً فكرة الترك، بل أن الترك فى إطار القواعد العامة للقانون المدنى يعتبر من قبيل التنازل عن الإيجار^(١).

والتنازل عن الإيجار غير جائز فى قوانين إيجار الأماكن إلا بناء على نص قانونى أو رضاء المؤجر. فإذا خلا القانون من نص عن مصير العقد فى حالة ترك العين من قبل المستأجر الأصيل فإن العقد ينقضى بترك العين^(٢).

وقد نصت المادة ٥ من اللائحة التنفيذية للقانون على أن عقد الإيجار لا يستمر لصالح الورثة إذا ترك المستأجر العين.

(ثانياً): فى حالة وفاة المستأجر الأصيل فإن العقد يستمر لصالح الورثة بشروط محددة:

يجب أن يكون الوارث من الأزواج أو من الأقارب حتى الدرجة الثانية، فالوارث الذى تتجاوز درجة قرابته الدرجة الثانية لا يستفيد من الإمتداد القانونى، فلم يطلق المشرع حق البقاء لأى وارث وإنما اشترط عدم تجاوز الدرجة الثانية وهذا شرط هام لم يكن موجوداً فى نص المادة (٢/٢٩) المُلغاة، فلو كان ابن الأخ هو الوارث فلا يستفيد من الإمتداد القانونى حتى لو توافرت باقى الشروط^(٣).

(١) د. سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق، ص ٩٢.

(٢) د. حسام الدين كامل الأهوانى: المرجع السابق، ص ١٤٤.

(٣) د. حسام الدين كامل الأهوانى: المرجع السابق، ص ١٤٤.

وإذا كان القريب حتى الدرجة الثانية غير وارث فإنه لا يستفيد من الإمتداد في حالة وجود أولاد للأخ المتوفى لأن الأولاد يجلبون عمهم، ومن ثم لا يكون أخ المتوفى وارثاً وبالتالي لا يستفيد من الامتداد القانوني.

لذا يجب أن يكون الوارث قريباً لا تتجاوز قرابته الدرجة الثانية وأيضاً يأخذ حكم الوارث صاحب الوصية الواجبة على إعتبار أن الوصية الواجبة لا تقتصر بالنسبة لأولاد الأبناء على الطبقة الأولى وهم أقرباء الدرجة الثانية وإنما تمتد لأولادهم وأن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه^(١).

يستفيد من الامتداد الورثة ذكوراً كانوا أم إناثاً فُصِّرَ أم بلغ فالغيرة بصفة الوارث القريب إلى الدرجة الثانية.

أما الشريك في الإستعمال فلا يستفيد من الامتداد القانوني طالما لم يكن مستأجراً أصلياً. فالمشاركة في إستغلال العين أو في إستعمالها في نشاط معين لا يجعل من الشريك مستأجراً، فإذا مات المستأجر الأصلي كان الإمتداد للورثة فقط كما أسلفنا ولا يستفيد منه الشريك ولقد نصت المادة السادسة من اللائحة التنفيذية على أنه لا يستمر عقد الإيجار لصالح الشركاء إذا مات المستأجر أما إذا استمر الامتداد القانوني للورثة فيمكن للشريك الاستمرار في إستغلال العين وذلك وفقاً لنظام المشاركة المتفق عليه من جهة، وفي حدود ما تسمح به قوانين إيجار الأماكن من المشاركة في الإستغلال أى بما لا يخالف أحكام التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن من جهة أخرى. فالمشاركة في المشروع تختلف عن المشاركة في إستغلال العين المؤجرة حيث يظل الشريك المستأجر هو المستأجر الأصلي وحده^(٢).

كما أنه أيضاً يستفيد من الإمتداد الورثة جميعاً أو على إطلاقهم، بل يستفيد منهم من يستعمل العين من الورثة في ذات النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي طبقاً للعقد. ولكن لا يلزم أن يمارس الوارث بنفسه ذات النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي، وإنما يجب فقط إستعمال العين في ذات النشاط فالعبرة فقط بإستعمال الوارث العين في ذات النشاط ولا أهمية لحرفه أو مهنة الوارث، وعلى هذا فلو كان الورثة جميعاً يمارسون حرفة أو مهنة أخرى فإنهم يستفيدون من الإمتداد متى ظل إستعمال العين في نفس النشاط عن طريق نائب أو من يعهد له بإدارة النشاط^(٣).

(١) خيرى أبو الليل: العلاقة الإيجارية في ظل ما استجد من أحكام حتى سنة ٢٠٠٠، ص ٥٠ والأحكام المشار إليها في الهامش.

(٢) د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص ٤٠١.

(٣) المستشار / زكريا شلش: المرجع السابق، ص ١٧.

ولقد نصت المادة السابعة من اللائحة التنفيذية للقانون على أنه لا يُشترط أن يستعمل المستفيد العين بنفسه، بل يكفي أن ينوب عنه في ذلك أحد سواء كان من باقي المستفيدين أو غيرهم. ولا يلزم أن يكون قيماً أو وصياً أو وكيلاً رسمياً فيستوى أن يكون الإستعمال بالذات أو بواسطة نائب. ويجب أن يستعمل الورثة العين في ذات النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي طبقاً للعقد.

وقد قضت محكمة النقض وفقاً للمادة ١٩ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بأنه لما كان للمستأجر أن يغير وجه إستعمال العين المؤجرة مادام لا يسبب ضرراً بالمبنى أو بشاغليه وفقاً للضوابط التي استلزمها هذه المادة، وحيث أنه لم تتوافر في حقه إحدى الحالات التي تجيز الإخلاء والتي تضمنتها المادة المشار إليها فإنه يجوز لمن إمتد إليه عقد الإيجار من ورثة المستأجر الأصلي وفقاً للقانون أن يغير فيما بعد النشاط الذي كان يمارسه مورثه من قبل وفاته مادام لم يثبت المؤجر أن هذا التغيير قد تم تحايلاً على القانون أو أنه يلحق ضرراً بسلامة المبنى أو شاغلين^(١).

وأجازت محكمة النقض للمستفيد من الورثة أن يُشرك آخرين معه النشاط الذي يزاوله في العين^(٢).

ولذا يجب البدء بتحديد النشاط الذي كان يمارسه المستأجر الأصلي، فإن كان هو ذات النشاط المتفق عليه عقداً فلا صعوبة، أما إذا كان المستأجر الأصلي قد غير النشاط عما هو منصوص عليه في العقد، دون موافقة المؤجر فيجب أن يكون التغيير في حدود ما يسمح به القانون أي ألا يكون منطوياً على تغيير في الإستعمال من شأنه الإضرار بالمالك. وما جاءت به المادة السابعة من اللائحة التنفيذية بأن من الاعتداد بالنشاط الذي إضطرت المستأجر لممارسته بسبب نقل صناعته أو مهنته أو حرفته خارج الكتلة السكنية وبسبب انقراضها والذي لا يلحق ضرر بالمبنى ولا بشاغليه، فهذه الحالة تتطوى في الواقع على تغيير ليس من شأنه الإضرار بالمؤجر أو العين المؤجرة، ولا يجوز أن يعتبر نقل الصناع والحرفة سبباً في حد ذاته لتغير النشاط وإنما هي تطبيق للقواعد العامة متى توافرت الشروط. فلا تملك اللائحة التنفيذية لأي قانون أن تضيف سبباً يخالف ما هو منصوص عليه في القانون المدني أو قوانين إيجار الأماكن^(٣).

(١) نقض مدني الطعن رقم ٦٣٩٧ لسنة ٦٢ ق جلسة ١٩٩٩/٧/٤، مشار إليه في أبو الليل، العلاقة الإيجارية في ظل ما سجد من تشريعات وأحكام حتى فبراير سنة ٢٠٠٠، ص ٥٧، والطعن رقم ٢٥١٠ لسنة ٧٣ق، جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٨، التحدث في الإيجارات، ص ٧٩.

(٢) نقض مدني الطعن رقم ١٢٧٠ لسنة ٦٧ ق جلسة ١٩٩٩/٥/٢، خيرى أبو الليل: المرجع السابق، ص ٥٨.

(٣) د. حسام الدين كامل الأهواني: المرجع السابق، ص ١٤٤.