

**دور القضاء في  
الحفاظ على مبدأ المشروعية  
ومبدأ الإستقرار القانوني**

**دكتور  
محمد فوزي نويجي  
استاذ القانون العام المساعد  
كلية الحقوق جامعة بنها**

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَقُلْ رَبِّ أَدْخِلْنِي مُدْخَلَ صِدْقٍ

وَأَخْرِجْنِي مُخْرَجَ صِدْقٍ

وَأَجْعَلْ لِي مِنْ لَدُنْكَ سُلْطَانًا نَصِيرًا (٨٠)

صدق الله العظيم

سورة الإسراء (آية ٨٠)

## مقدمة عامة

### موضوع البحث :

يعد مجلس الدولة هو قاضي حماية المصلحة العامة، ومن ثم فهو يحافظ عليها وفي ذات الوقت يحافظ على حقوق الأفراد، لذلك فهو يهتم بتفادي الفراغ القانوني ويضع في اعتباره عدم الاستقرار الخطير على المراكز القانونية المكونة التي يمكن أحياناً أن تتضمن الإلغاء الرجعي للقرار الإداري، ويقوده ذلك بصفة استثنائية إلى التعديل في آثار الإلغاء القضائي بصفة وقتية.

وفي سبيل محافظته على التوازن بين الشرعية واستقرار المراكز القانونية قام مجلس الدولة الفرنسي بثورة صغيرة بأن قرر للمرة الأولى في حكمه الصادر في ٢٠٠٤/٥/١١ في قضية جمعية AC وآخرين<sup>(١)</sup>، إرجاء آثار قرار الإلغاء لقرار إداري معطياً لنفسه سلطة جديدة للتعديل من حيث الزمن ليدل على رسوخ مبدأ الاستقرار القانوني في النظام القانوني الجديد لفرنسا. وإذا كان المبدأ المستقر لدى القضاء الإداري هو أن بطلان القرار يشمل زوال القرار بأثر رجعي منذ تاريخ إصداره<sup>(٢)</sup>، إلا أن مجلس الدولة الفرنسي قام بثورة صغيرة بتقرير إرجاء آثار حكم إبطال قرار إداري للمرة الأولى، وهذه السلطة الجديدة التي يعترف بها للقاضي الإداري لنفسه تدل على سمو مبدأ الاستقرار القانوني على النظام القانوني. ويراعي ذلك هذه الروابط الجديدة التي تنشأ بين القاضي والتشريع بالنسبة لتحديد الإجراءات الخاصة التي تضمن احترام هذا المطلب للاستقرار القانوني.

وهذه الوجهة من النظر التي يتبعها مجلس الدولة ليست ذات الموقف الذي تأخذ به محكمة النقض حول مسألة مماثلة، وهي مسألة رجوع القضاء

---

(١) CE 11/5L2004, Association Ac ! et autres.

(٢) CE 26/12/1925, Rec.Rodière, Dalloz, 2001, No.44.

عن مبدأ معين.

ويشغل مبدأ الإستقرار القانوني مكاناً هاماً وجديداً في النظام القانوني الفرنسي وهو واجب العمل به في فرنسا من خلال القوانين الأوروبية، وفي طريقه لن يأخذ الطابع الدستوري في النظام القانوني الفرنسي.

ويمكن أن يؤثر موقف القاضي وسلطته ذاتها على الإستقرار القانوني، ويكون الأمر كذلك إذا كان القاضي يزيل مجموع آثار هذا القرار بالحكم بإلغاء القرار التي نشأت عنه أو عند القيام بعدول قضائي يحدد بأثر رجعي ما يمكن اعتباره قاعدة قانونية جديدة، ويمكن أن تكون الآثار الرجعية لتدخل القاضي ضاره بالمصالح الفردية المشروعة وهذه المراكز هي التي تبرر تدخل المشرع بواسطة قوانين الإجازة والتصحيح أو القوانين المفسرة وهذه أو تلك رجعية.

وإزاء المراكز المنشئة بقرار قضائي أو التي يمكن أن تنشأ عن هذا القرار، فإن المشرع المنوط به حماية المصلحة العامة يتدخل لتقوية المراكز القائمة المهددة بالأثر المدمر لرجعية القرار القضائي. مع ذلك فإن المشرع يعتدي على الوظيفة القضائية التي تهدف بصفة خاصة إلى ضمان احترام مبدأ الشرعية وحقوق المتقاضين في الحصول على ترضية.

ومن ثم فإن ذلك توازن بين المصالح المتناقضة التي تبرر تدخل المشرع، وهذا التدخل يجوز أن يكون تلقائياً ويكون مجرد عمل عادي إلا إذا كان يهدم مبدأ الشرعية ويخلق في النهاية شكاً قانونياً حقيقياً ضاراً بالاستقرار القانوني.

ولهذا فإنه تحت ضغط المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، قيد المجلس الدستوري وكذلك محكمة النقض كل في مجال اختصاصه اللجوء إلى الإجازات التشريعية باسئراط أن يستند المشرع إلى مطلب المصلحة العامة العليا لتبرير تدخله.

وبينما كان اللجوء إلى الإجازات التشريعية محدد بشكل ضعيف ثار التساؤل حول إمكانية القاضي الإداري في أن يفصل بنفسه في هذه المسائل

بتعديل الآثار من حيث الزمن لأحكام البطالة<sup>(١)</sup>.

وهذا الإقتراح المستلهم من الحلول المختلفة التي أخذ بها في القانون المقارن تصطدم ربما بشكل مباشر وكثير مع المبادئ المسلم بها للخصومة الإدارية، ومع ذلك فإن هذه الرخصة للقاضي الإداري بإرجاء آثار حكم الإلغاء المحكوم به توجد في العديد من النظم القانونية. وهذا هو المعمول به في المحاكم الدستورية الألمانية، النمساوية، البرتغالية، الأسبانية.

وقد رجعت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان صراحة إلى مبدأ الإستقرار القانوني للسماح للدول الأعضاء للحد من الآثار الرجعية للإلغاء القضائي، وتجزر المادة ٢/١٧٤ من المعاهدة الأوروبية إمكانية أن تقيد محكمة العدل الآثار الرجعية لأحكامها المتعلقة بإلغاء اللوائح<sup>(٢)</sup>.

وبصفة عامة يحدد القاضي ذلك في القانون الأنجلوسكسوني، فإن القاضي يحدد بنفسه شروط تطبيق هذه الأحكام من حيث الزمان<sup>(٣)</sup>. وهكذا يجري القاضي توفيقاً بين المنطق الشكلي لمبدأ الشرعية والمنطق الخاص لمبدأ الاستقرار القانوني.

### أهمية البحث :

أصبح الاستقرار القانوني ضرورة للدولة وعدم المحافظة عليه يؤدي إلى وجود قلق قانوني داخل الدولة ومن ثم إلى عدم استقرار، لذا أصبح هذا المبدأ من المبادئ التي لا تقاوم حفاظاً على حقوق الأفراد.

ولا شك أن كثرة التعقيد الزائد للقوانين يهدد من وجود الدولة القانونية ويقلل من الحفاظ على استقرارها وينعكس ذلك بالتالي على الأفراد إذ كثرة التشريعات وتعددتها وسرعة استبدال النصوص بأخرى والدخول في علاقات دولية والتزام الدول بما تعقده من معاهدات دولية وأثر هذه المعاهدات في القوانين الداخلية يعطي زخم قانوني داخل الدولة ويؤثر بلا شك في وظيفة القضاء

---

(١) B.Mathieu : Les validations législatives, Economica, 1987, p. 287.

(٢) Ibid, p. 240.

(٣) F. de baecque : rapport general au congrès de l'association internationale des hautes juridictions administratives, EDCE, 1983-1984, p. 319.

ويؤدي إلى إرهاب رجاله، ناهيك عن تأثيره على أصحاب المصالح نظراً لكثرة المصادر الداخلية والخارجية وتعدد القواعد مع ميل المشرع للتفصيل في بعض الموضوعات وكل هذه الأمور من شأنه التأثير على مبدأ الاستقرار داخل الدولة إلى وجود هذه المشكلة.

من ثم ظهر هذا المبدأ حديثاً في فرنسا ليتكامل مع مبدأ آخر وهو مبدأ الشرعية إذ أن الدولة في سعيها للمحافظة على الشرعية يجب ألا تهدر حقوق الأفراد المستقرة.

وكانت هناك بعض الجهود القضائية على المستوى الداخلي للمحافظة على هذا المبدأ، لكن نظراً لكثرة الالتزامات الدولية التي أقيت على فرنسا عقب نشأة الاتحاد الأوروبي والالتزام بالقواعد الدولية، والتأثير بالقوانين الدولية، ومحافظة هذه القوانين على هذا المبدأ مع المستوى الدولي. تأثرت فرنسا بذلك وبدأت على إدخال هذا المبدأ ضمن أحكامها القضائية تأثراً بقضاء المحاكم الدستورية في بعض الدول. وبدأ تطور لمجلس الدولة الفرنسي يظهر حول الأخذ بتقرير هذا المبدأ واجتهاد القضاء في سبيل محافظته على المراكز المستقرة التطور في عدم تقرير حكم الإلغاء مباشرة على القرارات الإدارية، لكنه خلال مدة الطعن وعند تقرير عدم شرعية القرار الإداري أعطى فرصة لجهة الإدارة لتصحيح ما صدر عنها من أخطاء خلال مدة الطعن وإرجاء آثار القرار حتى يتغير الوضع وإلا حكمت بالإلغاء.

ولا شك أن هذا التطور القضائي يحتاج للبحث للوقوف على مدى مهارة القاضي الإداري في حفاظه على حقوق الأفراد.

### **خطة البحث :**

من خلال النقاط السابقة سوف تتضح لنا معالم هذا الموضوع الذي يمكن أن نرسم خطته ونوزعها بعد هذه المقدمة على ثلاثة فصول وذلك على النحو التالي :

**الفصل الأول :** مشكلة عدم الإستقرار القانوني أسبابها وجهود حلها.

**الفصل الثاني :** ظهور مبدأ الإستقرار القانوني.

**الفصل الثالث :** تطور دور مجلس الدولة الفرنسي حول الأخذ بمبدأ الإستقرار القانوني.

## الفصل الأول

### مشكلة عدم الإستقرار القانوني

#### أسبابها وجهود حلها

ظهرت مشكلة عدم الإستقرار القانوني نتيجة التعقيد الزائد للقوانين وتشعب الموضوعات التي يتناولها القانون بل وتشعب الموضوع الواحد وتوزيعه في أكثر من نص أو أكثر من قانون والسرعة المتزايد للتعديلات التي تطرأ على القانون سواء على المستوى المحلي أو المستوى الدولي نتيجة الدخول في علاقات دولية متشعبة والتطورات التي تطرأ على العلاقات الدولية وتشعبها، ومنزلة هذا القانون الدولي داخل الدولة إلى غير ذلك من أسباب أدت إلى مشكلة عدم الاستقرار القانوني الذي يهدد مراكز الأفراد وفي ذات الوقت رداة القانون في حد ذاته.

وأصبح من الضروري الأخذ بمبدأ الاستقرار القانوني وعدم مقاومة هذا المبدأ من ثم قام المجلس الدستوري الفرنسي بدور هام في المحافظة على جودة التشريع وقام بدور متطور في الحفاظ على ذلك ضماناً للاستقرار القانوني.

ونرى أن نعرض في هذا الفصل للموضوعات الآتية في المباحث التالية :

**المبحث الأول :** ضرورة الأخذ بمبدأ الاستقرار القانوني وعدم مقاومته.

**المبحث الثاني :** الأسباب التي جعلت فرنسا تأخذ بمبدأ الاستقرار القانوني.

**المبحث الثالث :** مساهمة المجلس الدستوري في جودة التشريع.

**المبحث الرابع :** المجلس الدستوري يطور نطاق مبدأ عدم رجعية القوانين كمطلب للاستقرار القانوني.

**المبحث الخامس :** المجلس الدستوري يستعمل مطلب الاستقرار القانوني لحفظ جودة التشريع.

## المبحث الأول

### ضرورة الأخذ بمبدأ الإستقرار القانوني وعدم مقاومته

يوجد شعور متزايد ناتج عن ضغط الجمهور والكتاب من كل نوع، ومن كل صوب حول ظاهرة عدم الإستقرار القانوني ومظاهره، كما أن هناك العديد من التقارير وإعلانات الأعمال من أعلى سلطات الدولة تشير إلى أزمة لم يريدها واضعوا النظام، هي أزمة عدم الإستقرار القانوني. وأصبح هناك تزايد في النظم القانونية من كل نوع سواء كانت تشريعات أو مراسيم أو منشورات، بل وأحكام قضائية من كل درجات القضاء تراعي ذلك، حتى اعتبر أن هذا الأمر أولوية وطنية في فرنسا.

كما أن الصحافة أولت هذا الأمر اهتماماً باعتبار أن ذلك خلل وعيب في الأداء الوظيفي للنظام القانوني، إذ أن ذلك أصبح مشكلة مجتمع وليس مشكلة الفقهاء فقط. ويتغذى عدم الاستقرار القانوني على التضخم في التشريعات والقواعد مثل عدم استقرار القواعد أو نقص في التقنين، ويعد ذلك عقبة أمام العلم بالقواعد ويصبح ذلك مركز قلق في مواجهة القانون. ويعد إدراج النظام القانوني في النظام الاجتماعي هو السبب، وميله إلى أن يحكم بشكل دائم النظام القانوني دون اعتبار عدم المصادقية التي تؤثر في القانون.

إن عدم الاستقرار القانوني ينال من قوة القاعدة، كما أن العولة مع عدم الاستقرار القانوني، وتكاليف هذه الفوضى القاعدية تؤدي كما أشار تقرير مجلس الدولة الفرنسي لعام ١٩٩٩ إلى التأثير في الاستثمار، ومن ثم يمكن القول أن القانون يدخل عنصراً في المنافسة الوطنية، ومن ثم الرفاهية، كما أن عدم استقرار الحلول يؤثر في قرارات الفاعلية الاقتصادية على مستوى الفرد والدولة والمشروع<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر تقرير مجلس الدولة حول الاستقرار القانوني ١٩٩٩، منشور في التوثيق الفرنسي ٢٠٠٠.



وإذا وضعنا في اعتبارنا أن بقاء القاعدة القديمة والتطبيق الفوري للقاعدة الجديدة يشجع التواجد المشترك في إطار النظام القانوني في العديد من القوانين الوضعية المطبقة على مراكز متماثلة، ويخلق تضخم القانون بطريقة آلية نظم قانونية فرعية وذلك راجع لتعاقب القواعد القانونية. وفي ذات الوقت، فإن تعدد القواعد يلزمه تنوع وتجزء القانون وهذا ما يطلق عليه تضخم تشريعي وينتج عن ذلك تضخم في النظم<sup>(١)</sup>، ومن ثم يكون هناك زيادة في النصوص وبالتالي عدم تطبيقها أو التشتت في الاختيار بينها.

يضاف إلى ذلك أن هناك موضوعات تحتاج إلى التفكير حول تطور مصادر السلطة في المجتمع. إن نقص الاستقرار القانوني دليل على أن القانون يراعي التغير والتحول في طرق التنظيم الاجتماعي. إن نظامية القانون وانحراف المصلحة العامة خلف المصالح الفردية والجماعية والردود الانفعالية والغوغائية، بافتراض الحاجة للقانون، أدت لاستخدام القانون كوسيلة لعلاج الاضطراب الاجتماعي، مما أخرج القاعدة القانونية عن الدور المنوط بها في ظل تزايد المخاطر التكنولوجية والعلمية والتغيرات السياسية<sup>(٢)</sup>.

فتضخم الأنظمة والقواعد وتوضحها من خلال عدد النصوص أو حجمها وعدد التعديلات التشريعية ووزن مجموعات القوانين بالكيلو وسرعة تغيير القواعد في المجال القانوني، والتأخر في تطبيق النصوص وعدم جودة القاعدة القانونية وعدم تحسينها وزيادة التعقيد القانوني وغير ذلك من موضوعات تثير التساؤل حول مبدأ الاستقرار القانوني. لقد أصبح الكفاح ضد عدم الاستقرار القانوني محلاً للتنظيم وهذه

---

(١) يمكن أن نلمح ذلك في عقود الإيجار حيث يوجد عقود إيجار زراعية، تجارية، عقارية، عقود مختلطة، عقود إجازة الحضائنة، الحرفية، عقود السكن والمهنية،... الخ.

(٢) Nicolas Molfessis : Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-Même.

أصبحت مسلمة إذ أن هناك خلف تطلعات تحسن القانون، قانون القانون بمبادئه وقواعده وتدرجه والطبيعة المختلفة، إن النظام القانوني يقصد أن يعالج نفسه بنفسه. وبالاتجاه نحو النظام القانوني فإن قواعده، قراراته، توصياته أو تعليماته ذات اتجاه للنمو الداخلي، فهي تقصد حكم قواعد القانون ذاتها وذلك بالبحث عن التبسيط حسب الحالة وفاعليتها وباستهداف التخفيف أو تجميع المجموع الأمر، ولها معاً هدف تحسين القانون.

وعلى إثر ذلك يجب أن نراعي أن هذه النصوص تدخل في الطائفة الأكثر عمومية من القواعد ذات التركيب، مع التفرقة بينها وبين القواعد التي تحكم السلوكيات التي تعطي حقوقاً أو تفرض التزامات. وهي تضع وتساهم في قواعد حول الإنشاء القانوني أو تلك التي يكون وجودها مبرراً لأنها ترجع إلى نظم أخرى.

وفي إطار هذه النظم الأخيرة التي تستهدف القواعد لتحسين القانون تكون قواعد خاصة، كما أن تطورها حديث دون شك.

إن النظريين الذين وجهوا اهتمامهم إلى التفرقة بين القواعد المختلفة وفقاً لهدفها أو وظيفتها لم يروا من المفيد تكرارها، ويمكن القول أنها تتناول حسب الحالة كتابة القاعدة حسب جمالها وآثارها وهي تتدخل أولاً في بداية إعداد القواعد الموضوعية، أو لاحقاً وتتطلع إلى معالجة النظام القانوني.

ويقود تطور القانون إلى زيادة هذا النوع من القواعد وهي نتاج التعقيد الذي يهدف إلى تشكيل محتواه، وكلما زاد تعقيد القانون تزداد الحاجة إلى خلق القواعد التي تلازم الإنتاج القانوني القاعدي وتحد وتقوم بدور الضبط، كما أن التنظيم الإجرائي للقواعد يميز القوانين الحديثة، ولا يكفي لضمان جودتها عندما لا تحل بالتنظيم القاعدي ذاته.

ويكون ساذجاً الذي يحصر جوهر القواعد التي تهدف إلى تحسين القانون، ويدعو إلى التبسيط، إذ أن تدخل الاستقرار القانوني هو المخلص

للنظام القانوني<sup>(١)</sup>.

وتدل الحسابات على أن القرارات التي تهدف إلى تبسيط القانون مع تفادي تعطيل البرلمان قد أصبحت بدورها مصدراً للتضخم القاعدي إذ أن جانبها المدين أعلى من دين البرلمان، وقد أعطى لها الوضع الأعلى لأنها تبدو كأداة للوصول إلى الهدف الدستوري للعلم والفهم بالقانون.

إن تعقيد القانون هو سبب في زيادة أعداد القوانين والمجموع يوضح ذلك، إذ أصبح من الضروري وجود القوانين، المراسيم، المنشورات أو التعليمات لغموض النصوص ونقصها وصعوبات تطبيقها، ويستدعي النقص قواعد جديدة وهذه القواعد الجديدة الناقصة تستدعي تدخل القانون، وهذا هو الخلق الذاتي المعيب للقانون.

إن التعقيد هو مصدر تعقيد، ويدل على ذلك الإخلال بالتنظيم في تطبيق القوانين وهذا إيضاح زائد ويفرض لتبسيط القانون وضع تقرير عن كل قانون يتم إصداره حول تطبيقه.

---

(<sup>١</sup>) Nicolas Molfessis : op. cit., p. 394.

## المبحث الثاني

### الأسباب التي جعلت فرنسا تأخذ بمبدأ الإستقرار القانوني

#### التعقيد الزائد للقوانين يهدد الدولة القانونية :

إن عملية التعقيد الزائد للقوانين يهدد من استقرار الدولة القانونية خاصة في حالة ارتباط الدولة ببعض الالتزامات الدولية التي تفرض عليها إصدار تشريعات جديدة ومستمرة تتطور مع التطورات الدولية.

فعملية إعداد القواعد القانونية في دولة مثل فرنسا على سبيل المثال بل والدول الأخرى المتقدمة تعد دعامة للإلزام الموضوعي غير واضحة في بعض الأحيان نظراً لارتباطاتها الدولية الناشئة من الإرادة السياسية، فمنذ انتهاء الحرب العالمية الثانية وقد دخلت فرنسا في البناء الأوروبي، والقانوني الأوروبي، والاتفاقات الأوروبية لحفظ حقوق الإنسان والاتفاقات محل التفاوض في إطار المجلس الأوروبي... إلخ.

يضاف إلى ذلك تزايد الاتفاقيات الدولية ثنائية الأطراف ومتعددة الأطراف والتي تربط فرنسا بباقي دول العالم. ويساهم ظهور مجالات جديدة من التشريع المعقد أحياناً والصعب مثل قانون المنافسة، والقانون المالي والنقدي في إطار مفتوح والتكنولوجيا البيولوجية، والاقتصاد الرقمي، الاتجاهات الجديدة في الملكية الفكرية، حماية البيئة... إلخ في التعدد والمراجعة المتكررة للقواعد والقوانين.

وفي المجال الاقتصادي فإن تحرر القطاعات كاملة مثل النقل، الاتصالات الآلية والطاقة يستدعي تحديد قواعد سلوك المشتغلين في المجال التقني حسب الطبيعة والمتطور ويرر ظهور أنواع جديدة من التنظيم المتميز. وهناك أمور أخرى تأتي نتيجة اختيار المؤسس أو المشرع ومنها النقل المتتابع للسلطات، والاختصاصات لصالح الوحدات الإقليمية، واختيار نظام خاص لكل وحدة، أو إنشاء سلطات إدارية مستقلة، تنتج الخصائص والملامح الخاصة للمجتمعات الديمقراطية خاصة ضرورة الإطلاع على القانون والمجال

الرمزي الخاص به والنقد الموجه له عند تغيير الأغلبية قانوناً أو عضواً وعدم استقرار في القانون.

وهذه الضغوط عندما لا تكون تحت السيطرة تقود إلى أضرار وانحراف في استعمال الأداة التشريعية، أو الحضور الزائد يتم بدافع الإعلام أو بدافع إشباع وإرضاء جماعات الضغط أو الرأي بصفة عامة، وهنا يتم إقرار تعديلات قبل التفكير بشكل كافٍ فيها أو يقترح إعطاء القانون دوراً ليس له في مجتمع مرهف للرموز.

وفي هذا الموقف يكون المشرع الضحية الأولى إذ أن هامش حريته لتقرير الموضوعات التي يجب تنظيمها تكون محدودة، ولا يستطيع المشرع أداء دوره في ظروف تسمح له بإعداد نصوص جيدة، ويقود ذلك إلى تجريده من مهمته ويعاني المجتمع من ذلك، فبدلاً من أن يكون القانون عامل استقرار يصبح عامل اضطراب وشك ويسير مسار التبسيط وفقاً لأهدافه، ولا يكون القضاة في حالة علاج لذلك، ويأخذ القضاة دورهم في زيادة التعقيد.

وقد أثير في مناسبات عديدة من السلطات العليا للدولة وعلى رئيسها رئيس الدولة الفرنسي عندما أعلن في ١٩ مايو ١٩٩٥ بعد انتخابه "أن الزيادة في التشريعات تقتل القانون لقد أصبح تضخم القواعد القانونية مصدراً للشلل يجب وضع نهاية لهذا الموقف الذي يجرم الأكثر ضعفاً ويوهن روح المشروع لصالح المتخصصين الذين يكونون شبكة ومانع بين المواطن والقانون"<sup>(١)</sup>.

كما أعلنت بعد ذلك في عام ٢٠٠٥ كل من رئيس مجلس الشيوخ ورئيس الجمعية الوطنية ورئيس المجلس الدستوري أن تعدد التشريعات يضايق المواطنين وأنه يجب تركز القانون على الأمور الأساسية<sup>(٢)</sup>.

---

(١) "Trop de lois tuent la loi... Aujourd'hui l'inflation normative est devenue paralysant. Il faut mettre un terme à cette situation qui penalize les plus faibles et entrave l'esprit d'entreprise au seul bénéfice des specialists qui font écran entre le citoyen et le droit".

(٢) Josseline de clausade : rapporteur general de la section du rapport et des

كما يشير تقرير الحكومة حول إجراءات التبسيط لسنة ٢٠٠٣ إلى أن التعقيد المتزايد للقانون أصبح مصدراً كبيراً لضعف المجتمع والاقتصاد ويمكن أن يدمر من قابلية فهم قرارات الحكومة والبرلمان ويقود الفرنسيين إلى الشك في فاعلية القرار السياسي<sup>(١)</sup>.

وبناء على ذلك فإنه في مواجهة اضطراب القانون يظهر مبدأ الإستقرار القانوني باعتباره الفرع الأخير الذي تستند إليه المحاكم العليا لحفظ شبه نظام ويسمح للقانون بأن يؤدي المهمة الخاصة به.

إن تعقد القانون ظاهرة مشتركة بين معظم الدول المتقدمة. ويرجع ذلك إلى تعدد مصادر القانون خاصة الدولية والجماعية، وفي نفس الوقت ظهور مجالات أنشطة إنسانية وتوقعات جديدة من ناحية القانون ذات صلة بالقلق الناشئ عن التطورات العلمية التكنولوجية.

ويعبر ذلك عن وجود اختلاف في القيم والأولويات في إطار الجماعات المنظمة يظهر منطقياً ويشكل مشروع بمناسبة البدائل السياسية.

وهذا التعقيد يجد مصدره في الإرادة السياسية لإحاطة أنشطة المشغلين الاقتصاديين في إطار اقتصاد السوق، وفي فترة تحرر القطاعات من قبل بواسطة الإحتكار، وهذا يشمل تنظيم الإجراءات والضمانات، ويظهر ذلك في الغالب في الرغبة في حماية الطرف الأكثر ضعفاً. وبين القوى والضعيف، والغنى والفقير، والسيد والخادم فإن الحرية هي التي تقهر والقانون هو الذي يعلو<sup>(٢)</sup>.

### الأسباب الموضوعية للوفرة القانونية :

تشمل هذه الأسباب تطور المصادر الجديدة للقانون خاصة الأوروبية والدولية، وتعدد القواعد الأخرى، وميل المشرع إلى عدم الإقتصار على

---

etudes, la documentation française, Paris 2006, p. 229.

(١) Ibid.

(٢) Ibid.

## الاختصاصات المقررة له دستوريا.

١- تعدد المصادر الداخلية والخارجية للقانون : وفي ذات الوقت ظهور مجالات جديدة لم تكن معروفة من قبل داخل المجتمع، ولقد أشار مجلس الدولة الفرنسي في دراسته التي نشرت عام ٢٠٠٠ والتي خصصها للقواعد الدولية في القانون الفرنسي<sup>(١)</sup>، بأن تطور الإطار الدستوري والقضاء وإقرار قواعد قانونية دولية وأوروبية في مجالات متنوعة جداً أنتج في العشر سنوات الأخيرة قطيعة كبيرة في المكان الذي خصصه القانون للقانون ذو المصدر الخارجي.

٢- التطورات الحديثة للقانون الأوروبي : من بين هذه التطورات الرئيسية نجد تطور القانون الأوروبي واتساع مجال تطبيقه على إثر التعديلات المتتابعة. ومن الملاحظ أن مراحل البناء الأوروبي قد قادت فرنسا إلى تعديل القطاعات كلها في الاقتصاد والمجتمع الفرنسي، وقد أدت لطور التنافسية المشهود عليها بتزايد الصادرات نحو دول أعضاء أخرى وتزايد الاستثمارات نحو الخارج إلى الاتحاد الأوروبي وخارجه. وقد دل على ذلك تزايد القواعد القانونية المرتبطة بالتوفيق الضروري لكل مكونات القانون.

٣- أسبقية القانون الأوروبي على القانون الداخلي : طبقاً لنص المادة ١/٨٨ من دستور فرنسا الحالي في صياغتها التي تمت بمقتضى التعديل الذي تم بالقانون رقم ٥٥٤ لسنة ١٩٩٢ في ٢٢ يوليو ١٩٩٢ والذي صدر قبل التصديق على معاهدة مسترخت "تساهم الجمهورية في الجماعات الأوروبية وفي الاتحاد الأوروبي المكون من دول اختارت بحرية، وطبقاً للمعاهدات التي وضعتها أن تمارس معاً بعضاً من اختصاصاتها.

---

(١) انظر : القواعد الدولية في القانون الفرنسي، دراسات مجلسي الدولة، التوثيق الفرنسي، سنة ٢٠٠٠، ص ٧ وما بعدها.

وقد ذكر المجلس الدستوري في قراره الصادر في ٢٠٠٤<sup>(١)</sup> المتعلق ببحث معاهدة روما ٢٩ أكتوبر ٢٠٠٤ المنشئة لدستور أوربا أن واضع الدستور قد قرر بهذه المادة وجود نظام قانوني أوروبي مندمج في النظام القانوني الداخلي ومتميز عن النظام القانوني الدولي.

وقد تأكد هذا السمو للقانون الأوروبي على القانون الداخلي بحكم محكمة العدل الأوروبية الصادر في ١٥ يوليو ١٩٦٤<sup>(٢)</sup> والذي ما زال معمولاً به إلى اليوم أمام جميع جهات القضاء العادي والإداري.

وهذا المبدأ — علو القانون الأوروبي على القانون الداخلي — لا يقود في النظام الداخلي إلى النيل من سمو الدستور وهذا ما أكد عليه مجلس الدولة الفرنسي أكثر من مرة<sup>(٣)</sup>.

وبناء على ذلك تلتزم الإدارة بأن تستبعد تطبيق القواعد التشريعية غير المتوافقة مع القواعد الأوروبية ويجبر القاضي على عدم تطبيق أي نص تشريعي مخالف لنص أوروبي أو لأهداف توجيهه.

وبناء على مشاركة فرنسا في المجموعات الأوروبية والاتحاد الأوروبي وفق الشروط المنصوص عليها في معاهدة لشبونة التي عدلت معاهدة الاتحاد الأوروبي والمعاهدة التي أسست المجموعة الأوروبية الموقعة في ١٣ ديسمبر ٢٠٠٧<sup>(٤)</sup> فإن رقابة المساعدات من الدولة المقررة في المادة ٨٨<sup>(٥)</sup> من المعاهدة

---

(١) C.C. No.2004-505DC du 19 Novembre 2004.

(٢) CJCE, 6164, 15/7/1964, Costa C/ENEL.

(٣) انظر على سبيل المثال :

CE. Ass. 30/10/1998, Sarran et levacher. Rec. P. 369.

CE. 3/12/2011, Syndicat National de L'industrie Pharmacautique et autres. Rec. P. 624.

(٤) انظر الفقرة الثانية من المادة ١/٨٨ من دستور فرنسا ١٩٥٨ بعد تعديله في ٢٣ يوليو ٢٠٠٨.

(٥) تنص المادة ٨٨ من المعاهدة المنشئة للدستور الأوروبي على أن :

١ - تقوم اللجنة بمساعدة الدول بالفحص الدائم لنظم المساعدات القائمة في هذه الدول، وتقترح عليهم الإجراءات المفيدة اللازمة للتطور المتدرج ولعمل السوق المشتركة.



المنشئة للجماعة الأوروبية من الممكن أن تمس بعض التشريعات الوطنية، وطريقة تمويلها، وعمل المؤسسات العامة. ومن الممكن كذلك التمسك بمخالفة القانون الأوروبي من خلال أي متقاضي أمام المحاكم الوطنية ولا شك أن ذلك سوف يمثل عدم استقرار قانوني.

فالأحكام الصادرة بناء على التشريع الوطني يمكن إلغاؤها على أساس أنها لم تراعي القانون الأوروبي ومن أمثلة ذلك، إلغاء قرارات الجماعات العمرانية في ليون المقرر لإقامة خط الشمال وامتياز المشروع لعدم احترام الالتزام بالإعلان المقرر بالمادة ١٢ من توجيهه ٣٠٥ لسنة ١٩٧١ في ٢٦ يوليو ١٩٧١ عن مجلس الجماعات الأوروبية المعدل بتوجيهه ٤٤٠ لسنة ١٩٨٩ في ١٨/٧/١٩٨٩ المتضمن تنسيق إجراءات إبرام عقود الأشغال العامة والذي لم يكن قد تم إدخاله في القانون الداخلي<sup>(١)</sup>.

وتسمح إجراءات الإحالة الأولية إلى محكمة العدل الأوروبية في كسمبورج المنظمة بالمادة ٢٣٤<sup>(٢)</sup>، من المعاهدة المنشئة للدستور الأوروبي أن تفصل في أي وقت في طلب القاضي الوطني حول نطاق القاضي الجماعي. وتطبيقاً لمبدأ سمو القانون الأوروبي تفحص اللجنة المختصة المعاهدة

---

٢- وإذا أكدت اللجنة أن المساعدة الممنوحة للدولة أو بواسطة مواردها لا تتفق مع السوق المشتركة وفقاً للمادة ٨٧ بعد إنذارها لتقديم ملاحظاتها وأن هذه المساعدة تطبق بطريقة تعسفية، تقرر أن الدولة المعنية يجب أن تلغيها أو تعديلها في المدة المحددة بواسطة، وإذا لم تطبق الدولة المعنية هذا القرار خلال المدة المحددة يجوز للجنة أو كل ذي شأن أن يعرض الأمر على محكمة العدل بالمخالفة للمادة ٢٢٦، ٢٢٧.

(<sup>١</sup>) CE, Ass. 6/2/1998, Tête et Association de Sauvegarde de L'ouest Lyonnais. Rec. P. 30.

(<sup>٢</sup>) تنص المادة ٢٣٤ من المعاهدة المنشئة للدستور الأوروبي على أن: "تكون المحكمة الأوروبية مختصة بالفصل بصفة أولية في:

- أ - تفسير هذه المعاهدة.
- ب- صحة وتفسير القرارات الصادرة عن هيئات الجماعة ومكتب الجماعة.
- ج- تفسير نظم الأجهزة المنشأة بقرار المجلس عندما ينص فيها على ذلك، وإذا أثبتت أمام القضاء الوطني هذه المسائل، يجوز له إذا رأى أن من الضروري صدور حكم من المحكمة أن يطلب من محكمة العدل أن تفصل في هذه المسألة، وإذا أثبتت أمام محكمة وطنية لا يقبل حكمها الطعن فيه تلتزم بأن تعرض الأمر على محكمة العدل.

حسب تطبيق القانون الجماعي، ويجوز لها أن تطلب من دولة عضو أن تبرر توافق قانونها مع القانون الجماعي وإذا اعتبرت هذه الردود غير كافية فإن طلب اللجنة المعلومات يمكن أن يتبعه إنذار ثم رأي مسبب، وهذا يكون في المرحلة السابقة على النزاع، ويمكن أن يصل الأمر إلى عرض النزاع على محكمة العدل الأوروبية تطبيقاً للمادة ٢٢٦ من المعاهدة المنشئة للجماعة الأوروبية في حالة الطعن للمخالفة، حيث نصت المادة سالفة الذكر على أنه: "إذا قدرت اللجنة أن دولة عضو قد خالفت التزامها، تضع رأياً مسبباً وفقاً لهذه المعاهدة، بعد إخطار هذه الدولة لتقديم ملاحظاتها، فإذا لم تتوافق الدولة مع هذا الرأي خلال المدة المحددة بواسطة اللجنة، فإن هذه يجوز لها أن تعرض الأمر على محكمة العدل".

ووفقاً لنص المادة ٢٢٨ من ذات المعاهدة إذا قضت المحكمة بأن دولة عضو قد خالفت التزاماتها بموجب هذه المعاهدة، فإن هذه الدولة تلتزم بأن تتخذ الإجراء الذي يشمل تنفيذ حكم محكمة العدل، وتضع اللجنة رأياً مسبباً إذا لم تقم الدولة باتخاذ هذا الإجراء تبين فيه عدم تنفيذ الدولة لحكم محكمة العدل خلال المدة المحددة بواسطة اللجنة، وتعرض الأمر على المحكمة وتقدر المبلغ الجزائي أو الغرامة التهديدية التي ترى أنها ملائمة للظروف وتلزمها بدفع مبلغ جزائي أو غرامة تهديدية دون مساس بالمادة ٢٢٧ .

وقد تم تطبيق هذه المادة على فرنسا واليونان في ١٢ يوليو ٢٠٠٥<sup>(١)</sup> بسبب المخالفات المتكررة في تطبيق السياسة المشتركة في الصيد. وما من شك في أن هذه الموجبات لنقل القانون الأوروبي وتطبيق النصوص الوطنية هي مصدر التدفق التشريعي واللائيحي.

---

(١) CJCE., 304/02, 12/7/2005, Commission des communautés européennes c/République Française.

#### ٤- الإبحار في القانون الرسمي :

إن قيام السوق الأوروبية والعملية الواحدة أدت إلى توسعات في القوانين الرسمية لدول الاتحاد الأوروبي، ويستند تطبيق السياسات المشتركة خاصة السياسة الزراعية، سياسة الصيد، السياسة التجارية بصفة أساسية على لوائح الإدارة والقرارات المطبقة مباشرة في النظم القانونية الوطنية.

وقد تميز السوق الداخلي المحدد وفقاً لأهداف القرار الوحيد الأوروبي لسنة ١٩٨٥<sup>(١)</sup>، بحرية تداول الأشخاص والأموال، الخدمات ورؤوس الأموال ونظم بالتوجيهات المتضمنة إدخالاً في القانون الداخلي، وقد وسع منح اختصاصات جديدة للاتحاد الأوروبي الناتجة من معاهدة ماسترخيت ١٩٩٢، ومعاهدة أمستردام ١٩٩٧ ومعاهدة Nice ٢٠٠١ من تطبيق القواعد الأوروبية على أفرع جديدة من القانون.

لقد أصبحت التوجيهات من حيث المبدأ موجهة إلى تحديد الأهداف التي يراد تحقيقها بترك الخيار للدول الأعضاء أكثر تحديداً وتفصيلاً بسبب اختيار الدول الأعضاء الرئيسية لصالح اتجاه التنسيق الذي اعتبر أكثر تأكيداً وحماية من الاعتراف المتبادل بقواعد القانون الداخلي.

ويستند أسلوب النقل الساري في فرنسا على تطابق القانون الوطني الموجود من قبل مع أهداف التوجيه، ويتطلب ذلك تعديل النصوص التشريعية واللائحية الأعلى من تلك التي ارتضتها الدول الأعضاء التي تقتصر على إدخال التوجيهات في القوانين الوطنية.

ويعتبر إحصاء النصوص الأوروبية السارية تطبيق صعب كما هو الأمر بالنسبة للقانون الوطني. فالقانون الأوروبي الأصلي المكون من معاهدات

---

(١) تنص المادة ١٣ من القرار الأوروبي الوحيد على أن "تكمل معاهدة الجماعة الاقتصادية الأوروبية بالنصوص الآتية مادة ٨ أ توقف الجماعة الإجراءات الموجهة إلى تهيئة السوق الداخلي تدريجياً خلال فترة تنتهي في ٣١ ديسمبر ١٩٩٢ ، طبقاً لأحكام المادة الحالية والمادة ٨ب، ٨ ج، و ٢٨ والمادة ٥٧ والفقرة الثانية من المادة ٥٩ ....".

معدلة وقرارات انضمام وبروتوكولات ملحقة بالمعاهدات مجموعة متزايد من النظم مع مراعاة التعديلات والتوسعات المتتالية.

يضاف إلى ذلك الاتفاقيات الخارجية التي تصل إلى أكثر من ٣.٠٠٠ اتفاقية بين الجماعة أو الإتحاد الأوروبي والدول الأخرى، خاصة فيما يتعلق بالسياسة التجارية المشتركة — اتفاقية المنظمة العالمية للتجارة — أو الأمن، خاصة منذ اعتداءات سبتمبر ٢٠٠١ وتقدر دراسة للسكرتير العام للشئون الأوروبية<sup>(١)</sup> القانون الخاص والمعاهدات السارية وحوالي ١٧.٠٠٠ لائحة توجيه، والقرارات الأساسية للإتحاد الأوروبي، خاصة السياسة الزراعية، وسياسة الصيد. وحوالي ١٥١٦ مادة من التوجيهات التي تم إقرارها منذ ١٩٩٠، وهناك ١٢٤٤ توجيه ساري المفعول حتى الآن، وقد استوجبت نقل أي توفيق النصوص الوطنية.

وهذه النصوص تطبق ذات نطاق محدود مقارنة برصيد ١٠٥٠٠ قانون و١٢٠ ألف مرسوم لائحي نافذ في فرنسا وتأثير على النشاط الأمر الملزم الوطني والذي يجب أن يقدر وفقاً لمقياس الصحيح. وبمعنى التدفق يصل عدد اللوائح الأوروبية إلى حوالي ٦٠٠ لائحة أوروبية بالنسبة للدورة التشريعية الأخيرة، ويصل عدد التوجيهات سنوياً إلى ٩٦ توجيهاً عن الفترة من ١٩٩٠-١٩٩٩ و٩٩ بالنسبة للفترة من ٢٠٠٠-٢٠٠٤<sup>(٢)</sup>.

وهناك عدد من التوجيهات يصل إلى ٥١٠ توجيهاً تم إقرارها خلال الخمس سنوات الأخيرة ولها مجال تطبيق خاص هو المبادلات الاقتصادية والتجارية<sup>(٣)</sup>.

---

(١) Jean Maia : la contrainte européenne sur la loi. Pouvoirs, No.114, Septembre 2005, p. 54.

(٢) Ibid.

(٣) Ibid.

وحول النقل ٧٧ والقطاع الغذائي الزراعي ٧٤ والزراعة ٦٣ والمالية ٥٢ والبيئة ٣٦ والمسائل الاجتماعية ٣٤ والصناعية ٢٨ والشغل والعمل ٢١<sup>(١)</sup>.  
وقد قررت اللجنة حرصاً على جودة اللوائح أن تبطل من التدفق الأمر الأوروبي وسحبت في سبتمبر ٢٠٠٥ ثلث المقترحات القائمة أمام المجلس و٦٨ من النصوص من أصل ١٨٣ .

#### ٥- خصوصية التعاون في الشؤون الداخلية والعدالة :

يستند الاتحاد الأوروبي على ثلاثة ركائز هي الجماعة الأوروبية، السياسة الخارجية، والتعاون القضائي والشرطي. وقد بدأ التعاون في الشؤون الداخلية والعدالة في يونية ١٩٨٥ مع صدور قضاء Schengen في إطار بين الحكومات ويجمع خمس دول هي فرنسا، ألمانيا، بلجيكا، لكسمبورج، هولندا، بغرض تسهيل إجراءات رقابة الحدود الخارجية لهذا القضاء وإلغاء الرقابة تدريجياً على الحدود الداخلية.

وامتد ذلك إلى مجالات تكميلية خاصة في التعاون القضائي في اتفاق تطبيق اتفاقات Schengen الموقع في ١٩ يونية ١٩٩٠<sup>(٢)</sup>.

وقد شاركت كل الدول في ذلك ويقود ذلك إلى وجود ركيزة ثالثة للاتحاد الأوروبي خاص بمجال التعاون في المجال القضائي والشرطي، وقد أنشئ الاتحاد باتفاقية ماستريخت ١٩ يونية ١٩٩٠، وقد تعمق هذا التعاون لتقريب أساليب عمله وقراره تدريجياً من الإجراءات الجماعية بمقتضى معاهدة أمستردام ١٩٩٧ ومعاهدة Nice ٢٠٠١ حول السياسة المشتركة للدخول وقرارات التعاون القضائي المدني.

وقد أدت هذه المتغيرات المؤسسية ولوائح القرارات الإطارية إلى إقرار تعديلات الدستور الفرنسي لتسمح بنقل الاختصاص الضروري إلى تحديد

---

(١) Ibid.

(٢) وقعت هذه الاتفاقية في ١٩/٦/١٩٩٠ لإنشاء قضاء مشترك من الأمن والعدالة عوضاً عن إلغاء الحدود الداخلية بين الدول.

القواعد المتعلقة بحرية حركة الأشخاص والمجالات المرتبطة بها أو لتنظيم التعاون القضائي الجنائي خاصة أوامر القبض على إثر اعتداءات ١١ سبتمبر ٢٠٠١ وأدت إلى تعديل قوانين مثل القانون الجنائي، قانون الإجراءات الجنائية والقانون المدني.

وينظر الفرنسيين إلى أن نصوص القرارات المنظمة في هذا الشأن تدخل من الناحية الدستورية خاصة الدستورية منها ضمن طائفة المبادئ الأساسية المقررة بواسطة قوانين الجمهورية ومن ثم تضاف إليها<sup>(١)</sup>.

وقد بحث مجلس الدولة مدى عدم تعارض عدم تعارض قوة الشيء المقضي به وعدم تكرار الإجراءات عن ذات الفعل مرتين مع الدستور ونقل الإثبات في مجال المساعدة القضائية في كل إقليم الاتحاد الأوروبي<sup>(٢)</sup>.

ويفرض المبدأ تفسير القانون الوطني طبقاً للقانون الأوروبي ويطبق أيضاً على القرارات المنظمة الصادرة في المواد الجنائية تطبيقاً للقسم السادس من معاهدة الاتحاد الأوروبي كما قضت بذلك محكمة العدل الأوروبية في حكم ١٦ يونية ٢٠٠٥<sup>(٣)</sup>.

## ٦- الاتفاقيات المبرمة بواسطة مجلسي أوروبا :

يؤدي مجلسي أوروبا دوراً مهماً في التقريب بين النظم القانونية الوطنية والدليل على ذلك أنه وقع ١٩٨ اتفاقية أو معاهدة نافذة منها ١٨٦ مفتوحة لتوقيع الدول، وتسهل الاتفاقية وتبسط التعاون بين الدول الأعضاء وتعمل في مجال حقوق الإنسان مثل اتفاقية العلاقات الشخصية المتعلقة بالأطفال والتي دخلت حيز التنفيذ في الأول من سبتمبر ٢٠٠٥، وكذا التعاون القانوني مثل اتفاقية الإجرام الافتراضي التي وقعت في ٢٠٠٤/٧/١ وفي المجال الاجتماعي والتعاون الثقافي والعلمي مثل اتفاقية التعاون في السينما في ١٩٩٤/٤/١ .

---

(١) Bruno Genevois : Principes fondamentaux, Principes généraux. RFDA, 14/3, Mai-Juin 1998, p. 477.

(٢) جاء ذلك في رأي مجلسي الدولة الصادر في ٢٠٠٤/٤/٢٩ رقم ٣٧٠١٣٦

(٣) CJCE, Affaire C. 105103, 16 Juin 2005, Maria Pupino.

ومع كثرة الاتفاقات التي توقع بواسطة مجلسي أوروبا الجماعية أو ثنائية الأطراف كل سنة في كثير من المجالات يمثل بلا شك مصدراً للتعقيد القانوني وأحياناً عدم الاستقرار.

#### ٧- في مجال الأخلاق البيولوجية:

أقر المجلس الأوروبي بعض الاتفاقيات التي تدخل في مجال الأخلاق البيولوجية مثل الاتفاقية التي وقعت في ١٩٩٧ حول الطب البيولوجي<sup>(١)</sup> وأصدرت منظمة التربية والتعليم والثقافة "اليونسكو" إعلاناً حول الجين البشري<sup>(٢)</sup> وأقرت الجمعية العامة للأمم المتحدة هذا الإعلان<sup>(٣)</sup>.

#### ٨- قانون البيئة :

زاد الإهتمام بالمجال البيئي على النطاق الدولي ويعد مجال البيئة مجالاً خصباً للتفاوض لدى المنظمات الدولية وقد أبرمت العديد من اتفاقات حسن الجوار ومقاومة التلوث العابر للحدود وحفظ المجال الجوي وحفظ النظم البيئية<sup>(٤)</sup>.

وقد أبرمت العديد من الاتفاقات في هذا المجال البيئي، ويعتبر التعارض بين الاتفاقيات الدولية هماً للقاضي الوطني كما يوضح ذلك حكمي مجلسي الدولة :

أ — حكم Zaidi الصادر في ٢١/٤/٢٠٠٠ حول تطبيق الاتفاق الفرنسي الجزائري مع اتفاقية تطبيق اتفاقات Schengen سالفه الذكر والأمر الوزاري رقم ٢٦٥٨

---

(١) Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : convention sur les droits de l'homme et la biomedicine, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> Décembre 1999.

(٢) Adoption de la "declaration universelle sure le genome human et les droits d l'homme" le 11 Novembre 1997 par la conference générale de l'unesco.

(٣) Résolution 53/152 9 décembre 1998, Assemblée générale des nations unies.

(٤) Gilbert Guillaume : l'unité du droit international public? Revue internationale de droit compare 2003, p.25

لسنة ١٩٤٥ في ٢ نوفمبر ١٩٤٥ المعدل المتعلق بالدخول وإقامة الأجانب في فرنسا والمنشئ للمكتب الوطني للهجرة على رغبة جزائري مزود بفيزا مسلمة من قنصلية في إيطاليا، وقضى المجلس بأنه لا يجوز أن يكون محلاً لإجراءات اقتياد إلى الحدود لأنه يحمل فيزا صحيحة في إقليم schengen وبالتالي في فرنسا<sup>(١)</sup>.

ب- حكم ٢٠٠١/٩/١٥ مأمورية الألب مارتيم ضد Benkhata المتعلقة بمركز مواطن مغربي طبّاح في سفينة، وتم ضبطه في Nice وكان محلاً لإجراء اقتياد إلى الحدود، وقد طعن فيه على أساس تجاوز السلطة، وقد استند الدفاع إلى أحكام اتفاقية منظمة العمل الدولية في ١٣ مايو ١٩٥٨ المتعلقة بتعميق شخصية البحارة وتبادل الرسائل بين فرنسا والمغرب لتعديل اتفاق ١٠ نوفمبر ١٩٨٣ المتعلق بحركة الأشخاص الموقع في باريس ٢٥ فبراير ١٩٩٣، واتفاقية لندن ٩ أبريل ١٩٦٥ الهادفة لتسهيل النقل البحري الدولي والقرار الوزاري رقم ٢٦٥٨ في ٢ نوفمبر ١٩٤٥ وقد اعتبر مجلسي الدولة أن أحكام اتفاقية لندن هي التي تطبق وأنه لا يجوز اقتياد عضو في الفريق إلى الحدود على أساس أنه لم يحصل على فيزا دخول "تأشيرة" ولا بطاقة إقامة<sup>(٢)</sup>.

ويضاف إلى ما سبق في مجال التجارة الدولية وجود عادات تجارية دولية التي هي عبارة عن مجموعة قواعد يتم احترامها بصفة عامة بواسطة صناع التجارة الدولية<sup>(٣)</sup> تحكم اللجوء إلى التحكيم الدولي وتنازع القوانين، ولا تنتج من المفاوضات الاتفاقية التقليدية بين الدول، وتمت تقنينها بواسطة أجهزة مثل لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية وغرفة التجارة الدولية بباريس... إلخ.

هذا بالإضافة إلى أن هناك وحدات ما وراء البحار لاه وضع تشريعي

(١) حكم مجلسي الدولة الفرنسي الصادر في ٢٠٠٠/٤/٢١ مجموعة الأحكام ص ١٥٩ .

(٢) حكم مجلسي الدولة الفرنسي الصادر في ٢٠٠٤/٩/٥ مجموعة الأحكام ص ٤٢٠ .

(٣) راجع دراسات مجلسي الدولة الفرنسي حول القواعد الدولية في القانون الفرنسي سنة ٢٠٠٠ سابق الذكر ص ١٦ .



خاص بها، وقد أعاد القانون الدستوري تنظيم هذه الوحدات بالقانون ٢٧٦ لسنة ٢٠٠٣ في ٢٨ مارس ٢٠٠٣ المتعلق بالتنظيم اللامركزي للجمهورية. وهناك أقاليم لما وراء البحار لها حكومة محلية مثل إقليم كاليدونيا الجديدة. وهذا التنوع في القانون الواجب التطبيق هو مصدر التعقيد الحقيقي، ويجعل ذلك تحديد الاختصاص بكل من الإقليم والجمهورية مسألة صعبة ولا ييسر تحديد قانون الجمهورية الواجب التطبيق في كل مجال في التطبيق اليومي وعند التعديل.

ويتم الخلط بين هذه القوانين أو تراكمها في مركز قانوني أو نزاع، مع احتمال تنازع القوانين كما يدل على ذلك حكم الجمعية الصادر في ٤ نوفمبر ٢٠٠٥<sup>(١)</sup>.

كما أن هناك العديد من العوامل الاجتماعية والسياسية، والقانونية التي تزيد من عدم الاستقرار، ويؤدي تزايد عدد النظم القانونية وعدم تناسق نظمها وعدم الإطلاع والوصول الصعب إلى القواعد التي توضع أو تطبق إلى كونها عامل تعقيد وغموض القانون وينشئ التعدد في مصادر القانون مراكز قانونية ذات تعقيد متزايد نظراً لالتزام القاضي أن يطبق على المواطنين التشريع الوطني والنصوص الأوروبية أو الدولية واللوائح الموضوعة من السلطات الإدارية المستقلة.

يضاف إلى ذلك أن القواعد القانونية تعدل باستمرار ومع كثرة هذه التعديلات يؤدي الأمر إلى عدم استقرار للقواعد.

ومع مراعاة ثبات بعض التقنيات مثل التقنين المدني فإن ذلك يناقض النسبة العالية في تقنيات أخرى خاصة تقنين العمل، تقنين الصحة العامة، تقنين الضمان الاجتماعي، التقنين العام للضرائب، التقنين النقدي والمالي، والتقنين العام للوحدات المحلية وبناء على ذلك يكون من الصعب أو

---

(١) CE, Assem, 4/11/2005, RFDA, 6-2005.

المستحيل على الفرد أو المواطن أن يعلم بالقانون وأن ينظم سلوكياته بالاستثمار أو الاستهلاك وفقاً له.

وفي هذه الظروف يصبح من الصعب وأحياناً المستحيل بالنسبة للمواطن أن يعلم بالقانون ويزيد ذلك من الانقسام القانوني، إذ يصبح جزء من السكان مهمشين بقانون أصبح تعقيداً بينما يستفيد آخرون من التعقيد ويستغلونه لمصلحتهم. إن تعقيد القانون يشمل ضرراً نفسياً وضرراً ديمقراطياً ويثير ويؤدي تضخم وعدم استقرار القواعد القانونية لدى المواطنين الهرج والاضطراب والذين يشعرون في الغالب بأنهم داخل نموذج من الإجراءات القسرية وغير المفهومة غالباً، ويشعر المواطنون بالمرارة في المسافة التي تفصلهم عن مركز القرار<sup>(١)</sup>.

---

(١) Rapport du Médiateur de la république pour l'année 2001.

## المبحث الثالث

### مساهمة المجلس الدستوري في جودة التشريع

يساهم المجلس الدستوري الفرنسي بقضائه نفوذاً على إخراج القانون بصورة جيدة، ولا يقتصر الأمر لديه على تطبيق فكرة الاختصاصات السلبية للمشرع ووضع جزاء على القانون إذ أن القانون لا بد وأن يشمل بعض الخصائص، وأن هدف القيمة الدستورية العلم وإدراك وفهم القانون يقدم له امتيازات جديدة، وهذا النفوذ يمكن أيضاً أن يمارس من خلال رقابة الإجراءات البرلمانية، وهذا يمثل في ذهن المشرع الدستوري منذ فترة إحدى المهام الأولى.

وعلى الرغم من ذلك فإن النقاش حول التشريع قد أخذ نطاقاً جديداً أثناء الفترة الحديثة ازداد حجمه وتدهورت جودته، وأصبحت النصوص ضخمة وثرثرة على حد تعبير تقرير مجلس الدولة الفرنسي<sup>(١)</sup>.

وقد تأكد أمام الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ الزيادة الهائلة في عدد التعديلات المودعة والمدخلة على النصوص، وقد انتقدت الشروط التي يعمل فيها البرلمان، وتتابع الدورات غير العادية، وقد تم تحليل أسباب هذه الظاهرة، وهي أسباب عديدة منها التأثير المتزايد للقانون الدولي، وللقانون الأوروبي، والبدائل السياسية، تعقد الروابط الاجتماعية، سرعة الوقت في المجتمعات المبرمجة، واستعمال القانون باعتباره وسيلة اتصال... إلخ، كما يوجد طلب اجتماعي على القانون والذي ينتج آثاراً سلبية ويدل على تدعيم مكان القانون في المجتمع الحديث.

وفي ظل هذا الإطار أعلن المجلس الدستوري إرادته عن رقابة زائدة على سير الإجراءات البرلمانية وجودة التشريع.

---

(١) انظر : تقرير مجلس الدولة حول الاستقرار القانوني في ١٩٩١ .

وقد برر Pierre Mazeaud رئيس المجلس الدستوري صراحة هذا الإلتزام في ٣ يناير ٢٠٠٥ بمناسبة تهانيه لرئيس الجمهورية بقوله : "يتعين أن نفهم أن جودة التشريع ليس إلا مسألة فنية وتدهوره أذى كبير يمكن أن يمثل اعتداء على أسس الدولة القانونية"<sup>(١)</sup>، ويزيد القول أنه "يجب النضال ضد تدخلات القانون بشكل فعال في المجال اللائحي وإذا كان القانون يتدخل بشكل عارض في المجال اللائحي فإن ذلك يكون محظوراً في بعض الفروض، ومع ذلك فإن الأذى يكون كبيراً إذ أن المادة ٣٧ من الدستور التي تؤسس السلطة اللائحية المستقلة للحكومة تكون فارغة من محتواها منذ ثلاثين سنة ونتحمل نصيباً من المسؤولية في هذه الظاهرة والتي رأيت منذ ١٩٧٠ أن القانون يتضخم بالتفاصيل اللائحية، ربما يريد المجلس الدستوري أن يقوم بالنقد الذاتي في هذا الشأن"<sup>(٢)</sup>. وقد كان لهذا الإعلان صدى للإهتمامات المعبر عنها منذ فترة عندما عبر مجلسي الدولة عن ذلك بقوله : "عندما يثرثر القانون لا يصغي المواطن له"<sup>(٣)</sup>.

وقد عمل المجلس على توسيع رقابته بتناول مسائل متنوعة اهتمت كثيراً بالإجراءات البرلمانية بالمعنى الواسع بهدف تدعيم الاستقرار القانوني.

---

(١) "il faut comprendre que la qualité de la législation n'est pas une simple question technique. Sa dégradation est un mal profond qui peut porter atteinte aux fondements memes de l'état de droit".

(٢) "il faut désormais lutter plus activement contre les intrusions de la loi dans le domaine réglementaire....Que la loi empiète occasionnellement sur le domaine réglementaire voilà qui est compréhensible dans certaines hypotheses... toutefois, le mal est profond : l'article 37 de la constitution, qui fonde le pouvoir réglementaire autonome du gouvernement, se vid de son contenu depuis une trentaine d'années. Nous portons tous notre part de responsabilité dans ce phénomène qui, depuis les années 1970, a vu la loi se gonfler de détails réglementaires. Peut-être le conseil constitutionnel doit-il faire son autocritique à cet égard".

(٣) "Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une Oreille distraite".

ونورد بعض القرارات التي عمل فيها المجلس على تدعيم هذه الفكرة حيث أجاز المجلس الدستوري العمل على جودة التشريع برقابة الإجراءات خاصة عند التعديل حيث ذكر في الحثية ٢٨ من قراره رقم ٥١٩ لسنة ٢٠٠٥ دستوري في ٢٩ يوليو ٢٠٠٥<sup>(١)</sup> أن إجراءات بحث تطابق وصحة التعديلات مع المادة ٤٠ من الدستور يجب أن تمارس لحظة الإيداع<sup>(٢)</sup>.

وفي شأن القبول المالي للمبادرات البرلمانية أحال المجلس الدستوري عند بحث المادة ٧ من القانون الأساسي حول قانون تمويل الضمان الاجتماعي الذي يسمح للبرلماني بمضاعفة المبلغ لهدف فرعي وارد في الهدف بشرط عدم زيادة مبلغ التمويل، أحال المجلس إلى إجراءات فحص القبول المالي للتحقق من تطابق هذه التعديلات مع المادة ٤٠ من الدستور وقد حدد في هذا الشأن أن هذه الإجراءات يجب أن تمارس وقت إيداع التعديل. وهذا المطلب للرقابة المسبقة يصدق بالنسبة لكل التعديلات التي يكون لها أثر مالي.

وقد ذكر المجلس بالطابع المطلق لعدم القبول المالي المقرر بالمادة ٤٠ من الدستور منذ فترة سواء بالنسبة للاقتراحات بقانون<sup>(٣)</sup> أو بالنسبة للتعديلات والتي تساهم عدم رقابتها في إعاقة البرلمان والتضخم التشريعي. وقد أعيد التأكيد على مطلب الرقابة في ١٣ أكتوبر ٢٠٠٥ بقراره رقم ٥٢٦ لسنة ٢٠٠٥ من المجلس الدستوري الصادر حول لائحة الجمعية الوطنية حيث أكد المجلس على أن الإجراءات المطبقة من خلال الجمعية الوطنية تمارس وقت إيداع التعديلات. ولقد كان هذا القرار سالف الذكر خطوة جديدة نحو وضع مبادئ لوضوح وصدق المناقشة البرلمانية في الدستور.

---

(١) Journal officiel du 3/10/2005, p. 12661.

(٢) تنص المادة ٤٠ من دستور ١٩٥٨ على أنه "لا تقبل الإقتراحات والتعديلات المقدمة من أعضاء البرلمان إذا كان من شأن الموافقة عليها أن ترتب إما تخفيضاً في الإيرادات العامة، وإما إنشاء أو زيادة في المصروفات العامة".

(٣) CC. No. 78-94 DC du 14/6/1978, Rec. P. 15.

لقد وضع القرار الذي اتخذته الجمعية الوطنية بغرض تعديل لائحته أجل جديد لإيداع التعديلات في الجزء الثاني من مشروع قانون المالية، ومع ذلك فإن تعديلات النواب في المهام والمواد المسندة إليهم من ناحية والمواد الأخرى غير المسندة من ناحية أخرى لا يجوز إعادة عرضها إلا بقرار من مؤتمر الرؤساء حتى الساعة الخامسة من مناقشة هذه المهام أو غداة مناقشة هذه المواد<sup>(١)</sup>.

وهذا الإجراء لا يثير صعوبة ليس أمام المجلس إلا قبول إمكانية الجمعية أن تحدد وتقيّد إيداع التعديلات ببعض القيود.

وقد أوضح المجلس الدستوري في ١٣ أكتوبر ٢٠٠٥، كما فعل ذلك في ١٩٩٠ بمناسبة تعديل لائحة مجلس الشيوخ<sup>(٢)</sup> أن مدد الإيداع المنصوص عليها في القرار التي تتناول فقط التعديلات المقدمة من نواب لا تمنع من الإيداع اللاحق لتعديلات فرعية.

وقد ترك القرار لمؤتمر الرؤساء رخصة أن يحدد أجلاً أوسع أو أكثر تحديداً لإيداع التعديلات، وبناء على ذلك فإن هذه الرخصة لا تكون محلاً لأي تقييد من حيث الزمان، وقد اضطر المجلس إلى تناول مسألة التعديل من جديد. وقد حدد في تحفظ أن مؤتمر الرؤساء يجب أن يمارس اختصاصه مع احترام حق التعديل المخول للبرلمانيين في المادة ٤٤ من الدستور.

وتكمن أهمية القرار في أن المجلس اعتبر أن الرخصة المقررة لمؤتمر الرؤساء لتحديد مدة لإيداع التعديلات يمكن أن تسمح بضمان الوضوح والإخلاص في المناقشة البرلمانية والتي بدونها لا تضمن القاعدة الواردة في المادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ والتي وفقاً لها "القانون هو التعبير عن الإرادة العامة" ولا تكفل القاعدة المقررة بالمادة ١/٣ من الدستور والتي وفقاً لها تكون "السيادة الوطنية ملكاً للشعب يمارسها بواسطة نوابه".

---

(١) Journal officiel du 20/10/2005, p. 16610.

(٢) CC.No.90-278 DC du 7/11/1990. Cons. 9, Rec. P. 79.

لقد ظهرت فكرة الإخلاص في المناقشات البرلمانية في قضاء المجلس بمناسبة قراره رقم ٥١٢ لسنة ٢٠٠٥ دستوري في ٢١/٤/٢٠٠٥ حول قانون التوجيه والبرمجة بالنسبة لمستقبل المدرسة بعد الحملة التي قامت بها المعارضة<sup>(١)</sup> وتعتبر المادة ٦ من إعلان ١٧٨٩ بالنسبة له الأساس الذي يبني عليه القضاء الجديد المتعلق بآمرية ونظامية القانون.

وقد اعتبر المجلس الدستوري أن المادة ٣٤، ١/٣٧ من الدستور لم تقصد أن تجعل النص الذي له طبيعة لائحية غير دستوري الوارد في نص القانون، ولكن أرادت من ناحية المجال المحجوز للقانون أن تعترف للسلطة اللائحية بمجال خاص ومنحت الحكومة سلطة أن تكفل حمايتها ضد الاعتداءات المحتملة من القانون وذلك بتطبيق الإجراءات الخاصة للمادة ٢/٣٧<sup>(٢)</sup>.

وبهذا القرار يتضح أن النصوص التي اعتبرت لائحية لم يحكم مع ذلك باعتبارها مخالفة لدستور. حيث ثبت مقدماً أن لها طابعاً لائحياً، وهذا يعني أنها يمكن أن تعدل أو تلغي بمرسوم دون أن تكون الحكومة قد لجأت مسبقاً إلى المجلس الدستوري حول أساس الفقرة ٢ من المادة ٣٧ من النصوص المستبعدة بالشروط العادية، إذا كان لم يصدر مرسوم من مجلس الدولة بإلغائها أو تعديلها.

وقد قرر المجلس الدستوري الطابع الدستوري لهذه الأفكار من الوضوح والإخلاص في المناقشات، وقد ركز المجلس على أهمية جودة القانون وبالتلازم أهمية جودة المناقشة التي يجب أن تسبق إقراره، وهذا النقاش يجب أن يكون دائماً واضحاً ومخلصاً<sup>(٣)</sup>.

وقد راقب المجلس في هذا القرار النص الذي كان يقرر أن هدف المدرسة هو نجاح كل التلاميذ، مع مراعاة تنوع التلاميذ، ويجب أن تعترف

---

(١) Journal officiel du 24/4/2005, p. 7173.

(٢) قرار رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨٢ في ٣٠ يونية ١٩٨٢ حول قانون الثمن والدخول، المجموعة ص ٥٧.

(٣) Ibid.

المدرسة وتحسن كل أشكال الذكاء لتسمح له بتنمية مواهبهم، ويسمح التكوين المدرسي تحت سلطة المعلمين ومع دعم الوالدين لكل تلميذ أن يقوم بالعمل والجهود الضرورية لتنمية قدراته وإعطاء قيمة لها سواء كانت ذهنية أو يدوية فنية أو رياضية، وتساهم المدرسة في إعداد تحصيله الشخصي والمهني. حيث اعتبر المجلس أن هذا النص يخالف الشرط الأمر للقانون، وقد أدانته - القانون - بناء على أن هذا القانون يوصف بأنه حشو أو متضخم.

ويتضح من هذا القرار مبدأ أساسي بالنسبة للإجراءات التشريعية يخلص في أنه يجوز أن تضع الجمعية الوطنية ومجلس الشيوخ مدداً لإيداع مجموع التعديلات مع مراعاة الشروط المحددة بواسطة القضاء، وهذا التطبيق يوجد في مجلس الشيوخ، وقد طالب الرئيس Jean Louis Debré بتعميمه أيضاً على الجمعية الوطنية<sup>(١)</sup>.

لقد عمل قرار ٢١ يناير ٢٠٠٥ على إدخال بعض المرونة حيث يتم التدقيق بشكل جيد باستلزام أن يطبق مقدماً إجراءات المادة ٤١ التي تجيز للحكومة أن تعترض أثناء الإجراءات البرلمانية على إدخال نص لائحي في القانون.

---

(١) انظر الاقتراحات بقرار ٢٧٩٢ الهادفة لتعديل المادة ٩٩ من اللائحة المتعلقة بمدد إيداع التعديلات المقدمة في ١٧ يناير ٢٠٠٦ من Jean Louis Debré رئيس الجمعية الوطنية.



## المبحث الرابع

### المجلس الدستوري يطور نطاق مبدأ عدم رجعية القوانين

#### كمطلب للإستقرار القانوني

يعتبر عدم وجود رجعية للقانون عنصراً أساسياً في استقرار النظام القانوني وفقاً للصيغة الشهيرة للمادة الثانية من القانون المدني الفرنسي والتي ترجع صياغتها إلى قانون ٥ مارس ١٨٠٣ "لا ينص القانون إلا بالنسبة للمستقبل، ولا يكون له مطلقاً أثر رجعي"<sup>(١)</sup>، وتكون عدم رجعية القانون بناء على ذلك عنصراً أساسياً في الاستقرار القانوني.

وهذا المبدأ ليس له قيمة دستورية في القانون الفرنسي إلا في المواد العقابية. طبقاً لأحكام المادة ٨ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ التي تنص على أنه "لا يعاقب شخص إلا وفقاً لقانون موضوع ومصدر قبل الجريمة"<sup>(٢)</sup>. وإذا كان المجلس الدستوري قد رفض إعطاء مبدأ عدم رجعية القوانين قيمة دستورية في غير المواد العقابية، فإنه قد طور نطاقه بثلاث طرق :

١- تقييد رجعية بعض القوانين الأخرى.

٢- حماية جوهر العقود المبرمة بشكل قانوني.

٣- تدعيم سيطرته على قوانين التصديق.

ونوضح ذلك فيما يلي :

#### أولاً: تقييد رجعية بعض القوانين الأخرى :

ففي مجال النصوص الضريبية قيد المجلس الدستوري إمكانية رجعية

القوانين في المواد الضريبية حيث قضى في قراره رقم ٤٠٤ لسنة ١٩٩٨ في ١٨

---

(١) "La loi e dispose que pour l'avenir; elle n'apoint d'effe retroactif".

(٢) "Nul Ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit".

ديسمبر ١٩٩٨ المتعلق بقانون التمويل والاستقرار الاجتماعي لسنة ١٩٩٩<sup>(١)</sup>. أن مبدأ عدم رجعية القوانين ليس له قيمة دستورية وفقاً للمادة ٨ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن إلا في المواد العقابية، ولا يتم ذلك إلا بالنظر لاعتبار المصلحة العامة الكافية وبشرط ألا يحرم من الضمانات القانونية للمطالب الدستورية أو بالرجوع إلى فكرة المصلحة العامة الكافية، يمارس بشكل واقعي رقابة التناسب بين الاعتداء على الحقوق الفردية بالرجعية والمصلحة العامة، وأنه إذا كان المشرع يجوز له أن يصدر نصوصاً ضريبية رجعية، فإنه لا يجوز له عمل ذلك إلا بالنظر لسبب من المصلحة العامة الكافي مع استثناء وتحفظ عدم التجربة والحرمان من الضمانات القانونية للشروط الدستورية.

وفي هذا القرار قرر المجلس أن اعتبار منع النتائج المالية لحكم قضائي مراقب وملغي لطريقة حساب وعاء الضريبة المقصود فإنه لا يعد سبباً من المصلحة العامة كافي التعديل الوعاء بأثر رجعي، النسبة وطرق دفع ضريبية، ورجوع المجلس الدستوري إلى فكرة المصلحة العامة الكافية فإنه يمارس رقابة التناسب بين الإعتداء الواقع على الحق الفردي والمصلحة العامة المتمسك بها.

**ثانياً: حماية جوهر العقود المبرمة بشكل قانوني واستقرار المراكز التعاقدية :**  
أنكر المجلس الدستوري منذ فترة طويلة كل قيمة دستورية للحرية التعاقدية، وأعلن المجلس الدستوري في قراره رقم ٤٠١ لسنة ١٩٩٨ في ١٠ يونية ١٩٩٨ حول قانون التوجيه والتحفيز المتعلق بتخفيض ساعات العمل المعروف بقانون Aubry الأول "لا يعتدي المشرع على جوهر الاتفاقات والعقود المبرمة بشكل قانوني اعتداء خطيراً يخالف الحرية المقررة الناتجة من المادة ٤ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩"<sup>(٢)</sup>.

---

(١) C.C. No. 98-404 DC du 18 Décembre 1998.

(٢) تنص المادة ٤ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن "تتكون الحرية من إمكان عمل، لا كل ما يضر بالغير من ذلك ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان لا يكون لها قيد إلا ما يكفل للأعضاء الآخرين في

وفي قرار رقم ٤١٦ لسنة ٩٩ في ١٩٩٩/٧/٢٦ حول الغطاء المرضي العام حدد المجلس الدستوري أنه "يجوز للمشرع أن يدخل التعديلات على العقود الجاري تنفيذها لأسباب المصلحة العامة، ولا يمس جوهر العقود المبرمة قانوناً باعتداء جسيم، إذ أن ذلك يخالف بشكل واضح الحرية الناتجة عن المادة ٤ من إعلان ١٧٨٩"<sup>(١)</sup>.

وبناء على ذلك يعتبر المجلس في قراره رقم ٤٢٣ لسنة ١٩٩٩ في ١٣ يناير ٢٠٠٠<sup>(٢)</sup>، المتعلق بالقانون الثاني لأوبري حول الـ ٣٥ ساعة لأوقات العمل حيث أبطل المجلس نصاً يمس اتفاقات أبرمت في ظل القانون الأول، ويجب ألا ينال المشرع أو يعدل من محتواها إلا لسبب المصلحة العامة الكافية.

وقد خطا القاضي الدستوري خطوة تكميلية في قراره ٤٦٥ لسنة ٢٠٠٢ في ١٣ يناير ٢٠٠٣<sup>(٣)</sup> حول القانون المتعلق بالأجور ووقت العمل وتطور الوظيفة الذي أعطى مرونة لنظام الـ ٣٥ ساعة معتبراً أن "المشرع لا يجوز أن يعتدي على الاتفاقات المبرمة بشكل قانوني ليس مبرر بالمصلحة العامة الكافية، وبذلك يخالف الشروط المقررة بالمادة ٤، ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩".

ويلاحظ أن المجلس لم يرجع فقط إلى المادة ٤ التي هي أساس الحرية التعاقدية ولكن رجع إلى المادة ١٦ وهي أساس مبدأ الاستقرار القانوني<sup>(٤)</sup>. وهذا يدل على أن هذا القضاء يدخل في إطار الواقع الجاري المستلهم من مبدأ الاستقرار القانوني<sup>(٥)</sup>.

---

المجتمع الانتفاع بهذه الحقوق، وهذه الحدود لا يتم تحديدها إلا بالقانون".

(١) C.C. No. 99-416 DC du 26 Juillet 1999.

(٢) C.C. No. 99-423 DC du 13 Janvier 2000.

(٣) C.C. No. 2002-465 DC du 13 Janvier 2003.

(٤) تنص المادة ١٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن على أن "كل مجتمع يخلو من ضمان الحقوق ومن فصل للسلطات ليس له دستور".

(٥) Olivier dutheillet de lamothe تأييد قاله في الحلقة الدراسية الفرنسية البرازيلية حول الاستقرار القانوني بمحكمة النقض في ١٩/٩/٢٠٠٥.

### ثالثاً: تدعيم الرقابة على قوانين التصديق :

تعتدي القوانين التي تتناول إجازة بأثر رجعي لقرار إداري مبطل بواسطة القاضي اعتداء مباشر على مبدأ الإستقرار القانوني.

وقد لطف المجلس الدستوري من قضائه تحت تأثير المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان، وفي حكم Zielinski في ٢٨ أكتوبر ١٩٩٩ قضت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان نص تصديق وإجازة تشريعية مخالف للمادة ١/٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان، وقد أقر المجلس الدستوري من قبل بدستوريتها<sup>(١)</sup>.

وقرر المجلس أن السلطة التشريعية إذا كانت لم تمنع بأن ينظم في المواد المدنية بنصوص جديدة ذات أثر رجعي للحقوق الناشئة عن القوانين السارية مبدأ دوام الحق وفكرة القضية العادلة المقررة بالمادة ٦ تعارض تدخل المشرع في إدارة العدالة بهدف التأثير في التناول والسير القضائي للنزاع، ما لم يكن هناك أسباب من المصلحة العامة.

وفي قراره رقم ٤٢٢ لسنة ١٩٩٩ في ١٢/٢١/١٩٩٩ وجه المجلس الدستوري قضائه في اتجاه قضاء محكمة حقوق الإنسان الأوروبية مقدراً أن المشرع يجوز له بهدف المصلحة العامة الكافية أن يوضح التفاوت بين المصلحة الأساسية والكافية، أن يجيز قراراً إدارياً معروض على القاضي الإداري، وذلك لمنع الصعوبات التي يمكن أن تنشأ من إلغائه، وبشرط تحديد مجال هذه الإجازة بشكل ضيق.

وبالنظر إلى آثارها على رقابة القضاء المختص، وأن هذه الإجازة لا يكون لها من أثر، وإلا فإنه يخالف مبدأ الفصل بين السلطات والحق في الطعن القضائي الفعال الناتج عن المادة ١٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن وحظر أي رقابة قضائية على الحكم الدستوري، وقد استند بصفة استثنائية على

---

(١) C.C. No. 93-322 DC du 13 Janvier 1994.

مبدأ الفصل بين السلطات لممارسة رقابة تناسب مثل المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان بين المصلحة العامة المثارة والاعتداء الواقع على حق التقاضي في الطعن<sup>(١)</sup>.

وبعد عدة أيام استوجب على المجلس الدستوري تطبيق هذه الرقابة الخاصة بالتناسب على نصين من التناسب في المواد الضريبية<sup>(٢)</sup>. وبالنسبة للإجازة للآراء الضريبية لتطبيق الاسترداد باعتبارها يمكن أن يطعن فيها بالدفع بعدم الاختصاص المحلي للموظف الذي وضعها، يرى المجلس أن المصلحة العامة التي ترتبط بهذه الإجازة تعلو على التشكيك في حقوق الممول الذي ينشأ من عدم السلامة الشكلية البحتة، كما أن الإجازة لها غاية نحو هذا العيب<sup>(٣)</sup>.

وبالنسبة لإجازة الآراء الضريبية حول الاسترداد الموضوعة على أثر إعلان التقييم والتقويم باعتبار أنها سيطعن بالدفع بأنها تستند فقط إلى إعلان التقييم أوضح المجلس أن هذا العيب الشكلي لا يمس حقوق الدفاع الخاصة بالممولين المعنيين وأنها تعادل تطبيق شائع مطابق لقضاء مجلس الدولة إلى أن يتم عدول حديث، وأنه في ظل هذه الظروف فإن الإجازة تكون مبررة سواء بالنسبة للمبلغ المرتفع الذي يمكن أن يطالب به الممولون المعنيون، وبالاضطراب الذي يحدث في استمرار المرافق العامة الضريبية والقضائية نتيجة تعدد المطالبات وبناء على كتاب الإجراءات الضريبية يجوز طلبها خلال العديد من السنوات.

وكما أوضح أحد المعلقين على قرار المجلس الدستوري أنه بالاستناد إلى عناصر مثل عدم وجود اعتداء على حقوق الممولين في الدفاع، فإن احتمال إثراء الممولين بدون سبب أو وجود تطبيق مطابق للقضاء، فإن المجلس

---

(١) C.C. No. 99-422 DC du 21 décembre 1999.

(٢) C.C. No. 99-425 DC du 9 décembre 1999.

(٣) Olivier Dutheil de la mothe la sécurité juridique le point de vue du juge constitutionnel P. 5.

الدستوري قد راعى اعتبارات مختلفة مرتبطة بمبدأ الثقة المشروعة والممولين  
المضرورين من الإجازة الذين ليس لهم مصلحة في الدفاع عن حقوقهم، هذا  
الاحتمال ليس مبنياً ولا مرتبطاً بأمل مشروع<sup>(١)</sup>.

أخيراً.. في قراره رقم ٥٣١ لسنة ٢٠٠٥ في ٢٥ ديسمبر ٢٠٠٥ المتعلق بقانون  
المالية الرجعي لسنة ٢٠٠٥<sup>(٢)</sup> ألغى المجلس الإجازة التشريعية الواردة في المادة ١١١  
على أساس أن هذه المادة موضوعها الرئيسي بالشرط الذي تضعه أن تجرد  
حكم محكمة العدل الأوروبية بالنسبة للفترة السابقة على أول يناير ٢٠٠١،  
وقد اعتبر أن هناك اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات وراقب لهذا السبب  
أسباب المصلحة العامة التي يحققها هذا النص.

---

(١) Bertrand Mathieu : "Les validations legislatives devant le juge de strasbourg  
: une réaction rapide du conseil constitutionnel. Apropos des decisions de la  
cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du conseil  
constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC" RFDA, Mars – Avril 2000. , p.289.

(٢) C.C. No. 2005-531 DC du 29 décembre 2005.

## المبحث الخامس

### المجلس الدستوري يستعمل مطلب الاستقرار القانوني

#### لحفظ جودة التشريع

أصبحت ظاهرة التضخم التشريعي وتدهور جودة القانون ظواهر معروفة على النطاق القانوني ومدان من المهتمين في هذا المجال، وهذا التدهور في جودة القانون له أشكاله المختلفة منها العيوب التشريعية، وغياب الوضوح والفهم، والنصوص غير المنظمة... إلخ.

وقد استعمل المجلس الدستوري الفرنسي لوقف هذا التدهور مبدأ الاستقرار القانوني لتحقيق هدفين :

١- وضوح القانون.

٢- آمريّة القانون.

#### أولاً: وضوح القانون :

أن وضوح القانون هو العنصر الأساسي للاستقرار القانوني، ولقد طور المجلس الدستوري قضائه في وقتين. يرى المجلس الدستوري منذ فترة طويلة أن شرط الوضوح يستنتج من المادة ٣٤ من الدستور، وأن النص التشريعي غير المفهوم، ومن ثم غير مطبق يكون مشوباً بعيب عدم الاختصاص السلبي، وبناء على ذلك قضى المجلس الدستوري أن النص الضريبي الذي يقبل تفسيرين والذي لا تسمح الأعمال التحضيرية بالفصل بينهما والحسم فيها والذي لم يحدد القواعد المتعلقة بوعاء الضريبة وكان من ثم مشوباً بعدم الاختصاص السلبي<sup>(١)</sup>.

كما أوضح أن النص في مواد البناء والعمران التجاري والذي يدخل على حرية التعاقد قيوداً لم يعلن عنها بشكل واضح ومحدد يكون مخالفاً

---

(١) C.C. No. 85-191 DC du 10 Juillet 1985.

للمادة ٣٤ من الدستور<sup>(١)</sup>.

وقد استخلص المجلس الدستوري هدف له قيمة دستورية هو الإطلاع والوصول والعلم بالقانون وفهمه. كان ذلك بمناسبة قانون يسمح للحكومة أن تقوم بأعمال التقنين بالقرار الوزاري<sup>(٢)</sup>، وقد استخلص المجلس الدستوري هذا الهدف ذو القيمة الدستورية من المواد ٤، ٥، ٦، ١٦ من إعلان ١٧٨٩. وأن ضمان الحقوق المقررة بالمادة ١٦ قد لا يكون فعالاً إذا كان المواطنون ليس لهم علم كاف بالنظم المطبقة عليهم، وقدر أن هذا العلم ضروري لممارسة الحقوق والحريات المضمونة سواء بالمادة ٤ من الإعلان والتي وفقاً لها فإن هذه الممارسة لا يرد عليها قيود غير تلك المحددة بالقانون، وأنه وفقاً للمادة ٥ منه "كل ما ليس محظور بالقانون يكون مباحاً، ولا يجوز إجبار فرد على عمل ما لا يأمر به القانون"<sup>(٣)</sup>.

ولم يحكم المجلس الدستوري حتى الآن إلا برقابة النص التشريعي المخالف لهدف الفهم والعلم بالقانون، وفي قراره رقم ٤٧٥ لسنة ٢٠٠٣ وحول نص متعلق بصيغة بطاقات الاقتراع راقب المجلس النص وحكم بتعييبها لأنها تخالف هذا الهدف ذو القيمة الدستورية، وهذا شك حول النطاق الأمر للجزء من النص، وهذا تقييد أقل وضوحاً في فقراتها، لغته غير محددة وإدراج نص يهدف إلى اختيار شيوخ في القانون الانتخابي المطبق على انتخابهم<sup>(٤)</sup>.

كما رقاب المجلس الدستوري منذ هذا التدخل لهذا السبب المادة ٧٨ من قانون المالية لسنة ٢٠٠٦ المتعلق بسقف بعض المزايا الضريبية على أساس الضريبة على الدخل وقدر في حيثياته أن القانون عندما يكون معقداً في المواد الضريبية بحيث يبح غير مفهوم بالنسبة للمواطن، فإنه يخالف المادة ١٤ من

---

(١) C.C. No. 2000-435 DC du 7 Décembre 1999.

(٢) C.C. No. 99-421 DC du 16 Décembre 1999.

(٣) "Tout ce qui n'est pas défendu par la loi e peut être empêché nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas".

(٤) C.C. No. 2003-475 DC du 24 Juillet 2003.



إعلان ١٧٨٩ والتي وفقاً لها "يكون لكل المواطنين الحق في التأكد بأنفسهم أو بواسطة وكلائهم على ضرورة المشاركة العامة وأن يرضوا ذلك بحرية وأن يتابعوا الحصة، الوعاء، الاسترداد والمدة" ومن حيث القضية اعتبر أن تعقد المادة ٧٨ من قانون المالية لسنة ٢٠٠٦ كان زائداً بالنظر إلى المخاطبين بها وغايتها، وهي غير مبررة بالمصلحة العامة<sup>(١)</sup>.

وتوليف هذا القضاء يظهر في حيثية المبدأ المتكرر في كل أحكام المجلس الدستوري "يقع على المشرع أن يمارس كلياً الاختصاص المقرر له في الدستور وبصفة خاصة المادة ٣٤، وفي هذا الصدد فإن مبدأ الوضوح في القانون والذي يصدر عن ذات مادة الدستور والهدف ذو القيمة الدستورية بقابلية القانون للفهم والعلم، وينتج عن المادة ٤، ٥، ٦، ١٦ من إعلان ١٧٨٩ والأمر الذي يفرض إقرار نصوص محددة بشكل كافٍ وبصيغ غير غامضة وذلك لتزويد أشخاص القانون المخاطبين به وتقويتهم ضد أي تفسير مخالف للدستور أو ضد احتمال التحكم دون أن يحيل إلى السلطات الإدارية أو القضائية مهمة تحديد القواعد والذي لم يعهد الدستور بها إلا في القانون<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً : أممية القانون :

منذ فترة طويلة قدر المجلس الدستوري أن النصوص المجردة من الأثر الأمر خاصة التقارير المرتبطة أو الملحقة بالقوانين ليست مع ذلك مخالفة للدستور، ومن ثم فإن الطعون الموجهة ضدها كانت غير فعالة، ولكن هذه النصوص ليست مخالفة للدستور.

ويلحق هذا النص بالنص الذي حدده المجلس الدستوري بمناسبة التقرير الملحق بقانون توجيه التعليم في ١٠ يوليو ١٩٨٩ في اجتماع ٥ مارس ١٩٩٩ والكونفدرالية الوطنية للجماعات المستقلة للتعليم العام، وبمناسبة التقرير الممثل لتوجيهات سياسة الصحة والاستقرار الاجتماعي الملحق بقانون المالية

---

(١) C.C. No. 2005-530 DC du 9 Décembre 2005.

(٢) C.C. No. 2004-500 DC du 29 Juillet 2004, cons. 13.

والضمان الاجتماعي، طبق المجلس الدستوري هذا القضاء بمناسبة التقارير المرتبطة بقانون التوجيه والبرمجة حول الاستقرار الداخلي<sup>(١)</sup>.

وقد تم هجر هذا القضاء بقرار المجلس رقم ٥٠٠ لسنة ٢٠٠٤ في ٢٩ يوليو ٢٠٠٤ حول القانون الأساس المتعلق بالاستقلال المالي، وحكم المجلس بناء على ذلك أنه وفقاً للمادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ "يكون القانون تعبير عن الإرادة العامة الناتج من هذه المادة مثل مجموع القواعد الأخرى ذات القيمة الدستورية المتعلقة بهدف القانون باستثناء النصوص الخاصة المنصوص عليها في الدستور، إن القانون له اتجاه الإعلان عن قواعد ويجب بناء على ذلك أن يكون له نطاق أمر"<sup>(٢)</sup>.

ينتج من ذلك أن النصوص المجردة من القيمة الآمرة تكون غير دستورية، إلا إذا كانت تدخل في الطائفة الخاصة لقوانين البرنامج ذو الطابع الاقتصادي والاجتماعي المحددة بالمادة ٣٤ من الدستور، ويشمل ذلك احترام الشروط الموضوعية والإجرائية الخاصة بالقوانين، وقد قاد ذلك المجلس الدستوري إلى رقابة النصوص غير الدستورية والتقرير الملحق بقانون التوجيه والبرنامج بالنسبة لمستقبل المدرسة<sup>(٣)</sup>.

---

(١) C.C. No. 2002-460 DC du 22 août 2002.

C.C. No. 2002-461 DC du 22 août 2002.

(٢) "La loi est l'expression de la volonté générale"; qu'il résulte de cet article comme de l'ensemble des autres norms de valeur constitutionnelle relative à l'objet de la loi que, sous réserve de dispositions particulières prévues par la constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit, par suite, être revêtue d'une portée normative".

(٣) C.C. No. 2005-512 DC du 21 Avril 2005.

## الفصل الثاني

### ظهور مبدأ الاستقرار القانوني

قامت بعض الجهود التي بذلها القضاء للمحافظة على الاستقرار القانوني وعدم المساس بالمراكز التي اكتسبها الأفراد في ظل القانون وعدم زعزعتها، إلا أن هذه الجهود القضائية لم تقرر صراحة مبدأ الاستقرار القانوني بل كان الهدف النبيل من هذه المحاولات هو عدم المساس أو الإضرار بمن اكتسب حقاً في ظل القانون.

ولكن بعد اندماج فرنسا في المجتمع الأوروبي ودخولها الاتحاد الأوروبي وإبرام المعاهدات والإتفاقات الدولية واحتلال القانون الدولي منزلة أعلى من القوانين الداخلية ومع كثرة هذه الاتفاقات والالتزامات الدولية. وجدت فرنسا أن بعض الدول الأوروبية تقرر هذا المبدأ تشريعياً، وبعضها تأخذ به أحكام القضاء فيها صراحة. من ثم انتقل هذا المبدأ إلى فرنسا وتم تقريره بأحكام قضائية وسوف نعرض في هذا الفصل للموضوعات الآتية في المباحث التالية :

**المبحث الأول : ظهور المبدأ في القانون الفرنسي.**

**المبحث الثاني : مبدأ الاستقرار القانوني أمام محكمة العدل الأوروبية.**

**المبحث الثالث : مبدأ الاستقرار القانوني أمام الأوروبية لحقوق الإنسان.**

**المبحث الرابع : مبدأ الاستقرار القانوني أمام القاضي الدستوري.**

## المبحث الأول

### ظهور المبدأ في القانون الفرنسي

لم يتم الاعتراف بمبدأ الشرعية والاستقرار القانوني إلا حديثاً في القانون الوضعي الفرنسي، ومن ثم يثير هذا الاعتراف مسألة الجمع الممكن بين المبدأين، وقبل تقرير مبدأ الاستقرار القانوني بحكم الدوائر المجتمعة في مجلس الدولة ٢٠٠٦<sup>(١)</sup> كان يتم المواجهة تقليدياً بينه وبين مبدأ الشرعية حيث طرح الكتاب قبل صدور هذا الحكم بعض التساؤلات حول كيفية ضمان استقرار المراكز القانونية الفردية دون حرمان السلطة الإدارية من كل الوسائل في العمل ودون تنازل عن احترام مبدأ الشرعية، تلك كانت معضلة صعبة أمام القاضي الإداري<sup>(٢)</sup>.

ومن البداية يجب ملاحظة أن الروابط بين هذين المبدأين تعد روابط تكامل وليس تعارض، ومن ثم يقع على القاضي الإداري بصفة خاصة أن يقوم بتوازن وترجيح بين هذين المبدأين، وبالتالي فإن الإشكالية بين المبدأين — الشرعية والاستقرار القانوني — يجب ألا تظهر في شكل علاقة تعارض بين المبدأين.

---

(١) انظر هذا الحكم في مجموعة Lebon ص ١٥٤ ومجلة AJDA عدد ٢٠٠٦ ص ١٠٢٨ ومجلة RFDA عدد ٢٠٠٦ ص ٤٦٣.

(٢) انظر على سبيل المثال S. Boissard منشور في مجلة كراسات دستورية سنة ٢٠٠١ عدد ١١ ص وما بعدها، ومقال D. labetoulle مبدأ الشرعية ومبدأ الاستقرار القانوني في دولة القانون مؤلف مشترك على شرف والوز ١٩٩٦ ص ٤٠٣ وما بعدها.

## المطلب الأول

### التقرير القضائي لمبدأ الشرعية

#### التقرير القضائي لمبدأ الشرعية :

من خلال تصفح الدستور الفرنسي لا نجد نصاً في دستور ١٩٥٨ يذكر أو يقرر مبدأ الشرعية ولا يعلن أي نص في القانون الوضعي الفرنسي أو يقرر وجود مبدأ عام للشرعية ولم يظهر ولم يرد مطلقاً نص يعتبره كذلك وذلك بعكس الحال في بعض الدول الأوروبية الأخرى نذكر منها على سبيل المثال نص المادة ٣/٩ من الدستور الأسباني التي تقرر أن "الدستور يكفل مبدأ الشرعية وتدرج النظم، نشرها وعدم رجعية النصوص الجنائية التي لا تيسر أو لا تقيّد الحقوق الفردية، الاستقرار القانوني ومسئولية السلطات العامة ويحمي ضد أي عمل تحكيمي منها"<sup>(١)</sup>.

كما أنه لا يوجد أي نص تشريعي أو لائحي يقرره ولكن نجد فقط وصف الشرعية "Légalité" أو الشرعي "Légal" في نصوص كثيرة ذات طبيعة مختلفة فمن بين مكونات المجموعة الدستورية<sup>(٢)</sup> إعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في ٢٦ أغسطس ١٧٨٩ نجد نص يشير صراحة إلى الشرعية ورد ذلك في المادة الثامنة من الإعلان والتي تنص عل أن "يجب أن لا يقيم القانون إلا العقوبات الضرورية حصراً وبداهة، ولا يمكن معاقبة أي إنسان إلا وفقاً لأحكام القانون القائم والصادر في وقت سابق لوقوع الجريمة والمطبق بصورة شرعية".

---

(١) جرى نص هذه المادة في اللغة الفرنسية على النحو التالي:

"La constitution garantit le principe de légalité, la hiérarchie des normes, leur publicité, la non-rétroades dispositions punitives qui ne favorisent pas ou qui restreignent des droits individuels, la sécurité juridique et la responsabilité des pouvoirs. Publics et protégé contre toute action arbitraire de ceux-ci".

(٢) حول المجموعة الدستورية ومكوناتها في فرنسا انظر بحثنا فكرة تدرج القواعد الدستورية ٢٠٠٧ ص ٤١-٢١ .

وعلى المستوى التشريعي نذكر على سبيل المثال قانون ٢ مارس ١٩٨٢ المتعلق بالحقوق والحريات في المقاطعات، المديرية والأقاليم والذي تنص المادة ٢/٣ منه على أن "ممثلي الدولة في المديرية يحيلون إلى المحكمة الإدارية المداولات، القرارات والعقود والاتفاقات التي يعتبرون أنها مخالفة للشرعية"<sup>(١)</sup>. ومما تجدر الإشارة إليه أن القرار الوزاري الصادر في ٩ أكتوبر ١٩٤٤ يعيد تقرير الشرعية الجمهورية في الإقليم الوطني<sup>(٢)</sup>.

إن التقرير الصريح لمبدأ الشرعية أصله ومصدره قضائي وليس تشريعي ولقد ظهر المبدأ للمرة الأولى عام ١٩٨٢ في قرار المجلس الدستوري الفرنسي رقم ١٣٧ لسنة ١٩٨٢ عند الحديث عن القانون المتعلق بالحقوق وحريات البلديات والمديريات والأقاليم عندما فرض على قضاة المجلس تقدير دستورية النصوص المقيدة لسلطات رقابة مفوض الحكومة في المديريات والأقاليم في أن يحيل إلى المحكمة الإدارية المداولات، والأعمال المعتبرة غير شرعية للسلطات المحلية خلال مدة انتظار ودون أن يكون لهذا الطعن أثر واقف، وبالنسبة للطاعنين فإن هذه النصوص مخالفة للمادة ٣/٧٢ و٣ من الدستور في الحد الذي لا يستطيع فيه مندوب الحكومة ممارسة الرقابة الإدارية يضمن احترام القانون وحفظ حرية المواطنين.

وقد أعلن المجلس في إحدى حيثياته أن مبدأ الشرعية يتطلب احترام صلاحيات المشرع واحترام القواعد العليا في القانون والتي بواسطتها أعلن الدستور الذي أقره الشعب الفرنسي عدم قابلية الجمهورية للتجزئة، وسلامة الإقليم وحدد تنظيم السلطات العامة<sup>(٣)</sup>، وبهذه الحيثية الأساسية التي

---

(١) جرى نص هذه المادة على النحو التالي:

"Le représentant de l'Etat dans le département défère au tribunal administrative les deliberations, arêtes, actes et conventions qu'il estime contraires ç la légalité".

(٢) Jo, 10 août 1944, p. 688, Laurent Tesoka : op. cit., p. 3.

(٣) C.C. 25 Février 1982, No. 82-137 REc. P. 38.

جاءت حيثيات المجلس على النحو التالي :

ذكرها المجلس كرت القضاة الدستوريون بطريقة علنية ونهائية خضوع  
المشرع في كل الظروف لاحترام القواعد العليا الدستورية باسم مبدأ الشرعية.  
وعلى الرغم من ذلك انتقدت صيغة مبدأ الشرعية التي قررها المجلس  
من قبل بعض الفقه الفرنسي<sup>(١)</sup> وفضل أن يطلق عليها مبدأ الدستورية إلا أن  
جانباً آخر<sup>(٢)</sup>. يعارض هذا النقد ولا يؤيده لأسباب :  
أولها : أن الإعلان الصريح بخضوع المشرع للقواعد الدستورية هو تأكيد للحل  
الذي أعلنه القضاة الدستوريين في القرار الذي صدر عن المجلس في شأن قضية  
التأميم والذي ورد فيه "إذا كانت المادة ٣٤ من الدستور تضع تأميم  
المشروعات في القطاع العام في مجال القانون ونقلها من القطاع الخاص، وهذا  
المبدأ مثل المبادئ الرئيسية لنظام الملكية لا تعفي المشرع في ممارسة سلطته من  
احترام المبادئ والقواعد ذات القيمة الدستورية التي تلزم كل أجهزة  
الدولة"<sup>(٣)</sup>.

وأنه يمكن تفسير قرار ١٩٨٢/٢/٢٥ السالف الذكر على أنه إرادة القاضي  
الدستوري من ناحية والتعميم من خلال صيغة علنية لمبدأ خضوع المشرع  
للقواعد الدستورية ومن ناحية أخرى إعلان أساسه القانوني مبدأ الشرعية.  
ثانياً: أن المجلس الدستوري لم يقر صراحة مبدأ الدستورية، وقد أعاد الأخذ  
وتأكيد الرجوع إلى مبدأ الشرعية في قراراته<sup>(٤)</sup>، وأنه يمكن القول كما ذهب

=

"Le principe de légalité exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit par lesquelles la constitution adoptée par le peuple français a proclamé l'indivisibilité de la république, affirmé l'intégrité du territoire et fixé l'organisation des pouvoirs publics".

(١) Favoreu et Philip: les grandes décisions du conseil constitutionnel, dalloz, 2003, p. 478.

(٢) Laurent Tesoka : op. cit., p. 4.

(٣) C.C. 16 Janvier 1982, No. 81-132 DC loi de nationalization, Rec. p. 18.

(٤) C.C. 29 Décembre 1989, No. 89-268 DC loi de finances pour 1990, Rec. p. 110.

إلى ذلك البعض<sup>(١)</sup>، أن استعمال القاضي الدستوري الرجوع إلى مبدأ الشرعية هو أمر مقصود إذ أن القاضي يعبر بذلك باستعمال تعبير مبدأ الشرعية للوحدة العميقة لمجموع العلاقات بين القواعد العليا والدنيا.

ومما يؤكد ما سبق أن المجلس الدستوري الفرنسي قد أعاد الإشارة الصريحة إلى مبدأ الشرعية في قراره الصادر في ٢٩ ديسمبر ١٩٨٩ المتعلق بقانون المالية ١٩٩٠، وقد طلب من المجلس الدستوري تقدير مطابقة المادة ١٠٢ للدستور والتي تضع إجراءات تسمح للإدارة الضريبية بأن يأذن لها بواسطة القاضي بتصحيح خطأ غير جوهري وقع منها في تطبيق بعض الإجراءات التي لم تمس الطرف المعني.

وقد ذهب القضاة إلى أنه خلافاً لما يرى النواب واضعي النص لا يوجد أي حكم في المادة ١٠٢ يسمح ولا يأذن بأن يكون هناك اعتداء على مبدأ حجية الشئ المقضي به، مبدأ المساواة، ومبدأ الشرعية شرعية الجرائم والعقوبات أو على استقلال القاضي الجنائي.

وهذا النص هام من ناحية أن القاضي الدستوري يفضل مبدأ المساواة عن مبدأ الشرعية شرعية الجرائم والعقوبات ويدعم التفسير هنا المقترح لقرار المجلس الدستوري في ١٩٨٢/٢/٢٥ سالف الذكر.

مع هذا فإن هذا الحكم يحيل أيضاً وبالضرورة إلى المبدأ العام بالمساواة لأنه إذا كانت أسس مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات قابل للتحديد في المادة ٧ و٨ من إعلان ١٧٨٩ فإن ذلك يكون صعباً أن نحدد المبدأ العام للمساواة المعني<sup>(٢)</sup>. أياً ما كان الأمر فإنه في الوضع الحالي للقضاء الدستوري يكون المبدأ العام للشرعية مبدأ للقانون الوضعي الفرنسي وهذا ما تؤكد دراسة القضاء الفرنسي.

---

(١) G. Timsit : Gouverner ou juger ? Blasons de la légalité, PUF, 1995, p. 64.

(٢) Laurent Tesoka : op. cit., p. 4.



## المطلب الثاني

### التقرير القضائي لمبدأ الاستقرار القانوني

ذكرنا آنفاً أن مبدأ الاستقرار القانوني من المبادئ المعترف بها حديثاً في فرنسا بل إن بعض الفرنسيين<sup>(١)</sup> يقرر أنه لم تعرف مبادئ هامة في القانون الفرنسي مصيراً متميزاً مثل مبدئي الشرعية والاستقرار القانوني حيث أنها ليست فقط محل مناقشة فقهية ترد حول قيمتها، ولكن أيضاً أنها لم تكن محل اعتراف بواسطة القانون الوضعي الفرنسي إلا حديثاً.

ورغم عدم النص الصريح على مبدأ الشرعية في النظام الفرنسي إلا أنه يعد مبدأ مقدساً للقانون العام أو جزء أساسي في العمار القانونية والسياسية في دولة تدعي الليبرالية مثل فرنسا، كما أن حقيقته الوضعية مسلمة في النظام القانوني الفرنسي ومع ذلك فإن الاعتراف بالمبدأ العام للشرعية في القانون الوضعي الفرنسي تبقى خجولة وحديثة.

أما فيما يتعلق بمبدأ الاستقرار القانوني فقد تم تقريره حديثاً بحكم مجلس الدولة الصادر كما ذكرنا في ٢٨/٣/٢٠٠٦ المعروف بحكم Société KPMG.

في البداية أصدر مجلس الدولة العديد من القواعد بالرغم من عدم اعترافه الصريح بالمبدأ لقد كان الاستقرار القانوني وراء الشروط العديدة الصريحة التي عبر عنها مجلس الدولة في إطار الصلاحيات الاستشارية والقضائية:

١- في إطار الصلاحيات الاستشارية : يطبق المجلس قواعد مستلهمة مباشرة من شرط الاستقرار القانوني عند فحص مشروعات القوانين، والقرارات الوزارية والمرسوم المعروض عليه، أو في الآراء التي يضعها بناء على طلب

---

(١) Laurent Tesoka : Principe de légalité et principe de sécurité Juridique en droit administrative français AJDA, 2006, p. 2214.

الحكومة. ويتحقق ذلك في احترام تدرج القواعد والنظم في وضوح النصوص التشريعية واللائحية وبساطة النصوص والإجراءات وتماسك المجموع النظامي والقواعدي وترتيبات النظم الانتقالية والمنع إلا إذا كانت هناك حالة خاصة وتبرير مستمد من أسباب عليا للمصلحة العامة والتصديق التشريعي.

ولقد ساهم كثيراً في عملية التقنين المقرر منذ ١٩٨٩ لجعل الحق ممكن الوصول إليه وإنجاح فكرة أننا نتجاوز ما يمكن اعتبار التقنين ذو القانون الثابت فكرة تم تجاوزها ولكن يجب عدم رفض ذلك دون وضع كل الضمانات الضرورية لحفظ امتيازات البرلمان ومصالح المواطن<sup>(١)</sup>.

٢- في إطار الصلاحيات القضائية: في المراحل الأولى يمكن استلهاً كثير من القواعد التي وضعها القضاء الإداري بشأن الاستقرار القانوني من ذلك:

أ - حظر سحب السلطة الإدارية في خارج مدة معينة القرارات المنشئة للحقوق حتى لو كانت غير مشروعة وهذا ما تم تقريره بحكم Damecachet في ١٩٢٣/١١/٣<sup>(٢)</sup>.

ب- وفي المبدأ العام لعدم رجعية القرارات الإدارية التي قررها حكم الدوائر المجتمعة في ١٩٤٨/٦/٢٢<sup>(٣)</sup>.

ج- نظرية الموظفين الفعليين الذي تتم إجازة أعمالهم لو ألغى تعيينهم<sup>(٤)</sup>. وهذه القواعد ترتبط باعتبارات تتعلق بالاستقرار القانوني وتهدف إلى مراعاة مواقف يجوز للإدارة أن تعتقد فيها بشكل مشروع في سلوك محدد. يصدق ذلك على القاعدة التي وفقاً لها أن إلغاء قرار لائحي يكون بدون

---

(١) انظر جان ميشيل بلوجي : الاستقرار القانوني وجهة نظر القاضي الإداري الفرنسي. مؤتمر بمحكمة النقض في الحلقة الدراسية الفرنسية البرازيلية حول الاستقرار القانوني ١٩-٢١ سبتمبر ٢٠٠٥.

(٢) CE 3 Novembre 1922, Damecachet. Rec. p. 790.

(٣) CE, Ass. 25 Juin 1948, Société du journal l'Aurore Rec., p. 289.

(٤) CE, Ass. 2 Novembre 1923, Association de l'administration central des postes et télégraphes. Rec. P. 699.

أثر على القرارات الفردية المنشئة للحق الصادرة على أساس هذا القرار وأصبحت نهائية، طالما لم يطعن فيها أمام القضاء<sup>(١)</sup>.

كما يتضح مطلب الاستقرار القانوني الذي يمكن استلزامه من الإمكانية التي يحتفظ بها قاضي تجاوز السلطة بعدم الحكم بالإلغاء في الحالة التي كان يمكن للإدارة أن تصدر ذات القرار بناء على الأسباب التي لم تتم رقابتها<sup>(٢)</sup>.

كما تدل بعض التطبيقات في قضاء الاختصاص الشامل أن إرادة تعويضات تعويضي الاعتداءات الواقعة على المراكز الفردية بالسلوكيات الخاطئة عن الإدارة، والمعلومات غير الصحيحة المقدمة أو الوعود غير المحترمة التي يمكن أن عقد مسئولية فاعلها.

ولا يقبل القضاء بصفة استثنائية الضرر اللاحق بفرد نتيجة تعديل التشريع أو اللائحة المطبقة، وفي الواقع ليس لفرد الحق في التمسك باللائحة المطبقة عليه، ويتضح من ذلك أن الضرر يجب أن يكون جسيماً وخاصاً كما أن التعويض يجب عدم استبعاده بالنص وهذا ما ذهب إليه القضاء منذ حكم ١٤ يناير ١٩٣٨<sup>(٣)</sup>.

وهذا الإعتداد بمبدأ الإستقرار القانوني من قبل مجلس الدولة لا يصل إلى حد تقريره الصريح، ولا يضع القاضي الإدارة شرط الاستقرار القانوني، ومبدأ الثقة المشروعة في مستوى المبادئ العامة للقانون، ولم يعترف إلا بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالقسم القضائي إلا في ٢٥/٧/٢٠٠١<sup>(٤)</sup> الذي اعتبر

---

(١) CE 3/12/1954, Caussidery. Rec., p. 60.

CE sect. 114/1960. sieur quériaud, Rec. p. 245.

(٢) CE Ass 12/1/1968, ministre de l'économie et des finances/dame parrot, aux conclusions du president kahn. Rec. P. 39, AJDA. 1968, p. 179.

(٣) CE Ass. 14/11/1938, SA des produits laitiers la fleurette rec. P. 25.

Grands arrest de la jurisprudence administrative Dalloz, 15 édition, 2005, No. 52, p. 319.

(٤) CE. Ass 25/7/2001. FNSEA, Rec. p. 340.

فيه مجلس الدولة أن الدفاع المستند إلى مخالفة مبدأ الثقة المشروعة ضد مرسوم معدل لنظام الدعم المباشر للزراعيين الفرنسيين، وقد انتهى المجلس لرفضه الدفع على أساس أن الحكومة قد استشارت قبل إصدار المرسوم جهازاً استشارياً يضم ممثلين للمزارعين.

وفي مناسبات عديدة قد تأكد هذا المنظر، كما أن التمسك بمبدأ الاستقرار القانوني في بعض الحالات كان غير فعال وتخلّى عنه القاضي الإداري<sup>(١)</sup>. إلا أنه سرعان ما حكم بنقض حكم المحكمة الإدارية الذي فصل في الموضوع بناء على سبب مستمد من مبدأ الثقة المشروعة في حكم صدر عن المجلس في ٩ مايو ٢٠٠١<sup>(٢)</sup>.

وقد يخفف من هذا القضاء تقرير المجلس الدستوري لمبدأ ضمانات الحقوق الناتج من نصوص إعلان ١٧٨٩ القريب من الاستقرار القانوني، ويقود التعقيد الزائد إلى إلغاء بعض الفروض.

أخيراً.. إن تدخل القاضي الإداري لا يدعم دائماً آثار الاستقرار القانوني واستقرار المواقف بسبب أسبقية مبدأ الشرعية، وتضح من ذلك أن الإلغاء القضائي يكون من حيث المبدأ أثر رجعي. ومن المفيد أن نعرض لبعض الجهود القضائية السابقة للمحافظة على مبدأ الاستقرار القانوني.

---

(١) V. Par exemple CE. 30/12/1996 Mme Brockly, Rec. p. 526.

وحكم المجلس في ١٩٩٧/٧/٩ قضية المكتب العام الجماعي للإسكان متوسط الإيجار في Saint-priest الاتحاد الوطني لفيدراليات أجهزة HLM المجموعة ص ٢٩٢.

(٢) CE 9L5L2001, Entreprise personnelle transports freymuth, rec. p. 865.

## المطلب الثالث

### بعض الجهود القضائية للمحافظة على مبدأ الاستقرار القانوني

قام القضاء الإداري ببذل الجهود للمحافظة على الاستقرار القانوني للمراكز التي اكتسبها الأفراد منذ بدايات القرن الماضي وظلت هذه الجهود مستمرة وتتزايد فترة بعض أخرى ومن تقدم لتقدم حتى وصل إلى بدايات القرن الحالي الواحد والعشرون مقررراً صراحة مبدأ الإستقرار القانوني ومدعماً جهوده القديمة بإسهامات جديدة الغرض منها المحافظة على المراكز المستقرة، ونعرض لجانب من هذه الجهود القضائية بإيجاز وذلك على النحو التالي :

#### أولاً: تقرير مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية :

الأصل العام أن القرار الإداري يعتبر موجوداً وناظاً في حق الإدارة بمجرد إصداره، أو الأصل هو نفاذ القرارات الإدارية من تاريخ صدورها كما قررت ذلك المحكمة الإدارية العليا<sup>(١)</sup>.

إلا أن هذا الأصل لا يؤخذ به على إطلاقه لأن القرار الإداري يعد نافذاً في حق الإدارة بمجرد إصداره ما لم يكن معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل. وأساس ذلك هو علم أو افتراض علم الإدارة بقراراتها منذ صدورها، علاوة على ذلك فإن هذه القاعدة تسري في حالة القرارات البسيطة أما القرارات المعلقة على شرط فإن المحكمة الإدارية العليا قررت أن نفاذها وتحقق آثارها مرهون بتحقيق الشرط الذي علق عليه القرار، كما قررت أنه إذا ما غلق القرار يجب أن يكون مشروعاً، فإذا كان الشرط غير مشروع بطل الشرط وبقي القرار سليماً منتجاً لآثاره، إلا إذا كان الشرط هو الدافع الرئيسي للقرار

---

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٩٢ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٩٦/٣/٢٦ والمنوه عنه في الموسوعة الإدارية الحديثة ج٩ ص ٥٩٤ .

وهي مسألة موضوعية يقدرها القاضي في كل حالة على حده<sup>(١)</sup>. وإذا كان هذا هو الأصل وإن القرار الإداري ينتج آثاره بمجرد اتخاذه، وتكون الإدارة ملتزمة بالقرار وتتقيد به إلا أن هذا القرار لا ينفذ في مواجهة الأفراد إلا إذا علموا به بإحدى الطرق المقررة قانوناً. ومن ثم تظهر التفرقة بين نفاذ القرار الإداري في ذاته وبين تطبيقه على الأفراد، إذ القرار يعتبر نافذاً في ذاته بمجرد إصداره، وإنما لا يحتج به على الغير إلا بعد شهره. وإذا كان الأصل العام هوس ريان القرار بأثر مباشر من تاريخ نفاذه على النحو سالف الذكر فإن القرار لا يكون له أي تأثير على الفترة السابقة على هذا النفاذ، لذا قرر القضاء مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية لاتفاق ذلك مع مبدأ المشروعية ومبدأ استقرار المراكز القانونية. فلا يجوز للقرار الإداري أن يتضمن أثراً رجعياً بل يجب أن يسري في حق المخاطبين به بأثر مباشر وحال. نظراً لأن القرار الإداري يعد من الأعمال القانونية التي تقوم على عدم المساس بتصرفات تمت قبل نفاذها، ومن ثم فالقرار ليس له مجال تطبيق على ما تم قبل نفاذ، وإلا اعتبر ذلك خروجاً على مبدأ عدم الرجعية بصفة عامة ويؤدي إلى المساس بالحقوق المكتسبة واضطراب المعاملات وعدم الاستقرار في المجتمع. لذلك يوضح الفقه المصري والفرنسي مفهوم الرجعية بأن القرار الإداري لا يمكن أن ينتج أثراً قانونية في تاريخ سابق على نفاذه، وأن القرار لا يطبق إلا من تاريخ صدوره<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في ١٩٩٦/٣/٢٦ سالف الإشارة.

(٢) انظر على سبيل المثال في الفقه المصري :

- د/ محمد فؤاد مهنا : القانون الإداري المصري والمقارن سنة ١٩٥٨ ج١ ص ٦٣٠، د/ عبد الفتاح حسن، القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية ١٩٦٩ ص ٤٠٧، د/ إبراهيم طه الفياض، القانون الإداري، نشاط وأعمال السلطة الإدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن، الطبعة الأولى ١٩٨٨ ص ٣٨٩، دم محمود حلمي، سريان القرار الإداري من حيث الزمان، رسالة

جدير بالذكر أن مبدأ عدم الرجعية يسري على القرارات الإدارية بنوعيتها الفردية والتنظيمية<sup>(١)</sup>. وفي كلا النوعين يجب التفرقة بين حالتين :

أ - في مجال القرارات الفردية نفرق بين القرار الإداري الذي لا ينشر للفرد مركزاً قانونياً معيناً والقرار الذي يحدث للفرد مركزاً قانونياً معيناً ففي الحالة الأولى تتمكن الإدارة من إلغاء هذا القرار أو تعديله بأثر رجعي، أما في الحالة الثانية فلا يجوز المساس بهذا المركز ما دام قد نشأ عنه مركز قانوني فردي.

ب- وفي مجال القرارات التنظيمية : يجب التفرقة بين المراكز الشخصية والمراكز العامة بالنسبة للمراكز الذاتية أو الشخصية التي تكون قد اكتسبت في ظل القواعد التنظيمية السابقة فلا يجوز المساس بها حيث تبقى محتفظة بوجودها ومرتبة لآثارها حتى بعد صدور القرار الجديد.

أما المراكز القانونية الموضوعية أو العامة فيمكن للقرار الجديد المساس بها، وإن نشأت قبله إلا أن المساس بها يكون للآثار المستقبلية فقط دون أن تطال الآثار الماضية للقرار السابق. ويرجع ذلك إلى أن المركز العام إنما يستند في وجوده إلى عمل تنظيمي قابل بدوره للتعديل أو الإلغاء في أي

---

دكتوراه القاهرة ١٩٦٢ ص ٦٩، د/ محمد فؤاد عبد الباسط، القرار الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون تاريخ نشر ص ٤٠٠ .

وفي الفقه الفرنسي على سبيل المثال :

- Auby : J.M. Lincompetence, ration temporis recherches, sur l'application desactes, administratifs dans le temps. R.D.P. 1953, p. 20
- Jean rivero et janwaline : droit administrative, dalloz, 1953, p. 110.
- Ph. Foillard, droit administrative, 2002, p. 207.
- Roubier, p. le droit transitoire, 2ème éd 1960, p. 9.
- Werner A. contribution a l'étude de l'application de la loi dans le temps. R.D.P. 1982, p. 739.

(١) انظر فتوى قسم الفتوى والتشريع الصادرة من مجلس الدولة المصري في مجموعة المبادئ القانونية التي قررها في خمس سنوات ١٩٧٠-١٩٧٥ المبدأ رقم ٦٦ ملف رقم ١٣٤ سن ١٩٧١ جلسة ١٩٧١/٨/٩ .

وقت<sup>(١)</sup> .

ومبدأ عدم الرجعية في القرارات الإدارية من القواعد الآمرة التي لا يجوز مخالفتها<sup>(٢)</sup> ، من ثم فإن قاعدة عدم الرجعية تعد جزءاً من النظام العام وبالتالي لا يجوز مخالفتها إلا بنص قانوني. كما أنها قاعدة من قواعد التفسير التي يجب الوقوف عندها متى شاب القرار غموض في سريانه، وذلك لأنها قاعدة إلزامية للتفسير، وبالتالي يجب أن يفسر الشك في تاريخ القرار الإداري في مسار عدم الرجعية<sup>(٣)</sup> .

### تقرير القضاء لمبدأ عدم الرجعية :

وعلى الرغم من كون النصوص التشريعية التي نظمت موضوع الرجعية في القوانين سواء في فرنسا أم في مصر جاءت جميعاً خلواً من الإشارة إلى موضوع رجعية القرارات الإدارية، فإن مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية من المبادئ المسلم بها في الفقه والقضاء الإداري سواء في فرنسا أم مصر، يستوي في ذلك القرارات التنظيمية العامة والفردية<sup>(٤)</sup> .

وإذا كانت القوانين تلتزم بهذا الأصل العام فإنه يكون بحكم اللزوم المنطقي أن تلتزم القرارات الإدارية بهذا الأصل العام فلا تسري كقاعدة عامة بأثر رجعي<sup>(٥)</sup> .

وقد أكد كل من مجلسي الدولة الفرنسي والمصري في العديد من الأحكام على المعنى السابق للأثر الرجعي للقرارات الإدارية ومن ذلك ما قرره

---

(١) د/عبد الفتاح حسن : المرجع السابق، ص ٤٠٦ .

(٢) J.M. Auby : L'incompétence ration temporis, op. cit. p. 5.

د/ سامي جمال الدين : اللوائح الإدارية و ضمانات الرقابة الإدارية، منشأة المعارف، ص ٨٠ .  
(٣) انظر : معمر مهدي صالح الكبيسي : مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة بغداد ٢٠٠٠ ص ١٥ .

(٤) د/ علاء عبد المتعال : مدى جواز الرجعية في القرارات الإدارية، دار النهضة العربية ٢٠٠٤، ص ١٤ .  
(٥) انظر : د/ صلاح الدين فوزي : المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري دار النهضة العربية ١٩٩٨، ص ١٨٢ .



مجلس الدولة الفرنسي صراحة بعدم سريان القواعد إلا بالنسبة للمستقبل،  
وقرر أيضاً الحكم بإلغاء القرارات المتضمنة أثراً رجعياً<sup>(١)</sup>.

كما قرر مجلس الدولة الفرنسي أنه في إطار وسائل النظام العام  
الخاص بتطبيق القانون فإن عيب عدم رجعية اللائحة يمكن إثارته في أي  
وقت<sup>(٢)</sup>.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في الكثير من أحكامه بأن القرار  
الإداري لا أثر له في تاريخ سابق على إعلانه ويصاب القرار بعدم المشروعية إذا  
نص فيه على أن يسري من تاريخ سابق على تاريخ إعلانه<sup>(٣)</sup>.

وأكد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة التزام السلطة التنظيمية  
بمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية عند قيامها بإصدار القرارات التنظيمية  
الجديدة<sup>(٤)</sup>. كما أكد على ضرورة التطبيق الفوري للقرارات الإدارية وذلك  
بالامتثال للشروط التي تولي لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية حرصاً على  
دواعي مبدأ الأمن القانوني<sup>(٥)</sup>.

ويؤكد مجلس الدولة الفرنسي على مبدأ الأثر الرجعي لحكم الإلغاء  
بأنه طبقاً للحجية المطلقة لحكم الإلغاء فإن القرار الملغي يعتبر كأن لم يكن<sup>(٦)</sup>.  
يكن<sup>(٦)</sup>.

ومن جانبه يؤكد القضاء الإداري المصري على المعاني السابقة ففي

---

(١) C.E. 25 Juin 1948, Société du journal l'Aurore, Rec. p.289.

(٢) C.E. sect. 5/2/1971, No. 76236, Mégard, Rec. p. 112.

(٣) C.E. 3/11/1978, Dame lamotte-lemaire, rec., 1978, p. 411.

C.E. sect. 25/3/1983, rec. p. 137.

C.E.29/7/1998, rec. p. 722.

(٤) C.E. 16 Juin, 2008, No. 296578, federation des syndicats dentaires libéraux,  
AJDA, 2008, p. 2029.

(٥) C.E. 13/12/2006 M.C. de Montecler rec. p. 2006, p. 540 AJDA, 2006, p. 2369.

(٦) C.E. 16/5/2008, No. 290416, Val. De-Marne (DPT)et autres AJDA 2008, p. 965.  
965.

C.E. 10/1/2007, No. 262964. Reichheld et sturtzer (ceté), AJDA, 2007, p. 168.

حكم محكمة القضاء الإداري في ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢ تؤكد المحكمة على أنه "لا يؤثر في حق المدعي قول الحكومة بأنها أصدرت قرارات في يوليو ١٩٥١ بالعدول عن قرارها الصادر في ١٨ أكتوبر ١٩٥٠ لأن صدور مثل هذا القرار لا يخل بحق المدعي الذي كسبه في ظل القرار الأول وإلا كان ذلك إعمالاً للقرار المذكور بأثر رجعي الأمر الذي لا تملكه السلطة التنفيذية"<sup>(١)</sup>.

وقررت المحكمة الإدارية العليا صراحة أن "الأصل في نفاذ القرارات الإدارية تنظيمية أو فردية أنه يقترن بتاريخ صدورها بحيث يسري بالنسبة للمستقبل ولا تسري بأثر رجعي"<sup>(٢)</sup>. كما أكدت المحكمة الإدارية العليا على أن الرجعية لا يتم تقريرها إلا بنص قانوني حيث جاء في حكمها الصادر في ١٦ فبراير ٢٠٠٢ أنه : "لا يجوز على أي وجه تقرير أثر رجعي للقرارات الإدارية إلا لو نص القانون على ذلك أو استثناء وبالشروط السالف بيانها، وعلى القضاء الإداري عدم الاعتداد بأي أثر رجعي للقرارات الإدارية اللائحية أو التنظيمية لانعدام أي حكم يقرر الأثر الرجعي لانطوائه على اغتصاب اختصاص السلطة التشريعية أو للمخالفة الجسيمة للدستور ولا يترتب على القرارات الصادرة بأثر رجعي أثر إلا إذا كانت القرارات واللوائح الصادرة تنفيذاً لقانون ذات أثر رجعي أو أن تكون صادرة تنفيذاً لأحكام صادرة من مجلس الدولة بإلغاء قرارات إدارية وقت مخالفة القانون"<sup>(٣)</sup>.

كما قضت المحكمة الإدارية العليا بأن "الحكم بالإلغاء تحكمه قاعدة عامة مقتضاها أن يعود الحال إلى ما كان عليه، وأن يعود للطاعن مركزه القانوني قبل صدور القرار الملغي على اعتبار أنه لم يصدر أصلاً"<sup>(٤)</sup>.

---

(١) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ١٢٤٣ لسنة ٥ ق جلسة ٢٧ نوفمبر ١٩٥٢ مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري، السنة السابعة ج ١ ص ٦٤ .

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٧٤٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ٢٠٠١/٣/١١، المجموعة السنة ٤٦ ص ١٠٩٩، وحكمها في الطعن رقم ١٠٢١ لسنة ٣٩ ج ٥/٥/٢٠٠٥ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٢٣٥٨ لسنة ٤٥ ق جلسة ٢٠٠٢/٢/١٦ .

(٤) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٣١ لسنة ٤٢ ق جلسة ٢٠٠٣/٣/١٥ .

كما أكد على أن "حكم الإلغاء يحقق بذاته إعدام الأثر القانوني المباشر للقرار منذ تقريره دون أن يتوقف ذلك على تدخل جهة الإدارة"<sup>(١)</sup>.

كما أكدت فتوى الجمعية العمومية لمجلس الدولة على أن عيب عدم الرجعية من النظام العام حيث يجوز الدفع به أمام القضاء في أي وقت ذلك لأن معنى ما جاء بها من أن القرارات ذات الأثر الرجعي لا تلحقها حصانة، أنها معرضة للطعن فيها بالإلغاء في أي وقت وفي أي مرحلة من مراحل الدعوى ، لأنها توصم في هذه الحالة بأنها قرارات منعدمة"<sup>(٢)</sup>.

وترتيباً على هذه الأحكام ذهب الفقه إلى أن القرار الإداري إذا تضمن أثراً رجعياً فإن جزأه البطلان ومن ثم يكون لصاحب الحق فيه المطالبة ببطلانه، وليس للقاضي إذا ما ثبت هذا الأثر الرجعي إلا أن يحكم بإلغاء هذا القرار"<sup>(٣)</sup>.

### الحكمة القضائية من تقرير مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية :

من المستقر عليه في الفقه والقضاء سواء المصري أم الفرنسي أن الحكمة من تقرير مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية هي ذات الحكمة من تقرير قاعدة عدم رجعية القوانين. وأن الاعتبار التي ساقها الفقهاء لتبرير عدم رجعية القوانين هي ذاتها الاعتبار التي يستند إليها مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية<sup>(٤)</sup>، والتي تتمثل في تحقيق العدالة ومخالفة الرجعية للمنطق، واستقرار المراكز والأعمال القانونية، واحترام الحقوق المكتسبة ونقص حديثنا هنا عن استقرار المراكز والأعمال القانونية واحترام الحقوق

(١) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٦٠١ لسنة ٤٩ ق جلسة ٢٠٠٥/٤/١٧ .

(٢) انظر فتوى مجلس الدولة المصري رقم ٣٥٧ جلسة ١٩٨٦/٣/١١ ملف رقم ٣٢٦/٦/٨٦ . وكانت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع قد تكون من قبل على أن القرار الإداري لا يكون له أثر رجعي إلى ما قبل تاريخ صدوره، انظر الفتوى رقم ١٠١٥ بتاريخ ٢٣ نوفمبر ١٩٧١ جلسة ٢٧ أكتوبر ١٩٧٧ ملف ٢٥٩/١/٨٦ مجموعة فتاوى المجلس السنة ٢٦ ص ٣٦

(٣) د/ عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان، د/ محمد أنس جعفر : أصول القانون الإداري دار النهضة العربية ١٩٨٩، ص ٣٩٢ . د/ محمد عبد العال السناري : نفاذ القرارات الإدارية ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه عين شمس ١٩٨١، ص ٢١٨، د/ علاء عبد المتعال : المرجع السابق، ص ٢٤ .

(٤) د/ علاء عبد المتعال : المرجع السابق، ص ٢٧ .

المكتسبة.

١- استقرت أحكام مجلس الدولة الفرنسي على الأخذ بمبدأ احترام الحقوق المكتسبة *droits acquis* مقررًا أن القرار الإداري ما دام صدر صحيحاً قد ولد حقاً مكتسباً فلا يجوز للإدارة سحبه لأن القرار الإداري الفردي ينشئ مركزاً قانونياً فردياً والمراكز القانونية الفردية وحدها هي التي تنشئ حقوقاً شخصية، وقد وجد القضاء الإداري الفرنسي من مفهوم احترام الحقوق المكتسبة مبدأ قانونياً يحد به من تصرفات الإدارة<sup>(١)</sup>.

كما استقرت أحكام مجلس الدولة المصري على الأخذ بهذا المبدأ مقررًا أن القرار الإداري طالما صدر صحيحاً مستوفياً أركانه فلا يجوز للجهة الإدارية سحب قرارها، أن حقها في السحب مقرر فقط إذا كان القرار مخالفاً للقانون.

فالمحكمة الإدارية العليا تؤكد على مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية استقراراً للمراكز القانونية مؤكدة على أن تسري أحكام القانون والقرارات المنفذة له بأثر حال من تاريخ العمل به لضمان استقرار المراكز القانونية المكتسبة<sup>(٢)</sup>.

كما قضت بأن "الحفاظ على استقرار المراكز القانونية وعدم زعزعتها مرهون بتوافر علم أصحاب الشأن علماً حقيقياً — لا ظنياً ولا افتراضياً — بالقرارات الماسة بهم والتي أنشأت هذه المراكز والتزام جهة الإدارية بإعلان أصحاب الشأن بهذه القرارات"<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر في تطور قضاء مجلس الدولة الفرنسي رسالة الدكتور/ عبد القادر خليل : نظرية سحب القرارات الإدارية دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والإيطالي رسالة القاهرة ١٩٦٥ ص ٣١٥ وما بعدها.

(٢) انظر : حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٦٨٧ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٥/٥/٣٠ المجموعة السنة ١٠ ص ١٥٢١ .

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١١٢٢٥ لسنة ٤٦ ق جلسة ٢٠٠٣/٥/٨ المجموعة السنة ٤٨ ج ٣ ص ١٦ .

ومن ثم يقرر الفقه أن مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية يقوم على اعتبارات عملية تدور حول ضمان استقرار العلاقات القانونية، إذ أن تمكين الإدارة حق إصدار القرارات بأثر رجعي من شأنه أن يؤدي إلى إهدار كل أمان واستقرار لذوي الشأن وبالتالي ينبغي ترك القديم على قدمه وترك الآثار التي تمت في الماضي سليمة، لأن المساس بها يعني اضطراب أحوال الناس واستحالة استقرار أوضاعهم<sup>(١)</sup>.

٢- كما أكد مجلس الدولة الفرنسي على ضرورة احترام مبدأ الحقوق المكتسبة وأنه يجب أن يقترن مع مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية<sup>(٢)</sup>، كما يقترن مع مبدأ آخر وهو مبدأ الأمن القانوني<sup>(٣)</sup>.

وفي مصر أكدت المحكمة الإدارية العليا على أن "الأصل عدم المساس بالحقوق المكتسبة والمراكز القانونية التي تمت وتكاملت إلا بقانون"<sup>(٤)</sup>.

كما أكدت على أن "الأصل في نفاذ القرارات الإدارية — تنظيمية أو

فردية — أن يقترن بتاريخ صدورها بحيث يسري بالنسبة للمستقبل ولا تسري بأثر رجعي إلا إذا نص القانون على ذلك وتطبيقاً لمبدأ احترام الحقوق المكتسبة"<sup>(٥)</sup>.

كما أكدت الجمعية العمومية لقسمى الفتوى والتشريع على تحريم

الرجعية في القرارات الإدارية حيث جاء في إحدى فتاواها أنه "ومن حيث أنه

---

(١) انظر على سبيل المثال د/ علاء عبد المتعال، المرجع السابق ص ٣٧، أ/ معمر مهدي صالح الكبيسي، رسالته السابقة ص ٤٢، د/ إبراهيم محمد علي: القانون الإداري ٢٠٠٨/٢٠٠٩، ص ٣٣٤.

Auby : L'incompétence ration...op. cit.p.19.

(٢) CE. 11/12/1998, Ministre detat, carde des sceaux minister de la justice. Rec. p. 461.

(٣) Michel Fromont : Le principe de sécurité juridique, AJDA, 1996, p. 178.

(٤) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٧٩٠ لسنة ٢٢ ق جلسة ١٩٨٤/٦/٢٣ المجموعة السنة ٢٩ ص ١٢٧٤.

(٥) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٧٤٨ لسنة ٤٢ ق جلسة ٢٠٠١/٣/١١ المجموعة السنة ٤٦ ص ١٠٩٩.

ولئن كان القرار .. صدر .. متضمناً أثراً رجعياً للنقل الذي قرره برجعة إلى تاريخ تنفيذ الميزانية... إلا أنه وقد صدر بعد أن ثبت الحق للعاملين الذين قرر نقلهم في تسوية حالتهم طبقاً للقانون... فإن يؤدي ذلك ألا يكون لهذه الرجعية - المخالفة للقانون - أن تهدر ذلك الحق المكتسب أو تؤثر فيه، فحق هؤلاء العاملين في تسوية حالتهم طبقاً لذلك القانون قد نشأ واستقر في تاريخ العمل به، ومن ثم يظل قائماً ويتعين إعماله دون أن يعطله أثر رجعي تضمنه قرار لاحق على غير مقتضي القانون<sup>(١)</sup>.

وبناء على ما سبق إذا ما اكتسب أحد الأفراد مركزاً قانونياً ذاتياً نتيجة قرار إداري أو اتفاق مع الإدارة فإنه لا يجوز المساس بهذا المركز إلا بالوسيلة المشروعة وهي القانون ذو الأثر الرجعي<sup>(٢)</sup>، لأن الحق المكتسب الذي ينشأ عن القرار الإداري يعني الإبقاء على الوضعيات القانونية التي أنشأها القرار وبالتالي لا يجوز المساس بها إذ أن مبدأ عدم الرجعية إنما شرع لحماية حقوق الأفراد وعدم المساس بها، كما يهدف أن حماية حقوق الأفراد وحياتهم ضد تعسف السلطة.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا على أن "عدم رجعية القرارات الإدارية" حيث أن الأصل في نفاذها يقترن بتاريخ صدورها بحيث تسري على المستقبل ولا تسري بأثر رجعي على الوقائع السابقة على تاريخ صدورها وذلك حفاظاً على الحقوق المكتسبة للأفراد والمراكز الذاتية لهم واستقرار للمعاملات في المجتمع وهذه القاعدة تصدق بالنسبة للقرارات والفردية واللائحية على حد سواء<sup>(٣)</sup>.

أخيراً.. إذا كان مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية مبدأ قرره القضاء

---

(١) انظر الفتوى رقم ١٠١٥ بتاريخ ١٩٧١/١١/٢٣ جلسة ١٩٧١/١٠/٢٧ ملف ٢٥٩/١/٨٦ مجموعة المكتب الفني سنة ١٩٧٢ ص ٣٦ .

(٢) انظر د/ سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة ١٩٨٤، ص ٥٠٩ .

(٣) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٢٥٦ لسنة ٤٩ ق جلسة ٢٠٠٥/٢/٢ .

الإداري لسريان القرار الإداري بأثر مباشر من تاريخ نفاذه فإننا نعتقد أن مبدأ عدم الرجعية يعد تطبيقاً لمبدأ الأمن القانوني le principe sécurité juridique ذاك المبدأ الذي يقضي بعدم الإخلال بالمراكز التي استقرت في الماضي.

### ثانياً: الاعتراف بالتصرفات الصادرة من الموظف الفعلي :

فى بعض الأحيان قد يتدخل أحد الأفراد فى الوظيفة العامة ويقوم بممارسة أعمالها ويتحمل مختلف أعبائها ثم يتضح أن هذا الشخص لا يتوافر له السند الصحيح لممارسة الوظيفة إما لبطلان هذا السند، أو انتهاء أثره، أو عدم تواجده إطلاقاً، ولا شك أن قيام شخص بالوظيفة على هذا النحو يؤدي إلى انتهاك للقواعد القانونية، الأمر الذي يستوجب بطلان التصرفات الصادرة منه وانعدامها، إذ من المتفق عليه أن ممارسة الوظيفة دون توافر الصفة اللازمة يمثل إحدى صور اغتصاب السلطة.

ومع ذلك فقد اعترف القضاء بالتصرفات الصادرة من مثل هذا الموظف وأطلق عليه الموظف الفعلي حتى يحقق المواءمة بين التطبيق المجرد لمنطق الأحكام ومقتضيات الحياة العملية حماية لبعض المصالح المشروعة؟

وقد تعددت التعريفات الفقهية للموظف الفعلي سواء في الفقه الفرنسي أم المصري<sup>(١)</sup>، ويمكن أن نختار منها ما ذهب إليه العميد الطماوي إلى أن الموظف الموظف الفعلي أو الواقعي هو ذلك الذي عين تعييناً معيباً أو لم يصدر بتعيينه قرار إطلاقاً، وبالرغم من أن الأصل العام يقتضي بطلان الأعمال التي تصدر منه لصدورها من غير مختص أو من مغتصب فإن القضاء قد أعلن سلامة تلك الأعمال في بعض الحالات<sup>(٢)</sup>.

وقد اعترف القضاء بالتصرفات الصادرة من الموظفين الفعليين استناداً

---

(١) انظر في عرض تعريفات الموظف الفعلي د/ مجدي عز الدين يوسف، الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي، رسالة جامعة عين شمس ١٩٨٧، ص ٧٦ وما بعدها.

(٢) د/ سليمان الطماوي : مبادئ القانون الإداري، سنة ١٩٧٩، ص ١٦١ .

إلى عدة تبريرات لعل أهمها أن ترتيب البطلان على التصرفات الصادرة من الأشخاص الذين يتدخلون في إدارة المرافق العامة دون توافر السند اللازم أمر يتفق وطبيعة الدولة الحديثة التي يختص فيها الموظف العام وحده بممارسة السلطة العامة وفقاً لأحكام القانون فلا شك أن الاعتراف بأي قيمة قانونية للتصرفات التي تتم خارج حدود القانون من شأنها فتح الباب على مصراعيه للعنف والثورة والفوضى، وليس بذي أهمية في هذا الصدد التذرع بتوافر حسن النية والنوايا الطيبة فلن يكون هناك نظام إلا من خلال احترام القانون وتطبيق قواعده بصورة مطلقة<sup>(١)</sup>، ذلك أن تعطيل حكم القانون ولو جزئياً وبصفة مؤقتة يعني المساس بالنظام القانوني ككل وهدماً لمبدأ أساسي تقوم عليه النظم القانونية وهو مبدأ المشروعية.

فالمشروعية معنى احترام القانون، ومخالفة ذلك المبدأ يعني إهدار المشروعية بما تمثله من ضمانات لا غنى عنها سواء للفرد أو الدولة. كما أن المشروعية تسعى أساساً إلى حماية الحق المكتسب وحماية ذلك الحق ضرورة غيرها لا يستقر المجتمع ولا يشعر أحد فيه بالطمأنينة والأمان، ومن ثم فإن إهدار المشروعية يعني التضحية بالاستقرار اللازم لتقدم المجتمع وتحقيق رفاهيته<sup>(٢)</sup>.

يضاف إلى ذلك أن الاعتداد بنظرية الموظف الفعلي حقيقة قانونية تفرضها قيم واعتبارات جديرة بالحماية والدفاع عنها، تلك الاعتبارات المتمثلة في حماية الغير حسن النية وضرورة سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، بالإضافة إلى الطبيعة الخاصة للدراسات القانونية وما تقتضيه من ترتيب مختلف الآثار على المراكز الفعلية في بعض الأحيان<sup>(٣)</sup>.

---

(١) JEZE : essai d'une thorie general des fonctionnaire de fait. R.D.P. 1914, p. 50.

(٢) د/ نعمان محمد خليل : أركان الظاهر كمصدر للحق ١٩٧٧، ص ١٣ .

(٣) حول فريد من التفاصيل حول هذه الاعتبارات انظر رسالة د/ مجدي عز الدين يوسف، سألقة الذكر ص ٥٩ وما بعدها.



وقد أجمع الفقه المصري والفرنسي<sup>(١)</sup> على إقرار نظرية الموظف الفعلي لسلامة الاعتبارات التي تقوم عليها هذه النظرية.

كما استقرت أحكام القضاء على الاعتراف بهذه النظرية ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي في ١٩٢٣ من أن الإلغاء لقرار تعيين غير صحيح لموظف لا يمس مجموع القرارات الصادرة لصاحب الشأن طالما أنه كان موظفاً فعلياً<sup>(٢)</sup> وفي ١٩٢٥ قام بتحديد الطريقة التي يجب أن يتكون بها طريقة ومسار تكوين الموظف المعزول بطريقة غير قانونية<sup>(٣)</sup>.

ومن ذلك حكم محكمة القضاء الإداري في ٩ نوفمبر ١٩٥٩ والذي جاء فيه "أن العلاقة الوظيفية بين الحكومة والموظف إنما تنفصم عراها متى قام سبب من أسباب انتهاء الخدمة.. ومنها بلوغ سن الخامسة والستين التي بلغها في ١٠ يونيو سنة ١٩٥٣، أما استمراره في القيام بأعمال وظيفته ومنحه الدرجة الرابعة.. فهذا الاستمرار في العمل لا يغير من الأمر شيئاً ذلك أن الخدمة، تعتبر منتهية بتحقيق سببها، ويعتبر الموظف خلال الفترة اللاحقة موظفاً فعلياً"<sup>(٤)</sup>.

كما جاء في فتوى إدارة الفتوى والتشريع بوزارة التربية والتعليم أنه "إذا تقلد شخص أعمال وظيفته قبل استيفاء مسوغات التعيين بها، وأحيل إلى الفحص الطبي، ولكنه لم يحرز شروط اللياقة الطبية، ولم يصدر قرار بتعيينه

---

(١) على سبيل المثال : د/ طعيمة الجرف : القانون الإداري طبعة ١٩٧٨ ص ٦٣٨، د/ سليمان الطماوي : الوجيز في القانون الإداري ١٩٨٤ ص ٣٩١، د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، دوام سير المرافق العامة، رسالة دكتوراه القاهرة، ١٩٧٥، ص ١٩٥ .  
وفي الفقه الفرنسي :

- R.ODENT : contentieux administrative , 1981, p. 1794.

- R.Chaqus : droit du contentieux administrative, 1982, p. 452.

- DE. Laubadere, traité de droit administrative, 1984, p. 334.

(٢) انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١١/٢/١٩٢٣ جمعية موظفي الإدارة المركزية للبريد والتلغراف والسيد Bousquie مجموعة ليبون ص ٦٩٩ .

(٣) انظر حكم مجلس الدولة الفرنسي في ١٢/٦/١٩٢٥ مجموعة ليبون ص ١٠٦٥ ومجلة R.D.P. سنة ١٩٢٦ ص ٣٢ ومجلة Sirey ١٩٢٥ عدد ٣ ص ٤٩ تعليق هوريو.

(٤) حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٨٨٣ لسنة ١٢ ق المجموعة السنة ١٤ ص ١٣٢

فإنه يعتبر موظفاً فعلياً طالما لم يصدر قرار التعيين"<sup>(١)</sup>.

أما المحكمة الإدارية العليا فقد جاء في أحكامها العديدة الاعتراف بنظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية فقط حيث ذهبت إلى أن "نظرية الموظف الفعلي لا تقوم إلا في الظروف الاستثنائية البحتة تحت إلحاح الحاجة إلى الاستعانة بمن ينهضون بتسيير دولاب العمل في بعض الوظائف ضماناً لانتظام المرافق العامة وحرصاً على تأديتها خدماتها للمنتفعين بها باضطراد ودون توقف"<sup>(٢)</sup>.

ومن أحكام القضاء استخلص الفقه أسس للاعتراف بنظرية الظاهر<sup>(٣)</sup> كان من ضمنها الأساس الفلسفي الذي يعتمد على نظرية الاستقرار كضرورة لحماية الحقوق والتي تتلخص في أن حماية الحقوق المكتسبة تقتضي المحافظة على استقرار المجتمع فبدون المحافظة على الاستقرار لا يمكن حماية الحقوق المكتسبة، فالاستقرار أمر لازم لحماية الحقوق الفردية، غير أن الاستقرار ليس لازماً للحقوق فحسب وإنما هو لازم أيضاً للمعاملات ومختلف العلاقات القانونية. فليست وظيفة القانون مقصورة على حماية الحق بعد اكتسابه فقط وإنما هي تتضمن كفالة الأمن لمن يسعى إلى اكتسابه، وهو بصدد اكتسابه.

ومن هنا كان من اللازم إقامة التوازن بين حماية الحقوق المكتسبة والمراكز القانونية من جانب وكفالة الأمن لمن يسعى إلى اكتساب الحق من جانب آخر، بحيث نحمي الحقوق المكتسبة دون أن يكون من شأن ذلك إهدار فكرة الأمن اللازمة للمعاملات والعلاقات القانونية<sup>(٤)</sup>.

---

(١) انظر الفتوى الصادرة في ١٩٥٨/٤/٢٤ تحت رقم ٧٣٨ السنة ١٢ ق في مجموعة المبادئ القانونية لقسم الفتوى والتشريع.

(٢) انظر على سبيل المثال حكمها في القضية رقم ٣٩٠ لسنة ٧ ق المجموعة السنة العاشرة جلسة ١٩٦٤/٧/٢٨ . وحكمها في القضية رقم ١٧١٣ لسنة ٧ ق المجموعة السنة العاشرة جلسة ١٩٦٤/١١/٢٩ ص ١٣٥٤ .

(٣) حول هذه الأسس انظر رسالة د/ مجدي عز الدين يوسف، رسالته سالفة الذكر، ص ٢١٠ وما بعدها.

(٤) المرجع السابق ص ٢١٨، ٢١٩ .

### ثالثاً: سحب القرارات الإدارية غير المشروعة :

إذا أصدرت الإدارة قرارات إدارية وأقسمت بعدم المشروعية فإن مثل هذه القرارات إما أن تكون معرضة للإلغاء من جهة القضاء أو سحبها من جهة الإدارة، فالإلغاء والسحب إذاً جزاء لعدم المشروعية، ويكون للحكم أو القرار أثر رجعي يمتد إلى تاريخ صدور القرار غير المشروع وهذا ما أكدت عليه المحكمة الإدارية العليا بقولها : إن السحب الإداري، والإلغاء القضائي كليهما جزاء لمخالفة مبدأ المشروعية يؤدي إلى إنهاء القرار بأثر رجعي اعتباراً من تاريخ صدوره<sup>(١)</sup>.

وإذا كان كل من سحب القرار الإداري والغائه يؤديان إلى نتيجة واحدة وهي التخلص من القرار المعيب، إلا أن أسباب سحب القرار الإداري أوسع من أسباب الطعن بالإلغاء، فهي علاوة على احتوائها على الأسباب التقليدية للطعن بالإلغاء، تقوم على الموازنة بين مبدأين هما : أولاً: احترام مبدأ المشروعية الذي يفرض على الجميع حكماً ومحكومين احترام القانون وبالتالي يفرض على الإدارة أن تكون تصرفاتها داخل دائرة القانون دون تجاوزه.

ثانياً: استقرار الحقوق والمراكز القانونية للأفراد وهذا ما تفرضه المصلحة الاجتماعية من توفير الحماية للمراكز التي استقرت وعدم زعزعتها إلا في أضيق الحدود ووفقاً للقانون، ومن ثم للموازنة بين المبدأين قرر القضاء الإداري للإدارة إمكانية سحب قراراتها المعيبة<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٢٠ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٦/١/٢ المجموعة ١ لسنة ١١ ص ٢٦٣ .

(٢) لمزيد من التفاصيل حول نظرية سحب القرارات الإدارية على سبيل المثال د/ عبد القادر خليل، نظرية سحب القرارات الإدارية دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي والإيطالي، رسالة القاهرة ١٩٦٥، د/ حسني درويش عبد الحميد، نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، رسالة عين شمس، د/ ارحيم سليمان الكبيسي : حرية الإدارة في سحب قراراتها دراسة مقارنة رسالة القاهرة ١٩٨٦ .

- Sylvie carotenuto : le retrait et l'aprogation des actes administratifs, these aix-marseille, 1995.
- Adiouma BA, le retrait des actes administratifs illégaux créateurs de droits. La complexité croissante du régime, R.D.P., 2007, p. 1620

ونظراً لأهمية موضوع سحب القرارات الإدارية غير المشروعة فقد صيغت في صورة نظرية متكاملة ذات قواعد وشروط، صاغها مجلس الدولة الفرنسي ونقلها عنه مجلس الدولة المصري<sup>(١)</sup>.

وتعد نظرية سحب القرارات الإدارية من النظريات المهمة والمعقدة في القانون العام بسبب قلة النصوص القانونية التي تنظمها من ناحية، وما تثيره من صراع بين المبادئ القانونية وعلى الأخص مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية من ناحية أخرى<sup>(٢)</sup>، إلا أنه يحمد للقضاء الإداري الدور الكبير الذي بذله في ظهور هذه النظرية.

ويقصد بسحب القرار الإداري إنهاء جميع الآثار المترتبة على القرار الإداري اعتباراً من تاريخ صدورها سواء بالنسبة للمستقبل أو بالنسبة للماضي<sup>(٣)</sup>، فهو عملية قانونية تمكن الإدارة من إعادة النظر في القرار غير المشروع الذي أصدرته بشروط معينة<sup>(٤)</sup>.

فهو يلغي القرار الإداري ويمحو الآثار الماضية والمستقبلية وعلى حد قول البعض<sup>(٥)</sup> هو بمثابة فاء للقرار الإداري منذ تاريخ صدوره.

وتختلف المدة التي يجوز فيها للإدارة سحب قراراتها حيث في مصر فإن مدة السحب مقررة بمدة الطعن في القرار الإداري وهي ستون يوماً من تاريخ نشر القرار الإداري أو إعلانه أو العلم به علماً يقيناً، أما في فرنسا فإن مدة السحب هي أربعة أشهر منذ صدور حكم مجلس الدولة

---

(١) د/ أحمد حافظ نجم : القانون الإداري دراسة مقارنة لتنظيم ونشاط الإدارة العامة، الجزء الثاني، أساليب الإدارة العامة ووسائلها وامتيازاتها، الطبعة الأولى، ص ٥١ .

(٢) انظر معمر الكبيسي : المرجع السابق، ص ١٦٣ .

(٣) لمزيد من التعريفات انظر رسالة د/ حسني درويش عبد الحميد، سألقة الذكر، ص ٢٩٥، ورسالة د/ عبد القادر خليل سألقة الذكر، ص

(٤) Guy Braibant, Bernard Stirn : Le droit administratif français Dalloz, 2005, p. 304.

(٥) Auvret Patrick : La notion de droits acquis endroit adminhistratif français, R.D.P. 1985, p. 53.

في ٢٦ أكتوبر ٢٠٠١<sup>(١)</sup>.

فإذا انقضت مدة الطعن القضائي في مصر ولم يطعن على القرار، أو انقضت مدة الأربعة أشهر في فرنسا ولم تقم الإدارة بسحب قراراتها — غير المشروعة — تحض القرار وبالتالي لا تستطيع الإدارة أن تقوم بسحبه وذلك حرصاً على تحقيق التوازن بين مبدأ المشروعية، ومبدأ الاستقرار القانوني<sup>(٢)</sup>. وإذا كانت القاعدة المستقرة لدى الفقه والقضاء هي جواز سحب القرارات الإدارية : إلا أن هذه القاعدة لا يعمل بها على إطلاقها حيث تجب التفرقة بين القرارات الإدارية المشروعة والقرارات الإدارية غير المشروعة :

١- القرارات الإدارية المشروعة : إذا ما صدرت القرارات الإدارية من جهة الإدارة وكانت مشروعة يستوي في ذلك أن تكون قرارات تنظيمية أو فردية فإنه يوجد إجماع بين الفقهاء على أنه لا يجوز للإدارة سحب القرارات التنظيمية بأثر رجعي، لأن التنظيم إنما يكون للمستقبل لا بالنسبة للماضي، وإن كان يجوز للإدارة إلغاء اللوائح المشروعة أو تعديلها بالنسبة للمستقبل فحسب دون الماضي<sup>(٣)</sup>.

أما القرارات الفردية السليمة فلا يجوز سحبها حتى لا يترتب على السحب مساساً بالحقوق التي سبق وأن رتبها القرار الإداري<sup>(٤)</sup>، وهذا ما أكده القضاء الإداري المصري والفرنسي وجرى عليه حيث تقرر المحكمة الإدارية العليا أنه "جرى قضاء هذه المحكمة على أن القرارات الإدارية التي تؤكد حقاً

---

(١) جاء ذلك في حكم Ternon وسوف نشير إليه لاحقاً بالتفصيل.

(٢) Philippe Collière, Le retrait des décisions individuelles créatrices de droits : un régime juridique peu satisfaisant, AJDA, 2008, p. 334.

(٣) د/ محمد السناري : رسالته سألقة الذكر، ص ٢٤٣، وانظر مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة العليا في خمس عشرة عاماً ١٩٦٥-١٩٨٠ ج ٣ ص ٢٢٩٤.

(٤) د/ صلاح الدين فوزي : الميسوط في القانون الإداري، ٢٠٠٠، ص ٩٢٢. وانظر حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٨٧١ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٨٤/١١/١٧ المجموعة السنة ٣٠ ص ٩٢، وانظر كذلك حكم محكمة القضاء الإداري في القضية رقم ٧٤٢ لسنة ٥ ق جلسة ١٩٥٣/٦/٢١ المجموعة ١ لسنة ٧ ص ١٦٦٤.

أو مركزاً شخصياً للأفراد لا يجوز سحبها في أي وقت متى صدرت سليمة"<sup>(١)</sup>. وفي حالة قيام الإدارة بسحب القرار الفردي المشروع فنه تصرفها يعد مخالفاً لمبدأ عدم الرجعية في القرارات الإدارية، ومن ثم يكون قرار السحب باعتباره قراراً إدارياً غير مشروع لسريانه على الماضي.

وتؤكد المحكمة الإدارية العليا على ذلك بقولها "القرار الإداري السليم لا يجوز سحبه إعمالاً لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، أساس ذلك، القرار الساحب فيما لو أتيح سحب القرارات الإدارية السليمة سيكون رجعياً من حيث إعدامه لآثار القرار المسحوب من تاريخ صدور هذا القرار الأخير احتراماً لما يرتبه القرار الصحيح من مركز قانوني أصبح حقاً مكتسباً لمن صدر القرار في شأنه، الأمر الذي يمتنع على أية سلطة إدارية المساس به"<sup>(٢)</sup>.

وإذا كان القضاء في مصر وفرنسا مستقر على عدم جواز سحب القرارات الإدارية السليمة تأسيساً على مبدأ عدم الرجعية، وضرورة استقرار الأوضاع والمراكز القانونية الناشئة عن تلك القرارات إلا أن ثمة استثناءات ترد على هذه القاعدة.

منها القرارات الخاصة بفصل الموظفين حيث أجاز القضاء المصري والفرنسي<sup>(٣)</sup>، سحبها نظراً لاعتبارات تتعلق بالعدالة، شريطة ألا تكون الإدارة قد عينت في وظيفة الموظف المفصول شخصاً آخر تعييناً صحيحاً قانوناً، إذ أن مقتضى السحب في هذه الحالة هو فل الموظف الجديد، وهو ما لا يجوز قانوناً

---

(١) انظر على سبيل المثال حكمها في الطعن رقم ٦٤٥٠ لسنة ٤٥ ق جلسة ٢٠٠١/٩/٥ المجموعة ١ لسنة ٤٦ ص ٢٨٤٣، وحكمها في الطعن رقم ٧٧٧ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٩٤/٣/٢٩ المجموعة ١ لسنة ٣٩ ص ١١٥١ وفي القضاء الفرنسي.

C.E. Sect, 23 Juillet, 1974, Ministère de l'intérieur and sieur Gay, Rec, P. 441.

(٢) حكمها في الطعن رقم ١٤٦٤ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٩٢/٤/١١ المجموعة السنة ٣٣ ص ١١٢٤، وانظر د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، ص ٦٥٩.

(٣) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٧ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٧٤/٢/٣ المجموعة ١ لسنة ١٩ ص ١٢٩.

C.E. 12/3/1909, Sanquet, Rec, p. 270.

C.E. 14/2/1958 chamley et perret, Rec, p. 99.

لما فيه من اغتصاب غير مشروع للحق المكتسب لهذا الموظف الجديد<sup>(١)</sup>.  
كذلك الشأن بالنسبة للقرارات الفردية المشروعة غير المنشئة لحقوق  
مثل قرارات سحب الجزاء التأديبي حتى ولو كان هذا الجزاء مشروعاً لأنها لا  
تولد حقوقاً أو مزايا لا للغير ولا للإدارة<sup>(٢)</sup>.

٢- القرارات الإدارية غير المشروعة : فإن القاعدة بشأنها هي جواز سحبها من  
جهة الإدارة في أي وقت حيث أنها لا تولد حقوقاً مكتسبة، وما جزاء السحب  
بالنسبة لها إلا كجزاء لعدم مشروعيتها<sup>(٣)</sup>.

على أنه تجدر الإشارة إلى أن القرارات التنظيمية المشروعة إذا ما  
طبقت تطبيقات فردية وانقضت مدة التقاضي فإنه يسري عليها ما يسري  
على اللوائح السليمة فلا يجوز سحبها وإنما يجوز إلغاؤها فقط بالنسبة  
للمستقبل<sup>(٤)</sup>.

لا بد أن سحب القرارات غير المشروعة يتحصن بانقضاء مدة الستون  
يوماً في مصر والأربعة أشهر في فرنسا — التي سبق ذكرها — بحيث تعامل  
بعدها هذه القرارات معاملة القرارات السليمة وبالتالي يمتنع سحبها أو إلغاؤها  
تغليباً لمبدأ استقرار الأوضاع وحفاظاً على حقوق الأفراد وهذا ما أكد عليه  
القضاء الفرنسي والمصري.

حيث قضى مجلس الدولة الفرنسي أن الإدارة لا تستطيع أن تقوم  
بسحب القرار الفردي غير المشروع والمنشئ للحقوق إلا في خلال مدة الأربعة

---

(١) د/ سامي جمال الدين : المرجع السابق، ص ١٩٣، د/ حسني درويش، رسالته ص ٣٢١ .

De Laubadér : Traité de droit administrative, 1980, p. 323.

(٢) د/ عبد القادر خليل : رسالته سالفة الذكر ص ٣٣٦، د/ حسني درويش عبد الحميد، رسالته ص ٣٢١،  
حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٥٢٨٠ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٧/٤/٢٠٠٤ المجموعة ١  
لسنة ٤٩ ص ٦١٠ .

C.E. 3/11/1922, Dame cachet, R.D.P. 1922, p. 552.

(٣) De Laubadère, op. cit., p. 326.

(٤) د/ محمد السناري: رسالته ص ٢٤٤ .

شهور التالية لنفاذه"<sup>(١)</sup>. أما المحكمة الإدارية العليا المصرية فتؤكد على أنه "لا يجوز سحب القرارات الإدارية الفردية التي تولد خطأ أو مركزاً شخصياً للأفراد في أي وقت، وذلك استجابة لدواعي الملحة العامة التي تقضي باستقرار تلك المراكز، فإذا كانت هذه القرارات غير مشروعة تعين على جهة الإدارة سحبها التزاماً بحكم القانون وتصحيحاً للأوضاع المخالفة، وذلك خلال الفترة المحددة للطعن على القرار بدعوى الإلغاء، فإن انقضت هذه الفترة اكتسب القرار غير المشروع حصانة تعصمه من السحب أو الإلغاء ويصبح لصاحب الشأن حق مكتسب فيما تضمنه القرار، وكل إخلال بهذا الحق بقرار لاحق يعد أمراً مخالفاً للقانون يعيب القرار الأخير ويبطله"<sup>(٢)</sup>.

إلا أنه أتيح لمجلس الدولة عبر قضائه الباحث عن التوازن العادل بين حفظ الشرعية واستقرار المراكز القانونية أن يقدم مجموعة من الاستثناءات على قاعدة سحب القرارات الفردية غير المشروعة دون التقييد بمدد الطعن أو السحب تتمثل فيما يلي :

١- القرارات الإدارية الصادرة بناء على غش أو تدليس من أحد الأفراد : لا تعتبر القرارات التي تم الحصول عليها بالغش قرارات منشئة للحق، حيث يعتبر القاضي الإداري أن القرار الذي تم الحصول عليه بالغش لا يمكن أن ينشئ حقاً لصالح المستفيد منه، ويجوز من ثم سحبه أو الغائه في أي وقت في حين تكون مدة الطعن وفقاً للقواعد العامة قد انقضت"<sup>(٣)</sup>.

وفي مصر قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "لا يجوز القرارات الإدارية

---

(١) C.E. 26/10/2001, Ternon, No. 197018 AJDA 2001, p. 1034, Rec, p. 497.

(٢) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٩٠٢ لسنة ٤٨ ق جلسة ٢٠٠٨/١/٥ .

(٣) CE 18L11L1966, Ministre des travaux publics et des transports c/silvani, Lebon, p. 609.

CE 17/7L1955, Silberstein, Lebon, p. 334.

ومن الأحكام الحديثة في هذا الشأن :

CE 29/11/2002, Assistance publique-Hopitaux de Marseille, Lebon, p. 414, AJDA 2003, p. 276, Chron, F. Donnat et de D casas.



الفردية التي تولد خطأ أو مركزاً شخصياً للأفراد في أي وقت .. إلا أن ثمة استثناءات على هذه القاعدة بحيث يجوز سحب القرار حتى بعد مضي ستين يوماً على صدوره، من ذلك حالة الحصول على قرار إداري نتيجة غش أو تدليس من جانب من صدر لصالحه القرار ففي هذه الحالة يجوز سحب القرار في أي وقت ولو بعد فوات ميعاد الطعن عليه بالإلغاء<sup>(١)</sup>.

٢- القرارات المنعقدة : القرار المنعقد هو القرار الذي لحقت به مخالفة جسيمة للقانون جردته من صفته كتصرف قانوني ونزلت به إلى حد غصب السلطة وانحدرت به إلى جعله مجرد عمل مادي منعقد الأثر قانوناً<sup>(٢)</sup>. والقاعدة العامة في شأن القرارات المنعقدة هو استثناءها من موعد الستين يوماً حيث يجوز سحبها دون التقيد بمدة الطعن القضائي.

٣- القرارات التي تعارض حجية الأمر المقضي : يلحق بالقرارات المنعقدة القرارات التي تعارض حجية الأمر المقضي ولذلك يسري عليها ما يسري على القرارات المنعقدة من جواز سحبها في أي وقت لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا بأنه "إذا خاض المرشح العملية الانتخابية وفق جدول الانتخابات وكشوف اللجان الفرعية بتلك الدائرة قد شابتها عيوب قانونية تفقدها صلاحيتها لإجراء الانتخابات عليها وتأكد ذلك بحكم جائز لحجية الأمر المقضي وواجب النفاذ، وأجريت الانتخابات رغم ذلك فإن إرادة الناخبين في هذه الحالة تكون قد وردت على غير محل ولا تنتج مركزاً قانونياً يمكن الاعتداد به لورود هذه الإرادة على محل غير صحيح للاقتراع عليه، ويكون قرار

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٣٩٠٢ لسنة ٤٨ ق جلسة ٢٠٠٨/١/٥ وحكمها في الطعن رقم ٤١١٦ لسنة ٤٠ ق جلسة ٢٠٠٤/١٠/١٦ .

(٢) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٨٣٤ لسنة ١٦ ق جلسة ١٩٧٤/٦/٢٥ المجموعة ١ لسنة ١٩ ص ٤٢١، وحكمها في الطعن رقم ٣٧١ لسنة ٤٨ ق جلسة ٢٠٠٧/٢/١٧ .

إعلان نتيجة الانتخابات في هذه الحالة للمرشح الذي سمح بدخوله الانتخابات رغم ذلك وعلى خلاف حكم قضائي واجب النفاذ هو قرار شابه عيب جسيم ينحدر به إلى الانعدام"<sup>(١)</sup>.

٤- القرارات الإدارية المبنية على سلطة مقيدة والقرارات الكاشفة للحقوق : إذ يعد قراراً مقررّاً القرار الذي يقتصر على الاعتراف بوجود مركز محدد أو وجود نطاق الحقوق السابق وجودها دون أن يكون لصانعه - مصدرها - أي سلطة في التقدير مثال ذلك بطاقة تحقيق الشخصية - الرقم القومي - والذي يفترض في صاحبها حيابة الجنسية ولكن لا يمكن الاحتجاج بها فثبات حيابة الجنسية. كما أن "قرار إعلان النتيجة يعتبر من القرارات الكاشفة حيث ... تصدر قرارات إعلان نتيجة البكالوريوس عن سلطة مقيدة لجهة الإدارة حيث أن تلك القرارات ليست إلا تطبيقاً لقواعد أمرة مقيدة ومن ثم يجوز للسلطة الإدارية سحب قراراتها التي من هذا القبيل في أي وقت متى استبان لها مخالفتها للقانون"<sup>(٢)</sup>.

٥- القرارات المتعلقة بالتسويات الخاطئة للمرتبات وما في حكمها : حيث قضت المحكمة الإدارية العليا في شأنها أن مفاد نصوص القانون ١١ لسنة ١٩٧٥ تسوية حالة العاملين الذين تتوافر لهم مدد كلية فيه وذلك بترقيتهم ترقيات حتمية وجوبية - يستمد الموظف حقه من القانون مباشرة - القرار الصادرة بالمخالفة لحكم القانون المذكور لا ينشئ بذاته للعامل مركزاً قانونياً - يجوز لجهة الإدارة سحب

---

(١) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٦٧٥ لسنة ٤٧ ق جلسة ٢٠٠٥/٤/٩ .  
(٢) المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ١٥٧٤ لسنة ٤٧ ق جلسة ٢٠٠٤/٤/٣ المجموعة ١ لسنة ٤٩ ص ٥٤٠ .

قرارات الترقية المخالفة للقانون دون التقيد بمواعيد السحب المقررة  
قانوناً<sup>(١)</sup>.

---

(١) حكمها في الطعن رقم ٧٠٩ لسنة ٢٦ ق جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ المجموعة ١ لسنة ٢٨ ص ١١٧ .

## المبحث الثاني

### مبدأ الاستقرار القانوني أمام محكمة العدل الأوروبية

منذ ستينيات القرن الماضي وبالتحديد في ١٩٦٢/٤/٦ عندما صدر حكم محكمة العدل الأوروبية<sup>(١)</sup>، والقاضي الأوروبي يكرث في أحكامه منذ حكم Bosch مبدأ الاستقرار القانوني باعتباره من بين المبادئ العامة الجماعية التي تحكم الدول الأوروبية ويطبق هذا المبدأ في كثير من الدعاوى التي ترفع أمام القاضي الأوروبي، ويطبق بحرص شديد عندما يتعلق الأمر بتنظيم يمكن أن يشمل نتائج مالية.

وقد ذكر التقرير الفرنسي حول الدستور والاستقرار القانوني والمنشور في الحولية الدولية للقضاء الدستوري عام ١٩٩٩ أن هذا المبدأ بالنسبة لمحكمة العدل الأوروبية يأخذ طابع المبدأ الأساسي ويستخلص منه عدد من الشروط أو المبادئ المشتقة<sup>(٢)</sup>.

وطبقاً لقاعدة عامة يتطلب مبدأ الاستقرار القانوني والذي يعد جزءاً من النظام القانوني الأوروبي أن يكون كل قرار للإدارة منتج لآثار قانونية واضحة محدداً، ومعلوم لذي الشأن بحيث يستطيع أن يعلم يقيناً اللحظة التي يوجد فيها هذا القرار ويبدأ في إنتاج آثاره القانونية خاصة بالنسبة لمدد الطعن<sup>(٣)</sup>.

ويستخلص القاضي من هذه الشروط الاستقرار وتوقع القاعدة القانونية بتحديد واضح ومحدد لمدد الطعن<sup>(٤)</sup>.

---

(١) انظر حكم محكمة العدل الأوروبية في ١٩٦٢/٤/٦ رقم ١٣ لسنة ٦١ .

De Geusen Uitdenboger/Bosch

(٢) لمزيد من التفاصيل انظر :

Bertrand Mathieu, Rapport français, "constitution en sécurité juridique" Xve Table ronde de jurisprudence constitutionnelle AIJC, 1999.

(٣) حكم محكمة العدل الأوروبية ٨٩/١٨ في ٧ فبراير ١٩٩١ Tagaras C/cour de justice

(٤) حكم محكمة العدل الأوروبية ٨١/٤٤ في ١٩٨٢/٥/٢٦ Allemagne C/Commission

أو لتطبيق التقادم أو السقوط المحقق لاستقرار المراكز القانونية، ومن ثم فإن رجعية القرارات يجوز إلغاؤها بصفة خاصة، وأن مبدأ عدم رجعية القانون الجنائي تكون جزءاً من المبادئ العامة للقانون الأوروبي كما ورد في حكم Kirk في ١٩٨٤/٧/١٠<sup>(١)</sup>.

وتجيز محكمة العدل الأوروبية إمكانية تعديل آثار القرار من حيث الزمان وذلك بالحكم بإقرارات عدم نفاذ فورية بالنسبة للمستقبل، وهي تقوم على تفسير واسع للمادة ٢٣١ للمعاهدة المنشئة للجماعة الأوروبية حيث يتناول هذا النص الطعن بالإلغاء في القرارات الأوروبية أمام محكمة العدل الأوروبية، إذا كان الطعن مبرراً تقرر محكمة العدل إلغاء القرار محل الطعن وإلغاء أثره وفيما يتعلق باللوائح تذكر محكمة العدل الآثار المترتبة على اللائحة التي تعتبرها نهائية.

ومن خلال التفسير الواسع تقوم المحكمة بتوسيع سلطة التعديل المقررة للقرار في حالة الطعون الموجهة ضد اللوائح والطعون الموجهة ضد القرارات الأوروبية.

وتستعمل المحكمة سلطة التعديل فيما يجاوز الإلغاء بالنسبة للمسائل الأولية سواء بالنسبة لتفسير القواعد القانونية الأوروبية وذلك منذ عام ١٩٧٦<sup>(٢)</sup>.

أو بالنسبة لتطبيق إجازة القرارات الأوروبية منذ الأحكام التي صدرت عن المحكمة عام ١٩٨٠م<sup>(٣)</sup>.

وأما عن سحب القرارات المطعون فيها فقد عبرت المحكمة عن ذلك صراحة في حكمها الصادر في ٢٦ فبراير ١٩٨٧ أنه لا يجوز ذلك إلا إذا تم ذلك

---

(١) حكم محكمة العدل الأوروبية ٨٣/٦٣ في ١٩٨٤/٧/١٠ حكم Kirk

(٢) حكم محكمة العدل الأوروبية ٧٥/٤٣ في ٨ أبريل ١٩٧٦ قضية :

Modemoiselle Defrenne c/sabena

(٣) انظر الحكم أرقام ٧٩/١٠٩، ٧٩/١٤٥، ٧٩/١٤٥ الصادرة في ١٥ أكتوبر ١٩٨٠ والحكم الصادر في ٢٧ مارس ١٩٨٠ الخاص بالمنطقة الزراعية للشامبانيا.

خلال مدة معقولة، وإذا كانت الهيئة التي تصدر عنها تراعي بشكل كافٍ اعتماد المخاطب به على شرعيته<sup>(١)</sup>.

وغالباً ما يستعمل هذا المبدأ بالتلازم مع مبادئ أخرى ويكون لمبدأ الثقة المشروعة استقلال حقيقي في القانون الأوروبي. وقد ظهر في قضاء محكمة العدل الأوروبية مع حكم صدر في عام ١٩٥٧ والذي يتمسك بحفظ الثقة المشروعة في استقرار المراكز القانونية<sup>(٢)</sup>.

وقد تم تكريث هذا المبدأ بشكل واضح في حكم صدر في ١٩٧٣/٦/٥ وتم التأكيد عليه في حكم صدر في ١٩٧٨/٥/٣<sup>(٣)</sup>.

وقد كيف في البداية على أنه يعد جزءاً من النظام القانوني للجماعة الأوروبية فيحكم Topfer وقد اعتبر بعد ذلك على أنه مبدأ أساسياً للجماعة بحكم صدر في ١٩٨١/٥/٥ عرف بحكم Durbeck<sup>(٤)</sup>.

ولقد وجد مبدأ الثقة المشروعة أرضاً خصبة في موضوع التنظيم الزراعي مع أحد الصيغ الأكثر أهمية بالنسبة لمبالغ التعويض الزراعي، حيث رأت المحكمة أن المشغل قد يكون له ثقة مشروعة بالنسبة للعمليات الحتمية النهائية التي قام بها لأنه حل على إذن تصدير بكفالة يشمل تحديد مسبق لبلغ الرد المتزايد، ولا يجوز إجراء أي تعديل غير متوقع يكون له أثر إحداث خسائر غير قابلة للتفادي<sup>(٥)</sup>.

كما يطبق مبدأ الثقة المشروعة أيضاً في منازعات الوظيفة العامة الجماعية وأيضاً لحماية الحقوق المكتسبة بواسطة الأفراد، وأيضاً لتقرير إمكانيات

---

(١) حكم محكمة العدل الأوروبية ٨٥/١٥ في ٢٦ فبراير ١٩٨٧ قضية

Consorzio cooperative d'abruzzo c/commission

(٢) حكم محكمة العدل الأوروبية ٥٦/٧ في ١٢ يولية ١٩٥٧ قضية Algeria ضد

Assemblée commune de la CECA

(٣) حكم محكمة العدل الأوروبية ٧٢/٨١ في ١٩٧٣/٦/٥ commission contre conseil

حكم محكمة العدل الأوروبية ٧٧/١١٢ في ١٩٧٨/٥/٣ Topfer c/commission

(٤) حكم محكمة العدل الأوروبية ٨٠/١١٢ في ١٩٨١/٥/٥ قضية Durbeck

(٥) حكم محكمة العدل الأوروبية ٧٤/٧٤ في ١٤ مايو ١٩٧٥

Omptoir national technique agricole

## المبحث الثالث

### مبدأ الاستقرار القانوني أمام المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان

لقد قررت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان مبدأ الاستقرار القانوني باعتباره لصيق بقانون الاتفاقية الأوروبية لحفظ حقوق الإنسان والحريات الأساسية منذ حكمها الصادر في ١٣ يوليو ١٩٧٩ قضية Marckx ضد Belgique حيث طبقت المحكمة هذا المبدأ على اعتبار أنه من المبادئ الأساسية<sup>(٢)</sup> وتصر محكمة استراسبورج أولاً على العلم بالقانون والقابلية للاطلاع عليه ومعرفة قواعد العلانية المحددة بدقة واضحة بحيث لا يوجد أي مجال للبت وقد أتيح للمحكمة أن تحدد ذلك في حكمها الصادر في ١٦/١٢/١٩٩٢ في القضية المتعلقة بالقواعد الفرنسية المطبقة على أحكام نشر تصنيف المواقع<sup>(٣)</sup>. حيث اعتبرت المحكمة أن القواعد الفرنسية التي تقرر تصنيف المواقع تخلق عدم استقرار قانوني بالنسبة للطبيعة الحقيقية لرسوم التصنيف وطريقة حساب مدد الطعن، كما أن النظام لا يحقق الترابط والوضوح الكافي الأمر الذي منع ذي الشأن من اللجوء الفعلي إلى القاضي. كما ذكرت المحكمة في حكم لها صدر في ٢٨/٥/٢٠٠٠ أن شرط الوضوح وتحديد القواعد أمر لا ينفصل عن مطلب الاستقرار القانوني<sup>(٤)</sup>. وقد تم تحديد قضاءها في إطار نوعية القانون القابل لأن يضع قيود

---

(١) انظر حكم محكمة العدل الأوروبية رقم ٢٨٩ لسنة ٨١ في ١٩ مايو ١٩٨٣ Mavridis c/parlement والذي قيدت فيه المحكمة آثار الإلغاء بالنسبة لإحدى عمليات المنافسة لحفظ مصالح المرشحين المتحققة في المنافسة، وهذا التحليل لا يكون ضرورياً إذا كان إلغاء المسابقة قد حدث، ومن ثم فإن التعيينات التي تمت بعد الإلغاء أصبحت نهائية، وانظر كذلك حكم المحكمة رقم ٩٠ لسنة ٩٥ في ١٧ أبريل ١٩٩٧ قضية De compte c/parlement (٢) انظر حكم محكمة استراسبورج في قضية Marcky ضد بلجيكا في ١٣/٦/١٩٧٩ دوائر مجتمعه قضية رقم ٧٤/٦٨٣٣.

(٣) CEDH, 16 décembre 1992, de Geouffre de la pradelle c/ france

(٤) CEDH, 28 Mars 2000, baramowski c/ plogne.

معترف بها وضرورية في المجتمعات الديمقراطية والتساؤلات المترتبة على هذا الشأن من خلال قانون السوابق القضائية في حكم لها صدر في ١٩٧٩/٤/٢٦ . عرف بحكم Sunday Times<sup>(١)</sup>، حيث قضت المحكمة بمفهوم نسبي للوضوح والتحديد وقررت بأننا - المحكمة - لا نستطيع أن نعتبر قانوناً إلا النظام العلن بوضوح وتحديد ليسمح للمواطن أن ينظم سلوكه مع الإحاطة به لحاجته للمشورة المبصرة، ويجب أن يتوقع النتائج التي يمكن أن تشتق من قرار معين. إن وضوح القانون هنا لا يقاس إلا بشرط أن يكون المعنى محاطاً بمشورات مبصرة.

أما بالنسبة للقواعد المتعلقة بالاستقرار وتوقع القانون فإن المحكمة تضع بصفة معتادة الرابطة بين مطلب الاستقرار القانوني ووجود مدد الطعن، ففي حكمها الصادر في ٢٨ نوفمبر ١٩٨٤ قضية Rasmussen ضد الدانمارك قررت المحكمة أن السلطات الدانماركية قد أصابت عندما قررت مدة رفع دعوى الإنكار كمبرر لضمان الاستقرار القانوني وحماية مصلحة الطفل<sup>(٢)</sup>.

وفي حكمها الصادر في ٢٨ أكتوبر ١٩٩٩<sup>(٣)</sup> تقرر المحكمة تقييد إمكانية الرجعية في القوانين المدنية حيث يكون ذلك مبرراً بالمصلحة العامة، ومن ثم فإن قوانين التصديق يجب أن تلبى الأسباب الجوهرية ومتطلبات المصلحة العامة، وهي تستعمل مبدأ الاستقرار القانوني لتقدير أن التحديد من حيث الزمان للآثار الرجعية للإلغاء القضائي ليس مخالفاً لمبادئ وقواعد الاتفاقية الأوروبية لصون حقوق الإنسان والحريات الأساسية خاصة المادة ١/٦ وقضت بأن إلغاء قرار رسمي نهائي يكون مخالفاً لمبدأ الاستقرار القانوني<sup>(٤)</sup>. وقررت محكمة لكسمبورج بالنسبة لها مبدأ الاستقرار القانوني باعتباره مبدأ عاماً في القانون الأوروبي يطبق بناء

---

(١) انظر على سبيل المثال حكم محكمة حقوق الإنسان الصادر في ٢٦ أبريل ١٩٧٩ المعروف بحكم Sunday times c/ royaume-uni.

(٢) انظر على سبيل المثال حكم محكمة حقوق الإنسان الصادر في ٢٨ نوفمبر ١٩٨٤ قضية Rasmussen ضد الدانمارك .

(٣) CEDH, 28 Octobre 1999, Zielinski et Pradal and Gonzalese, a c/France.

(٤) انظر حكم محكمة حقوق الإنسان الصادر في ٢١ مايو ٢٠٠٢ Nodes c/ turquie دوائر مجتمعة حكم رقم ٢٩٩٦٨/٩٦ .



على ذلك على القرارات القانونية المشتقة<sup>(١)</sup>.

---

(١) CJCE 16/3/2006, Demande de decision préjudicielle du bundesverwaltungsgericht-emsland-starke GMBH c/Landwirtschaftskammer Hannover,AFF, C-94/05.

## المبحث الرابع

### مبدأ الاستقرار القانوني أمام القاضي الدستوري

منذ العديد من السنوات والرغبة تتزايد لدى قضاء المجلس الدستوري الفرنسي لمطلب الاستقرار القانوني دون أن يتقرر هذا المبدأ في هذه المرحلة صراحة لدرجة جعلت بعض الفقه الفرنسي يكيّفه بالمبدأ الخفي ويأمل بتقريره الصريح <sup>(١)</sup>.

ويستلهم مبدأ الاستقرار القانوني الاهتمامات الأساسية المتعلقة بجودة القانون وتوقع القانون ويشمل مجالات ساكنة ومتحركة، ويأخذ المجلس الدستوري بمتطلبات جديدة حول وضوح القانون وفهمه وقابليته للإطلاع والوصول إليه ومجاليه الأمر.

ويعتبر المجلس منذ وقت طويل أن النص الواضح المحدد يلبي شروط المادة ٣٤ من الدستور ٤ أكتوبر ١٩٥٨ كما ورد في حكم المجلس الصادر في ١٦ يناير ١٩٨٢ المتعلق بالتأميمات <sup>(٢)</sup>.

كما قرر المجلس أن النص التشريعي غير المفهوم وغير القابل للإيضاح والشرح هو نص معيب بعدم الاختصاص السلبي كما جاء ذلك صراحة في حكمه الصادر في ١٠ يوليو ١٩٨٥ <sup>(٣)</sup>، المتعلق بالقانون الخاص بنصوص متنوعة ذات طابع اقتصادي ومالي، وقد قضى المجلس بأن النص الضريبي الذي يحتمل تفسيرين ولا تسمح الأعمال التحضيرية بالحسم بينهما، ولم يحدد القواعد المتعلقة بوعاء الضريبة، يعد من ثم مشوباً بعدم الاختصاص السلبي. وحول القانون المتضمن تعديلاً لانتخابات مجلس الشيوخ الفرنسي رأى المجلس أن المشرع لم يمارس اختصاصه بشكل كامل ومن ثم قام المجلس

---

(١) Anne-Laure valembois : la constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français, op.cit.

(٢) C.C. No. 81-132 DC du 16 Janvier 1982.

(٣) C.C. No. 85-191 du 10 juillet 1985.

بالغاء المادة ٧ من القانون المعدل لانتخابات مجلس الشيوخ<sup>(١)</sup>.

ويرى المجلس أن المادة ٣٤ من الدستور تضع شرطاً لوضوح القانون أشار إليه قرار المجلس في ١٠ يونية ١٩٩٨<sup>(٢)</sup> الخاص بقانون التوجيه والتحفيز المتعلق بتخفيض وقت العمل. وقد تم تحديد هذا المبدأ بوضوح في قرار المجلس رقم ٤٥٥ لسنة ٢٠٠١ في ١٢ يناير ٢٠٠١ قانون التحديث الاجتماعي، كما تؤكد ذلك من قبل في قراره رقم ٧٠٧ لسنة ١٩٩٩ في ١٤/١/١٩٩٩ المتعلق بقانون حول طريقة انتخاب المستشارين الإقليميين<sup>(٣)</sup>.

وليس من السهل أن تتم التفرقة بين هذا المنظور حول عدم الاختصاص السلبي لأن النص غير المحدد أو غير الواضح يمكن أن يعاقب عليه طبقاً لهذا أو ذاك وحتى لو كان من وجهة النظر المنطقية تتلاقى قاعدة عدم الاختصاص السلبي ومبدأ الوضوح بشكل قاطع وليس كاملاً، يجوز أن يكون المشرع واضحاً مع بقاءه بعيداً عن اختصاصه، وعلى العكس عندما يعتدي على المجال اللائحي يجوز أن يبقى المشرع غامضاً بشكل كامل.

وفي حكمه الصادر في ١٦ ديسمبر ١٩٩٩ المتعلق بالقرار الوزاري استند المجلس الدستوري إلى المادة ٤ و١٦<sup>(٤)</sup> من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر في ١٧٨٩ هدف له قيمة دستورية، له قابلية للفهم والعلم بالقانون، ورأى أن تحقيق تقنين النصوص يحقق هذا الهدف كما طبق ذات التحليل في قراره رقم ٤٢٣ لسنة ٢٠٠٣<sup>(٥)</sup> بمناسبة قانون إعطاء صلاحية للحكومة لتبسيط القانون بإسناده لهدف وضوح القانون وقابليته للفهم.

وباعتبار أن مخالفة هذا الهدف للقابلية للفهم تثار كثيراً، أجاز المجلس الدستوري مع ذلك أن الإجراءات يمكن أن تكون معقدة، إذا كانت

---

(١) C.C. No. 2003-475 DC 24 Juillet 2003.

(٢) C.C. No. 98-401 DC du 10 Juin 1998.

(٣) C.C. No. 99-40 DC du 14 janvier 1999.

(٤) C.C. No. 99-421 DC du 16 décembre 1999.

(٥) C.C. No. 2004-499 DC du 29 juille 2004.

القواعد الجديدة قد تم الإعلان عنها بطريقة متماسكة ومحددة، كما حدد ذلك في قراره رقم ٤٩٩ لسنة ٢٠٠٤ في ٢٩ يوليو ٢٠٠٤ المتعلق بحماية الأشخاص الطبيعية ومعالجة البيانات ذات الطابع الشخصي المعدل لقانون ٧٧ لسنة ٧٨ في ١٩٧٨/١/٦ المتعلق بالمعلوماتية والبطاقات والحريات وأصبح هو قانون ٨٠١ لسنة ٢٠٠٤ في ٢٠٠٤/٨/٦ .

ولم يراقب في قراره رقم ٥٠٩ لسنة ٢٠٠٤ الصادر في ١٣ يناير ٢٠٠٥<sup>(١)</sup>، القانون رقم ٣٢ لسنة ٢٠٠٥ الصادر في ١٨ يناير ٢٠٠٥ الخاص ببرمجة الترابط الاجتماعي وهو قانون معقد ومحدد في مفهومه.

وفي المقابل أعلن المجلس الدستوري أن المادة ٧٨ من قانون المالية لسنة ٢٠٠٦ في ٢٩ ديسمبر ٢٠٠٥ المتعلق بالسقف "المتعلق بالبيوت الضريبية" بسبب تعقيده الزائد بحيث أنه لا يكفي أي سبب للمصلحة العامة أن يبرر ذلك التعقيد الزائد لا يسمح بالضمان الضروري للحقوق الناتج من المادة ٤، ٥، ٦، ١٦ من إعلان ١٧٨٩<sup>(٢)</sup>. وهو مفهوم ليس بعيداً عن مفهوم الاستقرار القانوني، وإذا كان هذا التعقيد يحدث في المواد الضريبية فإنه يخالف المادة ١٤ من الإعلان، وتبرر أسباب المصلحة العامة الكافية التي لم تتوافر في القضية تعقيد القانون.

وقد شدد المجلس من شرط أمرية القانون، ولم ينقض قضائه نصاً تشريعياً دون مجال أمر لأنه غير فعال في قراره الصادر في ٢٢/١٠/٢٠٠٢<sup>(٣)</sup>.

وقد أعلن المجلس الدستوري في قراره ٥٠٠ لسنة ٢٠٠٤ في ٢٩ يوليو ٢٠٠٤ حول القانون الأساسي المتعلق بالاستقلال المالي للوحدات المحلية عن إرادته أن التشريعات دون نطاق أمر أو غير مرغوب فيه هو أمر منظم<sup>(٤)</sup> باسم الاستقرار القانوني، وقد طبق ذلك في قراره رقم ٥١٢ لسنة ٢٠٠٥ في ٢١/٤/٢٠٠٥ المتعلق بقانون التوجيه والبرمجة بالنسبة لمستقبل المدرسة.

---

(١) C.C. No. 2004-499 DC du 29 Juillet 2004.

(٢) C.C. No. 2004-509 DC du 13 Janvier 2005.

(٣) C.C. No. 2005-530 DC du 29 décembre 2005.

(٤) C.C.No.2004-500 DC du 29 Juillet 2004.

وفي هذا الحكم الأخير اعتبر المجلس أنه وفقاً لأحكام المادة ٦ من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة ١٧٨٩ فإن القانون هو التعبير عن الإرادة العامة، وأنه ينتج من هذا النظام مثل مجموع القواعد الأخرى ذات القيمة الدستورية المتعلقة بموضوع القانون أنه مع استثناء النصوص الخاصة الواردة بالدستور، فإن القانون له مجال أن يعلن عن القواعد القانونية ويجب بناء على ذلك أن يكون مكسواً بنطاق آمر، وأن النصوص المجردة من النطاق الأمر تكون مخالفة للدستور.

## الفصل الثالث

### تطور دور مجلس الدولة الفرنسي حول الأخذ

#### بمبدأ الاستقرار القانوني

##### المبحث الأول

#### الجهد الجديد للقاضي الإداري لحفظ التوازن بين المبدأين

#### التغيير نم حيث الزمن في آثار حكم الإلغاء أداة للاستقرار القانوني:

إن السبيل أمام القاضي حتى يقوم بعمل توازن بين مبدأ الشرعية ومبدأ استقرار المراكز القانونية هو استعارة فكرة تعديل آثار الإلغاء من حيث الزمان التي أخذ بها القاضي المقارن لأنها تستند إلى العديد من الأمثلة في هذا القضاء، كما أن لها سنداً قانونياً في القانون الأوروبي، كما أن هذا الطريق يدخل في التطور القضائي المهتم بضمان التوازن بين شرط الشرعية وشرط استقرار المراكز القانونية، ومستلهم من مفهوم واسع لمهمة القاضي.

وهذا أيضاً ذات الاهتمام بالتوازن بين مبدأ الشرعية ومبدأ الاستقرار هو الذي قاد واضعوا معاهدة روما إلى إعطاء محكمة العدل الأوروبية سلطة أن تحدد قرارات الإلغاء التي يكون لها أثر رجعي أو التي لا يكون لها أثر بالنسبة للمستقبل.

والإلغاء لا يشمل آثاراً مباشرة نتيجة الإرجاء، وهذا الإرجاء لآثار الإلغاء لا يتصور إلا إذا كان المقصود منه السماح للإدارة بمراجعة قرارها لجعله شرعي، وفي حالة عدم وجود رد فعل من جانبها خلال مدة معينة يسترد الإلغاء آثاره العادية.

#### مصدر سلطة تعديل آثار الإلغاء القضائي

يمكن تقسيم مصادر سلطة تعديل آثار الإلغاء القضائي إلى مصادر دولية وأخرى وطنية ومن ثم يستلزم الأمر أفراد (مطلب، فرع) لكل مصدر من هذه المصادر ونعرض لها على النحو التالي :

## المطلب الأول

### المصادر الدولية لسلطة تعديل آثار الإلغاء

عرضنا فيما سبق لموقف محكمة العدل الأوروبية من مبدأ الاستقرار القانوني وكيف استقرت أحكامها على الأخذ بهذا المبدأ الذي انتقل فيما بعد إلى المحاكم الفرنسية الوطنية.

والسؤال الذي يطرح نفسه ما هو السند الذي تستمد منه هذه المحكمة رأيها في هذا الصدد تستند محكمة العدل الأوروبية إلى المادة ٢٣١ من المعاهدة المنشئة للجماعة الأوروبية وتستمد سلطة تعديل آثار الإلغاء القضائي فيما يتعلق باللوائح الأوروبية، ويجوز أن يتم إرجاء آثار الإلغاء بواسطة المحكمة إلى التاريخ الذي تصدر فيه حكمها أو إلى تاريخ لاحق<sup>(١)</sup>.

وطبقاً لهذه المادة، فإن محكمة العدل الأوروبية المدفوع أمامها دعوى إلغاء قرار جماعي ترى أنها تقوم على أساس من القانون تقرر بطلانه وانعدام أثره.

وإذا اعترفنا أن المحكمة تستمد من هذا النص الصريح سلطة تعديل الآثار من حيث الزمان نشير إلى أنها قد أخذت بتطبيق واسع لأحكام المادة ٢٣١ من معاهدة الجماعة الاقتصادية الأوروبية CE وبناء على نص الاتفاقية سواء فيما يتعلق بالقرارات المعنية أو المصادر المقصودة. وبالنسبة للمصادر المقصودة اعتبرت أن سلطة التعديل لآثار الإلغاء واجبة التطبيق ليس فقط على اللوائح، ولكن أيضاً على مجموع الأعمال والقرارات الأوروبية الأخرى مثل التوجيهات<sup>(٢)</sup> والميزانيات الأوروبية<sup>(٣)</sup> أو القرارات<sup>(٤)</sup>.

---

(١) CJCE. 5/6/1973 commission c/conseil, Aff 81/72, Rec. p. 575.

(٢) CJCE. 7/7/1992 Parlement c/conseil, Aff. 295/90, Rec. p. 4616  
CJCE. 5/7/1986 parlement c/ conseil, Aff. 21/94.

(٣) CJCE. 3/7/1986 coseil c/parlement, Aff. 34/86, rec. p. 2155.  
CJCE. 31/3/1992 conseil c/parlement, Aff. C-284/90, Rec. I p. 2322.

(٤) CJCE. 28/5/1998, parelement c/conseil Aff. C-22/96, Rec. I. p. 3231.

وبالنسبة للدعاوى المقصودة طبقت محكمة العدل الأوروبية الصلاحية التي تعطيها لها المادة ٢٣١ في غير حالة الطعن بالإلغاء حيث اعترفت لنفسها بسلطة تحديد آثار أحكامها من حيث الزمان، فصلاً في المسائل الأولية<sup>(١)</sup> حيث قامت بتطبيقها على دعاوى حيث اعترفت محكمة العدل الأوروبية بإمكانية تعديل آثار الأحكام من حيث الزمان بتفسير وتحديد أن الحكم هو الذي يحدد القضاء الجديد الذي يجب أن يضع القيود الواردة على رجعية التفسير المعطي.

ففي حكمها الصادر في ١٩٧٦/٤/٨ قررت المحكمة أن الأثر المباشر الذي تعترف به للمادة ١١٩ من اتفاقية الجماعة الأوروبية المتعلق بالمساواة بين الرجال والنساء لا يجوز التمسك به لدعم المطالبات المتعلقة بفترات الأجر السابقة على حكمها لتفادي اضطراب الروابط الاجتماعية كلية<sup>(٢)</sup>. وقد أبتت المحكمة على قضائها بحكم ٢٧ مارس ١٩٨٠ وذلك بالاستناد إلى المبدأ العام للاستقرار القانوني المرتبط بالنظام القانوني الأوروبي. أو على دعاوى صحة تقدير القرارات الأوروبية<sup>(٣)</sup>.

حيث أخذت بحل من ذات النوع مقدرة بعد إثبات عدم صحة اللوائح الجماعية محل النزاع أن عدم النفاذ والصحة لا يمنع من تحصيل أو الوفاء بالمبالغ التعويضية النقدية التي أدتها السلطات الوطنية على أساس هذه اللوائح خلال الفترة السابقة على حكمها.

---

CJCE. 19/11/1998, portugál c/commission, Aff-c-159/96. Rec. I p. 7379.

- Frédéric Dieu : la modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier
- Principe de légalité et principe de sécurité juridique. AJDA 2006, p. 2428 ets.

<sup>(١)</sup> CJCE. 8/4/1976, Mile defrenne c/Sabena. Aff. 43/75. Rec. p. 455.

<sup>(٢)</sup> CJCE. 8/4/1976, Mile defrenne c/Sabena. Aff. 43/75, Rec. p. 455.

<sup>(٣)</sup> CJCE, 27/3/1980, Salumi et denkavit il aliana, Aff. 127/79. Rec. p. 219 et Aff. 61/79, Rec. p. 1223.



وبالنسبة لمعايير تطبيق سلطة التعديل راعت المحكمة ووضعت في اعتبارها آثارها حول المواقف والمراكز القانونية التي تكونت تحت تأثير العمل الجماعي الأوروبي المعروض عليها أو الصعوبات التي قد ترتبط بحدوث فراغ قانوني. وهذه الاعتبارات مرتبطة بنتائج الأحكام التي تكون وهمية وليست طبيعة العيب الذي يشوب القرارات الأوروبية.

ولقد استعملت المحكمة سلطة التعديل لتفادي التشكيك في تنفيذ الميزانية بينما راقبت القرارات المتعلقة بالميزانية<sup>(١)</sup>. أو لتفادي النيل من القرارات المتخذة على أساس القرارات الملغاة مع الاحتفاظ بآثار اللوائح الملغاة صراحة أو آثار القرارات إما بصفة نهائية<sup>(٢)</sup>. أو خلال الوقت الضروري لإقرار قواعد النقل والاستبدال<sup>(٣)</sup>. وبالنسبة لنماذج وأنواع التعديلات المطبقة قضت المحكمة أحياناً بأن أحكامها تسري في التاريخ الذي أصدرت فيه الحكم بمعنى أن للحكم أثر فوري وليس رجعي، وأحياناً ترجى آثار الأحكام الإبقاء على القرار المعيب انتظاراً لإصدار قرار جديد<sup>(٤)</sup>. وأحياناً تقضي بجرمان الإلغاء من كل أثر مقيد، وذلك باعتبار أن آثار القرار الملغى نهائية<sup>(٥)</sup>.

أخيراً أجازت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن مبدأ الاستقرار القانوني قد يبرر أحياناً أن لا تنال الدولة العضو من القرارات أو المراكز القانونية المكونة قبل الحكم بقراراتها<sup>(٦)</sup>.

وإذا كان للمحكمة مفهوم واسع عن سلطاتها في تعديل الآثار من حيث الزمان لأحكامها إلا أنها طبقت ذلك تطبيقاً ضيقاً، وهي لا تطبق ذلك إلا إذا

---

(١) CJCE. 15/10/1980. Providence agricole de champagne. Aff.4/79, Rec. p. 2823; Maiseries de Beauce, Aff. 109/79. Rec. p. 2883; Roquettes frères, Aff. 145/79. Rec. p. 2917.

(٢) CJCE. 3/7/1986, conseil c/parlement, Aff. 34/86, préc.

(٣) CJCE. 26/3/1987, commission c/conseil, Aff. 45/86. Rec. p. 1493.

(٤) CJCE. 10/6/1997, parlement c/conseil, Aff. C-392/95. RecI p. 3213; CJCE. 25/2/1999, parlement c/conseil, Aff. C-164/97 et 165/97, Rec. I p. 1153.

(٥) CJCE 5/6/1973, commission c/conseil, Aff. 81/72, Rec. p. 575.

(٦) CJCE 26/3/1987, Commission c/conseil, Aff. 45/86. Rec. p.

كانت الاعتبارات العليا للاستقرار القانوني تبرر ذلك. وهي ترتبط بآثار أحكامها حول المراكز القانونية التي تكونت واليت تنظر فيها والصعوبات التي تنتج من حدوث فراغ قانوني وليس مرتبط بطبيعة العيب الذي يعيب القرارات المتنازع فيها.

وتضع بناء على ذلك في اعتبارها الاضطرابات الخطيرة التي يمكن أن تنتج عن أحكام الإلغاء بالنسبة للمراكز القانونية التي تكونت من قبل وتكونت بحسن نية<sup>(١)</sup>. وتحديد أن الآثار المترتبة على المالية العامة أو الصعوبات العملية الناتجة من إعادة فحص العديد من الملفات لا تبرر بذاتها تقييد آثار أحكامها من حيث الزمان<sup>(٢)</sup>. ويكفي لكي ننهي حول هذه النقطة أن نشير إلى الأساليب التي أخذت بها المحكمة لتعدل آثار الأحكام من حيث الزمان الصادرة عنها يجوز لها أن تبقى على الرجعية، ولكي تقييد هذه الرجعية بالنسبة للأشخاص الذين رفعوا دعوى قبل تاريخ الحكم على أساس القرارات محل النزاع أو قدموا مطالبة عادلة، وهي يمكن أن تفرق في آثار أحكامها وذلك بالإبقاء على آثار القرار المطعون فيها انتظاراً لإصدار قرار جديد<sup>(٣)</sup>. وأقصى ما يكون قد تقضي المحكمة بأن آثار اللائحة الملغاة نهائية بالرغم من نص المادة ٣٣١<sup>(٤)</sup>.

ومن الجدير بالذكر أن كل الدول الأعضاء في الجماعة الأوروبية تضع في اعتبارها اعتبارات مستمدة من استقرار المراكز القانونية. وفي بعض الدول مثل النمسا تقرر أحكام المحكمة الدستورية أن القانون الأساسي المنظم لا ينتج أثراً إلا من يوم الحكم أو من يوم نشره، ويجوز للمحكمة أن تعطي بعض الآثار الرجعية لحكمها.

---

(١) CJCE, 27/3/1980, Salumi et Denkavit Italiana, Préc.

(٢) CJCE, 19/10/1995, Richardson, Aff.C -137/94; 29 Nov. 2001, Griesmar, Aff. C-366/99; 12/10/200, Cooke & Sons, Aff. C-372/98, Rec. I p. 8683.

(٣) CJCE 5/6/1973, Commission c/conseil, Aff. 81/72 Rec. p. 575.

(٤) CJCE 26/3/1987, commission c/conseil, Aff. 45/86, Rec. p. 1493.

وفي بعض الدول الأخرى مثل ألمانيا، بلجيكا، أسبانيا، البرتغال، فإن المبدأ العام هو الأثر الرجعي، ولكن يجوز للمحكمة الدستورية أن تقيد نتائج رجعية إعلان عدم الدستورية الذي تحكم به لتفادي الآثار غير المتناسبة، تقرر الإبقاء على كل أو جزء من آثار النظام الملغى <sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### المصادر الفرنسية لسلطة تعديل آثار الإلغاء القضائي

ليس جديداً معرفة القانون الإداري الفرنسي الحد من آثار الأحكام القضائية إذ يعرف ذلك منذ فترة طويلة بعض القواعد والآليات التي تجيز الحد من آثار الأحكام القضائية، فإذا كان يمكن إلغاء الرابطة بين الإلغاء والأثر الرجعي فإن ذلك لا يرجع إلى البيئة المناسبة التي سادت منذ وقت طويل ولكن نتيجة تطور قضاء مجلس الدولة. ونوضح تطور مجلس الدولة في هذا الصدد أولاً ثم نعقبه بتطبيق صريح لسلطة تعديل آثار الإلغاء وذلك على النحو التالي :

## الفرع الأول

### تطور دور مجلس الدولة الفرنسي.

لقد أخذ القضاء أولاً ومنذ وقت طويل بالعديد من المسلمات لقاعدة أن القرار الملغى يعتبر كأن لم يكن لأسباب مرتبطة باستقرار المراكز القانونية. وبناء على ذلك فإن الأعمال والقرارات الصادرة من قبل من موظف عام الذي ألغى تعيينه تعتبر سارية لضمان استقرار المراكز القانونية وفقاً لنظرية الموظف الفعلي <sup>(٢)</sup>.

وهذا القضاء يجعل آثار حكم الإلغاء من تاريخ صدوره. وبذات الطريقة قضى المجلس بأن إلغاء القرار اللائحي يكون دون أثر حول القرارات الفردية المنشئة لحقوق صادرة على أساس هذا القرار وأصبحت نهائية نتيجة

---

(١) Frédéric Dieu : op. cit., p. 3.

(٢) CE 2/11/1923, Lebon, p. 699.

عدم المنازعة فيها خلال مدة الدعوى<sup>(١)</sup>.

وبالنسبة للمسابقات لقد أخذ بجل أشد وأقصى بالقضاء بأن البيانات الواردة على إثر مسابقة ألغيت تكون في جميع الأحوال لاغية<sup>(٢)</sup>.  
لقد هجر مجلس الدولة هذا القضاء بأن قضى بأن إلغاء مسابقة التعيين يكون دون أثر حول التعيينات الناتجة عن هذه المسابقة إذا كانت هذه التعيينات لم تكن هي ذاتها محلاً لدعوى الإلغاء<sup>(٣)</sup>.

من ناحية أخرى يقدم القضاء العديد من الإمكانيات بالنسبة للقاضي عندما يثبت عدم شرعية قرار أن يعدل النطاق أو المدى والنتائج التي يقصد ترتيبها. وتعد نظرية العيوب غير الجوهرية هي الدليل على ذلك الأكثر تأكيداً لأنها تسمح بعدم ترتيب أي نتيجة من العيب الإجرائي.  
لقد أجاز مجلس الدولة الإلغاء الجزئي للقرارات الإدارية<sup>(٤)</sup>. كما أجاز مجلس الدولة كل التطبيقات التي تترجم بتعديل القرار وتهدف أيضاً إلى تحديد نتائج قرار الإلغاء نحو ما هو ضروري لاحترام مبدأ الشرعية. وبطريقة أكثر جدة هناك خط للقضاء بالاهتمام الكبير بالواقعية لهدف تفادي أحكام الإلغاء دون أثر رجعي، وبناء على ذلك يجوز للإدارة أن تصدر فوراً قراراً له نطاق مطابق لا يقدم أي ترضية للطاعن.

ومن ثم إذا كان هناك قرار مبني صراحة على العديد من الأسباب فإن قاضي تجاوز السلطة إذا كان يجب عليه أن يراقب سبب أو أكثر يتحقق قبل أن

---

(١) CE 3/12/1945, Caussidery, Lebon, p. 640; Sect. 1er/4/1960. Quériaud, Lebon p. 245, Concl. C.Henry; G. Braibant, Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir, EDCE 1961, p. 53.

(٢) CE 21/11/1962, pelbois, Lebon, p. 624.

(٣) CE 10/10/1997; Lugan, Lebon, p. 346, concl. V. perresse; chron, D. chauvaux et t-X. Girardot, AJDA, 1997, p. 952.

(٤) CE 10/10/1958, Union de la propriété batie, lebon, p. 480; CE 10/2/1995, Royer et Magnat, Lebon, p. 642. CE 13/3/1998 Fédération nationale des sociétés d'économie Mixe, Lebon, p. 74.

يلغي القرار أن الإدارة لن تصدر ذات القرار بالاستناد إلى أسباب لم تراقب<sup>(١)</sup>. بالإضافة إلى أنه يجوز لقاضي تجاوز السلطة أن يقوم من تلقاء نفسه باستبدال الأساس القانوني وفقاً لقضاء قديم تم تحديده بحكم المجلس في ٢٠٠٣/١٢/٣<sup>(٢)</sup>.

ولقد اعترف مجلس الدولة لقاضي تجاوز السلطة بإمكانية الاستبدال بدلاً من الأسباب المغلوطة بسبب آخر قانوني أو واقعي تستند إليه الإدارة، بشرط أن يكون هذا الاستبدال قد طلب من الإدارة عند التحقيق، ويتضح من هذا التحقيق أن الإدارة كانت تصدر ذات القرار إذا استندت بداءة على هذا السبب وأن هذا الاستبدال لا يحرم الطاعنة من ضمان إجرائي مرتبط بالسبب المستبدل<sup>(٣)</sup>.

ويبدو أن هناك حركة قضائية قربت القاضي وتطورت مهمته الذاتية وقادته إلى تجاوز الإطار الضيق للشرعية في إطار الإدارة الجيدة للقضاء الإداري. وتوجد أحكام عديدة تشير إلى أن مهمة قاضي تجاوز السلطة لا تقف عند حكم الإلغاء ولكن تمتد إلى آثار الحكم منها أحاكم على سبيل المثال صدرت في ٢٠٠١، نشرح للإدارة في أسباب الحكم القضائي بطريقة مفصلة إجراءات فرص إلغاء القرار الإداري المتنازع فيه وبصفة خاصة السلوك الانتقالي الذي يكون على الإدارة أن تأخذ به انتظاراً لنشر الإجراءات التنظيمية التي يكون عليها أن تضعها<sup>(٤)</sup>.

---

(١) CE 12/1/1968, Ministre de l'economie et ds finances c/dame parrot, lebon, p. 39; AJDA 1968,p. 179, concl. J. Kahn.

(٢) CE 3/12/2003 préfet de la seine-Maritime c/El Bahi, aux conclusions de J.H. Stahl Chron. F. Donnat et D. casas, AJDA 2004, p. 2020.

(٣) CE 6/2/2004, Mme Hallal, RFDA infra concl. I de silva; Chron, F. Donnat et D. Casas, AJDA 2004, p. 436.

(٤) انظر على سبيل المثال :

- CE 29/6/2001, Vassilikiotis, Lebon, p. 303, Concl. F. Lamy AJDA 2001, p. 1046.

- CE, 25/6/2001, Société à objet sportif, Lebon, p. 281, RFDA 2002, p. 47, Note J-M-Duval.

في النهاية يمكن لنا إعطاء أمثلة توضيحية لمعرفة القاضي الإداري هذه السلطة.

**الإيضاح الأول :** من هذه الآليات هو الطابع النهائي المعترف به للقرارات الإدارية إذا انقضت مدة الطعن، وهذا يشمل أن القرارات الصادرة على أساس التسوية العتبرة لاحقاً غير قانونية لا تتأثر بحكم الإلغاء لهذا التنظيم في كل مرة يصبح فيها نهائية<sup>(١)</sup>.

**الإيضاح الثاني:** هو إيضاح خاص بالتقنيات الإدارية المختلفة التي تسمح للقاضي الإداري ألا يحكم بإلغاء القرارات الإدارية، بينما تأكد من تعييبها بعدم المشروعية وقد يكون الأمر متعلق برفض إلغاء القرارات للعيوب التي ليس لها طاب جوهري أي تطبيق أسلوب استبدال الأساس القانوني<sup>(٢)</sup>.

أو من خلال تحديد الأسباب بمعنى أن يبحث القاضي عن إمكان الإدارة أن تصدر ذات القرار بالاستناد إلى أسباب لم تتم رقابتها<sup>(٣)</sup>.

أو من خلال استبدال الأسباب بمعنى استبدال الأسباب المغلوطة بسبب آخر واقعي أو قانوني بشرط أن يكون هذا الاستبدال قد تمت المطالبة به من الإدارة أثناء إجراء التحقيق<sup>(٤)</sup>. وقد يقدر القاضي الإداري أحياناً أن الحكم بالإلغاء يكون غير متناسب مع المصالح القائمة<sup>(٥)</sup>.

**الإيضاح الثالث:** هو التطبيق الضيق ولكن لفائدة كبيرة لأنه يؤجل آثار عدم الشرعية إلى حين تدخل قاضي تجاوز السلطة، وهذا هو في الواقع نطاق

---

(١) CE 2/12/1954, caussidéry et autres, Lebon, p. 640, CE 1/3/1960, quériaud, Lebon, p. 245.

(٢) CE sect 3/12/2003, Préfet de la seine-Maritime c/El Bahi. Lebon, p. 479; AJDA 2004, p. 202, Chron. F. Donnat et D. Casas; D. 2005; SC p. 35, obs. P.-L. Frier. RRDA 2004 p. 733, Concl, J.-H. Stahl.

(٣) CE ass. 12/1/1968, Ministre de l'Economie et des finances c/Dame Perrot, Lebon, p. 39; AJDA 1968, p.179.

(٤) CE 6/2/2004, Mme Hallal, Lebon, P. 48; AJDA 2004, p. 436. Chron. F.Donnat et D. Casas. RFDA 2004, p. 740, Concl I. de silva.

(٥) Frédéric Dieu : op. cit., p. 4.

نظرية الموظف الفعلي الذي يرفض ترتيب نتائج بالنسبة للماضي على إلغاء القرار الإداري الذي يخول موظفاً اختصاصاته بشكل غير قانوني<sup>(١)</sup>.  
وبإعطاء القاضي الإداري سلطة الأمر في مواجهة الإدارة وتدعيم مجال التدخل وسلطات قاضي الأمور المستعجلة أتاح المشرع للقاضي الإداري أن يعدل من آثار أحكامه.

هذا بالإضافة إلى أن منح القاضي الإداري سلطة الأمر التي من شأنها أن تسمح بضمان تنفيذ الأمر المقضي به م ١/٩١١، ٢/٩١١ من قانون القضاء الإداري إلى أن يحكم هذا الأخير بأوامر وقائية والتي كان محلها إيضاح الالتزامات التي يتضمنها هذا التنفيذ، ومع ذلك ليس فقط أن القاضي الإداري يستطيع أن يعول على الإدارة الفعالة ولكنه يكون أيضاً ملتزماً لأن له التزاماً مرتبطاً ليأمر ويضع إجراءات التنفيذ المطلوبة إذا توافرت الشروط<sup>(٢)</sup>.

كما تجدر الإشارة إلى أن قانون ٣٠ يونية ٢٠٠٠ المعدل لإجراءات الاستعجال قد نص في المادة (٥٢١) من قانون القضاء الإداري على أن قاضي الأمور المستعجلة يجوز له أن يأمر بوقف تنفيذ القرار الإداري أو بعض آثاره. كما نص المشرع أيضاً في المادة ٤/٥٢١ من ذات التقنين على أن قاضي الأمور المستعجلة يجوز له في كل وقت بالاطلاع على عنصر جديد أن يعدل من الآثار التي أرم بها أو يضع لها نهاية.

وخصوصية قاضي الأمور المستعجلة هي أن يتدخل ويعمل فوراً في مواقف مستعجلة عندما يكون هناك وقت يؤثر بشكل مفيد في سلوك الإدارة، ولا يتردد هذا القاضي في أن يخالف مبدأ الاقتصاد في الوسائل لصالح الأطراف

---

(١) CE Ass. 2/1/1923 association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et télégraphes Lebon, p. 699.

- CE Ass. 2/12/1983 charbonnel, Lebon, p. 474.

- CE sect. 16/5/2001 préfet de police c/ Ihsen mtimet, Lebon, p. 234; AJDA 2001, p. 647, Chron. M. Guyomar et p. collin.

(٢) CE set 30/11/1998, Berrad, Lebon, p. 451; RFDA, 1999, p. 511 concl F. Lamy.

بما في ذلك حالة عدم قبول الطلب<sup>(١)</sup>.

وفي هذا الأمر فإن القاضي الإداري المستعجل الذي عرض عليه قرار يسمح بالإعلان عن مسابقة مهنية، اهتم بأن يوضح للإدارة بأن السند المستمد من عدم كفاية المدة المتاحة للمرشحين تنشئ شكلاً جدياً حول قانونية عمليات المنافسة المنظمة، بينما لم يكن هناك محل للفصل في الموضوع، ويعوض القاضي الإداري المستعجل إلى حد ما القسوة النسبية لآثار قراراته وذلك بعمل التعليم والتوضيح<sup>(٢)</sup>.

## الفرع الثاني

### تطبيق سلطة تعديل آثار الإلغاء القضائي

تعد الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي في قضية Titran بشأن الإلغاء الجزئي المصحوب بالأمر، وقضية Vassilikiotis بشأن الإلغاء المشروط للآثار المرجئة مثلاً على الأمر الموجه إلى الإدارة خارج إطار أحكام المادة ١/٩١١، ٢/٩١١ من قانون القضاء الإداري.

فهذه الأحكام هي التي فتحت أول ثغرة واضحة بالنسبة لمسألة التعديل نم حيث الزمن لآثار حكم الإلغاء، وإدخال تقنية الإلغاء ذو الآثار المرجئة كما تدل العديد من الأحكام الصادرة عن مجلس الدولة الفرنسي على المراعاة المتزايدة لشرط الاستقرار القانوني وفيما يلي نوضح بعض منها :

١- فقد قضى المجلس منذ حكمه الصادر في ١٧ ديسمبر ١٩٩٧<sup>(٣)</sup> نقابة المحامين أمام محكمة استئناف باريس أن وضع النصوص تحت

---

(١) CE ord 26/4/2001, Syndicat Lutte pénitentiaire de l'union régionale Antilles-guyane, Lebon Tables p. 1006, 1060 et 1096.

(٢) Frédéric Dieu, op. cit., p. 6.

(٣) CE, 17/12/1997, ordre des avocats à la cour d'appel de Paris. Rec. P. 491, AJDA, 1998, p. 363.



التصرف ونشد النصوص والقرارات والوثائق القانونية في ظروف ملائمة للحالة التقنية المطبقة دون استثناء، تفرقة على مجموع هذه النصوص، القرارات والوثائق والملبية للحاجة للمساواة في الاطلاع والحيدة والموضوعية تكون حسب طبيعتها مهمة المرفق العام ويقع على الدولة حسن مراعاة تنفيذها.

٢- قضية Ternon<sup>(١)</sup> : في هذه القضية دعم مجلس الدولة الفرنسي مبادئ الاستقرار القانوني ومبدأ الثقة المشروعة حيث حدوث بشكل واضح في هذا الحكم قواعد سحب القرارات الإدارية غير المشروعة. وقد أعاد هذا الحكم التوازن في الاختلال وعدم الاستقرار الواقع منذ فترة طويلة بين احترام مبدأ الشرعية واحترام استقرار المراكز القانونية. ويرجع جوهر الموضوع إلى المدة والتي وفقاً لها فإن القرار المنشئ لحقوق في الذمة القانونية للأفراد لا يجوز سحبه أي يخرج من الأمرية القانونية وذلك بأثر رجعي. مع ذلك فإن مدة السحب بالنسبة للقرار الإداري الفردي الصريح المنشئ للحقوق وهي أربعة أشهر من تاريخ توقيع القرار. وهذا النظام القضائي منذ ٢٠٠١ والمناقض لسحب القرار الإداري الضمني المنشئ للحق ويعرف هذا الأخير نطاقاً قانونياً تشريعياً بالنسبة لسحبه، وطبقاً للمادة ٢٣ من قانون ١٢ أبريل ٢٠٠٠ المتعلق بحقوق المواطنين في علاقاتهم مع الإدارة، فإن القرار الضمني بالقبول يجوز سحبه لعدم الشرعية بواسطة السلطة الإدارية :

أ- خلال مدة الطعن القضائي إذا كانت مدة إعلام الغير قد طبقت.

---

(١) CE, Ass. 26/102001, Ternon, rec. p. 497, aux conclusions de français seners, Grands arrest de la juris prudence administrative. 15 édition, Dalloz, 2005. No. 113, P. 860. AJDA 2001, p. 1034, RFDA, 2002, p. 77.

وهذا الحكم تم تأييده من جانب الفقه. انظر مقال في التعليقات القصيرة Petites Affiches في ١٥/١١/٢٠٠١، كما لقي قبول من المحكمة الأوروبية GJCE انظر حكمها في ٢٠٠٨/٢/١٢ منشور في AJDA عدد ٢٠٠٨ ص ٢٧٧ .

ب- خلال مدة شهرين إذا كانت مدة إعلام الغير لم تطبق.

ج- خلال مدة الخصومة إذا كان هناك طعن قضائي قد تم رفعه<sup>(١)</sup>.

وهكذا فإنه بجانب الاستثناء الخاص بالقرار الضمني، يبدو أن الشروط المتعلقة بالسحب وإلغاء القرار الإداري المنشئ للحقوق تدعم شيئاً فشيئاً مبادئ الاستقرار القانوني والثقة المشروعة. أن التدعيم الحديث لشرط الاستقرار الإداري في هذا الحكم قد تم البحث عنه بواسطة القاضي الإداري ليس في قيود الآثار المؤدية إلى عدم الاستقرار بشكل مبالغ فيه لأحكامه الخاصة، ولكن في تقييد سلطات الإدارة، وبهذا الشكل يكون مجلس الدولة قد أعاد بناء وتأسيس نظام سحب القرارات الإدارية بطريقة جريئة جداً، وذلك بالنص على أن ذلك لا يكون ممكناً ضد القرارات غير الشرعية المنشئة للحقوق خلال مدة الأربع شهور التالية لصدور القرار.

٣- قضية Mme soulier<sup>(٢)</sup> : القضاء التقليدي فيما يتعلق بمدد سحب القرارات الإدارية والتي تختلف كما هو معلوم عن مدة طعن الغير فيها لا يجوز للإدارة سحب قرار فردي صريح منشئ لحقوق إلا خلال مدة أربعة شهور بعد إصدار القرار، وسواء كان القرار محلاً لطعن من عدمه. ولقد وسع مجلس الدولة من طائفة القرارات المنشئة للحق وأضاف إليها القرارات ذات الطابع المالي في حكم مجلس الدولة الصادر في ٢٠٠٢/١١/٦ حكم Mme soulier وقد عدل عن هذا الموقف بناءً على نتائج مطابقة للمقرر العام لمجلس الدولة أي قام بعدول في الموضوع بناءً على الحيثية الآتية "حيث أن القرار الإداري الذي يمنح الميزة المالية ينشئ حقوقاً لصالح المستفيد منه، بينما كان على الإدارة الالتزام برفض هذه الميزة، بينما لا يكون للإجراءات التي تقتصر على

---

(١) Florence chaltiel : le principe de sécurité juridique et le principe de légalité développements récents AJDA. 2009, p. 1650.

(٢) CE sect. 6/11/2002, No. 223041, AJDA 2002, p. 1434, Chron. F. Donnat et de D. Casas. RFDA 2003, p. 225, Cancl.s Austry.

القيام بالتصفية للدين هذه الآثار أي تصفية الدين الناشئ عن قرار سبق اتخاذه هذا الأثر"<sup>(١)</sup>.

وهذا يعد عدولاً قضائياً خلافاً للقضاء التقليدي حيث أعطى الحكم للقرارات المالية التي تعطي ميزة لشخص تنشئ له حق ولكن يجوز للإدارة رفض هذه الميزة.

٤- حكم Coulibaly<sup>(٢)</sup> : خاص هذا الحكم بقيد فرد في نقابة الجراحين في الأسنان، والسؤال الذي طرح نفسه في هذه القضية هل قيد فرد في نقابة الجراحين في الأسنان يمكن أن يكيف على أنه تقريرى أو كاشف، وقد انتهى مجلس الدولة إلى أن القيد في نقابة جراحي الأسنان ليس تقرير بحت ويفترض كما ذكر المقرر العام بعيداً عن مجرد بحت شرط الجنسية أن مجلس المديرية بحت شرط الدبلوم وبحث تقديرأ للمعرفة الكاملة للغة الفرنسية حول أخلاق الطالب واستقلاله وحالته الصحية وفقاً لقانون الصحة العامة وبفحص المجس سندات الترشيح وطلب نسخة من صحيفة الحالة الجنائية للمعنى ويرفض القيد إذا كان الطالب لا تتوافر به الشروط الضرورية للأخلاق والاستقلال أو إذا ثبت من تقرير خبراء منفذ بالشروط المقررة بالمادة ٣/٤١٢٤ من قانون الصحة وجود عجز أو حالة مرضية لا تتفق مع ممارسة المهنة وهذه الخبرة يأمر بها مجلس المديرية بقرار غير قابل للطعن.

وتوضح هذه القضية أن البحث الذي يقوم به مجلس النقابة بالمديرية يجب أن يؤكد وجود حيابة دبلومات مطلوبة لا تدخل في مجرد الإثبات

---

(١) "Considérant qu'une decision administrative accordant un avantage financier crée des droits au profit de son bénéficiaire alors meme qu l'administration avait l'obligation de refuser cet avantage; qu'en revanche, n'ont pas cet effet les mesures qui se bornent à procéder à la liquidation de la créance née d'une decision prise antérieurement".

(٢) CE, 6/3/2009 Coulibaly, AJDA 2009, p. 817, RFDA, 2009, p. 215.

المادي ولكن يفترض القيام برقابة، ويدل هذا الحكم على أن تعريف القرار الإداري المنشئ للحقوق يتم بصفة أساسية بالتضاد لما ليس كذلك وهو ليس قراراً كاشفاً أو مقررأ. ومن ثم خُصص المقرر العام في هذا الحكم إلى أن التسجيل أو القيد في السجل يكون قراراً منشأً للحقوق لصالح المستفيد منه<sup>(١)</sup>.

لقد أكد القاضي الإداري في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في ٢٠٠٩/٣/٦ جبرأته في تطوير مبدأ الاستقرار القانوني في القانون الفرنسي وعمل على تخفيف التفرقة بين النظام القانوني لسحب القرار ونظام الإلغاء حجة للاستقرار القانوني، وإذا كانت مسألة سحب القرار الإداري الفردي المنشئ لحق حساسة ومؤثرة في الاستقرار القانوني، فإن العادة والتقليد هو أن الإلغاء يبدو أقل تأثراً وتدخل مسألة الحقوق المكتسبة les droits acquis في التفكير حول شروط إلغاء القرار الإداري المنشئ للحقوق، كما أن مصطلح الاستقرار القانوني يكون حضوره ضعيفاً حتى لو كان المبدأ يبدو أنه يتسع ويقود قربه من مبدأ الثقة المشروعة<sup>(٢)</sup>.

#### ٥- إحلال أساس قانوني أو سبب في حالة الاختصاص المرتبط

- وفي شأن الإلغاء الجزئي حدد المجلس أن الإلغاء الجزئي لمخالفة القانون الأوروبي لقرار متعلق بشروط تسليم بطاقة مهنية للإرشاد السياحي تشمل التام الحكومة بإصدار لائحة جديدة خالية ومنقاه من كل تفرقة غير شرعية بين مواطني الاتحاد الأوروبي خاصة أن مجلس الدولة قد أوضح للإدارة في أبواب حكم السلوك الذي يجب أن تسلكه في مواجهة الطلبات الفردية لتسليم هذه البطاقة خلال فترة انتقالية تسبق صدور تنظيم جديد متفق مع القانون الأوروبي.

---

(١) وانظر في ذات المعنى حكم مجلس الدولة الفرنسي Grougneau في ١٩٩٥/٧/٢٨ طعن رقم ١١٤٨٠٩ للقيد في جدول نقابة الخبراء الهندسيين والذي خلص إلى نتيجة أن القرار الساحب لهذا القيد يجب أن يكون مسبباً ذكرته كاترين دي سالان مقرر عام في القضية المذكورة آنفاً في ٢٠٠٩/٣/٦.

(٢) Florence Chaltiel, op. cit. AJDA 2009, p. 1650 ets.

● ويقدم حكم vassilikiotis<sup>(١)</sup>، المثال على دليل حقيقي لتنفيذ الشيء المقضي به، وهو دليل تفصيلي بالنسبة للإجراءات التي يجب أن تتخذها الإدارة، ومع ذلك فإن مجلس الدولة لم يقيم فعلاً بتعديل آثار الإلغاء الجزئي الذي حكم به لأن هذا الإلغاء لم يتم تأجيله، ولكن في الواقع عدل مجلس الدولة ودقق سلطته في الأمر بأن وضع للإدارة في أبواب حكمه نطاق ومجال هذه الأحكام والنتائج المترتبة عليها.

● أما حكم Titron فيعد المثال الأول للإلغاء المشروط للآثار المرجئة يعد صدور الحكم. لقد ألغى مجلس الدولة في هذا الحكم رفض وزاري للقيام بإلغاء القرار ولكن ترك للإدارة مدة شهرين لتنقية القرارات المتنازع فيها من عدم المشروعية<sup>(٢)</sup>. لقد قضى المجلس بأن الإلغاء لا يسري إلا بعد شهرين من صدور قرارها، وإذا امتنع الوزير عن تصحيح القرارات المتنازع فيها<sup>(٣)</sup>، لقد تم إرجاء الإلغاء بناء على هذا لحكم أي أن الحكم قام بإرجاء القرار ولكن ظل مشروطاً من ناحية أخرى استعمل المجلس من جديد سلطته التعليمية والتربوية في الأمر. أوضح المجلس للوزير أن لديه الاختيار بين وسيلة تصحيح قراراته، ويستطيع في الواقع إما تكملتها طبقاً لقرار المجلس الوطني للمعلوماتية، أو يصدر مرسوماً بناء على موافقة مجلس الدولة لتجاوز هذا الرأي إجمالاً،

---

(١) CE, 29/6/2001, Vassilikiotis, lebon, p. 303; AJDA 2001, p. 1046 chron, M. Guyomar.

- P. Collin; Stéphanie Damarey, de l'annulation partielle à l'annulation conditionnelle. Nouvelles perspectives contentieuses, petites affiches 2001, No. 212, p. 12.

(٢) CE 27/6/2001, Titran, Lebon, P. 411, AJDA 2001, p. 1046, Chron, M.Guyomar et P. Collin.

وانظر كذلك في هذا الشأن

CE 28/4/2003, Fédération Française des courtiers d'assurance et reassurance et autres. Req. No. 233343.

(٣) Frédéric Dieu : op. cit., p. 7.

وكان أمام الوزير خيار مزدوج الإختيار الأساسي المكون من التقرير، والاختيار بين الإلغاء أو تعديل قراراته وإختيار أقل أهمية حول طريقة القيام بهذا التعديل.

وتحدد أن مجلس الدولة لم يعرض عليه طعن مباشر ولكن طلب إلغاء مقدم وتعرض ذلك لبيان التفاوت في نطاق الإلغاء الأول المرجئ والمشروط. ومع ذلك فإن الإلغاء المحتمل لرفض الغاء قرار لائحي لا يكون له مطلقاً إلغاء هذا القرار بأثر رجعي، ولكن الغائه بالنسبة للمستقبل والذي يجب أن تقوم به السلطة الإدارية بعد صدور حكم القاضي.

● وهناك حكم آخر لا يقل أهمية وهو حكم جمعية AC المتعلق بإلغاء الآثار المحدودة بتاريخ الصدور والإلغاء المرجئ، لقد حدد هذا الحكم نوعين من تعديل الآثار في وقت الإلغاء القضائي، وهذا هو الطابع الرجعي للإلغاء في حالة تجاوز السلطة لقد أوضح مجلس الدولة في اعتبار المبدأ المخصص لنتائج عدم شرعية القرارات المطعون فيها — أنه فيما يتعلق بسلطة القاضي أن القاضي الإداري يمكنه أن ينص في حكمه بالإلغاء أن يعتبر كل أو جزء من آثار القرار السابقة على إلغائه نهائية أو حتى أن الإلغاء لا ينتج أثراً إلا في تاريخ لاحق يحدده، مع مراعاة الدعاوى القضائية المرفوعة ضد القرارات التي صدرت على أساس القرار الطعين في تاريخ صدور حكمه. فالقاضي الإداري يستطيع من تلقاء نفسه إذا كانت نتائج الإلغاء الرجعية تضر ضرراً بليغاً بالمصالح العامة والخاصة أن يعدل من حيث الزمن آثار الإلغاء الذي حكيم به وقد كان هذا هو التطبيق الأول للإلغاء المجرد من الأثر الرجعي.

طبق المجلس بعد ذلك هذين النوعين من التعديل في الوقت ذاته مع القضاء بأن نصوص وأحكام القرارات المتعلقة باتفاق الأول من يناير ٢٠٠١، يجب اعتبارها نهائية، وهذا يعني أن المجلس قضى بإلغاء محدود أو فوري لهذه القرارات، وهذا الإلغاء لا ينتج أثراً إلا في تاريخ الحكم، وفي المقابل فإنه بالنسبة

لنصوص القرار المجيز لللائحة الملحقة باتفاق الأول من يناير ٢٠٠٤، وبالنصوص الأخرى أرحباً مجلس الدولة الإلغاء الكامل في تاريخ ٢٠٠٤/٧/١ لاحقاً على حكمه<sup>(١)</sup>.

ففي هذا الحكم الذي أصدرته الدوائر المجتمعة لمجلس الدولة في ٢٠٠٤/٥/١١ جمعية العمل ضد البطالة وآخرين.

عرض على مجلس الدولة نزاع حول شرعية القرارات الواردة على إجازة من ناحية ملاحق اتفاقية تأمين البطالة في ٢٠٠١/١/١ والقرارات الملحقة، ومن ناحية أخرى اتفاقية ٢٠٠٤/١/١ والقرارات الملحقة. وقد أكدت أولاً وجود نوعين من عدم الشرعية تسويان شروط وبنود الاتفاقات المصدق عليها، حيث عهد أطراف الاتفاق إلى Assedic عملية منح الطالبين لشغل مساعدة نص عليها المشرع، وقد منحها الوكالة الوطنية، وقد فوضوا لجنة ثلاثية وطنية سلطة تحديد بعض طرق التطبيق لنظام التعويض، بينما ينص قانون العمل على أنها تحدد بعد تفاوض بواسطة مجموع المنظمات المهنية والنقابية الأكثر تمثيلاً.

وقد قبلت الدوائر المجتمعة الدفع المغالى المستمد من التكوين غير الصحيح للجنة العليا للتشغيل، وهي جهاز مكلف أن يعطى رأياً حول التصديق في حالة اعتراض بعض المنظمات المهنية أو النقابية، ولم يقيم الوزير بتعيين ممثلي الأعضاء الاجتماعيين في هذه اللجنة، وفي اللجنة الدائمة المكلفة بإعطاء رأيها بشكل مستعجل بالمخالفة لما ينص عليه قانون العمل. وكان المنطق يوجب أن تحك الجمعية بإلغاء مجموع القرارات المطعون فيها وأن تصر على ذلك. وقد حكمت بالفعل بإلغاء مجموع هذه القرارات إلا أنها حددت أن هذا الإلغاء لا يكون له الطابع الرجعي النهائي لآثار الموافقة على الملاحق في اتفاق الأول من يناير ٢٠٠١، وفي حالة اتفاقية ٢٠٠٤/١/١ وتبريد هذا التعديل بضرورة

---

Claire Landais, AJDA, 2004, p. 1183.  
Frédéric Dieu : op. cit., p. 8.

(١) انظر في تفصيل ما سبق

استمرار نظام تعويض البطالة ومخاطر عدم الاستقرار الخطيرة التي تضرب مراكز المشتركين والمعوّضين، وفي حالة اتفاقية ٢٠٠٤/١/١ أنها لا تنتج آثار إلا اعتباراً من ٢٠٠٤/١/١ أي بعد بضع أسابيع من النطق بالحكم، وهذا هو الجديد في الحكم<sup>(١)</sup>. وقد بررت المحكمة هذا التعديل في الاستمرار الضروري لنظام تعويض البطالة والمخاطر الجسيمة على الاستقرار بالنسبة لمراكز المشتركين والحاصلين على الدعم، باستثناء الموافقة على الشروط غير المشروعة المتعلقة بسلطات النقابات واللجنة الثلاثية الوطنية.

وقد جاء في هذا الحكم ما يؤكد استلزام الأساليب القضائية الأوروبية حيث أكد الحكم على أن "إلغاء القرار الإداري يتضمن من حيث المبدأ أن هذا القرار يعتبر كأن لم يكن ومع ذلك إذا ظهر أن هذا الأثر الرجعي للإلغاء من شأنه أن يؤدي لآثار ضارة بالغة بسبب الآثار التي ينتجها القرار والمراكز التي تكونت عندما كان نافذاً والمصلحة العامة التي يمكن أن ترتبط بالإبقاء المؤقت لآثاره، ويكون للقاضي الإداري بعد أن تلقى حول هذه النقطة ملاحظات الأطراف وبحث مجموع الوسائل المتعلقة بالنظام العام أو الماثرة أمامه يجوز أن يؤثر على شرعية القرار المعني، إذ يوضع في الاعتبار من ناحية نتائج رجعية الإلغاء بالنسبة للمصالح العامة المختلفة أو الخاصة الماثلة من ناحية أخرى، والصعوبات التي تنشأ من ناحية مبدأ الشرعية وحق الخصوم في طعن فعال، وتقييد آثار الإلغاء من حيث الزمان، الذي يكون عليه أن يقدره بالتقريب بين العناصر، وما إذا كان يستطيع أن يبرر أن يخالف بصفة استثنائية مبدأ الأثر الرجعي للإلغاءات القضائية، وفي حالة الإيجاب أن يقرر في قراره أو حكمه بالإلغاء أنه مع مراعاة الدعاوى القضائية المرفوعة في تاريخ الحكم ضد القرارات الصادرة على أساس القرار المعني، فإن كل أو جزء من آثار هذا القرار السابقة على إلغائه يجب اعتبارها نهائية أو حتى إذا لزم الأمر أن

---

(١) CE Ass. 11/5/2004, Association Agricontre le chômage AC : et autres. Lebon, Rec, p. 197, RFDA 2004, p. 438, AJDA, 2004, p. 1183.



الإلغاء لا ينتج أثراً إلا في تاريخ لاحق يحدده"<sup>(١)</sup>.

وهذه المخالفة لمبدأ الإلغاء للقرار رجعيًا مشروط بأن يكون تطبيقه له آثار ضارة مجاوزة، ويقدر هذا الشرط بالنظر إلى المصلحة العامة والمصالح الخاصة المعنية خاصة فيما يتعلق بالمراكز المستقرة، وهكذا فإن القاضي يجري بحثاً للتناسب بين الشروط المتعلقة بالاستقرار القانوني والشروط المتعلقة باحترام حقوق المتقاضين في الطعن الفعلي المؤثر.

ويجب تسجيل ملاحظة هنا تتمثل في أنه إذا كان حقاً أن إرجاء آثار حكم الإلغاء يمكن أن يحرم الخصوم الذين حصلوا على ترضية من حيث المبدأ من ثمرة هذا النصر فإن مجلس الدولة من ناحية أخرى يقرر أن إرجاء هذه الآثار للإلغاء يتم مع مراعاة الدعاوى القضائية المرفوعة في تاريخ القرار ضد الأعمال الصادرة على أساس القرار المعني.

وهذه الشروط المحددة هي نسخة دقيقة من الشروط التي تبرر اللجوء إلى الإجازات والتصديقات التشريعية، كما يدل على ذلك أيضاً التطبيق الواقعي — حسب الحالة — لهذا القضاء الجديد.

كما يجب تسجيل ملاحظة ثانية تتمثل في أن الدوائر المجتمعة قد أعطت لقضية ذات آثار سياسية واجتماعية ومالية حلاً سهلاً وفي نفس الوقت يمكن تطبيقه عملاً بسهولة ومتوازن ومراعى للمراكز الفردية التي تكونت والمصلحة العامة.

كما أجاز القاضي الإداري إعطاء مدة أو أجل بين تاريخ إلغاء القرار غير الشرعي. إذا كان لديه المناسبة للقيام بذلك بشكل منتظم — وبين تطبيق قرار جديد شرعي. وقد قام بذلك على سبيل المثال في حكم المجلس الصادر في ١٩ ديسمبر ٢٠٠٨ الذي يدور حول إلغاء النصوص اللائحية المتعلقة بمحاور التحقيق حيث أكد المجلس على أنه "حيث إن إلغاء القرار الإداري يشمل من حيث المبدأ أن

---

(١) انظر حكم الدوائر المجتمعة لمجلس الدولة الفرنسي في ٢٠٠٤/٥/١١ سالف الذكر.

هذا لقرار يعتبر كأن لم يكن مطلقاً، ومع ذلك ينتج من تكملة التحقيق الذي أجرى بالنظر إلى سبب الإلغاء الذي تم الاعتداد به بينما لا تبرر أي وسيلة أخرى الإلغاء المحكوم به بالحكم المائل للإلغاء الرجعي لقائمة محاور التحقيق ودوائر اختصاص قضاة التحقيق المكونين له والذي من شأنه إلغاء وبطلان التحقيقات التي تمت منذ دخول المرسوم حيز التنفيذ وذلك اعتداءً خطير ظاهر على وظيفة المرفق العام للعدالة. ومن ثم هناك محل بالنظر إلى ظروف القضية عدم الحكم بإلغاء نصوص المرسوم المطعون فيه الذي أنشأ المادة ٤-٤/١٥ إلا بعد انتهاء مدة أربعة شهور تحسب من تاريخ القرار الحالي، والنص على أن الآثار الناتجة عن المادة ٤-٤/١٥ السابقة على إلغائها تعتبر آثاراً نهائية مع مراعاة الدعاوى القضائية المرفوعة في تاريخ هذا القرار<sup>(١)</sup>.

وهكذا تتضح وجهة نظر مجلس الدولة الفرنسي والتي تختلف عن موقف محكمة النقض والتي تظهر تشدداً كبيراً في مواجهة تدخلات المشرع ذات الأثر الرجعي ومرونة كبيرة بشأن الآثار الرجعية لأحكامها خاصة بالنسبة للعدول القضائي<sup>(٢)</sup>. ومع ذلك إذا كان القاضي العادي يدخل في منافسة مباشرة مع المشرع في تحديد المصلحة العامة، في حين أن مجلس الدولة لا يدخل مطلقاً في نزاع مع المشرع فإن القضائيين يدخلان في منطق قد يهدف ويميل إلى ذات الآثار<sup>(٣)</sup>.

من ناحية أخرى يمنح القاضي الإداري نفسه اختصاصاً يكون قاصراً على المشرع وهو إصلاح الآثار التي قضى باعتبارها غير مرغوب فيها بالإلغاء القضائي. من جهة ثانية إذا رأى القاضي أنه ليس هناك أي موجب من

---

(١) CE 19/12/2008, Kierzkowski-Chatal, AJDA, 2008, p. 2427.

(٢) Cass. 1<sup>re</sup> Civ. 9/10/2001, D2001, Jur. P. 3470, rapp. P. Sargos, Note. D. Thouvenin; RTD civ. 2002, p. 507, obs. J. Mestre, et B. Fages.

(٣) لمزيد من التفاصيل حول موقف محكمة النقض والمشرع انظر على وجه الخصوص

B. Mathieu, La cour de cassation et le législateur : ou comment avoir le dernier mot, RFDA 2004, p. 224.

المصلحة العامة أو يدخل في الاستقرار القانوني لا يتطلب الإبقاء على آثار القرار الملغى يكون من الصعب على المشرع أن يتدخل بهذا المعنى.

إذاً يتنافس كل من القاضي العادي والقاضي الإداري من ناحية تحديد المصلحة العامة كل بطريقته المشرع، ومبدأ الاستقرار القانوني هو مبدأ قضائي بصفة أساسية وهو بمثابة أداة حقيقية للسلطة بين يدي القاضي، ويبقى أن استعمال ذلك بواسطة القاضي الإداري هو عامل حماية لاستقرار النظام القانوني والثقة المشروعة للمتقاضين.

## المبحث الثاني

### نحو الخلط بين مبدأ المشروعية ومبدأ الاستقرار القانوني

من الصعوبة بمكان القول بأنه كان يوجد في القانون الفرنسي ربط بين مبدأ الاستقرار القانوني ومبدأ الشرعية قبل حكم مجلس الدولة KPMG حيث أن الشرعية فقط هي التي كانت مطبقة من خلال القانون الوضعي الفرنسي كمبدأ عام.

وقد كان مندوبو الحكومة هم الذين يرجعون إليها في مرافعاتهم أمام مجلس الدولة، وإلى فكرة التوازن لتبرير الحلول التي يقترحونها، وقد أوضح القضاء في السنوات الأخيرة أن القاضي يتابع أيضاً هدف المساهمة مباشرة في تفادي المساس المبالغ فيه بالمراكز الفردية<sup>(١)</sup>. وأياً كان قوة إقناعهم، فإن مجلس الدولة لم يقم بالسير في طريق تقرير مبدأ الاستقرار القانوني حتى جاء حكم المجلس في ٢٤ مارس ٢٠٠٦.

وقد يبدو أنه يوجد خلط بين مبدأ المشروعية ومبدأ الاستقرار القانوني إلا أن ذلك أمر يستحيل في إطار مراقبة الشرعية التي يقوم بها المجلس، وربما يكون وارداً في فحص شرعية قرار ما.

#### أولاً: استحالة الخلط في إطار رقابة الشرعية :

يبدو أنه بعيداً من أن يكون قابلاً للاحتجاج به أو قابلاً للتوفيق مع الشرعية يكون الاستقرار القانوني عنصراً لتقدير شرعية القرارات الإدارية في الرقابة المضمون من خلال القاضي الإداري ويقود الفحص في شرعية القرار

---

(١) انظر على سبيل المثال :

C.E. 10/10/1997, M. Lugan, Lebon, p. 346; AJDA 1997, p. 1014, Chron, T.X. Girardot et F. Raynaud RFDA, 1998, p. 21, Concl. V. Péresse. Caaparis 25 Mai 1999, Société la péniche publicitaire de Paris, GIE Paris-Scène, AJDA. 1999, p. 933, Concl. M. Heers.

الخاضع لرقابة القاضي الإداري من الناحية التقليدية إلى الموازنة بين مختلف العناصر بما يسمح للقاضي بأن يحدد ما إذا كان شرعياً أو غير شرعي ويكون استقرار المراكز القانونية والاستقرار القانوني وتقدير ذلك عنصراً لرقابة الشرعية. وهناك العديد من العناصر المستمدة من القضاء ومن ذلك على سبيل المثال :

أ - القضاء المستعمل لمبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية كنظام رقابة القرار الإداري محل النزاع كما في حكم مجلس الدولة الفرنسي في جمعية جريدة الفجر<sup>(١)</sup>.

ب- والقضاء المتعلق بسحب القرارات الإدارية ففي حكم Dame Cachet الشهير اعتبر قضاة مجلس الدولة أن قرار سحب القرار الإداري غير المشروع والصادر عن الإدارة، لا يكون مشروعاً إلا إذا تم خلال مدة الشهرين التاليين لإجراء الشهر أو الإعلان عن القرار محل النزاع، أو إذا كان القرار محلاً للطعن القضائي طالما أن النزاع لم يتم الفصل فيه بواسطة القضاة، ومن ثم يكون استقرار المراكز القانونية المكونة بواسطة القرار الأصلي المتنازع فيه عنصراً في الموازنة الضرورية لفحص شرعية القرار الخاص بالسحب، وينتج ذلك من ملاحظات محامي الحكومة السيد Rivet لا يجوز أن يكون السحب متاحاً في أي وقت أي لا يكون شرعياً أي بسبب نظام عدم الاستقرار الناتج من هذا المفهوم، ويدعم التطور الحديث للقضاء الإداري ذلك حول موضوع سحب القرارات الإدارية هذه القراءة<sup>(٢)</sup>.

وهكذا وفي حكم المجلس في قضية Laubier كان على القضاء الإداري

---

(١) C.E. 25 Juinh 1948, société du journal l'aurore. Lebon, p. 289, S. 1948, p. 69.  
- Les grands Arrêts de la jurisprudence administrative Dalloz, p. 408.

(٢) M. Rivet, Concl, Sur CE 3 Novembre 1922, Dame Cachet, R.D.P. 1922, p. 552, S. 1925, III, 9, Note M. Hauriou Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative, No. 41, p. 235.

أن يبحث شرعية شروط سحب قرار محلي قام بإعادة تكوين سلك الطاعنة، وقد دفعت الطاعنة بأن السحب لم يكن جائزاً، لأن مدة الشهرين قد انقضت وأصبح القرار نهائي، استندت الإدارة إلى نص لائحي وفقاً له أنه في ظل عدم وجود بيان حول طرق ومدد الطعن يكون السحب وارداً في كل وقت وفي مواجهة هذا التنازع في التفسير اعتبر القضاة بعض عرض النص اللائحي أن واضع القرار لم يذكر طرق ومدد الطعن ومن ثم لا يجوز له في هذه الحالة أن يتمسك بهذه النصوص ليسحب بناء على مبادرته القرار الفردي المنشئ للحقوق خارج مدة الشهرين بعد إعلانه، بينما يكون هذا القرار غير شرعي<sup>(١)</sup>.

ومن الواضح أنه في وزن العناصر التي تسمح للقاضي الإداري بأن يقدر الشرعية في قرار السحب ساد موجب الإستقرار القانوني من خلال المبدأ العام لاحترام القرارات المنشئة للحقوق وعلا على النصوص اللائحية<sup>(٢)</sup>.

كما قضى مجلس الدولة في حكم Ternon بأنه لا يجوز للإدارة أن تسحب قراراً فردياً مع مراعاة النصوص التشريعية أو اللائحية المخالفة، وفي غير حالة إجابة طلب المستفيد إذا كان هذا القرار صريحاً منشئاً للحقوق وكان غير مشروع إلا خلال مدة أربع شهور التالية لصدور القرار، وقام المجلس بذلك بتعديل قضائه<sup>(٣)</sup>.

يتضح من هذا القضاء أن شرط الإستقرار القانوني مدمج في الشرعية الإدارية عند مجلس الدولة الفرنسي ولكن على سبيل الاستثناء عند البعض من الفقه الفرنسي، كما أن الفقه ينقسم حول طبيعة هذا الشرط، كما أن الفقه في أغلبه مقتنع بوجود هذه الفكرة في رقابة الشرعية، ومن ثم انتسابها

---

(١) C.E. 24/10/1997 Mme de Laubier, Lebo, p. 371. AJDA 1997, p. 936, Chron T.X. Girardot et F.Raynaud D. 1998, Jur. P. 202, Note. J.F. Brisson.

(٢) V.C.E. 24/10/1997, Mme de Laubier RFDA1998, p. 527, concl. V. Péresse.

(٣) CE 20/10/2001. Ternon, Lebo, p. 497, AJDA 2001, p. 1034 chron. M. Guyomar et p. collin, RFDA, 2002, p. 77 concl F. Séners.

- CE 6/5/1966 ville de bagneux. Lebon, p. 303.

إلى القانون الوضعي، ومن هذا الحضور يستخلص البعض<sup>(١)</sup>، مؤشرات مختلفة عن تلك المقبولة بصفة عامة وأن شرط الاستقرار القانوني ليس بجانب الشرعية في إطار رقابة القضائية مكفولاً بواسطة القاضي الإداري، ولكن يتم ذلك من خلال رقابة الشرعية وفي التزام الشرعية. وبناء على ذلك يدافع عن فكرة عدم الشرعية وإجازتها باسم الاستقرار القانوني نظراً لأن السحب غير مشروع، ومن ثم يتم خارج شروط المدة الموضوعة بواسطة القاضي والمراعي لاهتمامات الاستقرار القانوني، وفي المقابل يكون السحب قانونياً إذا راعى ذلك. إن استقرار المراكز القانونية الناشئ عن العقد الأصلي غير المشروع يكون بالنسبة للقاضي هنا شرط شرعية القرار الساحب له.

### ج- حكم شركة Strasbourg :

يمكن القول بأن مجلس الدولة الفرنسي في موضوع الإذن باستعمال الترددات بالوحدة يذهب إلى مراعاة مبدأ الإستقرار القانوني كعنصر في كتلة الشرعية عند فحصه لشرعية القرار الإداري في حكم شركة استراسبورج<sup>(٢)</sup>.

وفي هذه القضية طلب من القاضي مراجعة شرعية قرار المجلس الأعلى للسمع والبصر عندما رفض طلب شركة استراسبورج FM في القيام بطلب مرشح جديد لاستعمال التردد الموحى. وقد حصلت الشركة على إلغاء القرار الصادر عن إدارة التنظيم برفض الترشيح لانعدام التسبيب، ونظراً لعدم المنازعة في مدة الطعن في تصريحات البث الممنوحة للإذاعات المنافسة طلبت مع ذلك تنفيذ حكم القضاء في شكل طلب جديد للترشيح.

قضى المجلس بأنه نظراً لعدم المنازعة خلال المدة في تصريحات

---

(١) Laurent Tesoka : AJDA 2006, p. 2241 ets.

(٢) CE 10/10/1997, société Strasbourg FM, Lebon, p. 355. AJDA, 1997, p. 952, Chron T.X. Girardot et F Raynaud D. 2000, Sc.P. 205, obs. T.Hassler et V.Lapp. RFDA, 1998, p.29.

استعمال التردد لإذاعة برامج تشمل الإقليم الوطني، والمسلمة لإذاعات منافسة عن ذات المنطقة وخدمات من ذات الطائفة فإنها قد أصبحت نهائية.

بناء على ذلك فإن المجلس الأعلى للسمعي البصري كان ملزماً باحترام الإذون المسلمة والتي كانت منشئة للحقوق بالنسبة للمستفيدين، بناء على ذلك فإن قرار الرفض عن إدارة التنظيم كان مشروعاً.

وقد اتضح ذلك بملاحظات محامي الحكومة بأن عناصر توازن هذه الرقابة على الشرعية تكون واضحة. وهناك خياران أمام قاضي الشرعية أولاً: يستطيع أن يلزم إدارة سلطة التنظيم بإعادة فحص موقف الإذاعة الملغاة بشكل غير قانوني بحيث ينال من التصاريح الممنوحة من قبل إذا لزم الأمر، وإذا كان هذا الأمر يحقق العدالة المثالية، إلا أن عيبه يلغي المركز الذي حصلت على الإذن بالبث وقام بإجراء استثمارات ضخمة. وقد قاد ذلك مندوب الحكومة إلى أن يقترح باسم الاستقرار القانوني على القسم القضائي عدم المساس بالإذون والتصرّيات التي أصبحت نهائية.

يوضح حكم شركة Société KPMG وآخرين الصادر في ٢٤ مارس ٢٠٠٦ أنه يتم تقرير مبدأ الاستقرار القانوني في الواقع في إطار بحث الشرعية بواسطة قضاة مجلس الدولة المتعلقة بمرسوم ٢٠٠٥/١١/١٦ المقرر لإجازة تقنين الأخلاق لمأموري الحسابات، وبعد أن ذكروا بشروط تطبيق هذا القرار على المراكز التعاقدية السارية أضافوا أنه يقع على السلطة المخولة — السلطة اللائحية — أن تضع الإجراءات الانتقالية لدوافع الاستقرار القانوني التي يشملها، وإذا لزم الأمر تضع لائحة جديدة، ويكون الأمر كذلك إذا كانت القواعد الجديدة تكون اعتداء جسيم على المراكز القانونية التي أبرمت بشكل قانوني.

وبفحص المرسوم قضا بأن عدم وجود الإجراءات الانتقالية المتعلقة بالوكالات النافذة لمأموري الحسابات في تاريخ دخوله حيز التنفيذ، الأمر الذي يعيب المرسوم بعدم الشرعية وذلك باسم الاستقرار القانوني، ومن ثم



يتضح أن احترام مبدأ الإستقرار القانوني شرط لشرعية القرار المطعون فيه<sup>(١)</sup>. ومما سبق يتضح أن مبدأ الاستقرار القانوني يصعب فصله منطقياً عن مبدأ الشرعية عندما يراقب القاضي الشرعية، ويكون ذلك عنصراً في تحليله وفحص الشرعية أو عدم الشرعية في القرار المتنازع فيه، ولتحديد ما إذا كان القرار الإداري مشروع أو غير مشروع ليس فقط يقدر القاضي النظام السابق تحديده إذا وجد. ويراعي أيضاً آثار القرار الإداري أي الآثار الناتجة عنه والمراكز القانونية التي نشأت عنه، وهكذا يكون من الصعب أن نؤيد الفكرة العامة المقبولة للتوازن الذي يبحته القاضي باستمرار في رقابة الشرعية بين مطلبين يكونان متناقضين أحياناً الاستقرار القانوني والشرعية، لا يوجد خلط ممكن بين هذين المبدأين في إطار رقابة الشرعية<sup>(٢)</sup>.

### ثانياً: الخلط الممكن في إطار رقابة النتائج القضائية :

يكون مسار القاضي الإداري مختلفاً عند بحثه النتائج القضائية لرقابة الشرعية ولا تعتبر مراعاة آثار أو نتائج القرار الإداري أمراً جديداً في عمل القاضي الإداري وهو يراعي في قضائه الحقوق المكتسبة. وفي المقابل فإن مراعاة الآثار التي تترتب على الحكم القضائي الذي يتهياً القاضي الإداري لإصداره هو أمر أصلي وجديد، وهذه من المسائل التي تدخل في سيطرة القاضي على القضية. ومن خلال الأحكام التي صدرت في السنوات الأخيرة عن مجلس الدولة الفرنسي يتضح أن سلطة القاضي الإداري اتسعت لدرجة أنه يملك تعديل آثار الإلغاء الذي يحكم به من حيث الزمان والمكان<sup>(٣)</sup>.

---

(١) Laurent Tesoka : AJDA. 2006, p. 2214.

(٢) Ibid.

(٣) CE 27/7/2001, Titran-Lebon, p. 411, AJDA, 2001, p. 1046 chron M. Guyomar et P. collin.

- CE 25/3/2022, Caisse d'assurance accidents agricole du bas-Rhin. Lebon, p.110.

- CE 11/5/2004 Association AC : et autres.Préc.

ومن خلال هذا البحث سوف نذكر أحكاماً لمجلس الدولة الفرنسي تظهر قدرة القاضي في تحديد مجال الإلغاء بالاستقرار القانوني كأحد الأساليب الجديدة للقاضي الإداري<sup>(١)</sup>. نذكر منها هنا حكم AC الصادر في ٢٠٠٤/٣/١١<sup>(٢)</sup>، الذي قضى فيه المجلس بأن إلغاء القرار الإداري يشمل أن هذا القرار كأن لم يكن، وذلك يترتب عليه أضرار بسبب آثار هذا القرار والمراكز التي تكونت من قبل عندما كان سارياً والمصلحة العامة في الإبقاء على هذه المراكز مؤقتاً، ويكون للقاضي الإداري بعد أن سمع ملاحظات الأطراف حول هذه النقطة وبحث مجموع الأسانيد المتعلقة بالنظام العام التي تؤثر في شرعية القرار، وأن يراعي اعتبارات رجعية الإلغاء وأثرها على المصلحة العامة أو الخاصة والصعوبات بالنسبة لمبدأ الشرعية وحق المتقاضين في طعن فعال ليقيد آثار الإلغاء من حيث الزمان، إذ العنصر الهام الذي يراعيه القاضي هو الاستقرار القانوني<sup>(٣)</sup>.

إذاً الاستقرار القانوني هو في عمق هذا التحليل المجدد والذي يتم بعد رقابة الشرعية بالمعنى الدقيق أي بحث شرعية أو عدم شرعية قرارات الموافقة. وعليه يتم الحل وفقاً لموازنة يضع فيها القاضي من ناحية القيم التي تؤيد الإلغاء الرجعي للقرار غير المشروع — مبدأ الأثر الرجعي للإلغاء ومبدأ الشرعية والحق في الطعن — والاعتبارات الأخرى المرتبطة بآثار المراكز المكونة التي تبرر تعديل الإلغاء، ويكون الاستقرار القانوني له مركز نظامي في مواجهة مبدأ الشرعية. ويفصل مجلس الدولة بوضوح عن الأمور المرتبطة بمراعاة نتائج عدم الرجعية في الإلغاء بالنسبة للمصالح العامة والخاصة

=

- CE 25/2/2005. France Télécom, Préc.

(١) D.Bailleul : Les nouvelles Méthodes du juge administrative AJDA 2004, p. 1626.

(٢) CE 11/5/2004 AC : et autres. Préc.

(٣) V. Par exemple . C.Mouly : comment rendre les revirements de jurisprudence avantageux. Prévisibles ? Petites Affiches 1994, No. 33, p. 15.

---

<sup>(١)</sup> Laurent Teska : op. cit., p. 12.

## المبحث الثالث

### المعايير التي أخذ بها مجلس الدولة الفرنسي لتعديل آثار الإلغاء القضائي

لقد حدد مجلس الدولة الفرنسي في حيثيات أحكامه للمبدأ الذي يعطي للقاضي سلطة تعديل آثار الإلغاء بحكم قضائي معيارين لتطبيق هذا المبدأ.

**- المعيار الأول :** هو معيار عام يرتبط بالآثار التي يمكن أن تترتب على الإلغاء الرجعي المؤثر على المراكز القانونية غير النهائية المكونة في تاريخ صدور الحكم القضائي، ويقود هذا المعيار إل تقييد آثار الإلغاء في تاريخ النطق بالحكم وقد أوضح مجلس الدولة في حيثياته أن هذا المعيار يتعلق بالآثار التي أنتجها القرار والمراكز التي تكونت عندما كان القرار نافذاً.

وتطبيقاً لهذا المعيار حكم مجلس الدولة بإلغاء محدود ومؤقت للقرارات المتعلقة باتفاقية الأول من يناير ٢٠٠١، مع ملاحظة أن الزوال الرجعي لهذه النصوص مع إعادة إحياء القواعد السابقة السارية من قبل يكون مصدر عدم استقرار كبير بالنسبة لحقوق المستفيدين والمشاركين أو المشتركين، وقد يؤدي إلى دعاوى استرداد الاشتراكات والأداءات بالنظر إلى حكم المادة ٣٥١-٦-١ والمادة ٣٥١-٦-٢ من قانون العمل المتعلقة بالمدد التي يجوز فيها تقديم مثل هذه الطلبات<sup>(١)</sup>.

**- المعيار الثاني :** لتعديل آثار الإلغاء القضائي من حيث الزمان يضع في اعتباره المركز القانوني الذي أنشأه الإلغاء أي زوال القرار الإداري من التنظيم القانوني، وهذا الزوال قد ينشئ في الواقع فراغ قانوني تكون نتائجه غير

---

Frédéric Dieu : op. cit. p.

(١) انظر في ذلك :

- Christophe Devys : La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une decision administrative conclusions sur conseil d'ETAT, Assemblée, 11 Mai 2004, Association AC : et autres. RFDA , 2004, p. 454.

متناسبة. وهذا المعيار قد وضع في الاعتبار في حكم Titran السابق ذكره. وهو يقود القاضي إلى إرجاء تاريخ أثر الإلغاء القضائي إلى تاريخ لاحق لصدور الحكم القضائي ليترك للسلطة الإدارية مدة تكميلية لتصدر أحكاماً قانونية تحل محل النصوص الملغاة، وبناء على هذا المعيار الثاني حكم مجلس الدولة بالإلغاء المرجئ إلى الأول من يوليو ٢٠٠٤ لأحكام ونصوص القرار المصدق على اللائحة الملحقة باتفاقية ٢٠٠٤/١/١ ونصوص أخرى.

لقد راعى مجلس الدولة المصالح المرتبطة باستمرار دفع الإعانات واسترداد الاشتراكات والتي يؤدي الإلغاء الرجعي لنصوص القرارات المطعون فيها التي صرفت على بنود الاتفاقية ونصوصها في ٢٠٠٤/١/١ وملاحقها واتفاقات التطبيق والأحكام المتعلقة بسلطات اللجنة الثلاثية الوطنية للمساعدة في النقل الجغرافي يؤدي الإلغاء بأثر رجعي إلى الإضرار بها ضرراً كبيراً<sup>(١)</sup>.

وبناء على هذه المعايير السابقة فإن حكم AC سالف الذكر يخضع تطبيق سلطة تعديل الإلغاء القضائي إلى تنفيذ خطة مزدوجة أي ميزانية مزدوجة من التكاليف / المزايا والبيان الأول للتكاليف والمزايا يتناول مناسبة وملائمة استعمال سلطة التعديل، وينفذ ذلك من خلال القاضي بناء على تطبيق المعايير المذكورة سابقاً.

كما يجب أن يتضمن الإلغاء الرجعي نتائج ضارة وفعالية جداً على المراكز القانونية غير النهائية المكونة في تاريخ صدور الحكم القضائي أو على المراكز القانونية المكونة بالتنظيم القانوني ويكون التعديل في هذه الحالة جائزاً إذا كان الإلغاء بأثر رجعي له آثار ضارة واضحة على الاستقرار القانوني من ناحية مبدأ الشرعية وشروطه المبررة له<sup>(٢)</sup>.

وفي هذا الصدد يتعين أن نشير إلى أن فكرة المصلحة العامة التي تبرم

---

(١) Frédéric Dieu : op.cit., p. 9.

(٢) Ibid.

احترام استقرار المراكز القانونية، يمكن أن يقدر بشكل واسع، إذ أن مجلس الدولة قد أوضح ضرورة المراعاة اللازمة للمصالح العامة والخاصة الماثلة.

ولا تطبق الموازنة الثانية تكلفة / مزايا إلا إذا كانت الأولى قد قادت القاضي إلى اعتبار أن الإلغاء القضائي يشمل نتائج مبالغ فيها وضارة بالمراكز القانونية غير النهائية أو بالمراكز القانونية المكونة بالإلغاء، وتقدم الموازنة تكلفة/ مزايا حلاً للمشكلة الناشئة عن الاعتداء الجسيم بتحديد المزايا وصعوبات الأشكال المختلفة للتعديل المراد.

ووفقاً لحيثية المبدأ في حكم AC يجب أن يتم ذلك في وقتين في الوقت الذي يجب أن يراعى فيه القاضي من ناحية المصالح العامة أو الخاصة الماثلة، ومن ناحية أخرى الصعوبات التي تنشأ من ناحية مبدأ الشرعية وحق المتقاضين في طعن فعال وتقييد آثار الإلغاء.

**- المعيار الثالث: هو طبيعة عدم الشرعية المعاقب عليها.** لقد استعمل مجلس الدولة سلطته في التعديل بشأن القرار المطعون فيه الذي لم يكن مشوباً بعدم شرعية خارجية، وهذا الحكم الذي عاقب عدم الشرعية في مادة من قرار ٥ فبراير ٢٠٠٤ المتعلق بتنظيم النظام الوطني لمراقبة الترخيص في دم الطفل القاصر لعدم خضوع هذا القرار للموافقة المسبقة للجنة الاستشارية حول معالجة المعلومات في موضوع البحث في مجال الصحة.

لقد استعمل مجلس الدولة سلطته في التعديل بالحكم بالإلغاء الجزئي الشروط والمرجئ وبالاستناد إلى طبيعة عدم الشرعية المعاقبة، والتي كانت عدم شرعية خارجية، وخلافاً لما طلبه الطاعنون اعتبر المجلس في الواقع أن الاعتداد بمكان ميلاد أم الطفل في القرار في المعالجة الذرية لا يكفي لتعيب القرار الطعين بعدم الشرعية الداخلية ويمكن القول أن مجلس الدولة قد أخذ بعدم الشرعية الداخلية فإنه كان سيأخذ بالإلغاء الرجعي للقرار المطعون فيه.

لقد أوضح مجلس الدولة أن وجود عدم شرعية خارجية فقط تجيز للوزير أن يصدر من جديد ذات النص وهذا يجعل من ثم كل إلغاء رجعي غير مبرر.

ونشير في هذا الصدد في الحكم الخاص بقضية فرنسا للاتصالات أن مجلس الدولة قد اعتد من قبل بطبيعة عدم الشرعية المجازى عليها لتبرير تطبيق سلطة تعديل الإلغاء القضائي.

وفي هذا الحكم اعتبر أنه بالنظر إلى وسيلة الإلغاء المأخوذ بها، أنه لا يجوز قبول أي وسيلة أخرى مثارة، فإن الزوال بأثر رجعي للنصوص المتنازع فيها يؤدي إلى اعتداء ظاهر ومبالغ فيه على المصلحة المرتبطة باحترام القانون الجماعي وتطور المنافسة في أسواق المرافق الجديدة للاتصالات خاصة الإنترنت فائق السرعة.

بناء على ذلك يستند المجلس إلى أن عدم الشرعية المعتد بها ليست رئيسية وهي في القضية ارتكبت سلطة التنظيم في الاتصالات في غلط في القانون، وذلك بالتطبيق غير الصحيح لأحد القرارات المتعلقة بطريقة الحساب.

وحول واقعة أن الأمر يتعلق بعدم الشرعية القابلة للعقاب، وبمعنى آخر أن الطابع الضئيل والمنعزل لعدم الشرعية المعاقب عليها هو الذي يبرر تطبيق سلطة تعديل الإلغاء القضائي، وهذا الاعتداء بطبيعة عدم الشرعية المعاقب عليها لم ينص عليه في حكم AC سالف الذكر.

لقد كتب كل من Jacques-Henri Starl et Anne Courréges عام ٢٠٠٤ في مذكرة موجهة إلى القسم القضائي بمجلس الدولة أن هذه الاعتبارات مستقلة عن الأسباب، والتي من أجلها يكون من المفيد السماح للقاضي أن يعدل من آثار قرارات الإلغاء، وهي تشمل احتمال جعل التعديل وقصره على اعتبارات عدم الشرعية المنظمة، بينما يكون القرار المشوب بعدم المشروعية الجسيمة وغير المنظم أو المصحح قد أنتج أثراً. مثل والتي يكون إلغائها في الماضي غير مقبول اجتماعياً<sup>(١)</sup>.

---

(١) RFDA 2004, p. 438, Note à l'attention de M. Le Président de la section du contentieux.

باختصار، لم يستبعد الكاتبان من مجال التعديل الإلغاء المعاقب لعدم مشروعية داخلي حتى لو قبلوا أن القاضي يكون مجبراً على إرجاء آثار الإلغاء بطريقة تسمح بإصدار قرار بديل، ومن ثم تكون عدم الشرعية المجازى عليها قابلة للتطهير بسهولة. وفي أحد أحكامه أتيح لمجلس الدولة أن يضع في اعتباره إمكانية التصحيح قبل أن يأمر بالإزالة الفورية لمبنى عام، وقد اعتبر مجلس الدولة أنه عندما يكون القاضي الإداري معروضاً عليه طلب تنفيذ حكم قضائي والذي يتضح منه أن مبنى عام قد أنشئ بطريقة غير قانونية، ويكون له أن يحدد وفقاً للمركز القانوني والواقعي القائم في التاريخ الذي يحكم فيه ما إذا كان تنفيذ هذا القرار يشمل أن يأمر بالإزالة، أن يبحث أولاً بالنظر إلى أسباب القرار التصحيح الملائم والممكن<sup>(١)</sup>.

---

(١) CE 29/1/2003, Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des alpes-Maritimes et commune de clans, lebon p. 21, AJDA 2003, p. 784, Note. P. Sablière, RFDA 2003, p. 477, concl. C. Maugué.



## المبحث الرابع

### نطاق سلطة تعديل آثار الإلغاء القضائي

تستند التفرقة بين دعوى الإلغاء ودعوى الاختصاص الشامل تقليدياً على ثلاثة عناصر: ينطق قاضي تجاوز السلطة حول الأساس القوي والصحيح للطلبات، بينما قاضي الاختصاص الشامل يفرغ النزاع وذلك بالفصل في الحقوق الشخصية، ويقوم الأول ويقع في تاريخ صدور القرار المحال إليه، بينما الاختصاص الشامل يتناول التاريخ الذي يحكم فيه. الأول، لا يستطيع قاضي تجاوز السلطة إلا الحكم بالإلغاء أو الرفض، بينما يجوز لقاضي الاختصاص الشامل تعديل القرار الإداري<sup>(١)</sup>.

ومع ذلك تقود ممارسة قاضي تجاوز السلطة لسلطاته بالأمر والتعديل إلى إلغاء وإزالة التفرقة حيث يعبر الطاعنون بوضوح عن رغبتهم أن يفرغ القاضي النزاع ويحدده بحقوقهم الخاصة ويقوم قاضي تجاوز السلطة بتحديد إجراءات التنفيذ من تلقاء نفسه التي تنتج بالضرورة من حكه وتستجيب لهذا الغرض. ومن ثم فإنه في حكم Vassilikiotis سالف الذكر، فصل قاضي تجاوز السلطة في الطعن في الحقوق الشخصية لرعايا الاتحاد الأوروبي في الحصول على البطاقة المهنية للإرشاد السياحي في المتاحف والآثار التاريخية.

وبالمثل فإن الاختلاف بين قاضي تجاوز السلطة وقاضي الاختصاص الشامل يكون من حيث التاريخ الذي يضع القاضي فيه نفسه ليفصل في النزاع يميل إلى الزوال إذ قد يحدث أن يهتم قاضي تجاوز السلطة بالأحداث اللاحقة على إصدار القرار الطعين أمامه، وليس في مرحلة إثبات عدم الشرعية، ولكن أولاً قبل مرحلة النتائج التي تستخلص من حكمه.

---

(١) حول التفرقة بين دعوى الإلغاء ودعوى الاختصاص الكامل انظر على سبيل المثال :

وقد رفض مجلس الدولة في حكمه الصادر في ٢١/٣/٢٠٠١ الاستئناف المقدم من أجنبي ضد قرار مأمور الشرطة باقتياده إلى الحدود مع مراعاة زواج هذا الأجنبي من رعية فرنسية — زواجاً لاحقاً للقرار — أنه لا يجوز تنفيذ هذا الاقتياد<sup>(١)</sup>.

أخيراً فإنه للعدول عن نتائج ممارسة سلطة تعديل الآثار من حيث الزمان للإلغاء، يكو من المنطقي أن قاضي تجاوز السلطة في اختيار القيام أو عدم القيام بهذا الإلغاء يراعى الأحداث اللاحقة على صور القرارات المطعون فيها. ومن ثم تقترب سلطة التعديل من سلطة الإصلاح إذ أن الإبقاء على بعض آثار قرار يعني في الواقع إصلاحه.

وفي مجال العقود الإدارية كثر القضاء التقليدي مبدأ الفصل بين الإلغاء لتجاوز السلطة في قرار منفصل عن العقد<sup>(٢)</sup>، وقرار توقيع العقد أو اختيار المتعاقد والإثبات، وفي دعوى الاختصاص الشامل التعاقدية لبطلان العقد ذاته. فإذا كان قاضي العقد لا يجوز له عرض الأمر عليه بشكل صحيح بواسطة أي شخص لم يكن طرفاً في العقد، فإن قاضي الاختصاص الشامل للتنفيذ الذي يجوز اللجوء إليه بواسطة الغير الذي حصل على إلغاء القرار المنفصل ويجوز له أن يقرر أن يرجع على أحد أطراف العقد من بين كل إجراءات التنفيذ التي يمكن أن تطلب منه لإثبات بطلان العقد بواسطة قاضي العقد<sup>(٣)</sup>.

أياً ما كان الأمر فإن المتقاضي المستفيد أمام قاضي تجاوز السلطة من إلغاء القرار المنفصل عن إبرام العقد لا يستطيع أن يتوقع النتائج التي يمكن أن يستخلصها قاضي العقد من منطوق وأسباب حكم الإلغاء.

---

(١) CE 21/3/2001, Mme Mathio Emma Essaka, Lebon, p. 150.

(٢) يقصد بالقرار المنفصل من العقد

(٣) CE 7/10/1994, Epoux Lopez, Lebon, p. 430; AJDA 1994, p. 867, Chron. L. Touvet et J.-H. Stahl; RFDA 1994, p. 1090, Concl. R.Schwartz.

إن الثلاث فئات القضائية — قاضي تجاوز السلطة، قاضي التنفيذ، قاضي العقد يظلون منقسمين ومنفصلين، ومن هذه الناحية فإن تقرير سلطة تعديل آثار الإلغاء القضائي لصالح قاضي تجاوز السلطة يقود إلى إزالة الحاجز الذي يكونه قاضي التنفيذ بالسماح لقاضي التجاوز أن يأمر طرف في العقد أن يلجأ إلى القاضي المختص لإثبات البطلان<sup>(١)</sup>. وهكذا يساهم حكم AC مع أحكام أخرى حديثة في إزالة التفرقة بين قاضي تجاوز السلطة وقاضي الاختصاص الشامل.

---

(<sup>١</sup>) Frédéric Dieu : op. cit. p. 16.

## المبحث الخامس

### قيود سلطة تعديل آثار الإلغاء القضائي

يثور التساؤل حول مدى شمول قيام القاضي بالحكم بالإلغاء في الطعن المباشر في القرار المطعون فيه بالنسبة للمستقبل حول مصير الدعاوى القضائية التي تمس وتطعن في شرعية القرار الملغي بالنسبة للمستقبل بطريق الدفع؟

في الواقع أن الزوال بالنسبة للمستقبل يكون له آثار على الآثار الماضية للقرار أي لا يقود إلى اعتبار أن القرارات الصادرة على أساس القرار الملغي قبل تاريخ الإلغاء المعتد به بواسطة القاضي تكون مجردة من الأساس القانوني. كما يثور السؤال لمعرفة ما إذا كان هناك منازعة في هذه القرارات التي تدفع بعدم شرعية القرار أن يحكم بإلغاء القرارات الصادرة على أساسه. وقد علق البعض على ذلك<sup>(١)</sup>، بالإيجاب في مذكرة تم تقديمها إلى رئيس القسم القضائي مقدرين أن تعديل آثار الإلغاء القضائي يجب ألا يكون له أثر على دور الدفع بعدم الشرعية — (الإلغاء الفوري، أو الإلغاء المرجئ) بعد صدور الحكم لا يمنع الطاعن من أن يدفع بعدم شرعية القرار الملغي بالنسبة للمستقبل في إطار الدعاوى المرفوعة ضد القرارات الصادرة تطبيقاً لهذا القرار. وفي الحالة التي يكون فيها عدم شرعية القرار متمسكاً بها بالدفع يقوم القاضي بإلغاء القرارات المطعون فيها إذا كانت قد صدرت في تاريخ بناء على قرار يستخدم كأساس لها لم يكن قد زال من التنظيم القانوني. ويجب ألا تؤثر سلطة تعديل آثار الإلغاء القضائي المتعلقة بمنطوق الحكم القضائي وليس أسبابه على مبدأ رجعية القضاء. ويتعين الإشارة إلى أن العدول القضائي ينتج دائماً من أسباب حكم

---

(١) J.-H. Stahl et A. courréges, Note à l'attention de M. le président de la section du contentieux, RFDA 2004, p. 447; AJDA 2004, p. 1189, Chron, C. Landais et F. Lenica.

قضائي ولا يؤثر على التنظيم القانوني إلا بشكل غير مباشر، ومن ثم فإن القاضي لا يفصل إلا في منازعات تمت في الماضي، وبهذه المناسبة يستطيع أن يثبت القضاء أو يعدله، وهذا القضاء ينعكس ويرجع إلى وقائع النزاع.

## المبحث السادس

### الانتقادات التي يمكن أن توجه لسلطة تعديل

### آثار الإلغاء القضائي

بعد عرض محتوى فكرة تعديل آثار أحكام الإلغاء من حيث الزمان يكون من المفيد والضروري مراعاة مدى هذا التطور القضائي والانتقادات التي يمكن أن توجه إليه. فرق في القياس بين المعايير التي يستخدمها القاضي الفرنسي والمعايير التي يستعملها القاضي الأوروبي لتطبيق سلطة التعديل حيث يستمدّها الأخير كما ذكرنا من المادة ٢٣ من المعاهدة المنشئة للجماعة الأوروبية.

إن الاعتراف للقاضي الإداري بسلطة تأجيل آثار أحكام الإلغاء يكون له نتيجة حتمية هي التقليل من مجال قوانين الإجازة والتصحيح، ومن ثم فإن القاضي الإداري الذي يملك سلطة التعديل يكون له أن يعتبر أن النتائج المحتملة لحكم الإلغاء الرجعي لقرار، ليس من شأنها أن تبرر تأجيل نتائج هذا الإلغاء، ويكون من الصعب على المشرع أن يقوم بعملية تصحيح بشأن مطالب القاضي الدستوري والمحكمة الأوروبية للعدل وحقوق الإنسان، وقضاء محكمة النقض، وقضاء مجلس الدول بواسطة رقابة الملائمة.

إن قوانين الإجازة لها طابع استثنائي، وإذا اعترفنا للقاضي الإداري بسلطة تأجيل آثار الإلغاء، فإن استعمال سلطة التعديل يكون له طابع استثنائي، ويكون تدخل المشرع هو استثناء الاستثناء.

ويمكن طرح سؤال آخر بشكل واضح هل يعتمد القاضي الإداري ويستند على نص ليعدل آثار أحكامه من حيث الزمن على خلاف القاضي الأوروبي ويترك ذلك للمشرع مهمة أن يصحح الآثار المحتملة المخلة بالاستقرار لأحكام الإلغاء من ناحية تقدير المصلحة العامة؟ ولا شك أننا هنا سوف نكون على الحد الفاصل بين وظيفة المشرع ومهمة القاضي ألا يعد إذا الاعتراف للقاضي بأن أحكامه لا يكون لها أثر إلا في المستقبل يعني الاعتراف بشكل من السلطة التشريعية؟

ومع ذلك فإن جوهر قاعدة الأثر الرجعي لأحكام الإلغاء يعترف القاضي بعدم شرعية القرار الإداري، الذي يفترض أنه لم يوجد من قبل في النظام القانوني، ليس للقاضي إذاً أي سلطة تشريعية أمرية، إذ أنه لا يقوم سوى بإثبات أن القرار محل النزاع لم يعدل القانون.

وعلى العكس إن سلطة وقف آثار الحكم بالنسبة للماضي وسلطة تقرير تطبيق هذا الحكم بالنسبة للمستقبل تعطي للقاضي سلطة التعديل باختيار تطبيقها من عدمه المتاحة له. وباختيار تاريخ الأثر ويكون له أهلية تعديل حالة القانون في التاريخ الذي يحدده. يكون من الواضح أنه يتسم باعتبارات تتجاوز مجرد شرعية القرار محل النزاع؟

وأخيراً هل يكون للمشرع كما فعل واضعو معاهدة روما أن ينصوا على هذه الخطوة وإذا لم يكن هناك هذا النص التشريعي الصريح هل يعترف القاضي الإداري لنفسه بسلطة التعديل؟<sup>(١)</sup>.

وللإجابة على هذه التساؤلات، لا نعتقد أن هذه الاعتراضات بالرغم من قوتها يجب أن تقود إلى التنازل عن التطور القضائي الملائم من عدة نواح. وبدون استغراب يجب أن نوضح أولاً أن القاضي لا يستطيع أن يعدل آثار حكم الإلغاء من حيث الزمن إلا إذا كان القاضي قد عرض عليه ضرورة التدخل لضمان استقرار المراكز القانونية التي تتأثر بأحكامه.

وبشكل أساسي فإن نظام القوانين الإجازة يمكن أن ينازع فيه سواء من ناحية مبدأ دستورية الفصل بين السلطات، إذ أنه يكون تدخل للسلطة التشريعية في إدارة القضاء هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى مبدأ استمرار وسمو القانون وفكرة القضية العادلة المكرثة بالمادة ٦ من الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان والحريات الأساسية وفقاً لتطبيقات المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان.

---

(١) انظر في هذه التساؤلات على سبيل المثال : Christophe Devys : op. cit. p. 454 ets.

وقد تدعمت رقابة القاضي الدستوري تدريجياً من ناحية هذه المبادئ على قوانين الإجازة وكذلك رقابة المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان. وهذه الرقابة تتدعم إذ يفحص القاضي العادي والقاضي الإداري أولاً مطابقة قانون الإجازة للمادة ١/٦ مع الاتفاقية الأوروبية لحقوق قبل رقابة الدستورية وأن يحقق مصلحة عامة كافية<sup>(١)</sup>.

ولا تسمح محكمة النقض في المواد المدنية الاعتداد بالقوانين الرجعية إلا إذا كانت تستجيب لدوافع عليا من المصلحة العامة، وتقود مراقبة الملائمة والمطابقة القاضي الإداري إلى الحكم بناء على تقديرات حول الطابع الكافي أو الهام للمصلحة العامة المنشودة وحول قوة أساس حكم الإجازة. وإذا كان القاضي يقوم في النهاية بالتقدير من ناحية المصالح المختلفة الماثلة هل توجد مصلحة عامة بطابعها الكافي والأسمى تبرر أن يكون هناك عقبة أمام رجعية الإلغاء المتنازع فيه.

يكون من المفضل لدى البعض، أن يقوم القاضي في الوقت الذي يكون فيه ومن الممكن له ان يحدد آثار الإلغاء الذي يحكم به بناء على الإجراءات المعقدة التي تؤدي بكل واحد إلى الخروج عن دوره إجمالاً، من ثم يرى أن التطور القضائي من خلال ضبط القاضي لنتائج حكمه يمكن أن يقيد مجال قوانين الإجازة ومن ثم يحل مسار وقائي محل مسار علاجي، الأمر الذي يقود في النهاية إلى مركز أكثر اتفاقاً مع توازن السلطات غير القائم في الوضع الحالي للقانون.

أما عن الاعتراض المستمد من أن تطور القضاء يعطي لقاضي سلطة أمره تشريعية يجعله يتدخل في مجال اختصاص قاصر على المشرع.

---

(١) CE, Ass. 5/12/1997, Ministre de l'Education national, de la recherché et de la technologie c/organisme de gestion du college privé de l'abbaye de saint-sauveur – le – vicomte. Lebon p. 464, Concl, L. Touvet.  
CE 23/1/2004 rendus en Assemblée plénière, SCI le BAS Noyer c/société castorama, Baurduge et autres c/Damotte.



يجيب الفقه الفرنسي على ذلك أن هذه مسألة نظرية حيث أن مبدأ الإلغاء الرجعي يمثل نوعاً من المجاز، كما أن فكرة أن الإلغاء لا يكون له أي مجال أمر يدخل في ذات المجاز. وعلى حد قول البعض<sup>(١)</sup> يتكون المجاز من الأثر الكاشف من إلغاء الزمن الذي مر بين وضع القرار غير المشروع والغائه، إذا كان القرار غير المشروع ينشئ تغييراً وتحولاً في النظام القانوني، فإن الإلغاء ينشئ تغييراً كبيراً لأنه يتعين أن يزيل بشكل صعب كل التعديل التي أحدثها القرار، ومن ثم يخلق الإلغاء بوجوده حقاً جديداً ويحمل تحولاً عميقاً في النظام القانوني ويتجه نحو المستقبل. وبصفة خاصة يؤثر التاريخ الذي يصدر فيه الحكم بشكل واضح على المجال في زمن التحول في النظام القانوني. لقد اعترف مجلس الدولة في النهاية للقاضي بسلطة تعديل هذا التحول من خلال الإلغاء الجزئي والإلغاء الفوري أو الإلغاء غير المؤثر من حيث الزمان من خلال حكم Titran ويكون إعطاء القاضي سلطة تأجيل آثار أحكامه من حيث الزمان من ناحية الحدود بين مهمة القاضي والاختصاص الاستثنائي للمشرع يكون له طبيعة مختلفة عن الآثار التي قررها مجلس الدولة في أحكامه<sup>(٢)</sup>.

وفي النهاية تجدر ملاحظة أن قوانين الإجازة يكون له أثر أولى قاسي وتقود إلى الإلغاء الكامل لآثار الحكم القضائي، في الوقت الذي يكون فيه للقاضي سلطة تعديل الآثار ليحدد الآثار التي تبقى في الماضي من القرار.

---

(١) Weil : Les consequences de l'annulation d'un acte administrative en excès de pouvoir, these. 1952.

(٢) Christophe Devys : op. cit., p. 37.

## الخاتمة

إن البحث عن توازن بين مبدأ الشرعية ومبدأ الاستقرار الذي يكون مفتاحه هو تحديد المصلحة العامة لدى القاضي يثير التساؤل حول مشروعية قيامه بمهمة التعريف في مكان ومحل السلطة اللائحية الخاصة بسلطة المشرع.

ومن هذه الناحية فإن أحد المبررات المقدمة لسلطة التعديل أنه يؤدي إلى عدم اللجوء إلى قوانين الإجازة المتنوعة، بالحلول محل الدائرة الصعبة التي يستعيرها من دائرة مقيدة، الأمر الذي يفرغ النزاع كلية في حركة واحدة. وهذا التطور أمر مرغوب فيه، حتى لو كان صحيحاً أن قوانين التصديق والإجازة تخضع لرقابة صارمة من القضاة أنفسهم، وهي تمثل اعتداء على المبادئ الأساسية للفصل بين السلطات، وعدم رجعية القرارات القانونية، وقوة الشئ المقضي به. ولكن عندما يراقب قاضي عادي اتفاقية قانون تصديق ما فإنه يحمل على قصد المشرع ويكتفي برقابته دون أن يقوم ببحث دوافع المصلحة العامة التي يمكن أن تقيد ممارسة سلطته القضائية، ويوجد الخطر والمتمثل في اعتداء القاضي على مجال اختصاصات سلطات دستورية أخرى.

وبدون شك فإن مفتاح التوزيع الفعال يكون هو مسألة تقدير المصلحة العامة ويكفي أن المشرع هو المختص بقوة القانون أن يضع نصوصاً للمستقبل وفقاً لأهداف المصلحة العامة التي يحددها، ويبقى القاضي في دوره عندما يقدر المصلحة العامة من ناحية الآثار الحالية والماضية للقرار الذي تكون شرعيته محل نزاع.

ختاماً يظل مبدأ الشرعية حجر الزاوية بالنسبة للقانون الفرنسي، وهو بالضرورة وقتي بالنسبة للتوفيق بين مبادئ الشرعية والاستقرار القانوني، ومع ذلك فإن القضاء الإداري الفرنسي يستلهم عندما يكون ذلك مقيداً القضاء الأوروبي، ويهدف إلى ضمان توازناً معديلاً بالنسبة للمراكز القانونية، وليست مسألة لتدرج الاستقرار القانوني والشرعية، ولكن تنسيقها

بمعنى احترام الحقوق المكتسبة، وهكذا فإن العقد الأول من هذا القرن الذي نعشه أنهى قرناً هو قرن شكلية مبدأ الإستقرار القانوني، مع فتح مجال جديد من التفكير حول توازن مجدد بين مبدأ الشرعية واحترام الحقوق المكتسبة.

- إن فكرة الاستقرار القانوني فكرة غائبة عن الدستور وغير مقررة صراحة في قضاء المجلس الدستوري الفرنسي تؤدي دوراً أساسياً في أحكامه لأنها سبب مرونته الأساسية في السنوات الأخيرة وأصبحت إجباراً واقعاً على المشرع لأن مطلب الاستقرار القانوني له أثر كبير موحد لقوانين الاتحاد الأوروبي وحقوق الإنسان.

- لقد اعترفت محكمة استراسبورج "محكمة حقوق الإنسان" ومحكمة لكسمبورج محكمة العدل الأوروبية بمبدأ الاستقرار القانوني وأن تأثيرهما على القضاء الفرنسي أصبح أمراً مؤكداً.

- إن تأكيد مبدأ الإستقرار القانوني يرد على الحركة القوية للتعقيد المتزايد للقانون، وإزاء فوضى القانون، يظهر مبدأ الإستقرار القانوني باعتباره الفرع الأخير الذي تستند إليه المحاكم العليا وذلك لحفظ النظام والسماح للقانون بأن يؤدي المهمة الخاصة به وفقاً للسير العادي للأمور.

- إن القاضي الإداري الذي خرج من دور حارس الشرعية بتحويله سلطات جديدة متنوعة ومرنة يجب ألا يفقد مع ذلك سبب وجوده والذي يظل هو النطق بالقانون وليس له أن يحل نفسه محل السلطات الأمرة وفقاً للقواعد العامة.

## قائمة المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- د. ارحيم سليمان الكبيسي : حرية الإدارة في سحب قراراتها دراسة مقارنة رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، ١٩٨٦ .
- د. أحمد حافظ نجم : القانون الإداري، دراسة مقارنة لتنظيم ونشاط الإدارة العامة، الجزء الثاني أساليب الإدارة العامة ووسائلها وامتيازاتها، الطبعة الأولى.
- د. إبراهيم طه الفياض : القانون الإداري نشاط وأعمال السلطة الإدارية بين القانون الكويتي والقانون المقارن، الطبعة الأولى ١٩٨٨ .
- د. إبراهيم محمد علي : القانون الإداري، ٢٠٠٩/٢٠٠٨ .
- د. حسني درويش عبد الحميد: نهاية القرار الإداري عن غير طريق القضاء، رسالة دكتوراه عين شمس.
- د. سامي جمال الدين : اللوائح الإدارية وضمانات الرقابة الإدارية، منشأة المعارف.
- د. سليمان الطماوي : النظرية العامة للقرارات الإدارية، الطبعة الخامسة ١٩٨٤ .
- مبادئ القانون الإداري ١٩٧٩ . — الوجيز في القانون الإداري، ١٩٨٤ .
- د. صلاح الدين فوزي : المبادئ العامة غير المكتوبة في القانون الإداري دار النهضة العربية، ١٩٩٨ . — المبسوط في القانون الإداري ٢٠٠٠ .
- د. طعيمة الجرف : القانون الإداري، ١٩٧٨ .
- د. عبد الفتاح حسن : القانون الإداري الكويتي، دار النهضة العربية، ١٩٦٩ .
- د. علاء عبد المتعال : مدى جواز الرجعية في القرارات الإدارية، دار النهضة العربية سنة ٢٠٠٤ .
- د. عبد المجيد عبد الحفيظ سليمان، د. محمد أنس جعفر : أصول القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٨٩ .
- د. محمد فؤاد عبد الباسط : القرار الإداري، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، دون تاريخ نشر.
- د. محمد فؤاد مهنا : القانون الإداري المصري والمقارن، ١٩٥٨ .
- د. محمود حلمي : سريان القرار الإداري من حيث الزمان، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة سنة ١٩٦٢
- أ.م.عمر مهدي صالح الكبيسي : مبدأ عدم رجعية القرارات الإدارية، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة بغداد سنة ٢٠٠٠ .
- د.محمد عبد العال السناري : نفاذ القرارات الإدارية دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه عين شمس، ١٩٨١

- د. محمد عبد الحميد أبو زيد :دوام سير المرافق العامة، رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، سنة ١٩٧٥ .
- د. عبد القادر خليل :
- د. مجدي عز الدين يوسف : الأساس القانوني لنظرية الموظف الفعلي، رسالة دكتوراه عين شمس ١٩٨٧ .
- د. نعمان أحمد خليل : أركان الظاهر كمصدر للحق، ١٩٧٧ .

## المراجع الأجنبية :

- B.Mathieu : Les validations législatives, Economica, 1987, p. 287.
- F. de Baecque : rapport general au congrès de l'association internationale des hautes juridictions administratives, EDCE, 1983-1984, p. 319.
- Nicolas Molfessis : Combattre l'insécurité juridique ou la lutte du système juridique contre lui-Même.
- Josseline de clausade : rapporteur general de la section du rapport et des études, la documentation française, Paris 2006, p. 229.
- Jean Maia : la contrainte européenne sur la loi. Pouvoirs, No.114, Septembre 2005, p. 54.
- Bertrand Mathieu : "Les validations législatives devant le juge de strasbourg : une réaction rapide du conseil constitutionnel. Apropos des décisions de la cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC" RFDA, Mars – Avril 2000. , p.289.
- Bruno Genevois : Principes fondamentaux, Principes généraux. RFDA, 14/3, Mai-Juin1998, p. 477.
- Gilbert Guillaume : l'unité du droit international public? Revue internationale de droit compare 2003, p.25
- Olivier Dutheillet de la mothe la sécurité juridique le point de vue du juge constitutionnel P. 5.
- Laurent Tesoka : "Le principe de légalité exige à la fois le respect des attributions du législateur et celui des règles supérieures de droit par lesquelles la constitution adoptée par le peuple français a proclamé l'indivisibilité de la république, affirmé l'intégrité du territoire et fixé l'organisation des pouvoirs publics".
- Favoreu et Philip: les grandes décisions du conseil constitutionnel, dalloz, 2003, p. 478.
- G. Timsit : Gouverner ou juger ? Blasons de la légalité, PUF, 1995, p. 64.
- Auby : J.M. Lincompétence, ration temporis recherches, sur l'application des actes, administratifs dans le temps. R.D.P. 1953, p. 20
- Jean rivero et janwaline : droit administrative, dalloz, 1953, p. 110.
- Ph. Foillard, droit administrative, 2002, p. 207.
- Roubier, p. le droit transitoire, 2ème éd 1960, p. 9.
- Werner A. contribution a l'étude de l'application de la loi dans le temps. R.D.P. 1982, p. 739.

- Michel Fromont : Le principe de sécurité juridique, AJDA, 1996, p. 178.
- JEZE : essai d'une thorie general des fonctionnaire de fait. R.D.P. 1914, p. 50.
- R.ODENT : contentieux administrative , 1981, p. 1794.
- R.Chaqus : droit du contentieux administrative, 1982, p. 452.
- DE. Laubadere, traité de droit administrative, 1984, p. 334.□
- Sylvie carotenuto : le retrait et l'aprogation des actes administratifs, these aix-marseille, 1995.
- Adiouma BA, le retrait des actes admnistratifs illégaux créateurs de droits. La complexité croissante du régime, R.D.P., 2007, p. 1620
- Guy Braibant, Bernard Stirn : Le droit administrative français Dalloz, 2005, p. 304.
- Auvret Patrick : La notion de droits acquis endroit adminhistratif français, R.D.P. 1985, p. 53.
- Philippe collière, Le retrait des decisions individuelles créatrices de droits : un régime juridique peu satisfaisant, AJDA, 2008, p. 334.
- Bertrand Mathieu, Rapport français, "constitution en sécurité juridique" Xve Table ronde de jurisprudence constitutionnelle AIJC, 1999.
- Frédéric Dieu : la modulation des effets des annulations contentieuses ou comment concilier
- Florence chaltiel : le principe de sécurité juridique et le principe de légalité développements récents AJDA. 2009, p. 1650.
- D.Bailleul : Les nouvelles Méthodes du juge administrative AJDA 2004, p. 1626.
- Christophe Devys : La modulation des effets dans le temps de l'annulation d'une decision administrative conclusions sur conseil d'ETAT, Assemblée, 11 Mai 2004, Association AC : et autres. RFDA , 2004, p. 454.
- J.-H. Stahl et A. courréges, Note à l'attention de M. le president de la section du contentieux, RFDA 2004, p. 447; AJDA 2004, p. 1189, Chron, C. Landais et F. Lenica.
- Weil : Les consequences de l'annulation d'un acte administrative en excés de pouvoir, these. 1952.

# القانون الدولى

## فى الدستور المصرى

أ.د وائل أحمد علام

مساعد العميد – كلية القانون (جامعة الشارقة)

أستاذ القانون الدولى العام – كلية الحقوق (جامعة بنها)



## مقدمه :-

تنص المادة ١/٣٨ من النظام الأساسى لمحكمة العدل الدولية على أن "وظيفة المحكمة أن تفصل فى المنازعات التي ترفع إليها وفقاً لأحكام القانون الدولى، وهى تطبق فى هذا الشأن: (أ) الاتفاقات الدولية العامة والخاصة التي تضع قواعد معترفاً بها صراحة من جانب الدول المتنازعة، (ب) العادات الدولية المرعية المعتبرة بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال، (ج) مبادئ القانون العامة التي أقرتها الأمم المتحدة". ووفقاً لهذا النص، فإن المعاهدة والعرف هما المصدران الأساسيان للقانون الدولى. ويحدد دستور كل دولة كيفية تطبيق القانون الدولى؛ أى كيفية سريان المعاهدة والعرف داخل الدولة. ويتحدد هذا الأمر تبعاً لرؤية الدستور نفسه للعلاقة بين القانونين الدولى والداخلى.

ولبيان وضع القانون الدولى فى دستور مصر فإننا نعرض فى مبحث أول لموقف الدستور المصرى من العلاقة بين القانونين الدولى والداخلى. ونعرض فى مبحث ثانٍ للمعاهدة الدولية فى إطار الدستور المصرى ثم فى مبحث ثالث للعرف الدولى فى إطار الدستور المصرى.

## المبحث الأول

### موقف الدستور المصرى من العلاقة بين القانونين الدولى

#### والداخلى

توجد نظريتان تتعلقان بكيفية تحديد العلاقة بين القانونين الدولى والداخلى. ففى إطار نظرية وحدة القانون، فإن المعاهدة تسرى فى النظام القانونى الداخلى مباشرة دون حاجة إلى تحويلها إلى قانون داخلى، ومن ثم فالقاضى الوطنى يطبق المعاهدة مباشرة بمجرد تصديق الدولة

عليها، وتطبق المعاهدة الدولية — مثل القانون - بأثر فوري؛ أى أنه لا يجوز تطبيقها بأثر رجعى. وفى إطار نظرية ثنائية القانون، فإنه يُنظر للقانون الدولى على أنه قانون مستقل عن القانون الداخلى، ومن ثم يُتطلب أن تتحول المعاهدة إلى قانون داخلى حتى ترتب آثارها فى مجال النظام القانونى الداخلى.<sup>١</sup>

### أولاً: نظرية ثنائية القانون

ترجع هذه النظرية للمدرسة الإرادية التى ترى أن الإرادة الإنسانية هى التى تنشئ القانون، وأن القانون الدولى والقانون الداخلى يُشكلان نظامين قانونيين متساويين، ومستقل كل منهما عن الآخر، ولا يختلط به أو يتداخل معه، ولا يخضع أيهما للآخر إذ أنه لا يعلو أحدهما على الآخر. فهما نظامان قانونيان مستقلان، ومن ثم لا تطبق قواعد القانون الدولى داخل الدولة إلا إذا قبلتها وضمّنتها تشريعها الداخلى. ويستند أنصار هذه النظرية إلى الحجج التالية: (أ) اختلاف مصادر القانونين؛ فالقانون الداخلى يصدر عن الإرادة المنفردة للدولة حيث توجد سلطة عليا تفرض القانون بما لها من سيادة على كافة الأشخاص المقيمين على إقليمها. أما القانون الدولى فهو يصدر عن الإرادة المشتركة للدول؛ أى أنه لا توجد سلطة عليا، وإنما لابد من اجتماع إرادتين أو أكثر لنشأة القواعد الدولية. ويترتب على ذلك أن مصادر القانون الداخلى هى إرادة الدولة المنفردة المتمثلة بصفة أساسية فى التشريع والعرف، ومصادر القانون الدولى هى

---

١ - راجع: د. محمد حافظ غانم، الأصول الجديدة للقانون الدولى العام، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤، ط ٢، ص ٥٨ - ٧٥؛ د. حامد سلطان، القانون الدولى العام فى وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٢٧ - ٣٣؛ د. إبراهيم العنانى، القانون الدولى العام، دار الفكر العربى ١٩٨٣، ص ٨١ - ٩٤.

الإرادة المشتركة للدول الصريحة (المعاهدات الدولية) والضمنية (العرف الدولي). (ب) اختلاف أشخاص القانون الداخلى (الأشخاص الطبيعيون والاعتباريون) عن أشخاص القانون الدولى (الدول والمنظمات الدولية). ويترتب على ذلك اختلاف موضوع كل من القانونين؛ فالقانون الداخلى ينظم العلاقات فيما بين الأشخاص الطبيعية (الأفراد) والأشخاص الاعتبارية (الدولة والمؤسسات العامة والخاصة). بينما ينظم القانون الدولى العلاقات فيما بين الدول والمنظمات الدولية. (ج) اختلاف القانونين من حيث السلطات، فالقانون الدولى هو قانون حديث نشأ بعد قيام الدول الحديثة فى منتصف القرن السادس عشر. ولذلك لا توجد سلطة تشريعية فى النظام القانونى الدولى، على خلاف النظام القانونى الداخلى الذى توجد به سلطة تشريعية مهمتها وضع القواعد القانونية. واللجوء إلى القضاء الدولى هو أمر اختياري لا يتم إلا بموافقة الدول بعكس الأمر بالنسبة للقضاء الداخلى. وأخيراً فإنه على خلاف الوضع فى القانون الداخلى، لا توجد فى القانون الدولى سلطة تنفيذية تملك سلطة إجبار المخالفين على احترامه.

ويترتب على هذه النظرية عدم التعارض بين القانونين، وذلك لأن موضوعاتهما مختلفة؛ فالموضوعات التى يُنظمها القانون الداخلى غير الموضوعات التى يُنظمها القانون الدولى؛ فالقانون الدولى ينطبق على العلاقات فيما بين الدول والمنظمات الدولية ومن ثم لا مجال لتطبيق القانون الداخلى. وكذلك لا مجال لتطبيق القانون الدولى على العلاقات داخل الدولة. ويؤدى اختلاف مجال تطبيق كل من القانونين إلى عدم نشوء تنازع بين أحكام القانونين حيث إن كل قانون مستقل عن الآخر، ولكل منهما دائرته التى يُطبق فيها. ولا يوجد سمو أو تدرج بين القانونين

حيث لا تعارض بينهما؛ فالتعارض لا يكون إلا بين القواعد التى تنتمى لنظام قانونى واحد، ويحل هذا التعارض عن طريق وجود تدرج فيما بين القواعد.<sup>١</sup> كما يجب على القاضى الوطنى أن يطبق القواعد الداخلية فحسب، ومن ثم ليس له أن يطبق قواعد القانون الدولى ولا أن يفسرها. ولا يجب على القاضى الوطنى تطبيق القواعد الدولية حتى وإن أدى ذلك إلى ترتب المسؤولية الدولية على الدولة بسبب عدم تنفيذها لتعهداتها الدولية. أى أنه لا تسرى قواعد القانون الدولى داخل الدولة إلا بعد تحويل هذه القواعد الدولية إلى قواعد داخلية من خلال إصدار تشريع داخلى. وحينئذ يطبق ويُفسر القضاء الوطنى هذه القواعد على أساس أنها قواعد داخلية. وبالمثل، فإن القواعد الداخلية لا تسرى فى مجال العلاقات الدولية إلا إذا تحولت إلى قواعد دولية من خلال النص عليها فى معاهدة دولية مثلاً.

ووفقاً لهذه النظرية، لا يُشكل القانون الدولى جزءاً من القانون الداخلى للدولة، ولتطبيق القواعد الدولية يجب أن يتم تبنيها عن طريق القانون الداخلى للدولة، ويطبق كجزء من القانون الداخلى للدولة وليس كقانون دولى. واستثناء مما تقدم، يوجد استثناء فى حالة استقبال المشرع الداخلى المعاهدة أو العرف عن طريق قانون داخلى، وتحويلها إلى قواعد داخلية، ومن ثم تصبح جزءاً من قانون الدولة الداخلى. وأيضاً فى إحالة

---

١ - يوجد تدرج داخل النظام القانونى الداخلى؛ فعلى سبيل المثال، تنص المادة الأولى من القانون المدنى المصرى على أن: "(١) تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها. (٢) فإذا لم يوجد نص تشريعى يُمكن تطبيقه، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة."

أحد القانونين على الآخر بخصوص تنظيم مسألة معينة؛ فيُمكن للقانون الداخلى عند تحديده لالتزامات وحصانات المبعوثين الدبلوماسيين أن يُحيل للقانون الدولى بشأن تحديد المبعوثين الدبلوماسيين وحصاناتهم، كذلك فإنه يمكن للقانون الدولى تنظيم واجبات الدول تجاه الأجانب، أو التزامات السفن الأجنبية فى المياه الإقليمية مع الإحالة للقانون الداخلى لتحديد المقصود بالأجنبى وبالسفينة الأجنبية. ففى حالتى الاستقبال والإحالة يطبق القانون الدولى داخل الدولة.

وطبقاً لنظرية ثنائية القانون يكون القضاء الوطنى ملزماً بتطبيق التشريعات الداخلية حتى لو تعارضت مع الالتزامات الدولية للدولة؛ فلو أبرمت الدولة معاهدة مع دولة أخرى، ثم أصدرت قانوناً يخالف هذه المعاهدة، فإن هذا القانون هو الذى يسرى، وإن كانت ستترتب على الدولة المسؤولية الدولية. وواضح من هذه النظرية أنها تؤكد على سيادة الدولة وأن إرادتها هى الفيصل فى الالتزام.

## ثانياً: نظرية وحدة القانون

ترجع هذه النظرية للمدرسة الموضوعية التى ترى أن القانون الدولى والقانون الداخلى يُشكلان كتلة قانونية واحدة تلزم الأفراد والدول على حد سواء، فالقانونان فرعان فى نظام قانونى واحد. ويستند أنصار هذه النظرية إلى الحجتين التاليتين: (أ) وحدة مصدر القانونين وهو الظروف الاجتماعية والاقتصادية وغيرها التى تؤدى إلى نشأة القانون. ويرد أصحاب هذه النظرية على حجة النظرية

السابقة القائلة بتعدد المصادر بأن هذا الأمر ليس بسبب تعدد الأنظمة فهذا الأمر لا يعنى أننا بصدد نظامين قانونيين؛ فعلى سبيل المثال، داخل النظام القانونى توجد قوانين متعددة (القانون المدنى، والإدارى، والأحوال الشخصية) تختلف مصادرها (التشريع، العرف، الدين)، ولا يعنى هذا أن نكون بصدد أكثر من نظام قانونى واحد. (ب) كلا القانونين يخاطبان نفس الأشخاص، ويتعلقان بسلوك ورفاهية الأفراد. ففى حقيقة الأمر، الأفراد هم المخاطبون بكافة القواعد القانونية؛ فالقانون الداخلى يُخاطبهم مباشرة، أما القانون الدولى فيُخاطبهم - أساساً - عن طريق دولهم. ويترتب على هذه النظرية أن يُطبق القضاء الوطنى المعاهدة الدولية ويُفسرها من تلقاء نفسه، ودون حاجة لطلب من الخصوم. وإذا امتنع القاضى عن تطبيق المعاهدة فإنه يجوز الطعن على حكمه أمام محكمة أعلى. كذلك لا يُستبعد وجود تعارض بين كلا القانونين؛ فمادام ينتميان لنظام قانونى واحد فلا بد أن يوجد تدرج بينهما؛ أى أن يعلو أحدهما الآخر. وتوجد بهذا الخصوص النظريتان التاليتان:

(١) نظرية أولوية قواعد القانون الداخلى: فنظراً لعدم وجود سلطة عليا فى المجتمع الدولى، فإن الدولة تكون هى السلطة العليا التى لا تعلوها سلطة أخرى، ومن ثم تكون الدولة حرة فى تحديد التزاماتها وكيفية تنفيذها. فالدستور - وهو جزء أساسى فى النظام القانونى الداخلى - هو الذى يُحدد كيفية تطبيق قواعد القانون الدولى، ومن ثم ينبغى أن تكون له الغلبة على ما عداها؛ أى تسمو قواعد القانون الداخلى على قواعد القانون الدولى. ولا يخفى ما فى هذه النظرية من

تأكيد على سيادة الدولة. غير أن هذه النظرية يوجه لها النقد على أساس أنها تصلح لتفسير العلاقة بين الدستور والمعاهدات فحسب. أما باقى مصادر القانون الدولى (العرف - المبادئ العامة للقانون - قرارات المنظمات الدولية) فلا تستطيع هذه النظرية أن تقدم تفسيراً فى هذا الخصوص. كذلك فإن الزامية المعاهدة تستمد من استمرارية الدولة، ولا تستمد من الدستور فحسب، إذ لو كان هذا صحيحاً، لترتب على ذلك انتهاء المعاهدات بتغيير الدساتير.

(٢) نظرية أولوية قواعد القانون الدولى: فالأولوية تكون لقواعد القانون الدولى، ومن ثم يجب على قواعد القانون الداخلى أن تكون متوافقة ومتمشية معها، وذلك على أساس أن الدولة عندما تصدر قواعد داخلية إنما تصدرها بتفويض من القانون الدولى مثل الوضع فى الدولة المركزية التى تصدر فيها الولايات القوانين بتفويض من الحكومة المركزية، كما أن إعطاء الأولوية للقانون الداخلى تؤدى عملاً إلى إنكار وجود القانون الدولى. ومن مزايا هذه النظرية أنها تجنب الدولة المسؤولية الدولية، ولذلك يذهب رأى الغالب فى الفقه إلى تأييد هذه النظرية.

### ثالثاً: موقف الدستور المصرى

تنص المادة ١٥١ من دستور ١٩٧١ على أن "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات، ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان. وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة. على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل فى أراضى الدولة، أو التى

تتعلق بحقوق السيادة، أو التى تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة فى الموازنة، تجب موافقة مجلس الشعب عليها".

ووفقاً لهذا النص، لا يتطلب صدور تشريع أو قانون حتى تصبح المعاهدة نافذة<sup>١</sup>. ولذلك يذهب أغلب الفقه إلى أن دستور ١٩٧١ يأخذ بنظرية وحدة القانون فى العلاقة بين المعاهدة الدولية والقانون المصرى، فالمعاهدة متى توافرت أركانها وتم نشرها فى الجريدة الرسمية، فإنها تكون نافذة فى الإقليم المصرى، ومن ثم يجب على القضاء المصرى تطبيق المعاهدة شأن تطبيقه لكافة القوانين المصرية<sup>٢</sup>. فى هذا الصدد، تذكر

---

١- ويلاحظ أن الوضع كان مختلفاً فى بداية القرن العشرين؛ راجع د. حامد سلطان، القانون الدولى العام فى وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٢٣٥: "فى مصر فقد كان القضاء المختلط يطبق على وجه العموم - أحكام المعاهدات التى تعقدها مصر وأحكام المعاهدات التى لا تكون مصر طرفاً فيها، بغير حاجة إلى إجراء تشريعى داخلى، وكان يسوغ هذا التصرف بالادعاء بأنه قضاء دولى يقوم على الإقليم المصرى بمقتضى معاهدات دولية. غير أن هذا الادعاء زال على أثر حملة الفقهاء المصريين وقيامهم بإثبات أن القضاء المختلط قضاء مصرى يصدر أحكامه باسم رئيس الدولة المصرية. وقد أثبتت المسألة الخاصة بتطبيق المعاهدات الدولية داخل الدولة فى مؤتمر مونترية لالغاء الامتيازات الأجنبية فى مصر، وتناقش فيها ممثلو الدول التى عقدت اتفاقية مونترية مع مصر. فاتفق المجتمعون على أن القاضى الداخلى لا شأن له بالاتفاقات الدولية وهو لا يطبق منها إلا الأحكام التى صدرت فى قوانين داخلية قائمة بذاتها وتطبيقاً لذلك صدرت قوانين منفصلة تتضمن أحكام معاهدة مونترية لتلتزمها الجهات القضائية المصرية. نذكر منها على سبيل المثال المرسوم بقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧ الخاص بلانحة التنظيم القضائى المختلط، والرسوم بقانون ٨٩ لسنة ١٩٣٧ الخاص بالتشريع الذى تطبقه المحاكم المختلطة."

٢- راجع: د. عبد العزيز محمد سرحان، القانون الدولى العام، دار النهضة العربية، ١٤١١ هـ / ١٩٩١ م، ص ١٥٤؛ د. إبراهيم العنانى، القانون الدولى العام، ص ٩٣؛ د. على إبراهيم، النظام القانونى الدولى والنظام القانونى الداخلى صراع أم تكامل، دراسة نظرية وتطبيقية فى ضوء أحدث الدساتير وأحكام المحاكم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥، ص ٢٧٤. وعكس هذا رأى، د. محمد طلعت الغنيمى، الغنيمى الوسيط فى قانون السلام، القانون الدولى العام أو قانون الأمم زمن السلم، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢، ص ٩٠ "وقد تعرض دستور ١٩٧١ المصرى إلى علاقة القانون الدولى المكتوب - المعاهدات - بالقانون الداخلى فنص فى المادة ١٥١ منه على أن المعاهدات و"كون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة." ومعنى هذا المعاهدة لا تعتبر بذاتها قانوناً يطبق فى مصر وإنما لابد لكى تكسب هذه القوة من أن تمر بالمرحلة الشكلية اللازمة لتوافر القانون الداخلى، وهى التصديق والنشر طبقاً للأوضاع المقررة. وإذن فالقاضى المصرى لا يملك أن يطبق المعاهدة ولو كانت نافذة طبقاً لأحكام القانون الدولى وإنما لابد لذلك من نفاذها طبقاً لأحكام القانون المصرى. وهذا فيما أرى أخذ بنظرية ثنائية القانونين." د. أحمد أبو الوفا، الوسيط فى القانون الدولى العام، دار النهضة العربية، ط ١، ١٩٩٥ - ١٩٩٦، ص ٥٠.



محكمة النقض أن "من المقرر أن قواعد القانون الدولي - ومصر عضو في المجتمع الدولي تعترف بقيامه - تعد مندمجة في القانون الداخلي دون حاجة إلى إجراء تشريعي فيلزم القاضى المصرى بإعمالها فيما يعرض عليه من مسائل تتناولها تلك القواعد ولم يتعرض لها القانون الداخلى طالما أنه لا يترتب على هذا التطبيق إدخال بنصوصه." فالأصل أن يُطبق القاضى المصرى قواعد القانون الدولي دون حاجة إلى إجراء تشريعى. كذلك قررت محكمة أمن الدولة العليا أنه لا يمكن تعطيل المعاهدة الدولية بحجة أنها تحتاج إلى تدخل تشريعى؛ فذكرت: "الاتفاقية الدولية لحقوق الاقصادية والاجتماعية والثقافية فإن مصر قد وقعت عليها ونصت المادة الثامنة منها على أنه "تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بأن تكفل أ.... ب.... ج.... د- الحق في الإضراب على أن يمارس طبقا لقوانين القطر المختص ... إلخ. وهذا النص قاطع الدلالة في أن على الدولة المنضمة للاتفاقية الالتزام بأن تكفل الحق في الإضراب بمعنى أنه صار معترفاً به كحق مشروع من حيث المبدأ ولا يجوز العصف به كلياً وتحريمه على الإطلاق وإلا فإن ذلك مصادرة كاملة للحق ذاته وما تملكه الدول المنضمة للاتفاقية لا يعدو أن يكون مجرد تنظيم ذلك الحق المقرر بحيث تنظم التشريعات الداخلية طريقة ممارسة ذلك الحق وهناك فرق بين نشأة ووضع قيود على ممارسته، وعدم وضع تنظيم لذلك الحق لا يعنى على الإطلاق العصف به أو تأجيله لحين وضع تلك

---

١ - الدائرة المدنية، الطعن رقم ٢٩٥ لسنة 51 تاريخ الجلسة ١٩٨٢/٣/٢٥ مكتب فنى ٣٣ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ٣٣٠.

النظم وإلا لاستطاعت أية دولة التحلل من التزامها بعدم وضع تنظيم لممارسة ذلك الحق. ولا ينال من هذه النتيجة مبدأ التدرج الذي قرره المادة الأولى من الاتفاقية في فقرتها الرابعة، فقد نصت تلك الفقرة على أن "تتعهد كل دولة طرف في الاتفاقية الحالية أن تقوم منفردة ومن خلال المساعدة والتعاون الدوليين باتخاذ الخطوات، خاصة الاقتصادية والفنية، لأقصى ما تسمح به مواردها المتوافرة من أجل التوصل تدريجياً لتحقيق الكامل للحقوق المعترف بها في الاتفاقية الحالية بكافة الطرق المناسبة بما في ذلك على وجه الخصوص تبني الإجراءات التشريعية" ذلك أن نص هذه الفقرة إنما يعالج المجالات التي تحتاج فيها الدولة المتعاقدة إلى موارد اقتصادية وافية وغير متوافرة لديها حتى تستطيع أن تحقق لمواطنيها الرعاية الاقتصادية والاجتماعية والثقافية المطلوبة وذلك تدرجاً عن طريق تنمية مواردها الذاتية أو بالتعاون مع الدول الأخرى وتلقى المساعدات الخارجية ولا يمكن اعتبار الحق في الإضراب من قبيل تلك الحقوق التي ينصرف إليها النص بحسب مفهومه الظاهر والذي لا يجوز الانحراف عنه حيث أنه لا يعتريه غموض يقتضى التفسير أو التأويل." فالمحكمة أكدت على أن عدم تنظيم الحق لا يُقبل كمسوغ للعصف بما ثقرره المعاهدة، ولذلك أهابت المحكمة بالمشرع "أن يسارع إلى وضع الضوابط اللازمة لهذا الحق على نحو يحقق مصلحة البلاد العليا ومصالح العمال في نفس الوقت حتى لا تعم الفوضى وتتدخل المصالح العليا للمجتمع ولضمان عدم توقف سير المرافق الأساسية أو المساس بوسائل

الإنتاج أو إيذاء غير المضربين".<sup>١</sup>

## المبحث الثانى

### المعاهدة الدولية فى إطار الدستور المصرى

تعتبر المعاهدات الدولية هى الوسيلة الأساسية التى من خلالها تدخل الدول فى علاقات مع غيرها من الدول والمنظمات الدولية. ولا يمكن للمعاهدات أن تقوم بهذا الدور المهم إلا إذا كانت محل احترام وتنفيذ من قبل الدول الأطراف. ولهذا تحرص الدول قبل دخولها فى معاهدة دولية على وجود ضمانات قانونية تؤكد على التزام كل دولة طرف بتنفيذ المعاهدة. وتتضح أهمية هذه الضمانات القانونية فى ضوء أن المجتمع الدولى ليست به سلطة عليا تستطيع أن تعاقب الدولة التى تنتهك المعاهدة.

ومن أهم الضمانات القانونية، أن يوجد نص فى دستور الدولة يؤكد على التزام الدولة نفسها بالمعاهدة الدولية التى هى طرف فيها. فوجود هذا النص يجعل المعاهدة الدولية التزاماً على الدولة نفسها، ومن ثم لا يمكن أن يتأثر هذا الالتزام بتغير الحكومات أو شخص رئيس الدولة أو نظام الحكم (مثلاً، من اشتراكى إلى رأسمالى). وهذا النص الدستورى يجعل المعاهدة الدولية بعد تصديق الدولة عليها جزءاً من نظامها القانونى، ومن ثم إذا أخلت الدولة بتعهداتها المنصوص عليها فى المعاهدة، فإنه يجوز لأى مضرور— فرداً كان أم

---

١- محكمة أمن الدولة العليا - طوارئ - القضية رقم ٤١٩٠ لسنة ٨٦ الألبكية - ١٢١ كلى شمال - ١٩٨٧/٤/١٦.

جهة— أن يلجأ إلى قضاء الدولة طالباً إصلاح هذا الضرر.

### المعاهدة الدولية فى الدساتير المصرية السابقة

جرت الدساتير المصرية المتعاقبة على تخصيص أحد موادها للمعاهدة الدولية؛ فقد نصت المادة ٤٦ من دستور ١٩٢٣ على أن "الملك هو القائد الأعلى للقوات البرية والبحرية وهو الذى يتولى ويعزل الضباط ويعلن الحرب ويعقد الصلح ويرم المعاهدات ويبلغها البرلمان متى سمحت مصلحة الدولة وأمنها مشفوعة بما يناسب من البيان. على أن اعلان الحرب الهجومية لايجوز بدون موافقة البرلمان. كما أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل فى أراضى الدولة أو نقص فى حقوق سيادتها أو تحميل خزانتها شيئاً من النفقات أو مساس بحقوق المصريين العامة أو الخاصة لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها البرلمان. ولايجوز فى أى حال أن تكون الشروط السرية فى معاهدة ما مناقضة للشروط العلنية." ونصت المادة ١٤٣ من دستور سنة ١٩٥٦ على أن "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الأمة مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون لها قوة القانون بعد ابرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة. على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التى يترتب عليها تعديل فى أراضى الدولة أو التى تتعلق بحقوق السيادة أو التى تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة فى الميزانية، لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة."

ونصت المادة ٥٦ من الدستور المؤقت لسنة ١٩٥٨ على أن "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات، ويبلغها مجلس الأمة وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة، أو التي تتعلق بحقوق السيادة، أو التي تتحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية، لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة." ونصت المادة ١٢٥ من دستور سنة ١٩٦٤ على أن رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات، ويبلغها مجلس الأمة، مشفوعة بما يناسب من البيان. وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها، والتصديق عليها، ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة. على أن معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة، وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة، أو التي تتعلق بحقوق السيادة، أو التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الميزانية، لا تكون نافذة إلا إذا وافق عليها مجلس الأمة."

#### المعاهدة الدولية في دستور ١٩٧١

طبقاً للمادة ١٥١ من دستور ١٩٧١ ينبغي التمييز بين نوعين من المعاهدات:

- (١) المعاهدات الأكثر أهمية: وهي معاهدات الصلح والتحالف والتجارة والملاحة وجميع المعاهدات التي يترتب عليها تعديل في أراضي الدولة، والمعاهدات التي تتعلق بحقوق السيادة، والمعاهدات التي تحمل خزانة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الموازنة. ويتطلب لنفاذ هذه المعاهدات الشروط الثلاثة التالية:

أ- موافقة مجلس الشعب عليها. وكذلك موافقة مجلس الشورى وذلك وفقاً لما قررته المادة ١٩٤ من دستور ١٩٧١ (وهذه المادة معدلة في ٢٦ مارس ٢٠٠٧).

ب- تصديق رئيس الجمهورية.

ج- النشر في الجريدة الرسمية.

(٢) المعاهدات قليلة الأهمية: وهى المعاهدات التى لا تتضمن أنواع المعاهدات السابق ذكرها. ويتطلب لنفاذ هذه المعاهدات الشرطان التاليان:  
أ- تصديق رئيس الجمهورية، على أن يُبلغ الرئيس مجلس الشعب بهذا التصديق مرفقاً به ما يناسب من البيان والتوضيح.

ب- النشر في الجريدة الرسمية.

ويلاحظ بشأن هذا النص ما يلى:

أولاً: نشر المعاهدة إجراء ضرورى لسريانها، فبدون النشر لا تعد المعاهدة جزءاً من القانون الداخلى؛ أى لا تكون ملزمة، ومن ثم لا يُطبق القضاء المصرى المعاهدة في حالة عدم نشرها. وتجدر الإشارة إلى أن قانون الإجراءات الجنائية المصرى - قانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ (٣ سبتمبر سنة ١٩٥٠) - كان قد تأخر نشره، ومن ثم أرادت السلطة أن تطبقه من تاريخ صدوره لا من تاريخ نشره. فقضت محكمة النقض بأن "الدستور قد نص فى المادة ٢٢٦ على أن "تكون القوانين نافذة فى جميع القطر المصرى بإصدارها من جانب الملك، ويستفاد هذا الإصدار من نشرها فى الجريدة الرسمية إلخ" فالإصدار لا يستفاد إلا من النشر، ومهما قيل من نتائج تحكم السلطة التنفيذية فى تعطيل النشر فإن المحاكم لا تستطيع أن تطبق قانوناً لم ينشر ما دام الدستور يقضى بأن الإصدار إنما يستفاد من النشر. وإذن فالتحدى بحكم من أحكام قانون الإجراءات الجنائية الذى لم

ينشر بالجريدة الرسمية لا يقبل، إذ ما دام هذا النشر لم يحصل فلا يمكن القول بأنه صدر وبالتالي لا يمكن إعمال أحكامه.<sup>١</sup> غير أن المادة ١٥١ من دستور ١٩٧١ يوجه لها النقد إذ أنها لا تحدد موعداً محدداً للنشر، ومن ثم يمكن للسلطة التنفيذية أن تتراخى فى النشر ومن ثم يتعطل سريان المعاهدة<sup>٢</sup>، كما أن تأخر النشر قد يستوجب المسؤولية الدولية.

ثانياً: لا تحدد المادة ١٥١ كيفية التمييز بين نوعى المعاهدات ومن هى الجهة التى تقوم بذلك؛ فعلى سبيل المثال، ما هى المعاهدات التى تتعلق بحقوق السيادة؟ ومن الذى يُحدد ما إذا كانت المعاهدة المزمع التصديق عليها تدخل فى عداد هذه المعاهدات أم لا؟<sup>٣</sup>

ثالثاً: وفقاً لنص المادة ١٥١، فإن المعاهدة الدولية لها قوة القانون. ومن ثم، لم

---

١ - الطعن رقم ٤٨١ لسنة 20 تاريخ الجلسة ١٩٥١/٣/٢٠ مكتب فنى ٢ رقم الجزء ٢ رقم الصفحة ٧٩٥.

٢ - محمد أمين المهدي، البعد الدولى فى الدستور المصرى الجديد، مجلة الدستورية، العدد العشرون "أبلغ الأمثلة عليه ما تم فى شأن الاتفاقية الدولية لمكافحة الفساد. فقد وقعت هذه الاتفاقية الدولية بتاريخ ٩ من ديسمبر سنة ٢٠٠٣، وكان أن انضمت مصر إلى الاتفاقية بمقتضى قرار رئيس الجمهورية رقم ٣٠٧ لسنة ٢٠٠٤ الصادر بتاريخ ١١ من سبتمبر سنة ٢٠٠٤. وتم عرض الاتفاقية على مجلس الشعب بالتطبيق لحكم المادة (٢/١٥١) من دستور سنة ١٩٧١ فوافق عليها بتاريخ ٢٠ من ديسمبر سنة ٢٠٠٤ وتم تصديق رئيس الجمهورية على الاتفاقية بتاريخ ٢٣ من ديسمبر ٢٠٠٤. ودخلت الاتفاقية حيز النفاذ فى المجال الدولى اعتباراً من ١٤ من ديسمبر سنة ٢٠٠٥ إعمالاً لحكم المادة (١/٦٨) منها. ومع ذلك لم يتم نشر الاتفاقية بالجريدة الرسمية إلا بالعدد الصادر بتاريخ ٨ من فبراير سنة ٢٠٠٧ تنفيذاً لقرار وزير الخارجية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٧ الصادر بتاريخ ٨ من يناير سنة ٢٠٠٧ بشأن الموافقة على نشر الاتفاقية. فضلاً عن التراخى فى النشر فقد تضمن قرار وزير الخارجية المشار إليه أن يعمل بأحكام الاتفاقية اعتباراً من ١٤ من ديسمبر سنة ٢٠٠٥، وهو تاريخ نفاذ الاتفاقية فى المجال الدولى على نحو ما سبق البيان، وعلى ذلك يكون قرار وزير الخارجية قد تضمن أثراً رجعياً لأحكام الاتفاقية، التى يكون لها قوة القانون من تاريخ نشرها. وتقدير الأثر الرجعى يتجاوز الاختصاص المقرر لوزير الخارجية بنشر الاتفاقية، ولعله اضطر لذلك نتيجة التراخى فى تمام النشر لمدة تزيد على السنة من تاريخ نفاذ الاتفاقية فى المجال الدولى، والتزام مصر بتنفيذ أحكامها اعتباراً من ذلك التاريخ بعد أن تمت كافة إجراءات التصديق عليها بالتطبيق لأحكام الدستور."

٣ - محمد أمين المهدي، البعد الدولى فى الدستور المصرى الجديد، مجلة الدستورية، العدد العشرون "والرأى عندى أن ترك أمر تحديد المعاهدات التى يتعين موافقة مجلس الشعب عليها إلى محض ترخص السلطة التنفيذية هو افتتاح بواح على كيفية ممارسة السيادة الوطنية فى المجال الدولى مع ما لذلك من آثار ترتد إلى النظام القانونى الداخلى."

يُساير الدستور المصرى اتجاه دساتير بعض الدول التى تضع المعاهدة فى وضع أعلى من القوانين العادية؛ أى أنها تسمو على القوانين السابقة واللاحقة عليها؛ ومن أمثلة هذه الدساتير، الدستور الفرنسى (١٩٥٨) الذى تنص المادة ٥٥ منه على أن "المعاهدات أو الاتفاقات التى تم التصديق أو الموافقة عليها، والتى تم نشرها، تسمو على القوانين، شريطة أن يُطبق الطرف الآخر هذه المعاهدة أو هذا الاتفاق." والدستور الجزائرى (٢٠٠٨) الذى تنص المادة ١٣٢ منه على أن "المعاهدات التى يُصادق عليها رئيس الجمهورية، حسب الشروط المنصوص عليها فى الدستور، تسمو على القانون." فى ذات الاتجاه، قضت محكمة النقض المصرية — عام ١٩٥٦ - بأنه "لما كان الوفاق المعقود بين حكومتى مصر والسودان قد صدق عليه مجلس النظار فى ١٧ مايو ١٩٠٢ ونُشِرَ بالوقائع الرسمية كما نُشِرَ بمجموعة القوانين والقرارات فإنه يكون قانوناً من قوانين الدولة، وأن وفاق ١٩٠٢ هو معاهدة مبرمة بين مصر والسودان وليس لأحد الدولتين أن تتحلل من أحكامها بعمل منفرد أخذاً بأحكام القانون الدولى العام فى شأن المعاهدات. وعلى القاضى فى كلا الدولتين عندما يُطلب منه الحكم فى دعوى يكون المدعى عليه فيها مُقيماً فى بلاد الدولة الأخرى أن يتحقق من أن إعلانه قد تم وفقاً لأحكام ذلك الوفاق من تلقاء نفسه ولو خالفت أحكامه قانونه الداخلى سواء أكان القانون الداخلى قد صدر قبل إبرام المعاهدة أم صدر بعد إبرامها."<sup>١</sup>

أما دستور ١٩٧١، فإنه وفقاً للمادة ١٥١، تكون المعاهدة فى مرتبة مساوية

---

١ - حكم محكمة النقض المصرية (الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٢٢ ق - جلسة ٨ مارس ١٩٥٦، س ٧، ص ٢٧٤).



للقوانين؛ وهذا الأمر أكدت عليه المحكمة العليا فذكرت أن "المعاهدات ليست لها قيمة الدساتير وقوتها ولا تجاوز مرتبتها مرتبة القانون بذاته".<sup>٢</sup> كذلك أكدت المحكمة الدستورية العليا على هذا الأمر؛ فذكرت أن "المعاهدة الدولية شأنها شأن القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة، فلا يعلو أحدهما على الآخر، بل يتكافأ في مرتبتيهما في مدارج القواعد القانونية، ومن ثم فالنعي بمخالفة قانون لاتفاقية دولية لها قوة القانون لا يشكل خروجاً على أحكام الدستور المنوط بالمحكمة الدستورية العليا صونها وحمايتها".<sup>٣</sup> كذلك جاء في حكم للمحكمة الدستورية العليا: "وحيث إن مناط اختصاص المحكمة الدستورية العليا بالفصل في دستورية القوانين واللوائح أن يكون أساس الطعن هو مخالفة التشريع لنص دستوري، فلا يمتد لحالات التعارض أو التنازع بين اللوائح والقوانين، ولا بين التشريعات الأصلية والفرعية ذات المرتبة الواحدة. لما كان ذلك، وكانت الفقرة الأولى من المادة (١٥١) من الدستور تنص على أن "رئيس الجمهورية يبرم المعاهدات ويبلغها مجلس الشعب مشفوعة بما يناسب من البيان، وتكون لها قوة القانون بعد إبرامها والتصديق عليها ونشرها وفقاً للأوضاع المقررة"، وكانت اتفاقية التشجيع والحماية المتبادلة للاستثمارات بين حكومتى جمهورية مصر العربية والجمهورية اليونانية الموقع عليها بالقاهرة بتاريخ أول إبريل سنة ١٩٧٥ والصادرة بالقرار الجمهورى رقم ٣٥٠ لسنة ١٩٧٦ التى تستند إليها

---

١ - منذ عام ١٩٧٩، أصبح اسم المحكمة العليا "المحكمة الدستورية العليا".

٢ - المحكمة العليا، قضية رقم 7 لسنة 2 قضائية، أول مارس سنة ١٩٧٥.

٣ - المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 73 لسنة 28 قضائية، ٥ ديسمبر سنة ٢٠١٠.

المدعية فى طعنها المائل لا تجاوز قوة القانون ولا ترقى إلى مرتبة النصوص الدستورية، فإن ما تثيره المدعية من أن الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ٨١ لسنة ١٩٧٦ المشار إليها تخالف أحكام تلك الاتفاقية- أياً ما كان وجه الرأى فى شأن هذه المخالفة - لا يعدو أن يكون نعيماً بمخالفة قانون لاتفاقية دولية لها قوة القانون، ولا يشكل بذلك خروجاً على أحكام الدستور المنوط بهذه المحكمة صونها وحمايتها، الأمر الذى يتعين معه رفض الدعوى.<sup>١</sup>

التعارض بين المعاهدة الدولية والقانون

لأول وهلة، يبدو أن الأمر ليست له أهمية عملية وذلك لأن كلا القانونين له مجال تطبيق مختلف؛ فالقانون الدولى معنى فى الأساس بالعلاقات بين الدول والمنظمات الدولية، وهذا القانون ثبطقه المحاكم الدولية. أما القانون الداخلى فهو معنى ببحث تنظيم العلاقات الناشئة داخل الدولة بين الأشخاص الطبيعية والاعتبارية، وثبطقه المحاكم الداخلية. وحقيقة الأمر خلاف ذلك، إذ يُمكن أن يوجد تعارض بينهما. وتنشأ مشكلة التعارض عندما تكون هناك قاعدة دولية وقاعدة داخلية متعارضتين وفى الوقت نفسه قابلتين للتطبيق على واقعة معينة، فعلى سبيل المثال، قاعدة داخلية تحظر الإضراب، وقاعدة دولية تبيح الإضراب، أو كمثال آخر، قاعدة داخلية تعرف الطفل بأنه الذى يبلغ الحلم، وقاعدة دولية تعرفه بأنه الشخص الذى يقل عمره عن ١٨ عاماً؛ فهنا يثور التساؤل أية القاعدتين تطبق؟ وتكتسب المشكلة أبعاداً أكبر مع

---

١ - المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 31 لسنة 3 قضاية، ٧ مايو سنة ١٩٨٣.

انخراط الدول فى العلاقات الدولية بحيث أصبحت الدولة لا تستطيع أن تحيا بمعزل عن الدول الأخرى بل يلزم أن ترتبط بمعاهدات وأعراف وقرارات دولية. حتى أصبح فى كافة مناحى الحياة يصادفنا وجود قواعد دولية فى مجالات عديدة كحقوق الإنسان والصحة والتعليم والطيران والهجرة والجريمة المنظمة، إلى آخره. هذا فضلاً عن المجالات التقليدية للقانون الدولى والمتعلقة بالحرب والسلام والبحار والحدود. ومما يزيد من احتمالات التعارض الاتجاه المتزايد للقواعد الدولية فى مخاطبة الأفراد — بطريقة غير مباشرة — فتقرر لهم حقوقاً وتفرض عليهم التزامات.

وتجدر الإشارة إلى أن المحكمة الدستورية العليا كانت تعتبر المعاهدة الدولية من أعمال السيادة؛ أى من الأعمال التى تقوم بها الحكومة بوصفها سلطة حكم لا سلطة إدارة. ومن ثم استبعدتها من مجال الرقابة القضائية على أساس أن طبيعتها تأبى أن تكون محلاً لدعوى قضائية، كما يأتى استبعادها "تحقيقاً للاعتبارات السياسية التى تقتضى — بسبب طبيعة هذه الأعمال واتصالها بنظام الدولة السياسى اتصالاً وثيقاً أو بسيادتها فى الداخل والخارج - النأى بها عن نطاق الرقابة القضائية، وذلك لدواعى الحفاظ على كيان الدولة فى الداخل والخارج عن سيادتها فى الخارج ورعاية مصالحها العليا"، "مما يقتضى منح الجهة القائمة بهذه الأعمال — سواء كانت هى السلطة التشريعية أو التنفيذية - سلطة تقديرية أوسع مدى وأبعد نطاقاً تحقيقاً لصالح الوطن وسلامته، دون تخويل القضاء سلطة التعقيب على ما تتخذه فى هذا الصدد، ولأن النظر فيها والتعقيب عليها يستلزم توافر معلومات وضوابط وموازين تقدير لا تتاح للقضاء،

فضلاً عن عدم ملائمة طرح هذه المسائل علناً فى ساحاته".<sup>١</sup> ومن ثم لا يُمكن النظر قضائياً فى تعارض المعاهدة مع غيرها. وتأييداً لذلك، قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه لما كانت "الاتفاقية قد أبرمت - فى اطار جامعة الدول العربية - تنظيماً لأوضاع الدفاع المشترك بين هذه الدول وذلك بعد إنشاء قيادة عربية موحدة لقواتها العسكرية وما يقتضيه ذلك من تنظيم إقامة هذه القوات فى البلد الذى تقضى الضرورات العسكرية بانتقالها إليه، وإذ وافقت مصر على هذه الاتفاقية بهدف الحفاظ على كيان الدولة واستجابة لمقتضيات سلامتها وأمنها الخارجى فهى تعد من المسائل المتصلة بعلاقاتها الدولية وتقتضيها السياسة العليا للبلاد وتندرج ضمن أعمال السيادة التى ينبغى أن تنحصر عنها الرقابة القضائية الدستورية، ومن ثم يتعين لذلك الحكم بعدم اختصاص هذه المحكمة بنظر الدعوى".<sup>٢</sup> غير أن المحكمة الدستورية العليا فى حكم تالٍ لها قررت أنه "ليس صحيحاً إطلاق القول بأن جميع الاتفاقيات الدولية - أياً كان موضوعها - تعتبر من "الأعمال السياسية" ومن ثم لم تعتبر المحكمة الدستورية كل المعاهدات الدولية من أعمال السيادة؛ وقضت بأنه "وحيث إن البين من اتفاقية تأسيس المصرف العربى الدولى ونظامه الأساسى الذى يعتبر - وفقاً لمادتها الأولى - جزءاً لا يتجزأ منها، أن حكومات مصر وليبيا وسلطنة عمان اتفقت على تأسيس هذا المصرف وقد انضم إليهم - حال إبرام الاتفاقية - أحد المواطنين الكويتيين. وقد فتحت

---

١- راجع: المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 48 لسنة 4 قضائية، ٢١ يناير ١٩٨٤، قضية رقم 10 لسنة 14 قضائية، ١٩ يونية سنة ١٩٩٣.

٢- المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم 48 لسنة 4 قضائية، ٢١ يناير ١٩٨٤ .

الاتفاقية باب الانضمام إليها- وفقاً لمادتها الثانية- للحكومات العربية الأخرى وكذلك للبنوك والهيئات والمؤسسات والشركات العربية وأيضاً للأفراد العرب، وأن هذا المصرف يقوم بالأعمال التجارية التى تقوم بها البنوك التجارية عادة من قبول للودائع وتقديم للقروض وتحرير وتظهير للأوراق المالية والتجارية وتمويل لعمليات التجارة الخارجية وتنظيم للمساهمة فى برامج ومشروعات الاستثمار، وأن المصرف يزاول أعماله فى مجال التجارة الخارجية وفقاً للقواعد والأسس المصرفية الدولية السائدة، وأن يكون للمصرف الشخصية القانونية وله فى سبيل تحقيق أغراضه إبرام إتفاقيات مع الدول الأعضاء أو غير الأعضاء وكذلك مع المؤسسات الدولية الأخرى. وله التملك والتعاقد، ويديره مجلس إدارة من ممثلين للمساهمين يتم اختيارهم لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد. وأن مدة المصرف خمسون عاماً، وحدد النظام الأساسى للمصرف أحوال حله وكيفية تصفية أمواله. وحيث إن مؤدى ما تقدم، أن الاتفاقية المشار إليها إنما تتمخض عن إنشاء بنك يقوم بالأعمال التى تقوم بها البنوك التجارية، فلا يسوغ اعتبارها من "الأعمال السياسية" التى تنحسر عنها رقابة القضاء الدستورى، ولا يغير من ذلك ما تضمنته بعض نصوص الاتفاقية من امتيازات معينة للمصرف أو لموظفيه أو لأموال المساهمين أو المودعين فيه. كما لا يغير من ذلك ما ورد بصدر هذه الاتفاقية بشأن البواعث التى دفعت الحكومات العربية الموقعة عليها إلى تأسيس هذا المصرف. ومن ثم يكون الدفع بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى

الماثلة قائماً على غير أساس واجب الإطراح".<sup>١</sup>

وعلى ذلك فإن المعاهدة الدولية - كمبدأ عام - ليست من أعمال السيادة ومن ثم يمكن النظر قضائياً فيما تتضمنه من قواعد وأحكام ومن بينها التعارض مع غيرها من القواعد القانونية. فوفقاً للمادة ١٥١، فإن المعاهدة "تكون لها قوة القانون". ومن ثم، فمن المتصور وقوع تعارض بين المعاهدة الدولية والقانون الداخلى، وذلك على النحو التالى:

### أولاً: التعارض بين قانون سابق ومعاهدة لاحقة

إذا كان هناك قانون نافذ، ثم صدرت معاهدة لاحقة تتعارض معه، فإن هذه المعاهدة اللاحقة ستلغى أو تعدل هذا القانون السابق عليها وذلك تطبيقاً لنص المادة الثانية من القانون المدنى التى تنص على أنه "لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو يُنظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع." فوفقاً لهذه المادة، المعاهدة اللاحقة تلغى النص أو النصوص التى تتعارض معها فى القانون السابق. ويجب ملاحظة أن الإلغاء لا يطول القانون السابق كله، وإنما فقط مواد القانون المتعارضة مع المعاهدة اللاحقة. وقد تعرضت محكمة أمن الدولة العليا للتعارض بين المادة ١٢٤ من قانون العقوبات (الصادر عام ١٩٣٧) والمادة ٨/د من الاتفاقية الدولية للحقوق الاقتصادية والاجتماعية

---

١ - المحكمة الدستورية العليا، قضية رقم ١٠ لسنة ١٤ قضائية، ١٩ يونيو سنة ١٩٩٣.

(التي انضمت لها مصر عام ١٩٨٢)، وقد حلت المحكمة هذا التعارض لصالح الاتفاقية الدولية وفقاً لقاعدة "القانون اللاحق يلغى القانون السابق"؛ فقالت: "وحيث أن المادة ١٢٤ من قانون العقوبات قد جرى نصها على أنه إذا ترك ثلاثة على الأقل من الموظفين أو المستخدمين العموميين عملهم ولو في صورة الاستقالة أو امتنعوا عمداً عن تأدية واجب من واجبات وظيفتهم متفقين على ذلك أو مبتغين منه تحقيق غرض مشترك عوقب كل منهم بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تجاوز سنه وبغرامة لا تزيد على مائة جنيه... الخ. ونصت الاتفاقية في مادتها الثامنة بأن "تتعهد الدول الأطراف في الاتفاقية الحالية بأن تكفل... د. الحق في الإضراب على أن يمارس طبقاً لقوانين القطر المختص". ولما كان الإضراب لغة وقانوناً هو الامتناع الجماعي المتفق عليه بين مجموعة من العاملين عن العمل لفترة مؤقتة لممارسة الضغط للاستجابة لمطالبهم فإن الواضح من هذين النصين وجود تعارض بين التشريع الداخلي والاتفاقية المذكورة مما يتعين بحث أيهما الأقدر بالتطبيق، لذلك ينبغي أولاً معرفة القوة التي تتمتع بها القاعدة الاتفاقية الدولية في مواجهة القاعدة التشريعية العادية وهل تعتبر في نفس مرتبة التشريع باعتبار أن كليهما صادر من السلطة صاحبة السيادة في الدولة، أم إنه يجب اعتبار المعاهدة تحمل وزناً أكبر من التشريع الداخلي إذ أنها تتضمن في الوقت ذاته التزام الدولة قبل الدول الأخرى الأطراف في المعاهدة بإتباع القاعدة في حين أن الدولة لا يقع عليها أي التزام دولي بالأخذ بالقاعدة التشريعية إلا أن هذا الاعتبار لا يمكن الاستناد إليه في المجال الداخلي لتفضيل القاعدة التي تقضى بها المعاهدة على القاعدة التشريعية، فمسئولية الدولة في المجال

الدولي شئ وقيام القضاء الداخلي بتطبيق المعاهدة شئ آخر فالقاضي الوطني لا يطبق المعاهدة تأسيساً على أن دولته قد التزمت دولياً بتطبيقها بل يطبقها باعتبارها جزءاً من قوانين الدولة الداخلية إذا ما تم استيفائها للشروط اللازمة لنفاذها داخل الإقليم. وحيث أنه تطبيقاً لنص المادة ١٥١ من الدستور سالف الذكر ولما استقر عليه الفقه والقضاء فإن المعاهدات الدولية التي صدرت وفقاً للأصول الدستورية المقررة ونشرت في الجريدة الرسمية حسب الأوضاع المقررة تعد قانوناً من قوانين الدولة يتعين على القضاء الوطني تطبيقها باعتبارها كذلك. ... وحيث أنه متى كان ذلك فإن الاتفاقية المذكورة وقد نشرت في الجريدة الرسمية في الثامن من إبريل سنة ١٩٨٢ بعد أن وافق عليها مجلس الشعب تعتبر قانوناً من قوانين الدولة ومادامت لاحقة لقانون العقوبات فإن يتعين اعتبار المادة ١٢٤ قد ألغيت ضمناً بالمادة ٨ فقرة (د) من الاتفاقية المشار إليها عملاً بنص المادة الثانية من القانون المدني التي تنص على أنه لا يجوز إلغاء نص تشريعي إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع.<sup>١</sup>

ثانياً: التعارض بين معاهدة سابقة وقانون لاحق

وفقاً للمادة ١٥١ من دستور ١٩٧١، فإن المعاهدة الدولية مساوية للقانون. في الوقت نفسه، لا يوجد في النظام القانوني المصري نص عام

---

١- محكمة أمن الدولة العليا - طوارئ - القضية رقم ٤١٩٠ لسنة ٨٦ الأزيكية - ١٢١ كلى شمال - ١٩٨٧/٤/١٦.



يُعطي المعاهدة الدولية أسبقية أو أولوية على القانون.<sup>١</sup> وعلى ذلك، إذا كانت هناك معاهدة دولية نافذة في مصر، ثم صدر قانون لاحق يتعارض معها، فإنه وفقاً لقاعدة اللاحق ينسخ السابق، فإن القانون اللاحق هو الذي يُطبق.

غير أن عدم تطبيق المعاهدة الدولية يؤدي إلى تعرض مصر للمسئولية الدولية عن عدم تنفيذها المعاهدة الدولية وذلك لأنه وفقاً لما هو مستقر في القانون الدولي لا يجوز لدولة الامتناع عن تنفيذ معاهدة دولية مرتبطة بها بذريعة مخالفتها لقانونها الداخلي. في هذا الصدد، ينبغي الإشارة إلى أن القضاء الدولي مستقر على سمو قواعد القانون الدولي على قواعد القانون الداخلي، وعلى مسئولية الدولة في حالة مخالفة قانونها الداخلي للقانون الدولي. ويتضح ذلك من السوابق التالية:

- ففي أول قضية تعرض على المحكمة الدائمة للعدل الدولي، ثارت مشكلة التعارض بين: معاهدة فرساي (١٩١٩) التي تنص على أن تكون قناة

---

١ - هناك عدد من النصوص تُقرر تقدم المعاهدة على القانون؛ فتنص المادة ٢٣ من القانون المدني المصري على أنه "لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص أو معاهدة نافذة في مصر." ويُقصد بالمواد السابقة المواد المتعلقة بتنازع القوانين. وتنص المادة ٣٠١ من قانون المرافعات المصري (تنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية) على أن "العمل بالقواعد المنصوص عليها في المواد السابقة لا يخل بأحكام المعاهدات المعقودة أو التي تُعقد بين الجمهورية وغيرها من الدول في هذا الشأن." قانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٧٥ بشأن الجنسية المصرية، مادة ٢٦ "يعمل بأحكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بالجنسية التي أبرمت بين مصر و الدول الأجنبية، ولو خالفت أحكام هذا القانون." وقد علّق د. على عبد القادر القهوجي؛ فذكر: "هذا الترتيب للمصادر في النصوص الثلاثة المشار إليها أنفاً لا يخرج عن كونه اعتبار كل منها نصاً احتياطياً يمكن تطبيقه إذا لم يوجد نص أصلي (قانون خاص أو معاهدة دولية) يحكم الموضوع ولا يمكن بحال أن يستنتج منه علو المعاهدة على القانون الداخلي. إذ كثيراً ما تحيل التشريعات الداخلية إلى نصوص تراها أصلية لحكم الموضوع الذي تعالجه والتي ترى بالنسبة له أن نصوصها تعتبر احتياطية، ولم يقل أحد بأن هذا يعني أن النص الأصلي في مرتبة أعلى من النص الاحتياطي، هو يتقدم عليه نعم نزولاً على اعتبارات الملازمة التشريعية وهي اعتبارات تفرضها طبيعة المسائل التي نظمها المشرع بهذه الكيفية، ولكن ليس لأنه أعلى منه في المرتبة." د. على عبد القادر القهوجي، المعاهدات الدولية أمام القاضي الجنائي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٠، ص ٩١.

كفيل حرة ومفتوحة — على قدم المساواة - لكل السفن التجارية والحربية لكافة الأمم التى فى حالة سلام مع ألمانيا، والقانون الألمانى المتعلق بالحياد (٢٠ يوليو ١٩٢٠). وقررت المحكمة تطبيق أحكام المعاهدة، وذكرت أنه "لا يمكن فى أى حال، أن تسمو أحكام قانون الحياد، الصادرة من قبل دولة، على نصوص معاهدة السلام".<sup>١</sup>

- أكدت المحكمة الدائمة للعدل الدولى - فى قضية الجماعات اليونانية البلغارية — على أن "هناك مبدأ مقبولا عموماً للقانون الدولى أنه، فى العلاقات بين السلطات التى هى أطراف متعاقدة فى معاهدة، لا يمكن أن تسود- نصوص القانون المحلى على نصوص المعاهدة".<sup>٢</sup>

- قررت محكمة العدل الدولية فى رأيها الاستشارى الصادر عام ١٩٨٨ على أن "القانون الدولى يسمو على القانون المحلى".<sup>٣</sup>

### **اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات والاحتجاج بالقانون الداخلى**

من وجهة نظر القانون الدولى، على الدولة التزام بأن تنفذ تعهداتها والتزاماتها الدولية بحسن نية، وإلا كانت مسئولة دولياً. فتنص المادة ٢٦ من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات (١٩٦٩) على أن "كل معاهدة نافذة تكون ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية". ونصت المادة ٢٧ على

---

١ - انظر:

Case of the S.S. "Wimbledon", Series A, Judgment of 17 August 1923, p. 29.

٢ - راجع:

The Greco-Bulgarian "Communities" Advisory Opinion of 31 July 1930, Series B, No. 17, p. 32.

٣ - انظر:

Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of 26 June 1947, Advisory Opinion Of 26 April 1988, Para. 57.

أنه "لا يجوز لطرف فى معاهدة أن يتمسك بقانونه الداخلى كسبب لعدم تنفيذ هذه المعاهدة." ومن ثم، فإنه على المستوى الدولى لا يمكن الاحتجاج بالقانون الداخلى كسبب لعدم تنفيذ معاهدة دولية. وقد انضمت مصر فى عام ١٩٨٢ لاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، ومن ثم فإنها تلتزم بتنفيذ المعاهدات الدولية المرتبطة بها، ولا يجوز لها عدم تنفيذ معاهدة دولية بسبب صدور قانون لاحق يتعارض معها.

وبناء على ماتقدم، إذا لم تنفذ مصر معاهدة دولية مرتبطة بها بحجة مخالفتها لقانون لاحق، فإنه على المستوى الدولى، تظل المعاهدة سارية ونافذة ولا تتأثر بتطبيق هذا القانون. وإذا عرضت الدول الأطراف الأمر على مؤسسة دولية (كجهاز فى منظمة أو محكمة دولية)، فإن مصر ستعُدُّ مسئولة، ولا يمكنها الاحتجاج بأن قانونها الداخلى يحول دون تنفيذ المعاهدة الدولية. وتجدر ملاحظة أن المحاكم الدولية لا تعلن بطلان القانون الداخلى الصادر بالمخالفة لمعاهدة دولية وذلك احتراماً لسيادة هذه الدولة

وتجدر الإشارة إلى أن هناك اتفاقيات تلزم مصر بتعديل أو إلغاء القوانين السابقة المتعارضة مع هذه الاتفاقيات؛ من ذلك: الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري<sup>١</sup> - المنضمة لها مصر- التى تنص المادة ٢/١ ج منها على أن "تتخذ كل دولة طرف تدابير فعالة لإعادة النظر فى السياسات الحكومية القومية والمحلية، ولتعديل أو إلغاء أو إبطال

---

١ - اعتمدت الاتفاقية الدولية للقضاء على جميع أشكال التمييز العنصري بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة ٢١٠٦ ألف (د-٢٠) فى ٢١ ديسمبر ١٩٦٥، وبدأت فى النفاذ فى ٤ يناير ١٩٦٩.

أية قوانين أو أنظمة تكون مؤدية إلى إقامة التمييز العنصري أو إلى إدامته حيثما يكون قائماً."

ويلاحظ أن محكمة النقض لم تطبق إحدى الاتفاقيات الدولية المرتبطة بها مصر، ولكنها بررت ذلك على أساس أن الاتفاقية نفسها تسمح لها بذلك. فقد قضت محكمة النقض - عام ١٩٧١ - بأن "الاتفاقية الدولية للمخدرات - الموقعة في نيويورك في ٣٠-٣-١٩٦١ والتي صدر بشأنها القرار الجمهوري رقم ١٧٦٤ لسنة ١٩٦٦ بتاريخ ٢-٥-١٩٦٦ والتي نشرت في الجريدة الرسمية بتاريخ ٢-٢-١٩٦٧ هي مجرد دعوة من الدول بصفاتهم أشخاص القانون الدولي العام إلى القيام بعمل منسق لضمان فعالية التدابير المتخذة ضد إساءة استعمال المخدرات. ويبين من الاطلاع على نصوصها أنها لم تلغ أو تعدل - صراحة أو ضمناً - أحكام قوانين المخدرات المعمول بها في الدول الموقعة عليها، إذ نصت المادة ٣٦ منها على الأحوال التي تدعو الدول إلى تجريمها والعقاب عليها دون أن تتعرض إلى تعريف الجرائم وإجراءات المحاكمة وتوقيع العقاب وتركت ذلك كله إلى القوانين المحلية للدول المنضمة إليها يؤكد ذلك ما جرى به نص الفقرة الرابعة من تلك المادة من أنه "لا تتضمن هذه المادة أى حكم يخل بمبدأ تعريف الجرائم التي ينص عليها ومحاكمة مرتكبيها ومعاقبتهم وفقاً للقوانين المحلية في الدول الأطراف المعنية". ومن ثم فإن مجال تطبيق أحكام هذه الاتفاقية يختلف عن مجال قانون المخدرات المعمول به في الجمهورية العربية

المتحدة".<sup>١</sup> وقد أكدت المحكمة على ذات الحكم مرة أخرى عام ١٩٨٧.<sup>٢</sup> ففى هذين الحكمين، لم تعمل المحكمة المعاهدة بسبب أنها ليست قابلة للتنفيذ بذاتها. وقد أضافت المحكمة - في حكم تال - سبباً آخر؛ وهو ما للقانون الجنائي من ذاتية خاصة تتطلب أن تكون الجرائم محددة على نحو يقينى؛ فأشارت المحكمة إلى أن "القانون الجنائي هو قانون جزائي له نظام قانونى مستقل عن غيره من النظم القانونية الأخرى وله أهدافه الذاتية إذ يرمى من وراء العقاب إلى الدفاع عن أمن الدولة، ومهمته الأساسية حماية المصالح الجوهرية فيها فهو ليس مجرد نظام قانونى تقتصر وظيفته على خدمة الأهداف التى تعنى بها تلك النظم. وعلى المحكمة عند تطبيقه على جريمة منصوص عليها فيه وتوافرت أركانها وشروطها أن تتقيد بإرادة الشارع فى هذا القانون الداخلى ومراعاة أحكامه التى خاطب بها المشرع القاضى الجنائى فهى الأولى فى الاعتبار ... البين مما جاء بديباجة الاتفاقية الوحيدة للمخدرات الموقعة فى نيويورك بتاريخ ٣٠ من مارس سنة ١٩٦١ والتى صدر القرار الجمهورى رقم ١٧٦٤ سنة ١٩٦٦ فى ٢ مايو سنة ١٩٦٦ بالموافقة عليها أن غايتها قصر استعمال المخدرات على الأغراض الطبية والعملية وقيام تعاون ومراقبة دوليين دائمين لتحقيق تلك الغاية".<sup>٣</sup>

---

١- نقض جنائى، الطعن رقم ١٩٧٦ لسنة 40 تاريخ الجلسة ١٩٧١/٣/٢٨ مكتب فنى ٢٢ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ٣٠٣.

٢- نقض جنائى، الطعن رقم ١٤٣٢ لسنة 57 تاريخ الجلسة ١٩٨٧/١٠/٢٢ مكتب فنى ٣٨ رقم الجزء ٢ رقم الصفحة ٨٣٥.

٣- نقض جنائى، الطعن رقم ١٦٢٧ لسنة 41 تاريخ الجلسة ١٩٧٢/٣/٦ مكتب فنى ٢٣ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ٣٠١.

## التوفيق بين المعاهدة السابقة والقانون اللاحق

نظراً لأن عدم تطبيق المعاهدة الدولية يؤدي إلى تعرض الدولة للمسئولية الدولية، فإنه يمكن التوفيق بين المعاهدة الدولية السابقة والقانون اللاحق على أساس أن هناك قرينة - وإن كانت تقبل العكس - بأن المشرع بإصداره لقانون لاحق لا يقصد مخالفة المعاهدة. فأغلب الأنظمة القانونية الداخلية لديها افتراض لتسهيل تطبيق القانون الدولي من قبل محاكمها. فهذه المحاكم ملزمة بتطبيق قانونها، ولكن هناك افتراضاً ضد وجود تعارض بين معاهدة سابقة وقانون لاحق؛ فالدولة بإصدارها لقانون لا يتصور أنها تتعمد مخالفة المعاهدات الدولية التي التزمت بها، ولذلك فإن هذا القانون اللاحق يجب أن يُفسر على نحو يتجنب هذا التعارض. فالدول كوحدات ذات سيادة يُفترض أنها تتصرف بالموافقة مع التزاماتها. ويتحمل الطرف الذي يدعى أن دولة قد تصرفت على نحو لا يتماشى مع التزاماتها عبء إثبات عدم التمشي. غير أن هذه القرينة السابقة يمكن دحضها إذا كانت نية المشرع في الخروج على أحكام المعاهدة واضحة.

ويمكن التوفيق بين المعاهدة الدولية السابقة والقانون اللاحق على أساس قاعدة الخاص مقدم على العام ومن ثم سريان المعاهدة والقانون على أن يكون لكل منهما مجاله في التطبيق.<sup>١</sup> وقد أعملت محكمة النقض

---

١ - د. حامد سلطان، القانون الدولي العام في وقت السلم، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص ٢٣٧: جرى عرف القضاء على أن يوفق بين النصين، إن كان ذلك ممكناً. ووسيلة التوفيق أن ينظر القاضي إلى القانون باعتبار أن له صفة العمومية أي أنه قواعد مجردة تنطبق على حالات عامة، وأن ينظر إلى المعاهدة باعتبارها قواعد وضعت لتنظيم حالات خاصة فلا تعارض بينهما، إذ أن القانون ينظم حالات معينة بصفة خاصة في حين أن المعاهدة تنظم بعض هذه الحالات، التي ورد ذكرها على وجه

قاعدة الخاص مُقدم على العام، وانتهت إلى استمرار تطبيق القانون السابق (قانون التجارة البحري) والمعاهدة اللاحقة (معاهدة بروكسل)<sup>١</sup> على أساس أن لكل منهما مجالاً مختلفاً في التطبيق. فقضت المحكمة بأنه "إذا كانت معاهدة بروكسل لا تنطبق في صدد النقل البحري الدولي إلا في نطاق محدود، فإنه لا يكون من شأن هذه المعاهدة أن تؤثر خارج هذا النطاق في أحكام قانون التجارة البحري السابقة عليها بما يعد نسخاً لها لأن التعارض الذي يستتبع إلغاء نص تشريعي بنص في تشريع لاحق لا يكون، في حكم المادة الثانية من القانون المدني، إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال إعمالهما فيه معاً. أما إذا اختلف المحل فإنه يتعين العمل بكل قانون في محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منهما مجاله الخاص في التطبيق. ولا يمنع من ذلك ازدواج التشريع في قانون البلد الواحد، لأن الشارع هو الذي يقدر الحكمة من هذا الازدواج وليس للقاضي إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه. إذا كانت معاهدة بروكسل لا تنطبق في صدد النقل البحري الدولي إلا في نطاق محدود، فإنه لا يكون من شأن هذه المعاهدة أن تؤثر خارج هذا النطاق في أحكام قانون التجارة البحري السابقة عليها بما يعد نسخاً لها لأن التعارض الذي

---

التخصيص، بأحكام أخرى. ومثال ذلك أن الملك البلجيكي ليوبولد الأول عقد زواجه بمقتضى معاهدة. وحدث بعد وفاته أن طعن البعض في صحة هذا الزواج، مستنديين إلى أن أحكام القانون البلجيكي تقضى بأن يتم الزواج أمام موثق. فرفضت المحاكم البلجيكية هذه الدعوى، وقررت أن النص القانوني عام التطبيق، غير أنه يعد معطلاً في هذه الحالة وحدها لوجود معاهدة دولية تنظمها."

١ - معاهدة بروكسل الخاصة بتوحيد بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن وافقت عليها مصر بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٤٠ وانضمت إليها وأصدرت مرسوماً بقانون في ٣١ من يناير سنة ١٩٤٤ يقضى بالعمل بها من ٢٩ من مايو سنة ١٩٤٤.

يستتبع إلغاء نص تشريعي بنص في تشريع لاحق لا يكون، في حكم المادة الثانية من القانون المدني، إلا إذا ورد النصان على محل واحد يكون من المحال إعمالهما فيه معاً. أما إذا اختلف المحل فإنه يتعين العمل بكل قانون في محله بصرف النظر عما بينهما من مغايرة طالما أن لكل منهما مجاله الخاص في التطبيق. ولا يمنع من ذلك ازدواج التشريع في قانون البلد الواحد، لأن الشارع هو الذي يقدر الحكمة من هذا الازدواج وليس للقاضي إلا أن يطبق التشريع على ما هو عليه.<sup>١</sup>

### المبحث الثالث

#### العرف الدولي في إطار الدستور المصري

تمثل المعاهدة والعرف المصدرين الأساسيين للقانون الدولي؛ فكلاهما مؤسس على موافقة الدول. ويُعد العرف المصدر الأقدم للقانون الدولي. ويلعب العرف دوراً هاماً في القانون الدولي يفوق الدور الذي يلعبه في القوانين الداخلية ويرجع ذلك إلى كون معظم قواعد القانون الدولي العام ذات نشأة عرفية قبل أن يتم تدوينها في المعاهدات الدولية. ويتميز العرف بمساييرته للظروف والأوضاع الدولية، لذلك يُنظر إلى العرف على أنه الرضا الضمني للدول في مقابل المعاهدة التي هي الرضا الصريح للدول. والقواعد العرفية وإن كانت غير مكتوبة إلا أن هذا لا يمنع من تدوينها.

والعرف هو تواتر قيام أشخاص القانون الدولي بتصرف معين مع الاعتقاد في إلزاميته. ولا بد من توافر ركنين للعرف؛ ركن مادي

---

١ - محكمة النقض المصرية - نقض مدني، الطعن رقم ٣٠٣ لسنة 31 تاريخ الجلسة ١٩٦٦/٥/١٠ مكتب فني ١٧ رقم الجزء ٣ رقم الصفحة ١٠٥٠.



وركن معنوى. والركن المادى هو اعتياد تصرفات معينة سواء كانت إيجابية أم سلبية، أى تواتر القيام بتصرف معين مرات عديدة. ويُطلب فى التصرف أن يُصادف قبولاً من الدول وأن تعتاد القيام به. ويُقصد التواتر غير المصحوب بالعدول الأمر الذى يؤدى إلى استقرار العرف. ويشترط ان يكون الاعتياد مستمرا لفترة تسمح بالتثبت من استقرار العرف؛ مثل لجوء الدول عند حدوث خلافات بينها إلى محكمين يفصلون بينها من خلال إجراءات تضعها الدول نفسها. كما يُشترط أن يكون تطبيق السوابق عاما بين الدول مع إمكانية نشأة عرف إقليمي. والركن المعنوى هو الاعتقاد فى إلزامية هذه التصرفات؛ أى يتولد لدى الدول شعور وإحساس بضرورة اتباع ما تقضى به هذه التصرفات، مثل اعتقاد الدول بإلزامية حكم محكمة التحكيم. والتحقق من الركن المعنوى — ومن ثم التحقق من وجود العرف — ليس يسيرا دائما، ولكن يمكن الاهتداء إلى القواعد العرفية عن طريق تتبع التشريعات الداخلية للدول وأحكام المحاكم والمعاهدات التى تتضمن هذه القواعد العرفية.

ويلزم العرف العالمى كافة الدول حتى التى لم تشارك فى تكوينه؛ وهذا ما أكدت عليه محكمة العدل الدولية؛ فذكرت: "قواعد والتزامات القانون العام أو العرفي، بحكم طبيعتها، لها قوة متساوية بالنسبة لجميع أعضاء المجتمع الدولي، ومن ثم، لا تخضع، لأى استبعاد من جانب واحد ثماره دولة وفقاً لإرادتها تحقيقاً لمصالحها الخاصة."<sup>١</sup> كذلك لا يمكن

---

١ - راجع:

North Sea Continental Shelf (Federal Republic of Germany/Netherlands), Judgment of 20 February 1969, p. 38, para. 63.

عدم تطبيق العرف الدولي تحت ذريعة عدم كفاية النظام القانوني الداخلي؛ ففي قضية الاباما، وأثناء حرب الانفصال الأهلية الأمريكية التي قامت سنة ١٨٦٥، قام الكونغرس الجنوبيون بتجهيز عدة سفن حربية في الموانئ الإنجليزية. وقد اشتركت هذه السفن في الحرب ضد الفيدراليين الشماليين وأوقعت بهم خسائر وأغرقت الكثير من سفن الشماليين، ومن ثم أدت إلى إطالة النزاع. وبعد نهاية الحرب بانتصار الشماليين، طالبت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية حكومة المملكة المتحدة بتعويضها عن هذه الخسائر. واتفقت الحكومتان على رفع الأمر إلى محكمة تحكيم حيث تمسكت الحكومة الأمريكية بأن إنجلترا لم تراعى شروط الحياد الذي أعلنته في بداية الحرب وأخلت بالتزاماتها كدولة محايدة، بينما تمسكت إنجلترا بأنه ليس في قانونها الداخلي ما يمنع إنشاء وتجهيز هذه السفن. وقد حكمت محكمة التحكيم (١٨٧٢) بأن تدفع بريطانيا للولايات المتحدة ١٥.٥ مليون دولار وذلك على أساس أنه لا يمكن عدم تطبيق العرف الدولي تحت ذريعة عدم كفاية النظام القانوني الداخلي. ١

### العرف الدولي في دساتير الدول

تنص دساتير بعض الدول على سريان كافة قواعد القانون الدولي داخل إقليمها، وهذا يتضمن تطبيق العرف الدولي مباشرة لاسيما وأن القاعدة العرفية — على عكس القاعدة الاتفاقية — لا يمكن استبعادها عن طريق تشريع. ومن هذه الدساتير، الدستور الألماني (١٩٤٩) الذي تنص المادة

---

١ - راجع: د. علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الاسكندرية، ص ٨٠، هامش ١.

٢٥ (القانون الدولي العام والقانون الاتحادى) منه على أن "القواعد العامة للقانون الدولي العام تشكل جزءاً مكماً للقانون الاتحادى. وتأخذ هذه القواعد الأسبقية على القوانين وثنشئ مباشرة حقوقاً وواجبات على القاطنين فى الإقليم الاتحادى". والدستور اليونانى الذى تنص المادة ١/٢٨ منه على أن "قواعد القانون الدولي المعترف بها عمومأً، وكذلك الاتفاقيات الدولية الصادرة بتشريع والنافذة وفقاً لشروطها، تعتبر جزءاً مكماً للقانون اليونانى الداخلى، ويجب أن تسمو على أى نص قانونى متعارض معها". ودستور روسيا الاتحادية (١٩٩٣) الذى تنص المادة ٤/١٥ منه على أن "مبادئ وقواعد القانون الدولي المعترف بها عمومأً، والمعاهدات الدولية فى الاتحاد الروسى هي جزء مكمل لنظامه القانونى. إذا نصت معاهدة دولية للاتحاد الروسى على قواعد غير تلك التى ينص عليها القانون، فإن قواعد المعاهدة الدولية هي التى سوف تطبق". والدستور الإيطالى (١٩٤٧) الذى تنص المادة ١/١٠ منه على أن "النظام القانونى لإيطاليا يتفق مع مبادئ القانون الدولي المعترف بها بصفة عامة".<sup>١</sup> ويدمج النظام القانونى البريطانى البريطانى القواعد العرفية فيه بشرط ألا تعارض تشريعاً داخلياً. غير أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار، أن هناك قرينة بأن البرلمان ليس فى قصده أن يصدر قانوناً يتعارض مع الالتزامات الدولية للمملكة المتحدة. ومن ثم، إذا كان هناك غموض فى التشريع، فإنه يتعين تفسيره بأسلوب يتمشى مع الالتزامات الدولية للمملكة المتحدة.<sup>٢</sup> ويتبع النظام القانونى فى الولايات

---

١ - تجدر الإشارة إلى أن هولندا - التى توجد بها عدة محاكم دولية - ينص دستورها (٢٠٠٢) فى المادة ٩٠ على أن "تُعزز الحكومة تطوير النظام القانونى الدولى".

٢ - راجع: د. محمد حافظ غانم، الأصول الجديدة للقانون الدولي العام، ص ٧٠ - ٧١.

المتحدة الأمريكي النظام الأنجلوسكسونى، ومن ثم، فإن قضاء الدولة يتبع نظام السوابق القضائية، ولهذا فإنه أكثر تقبلاً لتطبيق العرف الدولى.

## العرف الدولى فى الدستور المصرى<sup>١</sup>

درجت دساتير مصر المتعاقبة - باستثناء دستور ١٩٢٣ - على النص فقط على القانون الدولى المكتوب (أو الاتفاقى) - المعاهدات الدولية - دون اعتبار للقانون الدولى غير المكتوب (العرف). فقد نصت المادة ١٥٤ من دستور ١٩٢٣ على أن "لا يخل تطبيق هذا الدستور بتعهدات مصر للدول الأجنبية ولا يمكن أن يمس ما يكون للأجانب من الحقوق فى مصر بمقتضى القوانين والمعاهدات الدولية والعادات المرعية". أما دستور ١٩٧١ فقد خلا من الإشارة إلى تطبيق العرف الدولى.

ويلاحظ أنه قبل انضمام مصر لاتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية، كان هناك تطبيق فى مصر للعرف الدولى المتعلق بالحصانات والامتيازات الدبلوماسية. فقد قضت محكمة النقض بأنه "من المتفق عليه أن رجال السلك السياسى وزوجاتهم وأولادهم وأقاربهم الأقربين الذين يعيشون معهم فى معيشة واحدة يتمتعون بحصانة لا يجوز معها إكراههم على الحضور أمام القضاء لأداء الشهادة عن واقعة جنائية أو مدنية".<sup>٢</sup> كذلك جاء فى فتاوى مجلس الدولة: "تنص المادة (٤٣) من الفرع الثانى من الفصل الحادى عشر من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ الصادر فى ١٩ من يولييه سنة ١٩٤٤ ما يأتى: "يحصل ثلث الرسوم النسبية أو

---

١ - راجع : د. إبراهيم العنانى، القانون الدولى العام، ص ٩١ - ٩٢.  
٢ - محكمة النقض، الدائرة الجنائية، الطعن رقم ١٥٠٨ لسنة 23 تاريخ الجلسة ١٢/٢٨/١٩٥٣ مكتب فنى ٥ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ١٩٠.

الثابتة عند طلب تنفيذ الإشهادات والأحكام التي تصدر من المحاكم أو من الحكّمين أو من الجهات الإدارية التي يجيز القانون تنفيذ أحكامها بشرط أن يكون جميع ما ذكر مشمولاً بالصيغة التنفيذية ويخضع إلى ثلثه في الأحوال الآتية...". ويؤخذ من هذا النص أن المشرع فرض كقاعدة عامة رسم تنفيذ على الإشهادات والأحكام التي يراد تنفيذها وتكون مشمولة بالصيغة التنفيذية. وهذه القاعدة هي من قواعد التشريع الداخلي التي يتعين أعمالها متى لم تتعارض مع قاعدة من قواعد القانون الدولي العام، شأنها في ذلك شأن قواعد التشريع الداخلي كافة. ولما كان العرف المستقر في القانون الدولي يخول الممثلين الدبلوماسيين ودور الوكالات السياسية امتيازات تمكيناً للبعثات السياسية وحماية لاستقلالها ومراعاة المجاملة الواجبة في المعاملة بين الدول، وعلى أساس اعتبار دور البعثات امتداداً لأرض الدولة فلا يجوز الاعتداء عليها أو اقتحامها أو التنفيذ عليها جبراً ومن هذه الامتيازات ما يتعلق بالضرائب، فتعفى من الضرائب العقارية والمحلية بأنواعها المختلفة ما عدا ما كان منها مقابلاً لخدمة معينة بذاتها كأثمان الماء والكهرباء.. وما يماثلها وذلك بشرط المعاملة بالمثل. وهذا العرف الدولي المستقر واجب النفاذ في إقليم الدولة سواء في ذلك صدر بتنفيذه تشريع داخلي أو لم يصدر وذلك بشرط المعاملة بالمثل وعلى مقتضى ذلك يتعين إعفاء تشيكوسلوفاكيا من أداء رسم تنفيذ عقد شراء قطعة الأرض المشار إليها التي اشترتها لإقامة دار لسفارتها عليها بالقاهرة، ولو أن المشرع لم ينص على هذا الإعفاء أسوة

برسوم التسجيل والحفظ وذلك بشرط المعاملة بالمثل".<sup>١</sup>  
كذلك قضت محكمة النقض بأن "قواعد القانون الدولي المتمثلة فى  
العرف الدولى والواجبة التطبيق بإعتبارها مندمجة فى القانون الداخلى  
لمصر فيما لا إخلال فيه بنصوص وأن أستقرت على أن الأصل هو أن  
تتمتع الدولة الأجنبية بالحصانة القضائية وهو ما ينبى عليه عدم  
خضوعها لقضاء دولة أخرى إلا أنه لما كانت الحصانة غير مطلقة وإنما  
تقتصر على الأعمال التى تباشرها الدولة الأجنبية بما لها من سيادة فلا  
يندرج فيها المعاملات المدنية والتجارية وما يتفرع عنها من منازعات مما  
تنحسر عنه هذه الحصانة".<sup>٢</sup>

---

١ - فتوى رقم ٥٨٣ سنة الفتوى ١٥ تاريخ الجلسة ١٥-٨-١٩٦١ تاريخ الفتوى ١٩-٨-١٩٦١ رقم الملف ٣٧/١/١٠٤ رقم الصفحة ٢٠٣٣.  
٢ - الدائرة المدنية، الطعن رقم ١٤١٢ لسنة 50 تاريخ الجلسة ٢٩/٤/١٩٨٦ مكتب فنى ٣٧ رقم الجزء ١ رقم الصفحة ٤٩٥.

## خاتمة

تعتبر معالجة الدستور المصرى الصادر عام ١٩٧١ لتطبيق القانون الدولى داخل الإقليم المصرى غير كافية. فالدستور لا يتعرض إلا للمعاهدات الدولية، ومن ثم فهو لا يعرض للعرف الدولى. كذلك فإن معالجة الدستور — فى المادة ١٥١ - للمعاهدة الدولية يمكن توجيه النقد لها من ثلاث زوايا؛ فالمادة ١٥١ لا تضع معياراً للتمييز بين نوعى المعاهدات التى فرقت بينهما، ولا تحدد مدة معينة يُستوجب خلالها نشر المعاهدة، وأخيراً فإنها تعطى المعاهدة قيمة مساوية للقانون. وبناء على ذلك، يتعين تعديل هذه المادة، والنص المقترح كبديل عن المادة ١٥١ هو: "قواعد القانون الدولى المعترف بها عموماً، وكذلك المعاهدات التى تم التصديق عليها من رئيس الجمهورية، ووافق عليها مجلس الشعب، وتم نشرها، تسمو على القانون."

حقوق المساهم في شركة المساهمة

□ ومدى تنوعها بتنوع الأسهم

□ دراسة مقارنة

□ بين القانون الوضعي والفقہ الإسلامی

□

□ دكتور

□ صبري مصطفى حسن السبك

□ الأستاذ المساعد بكلية الشريعة والأنظمة

□ جامعة الطائف - المملكة العربية السعودية

□



بسم الله الرحمن الرحيم

\*\*\*\*\*

﴿وَابْتَغِ فِيمَا آتَاكَ اللَّهُ الدَّارَ الْآخِرَةَ وَلَا تَنْسَ نَصِيبَكَ  
مِنَ الدُّنْيَا وَأَحْسِنَ كَمَا أَحْسَنَ اللَّهُ إِلَيْكَ وَلَا تَبْغِ  
الْفَسَادَ فِي الْأَرْضِ إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُفْسِدِينَ﴾.

صدق الله العظيم

سورة القصص: آية رقم ٧٧

## إهداء

- إلى أساتذتي الكرام ، وإخواني الزملاء •
- إلى روح والدي الطاهرة • طيب الله ثراهما - إحساناً ووفاءً (رب ارحمهما كما ربياني صغيراً)
- إلى زوجتي وأنجالي ( مصطفى ومحمد ومحمود وياسمين) لصبرهم الجميل أثناء إعداد هذا البحث •
- إلى أشقائي وشقيقاتي وأهلي جميعاً الذين طالما وقفوا بجانبى.
- إلى كل باحث عن الحق والمعرفة.
- إلى كل من يهتمه تقدم البحث العلمى، لخدمة أمتنا الإسلامية. •
- إلى كل هؤلاء أهدى هذا العمل راجياً من الله القبول •

الباحث

## مقدمة عامة

الحمد لله الذى أمر عباده المؤمنين بما أمر به المرسلين، فقال سبحانه وتعالى ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُوا لِلَّهِ إِن كُنتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ﴾<sup>(١)</sup>.

والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وأصحابه أجمعين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

وبعد،

فمما لا شك فيه أن شركات المساهمة تقوم بدور كبير وفعال فى الاقتصاد المعاصر، وأن أهم ركائزها وأدواتها هو الأسهم، حيث يتم من خلالها وطرحها للاكتتاب<sup>(٢)</sup> تجميع أكبر قدر ممكن من الأموال، لأن تجزئة رأس المال إلى حصص صغيرة تمكن الجميع من المساهمة فيها مما يمكن معه تجميع رأس مال كبير وبذلك تستطيع الدخول فى المشروعات الضخمة.

---

(١) سورة البقرة- آية رقم ١٧٢.

(٢) - يقصد بالاكتتاب: إعلان الرغبة فى الاشتراك فى المشروع الذى تعتزم الشركة القيام به مع التعهد بتقديم حصة فى رأس المال اللازم له تتمثل فى دفع قيمة عدد معين من الأسهم، وعلى ذلك فالإكتتاب بهذا المعنى هو أداة الشركة فى الحصول على رأس مالها الذى تحتاج إليه فى بداية حياتها للنهوض بالمشروع الاقتصادى الذى تقوم عليه، وهو بهذا المعنى يشمل الحصص النقدية، كما يشمل كذلك الحصص العينية.

- وهو نوعان: فوري، ومتعاقب.

- فالإكتتاب الفوري: يقصد به أن يتم الحصول على رأس مال الشركة وبأكمله من المؤسسين دون الالتجاء إلى الجمهور للإكتتاب العام.

- والإكتتاب المتعاقب: يقصد به أن يتم طرح أسهم الشركة على الجمهور للإكتتاب من أجل شرائها، وعادة ما تستغرق هذه العملية وقتاً، ولذلك سميت بعملية (الإكتتاب المتعاقب) أو (التأسيس المتعاقب).

ويشترط لصحة الإكتتاب: أن يكون كاملاً فى رأس المال، وأن يكون نهائياً ومنجزاً، وأن يكون جدياً، وأن يدفع كل مكتتب على الأقل ١٠% من القيمة الاسمية للأسهم التى اكتتب فيها.

انظر فى تفصيل هذه الشروط والإجراءات الخاصة بالإكتتاب مؤلفنا- القانون التجارى- الجزء الثانى، التنظيم القانونى للشركات التجارية- شركات الأشخاص وشركات الأموال والشركات ذات الطبيعة المختلطة وفقاً لقانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م وأحدث تعديلات قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م - القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨م- ص ١٧٣ وما بعدها.

ولم يقف التعامل فى الأسهم اليوم على المساهمين المؤسسين للشركة، بل أصبحت كورقة مالية<sup>(١)</sup> يتم تداولها بين الناس بشكل واسع ولا سيما فى الأسواق المالية العالمية (البورصة)<sup>(٢)</sup>.

وقد استخرت الله- سبحانه وتعالى- فى أن أكتب فى جانب من الجوانب المتعلقة بشركة المساهمة، فوفقنى الله تعالى إلى أن أكتب فى موضوع الأسهم التى تصدرها شركة المساهمة والذى تعتمد عليه هذه الشركة بقدر كبير لتكوين رأس المال اللازم لتحقيق الغرض الذى أنشئت من أجله، وقد أسميت هذا البحث (اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم)، دراسة مقارنة بين القانون الوضعى والفقه الإسلامى.

وقد حاولت فى هذا البحث أن أتناول عرضاً تحليلياً لأنواع الأسهم المعروفة فى مختلف قوانين الشركات فى التشريعات المختلفة، مستهدفاً من

---

(١) ينبغى التفرقة بين الأوراق المالية التى تتمثل فى (الأسهم والسندات)، والأوراق التجارية التى تتمثل فى (الكمبيالة والشيك والسند الإذنى).

- فهما يتشابهان: فى كون كل منهما يمثل حقاً من النقود، وأن كلاً منهما يكون قابلاً للتداول بالطرق التجارية.

- ولكنهما يختلفان من عدة وجوه نستطيع أن نوجزها فيما يلى:

(أ) أن الأوراق المالية (الأسهم والسندات) تصدر بالجملة وبأرقام متسلسلة، بينما تصدر الأوراق التجارية (الكمبيالة والشيك والسند الإذنى) بمناسبة عملية قانونية معينة.

(ب) أن الأوراق المالية (الأسهم والسندات) ما هى إلا صكوك طويلة الأجل تصدر لمدة حياة الشركة فيما يتعلق بالأسهم ولمدة عشر سنوات أو عشرين سنة فيما يتعلق بالسندات، فى حين أن الأوراق التجارية (الكمبيالة والشيك والسند الإذنى) تستحق بعد أجل قصير.

(ج) أن الأوراق المالية (الأسهم والسندات) لا تصلح أداة للوفاء بالديون، إذ أن العرف التجارى لم يستقر بعد على قبولها كأداة للوفاء، كما أن المصارف ترفض خصمها لأن أسعارها متقلبة، أما الأوراق التجارية، (الكمبيالة والشيك والسند الإذنى) فإنها تقوم مقام النقود فى الوفاء، ويمكن خصم الورقة التجارية إذا تضمنت أجلاً.

(د) أن بائع الورقة المالية (السهم أو السند) لا يضمن للمشتري يسر المؤسسة التى أصدرت الورقة. بخلاف محرر الورقة التجارية (الكمبيالة والشيك والسند الإذنى) فإنه يكون ضامناً للوفاء بقيمة الورقة فى ميعاد الاستحقاق. انظر فى هذا مؤلفنا- القانون التجارى- الكتاب الثانى- الجزء الأول- الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م- ص ١٦، ١٧.

(٢) انظر فى هذا د/ على محيى الدين القره داغى- الاستثمار فى الأسهم- بحث منشور بمجلة المجمع الفقهى الإسلامى الصادرة عن رابطة العالم الإسلامى- السنة السابعة- العدد التاسع سنة ١٤١٦هـ- ١٩٩٥م- ص ٢٣٣.

هذا إبراز الجوانب الإيجابية والسلبية لكل نوع من أنواع هذه الأسهم، ومركزاً على إبراز الحقوق الأساسية للمساهم بصفته شريكاً لا يجوز حرمانه منها أو المساس بها.

ويجدر التنبيه إلى أنني سأستعرض هذا الموضوع فى فصلين مسبقين بتمهيد، ومختومين بخاتمة لبيان نتائج البحث وتوصيات الباحث. فأتعرض فى التمهيد لبيان تعريف السهم، والفرق بينه وبين السند، وأحكام التعامل بالأسهم فى شركة المساهمة، وأنواع الأسهم والحكم الشرعى فى كل نوع منها.

ثم أتعرض فى الفصل الأول: لبيان تقسيم الأسهم بالنظر إلى شكلها، وطبيعة الحصص التى تمثلها، وقيمها أو علاقتها برأس المال. ثم أتعرض فى الفصل الثانى: لبيان تقسيم الأسهم بالنظر إلى مالكيها، وقابليتها للانتقال أو التداول، والحقوق المتصلة بها. وبعد،،

فإنى لأرجو من الله العلى القدير أن أكون بعملى هذا قد أديت بعض ما يجب علىّ فى سبيل خدمة أمتنا الإسلامية، وأن يكون عملى هذا فى ميزانى وميزان من أعانونى عليه.

هذا، ولا أدعى لنفسى ما لا ينبغى، لكنى بذلت كل ما فى وسعى من جهد، وما فى ذهنى من فهم، وما فى طاقتى من فكر ووقت، ولا أدعى أنى بلغت الكمال فى هذا العمل أو قاربته، أو أن هذا العمل مبرء من النقص أو خال من العيب، فالكمال لله وحده، والعصمة من خصوصيات أنبيائه ورسله، لكنى أرجو أن أكون قد بلغت بهذا البحث ما يبلغ حد الإفادة إن لم يصل إلى حد الإجادة، وما لم يصل إلى حد النقصان إن لم يصل إلى حد الكمال والرجحان، فإن أصبت فله الحمد أولاً وأخيراً، وإن كانت الأخرى فمنى ومن الشيطان، وأسأل الله العفو عني ﴿رَبَّنَا لَا تُؤَاخِذْنَا إِن نَّسِينَا أَوْ أَخْطَأْنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْ عَلَيْنَا

إِصْرًا كَمَا حَمَلْتُهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا رَبَّنَا وَلَا تَحْمِلْنَا مَا لَا طَاقَةَ لَنَا بِهِ  
وَاعْفُ عَنَّا وَارْحَمْنَا أَنْتَ مَوْلَانَا فَانصُرْنَا عَلَى الْقَوْمِ الْكَافِرِينَ<sup>(١)</sup>.  
وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين- وصلّ اللهم على سيدنا محمد  
وعلى آله وصحبه وسلم.  
الباحث.

---

(١) سورة البقرة- من الآية رقم ٢٨٦.

## تمهيد

### أولاً: تعريف السهم:

- يتكون رأس المال من مجموع المبالغ التي تمثل قيمة الأسهم التي تصدرها الشركة، ولكن ما هو السهم؟
- لم تكن الكثير من التشريعات بتعريف السهم وبيان طبيعة حق المساهم فيه.
- والواقع أن لفظة السهم تطلق في اللغة على عدة معان منها:
  - النصيب: وجمعه (سهمان) وسهمه (بضم السين)، وأسهم وسهام.
  - القدر: يضرب فيه بالميسر، قال ابن الأثير: وهو الأصل فيه، وجمعه سهام.
  - العود: الذي يكون في طرفه نصل يرمى به عن القوس: وجمعه السهام.
- والمعنى الذي يعنينا هنا هو السهم بمعنى النصيب- يقال (أخذ سهماً) أى نصيباً، ومنه شركة المساهمة<sup>(١)</sup>.
- وأما معناه في الاصطلاح: فإن له في التشريعات الوضعية وأقوال فقهاء القانون تعريفاً يتفق إلى حد كبير مع تعريفه عند فقهاء الشريعة الإسلامية.

---

(١) انظر في هذا المصباح المنير- لأحمد بن محمد بن علي المغربي الفيومي- مطبعة التقدم العلمية بالقاهرة سنة ١٣٢٣هـ- ص ٢٩٣، ولسان العرب- لجمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن أحمد بن أبي القاسم بن منظور- الشهير بابن منظور- طبعة الدار المصرية للتأليف والنشر ج ١٢- ص ٣٠٨ وما بعدها، والقاموس المحيط لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادي الشيرازي- طبعة دار الكتب العلمية ببيروت- ج ٤- ص ١٣٥. ومن المراجع الحديثة- انظر د/ محمد عبدالغفار الشريف- أحكام السوق المالية- بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية

الصادرة عن مجلس النشر العلمي بجامعة الكويت. السنة الثامنة- العدد الثامن عشر- ذو الحجة سنة ١٤١٢هـ- يونيو سنة ١٩٩٢م- ص ٢١٢، ومؤلف فضيلته (بحوث فقهية معاصرة)- دار ابن حزم (١٠-١)- ص ٦٩، وأيضاً د/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم في سوق الأوراق المالية- رؤية شرعية في ضوء الفقه الإسلامي- دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية سنة ٢٠٠٦م- ص ٥١، وأيضاً د/ محمد فرج عزب إسماعيل- زكاة الأسهم- دراسة فقهية مقارنة سنة ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م- ص ٨.

- فقد ذهب الفقه إلى القول بأن (السهم هو النصيب الذى يشترك به المساهم فى الشركة، وهو يقابل حصة الشريك فى شركات الأشخاص، ويتمثل السهم فى صك يعطى للمساهم ويكون وسيلة فى إثبات حقوقه فى الشركة، ويندمج الحق فى الصك بحيث يكون التنازل عن السهم فى درجة التنازل عن الحق)<sup>(١)</sup>.

- وقد أورد الفقه للسهم تعاريف عديدة لا تخرج فى جوهرها عن القول بأن (السهم يمثل نصيباً أو حصة للشريك فى رأس مال الشركة، أى يمثل حق المساهم فى الشركة، والسهم عبارة عن صك يتضمن الحق المذكور وبالتالى فإن إسباغ صفة الشريك على مالك السهم يمنحه حقوقاً فى الشركة أهمها حقه فى الأرباح وهناك حقوق أخرى سوف نذكرها بالتفصيل عند البحث عن حقوق المساهمين.

### والخلاصة:

أن السهم هو حصة الشريك فى رأس مال الشركة، وهذه الحصة أو الحق مثبت فى صك يعطى للشريك كما يمثل أيضاً جزءاً من رأس مال الشركة<sup>(٢)</sup>.

ولهذا نجد أن قانون الشركات الأردنى عندما حدد فى المادة ٩٥ منه مقدار رأس مال شركة المساهمة العامة ذكر بأنه يقسم إلى أسهم اسمية وتكون قيمة كل سهم ديناراً واحداً وبالتالى من خلال تساوى هذه القيمة

---

(١) انظر فى هذا د/على حسن يونس- الوسيط فى الشركات التجارية- دار الفكر العربى بالقاهرة سنة ١٩٦٠م- بند رقم ٢٩٣- ص ٣٨٠.

(٢) انظر فى هذا د/ فوزى محمد سامى- الشركات التجارية- الأحكام العامة والخاصة- دراسة مقارنة- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- الطبعة الأولى- الإصدار الأول سنة ١٩٩٩م- ص ٢٨٨، ٢٨٩.



تتحقق المساواة فى الحقوق والالتزامات التى يرتبها السهم الواحد لكل مساهم<sup>(١)</sup>.

كما عرفت المادة ١٠٤ من القانون التجارى اللبنانى السهم عن طريق سرد بعض خصائصه إذ تقول أن (الأسهم هى أقسام متساوية من رأس مال الشركة غير قابلة للتجزئة تمثلها وثائق التداول، تكون اسمية أو لأمر أو لحاملها)<sup>(٢)</sup>.

وهو تعريف يتفق مع ما عرفه به فقهاء الشريعة الإسلامية حيث يطلق السهم عندهم على الحصة التى يقدمها أحد الشركاء فى رأس مال الشركة، فالأسهم المتعارف عليها لدى الاقتصاديين والقانونيين هى رأس مال الشركة فى الفقه الإسلامى<sup>(٣)</sup>.

وبناءً على ما سبق فإنه يمكن تعريف الأسهم بأنها (صكوك متساوية القيمة، وقابلة للتداول بالطرق التجارية والتى يتمثل فيها حق المساهم فى الشركة التى أسهم فى رأس مالها، وتخول له بصفته هذه ممارسة حقوقه فى الشركة لا سيما حقه فى الحصول على الأرباح)<sup>(٤)</sup>.

ثانياً: طبيعة حق المساهم:

إذا كنا قد انتهينا فيما سبق إلى أن رأس مال شركة المساهمة يتكون من مجموع الأسهم نقدية كانت أو عينية، فإن التساؤل الذى يثار هنا هو: ما هى طبيعة حق المساهم؟ هل هو حق ملكية على الأنصبة التى أسهم بها فى رأس المال؟ وهل يعتبر المساهم دائناً للشركة بمقدار هذه الأسهم أم ماذا؟

- 
- (١) انظر فى هذا د/ فوزى محمد سامى- الشركات التجارية- المرجع السابق نفس الموضع.  
(٢) انظر فى هذا د/ أبوزيد رضوان، ود/ رضا السيد عبد الحميد- القانون التجارى- نظرية الأعمال التجارية- والتاجر- وشركات المساهمة- دار النهضة العربية سنة ٢٠٠١، ٢٠٠٢م- بند رقم ٩١- ص ٣٥٠، وهامش رقم ١ بها.  
(٣) انظر فى هذا د/ أحمد محمد لطفى- معاملات البورصة بين الحظر والإباحة- دراسة مقارنة فى ضوء أحكام الفقه الإسلامى- بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الإشراف- دقهلية- العدد الخامس- فبراير سنة ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٥م- الجزء الثانى- ص ١٠٩٤.  
(٤) انظر فى هذا د/ أبوزيد رضوان، و د/ رضا السيد عبد الحميد- القانون التجارى- مرجع سابق- بند رقم ٩١- ص ٣٥٠.

الواقع أنه من الصعب القول بأن للمساهم (حق ملكية) على الأنصبة التي أسهم بها فى رأس المال، حتى ولو اعتبر من قبيل حق الملكية غير المباشرة. كما يذهب إلى ذلك بعض الفقه<sup>(١)</sup>، وذلك لأن اكتساب الشركة الشخصية القانونية وبروزها بصفة واضحة فى هذه الشركات يجعل هذه الأنصبة ومجموعها رأس المال ملكاً للشركة وتستقر فى ذمتها.

ولذلك يرى غالبية الفقه ضرورة التفرقة بين نوعين من المساهمين بحسب موقفه من الإسهام فى رأس مال الشركة.

- النوع الأول: المساهمون الذين لا يريدون سوى الرغبة فى المضاربة وتوظيف مدخراتهم.

- النوع الثانى: المساهمون الذين يربطون مصيرهم بمصير الشركة عن طريق تولى المسئوليات فيها، والتصدى لإدارتها.

- فإن كان المساهم لا يرغب سوى فى المضاربة وتوظيف مدخراته فإن مثل هذا المساهم لا يعتبر سوى مجرد دائن عادى للشركة<sup>(٢)</sup>، بل ودائن عابر Passant، أو حتى دائن من (الدرجة الثانية)<sup>(٣)</sup>، حيث أنه لا يستطيع الحصول على نصيبه فى موجودات الشركة إلا بعد الوفاء بديونها المستحقة للغير، ويقترب مركز هؤلاء المساهمين من مركز الشريك الموصى فى شركة التوصية، بل ويبدون وكأنهم (مساهمون- موصون)، ويشكلون القاعدة العريضة للمساهمين فى الشركة، وتحكمهم (سيكولوجية) المضارب أكثر منها (سيكولوجية) الشريك.

---

(١) انظر فى هذا P. Vigreux: "Les des droits des actionnaires dans les sociétés anonymes", Paris 1953, P. 13: 17.

(٢) انظر فى هذا محكمة بوردو (فرنسا)- ١٨ أكتوبر سنة ١٩٧٣م- دالوز سيرى ١٩٧٤م- ص ١٤٥- تعليق جيون، وقارن مع ذلك استئناف عليا كويتية- ٢٧ مايو سنة ١٩٧٣م- رقم ٢٧٥ لسنة ١٩٧٣م- غير منشور- مشار إليه بمؤلف د/ أبوزيد رضوان، ود/ رضا السيد عبد الحميد- القانون التجارى- مرجع سابق- هامش رقم ٢- ص ٣٥١.

(٣) انظر فى هذا L-Mazeaud: "La souveraineté de fait dait dans les sociétés anonymes in Trav. Association, H. Captiant", Paris 1967, Tom 15- P: 330: 342.

- أما إذا كان المساهم من النوع الثانى، أى المساهمون الذين يربطون مصيرهم بمصير الشركة عن طريق تولى المسئوليات فيها، والتصدى لإدارتها فإن هؤلاء المساهمين تتوافر لديهم نية المشاركة وبالتالي يمكن القول بأن لهم (حق فى الشركة)، ويمثلون إلى حد بعيد عنصر الديمومة والاستقرار فى الشركة.

وفى اعتقادى أن هذه النظرة وإن كانت تعكس واقع الحال فى شركات المساهمة، إلا أنه لا يصح اتخاذ المواقف النفسية أو (السيكولوجية) أساساً لازدواجية طبيعة حقوق المساهمين على الأنصبة فى رأس المال، ولذا فإنى أعتقد مع بعض الفقهاء أن طبيعة حق المساهم هى طبيعة واحدة أياً كان موقفه من الشركة، وأرى أن هذا الحق هو أعمق من علاقة الدائن والمدين، تلك العلاقة التى يبدو منها التناقض المصلحى بين أطرافها، وهذا الحق هو خالص للمساهم يسرى فى مواجهة الكافة وجنى ثماره وهو الربح، وكذلك يجوز رهنه وانتقاله إلى الورثة، ويستطيع المساهم التصرف فيه بمقابل عن طريق التنازل عن السهم، وكلها عناصر تشير إلى أن حق المساهم فى الشركة هو من قبيل حق الملكية، وإن كان لا يتأكد إلى عند تصفية الشركة وتقسيم موجوداتها<sup>(١)</sup>.

### ثالثاً: خصائص الأسهم:

تتميز الأسهم بمجموعة من الخصائص تكفل لها أداء دورها فى الحركة الاقتصادية ونستطيع إجمالها فى الخصائص الآتية: أنها متساوية فى القيمة، وقابلة للتداول بالطرق التجارية، وغير قابلة للتجزئة، بالإضافة إلى تحديد مسئولية المساهم عن ديون الشركة بمقدار ما يملكه فى رأس مال الشركة من أسهم.

---

(١) انظر فى هذا رأى وتفنيده بالتفصيل د/ أبوزيد رضوان، ود/ رضا السيد عبد الحميد- القانون التجارى- مرجع سابق- بند رقم ٩٢، ٩٣، ص ٣٥١، ٣٥٢.

## ١- التساوى فى القيمة:

فمن الخصائص التى تتميز بها الأسهم أنها متساوية فى القيمة، حيث تنص المادة ٣١ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م على أن (يقسم رأس مال الشركة إلى أسهم إسمية متساوية القيمة)، وهذه القيمة تحدد من قبل القانون، حيث تنص ذات المادة على أنه (يجب ألا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد عن ألف جنيه)<sup>(١)</sup>، يستوى فى ذلك كل أنواع الأسهم، إذ أنها تقوم على مبدأ المساواة فى الحقوق والالتزامات.

- وترجع الحكمة من وراء وجوب التساوى فى قيمة الأسهم إلى أنها تحقق المزايا الآتية:

— تسهيل تقدير الأغلبية فى الجمعيات العامة للشركة.

— تسهيل عملية توزيع الأرباح على المساهمين.

— تنظيم سعر الأسهم فى البورصة.

ومع ذلك فإنه يتعين الإشارة إلى أن هذه المساواة فى القيمة بين الأسهم ليست من النظام العام، وبالتالي فإنه يجوز أن ينص نظام الشركة على إصدار أسهم ممتازة تخول أصحابها أولوية فى الأرباح أو فى موجودات الشركة عند تصفيتها، أو منح أصحابها عدداً أكثر من الأصوات، ومع ذلك يجب أن تتوافر المساواة بين الأسهم المتشابهة التى تنتمى لفئة واحدة<sup>(٢)</sup>.

---

(١) وإذا كان القانون المصرى قد أجاز أن تصل قيمة السهم إلى مبلغ ألف جنيه، فإن بعض الفقهاء قد لاحظ على ذلك ملاحظتين هامتين هما:

- الأولى: أنه قد بالغ فى ذلك واقترب بالسهم من الحصة فى شركات الأشخاص.

- والثانية: أنه جعل البون شاسعاً بين الحد الأدنى والحد الأقصى للسهم.

انظر فى هذا د/ أبوزيد رضوان، ود/ رضا السيد عبدالحميد- القانون التجارى- مرجع سابق- بند رقم ٩٤، ص ٣٥٢ وما بعدها.

وجدير بالذكر أن هذه المادة فى القانون المصرى يقابلها المادة ٦٨ شركات تجارية عراقى، والمادة ١/٩٣ تجارى سورى، والمادة ١٠٤ تجارى لبنانى، والمادة ٩٩ شركات كويتى.

(٢) انظر فى هذا د/فايز نعيم رضوان، ود/ نجيب بكير، ود/ نادية محمد معوض- الوجيز فى القانون التجارى- وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م. دار النهضة العربية- بدون

## ٢- قابلية الأسهم للتداول بالطرق التجارية:

وتعتبر هذه الخاصية من أهم خصائص الأسهم، فإذا نص في عقد الشركة على عدم قابلية السهم للتداول أو على حرمان المساهم من هذا الحق فقد السهم أهم خصائصه، وتنتفى عن الشركة صفة شركة المساهمة<sup>(١)</sup>، وتصبح بالتالى من شركات الأشخاص<sup>(٢)</sup>.  
وينظر فقهاء الشريعة الإسلامية المحدثون إلى هذه الخاصية على أنها جوزت حفظاً لحقوق الشركاء<sup>(٣)</sup>.

## ٣- عدم قابلية السهم للتجزئة (Indivisible) :

فوفقاً لنص المادة ٢/٣١ من قانون الشركات المصرى رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م فإن السهم يكون غير قابل للتجزئة<sup>(٤)</sup>، بمعنى أن السهم لا يقبل الانقسام، فإذا آلت ملكية السهم إلى بعض الورثة نتيجة وفاة المساهم فإن السهم لا يتجزأ عليهم فى مواجهة الشركة، ولا يكون لكل منهم صوت فى الجمعية العامة للمساهمين، كما لا يجوز لكل منهم مباشرة الحقوق الأخرى الناشئة عن السهم فى مواجهة الشركة، وإنما عليهم أن يختاروا أحدهم ليمثلهم فى مباشرة جميع الحقوق المرتبطة بالسهم قبل الشركة<sup>(٥)</sup>.

=

تاريخ- ص ٤٥٩، ٤٦٠.

(١) انظر فى هذا د/ محمود سمير الشرقاوى- الشركات التجارية فى القانون المصرى- دار النهضة العربية- طبعة ١٩٨٦ بند رقم ١٧٧- ص ١٦٨، ١٦٩.

(٢) انظر فى هذا P. Pic: "Criterium de la distinction de l'intérêt et de l'action".

(٣) وأيضاً نقض فرنسى فى ٢٣ يونية سنة ١٩١٣م- دالوز سنة ١٩١٣م- ١- ٥١٣.  
انظر فى هذا د/ محمد عبدالغفار الشريف- أحكام السوق المالية- مرجع سابق- ص ٢١٣، وأيضاً د/ أحمد محمد لطفى- معاملات البورصة بين الحظر والإباحة- دراسة مقارنة فى ضوء أحكام الفقه الإسلامى- مرجع سابق ص ١٠٩٤.

(٤) ويقابل هذه المادة فى التشريعات العربية المادة ٧٠ ج من قانون الشركات العراقى، والمادة ١٠٤ من القانون التجارى اللبنانى، والمادة ٩٩ من قانون الشركات الكويتى، ومن التشريعات الأجنبية المادة ٢٦٦ من قانون الشركات التجارية الفرنسى، والمادة ٣١٨ من قانون شركات الأسهم الألمانى. انظر فى هذا د/ أبوزيد رضوان، ود/ رضا السيد عبدالحميد- القانون التجارى- مرجع سابق- هامش رقم ٢، ص ٣٥٥.

(٥) انظر فى هذا د/ محمود سمير الشرقاوى- الشركات التجارية فى القانون المصرى- مرجع سابق- بند

=

- والحكمة من تقرير عدم قابلية السهم للتجزئة تكمن فى تسهيل مباشرة الحقوق للصيقة بها والتي تمنحها لأصحابها لا سيما حق (التصويت فى الجمعيات العامة للشركة)، فمن غير المتصور أن يكون هذا الحق قابلاً للتجزئة<sup>(١)</sup>.

وعدم تجزئة السهم جائز فى الفقه الإسلامى لأنه لا يتعارض مع القواعد العامة فى الشروط فيه وأهمها قول النبى - ﷺ - (المسلمون على شروطهم)<sup>(٢)</sup>.

٤- تحديد مسؤولية المساهم عن ديون الشركة بمقدار ما يملكه فى رأس مال الشركة من أسهم؛

فوفقاً لنص المادة ٢/٢ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م فإن المساهم لا يسأل عن ديون الشركة إلا فى حدود ما اكتب فيه من أسهم، ويترتب على ذلك أنه لا يجوز الرجوع على المساهم بأى مبلغ آخر مهما بلغت ديون الشركة، وفى هذا تتشابه مسؤولية الشريك المساهم مع مسؤولية الشريك الموصى الذى تتحدد مسؤوليته هو أيضاً بنسبة حصته فى رأس مال الشركة.

ووفقاً لنص المادة ١/٦٨ من قانون الشركات فإن تحديد مسؤولية المساهم تعتبر من النظام العام وبالتالي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ولا يجوز للجمعية العامة أن تتخذ قراراً بتشديد مسؤولية المساهم، حيث تنص هذه المادة على أنه: (لا يجوز زيادة التزامات المساهمين ويقع باطلاً كل قرار

=

رقم ١٧٧- ص ١٦٨ وما بعدها.

(١) انظر فى هذا د/ فايز نعيم رضوان، ود/ نجيب بكير، ود/ نادية محمد معوض- الوجيز فى القانون التجارى وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م- مرجع سابق- ص ٤٦٣. وأيضاً د/ نادية محمد معوض- الشركات التجارية- دار النهضة العربية سنة ٢٠٠١م- ص ٢٩٥، ٢٩٦.

(٢) انظر فى هذا د/ عبدالعزيز الخياط- الشركات فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى- طبعة مؤسسة الرسالة ببירות- الطبعة الثالثة سنة ١٤٠٨هـ - ١٩٨٧م- ج ٢- ص ٢١٨، ٢١٩. وأيضاً د/ أحمد محمد لطفى- معاملات البورصة بين الحظر والإباحة- مرجع سابق- ص ١٠٩٥.

يصدر من الجمعية العامة يكون من شأنه المساس بحقوق المساهم الأساسية التى يستمدّها بصفته شريكاً<sup>(١)</sup>.

وهذا الأمر يجد أساسه فى الفقه الإسلامى، إذ أنه من المقرر لدى الفقهاء أن رب المال فى شركة المضاربة لا يسأل عن ديون الشركة إلا بمقدار المال الذى قدمه فيها، ولا يلتزم بغير ذلك<sup>(٢)</sup>.  
موقف الفقه الإسلامى من هذه الخصائص:

- ١- يجيز الفقه الإسلامى أن تتفاضل الحصص أو أن تتساوى، وهو الأفضل، لسهولة حساب الأرباح، والحقوق تكون حسب تساويها أو تفاضلها.
- ٢- يجيز الفقه الإسلامى تداول الأسهم بين الناس، وانتقال ملكيتها من مساهم إلى آخر إذا كانت قد طرحت للاكتتاب العام وفى صكوك من فئة واحدة؛ مع عدم جواز تداول الأسهم العينية، كما يجوز فرض قيود معينة على تداول الأسهم، على أن لا تصل هذه القيود بأى حال من الأحوال إلى حد حرمان المساهم من حقه فى بيع أسهمه أو التنازل عنها للغير.
- ٣- أن إجازة قابلية السهم للتداول، وعدم قابلية السهم للتجزئة باعتباره شرطاً متفقاً عليه بين المساهمين أمر لا مانع منه شرعاً ف (المسلمون عند شروطهم فيما أحل).
- ٤- أن تحديد مسؤولية الشركاء بمقداء أسهمهم بحيث لا يسألون عن ديون الشركة إلا بمقدارها أمر جائز شرعاً، كما سبق توضيح ذلك<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا د/ فايز نعيم رضوان، ود/ نجيب بكير، ود/ نادية محمد معوض- الوجيز فى القانون التجارى- مرجع سابق- ص ٤٦٢.

(٢) انظر فى هذا د/ عبدالعزيز الخياط- الشركات فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى- مرجع سابق- ص ٢١٨، و د/ أحمد محمد لطفى- معاملات البورصة بين الحظر والإباحة- مرجع سابق- ص ١٠٩٥.

(٣) انظر فى هذا د/ السيد حافظ خليل السخاوى- البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر، بدون دار نشر، وبدون تاريخ نشر- ص ٣٠٦، ٣٠٧.

## رابعاً: حقوق المساهم:

نستطيع أن نجمل الحقوق التى يتمتع بها المساهم من وراء تملكه للسهم، مع مراعاة أن هذه الحقوق تختلف بحسب نوع السهم الذى يملكه، هل هذا السهم سهم عادى أم ممتاز؟ هل هذا السهم يدخل فى تكوين رأس مال الشركة فلا يجوز له استرداده أثناء حياة الشركة، أم أنه سهم تمتع يجوز له استرداده أثناء حياتها؟ وهكذا.

فالأصل أن تملك المساهم للسهم يمنحه حقوقاً أساسية بصفته شريكاً فلا يجوز حرمانه منها أو المساس بها، فمن حق المساهم أن يتحدد مسئوليته بمقدار قيمة أسهمه، ولا يجوز مطالبته بأموال أخرى فى حالة خسارة الشركة، وله أن ينال نصيباً من الأرباح إن حققت الشركة أرباحاً، حيث لا يجوز اشتراط حرمان المساهم من الأرباح فى حالة تحققها، وله أن يتصرف فى أسهمه كلما أراد ذلك، ولا يجوز إجبار المساهم على ترك الشركة بغير إرادته، وله أن يسترد حصته أو ما بقى منها عند انقضاء الشركة. حيث لا يجوز حرمان المساهم من الاشتراك فى قسمة أموال الشركة عند تصفيتها. وإذا كانت هذه هى الحقوق المالية للمساهم، فإن حقوقه فى الإدارة لا تقل أهمية<sup>(١)</sup>، إذ تخوله أسهمه حق حضور الجمعيات العمومية والاشتراك فى مداوولاتها والتصويت على قراراتها، وحقه فى توجيه الأسئلة إلى مجلس الإدارة والطعن فى قرارات الجمعية العمومية أو مجلس الإدارة إذا صدرت مخالفة للقانون أو النظام الأساسى للشركة. ونتناول دراسة هذه الحقوق تفصيلاً على النحو التالى:

---

(١) ومن الفقهاء من يشبه هذه الحقوق الأساسية المقررة للمساهم بحقوق الإنسان التى تتضمنها الدساتير ولو لم تذكر فيها صراحة. انظر فى هذا:

- Ripert: "Traité élémentaire de droit Commercial", Première édition 1947, No. 1099.



## ١- من حق المساهم تحديد مسئوليته بمقدار أسهمه:

فمن حق المساهم أن تتحدد مسئوليته بمقدار القيمة الاسمية لأسهمه، وهو حق من الحقوق الأساسية التي لا يجوز المساس بها، فشركات المساهمة هى شركات مكونة بين شركاء لا يتحملون من الخسائر إلا بمقدار حصتهم.

وهذه القاعدة تتعلق بالنظام العام، فلا يجوز للجمعية العمومية للمساهمين أن تتخذ قراراً بالأغلبية من شأنه تحميل المساهمين بأعباء أكثر، كما لو أوجبت على المساهم أن يسدد للشركة مبلغاً يزيد عن القيمة الاسمية للسهم أو قررت تحويل شركة المساهمة إلى شركة تضامن يسأل الشركاء فيها مسئولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة، وكذلك لا يجوز للجمعية العمومية للمساهمين أن تجبر الشخص على أن يساهم فى الشركة بأكثر من القدر الذى ساهم به فعلاً فلا يكون لها أن تقرر إلزام المساهمين بالاكنتاب فى الأسهم الجديدة عند اقتضاء زيادة رأس المال.

## ٢- حق المساهم فى الحصول على نصيب من الأرباح واقتسام موجودات الشركة عند التصفية:

وهذا الحق هو أهم الحقوق التي يتمتع بها المساهم، وهو الغرض الذى يهدف إليه من اشتراكه فى الشركة، ونتناول فيما يلى:

(أ) حق المساهم فى الحصول على نصيب من الأرباح.

(ب) حق المساهم فى اقتسام موجودات الشركة عند تصفيتها وانقضائها.

## (أ) حق المساهم فى الحصول على نصيب من الأرباح:

تقضى المادة الأربعون من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م بأن الأرباح الصافية هى الأرباح الناتجة عن العمليات التى باشرتتها الشركة وذلك بعد خصم جميع التكاليف اللازمة لتحقيق هذه الأرباح، وبعد حساب

وتجنيب كافة الاستهلاكات والمخصصات التى تقضى الأصول المحاسبية بحسابها وتجنيبها قبل إجراء أى توزيع بأية صورة من الصور.

- ويجنب مجلس الإدارة من صافى الأرباح المشار إليها فى الفقرة السابقة جزءاً من عشرين (أى ٥%) على الأقل لتكوين احتياطي قانوني، ويجوز للجمعية العامة وقف تجنيب هذا الاحتياطي إذا بلغ ما يساوى رأس المال.

- ويجوز استخدام الاحتياطي القانوني فى تغطية خسائر الشركة وفى زيادة رأس المال، ويجوز أن ينص فى نظام الشركة على تجنيب نسبة معينة من الأرباح الصافية لتكوين احتياطي نظامي.

- وإذا لم يكن الاحتياطي النظامي مخصصاً لأغراض معينة منصوص عليها فى نظام الشركة جاز للجمعية العامة العادية بناءً على اقتراح مجلس الإدارة أن تقرر استخدامه فيما يعود بالنفع على الشركة أو على المساهمين.

- كما يجوز للجمعية العامة بناءً على اقتراح مجلس الإدارة تكوين احتياطات أخرى.

- ويجوز بموافقة الجمعية العامة توزيع نسبة من الأرباح الصافية التى تحققها الشركة نتيجة بيع أصل من الأصول الثابتة أو التعويض عنه، بشرط ألا يترتب على ذلك عدم تمكين الشركة من إعادة أصولها إلى ما كانت عليه أو شراء أصول ثابتة جديدة).

ويجب أن تكون الأرباح الموزعة حقيقية لا صورية على خلاف الحقيقة، بل حظر المشرع على الشركة المساهمة توزيع الأرباح إذا ترتب على ذلك منع الشركة من أداء التزاماتها النقدية فى مواعيدها (المادة ٤٢ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م).

ويكون لدائنى الشركة أن يطلبوا من المحكمة المختصة إبطال أى قرار بتوزيع الأرباح بالمخالفة لذلك، ويكون أعضاء مجلس الإدارة الذين وافقوا على

التوزيع مسئولين بالتضامن قبل الدائنين فى حدود مقدار الأرباح التى أبطل توزيعها.

كما يجوز لذوى المصلحة الرجوع على المساهمين الذين علموا بأن التوزيع قد تم على الرغم من أن الشركة لم تقم بأداء التزاماتها النقدية فى مواعيدها، وذلك فى حدود مقدار الأرباح التى قبضوها.

من ذلك يتضح لنا أن حق المساهم يكون فى الأرباح الصافية دون غيرها، أى المبالغ التى تبقى من دخل الشركة فى سنتها المالية بعد خصم المصروفات وفوائد الديون والضرائب، وما يخصص للاستهلاك المالى والصناعى والأغراض الاجتماعية والتبرعات وغير ذلك من النفقات.

ومتى قررت الجمعية العامة توزيع الأرباح تعلق بها حق المساهم، وينبنى على ذلك أنه يجوز للمساهم منذ صدور قرار التوزيع مطالبة الشركة قضائياً بحقه فى الأرباح إذا رفض مجلس الإدارة توزيعها ودفع نصيبه منها.

ولا يجوز استرداد الأرباح من المساهم ولو منيت الشركة بخسائر فى السنوات التالية، ولكن يشترط لذلك أن يكون الربح حقيقياً<sup>(١)</sup>، فإذا كان صورياً جاز للدائنين مطالبة المساهم برده، ويعتبر الربح صورياً إذا دفع من رأس المال أو من الاحتياطى القانونى أو من الاحتياطى النظامى أو من الاحتياطى الاختيارى متى كان مخصصاً لغرض غير توزيع الأرباح ولم يصدر قرار من الجمعية العامة للمساهمين غير العادية أو العادية على حسب الأحوال بإلغاء هذا التخصيص.

#### **ب) حق المساهم فى اقتسام موجودات الشركة عند التصفية:**

فمتى انتهت عمليات التصفية فإن المصفى يقدم إلى الجمعية العامة للمساهمين حساباً ختامياً عن أعمال التصفية، وتنتهى أعمال التصفية بالتصديق على الحساب الختامى من جمعية المساهمين<sup>(٢)</sup>، ويكون للمساهم

---

(١) المادة ٤٤ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م.

(٢) المادة ١٥٢ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م.

الحق فى اقتضاء قيمة الحصة التى قدمها فى رأس مال الشركة كما هو مبين فى العقد التأسيسى، فإن بقيت أموال بعد هذا التوزيع، كما لو كانت الشركة قد حققت أرباحاً، وكونت أثناء حياتها أموالاً احتياطية فإن المساهمين يقتسمون هذه الأموال بنسبة أسهمهم، أما إذا كانت الشركة قد منيت بخسائر فإن كل مساهم يحصل على مبلغ أقل من المبلغ الذى اكتتب به.

وعلى أى حال فإنه فى الشركات المساهمة لا يسأل المساهمون عن الخسائر إلا بمقدار ما قدموه من حصص أو أسهم فإذا قدموا هذه الحصص أو الأسهم كاملة عند تأسيس الشركة أو أثناء حياتها فلا يسألون بعد ذلك عن شىء.

### ٣- حق المساهم فى التنازل عن أسهمه:

فمن أهم خصائص السهم قابليته للتداول بحيث يكون للمساهم دائماً - إذا أراد - أن ينقل ملكية هذه الأسهم إلى الغير ويحصل على قيمتها. ويعتبر مبدأ حرية تداول الأسهم المقابل الضرورى واللازم لقاعدة الأغلبية فى إدارة شركات المساهمة، ذلك أنه إذا كان من حق الأغلبية أن تفرض رأيها فيما يتعلق بكيفية إدارة شركات المساهمة، بل وأن تفرض تعديل العقد الأساسى للشركة على الأقلية، فإن من حق الأقلية - على الأقل - أن تنسحب من الشركة إذا لم تكن راضية عن قرارات الأغلبية، ومن هنا كان مبدأ حرية تداول الأسهم.

ويعتبر الحق فى تداول الأسهم من الحقوق الأساسية للمساهم والتى لا يجوز حرمانه منه بنص فى نظام الشركة، وإن كان يجوز تقييد هذا الحق بنصوص فى هذا النظام، وذلك بشرط ألا تؤدى هذه القيود إلى حرمان المساهم عملاً من حقه فى تداول أسهمه.

بل إن المشرع نفسه- وفى حدود معينة- يضع عدداً من القيود على تداول الأسهم، وتختلف طرق تداول الأسهم باختلاف أشكالها<sup>(١)</sup>.

#### ٤- حق المساهم فى حضور جمعية المساهمين والتصويت فيها:

فإن حضور جمعية المساهمين يعتبر من الحقوق الجوهرية التى يخولها السهم للمساهم، فيتحقق له الاشتراك الفعلى فى الإدارة، فللمساهم الحق فى الإطلاع على مستندات الشركة، سواء بنفسه أو بواسطة وكيل عنه، ولكل مساهم أثناء اجتماع الجمعية العامة حق مناقشة تقرير مجلس الإدارة والميزانية وحساب الأرباح والخسائر وتقرير مراقب الحسابات وما ينكشف أثناء الاجتماع من وقائع خطيرة، ويكون مجلس الإدارة ملزماً بالإجابة على أسئلة المساهمين بالقدر الذى لا يعرض مصالح الشركة للضرر<sup>(٢)</sup>، وإذا رأى المساهم أن الرد غير كاف احتكم إلى الجمعية العامة ويكون قرارها واجب التنفيذ<sup>(٣)</sup>.

٥- حق المساهم فى رفع دعوى المسؤولية على المديرين بسبب أخطائهم فى الإدارة.

#### ٦- حق البقاء فى الشركة:

فلا يجوز فصل أى مساهم من الشركة، لأن المساهم ممتلك فى الشركة، ولا يجوز نزع ملكيته إلا برضاه، وذلك فيما عدا حالة التأميم التى تنتزع فيها الملكية الخاصة وتتحول إلى ملكية عامة.

---

(١) انظر فى هذا د/حسام عيسى، و د/إبراهيم شلى- التنظيم القانونى لشركات المساهمة طبقاً لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م- المعدل بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨م- طبعة سنة ٢٠٠٠، ٢٠٠١م- بدون دار نشر- بند رقم ٥٢٢ وما بعده. ص ٢٢٩ وما بعدها، وسيكون لنا عودة لدراسة هذه القيود القانونية والاتفاقية الواردة على مبدأ حرية تداول الأسهم بالتفصيل فى المبحث الثانى من الفصل الثانى من هذا البحث والمتعلق بتقسيم الأسهم من حيث قابلية انتقالها أو تداولها- انظر ما يلى ص

(٢) المادة ٢١٤ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م.

(٣) المادة ٢/٧٢ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م.

انظر فى هذا د/أحمد محمد محرز- القانون التجارى- الجزء الأول- المقدمات- الأعمال التجارية- التاجر- المحل التجارى، الملكية الصناعية- الشركات التجارية سنة ١٩٨٦، ١٩٨٧م- بدون دار نشر- بند رقم ٣٠٨ وما بعده- ص ٦٤٠ وما بعدها.

## ٧- الأولوية فى الاكتتاب؛

فإذا قررت الشركة زيادة رأس المال، فإن الأولوية فى الاكتتاب تكون للمساهمين القدامى، لأنهم أولى بالأموال الاحتياطية وموجودات الشركة، فيعطى لهم الحق فى المساهمة فى زيادة رأس المال خلال مدة معينة، ثم يباح للمساهمين الجدد بعد ذلك<sup>(١)</sup>.

ويظهر مما مضى الفرق بين السند والسهم فى النقاط التالية:

١- أن حامل السهم شريك يتمتع بحق الحصول على نصيب من الأرباح والربح متغير، وعلى نصيب من فائض التصفية عند القسمة بغرض حل الشركة، وكذلك يتحمل خسارة الشركة ويسأل عن ديونها فى حدود قيمة الأسهم التى يمتلكها، كما أن له الحق فى التدخل فى إدارة الشركة، والتصويت والرقابة على الإدارة.

أما حامل السند فإنه لا يعدو أن يكون مقرضاً للشركة، له الحق فى الحصول على الفوائد السنوية ولولم تحقق الشركة أية أرباح، بل ولو منيت بخسائر، والفائدة ثابتة لا تتغير، ولا يشترك فى اقتسام فائض التصفية عند حل الشركة، وليس له أن يتدخل فى إدارة الشركة، ولا يكون له الحق إلا فى استرداد قيمة سنداته عند انتهاء القرض.

٢- أنه لا يجوز استهلاك الأسهم إلا فى حالتين هما:

— إذا كانت موجودات الشركة مما يستهلك بالاستعمال.

— أو إذا كانت الشركة تقوم على استغلال امتياز حكومى محدد المدة. ولا يجوز استهلاك الأسهم إلا من أرباح الشركة وحدها، فلا تستهلك الأسهم إذن من رأس المال، وعند استهلاك الأسهم يحصل حاملها على أسهم تمتع تعطيه الحق فى الاشتراك فى إدارة الشركة وفى الحصول على نصيب من الأرباح.

---

(١) انظر فى هذا د/محمد عبدالغفار الشريف- بحوث فقهية معاصرة- مرجع سابق- ص ٧٠ وما بعدها.

بينما استهلاك السندات جائز، والأصل أن يحصل هذا الاستهلاك من الأرباح، ومع ذلك إذا لم تحقق الشركة فى إحدى السنوات أرباحاً فيجوز إذن استهلاك السندات من رأس المال، ومتى استهلك السند تنقطع نهائياً كل علاقة بين حامل السند والشركة<sup>(١)</sup>.

### خامساً: تقسيمات الأسهم:

يقسم الفقه والتشريع أسهم الشركات إلى تقسيمات عديدة ما بين تقسيم ثنائى، أو ثلاثى، أو رباعى، أو سداسى، وذلك على النحو التالى:

- فهناك بعض الفقهاء الذين قسموا الأسهم إلى تقسيم ثنائى فقط، من حيث شكلها، ومن حيث الحقوق التى تمنحها<sup>(٢)</sup>. وإن كان هناك بعض الفقهاء الآخرين، كالفقهاء الإنجليز والأمريكان يقسمونها إلى تقسيم ثنائى آخر إلى أسهم عادية، وأسهم ممتازة<sup>(٣)</sup>.

بينما يركز البعض الآخر من الفقهاء على الأخذ بالتقسيم التقليدى أو الأساسى فيقسمونها إلى ثلاثة أقسام، باعتبارها ممثلة لأجزاء رأس مال الشركة، وباعتبارها أوراقاً مالية، وباعتبارها معبرة عن صفة مالكيها المساهمين فى الشركة<sup>(٤)</sup>.

- 
- (١) انظر فى هذا مؤلفنا- القانون التجارى- الجزء الثانى- مرجع سابق- ص ٣٢٢.
- (٢) انظر فى هذا: FREDERICQ: "Traite de droit Commercial", Tom 4, Bruxelles 1970, P.514.
- (٣) انظر فى هذا: GOWER: "The Principles of Modern Company Law", 5<sup>th</sup> édition, London 1992, P. 349.
- وأيضاً: HENRI R. CHEESMAN: "Business Law", 4<sup>th</sup> édition, New Jersey 2001, P. 737.
- وأيضاً: MICHAEL BIXBY, CARYN BECK, DUDELY: "The Legal Environment", New Jersey 2001, P.277, 278.
- وأيضاً: BALLANTINE: "On Corporations", Chicago 1964, P. 500.
- (٤) انظر فى هذا: DE SOLA CANIZARES: "Etude Sur les Titres emis par les sociétés par actions en droit comparé ", Paris 1962, P. 9 et P. 137.

- ويقسمها البعض الآخر من الفقهاء إلى تقسيم رباعى، من حيث شكلها، ومن حيث الحقوق المتمثلة بها، مع تقسيم هذه الحقوق إلى حقوق مالية، وحقوق سياسية (أى إدارية)، ومن حيث إصدارها، ومن حيث طريقة تداولها<sup>(١)</sup>.

- أو من حيث تداولها، ومن حيث الحقوق المتمثلة بها، ومن حيث أهمية هذه الحقوق، ومن حيث طبيعة الحصص المتمثلة بها<sup>(٢)</sup>.

فى حين أننا نرى مع بعض الفقهاء أنه يمكن تقسيم الأسهم إلى ستة أقسام على النحو التالى:

- من حيث شكلها: إلى أسهم إسمية، وأسهم إذنية أو لأمر، وأسهم لحاملها.
- ومن حيث طبيعة الحصص التى تمثلها: إلى أسهم نقدية، وأسهم عينية، وأسهم صناعية أو أسهم العمل، وأسهم المؤسسين.
- ومن حيث قيمتها أو علاقتها برأس المال: إلى أسهم ذات قيمة اسمية، وأسهم معدومة القيمة الاسمية، وأسهم محررة، وأسهم غير محررة، وأسهم ذات علاوة، وأسهم ذات خصم، وأسهم مرواة أو مسقاة، وأسهم مجانية، وأسهم تمتع.
- ومن حيث مالكيها: إلى أسهم رأس مال، وأسهم مؤسسين، وأسهم المساهمين من غير المؤسسين، وأسهم تمتع، وأسهم احتياطية، وأسهم العمل وأسهم العاملين فى الشركة، وأسهم الخزانة أو (الخزينة).
- ومن حيث قابلية انتقالها أو تداولها.

---

(١) انظر فى هذا: DE SOLA CANIZARES: "Etude Sur les Titres emis par les sociétés Par actions en droit comparé", Op. Cit., P. 137.

(٢) انظر فى هذا: DE SOLA CANIZARES: "Etude Sur les Titres emis par les sociétés Par actions en droit comparé", Op. Cit., P. 137.

وهذه المراجع مشار إليها ببحث د/أكرم عبدالقادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم بحث مقارن- بحث منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمى بجامعة الكويت- العدد الأول- السنة الثلاثون- ربيع الأول ١٤٢٧ هـ- ٢٠٠٦ م، ص ٢٢٤، ٢٢٥.



- ومن حيث الحقوق المتصلة بها: إلى أسهم عادية، وأسهم ممتازة<sup>(١)</sup>. وهذا التقسيم الأخير هو الذى سنسير عليه فى موضوع بحثنا نظراً لأنه أشمل التقسيمات جميعاً.



## □ الفصل الأول

### تقسيم الأسهم من حيث شكلها، وطبيعة الحصص التى تمثلها، وقيمها أو علاقتها برأس المال

- تنقسم الأسهم من حيث شكلها إلى: أسهم إسمية، وأسهم لإذن أو لأمر، وأسهم لحاملها.
  - كما تنقسم من حيث طبيعة الحصص التى تمثلها إلى: أسهم نقدية، وأسهم عينية، وأسهم صناعية، وأسهم عمل، وأسهم المؤسسين.
  - كما تنقسم من حيث قيمها أو علاقتها برأس المال إلى:
  - أسهم ذات قيمة إسمية، وأسهم معدومة القيمة الإسمية.
  - وأسهم محررة، وأسهم غير محررة.
  - وأسهم ذات علاوة، وأسهم ذات خصم، وأسهم مرواة أو مسقاة.
  - وأسهم مجانية، وأسهم تمتع.
- وهو ما سنتناوله بالتفصيل فى ثلاثة مباحث على النحو التالى:
- المبحث الأول: تقسيم الأسهم من حيث شكلها.**
- المبحث الثانى: تقسيم الأسهم من حيث طبيعة الحصص التى تمثلها.**
- المبحث الثالث: تقسيم الأسهم من حيث قيمها أو علاقتها برأس المال.**

---

(١) انظر فى هذا التقسيم بالتفصيل د/ أكرم عبدالقادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم، بحث مقارن- مرجع سابق- ص ٢٢٤، ٢٢٥.

## □ المبحث الأول

### تقسيم الأسهم من حيث شكلها

تنقسم الأسهم من حيث شكلها إلى أسهم إسمية، وأسهم لإذن أو لأمر، وأسهم لحاملها، وهو ما سنتناوله بالتفصيل فى ثلاثة مطالب على النحو التالى:

**المطلب الأول: الأسهم الإسمية.**

**المطلب الثانى: الأسهم لإذن أو لأمر.**

**المطلب الثالث: الأسهم لحاملها.**

## □ المطلب الأول

### الأسهم الإسمية - Actions Nominatives

يقصد بالأسهم الإسمية: هى تلك الصكوك التى تثبت ملكيتها للمساهمين أو للمساهمين، حيث يتم إدراج اسم المساهم أو أسماء المساهمين على السهم نفسه، ويقيد فى سجل خاص يودع فى المركز الرئيسى للشركة، ويقيد فى هذا السجل بيانات الشريك (أى المساهم)، كاسمه ولقبه وصناعته وموطنه وجنسيته، ورقم السهم، ونوع الشركة وعنوانها، ورأس مالها، ومركزها الرئيسى، كما يقيد فى هذا السجل أيضاً عمليات التنازل والتصرفات التى تمت وتاريخ حدوثها.

ويتسلم المساهم صك السهم الاسمى مبيناً به البيانات السالف ذكرها، وتثبت ملكية السهم الاسمى بقيده فى دفاتر الشركة، كما أن التنازل عنه يكون أيضاً بالقيد فى الدفاتر المذكورة<sup>(١)</sup>، حيث يتم

---

(١) انظر فى هذا د/نادية محمد معوض- الشركات التجارية- مرجع سابق- ص ٣٠٥، وأيضاً د/فايز نعيم رضوان، ود/ نجيب بكير، ود/نادية محمد معوض- الوجيز فى القانون التجارى- مرجع سابق- ص ٣٧١، ود/أحمد محمد محرز- القانون التجارى- الجزء الأول، المقدمات- الأعمال التجارية- التاجر- المحل التجارى- الملكية الصناعية- الشركات التجارية سنة ١٩٨٦م، ١٩٨٧م- بدون دار

تداوله عن طريق القيد فى السجل المخصص لذلك فى الشركة وهو ما يسمى بـ (سجل الملكية) وذلك بناءً على إقرار يقدم إلى الشركة يتضمن اتفاق المتنازل والمتنازل إليه على التنازل، ويتم التأشير فى سجل الشركة بما يفيد التنازل وكذلك على السهم ذاته، وقد نظمت اللائحة التنفيذية إجراءات قيد التصرفات التى ترد على الأسهم الإسمية، وكيفية إعداد سجلات الملكية التى تقيد بها هذه التصرفات<sup>(١)</sup>.

وهذا النوع من الأسهم يحقق العديد من المزايا التى تتمثل فيما يلى:

- ١- أنه يضمن للمساهم تأمينه من خطر ضياع السهم أو سرقة، حيث سيكون حقه مثبتاً فى دفاتر الشركة.
- ٢- أنه يسهل دعوة المساهم للاشتراك فى الجمعيات العامة والمطالبة بدفع المبالغ المستحقة<sup>(٢)</sup>.
- ٣- أن الدولة تستطيع مراقبة شركات المساهمة وتحقق من صفة مالكي الأسهم والمتنازل إليهم وتقطع السبيل على وقوع الأسهم فى يد أجنبى.
- ٤- أنها تحمى المدخرين من كل العيوب الخفية التى قد تكون فى علاقة المتنازل مع الشركة<sup>(٣)</sup>.

=

نشر- بند رقم ٣٠٠، ص ٦٣٣.

(١) انظر فى هذا د/محمد فهمى الجوهري- محاضرات فى الشركات التجارية- بدون تاريخ نشر، وبدون دار نشر- ص ٢٨١.

(٢) انظر فى هذا د/نادية محمد معوض- الشركات التجارية- مرجع سابق- ص ٣٠٥، وأيضاً د/فايز نعيم رضوان وآخرون- الوجيز فى القانون التجارى- مرجع سابق- ص ٤٧١.

(٣) انظر فى هذا د/أحمد محمد محرز- القانون التجارى- مرجع سابق- بند رقم ٣٠٠- ص ٦٣٤، وأيضاً د/أبوزيد رضوان، ود/رضا السيد عبد الحميد، القانون التجارى- مرجع سابق- بند رقم ٩٨- ص ٣٥٧، ٣٥٨، وأيضاً د/أكرم عبدالقادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٢٨، وأيضاً د/فوزى محمد سامى- الشركات التجارية- مرجع سابق- ص ٢٩١.

ووفقاً لنصوص التشريع المصرى فقد نصت المادة ٣١ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م، والمادة ١١٩ من اللائحة التنفيذية على أن يقسم رأس مال الشركة المساهمة إلى أسهم إسمية متساوية القيمة. كما أن الأسهم الإسمية معروفة فى العديد من التشريعات العربية<sup>(١)</sup>، بل هى الوحيدة المأخوذة بها من قبل بعض التشريعات والوحيدة المتعارف عليها فى إنجلترا<sup>(٢)</sup>.

وهكذا يتضح لنا أن هناك اتجاهاً عاماً لتفضيل الأسهم الإسمية، وأن الدول الأنجلوسكسونية لا تعرف غيرها من الناحية العملية، وإن كانت هناك رغبة من المساهمين فى إخفاء ما يملكونه من أسهم وفى التخلص من القيود والتعقيدات الناشئة عن ملكية الأسهم الإسمية- وعلى وجه الخصوص فى نقل ملكيتها- وهو ما أدى إلى انتشار الأسهم لحاملها فى دول أوروبا القارية<sup>(٣)</sup>.

أما عن الحكم الشرعى لهذا النوع من الأسهم:

فهو أن هذه الأسهم الإسمية لا خلاف فى جوازها، لأنها صكوك تحمل اسم صاحب السهم، وتثبت ملكيته لها، وفى ذلك حفظ للحقوق، وهذا هو الأصل فى الشركة شرعاً.

وأيضاً فيه حفظ لمصلحة الشركات وحماية لها من النزاع أو الضياع، وفى حالة فقدان السهم بفقد صك الملكية فإنه يجب إخطار الشركة المصدرة له لتقوم بإخبار وإبلاغ بورصة الأوراق المالية بذلك<sup>(٤)</sup>.

---

(١) كما هو الحال فى كل من سوريا والعراق والكويت والبحرين وقطر والإمارات العربية المتحدة، حيث يستلزم القانون فى هذه الدول أن تكون الأسهم إسمية، والأمر كذلك فى الأردن بالنسبة للشركة المساهمة العامة (المادة ٩٥/أ من قانون الشركات الأردنى سنة ١٩٩٧م)، انظر فى هذا د/أكرم عبدالقادر ياملكى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٢٧.

(٢) انظر فى هذا د/أكرم عبدالقادر ياملكى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٢٧.

(٣) انظر فى هذا د/أكرم عبدالقادر ياملكى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٢٨.

(٤) انظر فى هذا د/السيد حافظ خليل السخاوى- البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر- مرجع سابق- ص ٣٥١، وأيضاً د/محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية- رؤية شرعية

## □ المطلب الثانى

### الأسهم لإذن أو لأمر - Actions á Ordre

يقصد بالأسهم لإذن أو لأمر: هى تلك الأسهم التى تصدر لإذن أو لأمر شخص معين، أى أنها تتضمن اسم المساهم بالإضافة إلى شرط الإذن أو الأمر، وبالتالي فإن تداولها يكون بطريق التظهير، ويعتبر المظهر إليه الأخير هو صاحب الحق فى السهم تجاه الشركة، وهذه الأسهم أكثر ضماناً من الأسهم التى لحاملها<sup>(١)</sup>.

حيث يقوم مالکها عند التنازل عنها بتظهيرها بالكتابة على ظهر الصك بما يفيد نقل ملكيتها كالسندات التجارية دون حاجة إلى الرجوع إلى الشركة، لذلك وجب أن تكون الأسهم الإذنية كاملة الوفاء، أى تم سداد كامل قيمتها، وهذا النوع من الأسهم غير منصوص عليه فى القانون المصرى<sup>(٢)</sup>.

ويتفق مع التشريع المصرى فى عدم إجازة هذا النوع من الأسهم العديد من التشريعات كالتشريع الفرنسى والبرازيلى اللذين لا يعرفان سوى الأسهم الإسمية والأسهم لحاملها، ولا تسمح بإصدار أسهم إذنية، والأمر كذلك فى التشريع الإيطالى على الرغم من إمكانية نقل ملكية الأسهم الإسمية فيه عن طريق التظهير<sup>(٣)</sup>، لأن ذلك لا يعدو كونه وسيلة لنقل الأسهم الإسمية التى

---

فى ضوء الفقه الإسلامى- مرجع سابق- ص ٨٧، وأيضاً د/عبدالعزیز الخياط- الشركات فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى- ج ٢- مرجع سابق- ص ٢٢٠، وأيضاً د/محمد عبدالغفار الشریف، بحوث فقهية معاصرة- مرجع سابق- ص ٨٠، ٨١.

(١) انظر فى هذا د/أحمد محمد محرز- القانون التجارى- مرجع سابق- بند رقم ٣٠٢- ص ٦٣٤، وأيضاً د/نادية محمد معوض- الشركات التجارية- مرجع سابق- ص ٣٠٧، وأيضاً د/فايز نعيم رضوان وآخرون- الوجيز فى القانون التجارى- مرجع سابق- ص ٤٧٣. وإن كان الأخيران يريان أن هذا النوع من الأسهم يتعرض لنفس المخاطر التى تتعرض لها الأسهم لحاملها.

(٢) انظر فى هذا د/أحمد محمد محرز- القانون التجارى- مرجع سابق- بند رقم ٣٠٢- ص ٦٣٤.

(٣) المادة ٢٠٢٣ من القانون المدنى الإيطالى.

بخلاف الأسهم لأمر لا يعتبر تظهيرها نقلاً للملكية تجاه الغير إن لم يكن هذا التظهير مصحوباً بالتسجيل فى سجل الشركات<sup>(١)</sup>.

- أما فى التشريع الأمريكى فإن الأسهم يجوز نقل ملكيتها بالتظهير، إذ أن قانون انتقال الأسهم الموحد Uniform Stock Transfer قانون الشركة ما يشبه الأوراق التجارية بالنسبة لطريقة انتقالها، وإن كان من الجائز وفق المواد ١، ٢، ٣ من القانون المذكور إخضاع انتقال الأسهم إلى التسجيل فى سجل الشركة وعندئذ لا يعتد بالانتقال إلا بعد هذا التسجيل، ولكن من المتفق عليه أنه ليس للشركة الامتناع عن تسجيل الانتقال إذا كان جارياً وفقاً للقانون، ولذلك فإنه وإن كانت أسهم الشركات فى التشريع الأمريكى لا تعتبر أوراقاً تجارية بالمعنى المقرر لهذا المصطلح قانوناً فإن هذه الأسهم تقترب كثيراً من الأوراق المذكورة، وأصبحت لذلك تسمى بالأوراق شبه القابلة للتداول Quasi negotiable instruments أى الأوراق شبه التجارية<sup>(٢)</sup>.

وعلى النقيض من ذلك فإنه يمكن أن يستنتج إمكانية إصدار مثل هذه الأسهم وإن كان ذلك نادراً فى الواقع العملى فى العديد من التشريعات الأخرى كالتشريع اللبنانى وتشريعات بعض دول أمريكا الجنوبية كالأرجنتين وباراجواى وشيلي، حيث تنص هذه التشريعات على قابلية الأسهم للتداول بمجرد تظهيرها أو نصها على ما يسمى الأسهم لأمر. وبالمقابل لذلك يرى الفقهاء فى الدول التى لم يرد فى قوانينها نص بذلك ومنها بلجيكا والمكسيك أنه ليس هناك ما يثبت إمكانية إصدار الأسهم لأمر<sup>(٣)</sup>.

---

(١) قارن فى هذا د/فوزى محمد سامى- الشركات التجارية- مرجع سابق- ص ٢٩١.

(٢) انظر فى هذا: LEPARGNEUR: "Les Sociétés commerciales aux Etats-Unis d'amerique" Paris 1951, P.195.

مشار إليه ببحث د/أكرم عبدالقادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- هامش رقم ١٢- ص ٢٣٠.

(٣) انظر فى هذا: FREDERICQ: "Traite de droit commercial", Op. Cit., P. 524.

- أما فى ألمانيا فإن الأسهم المعروفة فيها باسم (الأسهم بالإسم) لا تعتبر أسهماً إسمية بالمعنى المعروف عادة عن الكلمة كما هو مشاع عنها خطأ، بل تعتبر أسهماً لأمر خاضعة للأحكام نفسها التى يخضع لها سند السحب أو السند لأمر، حيث تحيل المادة ٦١ من قانون الشركات بالأسهم الألمانى فى ذلك إلى المواد ١١، ١٣، ١٦ من قانون الأوراق التجارية. والواقع أن هذه (الأسهم بالإسم) شبيهة إلى حد كبير بالأسهم الإسمية فى القانون الفرنسى، وعلى الرغم من أن التسجيل لا يعتبر ضرورياً لنقل ملكيتها تجاه الغير فإن الشخص المدون اسمه فى سجل الشركة هو وحده الذى يعتبر مساهماً تجاه الشركة كما نصت على ذلك المادة ٣/٦٢ من قانون الشركات بالأسهم نفسه.

- أما فى سويسرا فإنه وفقاً لنص المادة ٦٨٤ من تقنين الالتزامات السويسرى تعتبر الأسهم الإسمية بمنزلة أسهم لأمر، حيث يمكن نقل ملكيتها بتسليمها مظهرة إلى مشتريها، إضافة إلى إمكانية نقل ملكيتها عن طريق التنازل العادى عنها (المادة ١٦٤ من التقنين نفسه) كما هو فى نقل الدين أو حوالة الدين، إلا أن الشركة المشتري أو المتنازل له لا تعتبر مساهماً فى هاتين الحالتين إلا إذا كان مسجلاً فى سجل المساهمين (المادة ٦٨٥)، ثم إن نظام الشركة قد يتضمن قيوداً فى انتقالها من شأنها تغيير طبيعتها (المادة ٦٧٧) أى تحويلها إلى أسهم إسمية أو لأمر بحسب الأحوال.

وإذا تركنا القانون الألمانى الذى يعتبر السهم بالإسم بالنص الصريح سنداً لأمر، أى سهماً لأمر فإن القانون المقارن يدلنا على أن السهم لأمر فى معظم القوانين المعروفة فيها هذا النوع من الأسهم لا يعتبر نوعاً خاصاً من الأسهم بل يعتبر نوعاً معيناً من الأسهم الإسمية، أى أسهماً إسمية يمكن نقلها

---

مشار إليه ببحث د/أكرم عبدالقادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- هامش رقم ١٣- ص ٢٣٠.

قانوناً عن طريق التظهير، فى حين أن العديد من الدول لا تعرف هذا النوع من الأسهم أصلاً، ولا يبدو أن هناك ضرورة لوجوده<sup>(١)</sup>.

أما عن حكم هذا النوع من الأسهم فى الفقه الإسلامى:

فقد ذهب جمهور الفقهاء المعاصرين إلى أن الأسهم لإذن أو لأمر جائزة شرعاً، سواء كان تداولها بعوض كالبيع، أو بغير عوض كالهبة، ولا شىء فيه وذلك للأسباب الآتية:

- ١- أن الجهالة منتفية بمعرفة الشريك، ولا تفضى إلى منازعة أو ضرر.
- ٢- أن باقى الشركاء قد ارتضوا شركة الثانى بموافقتهم على نظام الشركة الذى يبيح ذلك، والمؤمنون عند شروطهم.
- ٣- أن قلة تداول هذا النوع من الأسهم لا يمنع من شرعية جوازه، إذ أنه فى حقيقته نقل للملكية الأسهم وتنازل من الشريك الأول عما يمثله هذا السهم فى أموال الشركة للشريك الثانى<sup>(٢)</sup>.

### □ المطلب الثالث

#### الأسهم لحاملها - Actions au Porteur

يقصد بالأسهم لحاملها: هى تلك الصكوك التى تدون فيها جميع بيانات الأسهم الإسمية فيما عدا اسم المساهم، ويعتبر حاملها فى نظر الشركة هو مالکها، فبمجرد الحيازة المادية للسهم يكون الحائز مالکاً له دون اشتراط إجراء آخر، ولذلك تطبق فى شأنه قاعدة (الحيازة فى المنقول سند الملكية)، وبالتالى فإنه يعتبر من الناحية القانونية من قبيل المنقولات المادية، ويتم تداول هذه

---

(١) انظر فى هذا د/أكرم عبدالقادر ياملكى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٢٨ وما بعدها.

(٢) انظر فى هذا د/عبدالعزیز الخياط- الشركات فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى- ج ٢- مرجع سابق- ص ٢٢١، ٢٢٢، وايضاً د/محمد عبدالغفار الشريف- بحوث فقهية معاصرة- مرجع سابق- ص ٨١، وايضاً د/السيد حافظ خليل السخاوى- البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر ٠ مرجع سابق- ص ٣٥٨، وايضاً د/محمد فتح الله النشار، التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية. رؤية شرعية فى ضوء الفقه الإسلامى- مرجع سابق- ص ٩١، ٩٢.



الأسهم بالتسليم أو المناولة اليدوية<sup>(١)</sup>، وهى تشتمل على العديد من المخاطر التى يمكن إيجازها فيما يلى:

١- أنها تعرض حاملها للمخاطر نظراً لما قد تتعرض له هذه الأسهم من إمكانية ضياعها أو سرقتها، حيث يستطيع من يعثر عليها أن يتصرف فيها إلى الغير حسن النية الذى يستطيع بدوره أن يتمسك بقاعدة (الحيازة فى المنقول سند الحائز).

٢- أن تداول الأسهم لحاملها يتم بعيداً عن رقابة الشركة ودون أية بيانات فى سجل بيانات الأسهم فى الشركة، وبالتالي فإن تداولها قد يخل بالنسبة التى حددها القانون للملكية المواطنين فى رأس مال شركات المساهمة<sup>(٢)</sup>.

وقد ترتب على هذه المخاطر اختلاف موقف التشريعات الوضعية ما بين مانع ومجيز لإصدارها، ففى قانون الشركات المصرى رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م نصت المادة ١/٣١ منه على أن (يقسم رأس مال الشركة إلى أسهم إسمية متساوية القيمة)، وقد تم استبدال هذا النص فى ظل القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨م حيث نصت المادة ١/٣١ من المادة الأولى منه على أن (تنظم اللائحة التنفيذية إجراءات نشر عقد الشركة ونظامها بالوقائع المصرية أو بالنشرة الخاصة التى تصدر لهذا الغرض أو بغير ذلك من الطرق).

ونرى أن هذا النص قد جاء ليكون متماشياً مع ما أجازته المادة الأولى من القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م بشأن قانون سوق المال لشركة المساهمة من إصدار أسهم لحاملها فى الحدود ووفقاً للشروط والأوضاع والإجراءات التى

---

(١) انظر فى هذا د/أحمد محمد محرز- القانون التجارى- مرجع سابق- بند رقم ٣٠١- ص ٦٣٤.  
(٢) انظر فى هذا د/نادية محمد معوض- الشركات التجارية- مرجع سابق- ص ٣٠٦، وأيضاً د/فايز نعيم رضوان وآخرون- الوجيز فى القانون التجارى- مرجع سابق- ص ٤٧٢.

تبينها اللائحة التنفيذية، إلا أن هذه المادة حرمت صاحب الأسهم لحاملها من الحق فى التصويت فى الجمعيات العامة<sup>(١)</sup>.

ولا شك أن النص على حرمان الأسهم لحاملها من الحق فى التصويت فى الجمعية العامة للشركة يقوض واحداً من الأركان الأساسية التقليدية لقانون شركات المساهمة والذى يقوم على اعتبار الحق فى التصويت من الحقوق الأساسية التى لا يجوز المساس بها.

والواقع أن الحق فى التصويت هو ركن أساسى فى النظام القانونى لشركات المساهمة، وبغيره يفقد هذا النظام أحد عناصر توازنه الرئيسية، ثم إن تطبيق هذا الحكم من شأنه أن يثير العديد من الصعوبات فيما يتعلق بكيفية احتساب نصاب الحضور اللازم لصحة اجتماعات الجمعية العامة، بالإضافة إلى صعوبة اكتمال هذا النصاب فى بعض الأحيان، باعتبار أن الأسهم لحاملها تمثل بالضرورة جزءاً من رأس المال، وتدخل بالضرورة فى حساب النصاب عندما تشترط حضور مساهمين يمثلون نسبة معينة من رأس المال.

والواقع أن نظام الأسهم لحاملها بشكلها الحالى، بالإضافة إلى نظام الأسهم الممتازة ذات الأصوات المتعددة تساهم بشكل حاسم فى هدم ما تبقى من مظاهر الديمقراطية فى شركة المساهمة، تدعم ظاهرة سيطرة الأقلية على مقادير شركات المساهمة، فى الوقت الذى لا يأخذ فيه القانون الوضعى بعين الاعتبار وجود هذه الظاهرة ولا يترتب عليها أية نتائج قانونية<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا د/نادية محمد معوض- الشركات التجارية- مرجع سابق- ص ٣٠٦، ٣٠٧، وأيضاً د/فايز نعيم رضوان وآخرون- الوجيز فى القانون التجارى- مرجع سابق- ص ٤٧٢، ٤٧٣، وأيضاً د/أكرم عبد القادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٣١.

(٢) انظر فى هذا د/حسام عيسى، ود/إبراهيم شلى- التنظيم القانونى لشركات المساهمة طبقاً لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م المعدل بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨م- طبعة سنة ٢٠٠٠، ٢٠٠١م- بدون دار نشر- بند رقم ٥١٩- ص ٢٢٨، ٢٢٩.

ومن التشريعات الأجنبية التى تتفق مع التشريع المصرى فى إجازة إصدار الأسهم لحاملها على الرغم من ندرتها عملياً بسبب ما نص عليه مرسوم صادر بتاريخ ١٩/٩/١٩٣٦م التشريع الأسبانى، حيث نص المرسوم المذكور على عدم إمكان نقل ملكيتها إلا بتوسط صراف أو كاتب عدل، وكذلك الأمر فى شيلي حيث إن الأسهم لحاملها رغم سماح القانون بإصدارها لا يكاد يكون لها وجود فى الحياة العملية بسبب الموقف المعادى الذى اتخذته اللجنة العليا المشرفة على الشركات المساهمة فيها وفقاً لقانون صادر بتاريخ ١٩٣٤/٧/٧<sup>(١)</sup>.

كما نصت غالبية القوانين الأوروبية القارية وغير الأوروبية على جواز إصدار الأسهم لحاملها وهى واسعة الانتشار فيها وإن كان يلاحظ وجود اتجاه معاكس ينمو ويتأكد أكثر ضد هذا النوع من الأسهم على وجه العموم. أما التشريعات الأجنبية التى لم تجز إصدار الأسهم لحاملها فتتمثل فى التشريع الإنجليزى والأمريكى والنرويجى والإيطالى واليونانى والسويدي.

ففى إنجلترا: لا يسمح القانون بإصدار أسهم لحاملها To bearer إلا إذا كان نظام الشركة يخولها الحق فى ذلك، وكانت الأسهم محررة (أى مدفوعة القيمة) بالكامل، ومن النادر جداً اللجوء إلى ذلك خصوصاً أن إصدار هذه الأسهم خاضع لإجازة رسمية وفقاً لقانون مراقبة الصرف Exchange Control Act قلما تمنح لشركة، الأمر الذى يفقد هذا النوع من الأسهم أهميته من الناحية العملية.

كما منع إصدار هذا النوع من الأسهم أيضاً التشريع النرويجى بالقانون الصادر فى ١٩٢١/٧/٢٨م، وتبعتها فى ذلك إيطاليا بالقانون الصادر فى ١٩٤٢/٢/٢٩م، فاليونان بالقانون الصادر سنة ١٩٥٠م، كما منع إصدارها كذلك

---

(١) انظر فى هذا: DE SOLA CANIZARES: "Etude sur les Titres emis Par Les sociétés Par actions en droit comparé", Paris 1962, Op. Cit., P. 142.

التشريع السويدي وفقاً للمادة ٣ من قانون سنة ١٩٤٤م ما لم تتم إجازتها بإذن خاص من الملك.

ومن التشريعات العربية التى منعت إصدار مثل هذه الأسهم أيضاً التشريع السورى الصادر سنة ١٩٤٩م والذى اشترط أن تكون الأسهم إسمية، والتشريع الكويتى بالقانون الصادر سنة ١٩٦٠م، والتشريع القطرى بقانونى سنة ١٩٨١م و ٢٠٠٢م، والتشريع البحرى بالقانون الصادر سنة ١٩٧٥م، والتشريع العراقى بقانونى سنة ١٩٨٣م و ١٩٩٧م، والتشريع الإماراتى بالقانون الصادر سنة ١٩٨٤م، والتشريع الأردنى بقانونى سنة ١٩٨٩م و ١٩٩٧م، وإن كان هذا الأخير قد استحدث بقانون التعديل رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢م ما يسمى بـ (الشركة المساهمة الخاصة) والذى أجاز بمقتضاه لهذه الشركة إصدار أية أنواع من الأسهم.

أما التشريع الفرنسى فإنه وإن كان قد منع إصدار الأسهم لحاملها خلال الحرب العالمية الثانية بالقوانين الصادرة فى ١٩٤١/٢/٢م، ٢/١٤، ١٩٤٢/٣/٦م إلى أن تم إلغاؤها فى ١٩٤٩/٧/٥م فإنه قد تبنى فيما بعد نظاماً جديداً يفرق بين الشركات المسعرة والشركات غير المسعرة، فأجاز فى النوع الأول فقط إصدار الأسهم لحاملها بجانب الأسهم الإسمية، بينما لم يجز للنوع الثانى سوى إصدار الأسهم الإسمية فقط.

وقد قيل فى تبرير ذلك أنه (إذا كانت الأسهم للحامل تساعد على التداول بسهولة- وحتى على التملص أو الهروب من الضريبة فى بعض التشريعات- فإن هذا لا يمكن أبداً أن يغطى المزايا الكبرى التى تحيط بالأسهم الإسمية التى تجعل الشركة على علم بهوية المساهمين، وسهولة الاتصال بهم والتعامل معهم، وإخبارهم بالتطور ومسيرة الشركة ودعوتهم فى الوقت الملائم لحضور مداوالت الشركة واجتماعاتها ولتسلم أقساط الأرباح، كما

تساعد الأسهم الإسمية مصلحة الضرائب على معرفة المزمين بأداء الضريبة<sup>(١)</sup>.

أما عن موقف الفقه الإسلامي من إصدار الأسهم لحاملها:  
فقد اختلف الفقهاء المعاصرون في حكم هذا النوع من الأسهم على قولين:

**القول الأول:** يرى أنه لا يجوز إصدار الأسهم لحاملها، حيث يرون أن هذه الأسهم باطلة، ويجب رد قيمتها إلى كل من ساهم فيها أولاً، أو استبدالها بأسهم إسمية، فإذا لم تفعل الشركة ذلك كانت شركة فاسدة<sup>(٢)</sup>.

**القول الثاني:** أنه يجوز إصدار الأسهم لحاملها، كما يجوز تداولها<sup>(٣)</sup>.  
أدلة الرأي الأول القائل بعدم جواز إصدار الأسهم لحاملها:  
وقد استدل أصحاب الرأي الأول القائل بعدم جواز إصدار الأسهم لحاملها بالأدلة الآتية:

١- أن عدم تسجيل اسم المساهم في سجل الشركة قد يؤدي إلى عدم معرفة الشريك، وبالتالي إلى النزاع والخصومة، ولا يمكن أن يتصور

---

(١) انظر في هذا د/أكرم عبدالقادر ياملكي- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٣٠ وما بعدها، وأيضاً د/أحمد شكرى السباعي- الوسيط في القانون التجارى المغربى والمقارن- الجزء السادس- فى شركات الأموال والشركات ذات المسئولية المحدودة- الرباط ص ١٤١، ١٤٢.

(٢) وممن ذهب إلى هذا الرأي الدكتور/عبدالعزیز الخياط الشركات فى ضوء الإسلام- دار السلام- ص ٦٣، ٦٤، والدكتور/محمد عبدالغفار الشريف- بحوث فقهية معاصرة- مرجع سابق- ص ٨١، والدكتور/محمد صبرى هارون- أحكام الأسواق المالية- دار النفائس- الطبعة الأولى سنة ١٩٩٩م ص ٢٢٥، وأيضاً د/الطيب محمد حامد- الأسهم وحكمها الشرعى- بحث منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية بدبي- ص ١٨٩.

(٣) وممن ذهب إلى هذا الرأي مجمع الفقه الإسلامى بشأن الأسواق المالية المنعقد بجدة فى الفترة من ٧: ١٢ ذى القعدة سنة ١٤١٢هـ- الموافق من ٩: ١٤/٥/١٩٩٢م فى دورة مؤتمره السابع- القرار رقم ٦٣، وأيضاً د/وهبة الزحيلي- فقه المعاملات المالية المعاصرة طبعة دار الفكر- الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٢م- ص ٣٧١.

شريعاً أن يجيز الشارع الحكيم أمراً يؤدي إلى النزاع والخصومة، أو الجهالة والغرر.

٢- أن إصدار مثل هذا النوع من الأسهم قد يكون سبباً إلى ضياع الحقوق على أصحابها، حيث إن هذه الأسهم لو ضاعت أو سرقت أو استولى عليها مغتصب فإنه سيصبح هو الشريك في الشركة بغير وجه حق، لأن السهم لحامله، والضرر منهي عنه شريعاً لحديث النبي -ﷺ- (لا ضرر ولا ضرار).

٣- أن إصدار مثل هذا النوع من الأسهم قد يؤدي إلى أن يصبح ناقص الأهلية أو فاقدها شريكاً في الشركة إذا أصبح حائزاً للسهم مع أنه لا يجوز اشتراكه بنفسه، بالإضافة إلى أنه قد يؤدي إلى وجود حصص لا يعرف لها ما لكون عند تصفية الشركة، وذلك في حالة فقد الصك الذي يثبت الحصة أو عدم تقدم أحد وقت التصفية. لكل هذه الاعتبارات وغيرها رجح هذا الجانب من الفقهاء المعاصرين عدم جواز إصدار مثل هذا النوع من الأسهم<sup>(١)</sup>.

أما أدلة الرأي الثاني القائل بجواز إصدار الأسهم لحاملها، وجواز تداولها: فقد استدل أصحاب هذا الرأي بالأدلة الآتية:

١- أن المبيع في السهم لحامله هو حصة شائعة في موجودات الشركة، وأن شهادة السهم هو وثيقة لإثبات هذا الاستحقاق في الحصة، فلا مانع شريعاً من إصدار أسهم في الشركة بهذه الطريقة وتداولها<sup>(٢)</sup>.

٢- أنه إذا كانت هناك جهالة في المشتري يمكن أن تؤدي إلى إضاعة الحقوق إذا ما سرقت أو فقدت هذه الصكوك، إذ تصبح ملكاً لمن يعثر عليها إذا ما

---

(١) انظر في هذا د/محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم في سوق الأوراق المالية- رؤية شرعية في ضوء الفقه الإسلامي-مرجع سابق- ص ٨٨، ٨٩.

(٢) انظر المراجع السابقة.

ضاعت ولغتصبها فى حالة سرقتها اتفاقاً مع القاعدة التى تقول (الحيازة فى المنقول سند الملكية)، فإنه يمكن أن نجيب على ذلك بأنه يمكن ألا يعتبر تداول السهم لحامله إلا فى مكاتب الشركة وبعد التأكد من الشروط المطلوبة بالنسبة لحامل السهم الجديد، ويسجل الإسم ورقم الصك فى دفاتر الشركة، والمتبع عملياً فى السوق المالية هو ضرورة أن تصحب السهم الفاتورة الدالة على شرائه<sup>(١)</sup>.

كما قام أصحاب هذا الرأى القائل بجواز إصدار الأسهم لحاملها بالرد على الدليل الأول القائل بعدم الجواز وهو أن عدم تسجيل اسم المساهم فى سجل الشركة قد يؤدى إلى عدم معرفة الشريك (أو جهالة المساهم فى الأسهم لحاملها)، وبالتالي يؤدى إلى النزاع والخصومة، بأنه إذا كان العنصر الأساسى فى تكوين الشركة هم الشركاء، وأنه لا محل لقيام الشركة بغير الشركاء فمن غير المتصور أن يكون الشركاء مجهولين لا لبعضهم البعض فقط، ولكن حتى للمنظمة التى ينتمون إليها، وتخلو سجلاتها من أسماء مساهميها ومن كل ما يدل عليهم، فالجهالة المحيطة بالمتعاقدين الذين بهم يتم التعاقد، وبهم يتم الإيجاب والقبول، وبهم تكون الشركة أو لا تكون، وبهم يتم تعيين مجلس الإدارة وعزله لا تؤدى إلى نزاع ولا تؤدى إلى فساد العقد لأنها جهالة مسيرة مغتفرة.

كما أجابوا على الدليل الثانى وهو الضرر المترتب بسبب الضياع أو السرقة لصك السهم لحامله بأن معظم القوانين الوضعية قد عالجت هذه المسألة، فالقانون الفرنسى مثلاً يلزم عند فقد السهم لحامله أو سرقة إجراء ما يسمى بالمعارضة، وهى إجراء رسمى يقوم به فاقد السهم أو وكيله يعلن فيه الشركة أو الهيئة التى أصدرت السهم الضائع أو المسروق بواقعة الفقد ويحذرها فى المعارضة من إعطاء أى شخص قيمة السهم أو ما يتصل به من

---

(١) انظر فى هذا د/محمد صبرى هارون- أحكام الأسواق المالية- مرجع سابق- ص ٢٢٤، وأيضاً د/السيد حافظ خليل السخاوى- البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر- مرجع سابق- ص ٣٥٥، ٣٥٦.

حقوق كأرباح وغيرها، ويستتبع هذه المعارضة أمام اتحاد سماسرة السوق نشر أرقام الصكوك فى الصحيفة الرسمية للمعارضات وهو ما يكون عقبة أمام تداول أو نقل لعملية الأسهم<sup>(١)</sup>.

هذا فضلاً عن أن المادة ٩٣٩ من القانون المدنى الكويتى رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠م تنص على أنه (يجوز للمالك المنقول أو السند لحامله أو صاحب الحق العينى، إذا فقد أو سرق منه، أن يسترده ممن يكون حائزاً له بسبب صحيح وحسن نية، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الفقد أو السرقة)<sup>(٢)</sup>.

وهكذا يتضح لنا أن القوانين الوضعية قد حددت طرقاً متعددة لرفع الضرر عن المساهم فى حالة فقدته للأسهم لحاملها<sup>(٣)</sup>.

### الرأى الراجح:

وبعد ذكر أقوال العلماء وأدلتهم ومناقشتها فإنى أرى أن الرأى الراجح هو ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثانى القائل بجواز إصدار وتداول الأسهم لحاملها، لأن الأصل فى العقود الإباحة ما لم يرد نص فى التحريم أو قام دليل عليه. وقد ذهب بعض القانونيين إلى الثناء على هذا النوع من الأسهم (وهى الأسهم لحاملها) بقولهم عنها: (إنها الأداة الرائعة لمبدأ حرية التصرف فى الأسهم فى شركات المساهمة، وأن هذه الأسهم يمكن تداولها بيسر وسهولة إذ يتم التداول إرادياً بمجرد التراضى بين الأطراف، ومع ذلك فقد كشف بعضهم النقاب عن سر إصدار هذا النوع من الأسهم فقالوا إنها تتسم بميزة

---

(١) وقد ذهبت محكمة الاستئناف المختلطة فى مصر فى ١٩٣٤/٤/٨م فى حكم لها إلى أنه إذا ما اتبعت الإجراءات القانونية المتعلقة بالمعارضة لدى الشركة فإنه لا يكون لصاحب السهم الحق فى الحصول على قيمة أسهمه، أو قبض نصيبه من الأرباح التى يدرها إلا بعد خمسة عشر يوماً من تاريخ الاستحقاق. انظر فى هذا د/سمير عبد الحميد رضوان- أسواق الأوراق المالية ودورها فى التنمية الاقتصادية- القاهرة سنة ١٩٩٩م- ص ٣٤٧، وأيضاً د/السيد حافظ خليل السخاوى- البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر- مرجع سابق- ص ٣٥٤، ٣٥٥.

(٢) انظر فى هذا د/سمير عبد الحميد رضوان- أسواق الأوراق المالية ودورها فى التنمية الاقتصادية- مرجع سابق- ص ٣٤٧، ٣٤٨.

(٣) انظر فى هذا د/السيد حافظ خليل السخاوى- البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر- مرجع سابق- ص ٣٥٤، ٣٥٥.



أخرى وهى عنصر الخفاء وهو ما يوفر أكبر قدر من السرية لتوظيف الثروات لأنه كما يقال (الديمقراطية تحب الثروات المستترة)<sup>(١)</sup>.

## □ المبحث الثانى

### تقسيم الأسهم من حيث طبيعة الحصص التى تمثلها

تنقسم الأسهم من حيث الحصص التى تمثلها إلى أسهم نقدية، وأسهم عينية، وأسهم صناعية أو أسهم العمل، وأسهم المؤسسين، وهو ما سنتناوله بالتفصيل فى أربعة مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول: الأسهم النقدية.

المطلب الثانى: الأسهم العينية.

المطلب الثالث: الأسهم الصناعية وأسهم العمل.

المطلب الرابع: أسهم المؤسسين.

---

(١) انظر فى هذا د/ السيد حافظ خليل السخاوى - البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر - المرجع السابق - نفس الموضوع.

## المطلب الأول

### الأسهم النقدية - Actions numeraire ou Action Payante

يقصد بالأسهم النقدية: هى الأسهم التى يكتب فيها المساهم على أن يدفع قيمتها نقداً أو بوسيلة دفع أخرى مقبولة قانوناً ١٠٪ على الأقل من القيمة الإسمية للأسهم النقدية تزداد إلى ٢٥٪ خلال مدة لا تتجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ تأسيس الشركة على أن يسدد باقى هذه القيمة خلال مدة لا تزيد على خمس سنوات من تاريخ تأسيس الشركة على أن يسدد باقى هذه القيمة خلال مدة لا تزيد على خمس سنوات من تاريخ تأسيس الشركة<sup>(١)</sup>.

ويجب أن يتم الوفاء بباقى القيمة الإسمية للأسهم خلال خمس سنوات على الأكثر من تاريخ تأسيس الشركة، فإذا تخلف المساهم عن الوفاء بباقى قيمة الأسهم التى اكتب فيها جاز لمجلس الإدارة أن يقوم ببيع الأسهم لحساب أصحابها وعلى ذمتهم وتحت مسئوليتهم دون حاجة إلى إنذار أو أية إجراءات قانونية أو قضائية، وتستوفى الشركة ما يستحق لها من باقى ثمن البيع وترد الباقى إلى المساهم، أما إذا لم يكف ثمن البيع ما تبقى من الثمن تستطيع الشركة أن ترجع على المساهم فى أمواله الخاصة لاقتضاء المتبقى<sup>(٢)</sup>.

وتعتبر هذه الأسهم النقدية هى الأكثر شيوعاً فى الشركات بالأسهم، ولا يخلو قانون من النص على الأسهم المثلثة لهذه الحصص، وتسمح معظم

---

(١) المادة ٣٢ من المادة الأولى من القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨م والتى حلت محل المادة ٣٢ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة ٣٢ المستبدلة من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م كانت تنص فى فقرتها الثانية على أن (يشترط أن يكون رأس المال المصدر مكتتباً فيه بالكامل وأن يقوم كل مكتتب بأداء الربع على الأقل من القيمة الإسمية للأسهم النقدية، على أن تسدد قيمة الأسهم الإسمية بالكامل خلال مدة لا تزيد على عشر سنوات من تاريخ تأسيس الشركة). انظر فى هذا د/نادية محمد معوض- الشركات التجارية- مرجع سابق- ص ٢٩٧، ٢٩٨.

(٢) انظر فى هذا د/نادية محمد معوض- الشركات التجارية- المرجع السابق- نفس الموضع، ود/فايز نعيم رضوان وآخرون- الوجيز فى القانون التجارى- مرجع سابق- ص ٤٦٤، ٤٦٥.

القوانين بتحرير الأسهم جزئياً بنسبة تمثل الحد الأدنى ابتداءً مع تأجيل دفع بقية قيمتها على أقساط واجبة التسديد خلال مدة معينة، ومقابل هذا التأجيل وتأميناً لجدية العملية تستلزم هذه القوانين عموماً لضمان دفع قيمة الأسهم إيداع المبالغ المستحقة في أحد المصارف أو المؤسسات الائتمانية المماثلة أو لدى كاتب عدل، أو تكتفى بتقرير المسؤولية التضامنية لمؤسسي الشركة<sup>(١)</sup>.

موقف الفقه الإسلامى من الأسهم النقدية:

لا خلاف بين الفقهاء فى جواز الشركة بالأثمان المطلقة التى لا تتعين بالتعيين فى المعاوضات كالنقدين، وفى ذلك يقول الإمام ابن قدامة (ولا خلاف فى أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير، فإنها قيم الأموال، وأثمان البياعات، والناس يشتركون بها من لدن النبى - ﷺ - إلى زماننا من غير نكير)<sup>(٢)</sup>.

وعلى هذا فلا خلاف فى إصدار السهم النقدى والتعامل به<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبدالقادر ياملكى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٣٣.

(٢) انظر فى هذا المغنى لابن قدامة- نشر مكتبة الجمهورية بالقاهرة- ج ٥- ص ١٦.

(٣) انظر فى هذا د/ محمد عبدالغفار الشريف- بحوث فقهية معاصرة- مرجع سابق- ص ٧٩، ٨٠، و د/ السيد حافظ خليل السخاوى، البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر- مرجع سابق- ص ٣٦٠.

## □ المطلب الثاني

### الأسهم العينية Actions d'apport

يقصد بالأسهم العينية: هي تلك الأسهم التي تمثل حصة عينية يلتزم الشريك بتقديمها للشركة، يستوى في ذلك أن تكون هذه الحصة عقاراً أو منقولاً، ومن أمثلة الحصص العينية (قطعة أرض مقام عليها منشآت الشركة، أو مبنى بأكمله تستوفيه الشركة لإدارتها)، ومن الحصص العينية أيضاً (المنقولات المادية كالسيارات والبضائع، أو المنقولات المعنوية كبراءة اختراع أو نموذج صناعي)، وتدخل هذه الحصص العينية إلى جانب الحصص النقدية في تكوين رأس مال الشركة<sup>(١)</sup>.

وتجيز غالبية التشريعات تقديم الحصص العينية، وتسمى الأسهم التي تمنح في مقابلها بالأسهم العينية، وإن كانت هناك العديد من هذه التشريعات تنظر إليها نظرة عدم ارتياح فتحيط تقديمها ببعض القيود أو التحفظات أو تخضعه لإجراءات صارمة لضمان جدية التقديم والحيولة دون صوريته أو الغش فيه محافظة على مصالح جميع الأطراف المعنية<sup>(٢)</sup>.

كما أن هناك بعض التشريعات لا تسمح بإصدار الأسهم العينية إلا بعد تردد كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية التي لا يجيز تشريعها إصدار هذا النوع من الأسهم إلى أن أصدرت ولاية نيويورك سنة ١٨٧٥م قانوناً أجازت فيه إصدارها، وهو ما يعد خطوة مهمة إلى الأمام في تطوير الشركات المساهمة الأمريكية.

---

(١) انظر في هذا د/ أحمد محمد محرز- القانون التجاري- مرجع سابق - بند رقم ٣٠٤- ص ٦٣٥، ٦٣٦.  
(٢) انظر في هذا د/ محمد فريد العريني- الشركات التجارية- الإسكندرية سنة ٢٠٠٢م- بند رقم ٢١١- ص ٢٧٢، وأيضاً د/ محمد فريد العريني ود/ محمد السيد الفقي- القانون التجاري- الأعمال التجارية- التجار- الشركات التجارية- بيروت ٢٠٠٢م - بند رقم ٢٧٤، ص ٤٧٩، وأيضاً د/ فوزي محمد سامي- الشركات التجارية- مرجع سابق- ص ٢٩١ وما بعدها، ود/ عبد العزيز العكيلي- شرح القانون التجاري- ج٤- الشركات التجارية - عمان سنة ١٩٩٨م- ص ٢٣٣، ٢٣٤، ود/ إلياس ناصف الكامل- قانون التجارة - الشركات التجارية- ج٢- الطبعة الثانية- بيروت سنة ١٩٩٢م- ص ٢٣٦، ٢٥١.

- أما فيما يتعلق بتداول الأسهم العينية فهناك بعض القوانين التى تقضى بتقييد حق المساهمين فى تداول هذه الأسهم لفترة من الزمن لا تقل عن سنتين من تاريخ إصدارها، كما هو الحال فى فرنسا بلجيكا ولوكسمبورج وموناكو وشيلي.

- وفى ذلك نصت المادة ٨٩ من قانون التجارة اللبنانى لسنة ١٩٤٢م على أنه (يجب أن تبقى هذه الأسهم إسمية... ولا تصبح قابلة للتداول إلا بعد أن توافق الجمعية العمومية على حسابات السنة الثانية للشركة)<sup>(١)</sup>، جرياً على ما نصت عليه المادة الثالثة من قانون الشركات التجارية الفرنسى سنة ١٨٦٧م التى نصت على عدم جواز تداول هذه الأسهم إلا بعد مرور سنتين على تأسيس الشركة نهائياً، وإن كان القضاء الفرنسى قد استقر اجتهاده على أن منع التداول هذا لا يمنع انتقال الأسهم بالحوالة المدنية المتضمنة قبول الشركة أو تبليغها ومن ثم انتفاء المخاطر المحتملة فى حالة تداول الأسهم بغير هذه الطريقة<sup>(٢)</sup>.

- وهو ما نص عليه المشرع التونسى فى المادة ٣١٨ من مجلة الشركات التجارية الصادرة سنة ٢٠٠٠م، وما نص عليه المشرع المصرى فى قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م حيث حظرت المادة ٤٥ منه تداول الأسهم العينية إلا بعد نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنتين كاملتين لا تقل كل منهما عن اثنى عشر شهرا من تاريخ تأسيس الشركة، وعلى ذلك فإن الأسهم العينية تعتبر غير قابلة للتداول خلال فترة السنتين من تاريخ تأسيس الشركة، ويكون التداول على خلاف هذا الحظر باطلاً بقوة القانون، ولكل ذى شأن التمسك به، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، فضلاً عن الجزاء الجنائى المقرر فى المادة ١٦٣ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م وهو الغرامة

---

(١) انظر فى هذا د/ إلياس ناصف الكامل- قانون التجارة- مرجع سابق- ص ٢٣٦، ٢٥١.  
(٢) انظر فى هذا د/ أحمد شكرى السباعى - الوسيط فى القانون التجارى المغربى والمقارن- مرجع سابق- هامش رقم ٣٨- ص ٥٠، وأيضاً د/ أكرم عبدالقادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق ص ٢٣٣ وما بعدها.

التي لا تقل عن ألفى جنيه ولا تزيد عن عشرة آلاف جنيه، ويضاعف هذا الجزء في حالة العود.

والحكمة من هذا القيد هي الخشية من أن يتمكن أصحاب الأسهم العينية من الفوز بتقويم زائف للحصص العينية، فإذا سمح لهم بالتنازل عنها فور تأسيس الشركة بقيمتها غير الحقيقية فإنهم سيحصلون بذلك على أرباح غير مشروعة<sup>(١)</sup>، وبالتالي فإن الحكمة من هذا الحظر هي التأكد من مطابقة تقويم هذه الحصص العينية للحقيقة بعيداً عن المبالغة والأهم من كل ذلك أن القوانين تخضع تقدير الحصص العينية لإجراءات صارمة ودقيقة منعاً لأي تحايل، ويمر تقويم هذا الحصص العينية بعدة مراحل نلخصها فيما يلي:-

١- يقوم المؤسسون بعمل تقدير مبدئي للحصص العينية المقدمة منهم أو من بعضهم، وفي هذا الشأن تنص المادة ٢٦ من اللائحة التنفيذية على أنه (إذا دخل في تكوين رأس مال شركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم، أو عند زيادة رأس مال شركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم، حصص عينية- مادية كانت أو معنوية- فيقوم المؤسسون بإجراء تقدير مبدئي لهذه الحصص العينية، ولهم أن يستعينوا في ذلك بأهل الخبرة من المحاسبين أو الفنيين أو غيرهم بعد اطلاعهم على كافة الوثائق المتعلقة بتلك الحصص.

٢- يقوم المؤسسون بعد التوقيع على العقد الابتدائي وقبل انتهاء الموعد المحدد لقفل باب الاكتتاب في الأسهم النقدية بوقت كاف بتقديم طلب إلى الهيئة العامة لسوق المال لكي تتولى التحقق مما إذا كانت الحصص العينية قد قومت تقويماً صحيحاً أم لا، ويذكر في الطلب

---

(١) انظر في هذا د/ فايز نعيم رضوان وآخرون- الوجيز في القانون التجاري- مرجع سابق- ص ٤٧٥، ٤٧٦، وأيضاً د/ نادية محمد معوض- الشركات التجارية- مرجع سابق- ص ٣١١-٣١٢.

كافة البيانات والحقائق المتعلقة بالحصة العينية المطلوب تقدير قيمتها مع بيان اسم الشريك أو الشركاء الذين قدموها، ويرفق بالطلب صورة من العقد الابتدائي للشركة ومشروع نظامها، والتقدير المبدئي الذى تم تحديده لقيمة هذه الحصة بمعرفة المؤسسين.

٣- يحال الطلب المقدم من المؤسسين إلى لجنة تشكل بالهيئة العامة لسوق المال بقرار من الوزير المختص بناء على اقتراح رئيس الهيئة، ويرأس هذه اللجنة مستشار بإحدى الهيئات، القضائية يتم ندبه بناءً على طلب الوزير، وعضوية اثنين على الأقل وأربعة على الأكثر من الخبراء فى التخصصات الاقتصادية والمحاسبية والقانونية والفنية، وذلك بحسب طبيعة الحصة العينية المطلوب تقييمها.

ويضم إلى عضوية اللجنة ممثلون عن وزارة المالية وبنك الاستثمار القومى، وذلك فى حالة ما إذا كانت الحصة العينية مملوكة للدولة أو لإحدى الهيئات العامة أو شركات القطاع العام.

وتنظر اللجنة طلبات تقدير قيمة الحصص العينية التى تحال إليها على وجه السرعة، وفى جميع الأحوال تقدم اللجنة تقريرها فى مدة أقصاها ستون يوماً من تاريخ إحالة الأوراق إليها.

وتعد اللجنة تقريراً عن عملها، ويجب أن يشمل هذا التقرير على بيان دقيق للحصة العينية، والتقدير الأولى الذى أعده المؤسسون عن قيمتها، والأسس التى بنى عليها هذا التقرير، ورأى اللجنة فى هذا التقدير، والأسس التى استندت إليها فى تقديرها، وكافة البيانات الأخرى التى ترى اللجنة لزوم إدراجها بالتقرير.

٤- يقوم المؤسسون بتوزيع تقرير اللجنة على المكتبين أعضاء الجمعية التأسيسية، وكذلك على الجهاز المركزى للمحاسبات إذا كانت الحصة العينية مملوكة للدولة أو لإحدى الهيئات العامة أو شركات القطاع العام، وذلك قبل اجتماع الجمعية التأسيسية للشركة بأسبوعين على الأقل.

ويتم التوزيع بإرسال نسخه من التقرير إلى أصحاب الشأن بكتاب موصى عليه على عناوينهم المبينة بنشرة الاكتتاب، أو إيداع التقرير في المقر المحدد للشركة والإعلان عن ذلك في الصحف مع تسليم نسخه منه إلى كل مكتب يطلبه.

٥- تتولى الجمعية التأسيسية إقرار تقرير الحصص العينية<sup>(١)</sup>.

كما أن تقدير هذه الحصص العينية يتم تقدير قيمتها بواسطة الأجهزة الإدارية الحكومية أو اللجان الرسمية في كل من اليونان وكولومبيا وشيلي والإمارات العربية المتحدة والعراق.

أو عن طريق لجان خاصة في كل من ألمانيا وفرنسا وإيطاليا وتركيا والبرازيل في كل الأحوال، أو عند طلب أحد المساهمين في كل من إسبانيا وفنزويلا.

أو بواسطة خبراء مختصين تحت إشراف المحكمة في سوريا ولبنان والكويت واليابان.

في حين أن هناك عدداً من القوانين لا يخضع تقدير هذه الحصص العينية لأية قيود أو إجراءات خاصة كالقانون البلجيكي وبعض قوانين أمريكا الجنوبية<sup>(٢)</sup>.

أما عن موقف الفقه الإسلامي من الأسهم العينية:

فيجب أن نشير بداءة إلى أن الأسهم العينية يقابلها في الفقه الإسلامي اصطلاح (الاشتراك بالعروض)<sup>(٣)</sup>، وانعقاد الشركة بالعروض اختلف الفقهاء في جوازه على ثلاثة أقوال على النحو التالي:

---

(١) انظر في هذا د/ حسام عيسى، ود/ إبراهيم شلبي- التنظيم القانوني لشركات المساهمة طبقاً لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٨م، والمعدل بالقانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٨م- طبعة سنة ٢٠٠٠، ٢٠٠١م- بدون دار نشر ص ١٤٩ وما بعدها.

(٢) انظر في هذا د/ أكرم عبدالقادر ياملكي- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق - ص ٢٣٣ وما بعدها.

(٣) يقصد بالعرض- بفتح العين وسكون الراء- المتاع، وكل شئ عرض إلا الدراهم والدنانير فإنها عين،



القول الأول: هو عدم جواز الشركة بالعروض مطلقاً، سواء كانت من الطرفين أو من طرف واحد بحيث يعطى أحدهما العرض والآخر النقد. وهو ما ذهب إليه الإمام أو حنيفة وأبو يوسف<sup>(١)</sup>، والحنابلة فى ظاهر المذهب<sup>(٢)</sup>.

القول الثانى: هو صحة الشركة بالمثلثات من العروض كالحبوب وغيرها، وهذا هو رأى الراجح عند الشافعية<sup>(٣)</sup>، وبه قال محمد بن الحسن من الحنفية<sup>(٤)</sup>.

القول الثالث: هو جواز الشركة بالعروض مطلقاً، أى سواء اتفقت جنساً أم اختلفت، حيث تنعقد الشركة بقيمتها يوم تأسيسها، وهو ما ذهب إليه المالكية<sup>(٥)</sup> والحنابلة فى إحدى الروايتين عن أحمد اختارها أبو بكر الخلال، وأبو الخطاب، وابن تيمية<sup>(٦)</sup>، وبه قال ابن أبى ليلى وبه قال فى المضاربة طاووس، والأوزاعى، وحماد بن أبى سليمان. أدلة الرأى الأول القائل بعدم جواز الشركة بالعروض مطلقاً:

- 
- انظر فى هذا مختار الصحاح لزين الدين محمد بن أبى بكر بن عبدالقادر الرازى- طبعة مؤسسة الرسالة- الطبعة السابعة سنة ١٤١٨ هـ ١٩٩٨ م- ص ٤٢٤.
- (١) انظر فى هذا حاشية ابن عابدين -رد المحتار على الدر المختار - طبعة دار إحياء التراث العربى ببيروت- الطبعة الثانية ١٤١٧ هـ ١٩٨٧ م- ج ٣/ ص ٣٤٠.
- (٢) انظر فى هذا المغنى- لموفق الدين أبى محمد عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسى- الطبعة الأولى سنة ١٤١٠ هـ ١٩٩٠- ج ٧ - ص ١٢٣.
- (٣) انظر فى هذا فتح العزيز شرح الوجيز- لأبى القاسم عبدالكريم بن محمد الرافعى- مطبوع مع المجموع للنووى- وتكملته للسبكي، المكتبة السلفية بالمدينة المنورة، طبعة مطبعة التضامن الأخوى بالقاهرة- ج ١٠ ص ٤٠٧- وأيضاً مغنى المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج . للشيخ محمد الشربيني الخطيب- طبعة مطبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة سنة ١٣٧٧ هـ ١٩٥٨ م، ج ٢- ص ٢١٣.
- (٤) انظر فى هذا شرح فتح القدير لكمال الدين محمد بن عبدالواحد بن مسعود السيواسى المعروف بابن الهمام- طبعة دار الكتب العلمية ببيروت- ج ٥- ص ٣٩٢، ٣٩٣.
- (٥) انظر فى هذا حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، للشيخ محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي- مطبوع مع الشرح الكبير للرددير طبعة إحياء الكتب العربية بالقاهرة- ج ٣- ص ٣٤٩.
- (٦) انظر فى هذا مجموع الفتاوى لشيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمى النجدى- طبعة مطابع الرياض الطبعة الأولى سنة ١٣٨٣ هـ- ج ٣٠- ص ٩١.

استدل أصحاب الرأى الأول القائل بعدم جواز الشركة بالعروض مطلقاً بالأدلة الآتية:

- ١- أن الشركة بالعروض إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها، وكل ذلك لا يجوز.
- فلا يجوز وقوع الشركة على أعيان العروض: لأن الشركة تقتضى الرجوع عند الفاصلة برأس المال أو بمثله، وهذه العروض لا مثل لها يرجع إليه، وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال، وقد تنقص قيمته فيؤدى إلى أن يشاركه الآخر فى ثمن ملكه ليس بربح.
- كما أنه لا يجوز وقوع الشركة على القيمة: لأن القيمة غير متحركة القدر فيفضى إلى التنازع، وقد يقوم العرض بأكثر من قيمته، ولأن القيمة قد تزيد فى أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر فى العين المملوكة له.
- كما لا يجوز وقوع الشركة على الأثمان: لأن الأثمان معدومة حال العقد ولا يملكانها، ولأنه إذا أراد ثمنها الذى اشتراها به فقد خرج عن ملكه وصار للبائع، وإن أراد ثمنها الذى يبيعها به فإنه لا يجوز أيضاً، لأنها تصير شركة معلقة على شرط، وهو بيع الأعيان، وهذا غير جائز<sup>(١)</sup>.
- ٢- أن القول بجواز وقوع الشركة بالعروض يؤدى إلى القول بجواز ربح ما لم يملك وما لم يضمن، لأنه إذا باع كل واحد منهما رأس ماله،

---

(١) انظر فى هذا المغنى لابن قدامة- مرجع سابق- ج٧- ص ١٢٣، ١٢٤، وأيضاً المبدع فى شرح المقنع- لأبى إسحاق برهان الدين إبراهيم من محمد عبدالله بن مفلح، مطبوع مع المقنع لابن قدامة- طبعة المكتب الإسلامى ببيروت سنة ١٤٠٠ هـ ١٩٨٠ م- ج٤- ص ٣٥٧، ومن المراجع الحديثة انظر د/ محمد فتح الله النشار التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية- مرجع سابق- ص ٧٥، وأيضاً د/ السيد حافظ خليل السخاوى- البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر- مرجع سابق- ص ٣٦٤

وتفاضل الثمنان، فما يستحقه أحدهما من الزيادة فى مال صاحبة ربح ما لم يملك وما لم يضمن<sup>(١)</sup>.

٣- أن الشركة تقوم على الوكالة، والوكالة لا تصح فى العروض، فلا يجوز للشخص أن يتصرف فى عروض موكله على وجه الوكالة عن غيره، وإذا لم تجز الوكالة فى ذلك، وهى من مستلزمات الشركة فإن الشركة بها لا تجوز<sup>(٢)</sup>.

أدلة الرأى الثانى القائل بصحة الشركة بالمثلثات من العروض كالحبوب وغيرها:

استدل أصحاب الرأى الثانى القائل بصحة الشركة بالمثلثات من العروض كالحبوب، وغيرها بما يلى: "أن المثلث من العروض مال لا يتميز إذا اختلط بجنسه فأشبهه النقيدين، بخلاف العروض المقومة فإن قيمتها قد تختلف من يوم العقد إلى يوم البيع، فربما زادت قيمة عرض أحدهما دون الآخر بل قد يهلك هذا العرض فلا يجوز بيع مال أحدهما بينها، وفى المختلط يؤمن هذا المعنى"<sup>(٣)</sup>.

أدلة الرأى الثالث القائل بجواز الشركة بالعروض مطلقاً:

- 
- (١) انظر فى هذا شرح فتح القدير- لكمال الدين بن الهمام- مرجع سابق ج٥- ص ٣٩٠، والميسوط لشمس الدين محمد بن أحمد بن أبى سهل السرخى- طبعة دار المعرفة ببيروت- الطبعة الثالثة سنة ١٣٩٨ هـ ١٩٧٨ م. ج ١١- ص ١٦٠، ١٦١، ومن المراجع الحديثة انظر د/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية- مرجع سابق - ص ٧٣، ٧٤.
- (٢) انظر فى هذا د/ أحمد بن محمد الخليل- الأسهم والسندات، وأحكامها فى الفقه الإسلامى- مرجع سابق- ص ١٧٠، ود/ محمد فتح الله النشار - التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية- مرجع سابق - ص ٧٤.
- (٣) انظر فى هذا التهذيب فى فقه الإمام الشافعى، لأبى محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البيغوى، تحقيق عادل عبد الموجود وعلى معوض، طبعة دار الكتب العلمية- الطبعة الأولى سنة ١٤١٨ هـ ١٩٩٧ م- ج ٤- ص ١٩٨، ومن المراجع الحديثة انظر د/ أحمد بن محمد الخليل، الأسهم والسندات وأحكامها فى الفقه الإسلامى- مرجع سابق- ص ١٧٠، ١٧١، وأيضاً د/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية، مرجع سابق - ص ٧٤، ٧٥.

أما أصحاب الرأى الثالث القائل بجواز الشركة بالعروض مطلقاً فقد استدلوأ بالأدلة الآتية:

- ١- قياس العروض على النقود، لأن العروض إذا قومت تصبح بمثابة النقود.
- ٢- قياس قيمة العروض فى الشركة على قياس قيمتها فى الزكاة، فكما أننا نعتبر قيمة التجارة عند تقدير نصاب زكاتها فكذلك عند عقد الشركة تعتبر قيمة العروض ولا فرق.

٣- أن الأصل فى المعاملات الإباحة ما لم يوجد دليل واضح يدل على المنع<sup>(١)</sup>. وقد نوقشت أدلة الرأى الأول القائل بعدم جواز الشركة بالعروض مطلقاً بما يلى:

أولاً: فيما يتعلق بالدليل الأول وهو أن الشركة بالعروض إما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو أثمانها، وكل ذلك لا يجوز فهو قول مردود، لأن القيمة تحدد وتعرف عند عقد الشركة فلا جهالة ولا تنازع، حيث تقع الشركة على قيمة العرض، ولا يهم زيادة القيمة بعد عقد الشركة أو نقصانها، فقد سئل الإمام ابن تيمية عن اثنين اشتركا من أحدهما دابة ومن الآخر دراهم، فأجاب (ينظر قيمة البهيمة فتكون هى والدراهم رأس المال)<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: فيما يتعلق بالدليل الثانى وهو أن القول بجواز وقوع الشركة بالعروض يؤدى إلى القول بجواز ربح ما لم يملك وما لم يضمن فهو أيضاً قول مردود، وذلك لأن الشركة بالعروض لا تتم إلا بتحديد ومعرفة قيمة

---

(١) انظر فى جـ ١٠ د/ أحمد بن محمد الخليل- الأسهم والسندات وأحكامها فى الفقه الإسلامى- مرجع سابق- ص ١٦٩، وأيضاً د/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية - مرجع سابق- ص ٧١، ٧٢، وأيضاً د/ السيد حافظ خليل السخاوى- البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر، مرجع سابق- ص ٣٦١، ٣٦٢.

(٢) انظر فى هذا مجموع الفتاوى لابن تيمية- مرجع سابق- جـ ٣٠- ص ٢٩١، ومن المراجع الحديثة د/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية مرجع سابق - ص ٧٣.

العرض، وبعدها يصبح العرض ملكاً لأعضاء الشركة، فإذا وزع الربح فإنه يكون ربح ما هو مضمون ومملوك<sup>(١)</sup>.

ثالثاً: وأما فيما يتعلق بالدليل الثالث وهو أن الشركة تقوم على الوكالة، والوكالة لا تصح في العروض فيمكن الرد عليه بأن الوكالة في الشركة تقع على جميع رأس المال، والعرض بعد تقويمه يدخل في رأس المال فتصح فيه الوكالة<sup>(٢)</sup>.

كما نوقشت أدلة المذهب الثانى القائل بجواز الشركة بالمثلثات من العروض كالحبوب وغيرها:-

مستدلين بأن المثلث من العروض مال لا يتميز إذا اختلط بجنسه فأشبهه النقدين بخلاف العروض المقومة، بأن ما ذكره من عدم إمكان الخلط في المقومات غير لازم، وذلك لأن الشركة تنعقد على قيمة هذه الأموال لا على أعيانها، بمعنى أنه عند انعقاد الشركة يتم تقويم العروض المقدمة، وتنعقد الشركة على قيمة هذه العروض، وتصبح هذه العروض ملكاً للشركة لا ملكاً لمن قدمها فقط، وعند القسمة أو التصفية يقوم العرض ويقسم المال بحسب قيمة العرض عند العقد، وعند القسمة أو التصفية يقوم العرض ويقسم المال بحسب قيمة العرض عند العقد، فلو انعقدت شركة لإنتاج سلعة ما فقدم أحد الشريكين الأرض التى ستقام عليها الشركة وقدرت بمائة ألف جنيه مثلاً، وقدم الشريك الآخر المعدات اللازمة لأدوات الإنتاج، وهذه قدرت بخمسين ألف جنيه، فمعروف أن للأول سهمين، وللثاني سهم، أو للأول ضعف الثاني، فإذا تمت تصفية الشركة كان للأول ضعف الثاني<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر هذا د/ أحمد محمد الخليل- الأسهم والسندات وأحكامها في الفقه الإسلامى- مرجع سابق ص ١٧٠، ود/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم في سوق الأوراق المالية- مرجع سابق - ص ٧٤.

(٢) انظر في هذا د/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم في سوق الأوراق المالية- مرجع سابق - ص ٧٤.

(٣) انظر في هذا د/ أحمد محمد الخليل- الأسهم والمستندات وأحكامها في الفقه الإسلامى- مرجع سابق- فى ١٧١، وأيضاً د/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم فى بورصة

## الرأى الراجح:

وبعد أن عرضنا لمذاهب الفقهاء وأدلتهم فى حكم انعقاد الشركة بالعروض فإنه يبدو لى أن ما ذهب إليه أصحاب الرأى الثالث القائل بجواز الشركة بالعروض هو الأولى بالترجيح، لقوة أدلتهم، ولإمكان الرد على أدلة المخالفين، ولأن الأصل فى المعاملات هو الإباحة، ولا يعدل عن هذا الأصل إلا بدليل، كما أن هذا الرأى لا يقول بانعقاد الشركة بالعروض إلا بعد تقويمها والاتفاق على القيمة، ثم تصبح القيمة هى محل الشركة، وإذا لم يتم الاتفاق على القيمة لم تنعقد، فإذا ما انعقدت بعد هذا التقويم تحقق الضمان من الجميع، وحينئذ تطبق قاعدة (الخارج بالضمان)<sup>(١)</sup>، وهذا هو ما يناسب الظروف المعاصرة ويحقق مصلحة معتبرة شرعاً<sup>(٢)</sup>.

وبناء على ذلك فإنه يجوز للمساهم أن يقدم حصصاً عينية فى رأس مال شركة المساهمة خصوصاً وأن القانون قد أوجب ضرورة تقويم هذه الحصص العينية بصورة نافية للجهالة، وأعطى للجهات الإدارية سلطة التحقق مما إذا كانت الحصص العينية قومت تقويماً صحيحاً أم لا، كما أعطى للشركاء أيضاً هذه السلطة فلا يكون تقدير الحصص نهائياً إلا بعد إقراره من جماعة المكتتبين أو الشركاء بأغلبيتهم العددية الحائزة لثلثى الأسهم أو الحصص النقدية<sup>(٣)</sup>.

## أوجه التفرقة بين الأسهم النقدية والأسهم العينية:

يمكن التفرقة بين الأسهم النقدية والأسهم العينية من الوجهين التاليين:-

=

- الأوراق المالية- مرجع سابق ص ٧٥، ٧٦.
- (١) انظر فى هذا د/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم فى بورصة الأوراق المالية- مرجع سابق - ص ٧٦.
- (٢) انظر فى هذا د/ السيد حافظ خليل السخاوى- البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر- مرجع سابق- ص ٣٦٧.
- (٣) انظر فى هذا د/ السيد حافظ خليل السخاوى- البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر- مرجع سابق- ص ٣٦٨، وأيضاً د/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية- مرجع سابق- ص ٧٧.

**أولاً:** أنه في الأسهم النقدية يسمح للمكتتبين بدفع ١٠٪ من القيمة الإسمية للأسهم عند الاكتتاب، تزداد إلى ٢٥٪ خلال ثلاثة أشهر من تأسيس الشركة، على أن يتم سداد ما تبقى من قيمتها خلال الخمس سنوات اللاحقة على قيد الشركة في السجل التجاري.

أما في الأسهم العينية فلا يتم الاكتتاب فيها إلا إذا تم الوفاء بقيمتها كاملة وذلك بإتمام إجراءات نقل ملكية الحصص العينية إلى الشركة.

**ثانياً:** أنه في الأسهم النقدية يجوز تداول الأسهم بمجرد إصدارها ولكن في حدود قيمتها الإسمية فقط مضافاً إليها مصروفات الإصدار وذلك في خلال السنة الأولى من تسجيل الشركة في السجل التجاري.

أما إذا كانت من أسهم المؤسسين فإنها تخضع لنفس القيد الوارد على الأسهم العينية، حيث لا يجوز تداول الأخيرة إلا بعد نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنتين ما ليتين من تاريخ قيد الشركة في السجل التجاري<sup>(١)</sup>.

التجاري<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر في هذا د/ فايز نعيم رضوان وآخرون- الوجيز في القانون التجاري- مرجع سابق- ص ٤٦٥، ٤٦٦ وأيضاً د/ نادية محمد معوض- الشركات التجارية- مرجع سابق- ص ٢٩٩.

## المطلب الثالث:

### Les actions des salaries - وأسهم العمل الصناعية، وأسهم

يقصد بالأسهم الصناعية بالمعنى العام للكلمة: الأسهم الممنوحة لقاء تقديم خدمات.

بينما يقصد بأسهم العمل: الأسهم الممنوحة للعاملين فى الشركة للحصول على جزء من أرباحها.

وقد اختلف الفقهاء فى حكم إصدار هذا النوع من الأسهم وبصفة خاصة فى الدول التى لم تصرح قوانينها بشئ فى هذا الصدد كما هو الحال فى فرنسا. فقد أجازت إصدار هذا النوع من الأسهم العديد من القوانين كما هو الحال فى بعض دول أمريكا الجنوبية مثل كولومبيا، وشيلي، وجواتيمالا، وبوليفيا، حيث نصت المادة ٧٢ من قانون التجارة الكولومبى على أنه يجوز أن يتكون رأس مال الشركة من أسهم نقدية أو مالية أخرى أو من أسهم (صناعية)، على أن تظل شهادات هذه الأخيرة أو وثائقها محفوظة لدى الشركة لحين انتهاء المساهم من تقديم الخدمات المطلوبة منه بالتمام فيها. وهو نفس ما نصت عليه المادة ١٤٦ من قانون الشركات فى شيلي، والمادة ١٦٩ من قانون الشركات فى جواتيمالا، وما نص عليه القانون البوليفى سنة ١٨٦٠م، مع ملاحظة أن بعض هذه القوانين تمنح هذه الأسهم لقاء أية خدمات، وإن كانت هذه الأسهم لا تمنح أصحابها عادة إلا حقاً (احتمالياً) من أرباح الشركة، وإن كانت قوانين بعض الدول كبوليفيا تنص على استحقاقهم أيضاً نصيباً من رأس مال الشركة، بينما تنص قوانين دول أخرى كإيطاليا والمكسيك على جواز إصدار هذه الأسهم فقط لمصلحة العاملين فى الشركة حيث نصت المادة ٢٣٤٩ من التقنين المدنى الإيطالى على أنه فى حالة تخصيص جزء من الأرباح للعاملين فى الشركة يجوز إصدار أسهم بقيمة هذه الأرباح مع اعتبار ذلك زيادة فى رأس مال الشركة،



ونصت المادة ١٤٤ من القانون المكسيكى سنة ١٩٣٤م على إمكانية إصدار أسهم لقاء الخدمات التى قد تقدم للشركة.

أما فى فرنسا فقد ظهر نوع خاص من الشركات بالأسهم باسم (الشركة المساهمة ذات المشاركة العمالية) بموجب القانون الصادر بتاريخ ١٩١٧/٤/٢٦م يتكون رأس مالها من أسهم مالية وأسهم عمل، ولكن هذه الأخيرة تعتبر مملوكة بصورة جماعية من قبل العاملين الذين يظهرون فيها بمظهر شركة (عمال تعاونية) ضمن الشركة المساهمة فيها.

وأما فى إنجلترا، فإنه نظراً لعدم وجود نص فى القانون الإنجليزى يمنع إصدار هذا النوع من الأسهم فقد استقر الرأى على جواز إصدارها وإن كان ذلك نادراً فى الحياة العملية بسبب الموقف المعادى الذى تقفه النقابات العمالية Trade Unions من ذلك، ولكن الملاحظ أن عدداً من الشركات الإنجليزية تمنح العاملين فيها حصة من أرباحها السنوية دون منحهم أسهماً بذلك.

وفى الولايات المتحدة الأمريكية يجوز إصدار أسهم لقاء الخدمات ولو كانت هذه الخدمات مستقبلية، ولكن هذه الأسهم لا تعتبر محررة، أى مدفوعة القيمة إلا بعد الإنتهاء من الخدمات المطلوبة.

والخلاصة:

أن الأسهم الصناعية وأسهم العمل فى الدول التى تجيز إصدارها يمكن أن تتخذ أحد الأشكال الآتية:

- ١- منح العاملين أسهماً لا تتضمن إلا حقاً فى أرباح الشركة، كما فى المكسيك وشيلي.
- ٢- منح العاملين أسهماً يكتسبون بموجبها حقاً ليس فى أرباح الشركة فقط بل أيضاً فى رأسمالها أيضاً كما فى بوليفيا.
- ٣- منح العاملين أسهماً على اساس زيادة رأس مال الشركة بقيمة الخدمات التى يقدمونها لها كما فى إيطاليا.

٤- منح العاملين أسهماً عادية بشروط خاصة، كما فى الولايات المتحدة الأمريكية.

٥- تأسيس نوع خاص من الشركات المساهمة يكون فيها نوعان من الأسهم، أسهم عادية، وأسهم عمل، مع اعتبار هذه الأخيرة مملوكة لجماعة العاملين فى الشركة، كما فى فرنسا، وهذا ما يسمى بالشركات ذات المساهمة العمالية.

ومع ذلك، فالملاحظ أن هذه الأسهم لم تلاق النجاح الذى كان ينتظره البعض منها وذلك للسببين الآتين:  
أولاً: أن أصحاب العمل غالباً ما يعمدون إلى توزيع نسبة من الأرباح على العاملين لديهم دون إصدار رأسهم بذلك.  
ثانياً: أن موقف المنظمات العمالية لا يزال متردداً بل سلبياً أو معادياً لهذا النوع من الأسهم، باعتبارها نوعاً من الوسائل التوفيقية والتخديرية أو من رشوة العمال.

والنتيجة أنه فى الدول التى تسمح قوانينها بإصدار هذه الأسهم لا يكاد يكون لها أهمية فى الحياة العملية.

وأخيراً فإن هناك بعض الدول التى لا تسمح قوانينها بإصدار أسهم صناعية أو أسهم عمل باعتبار أن الأسهم إنما تمثل رأس مال الشركة، وأنه لذلك ينبغى على المساهمين أن يساهموا فيه حقيقة، ومن ذلك نص المادة الأولى من قانون الشركات بالأسهم الألمانى سنة ١٩٣٧م على وجوب مساهمة الشركاء فى رأس مال الشركة، الذى فسره الفقهاء الألمان بأنه منع لتقديم الحصص الصناعية فى الشركات بالأسهم، بل إن المادة ٣٣ من القانون الإسبانى لسنة ١٩٥١م فقد نص صراحة على بطلان الأسهم التى لا تمثل حصة مالية فى رأس مال الشركة<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا بالتفصيل د/ أكرم عبد القادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم

## □ المطلب الرابع

### أسهم المؤسسين أو ( حصص التأسيس )

#### Actions de Fondateurs Ou Part de fondateur

يقصد بأسهم المؤسسين: هى الأسهم التى تعطى للمؤسسين مكافأة لهم على الجهود التى بذلوها فى تأسيس الشركة ويطلق عليها فى بعض الدول اسم ( حصص التأسيس Parts de Fondateurs )<sup>(١)</sup>.

فقد تتلقى الشركة من بعض الأشخاص خدمات أو مساعدات عند تأسيسها قد يكون لها قيمتها المالية، فتقوم الشركة بمكافأتهم بمنحهم صكوكاً من طبيعة خاصة تسمى بـ ( حصص الأرباح Les Parts des FondaTeurs ) وتنشأ هذه الحصص بمقتضى نص فى نظام الشركة عند تأسيسها أو أثناء حياتها<sup>(٢)</sup>.

وهذه الحصص تصدر بغير قيمة إسمية لصالح هؤلاء الأشخاص، ولما كانت هذه الحصص لا يقابلها رأس مال قدم فى الشركة فهى لا تدخل ضمن تكوين رأس المال<sup>(٣)</sup>.

وتختلف حصص التأسيس عن الأسهم فى عدة أمور نستطيع إيجازها فيما يلى:

١- أن حصص التأسيس تتمثل فى صكوك ليس لها قيمة إسمية، إذ ليس لها ما يقابلها فى رأس مال الشركة، لأن أصحابها لا يساهمون بشئ فى

=

بحث مقارنة مرجع سابق - ص ٢٣٧ وما بعدها.

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبدالقادر يا ملكى - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم بحث مقارنة- مرجع سابق- ص ٢٤٠.

(٢) انظر فى هذا أستاذنا الدكتور/ على سيد قاسم- قانون الأعمال الجزء الثانى- التنظيم القانونى للمشروع التجارى الجماعى- دار النصر للتوزيع والنشر بجامعة القاهرة سنة ١٩٩٧م- بند رقم ١٨١- ص ٣١٩، ٣٢٠.

(٣) انظر فى هذا د/ محمود سمير الشرقاوى- الشركات التجارية فى القانون المصرى- مرجع سابق- بند رقم ١٨٨ ص ١٧٨.

رأس مال الشركة، ولذلك يقتصر حقهم على الحصول على نسبة من الأرباح أثناء حياة الشركة.

٢- أن هذه الصكوك لا تعطى لأصحابها حق الاشتراك فى إدارة الشركة على خلاف الأسهم.

٣- أنه يجوز إلغاء هذه الحصص فى حين أن المساهم لا يجوز إخراجه بحسب الأصل من الشركة قبل انقضائها<sup>(١)</sup>.

وهذه الحصص تخول أصحابها الحق فى الحصول على الحقوق الآتية:

١- أنها تخول أصحابها الحصول على نصيب من أرباح الشركة، وإن لم يكن لهم الحق فى الحصول على نصيب من فائض التصفية عند حل الشركة وتصفيتها.

٢- أنه يكون لأصحابها الحق فى طلب الإطلاع على دفاتر الشركة وسجلاتها ووثائقها وذلك بالقدر الذى لا يعرض مصلحة الشركة للخطر، ويكون الإطلاع بواسطة مندوبين تعينهم جمعية حملة الحصص، ويتم فى مقر الشركة وفى ساعات العمل المعتادة.

مع ملاحظة أن منح أصحاب حصص التأسيس الحق فى الإطلاع على دفاتر الشركة لا يعنى أنهم أصبحوا شركاء كبقية المساهمين أصحاب أسهم رأس المال لاختلاف طبيعة كل من حصص التأسيس عن الأسهم وهو ما أكدت عليه المادة ١/١٥٦ من اللائحة التنفيذية بقولها (تدخل حصص التأسيس أو حصص الأرباح فى تكوين رأس مال الشركة، ولا يعتبر أصحابها شركاء، ولا يكون لهم من الحقوق إلا ما ينص عليه فى نظام الشركة أو القرار الصادر من الجمعية العامة غير العادية بإنشاء هذ الحصص...) (٢).

---

(١) انظر فى هذا د/ نادية محمد معوض- الشركات التجارية - مرجع سابق- ص ٣٢٠.  
(٢) انظر فى هذا د/ نادية محمد معوض- الشركات التجارية - مرجع سابق- ص ٣٢٤، ٣٢٥.

هذا، وتجزيز قوانين بعض الدول إصدار مثل هذه الأسهم كما هو الحال فى إنجلترا، فى حين تمنع قوانين بعض الدول الأخرى إصدار هذه الأسهم أو الحصص كما هو الحال فى قانون التجارة اللبنانى الذى نصت المادة ١٠٣ المعدلة فيه على أنه (لا يجوز للشركات المغفلة- أى المساهمة. أن تصدر حصص تأسيس أى سندات تمنح المؤسسين حقاً فى الحصول على نصيب فى أرباح الشركة بدون رأس مال مقدم من قبل)، وكذلك قانون الشركات المساهمة المغربى سنة ١٩٩٦م الذى نصت المادة ٢٤٤ منه على أنه (يمنع ابتداءً من سريان هذا القانون إصدار حصص تأسيس أو حصص منفعة)<sup>(١)</sup>.

أما القانون المصرى فإنه عندما انتشر إصدار مثل هذه الحصص وكثر استخدامه حتى إن بعض الشركات أسرفت فى ذلك إلى حد فزع له المساهمون وآثار ريبتهم وشكوكهم فجعلهم يجمعون عن الاشتراك فى الشركات التى تصدر هذه الصكوك، وكان لذلك بطبيعة الحال أثره القوى على توجيه الادخار والاستثمار فى بلادنا فى الحقبة الأخيرة من الزمان، لذلك لم ير المشرع بدأً من إعادة النظر فى النظام القانونى الذى تخضع له هذه الحصص بقصد وضع الضمانات التى تكفل عدم إساءة استغلالها وتخلق جواً من الطمأنينة فى نفوس المساهمين، وقد بلغ التشريع المصرى فى هذا السبيل حداً محموداً فقيد إنشاء الحصص وتداولها وقرر جواز إلغائها بعد فترة من الوقت، كما أنه قيد كثيراً من الحقوق التى كانت تخولها الحصص لأصحابها على حساب المساهمين<sup>(٢)</sup>.

أما فى فرنسا، فقد أصدر المشرع الفرنسى قانون الشركات سنة ١٩٦٦م الذى حظر فيه إصدار حصص التأسيس من وقت نفاذ هذا القانون<sup>(٣)</sup>، أما

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبدالقادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق ص ٢٤٠.

(٢) انظر فى هذا د/ نادية محمد معوض- الشركات التجارية- مرجع سابق- ص ٣١٩.

(٣) المادة ٢٦٤ من قانون الشركات الفرنسى سنة ١٩٦٦م.

حصص التأسيس التى سبق إصدارها فتظل خاضعة للنظام القانونى الذى صدرت فى ظله<sup>(١)</sup>.

أما عن حكم تداول حصص التأسيس:

فإنه وفقاً لنص المادة ٤٥ من قانون الشركات المصرى رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م لا يجوز تداول هذه الأسهم- بالإضافة إلى الأسهم التى تعطى مقابل الحصص العينية- إلا بعد نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنتين كاملتين لا تقل كل منهما عن اثنى عشر شهراً من تاريخ تأسيس الشركة، أى من تاريخ قيدها فى السجل التجارى، ذلك لأنه بدون هذا القيد- وفقاً لأحكام القانون- لا تعتبر الشركة قد أسست بعد ولا تكون لها شخصية قانونية.

وعلى ذلك فإن أسهم المؤسسين آياً كانت ونوعها- والأسهم العينية- تعتبر غير قابلة للتداول خلال فترة السنتين من تاريخ تأسيس الشركة أو قيدها فى السجل التجارى حسب الأحوال. وبطلان التداول الذى يتم مخالفاً لهذا الحظر الزمنى هو أمر لا يثير التردد أو الجدل تطبيقاً للحكم العام الذى أقرته المادة ١٩١ من ذات القانون، بل إن هذا البطلان يقع بقوة القانون، ولكل ذى شأن التمسك به، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها، ولقد فرض المشرع جزاء جنائياً فى المادة ١٦٣ من القانون المذكور لمخالفة هذا القيد الزمنى لتداول أسهم المؤسسين والأسهم العينية وهى الغرامة التى لا تقل عن ألفى جنيه، ولا تتجاوز عشرة آلاف جنيه، تضاعف فى حديدها الأدنى والأقصى فى حالة العود (المادة ١٦٤ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م).

كما أنه وفقاً لنص المادة ١/١٥٤ من اللائحة التنفيذية للقانون المذكور فقد حظر المشرع تداول حصص التأسيس قبل نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنتين مائيتين للشركة لا تقل كل منهما عن اثنى عشر

---

(١) المادة ٥٠٤ من قانون الشركات الفرنسى سنة ١٩٦٦م.

شهوراً من تاريخ تأسيس الشركة أو قيدها فى السجل التجارى- حسب الأحوال- وهو نفس الحظر الذى يسرى على تداول أسهم المؤسسين والأسهم العينية، وبهذا يكون المشرع قد ساوى بين حصص التأسيس وأسهم المؤسسين فى فرضه قيداً قانونياً على تداولها.

والحكمة من الحظر فى الحالتين واحدة، وهى أن المشرع المصرى قد قدر —مثل ما قدرت التشريعات العربية والأجنبية المقارنة- أن تأسيس الشركات المساهمة غالباً ما يصاحبه حملات دعائية صاخبة، وأحياناً كاذبة يعمد فيها المؤسسون إلى المبالغة فى أهمية المشروع، ويلجأون أحياناً إلى المضاربة الوهمية وذلك بقصد استقطاب ثقة الجمهور حول أسهم الشركة، ثم يقومون ببيع أسهمهم بأسعار مرتفعة لا تتناسب- فى الواقع- مع مركز الشريك المالى، ولعل المقصود من هذا القيد هو الربط بين مصير الشركة ومصلحة المؤسسين خلال الفترة التى تعقب التأسيس<sup>(١)</sup>.  
أما عن موقف الفقه الإسلامى من حصص التأسيس:

فإنه يمكن تكييفها شرعاً على أنها تبرع، أى هبة- يلتزم بها أصحاب الشركة لأناس معينين، كنسبة مقتطعة من الربح سنوياً، وإن كان هذا المبلغ مجهولاً فى وقت الوهب فإنه آيل للعلم وقت القبض.  
قال الإمام مالك: تصح هبة المجهول، لأنه تبرع فصح فى المجهول كالنذر والوصية<sup>(٢)</sup>.

ومع قولنا بجواز إصدار حصص التأسيس فإنه لا يجوز التعامل بها بيعاً وشراء قبل قبض المبلغ المخصص لها من الربح لعدم ملك حاملها لمحتواها إلا بالقبض فينطبق عليها قول النبى -ﷺ- (لا تبع ما ليس عندك)<sup>(١)</sup>.

(١) انظر فى هذا د- أبو زيد رضوان، ود/ رضا السيد عبد الحميد- القانون التجارى- مرجع سابق بند رقم ١١١ وما بعده، ص ٣٧٠ وما بعدها، وبند رقم ١٢٦ - ص ٣٨٥، ٣٨٦، وأيضاً د/ فايز نعيم رضوان وآخرون- الوجيز فى القانون التجارى- مرجع سابق- ص ٤٧٥-٤٧٦.

(٢) انظر فى هذا المغنى لابن قدامة- مرجع سابق ج٦- ص ٢٥٦.

قال الإمام البهوتي: ولا يصح بيع العطاء قبل القبض، لأن العطاء مغيب فيكون من بيع الغرر، ولا يصح بيع رقعة به - أى بالعطاء - لأن المقصود بيع العطاء<sup>(٢)</sup>.  
وهذا هو مذهب جمهور الفقهاء<sup>(٣)</sup>.

## المبحث الثالث

### تقسيم الأسهم من حيث قيمها

تقسم الأسهم بالنظر إلى قيمها إلى أسهم ذات القيمة الإسمية، وأسهم معدومة القيمة الإسمية، وأسهم محررة، وأسهم غير محررة، وأسهم ذات علاوة، وأسهم ذات خصم، وأسهم (مرواة أو مسقاة)، إضافة إلى الأسهم المجانية وأسهم التمتع.

وهو ما سنقسمه إلى سبعة مطالب على النحو التالي:

**المطلب الأول: الأسهم ذات القيمة الإسمية.**

**المطلب الثانى: الأسهم معدومة القيمة الإسمية.**

**المطلب الثالث: الأسهم المحررة والأسهم غير المحررة.**

**المطلب الرابع: الأسهم ذات العلاوة والأسهم ذات الخصم.**

**المطلب الخامس: الأسهم المرواة أو المسقاة.**

**المطلب السادس: الأسهم المجانية.**

**المطلب السابع: أسهم التمتع.**

(١) رواه الترمذى وحسنه - انظر فى هذا تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى - لمحمد عبدالرحمن بن عبدالرحيم المباركفورى - مطبوع مع جامع الترمذى-طبعة دار إحياء التراث العربى ومؤسسة التاريخ العربى- بيروت- الطبعة الأولى سنة ١٤١٩هـ سنة ١٩٩٨م- ج٤- ص ٤٣٠.

(٢) انظر فى هذا كشف القناع عن متن الإقناع للشيخ منصور بن يونس البهوتى- تحقيق محمد أمين الضناوى- طبعة عالم الكتب- بيروت- الطبعة الأولى سنة ١٤١٧هـ سنة ١٩٩٧م- ج٣- ص ١٦٧.

(٣) انظر فى هذا د/ محمد عبد الغفار الشريف- بحوث فقهية معاصرة- مرجع سابق- ص ٨٦-٨٧.



## □المطلب الأول

### الأسهم ذات القيمة الإسمية - Actions Par valeur nominale

يقصد بالقيمة الإسمية للسهم: أى القيمة التى تكتب على ذات الصك، أى الشهادة المثبتة لقيمته وفقاً للبيان المدون بها، ويحسب على أساسها مجموع رأس مال الشركة، وهذه القيمة يفرضها المشرع، إذ أن الصك الذى يثبت حصة الشريك فى رأس مال الشركة، وبالتالي يجب أن يكون مطابقاً للمبلغ الذى ساهم به الشريك حقيقة خاصة أنه يترتب على مقدار قيمته حصة الشريك فى الأرباح<sup>(١)</sup>.

والأسهم ذات القيمة الإسمية معروفة فى قوانين العالم كافة وإن كانت هذه القوانين تختلف فيما بينها فى تحديد هذه القيمة الإسمية. ويلاحظ أن العديد من التشريعات يستلزم أن تكون جميع الأسهم ذات قيمة إسمية واحدة، أى متساوية، وإن كانت هناك حلول أخرى أخذ بها القانون المقارن فى هذا الخصوص، ويمكن تقسيم التشريعات فى ذلك إلى أربعة أقسام على النحو التالى:

- ١- تشريعات تنص صراحة على وجوب تساوى قيمة أسهم الشركة، أى أن تكون الأسهم جميعاً ذات قيمة إسمية واحدة، كما فى بولندا والبرازيل والأرجنتين وكولومبيا، ومن الدول العربية مصر والعراق وسوريا ولبنان والكويت والإمارات العربية المتحدة.
- ٢- تشريعات تستلزم تساوى القيمة الإسمية فقط بالنسبة لأسهم المجموعة من أسهم الشركة كما فى إسبانيا وبنما.

---

(١) انظر فى هذا د/سميحة القليوبى- الشركات التجارية- شركات التضامن والتوصية البسيطة والمحاصة- والشركات ذات المسئولية المحدودة والتوصية بالأسهم والمساهمة وفقاً لقانون الشركات الجديد رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار رقم ٩٦ لسنة ١٩٨٢ - دار النهضة العربية- الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨م- بند رقم ٣١٧-٤٧٩.

٣- تشريعات تنص صراحة على إمكانية تفاوت القيمة الإسمية لأسهم الشركة، كما فى الدومينيك.

٤- تشريعات سككت عن الموضوع، وجرى التعامل على السماح بتفاوت القيمة الإسمية لأسهم الشركة، كما فى ألمانيا وبلجيكا وهولندا وإنجلترا وبيرو.

وبداية نلاحظ أن هناك بعض التشريعات جاءت خالية من تحديد أى قيمة أو حد لقيمة السهم.

- بينما هناك قوانين أخرى تحدد فقط الحد الأدنى للأسهم بحيث يكون للشركة الحق فى تحديد القيمة الإسمية للسهم بهذا الحد أو بما يزيد عليه ولكن ليس بما يقل عنه، كما هو الحال بالنسبة لكل من فرنسا وسويسرا وألمانيا والنمسا والسويد والنرويج وهولندا واليونان وتركيا وبعض دول أمريكا الوسطى وبعض الولايات المتحدة الأمريكية واليابان والمغرب ولبنان وتونس.

حيث نصت المادة ٢٤٦ من قانون الشركات المساهمة المغربى الصادر سنة ١٩٩٦م على أنه (لا يجوز أن تقل القيمة الإسمية عن مائة درهم) بعد أن كان القانون السابق ينص على ألا تقل هذه القيمة عن خمسين درهماً.

كما نصت المادة ٨٤ من قانون التجارة اللبنانى الصادر سنة ١٩٤٢م على أن تحدد ما سمته (الشن الأدنى) للسهم بخمس وعشرين ليرة لبنانية، وعدل فى سنة ١٩٩٢م إلى ألف ليرة.

كما نصت المادة ١٦١ من مجلة الشركات التجارية التونسية على تحديد الحد الأدنى لقيمة السهم بدينار.

كما حدد القانون الفنلندى قيمة السهم بمائة مارك، ولكن إذا كان رأس مال الشركة أكثر من مائة وخمسين ألف مارك فإنه يجب مضاعفة قيمة السهم.

كما حدد القانون الإيراني قيمة السهم بخمسين ريالاً، ولكن إذا بلغ رأس مال الشركة مائتي ألف ريال فإنه يجب ألا تقل قيمة السهم عن مائة ريال.

- بينما هناك تشريعات أخرى تحدد فقط الحد الأعلى للسهم بحيث يكون للشركة عندئذ، وبالعكس تحديد القيمة الإسمية للسهم بهذا الحد أو بما يقل عنه ولكن ليس بما يزيد عليه، كما في ولاية ماساشوتس الأمريكية الذي يحدد الحد الأعلى لقيمة السهم بمائة دولار<sup>(١)</sup>.

- بينما هناك تشريعات ثالثة تحدد كلاً من الحد الأدنى والحد الأعلى للقيمة الإسمية للسهم تاركة لعقد الشركة أو نظامها تحديد هذه القيمة بأى مبلغ بين هذين الحدين، كما هو الحال بالنسبة لقانون التجار، السوري الذى نصت المادة ٩٣ منه على أنه (لا يجوز أن يقل السعر الإسمى للسهم عن عشر ليرات ولا يزيد على خمسمائة ليرة)، وكذلك قانون الشركات الكويتى الذى نصت المادة ٩٩ منه على أنه (لا تقل القيمة الإسمية لكل سهم عن مائة فلس ولا تزيد على خمسة وسبعين ديناراً).

وكذلك قانون الشركات التجارية الإماراتى الذى نصت المادة ١٥٣ منه على (ألا تقل القيمة لكل سهم عن درهم واحد ولا تزيد على مائة درهم).

وكذلك قانون الشركات المصرى الذى نصت المادة ٣١ منه على (ألا تقل القيمة الإسمية للسهم عن خمسة جنيهات ولا تزيد على ألف جنيه)<sup>(٢)</sup>.  
وكذلك قانون ولاية نيويورك مبشائر الأمريكية الذى حدد قيمة السهم بما لا يقل عن دولار ولا يزيد على مائة دولار.

---

(١) انظر فى هذا de sola CANIZARES: " Etude sur Les Titres emis par Les sociétés par actions en droit comparé" PARIS 1962-OP. cit. P.28.

مشار إليه ببحث د/ أكرم عبدالقادر ياملكى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم. مرجع سابق. هامش رقم ٢٤ ص ٢٤٣.

(٢) انظر فى هذا د/ أبوزيد رضوان، ود/ رضا السيد عبدالحميد - القانون التجارى- مرجع سابق- بند رقم ٩٤-ص ٣٥٢ وما بعدها.

- بينما هناك تشريعات أخرى تحدد القيمة الإسمية للسهم بمبلغ معين بالذات، كما فى قانون الشركات، العراقى سنة ١٩٨٣م ومن بعده قانون الشركات العراقى الصادر سنة ١٩٩٧م الذى حدد القيمة الإسمية للسهم بدينار واحد، وكما هو فى الحال فى قانون الشركات التجارية القطرى سنة ٢٠٠٢م الذى حدد القيمة الإسمية للسهم بعشرة ريالات.

- وأخيراً يلاحظ أن هناك تشريعات أخرى تركت للنظام الأساسى لهذه الشركة لينص على إصدار عدة أنواع وفئات من الأسهم تختلف فيما بينها من حيث القيمة الإسمية. كما هو الحال بالنسبة للشريع الأردنى حيث أنه بعد أن حددت المادة ٩٥ من قانون الشركات الأردنى رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧م قيمة إسمية واحدة لأسهم الشركة المساهمة (العامة)، جاءت المادة ٦٨ مكرر منه المضافة إليه بقانون التعديل رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢م والمستحدثة بموجبه ما سماه (الشركة المساهمة الخاصة) لتنص على جواز النص فى النظام الأساسى لهذه الشركة على إصدار عدة أنواع وفئات من الأسهم تختلف فيما بينها من حيث القيمة الإسمية... إلخ، وإن لم يكن من المناسب فى رأينا إطلاق يد مؤسس الشركة فى إصدار مختلف أنواع الأسهم إلى هذه الدرجة، لما يؤدى إليه ذلك من خلق مراكز قانونية متفاوتة جداً بين المساهمين<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبدالقادر ياملى، اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق - ص ٢٤١ وما بعدها

## المطلب الثانى

### الأسهام معدومة القيمة الاسمية

#### Actions No par Valeure nominale

قد تسمح بعض التشريعات بإصدار أسهم بلا قيمة إسمية No par valeur nominale كما هو الحال فى التشريع الأمريكى والكندى والبلجيكى حيث تتحدد القيمة على ضوء احتياجات الشركة إلى رأس المال<sup>(١)</sup>، أو مثل التشريع الفرنسى بالنسبة لشركة الاستثمار ذات رأس المال المتغير A.capitale variable<sup>(٢)</sup> وكذلك الأمر بالنسبة لهذه الشركات فى القانون السورى<sup>(٣)</sup> والقانون اللبنانى<sup>(٤)</sup> والتي يطلق عليها - على سبيل الخطأ - شركات التعاون<sup>(٥)</sup>.

فقد صدر فى ولاية نيويورك سنة ١٩١٢م قانون يسمح بإصدار أسهم بلا قيمة إسمية، ثم تبعتها فى ذلك الولايات الأخرى، وكذلك كل من بلجيكا سنة ١٩١٣م، والمكسيك سنة ١٩٣٤م، واليابان سنة ١٩٥١م وغيرها من الدول، فهى شركات واسعة الانتشار فى أمريكا الشمالية قاطبة.

---

(١) انظر هذا - L. polti: " L'existence et L'opportunité des action sans valeur nominal"

بالمجلة التفصيلية للقانون التجارى سنة ١٩٥٠م - ص ٥٥٣ وما بعدها.

(٢) وهى التى ينظمها فى فرنسا المرسوم رقم ١٣٤١ بتاريخ ٢٨ ديسمبر سنة ١٩٥٧م والمعدل بالقانون رقم ٦ لسنة ١٩٧٢م بتاريخ ٣٠ يناير سنة ١٩٧٢م. راجع المادة ٥/١٥ فقرة ٤، وراجع كذلك فى هذه الشركات:

"Les sociétés d'investissement à capital variable" - M.schlogel - بمجلة البنوك سنة ١٩٦٣م - ص ٨٢٣، وأيضاً.

"Les sociétés d'investissement à capital variable" - G. Hamonno - باريس سنة ١٩٧٠م.

(٣) انظر المواد من ٣٢٢ - ٣٣٠ من القانون السورى.

(٤) انظر المواد من ٢٣٨ - ٢٤٦ من القانون اللبنانى.

(٥) انظر فى هذا د/ ابو زيد رضوان، ود/ رضا السيد عبد الحميد - القانون التجارى - مرجع سابق - ص ٣٥٣، ٣٥٤.

ولم يقتصر الأخذ بهذا النوع من الأسهم على أمريكا الشمالية، بل أخذت به دول أخرى عديدة مثل بنما سنة ١٩٢٧م وشيلي سنة ١٩٣١م لكن يقتصر ذلك على الشركات التى يتألف ٧٥٪ على الأقل من رأس مالها من أموال أجنبية، وكذلك المكسيك سنة ١٩٣٤ فقط، والفلبين سنة ١٩٠٦م وسنة ١٩٣٩، واليابان سنة ١٩٥١م.

والتساؤل الذى يثار هنا هو، ما هى مميزات هذا النوع من الأسهم؟ وما هى عيوبه؟

- فيما يتعلق بمميزات هذا النوع من الأسهم معدومة القيمة الإسمية:
- فإن هذه الأسهم تتميز بمجموعة من المميزات نستطيع تلخيصها فيما يلى:
- ١- أن هذه الأسهم تكون قابلة للبيع بالسعر الذى يقرره مديرو الشركة والذى يكون عادة أقرب إلى قيمتها الحقيقية، أى الفعلية، وإن كانت هذه الأسهم مصدراً للإساءة لهذا السبب بالذات.
  - ٢- أن هذه الأسهم تقطع الطريق أمام المبالغة فى تقدير الحصص العينية الذى يسأل عنه الشركاء جميعاً.
  - ٣- أن هذه الأسهم تسمح بتوزيع الفوائد بكثير من الحرية والمرونة لعدم مساس ذلك بمبدأ ثبات رأس مال الشركة، وإن كان يخشى منه توزيع رأس المال نفسه بدلاً من الأرباح الحقيقية، وهذه السهولة أو المرونة فى توزيع الأرباح هى التى شجعت على انتشار الأسهم معدومة القيمة الإسمية فى الولايات المتحدة الأمريكية وكندا، وإن أدى ذلك أيضاً إلى بعض عمليات النصب والاحتيال، الأمر الذى حدا بالمحاكم إلى التدخل والتأكيد فى العديد من أحكامها أن على مديري الشركة واجب أمانة Fiduciary duty بالنسبة لتحديد قيمة إصدار هذه الأسهم وتداولها<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا - de sola CANIZARES: "Etud sur Les titres emis par Les sociétés par actions en droit Comparé" PARIS 1962 OP. Cit. P. 147.

أما فيما يتعلق بعيوب هذا النوع من الأسهم معدومة القيمة الإسمية: فإنه يعاب على هذا النوع من الأسهم معدومة القيمة الإسمية من ناحيتين:

أولاً: أنها قد تكون مصدراً للإساءة أو لسوء التقدير من قبل إدارة الشركة. ثانياً: أن الشركة قد تتورط في توزيع أرباح غير حقيقية<sup>(١)</sup>.

### □ المطلب الثالث

#### الأسهم المحررة، والأسهم غير المحررة

#### Actions Libérée et No Libérée

- يقصد بالأسهم المحررة (Actions Libérée): هي تلك الأسهم التي يدفع المساهم قيمتها كاملة.
- بينما يقصد بالأسهم غير المحررة: فهي تلك الأسهم التي لا تكون قيمتها مدفوعة بالكامل.
- وهذه الأسهم الأخيرة يجب أن تكون إسمية، ولا يعطى أصحابها شهادة بها إلا بعد سداد قيمتها كاملة<sup>(٢)</sup>.

=

(١) انظر في هذا - de sola CAINIZARES: " Etude sur les TiTres emis par les sociétés par actions en droit Comparé" PARIS, 1962, OP. Cit- P.P. 31-146 et 147.

انظر في هذا د/ أكرم عبد القادر ياملكي- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم بحث مقارن- مرجع سابق- ص ٢٤٤-٢٤٥.

(٢) انظر في هذا د/ أكرم عبد القادر ياملكي- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم بحث مقارن- مرجع سابق- ص ٢٤٥.

## □المطلب الرابع

### الأسهم ذات العلاوة، والأسهم ذات الخصم

- يقصد بالأسهم ذات العلاوة (Actions à prime): هى تلك الأسهم التى يتم إصدارها بقيمة أعلى من قيمتها الإسمية، وهذا النوع من الأسهم تجيز معظم القوانين إصدارها.

- بينما يقصد بالأسهم ذات الخصم، فهى تلك الأسهم التى يتم إصدارها بقيمة تقل عن قيمتها الإسمية، وهذا النوع من الأسهم تجيز إصداره العديد من القوانين كالقانون الإنجليزى، والقانون الأمريكى بصورة استثنائية<sup>(١)</sup>.

## □المطلب الخامس

### الأسهم (المرواة) أو (المسقة)

- يقصد بالأسهم المرواة أو المسقة: والمعروفة بالإنجليزية Watered (shares): هى تلك الأسهم الممنوحة فى مقابل حصة عينية قيمتها الحقيقية أقل من قيمتها المقدرة.

وهذا النوع من الأسهم صدر فى الولايات المتحدة الأمريكية بمقتضى القوانين المشهورة باسم قوانين السماء الزرقاء Blue sky Laws، وتلاها قانون اتحادى بتحريم هذه الأسهم<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبدالقادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - المرجع السابق- نفس الموضع.

(٢) انظر فى هذا د/ أكرم عبدالقادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - المرجع السابق- ص ٢٤٦



## المطلب السادس

### الأسهم المجانية - Actions gratuite

- يقصد بالأسهم المجانية (Actions gratuite): هى تلك الأسهم التى توزع على المساهمين بدون مقابل بمناسبة زيادة رأس المال باستعمال الاحتياطات.

أبو بعبارة أخرى: هى تلك الأسهم التى توزع على المساهمين إذا كانت قيمتها مأخوذة من احتياطي الشركة كما يسمح القانون بذلك<sup>(١)</sup>.

فعندما تحقق الشركة أرباحاً فإنها تقوم بالاحتفاظ بجزء تدعيم للاحتياطات لرأس مال الشركة والباقي يوزع فى شكل نقدية أو أسهم مجانية حيث يتم توزيعها على المساهمين بدون مقابل وهى صورة من صورة توزيع الأرباح وتوزع بنسبة مساهمة كل مساهم فى رأس المال قبل التوزيع<sup>(٢)</sup>.

فإذا كان الأصل أنه لا يمكن منح الأسهم إلا مقابل حصة مالية أو قيمة مالية، وهو ما تأخذ به معظم القوانين، حيث لا تسمح بمنح الأسهم دون مقابل، ولا فرق فى ذلك عموماً بين قوانين أوروبا وقوانين الدول الأنجلوسكسونية، إلا أن مصطلح Actions gratuite أو بالإنجليزية Bonus shares قد استعمل فى كل من أمريكا وإنجلترا للدلالة على هذه الأسهم المجانية التى توزع على المساهمين إذا كانت قيمتها مأخوذة من احتياطي الشركة كما يسمح القانون بذلك<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم. مرجع سابق- ص ٢٤٦.

(٢) انظر فى هذا د/ هشام زوين المحامى، وأ/ محسن زوين، وأ/ أحمد إسحاق- الموسوعة العملية فى تأسيس الشركات التجارية والمدنية وممارسات البورصة وهيئة سوق المال ومشكلات غسل الأموال فى ضوء الفقه والقضاء والتشريع والمحاماه- المجلد الرابع- البورصة وهيئة سوق المال ومشكلات غسل الأموال- مراكز محمود للإصدارات القانونية بالقاهرة- الطبعة الأولى سنة ٢٠٠٨م- ص ١٦، ١٧، ٤٩.

(٣) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٤٦.

## □ المطلب السابع

### أسهم التمتع - Action de jouissance

- يقصد بأسهم التمتع عموماً: هى تلك الأسهم المستهلكة، أى التى يعاد قيمتها إلى أصحابها أثناء حياة الشركة، أو دون الانتظار إلى موعد حل الشركة وتصفيتها، كما هى العادة بالنسبة للشركات المستثمرة لحق امتياز أو احتكار مرفق عام لمدة معينة<sup>(١)</sup>.



## □ الفصل الثانى

### تقسيم الأسهم من حيث ماليكها، وقابليتها

#### للتداول، والحقوق المتصلة بها

- تنقسم الأسهم من حيث ماليكها، أى من حيث المساهمين فى الشركة إلى أسهم المؤسسين، وأسهم المساهمين من غير المؤسسين، وإلى أسهم تمتع، وأسهم احتياطية، وأسهم عمل، وأسهم العاملين فى الشركة، وأسهم الخزانة أو الخزينة.

- كما تنقسم من حيث قابليتها للتداول أو الانتقال إلى الغير بطبيعتها إلى تقسيم يختلف باختلاف أنواع الأسهم، وبخاصة من حيث كونها أسهماً لحاملها، أو أسهماً إسمية، ومن حيث كون هذه الأخيرة أسهما حرة، وأسهماً مقيدة.

- كذلك تنقسم الأسهم من حيث الحقوق المتصلة بها إلى أسهم عادية، وأسهم ممتازة<sup>(٢)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا د/ اكرم عبد القادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- المرجع السابق نفس الموضع. وسيكون لنا عودة لدراسة هذا النوع من الأسهم بالتفصيل عند حديثنا عن أنواع الأسهم بالنظر إلى ماليكها فى المبحث الأول من الفصل الثانى من هذا البحث- ص ٩١.

(٢) انظر فى هذا د/ اكرم عبد القادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٤٧ وما بعدها.

وهو ما سنتناوله بالتفصيل فى ثلاثة مباحث على النحو التالى:

**المبحث الأول: تقسيم الأسهم من حيث ماليتها.**

**المبحث الثانى: تقسيم الأسهم من حيث قابليته انتقالها وتداولها.**

**المبحث الثالث: تقسيم الأسهم من حيث الحقوق المتصلة بها.**

## **المبحث الأول**

### **تقسيم الأسهم من حيث ماليتها**

- تنقسم الأسهم بالنظر إلى ماليتها، أى بالنظر للمساهمين فى الشركة إلى ستة أقسام، حيث تنقسم إلى أسهم رأس المال، وأسهم المؤسسين، وأسهم المساهمين من غير المؤسسين، وأسهم تمتع، وأسهم احتياطية، وأسهم عمل وأسهم العاملين فى الشركة، وأسهم الخزانة أو الخزينة.

ولتوضيح المقصود بهذه الأقسام بالتفصيل فإننا سنقسم هذا المبحث إلى

ستة مطالب على النحو التالى:

**المطلب الأول: أسهم رأس المال.**

**المطلب الثانى: أسهم المؤسسين وأسهم المساهمين من غير المؤسسين.**

**المطلب الثالث: أسهم التمتع.**

**المطلب الرابع: الأسهم الاحتياطية.**

**المطلب الخامس: أسهم العمل وأسهم العاملين فى الشركة.**

**المطلب السادس: أسهم الخزانة أو (الخزينة).**

## □ المطلب الأول

### أسهم رأس المال - Actions de Capital

- يقصد بأسهم رأس المال: الأسهم التى لا تستهلك قيمتها، أى يتسلم صاحبها قيمتها الإسمية<sup>(١)</sup> أثناء حياة الشركة، فيظل رأس المال قائماً داخلاً فى موجودات الشركة متصلاً بأموالها لحين انقضاء الشركة، سواء بالفسخ، أو بانقضاءها بأى سبب من أسباب الانقضاء، وهذا هو الأصل بالنسبة لجميع الأسهم وعند انقضاء الشركة فقط يتقاسم المساهمون أموال الشركة ويسترد كل منهم أسهمه فى رأس المال وكل ما يستحقه حسب نتيجة التصفية، لأن الاسترداد يؤدى إلى انخفاض رأس المال، وفيه اضعاف حقوق دائنى الشركة.

فالأصل أن الأسهم لا تستهلك طالما أن الشركة باقية على قيد الحياة، وذلك لأن السهم يمثل حصة الشريك فى الشركة، ومن ثم لا يكون له الحق أن يسترد حصته من الشركة، لأن حقه يتمثل فى أصول يتعذر تصفيتها لحساب أحد الشركاء، فضلاً عما يمكن أن يحقق بها فى هذه الحالة من أضرار، إلا أن الطريق ليس مغلقاً أمام الشركاء، إذ بوسع أى شريك أن يخرج

---

(١) القيمة الإسمية للسهم **Valeur nominale**: هى القيمة التى تكتب على ذات الصك، أى الشهادة المثبتة لقيمتها وفقاً للبيان المدون بها، ويقدر رأس مال شركة المساهمة على أساس القيمة الإسمية لمجموع الأسهم، ووفقاً لنص المادة ٢/٣١ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م تصدر الأسهم بقيمتها الإسمية ولا يجوز إصدارها بقيمة أدنى من قيمتها الإسمية وذلك سواء عند تأسيس الشركة أو عند زيادة رأسمالها إذ يكون عندئذ غير مكتتب فيها بالكامل. كذلك لا يجوز إصدار أسهم بقيمة أعلى من قيمته الإسمية إلا فى الأحوال وبالشروط التى تحددها اللائحة التنفيذية، ويقضى المشرع فى هذه الحالة أنه يجب أن تضاف هذه الزيادة إلى الاحتياطي. ومن المعلوم أن قيمة السهم يجب ألا تقل عن خمسة جنيهات ولا تزيد عن ألف جنيه (المادة ١/٣١ من القانون، والمادة ٧ من اللائحة التنفيذية. انظر فى هذا د/ سميحة القليوبى- الشركات التجارية - شركات التضامن والتوصية البسيطة والمحاصة والشركات ذات المسؤولية المحدودة والتوصية بالأسهم والمساهمة وفقاً لقانون الشركات الجديد رقم ٥٩ لسنة ١٩٨١م ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار رقم ٩٦ لسنة ١٩٨٢- دار النهضة العربية - الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨م. بند رقم ٣١٧- ص ٤٧٨، ٤٧٩.

من الشركة، ويصفي حصته عن طريق بيع أسهمه فى سوق الأوراق المالية وقتما يشاء دون الرجوع إلى باقى الشركاء<sup>(١)</sup>.

أما عن موقف الفقه الإسلامى من هذا النوع من الأسهم:  
فنظراً لأن الأصل هو بقاء السهم فى الشركة إلى وقت انقضائها، لأنها تمثل جزءاً من رأس مال الشركة فهذا النوع من الأسهم جائز شرعاً، ولا خلاف بين الباحثين المعاصرين فى إباحة هذا النوع من الأسهم<sup>(٢)</sup>.



## □المطلب الثانى

### أسهم المؤسسين، وأسهم المساهمين من غير المؤسسين

- يقصد بأسهم المؤسسين: هى تلك الصكوك التى لا تمثل نصيباً فى رأس المال على خلاف أسهم المساهمين وهى صكوك ليس لها قيمة إسمية وإنما تتمتع بقيمة فعلية تتحدد بناءً على ما يقرر لها من أرباح<sup>(٣)</sup>.

وتأكيداً لجدية مؤسسي الشركة المساهمة ونزاهتهم، وضماناً لحقوق بقية المساهمين من المكتتبين فى رأس مال الشركة ولصالح المتعاملين معها تخضع أسهم المؤسسين دون الأسهم العائدة لبقية المساهمين فى معظم القوانين إلى قيود معينة، كعدم جواز التصرف فيها خلال فترة معينة فى بداية عهد الشركة (سنتين عادة) أو إلى حين أول توزيع أرباح حقيقية على المساهمين.

وجدير بالذكر أنه يجب عدم الخلط بين أسهم المؤسسين بهذا المعنى وبين ما يسمى أيضاً فى بعض القوانين كما فى القانون الإنجليزى بأسهم

---

(١) انظر فى هذا د/ السيد حافظ خليل السخاوى- البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر. مرجع سابق ص ٣٨٦-٣٨٧، ود/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية- مرجع سابق - ص ٩٢-٩٣.

(٢) انظر فى هذا المرجعين السابقين - نفس الموضوع.  
(٣) انظر فى هذا د/ سميحة القليوبى - الشركات التجارية- شركات التضامن والتوصية البسيطة والمحاصة والشركات، ذات المسئولية المحدودة والتوصية بالأسهم والمساهمة وفقاً لقانون الشركات الجديد رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار رقم ٩٦ لسنة ١٩٨٢م دار النهضة العربية- الطبعة الثانية سنة ١٩٨٨م- بند رقم ٣٥٠- ص ٥٣٢.

لؤسسى Founders shares المعروفة فى معظم القوانين الأخرى باسم (حصص التأسيس) أو (حصص المؤسسين) والممنوحة المؤسسى الشركة مكافأة لهم على جهودهم التى أثمرت بتأسيس الشركة، كما سبق بيانه عند الحديث فى المبحث الثانى من الفصل الأول من هذا البحث عن تقسيم الأسهم بالنظر إلى طبيعة الحصص التى تمثلها<sup>(١)</sup>.

### □ المطلب الثالث

#### أسهم التمتع - Actions de jouissance

- يقصد بأسهم التمتع فى القانون الفرنسى والقوانين المقتسبة منه أو المستوحاة أحكامها منه كالقانون اللبنانى والقانون السورى، والقانون الاتحادى الإماراتى: هى الأسهم الممنوحة لأصحابها مقابل أسهمهم المستهلكة خصوصاً عند تخفيض رأس مال الشركة بإلغاء نسبة معينة من أسهمها. وهذه الأسهم واسعة الانتشار فى فرنسا وبعض الدول الأوروبية وغير الأوروبية على الرغم من عدم إبداء المشرعين فيها اهتماماً خاصاً بها وذلك للضرورات العملية التى دفعت وتدفع العديد من الشركات إلى إصدارها، ولتأييد الفقه والقضاء وتكريبهما لها<sup>(٢)</sup>.

وهذه الأسهم تمنح أصحابها حصة من أرباح الشركة، وتسمح لهم بالتصويت فى هيئاتها العامة وإن كانت لا تمنحهم الحق فى اقتسام موجودات الشركة عند تصفيتها، وقد جرت العادة على أن يجرى توزيع هذه الأسهم عن طريق القرعة سنوياً أو بمناسبات معينة، غير أنه منذ سنة ١٩٤٩م حرم المشرع الفرنسى هذه الطريقة وألزم الشركات بتوزيع الأسهم بين

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبدالقادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق - ص ٢٤٧. وانظر ما سبق ص ٥٠ وما بعدها

(٢) انظر فى هذا - de sola CANIZARES: " Etude sur Les Titres emis par Les Sociétés Par actions en droit compare" PARIS 1962, OP. Cit. P. 149. مشار إليه ببحث د/ أكرم عبد القادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق - ص ٢٤٩

المساهمين على وجه التساوى ودون أى تمييز بينهم، وقرر عقوبة الحبس لمن يخالف هذه الأحكام.

- وقد اتبع المشرع المغربى نفس هذا المنهج حيث نص فى المادة ٢٧٣ من قانون الشركات المساهمة لسنة ١٩٩٦م على منع استهلاك الأسهم عن طريق القرعة<sup>(١)</sup>، أما المشرع اللبنانى فإنه لم يذهب إلى هذا الحد وإنما اكتفى بتعديل المادة ١١٥ من قانون التجارة التى كانت تنص على أن (يحصل استرداد مبلغ الأسهم قبل حل الشركة بطريقة الاقتراع السرى)، لينص فيها بدلاً من ذلك على أن (يحصل الاسترداد وفقاً للطرق المنصوص عليها فى نظام الشركة والطرق التى تقرها الجمعية العمومية)<sup>(٢)</sup>.

- أما قانون الشركات التجارية الإماراتى (المادة ١٧١)، ونظام الشركات السعودى (المادة ١٠٤) فلا زالت طريقة القرعة هى المأخوذ بها فى كل منهما.

- أما القانون الألمانى فقد أجاز إصدار هذه الوثائق المعروفة فيه باسم (شهادات التمتع) والتى تمنح أصحابها حقوقاً مالية ولكن لا تمنحهم الحق فى التصويت فى الجمعية العمومية للشركة، وهذه الشهادات يمكن توزيعها على المساهمين الذين استهلكوا أسهمهم وبخاصة عند تخفيض رأس مال الشركة فتظهر عندئذ بمظهر أسهم تمتع، غير أن هذا القانون يجيز أيضاً توزيع شهادات تمتع لغير هذا السبب، سواء على المساهمين أو على غيرهم فتظهر فى هذه الحالة إما بمظهر حصص أو أسهم المؤسسين (أو حصص أو أسهم التأسيس)، وإما بمظهر حصص المنتفعين عموماً.

- وقد أخذ المشرع الإيطالى فى شأن أسهم التمتع أو ما يقابلها بنفس المفهوم الذى أخذ به المشرع الألمانى حيث أعطى المشرع الإيطالى فى التفنين

---

(١) وذلك على أساس أن الاستهلاك لا يتحقق إلا بالإرجاع المتساوى بالنسبة لكل سهم من أسهم الفئة الواحدة، انظر فى هذا د/ أحمد شكرى السباعى- الوسيط فى القانون التجارى المغربى والمقارن- مرجع سابق- ص ١٢٧.

(٢) قانون التعديل الصادر بتاريخ ١١/٢٣/١٩٤٨م.

المدنى الإيطالى الصادر سنة ١٩٤٢م لهذه الأسهم اهتماماً خاصاً بعد أن كانت موضع نقاش شديد بين الفقهاء الإيطاليين.

وبمقتضى هذه الأسهم فقد أعطى المشرع الإيطالى لأصحابها الحق فى تقاضى حصة من الأرباح وإن كانوا لا يستحقون هذه الحصة إلا بعد توزيع نسبة تعادل الفائدة بالسعر القانونى لأصحاب الأسهم غير المستهلكة، ولكنهم بالعكس يستحقون بالإضافة إلى ذلك حصة فى الباقى من موجودات الشركة إذا استعاد أصحاب الأسهم غير المستهلكة القيمة الإسمية لأسهمهم كاملة.

وإن كان هذا التشريع لم يمنحهم الحق فى التصويت فى الجمعية العمومية للشركة إلا على سبيل الاستثناء إذا ورد به نص صريح فى النظام الأساسى للشركة.

- أما المشرع الإشبانى فقد نص صراحة فى التشريع الصادر سنة ١٩٢١م على عدم تمتع أصحاب هذه الأسهم بالحق فى التصويت فى الجمعية العمومية للشركة، وإن كان لم يطلق عليها (أسهم تمتع) بل أطلق عليها (أذونات التمتع) لتمييزها عن الأسهم .

أما المشرع البلجيكى فعلى الرغم من أنه أجاز إصدار أسهم التمتع بمقتضى نص خاص فى المادة ٤١ من مجموعة قوانين الشركات التجارية البلجيكى مما أدى إلى انتشار هذه الأسهم عملياً إلا أنه لم يعن بتنظيمها تاركاً تحديد الحقوق المتصلة بها إلى ما يرد بشأنها فى نظام الشركة.

وبالعكس فقد تميز قانون الالتزامات السويسرى حينما نص فى المادة ٦٥٧ منه على جواز منح ما سماه (أذونات التمتع Bons de Jouissance) لمجموعة غير محدودة من الأشخاص منهم:

أولاً: المساهمون عند تخفيض رأس مال الشركة تعويضاً لهم عن الجزء الذى فقدوه من رأس مال الشركة، ولكن ذلك لا يتم إلا بعد تحسن أحوال الشركة.

ثانياً: دائنوا الشركة مقابل تنازلهم عن ديونهم لها.



ثالثاً: مؤسسو الشركة لقاء تحملهم مخاطر تأسيس الشركة.

رابعاً: أى شخص آخر تريد الشركة حثه على الاهتمام بأرباحها دون منحه صفة المساهم كالمخترعين والباحثين العاملين لديها.

وقد نصت المادة ٣/٦٥٧ من قانون الالتزامات، السويسرى على أن (هذه الأذونات لا تمنح أصحابها إلا حقاً فى اقتسام الأرباح والباقى فى موجودات الشركة عند تصفيتها أو الأفضلية فى الاكتتاب فى الأسهم الجديدة التى قد تصدرها الشركة مستقبلاً، ومع ذلك فإن هذه الحقوق ليست قليلة، بل قد تؤدى أحياناً إلى تمتع أصحاب (الأذونات) بما لا يتمتع به أصحاب أسهم رأس المال.

كما نصت المادة ٤/٦٥٧ من ذات القانون على أن يتكون من حملة أذونات التمتع هيئة خاصة على غرار هيئة حملة سندات القرض فيها (جماعة حملة السندات) وإن كان ذلك بالطبع لا يعنى إضفاء صفة المساهم عليهم أو اعتبارهم من دائنى الشركة، ولا أدل على ذلك من إمكان النص فى نظام الشركة على ربط أذونات التمتع بأسهم رأس المال بحيث إنها تكون ملحقه بها فلا يمكن التنازل عنها مستقلة عنها بما يعنى عدم اعتراف الشركة بعائدية هذه الأذونات لغير المساهم الذى يملك الأسهم الملحقه بها.

فقد اعتادت الشركات السويسرية على النص فى أنظمتها الأساسية على عدم تمتع أصحاب هذه (الأذونات) بصفة المساهم فيها، وعدم تمكينهم من التصويت فى الجمعية العمومية أو التدخل فى إدارتها.

كما اعتادت كذلك على النص فى أنظمتها الأساسية على حقها فى شراء هذه (الأذونات) الصادرة منها أو تعديل الحقوق المتصلة بها دون موافقة أصحابها ودون التزام منحهم أى تعويض مقابل ذلك<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٤٨ وما بعدها.

أما فى التشريع المصرى فقد أجازت المادة ١٨ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م للشركة أن تصدر أسهم تمتع، وحدد القانون الحالات التى يجوز فيها للشركة استهلاك أسهمها أثناء حياة الشركة وشروط ذلك.

فتقضى المادة ٣٥ من ذلك القانون بأنه... ( لا يجوز إصدار أسهم تمتع إلا بالنسبة إلى الشركات التى ينص نظامها على استهلاك أسهمها قبل انقضاء أجل الشركة بسبب تعلق نشاط الشركة بالتزام باستغلال مورد من موارد الثروة الطبيعية أو مرفق من المرافق العامة ممنوحة لها لمدة محدودة أو بوجه من أوجه الاستغلال مما يستهلك بالاستعمال أو يزول بعد مدة معينة، وتحول الأسهم التى يتم استهلاكها كلياً إلى أسهم تمتع.

ويستفيد أصحاب أسهم التمتع من جميع الحقوق التى يستفيد منها أصحاب الأسهم العادية- فى حدود ما يقضى به نظام الشركة- كالحق فى نصيب من الأرباح، أو حضور جلسات الجمعية العمومية ما عدا الحق فى استرداد قيمة السهم الإسمية عند تصفية الشركة، كما أن لأصحاب أسهم التمتع الحق فى نصيب من موجودات الشركة بعد أن يسترد أصحاب أسهم رأس المال القيمة الإسمية لأسهمهم.

كما يحق لأصحاب أسهم التمتع الاشتراك فى إدارة الشركة، فهذا حق لجميع الشركاء ويتعلق بالنظام العام فلا يجوز حرمانهم من إدارة الشركة بحجة استردادهم لقيمة السهم الإسمية، كما لا يجوز أن ينص على حرمانهم من الإدارة فى نظام الشركة<sup>(١)</sup>.

ويتم استهلاك الأسهم بإحدى الطريقتين الآتيتين حسبما يحدده نظام الشركة.

---

(١) انظر هذا د/ سميحة القليوبى - الشركات التجارية - مرجع سابق- بند رقم ٣٢١- ص ٤٨٦ وما بعدها، وأيضاً د/ أبو زيد رضوان د/ رضا السيد عبدالحميد - القانون التجارى- مرجع سابق- بند رقم ١٠٣ وما بعده- ص ٣٦١ وما بعدها، وأيضاً د/نادية محمد معوض- الشركات التجارية- مرجع سابق- ص ٣٠١ وما بعدها، ود/ فايز نعيم رضوان وآخرون- الوجيز فى القانون التجارى- مرجع سابق ص ٤٦٨ وما بعدها.

١- رد القيمة الإسمية للأسهم التى يتم اختيارها سنوياً بطريق القرعة حتى نهاية مدة الشركة.

٢- رد جزء من القيمة الإسمية لجميع الأسهم سنوياً بحيث يتم الاستهلاك الكلى على المدى الزمنى الذى يحدده نظام الشركة. وفى جميع الأحوال يجب أن يتم الاستهلاك والأداء على وجه المساواة بالنسبة لكل نوع من أنواع الأسهم<sup>(١)</sup>.

ويلاحظ أن الطريقة الأولى هى وحدها التى يترتب عليها إصدار أسهم تمتع، فأسهم التمتع لا تعطى إلا للمساهم الذى استهلكت أسهمه بالكامل، بأن يكون قد استرد القيمة الإسمية لأسهمه قبل نهاية مدة الشركة<sup>(٢)</sup>. أما عن حكم أسهم التمتع فى الفقه الإسلامى:

فقد اختلفت فيها وجهات نظر الباحثين المعاصرين على قولين:

**القول الأول:** يرى أصحابه أنه إذا كانت القيمة التى أعطيت للشريك عند

الاستهلاك هى القيمة الحقيقية للسهم فإن حصول هذا الشريك على أسهم تمتع يكون غير جائز، لأنه استوفى حقه من الشركة كاملاً، وتكون صلته بها قد انتهت، فلا وجه لاستحقاقه بعد ذلك شيئاً من ربح الشركة، لأن الربح لا يستحق إلا بالمال أو العمل، وهذا ليس منه الآن لا ربح ولا عمل، وعليه فإنه لا يصح شرعاً أن يحصل سهم تمتع فى هذه الحالة، ولا يحق له الاشتراك فى الجمعية العمومية، لأنه غير شريك.

وأما إن كانت القيمة التى حصل عليها أقل من قيمة أسهمه الإسمية فإن علاقته بالشركة لا تنتهى بل تظل قائمة، لأنه يبقى له حق فى موجودات الشركة وفى رأس مالها، فيكون له الحق فى الحصول على جزء

---

(١) انظر فى هذا د/ أحمد محمد محرز- القانون التجارى- مرجع سابق - بند رقم ٣٠٧- ص ٦٣٨ وما بعدها.

(٢) انظر فى هذا د/ حسام عيسى، ود/ إبراهيم شيلى- التنظيم القانونى لشركات المساهمة- مرجع سابق، بند رقم ٥٠٠ - ص ٢٢١.

من أرباح الشركة، حتى ولو كان أقل من أرباح أولئك الذين لم تستهلك أسهمهم، وإنما استحق هذا الجزء من الربح لماله من باقى قيمة السهم<sup>(١)</sup>.  
القول الثانى: ويفضل أصحابه القول على النحو التالى:

إن الاستهلاك فى أسهم التمتع هو - فى حقيقة الأمر - استهلاك صورى لا حقيقى، وذلك لأن الذى يأخذه المساهمون فى مقابل أسهمهم أو فى مقابل أجزاء منها هو حقهم فى الربح وليس شيئاً آخر، فهم إنما يأخذون حقوقهم، وما يسمى بالاستهلاك لا وجود له فى حقيقة الأمر لأن السهم يظل باقياً على ملك صاحبه، وليس هناك طريق شرعى يدل على اعتباره بائعاً أو مسقطاً، فيبقى السهم على ملك صاحبه إلى أن تصفى الشركة فيؤول إليه من موجودات الشركة ما يخص سهمه منها أو يهبه إلى الدولة إن شرط فى الشركة أنها تؤول إلى ملك الدولة وهو ما يعرف بشركات الامتياز، إذن فالحكم على الأسهم بالاستهلاك هو حكم قانونى لا شرعى، وكل ما يأخذه الشركاء من الربح فهو حقهم، سواء أخذوه فى صورة ربح أم فى صورة ثمن للأجزاء المستهلكة من الأسهم.

وبناءً على ذلك فإن استهلاك الأسهم عن طريق رد قيمة السهم الذى يتم اختياره سنوياً بطريق القرعة حتى نهاية مدة الشركة غير جائز شرعاً، وذلك لأن استهلاك السهم فى مقابل جزء من الربح لا يمكن تصويره بيعاً وإلا كان البائع قد أخذ الثمن من عين ماله، وإن قلنا إنه تنازل من أصحاب أسهم التمتع فإن كان هذا التنازل لمصلحة باقى الشركاء فهذا غير جائز أيضاً لأن فيه إضراراً بمصلحة بعض الشركاء لحساب الآخرين، فهو إما إضرار بمصلحة أصحاب أسهم التمتع إن كانت الشركة رابحة، وإما إضرار بمصلحة أصحاب أسهم رأس المال إن كانت الشركة خاسرة، وعلى كل حال فإن

---

(١) انظر فى هذا د/ عبد العزيز الخياط - الشركات فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - مرجع سابق ص ٢٢٤ وما بعدها وأيضاً د/ محمد فتح الله النشار - التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية - مرجع سابق - ص ٩٥ وما بعدها.

إصدار هذا النوع من الأسهم فيه إحجاف وظلم إما بأصحاب أسهم التمتع وإما بأصحاب أسهم رأس المال.

فإن كانت المصلحة كما تراها الشركة فى استهلاك جزء من الأسهم فلماذا اختص بها طائفة من الشركاء دون الآخرين؟ ومن ثم فإن الأصل أن يبقى السهم لصاحبه مدة قيام الشركة إلى أن تنتهى بالتصفية فتؤول موجوداتها إلى الشركاء سواء قلت أم كثرت أم انعدمت، أو يهبه للدولة إن شرط فى نظام الشركة أنها تؤول إلى الدولة بعد انتهاء عقدها.

وأما إذا كان استهلاك السهم عن طريق استهلاك نسبة معينة من قيمة السهم كل عام بشكل تدريجى، بحيث يتم الاستهلاك الكلى على المدى الزمنى الذى يحدده نظام الشركة فهذا جائز شرعاً، حيث لا مانع يمنع من هذا شرعاً ما دام أن هذا ينطبق على جميع المساهمين، ولكن لا يجوز أن يترتب على استهلاك الأسهم وجود أسهم تمتع، وإنما يبقى جميع المساهمين مساهمين عاديين لهم كامل حقوق المساهم.

### الترجيح:

وبالنظر إلى القولين السابقين فى بيان موقف الفقه الإسلامى من أسهم التمتع فإن يمكن القول بأنه لا مرجح لأحدهما على الآخر ولكن كل منها يكمل الآخر ويمكن الجمع بينهما على النحو التالى:

إذا استرد المساهم قيمة أسهمه الحقيقية فىرى أصحاب القول الأول أنه لا يجوز له الحصول على أسهم تمتع، حيث لا مال له ولا عمل، ويرى أصحاب القول الثانى أنه لا يجوز ذلك بشرط أن ينطبق هذا الاستهلاك على جميع الشركاء، بل يبقى الشركاء شركاء عاديون إلى أن تنتهى الشركة، لا ميزة لأحدهما على الآخر.

وينفرد أصحاب القول الأول: بأن المساهم إذا لم يسترد كامل قيمة أسهمه فلا تنتهى علاقته بالشركة، وإنما يظل شريكاً بنسبة ما تبقى له من قيمة الأسهم، وأعتقد أن هذا هو محض العدل حتى لا يضيع على أحد حقه.

بينما ينفرد أصحاب القول الثانى: بأنه إذا تم استرداد قيمة بعض الأسهم إلى أصحابها عن طريق القرعة، فإن هذا غير جائز شرعاً لما فيه من إضرار بمصلحة أصحاب أسهم التمتع، أو أصحاب أسهم رأس المال ولما فيه من التفريق بين المتماثلين من الشركاء دون وجه حق، وهذا لا يجوز، واعتقد أن أصحاب القول الأول لا يعارضون فى هذا الحكم.

ومن ثم يتبين لنا أن ما ذهب إليه أصحاب القولين ينخرط فى عقد واحد<sup>(١)</sup>.

## □ المطلب الرابع

### الأسهم الاحتياطية

- يقصد بالأسهم الاحتياطية: هى تلك الأسهم التى تكون فى الظاهر عائدة للغير ولكنها فى الحقيقة تعود للشركة نفسها أو لمشروع تابع لها<sup>(٢)</sup>.

وذلك بأن يدفع أعضاء مجالس إدارة الشركات أشخاصاً آخرين إلى الاكتتاب فى الأسهم الجديدة التى تصدرها الشركة بدفع الحد الأدنى فقط من قيمتها لتمكينهم من حضور اجتماعات الجمعية العمومية والتصويت فيها وفقاً للتعليمات الصادرة إليهم من أعضاء مجلس الإدارة، فيضمنون بهذه الطريقة السيطرة على الشركة.

ومع أن هذه الأسهم يكون الغرض منها هو عادة الالتفاف على القانون، لأن الشركة تصوت لنفسها عن طريق أسهم عائدة لها فى الحقيقة وخاضعة لسيطرتها، فإنها تمتاز فى مقابل ذلك بتمكين الشركة من زيادة رأس مالها بسهولة متناهية عن طريق بيع الأسهم المذكورة التى لم يدفع عنها غير الحد الأدنى من قيمتها.

---

(١) انظر فى عرض هذه الآراء بالتفصيل د/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية- مرجع سابق- ص ٩٥ وما بعدها.

(٢) انظر فى هذا د/ أكرم عبدالقادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٥٢.

وهذه الأسهم الاحتياطية تسمى أيضاً بأسهم الرصيد، أو أسهم الحماية، وقد جرى التعامل بها بصورة خاصة فى ألمانيا باسم VORRATSAKTIE وقد ذاع استعمالها فى فترة التضخم المالى التى أعقبت الحرب العالمية الأولى. وقد أثير بشأن هذه الأسهم الكثير من الجدل بين الفقهاء حتى اعترفوا بمشروعيتها بعد تردد طويل، إلا أن إساءة استعمالها عملياً قد أثارت ضجة ورد فعل شديدين حتى اضطر المشرع الألمانى سنة ١٩٣٣م إلى تقييد استعمالها إلى درجة لم يعد فيها بالإمكان استخدامها بالشكل الذى كان قد جرى التعامل عليه سابقاً، حيث حرم هذا القانون من يكتتب بأسهم الشركات لحسابها ولحساب المشروعات التابعة لها من الاكتتاب بهذه الأسهم لحسابه الخاص، أو التمسك بالاتفاق المبرم بينه وبين الشركة أو المشروع التابع لها مما يجعله مسئولاً شخصياً عن قيمة الأسهم بكاملها مسئولية التاجر الظاهر الذى يعمل لحساب تاجر مستتر خلفه، كما حرمه هذا القانون من ممارسة حق التصويت بموجب هذه الأسهم باعتبار أن ذلك نتيجة منطقية لعدم ملكية لها بصفة شخصية (المادة ١/٥١ من القانون).

وبهذا يكون المشرع قد فوت على كل من الشركة والمساهم الظاهر الذى يأتى بأوامرها فيكتتب باسمها ولحسابها الغرض الذى يسعون إليه. هذا بالإضافة إلى أن المادة ٢/٥١ من ذات القانون لا تجيز للشركة التابعة أو الفرعية الاكتتاب فى أسهم الشركة الأم أو الأصلية (أى القابضة) المسيطرة عليها على الرغم من أن المنع لا يؤثر فى صحة هذا الاكتتاب وإنما يودى فقط إلى مسئولية المدير لمخالفتهم أحكام القانون.

أما فى حالة تملك أسهم الشركة عن طريق الاكتتاب فيها فإن الأحكام التى تكون واجبة التطبيق فى هذه الحالة هى الأحكام الخاصة باكتساب الشركة لأسهمها تطبيقاً لما نصت عليه المادة ٦٥ من قانون الشركات بالأسهم الصادر سنة ١٩٣٧م.

كما نصت المادة ١١٤ من ذات القانون على أن الأشخاص الذين يملكون أسهماً لحساب الشركة يكونون محرومين من ممارسة حق التصويت فى جميعتها العمومية<sup>(١)</sup>.

## □المطلب الخامس

### أسهم العمل، وأسهم العاملين فى الشركة

- يقصد بأسهم العمل: هى تلك الأسهم الممنوحة للعاملين فى الشركة بغية تمكينهم من اقتسام أرباحها<sup>(٢)</sup>، ويطلق عليها فى القانون الفرنسى Les actions des salaries، وقد نظمها قانون الشركات الفرنسى الصادر سنة ١٩٦٦م بالبواب السادس منه، وهى أسهم تصدر دون قيمة، ولا يجوز تداولها ولا تدخل فى تكوين رأس المال، وتقرر لصالح العاملين دون مقابل على النحو الوارد بنظام الشركة، وتشترط اللائحة التنفيذية فى المادة ٢٥٢ منها شروط وإجراءات اختيار طريق اشتراك العاملين فى الإدارة على أساس تملكهم لأسهم العمل، وذلك تشجيعاً للعاملين فى الشركة للاستمرار بالعمل بالشركة وبذل أقصى جهد، وإنفاق كل طاقاتهم وخبراتهم باعتبار أنهم شركاء لا أجراء فيرتفعون بالشركة إلى المستوى الذى يحقق النتائج الاقتصادية المرموقة.

الحكم من حظر تداول أسهم العمل المخصصة للعاملين بالشركة طوال مدة الشركة هى الحرص دائماً على أن تكون مملوكة للعاملين بالشركة دون غيرهم حتى يمكن أداء الوظيفة التى أنشئت من أجلها وخصت هذه الأسهم وهى مشاركة العاملين فى إدارة المشروع<sup>(٣)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٥٢، ٢٥٣.

(٢) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق - ص ٢٥٣.

(٣) انظر فى هذا د/ سميحة القليوبى- الشركات التجارية مرجع سابق. بند رقم ٣٤٥ - ص ٥٢٢.



أما أسهم العاملين: فيقصد بها الأسهم التى تقوم الشركة بتوزيعها على العاملين لديها أو لدى المشروعات التابعة لها، ولا يكون هذا التوزيع مجاناً كما فى أسهم العمل عادة، وإنما يكون عن طريق منح العاملين تسهيلات خاصة للاكتتاب فى أسهم الشركة، كإجراء تخفيض فى قيمتها بالنسبة لهم أو منحهم آجالاً لتسديدها أو امتيازاً فى الأرباح المستحقة بموجبها.

وهذه الأسهم تنص عليها بعض القوانين وبخاصة عدد من قوانين الولايات المتحدة الأمريكية التى تنص على إمكانية إصدارها باسم Employee shares، وقد انتشرت هذه الأسهم انتشاراً واسعاً بعد الحرب العالمية الأولى ولغاية الأزمة المالية الكبرى سنة ١٩٢٩م حيث بدأ الاهتمام بها يتضاءل تدريجياً على الرغم من الفوائد التى يمكن تحقيقها عن طريق هذه الأسهم وبخاصة تقليل حدة الصراع الطبقي بين العمال وأصحاب رؤوس الأموال وأرباب العمل، لأن هذه الأسهم يعييبها ما قد يصيب أصحابها من أضرار عند خسارة الشركة وإفلاسها وفقدانهم بالتالى مدخراتهم المستثمرة فيها فى اللحظة التى يكونون فى أشد الحاجة إليها، ثم إن النقابات والمنظمات العالمية لا تنظر عادة إلى هذه الأسهم بعين الارتياح، فلا تشجع أعضائها على اقتنائها<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق - ص ٢٥٣، ٢٥٤ وأيضاً

-LEPARGNEUR "Les sociés Commerciales aux Etats- Unis d'Ameriqu"  
PARIS 1951, OP. Cit, P.191.

مشار إليه ببحث د/ أكرم عبد القادر ياملى السابق ذكره- هامش رقم ٣٣- ص ٢٥٤.

## □ المطلب السادس

### أسهم الخزانة أو (الخزينة)

- يقصد بأسهم الخزانة أو الخزينة: هى تلك الأسهم التى تقوم بشرائها الشركة مصدرة الأسهم سواء كانت شركة مساهمة مغلقة أوراق اكتتاب عام أو شركة توصية بالأسهم، وتسمى الأسهم بعد شرائها باسم الخزينة — الأسهم المملوكة للشركة<sup>(١)</sup>.

فالذى يحدث عملاً أنه بدلاً من أن تلجأ الشركة إلى إلغائها فإنها تكتسب ملكيتها وتحتفظ بها لبيعها مستقبلاً، وهى لهذا السبب لا تمنح أى حق فى التصويت أو من الأرباح طيلة بقائها بيد الشركة<sup>(٢)</sup>.

ولقد اثار موضوع شراء الشركة لأسهمها نقاشاً كبيراً فى الفقه والقضاء نظراً لأنه يعتبر من المسائل الشائكة التى تعتبر سلاحاً ذا حدين بأيدي الشركة، لأنها تجمع فى ذاتها منافع ومساوئ قانونية واقتصادية فى آن واحد فهى قد تكون خطره جداً ليس بالنسبة لدائنى الشركة أو المساهمين فيها فقط وإنما أيضاً بالنسبة للشركة نفسها بحسب الهدف الذى تريد تحقيقه من وراء هذه العملية أو الطريقة التى تسلكها فى تحقيقها مما جعل المشرعين ينظرون إليها نظرة تشكك وحذر، وإن كان بعضهم قد سمح بإجرائها بشروط معينة<sup>(٣)</sup> كما هو الحال بالنسبة للمشرع المصرى، حيث نصت المادة ١/٤٨ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م على أنه (إذا حصلت الشركة بأية طريقة على أسهمها فلا يجوز لها استهلاكها إلا فى حالة إنقاص رأس المال وباتباع الإجراءات المقررة لذلك).

---

(١) انظر فى هذا د/ هشام زوين المحامى وآخرون- الموسوعة العملية فى تأسيس الشركات التجارية والمدنية- مرجع سابق- ص ١٦ ، ٤٩.

(٢) انظر فى هذا د/ أكرم عبدالقادر ياملى- اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم- مرجع سابق- ص ٢٥٤.

(٣) انظر فى هذا د/ أميرة صدقى- النظام القانونى لشراء الأسهم من جانب الشركة المصدرة لها- القاهرة سنة ١٩٩٣- ص ١٢٧ وما بعدها.

ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه (ويتعين على الشركة أن تتصرف فى هذه الأسهم للغير فى مدة أقصاها سنة من تاريخ حصولها عليها).

أما موقف الفقه من هذه المسألة فقد اختلف فيه موقف الفقهاء ما بين مؤيد ومعارض، ففى حين ينتقد بعض الفقهاء ومنهم الفقيه الفرنسى ريبير RIPERT مصطلح (الشراء) أو (إعادة الشراء) على أساس أن الشركة لم يسبق لها بيع الأسهم حتى يمكن الكلام على شرائها، ويأتى انتقاد ريبير من نظرتة إلى شركة المساهمة باعتبارها (منظمة) أو (مؤسسة) وليس عقداً، وباعتبار الاكتتاب فى الأسهم عملاً قانونياً وليس انضماماً إلى عقد.

نجد أن فقيهاً آخر وهو جان إسكارا Jean ESCARRA يجيب على هذا الانتقاد بأنه وإن كان صحيحاً إلا أنه لا ضير من استعمال كلمة (الشراء) أو (إعادة الشراء) أبداً، لكون المقصود بها هو التملك أو الوصول إلى حق بمقابل ليس إلا.

ومع ذلك فالملاحظ أن بعض المشرعين قد احترسوا فتفادوا كلمة (الشراء) أو (إعادة الشراء) فى هذا الصدد، ومنهم المشرع السويسرى الذى استعمل كلمة (إعادة الشراء) فى تقنين الالتزامات القديم (المادة ٦٢٨) لكنه ما لبث أن أثر الاستعاضة عنها بكلمة (تملك) أو (اكتساب acquisition) الأوسع معنى فى التقنين الجديد (المادة ٦٥٩ منه) <sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى: اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق - ص ٢٥٤-٢٥٥.

## المبحث الثانى

### تقسيم الأسهم من حيث قابلية انتقالها أو تداولها

إن الأسهم فى شركات المساهمة قابلة للتداول بالطرق التجارية شأنها فى ذلك شأن باقى الصكوك التى تصدرها هذه الشركات، وهذا يعد من أهم الخصائص الجوهرية والبارزة للأسهم، فالتصرف فى هذه الأسهم لا يخضع للإجراءات المقررة فى القانون المدنى لحالة الحقوق، فانتقال الحق بطريق الحوالة المدنية يشترط فيه قبول المدين للحوالة أو إعلانه بها، وإذا انتقل الحق بقبول المدين للحوالة فإنه يشترط - فى نفاذها فى حق الغير - أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ، ويؤدى عدم اتباع هذه الإجراءات فى انتقال الأسهم إلى سهولة تداولها مما يتفق وطبيعتها الاقتصادية<sup>(١)</sup>.  
وتختلف طريقة تداول الأسهم حسب الشكل الذى يتخذه وذلك على النحو التالى :

أ- تداول السهم الإسمى (Action nominative) :

فإذا كان السهم إسمياً: أى يحمل اسم صاحبه فإن تداوله يكون بطريق القيد فى السجل المخصص لذلك .  
ووفقاً لأحكام القانون المصرى أصبح لزاماً أن يكون شكل السهم إسمياً وفقاً لنص المادة ١/٣١ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م التى نصت صراحة على أن (يقسم رأسمال الشركة إلى أسهم إسمية متساوية القيمة)، وبالتالي فإن تداولها يكون عن طريق نقل القيد فى سجل المساهمين الخاص بذلك والذى يجب أن تعده الشركة وفقاً لأحكام المادة ٦/٧٥ من ذات القانون<sup>(٢)</sup> .

---

(١) انظر فى هذا د/ سميحة القليوبى - الشركات التجارية - مرجع سابق - بند رقم ٣٢٥ - ص ٤٩٣ .  
(٢) ويقابل هذه المادة فى التشريع العراقى المادة ٧٥ من قانون الشركات التجارية العراقى، والمادة ٢/١٤٥ من القانون التجارى السورى، والمادة ١٠٤ من القانون التجارى اللبنانى، والمادة ١٣٤ من قانون الشركات التجارية الكويتى، والمادة ٢٦ من قانون الشركات التجارية الفرنسى، والمادة ٦٨، ٦٧ من قانون شركات الأسهم الألمانى - انظر فى هذا د/ أبو زيد رضوان، ود/ رضا السيد عبد الحميد - القانون التجارى - مرجع سابق - هامش رقم ١ - ص ٣٦٨ .

ب- أما إذا كان السهم للأمر أو للإذن (Action à Ordre) :

وهو السهم الذى يصدر لأمر أو لإذن شخص معين فإن تداوله يكون عن طريق التظهير، أى الكتابة على ظهر الصك بما يفيد نقل ملكيته كالأوراق التجارية، وذلك دون حاجة للرجوع إلى الشركة .

ويعد صدور الأسهم فى هذا الشكل نادراً، كما أنه غير منصوص عليه فى القانون المصرى<sup>(١)</sup> .

ج- وأما إذا كان السهم لحامله :

وهو السهم الذى لا يذكر فيه اسم المساهم، وإنما يصدر للحامل ويحمل رقماً مسلسلاً لتمييزه عن غيره من الأسهم الأخرى، فإن تداوله يكون بمجرد التسليم اليدوى، أو المناولة اليدوية من بائع السهم إلى المشتري الجديد دون حاجة إلى إجراء معين، حيث أن السهم لحامله يعتبر بمثابة منقول مادي يطبق بشأنه قاعدة (الحيازة فى المنقول سند الملكية)، لأن الحق الثابت فى السهم يندمج فى الصك ذاته فتصبح حيازة الصك دليلاً على ملكية الحق .

ووفقاً لتشريع الشركات المصرى الحالى لايجوز أن تصدر أسهم شركات المساهمة فى شكل أسهم لحاملها، وذلك على عكس تشريع الشركات الفرنسى حيث تجيز المادة ٢٦٥ من قانون سنة ١٩٦٦م لشركات المساهمة إصدار أسهم لحاملها<sup>(٢)</sup> .

أما عن حكم تداول الأسهم فى الفقه الإسلامى :

فقد اختلف الفقهاء والباحثون المعاصرون فى حكم تداول الأسهم على قولين :

- القول الأول: وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء المعاصرين حيث يرون جواز إصدار وتداول الأسهم .

---

(١) يجدر القول بأن التظهير هو وسيلة لتداول الأسهم فى القانون الألمانى وفقاً لحكم المادة ٦٨ من قانون شركات الأسهم، وتسرى على التظهير أحكام التظهير فى الكمبيالة ويجب قيده فى سجل الأسهم، انظر فى هذا د/ أبو زيد رضوان، ود/ رضا السيد عبد الحميد - القانون التجارى - مرجع سابق - هامش رقم ١ - ص ٣٦٧، وأيضاً د/ سميحة القليوبى - الشركات التجارية - مرجع سابق - بند رقم ٣٢٨ - ص ٥٠٠، ٥٠١ .

(٢) انظر فى هذا د/ سميحة القليوبى - الشركات التجارية - مرجع سابق - بند رقم ٣٢٧ - ص ٤٩٩، ٥٠٠ .

- القول الثانى: وهو ماذهب إليه الشيخ تقى الدين النبهانى حيث يرى عدم صحة تداول أسهم شركات المساهمة.

أدلة القول الأول: وقد استدل أصحاب القول الأول على ما ذهبوا إليه من جواز تداول الأسهم بكافة وسائل التداول بالأدلة الآتية :

أولاً: جواز تجزئة رأس مال الشركة إلى أجزاء متساوية يصطلح عليها الشركاء بحيث يكون كل شريك مالكا لجزء أو أكثر من هذه الأجزاء يسمى بالسهم، وهو عبارة عن جزء شائع من مجموع رأس المال يجوز التعامل عليه، فيجوز لأحد الشركاء أن يبيع حصته فى الشركة إلى شريكه، كما يجوز له أن يبيعها لأجنبى .

يقول الإمام ابن قدامة (وإن اشترى أحد الشريكين حصة شريكه منه جاز، لأنه يشتري ملك غيره)<sup>(١)</sup>.

ويقول الإمام ابن عابدين نقلاً عن ابن نجيم أنه قال (إذا باع أحد الشريكين فى البناء والغراس فى الأرض المحتكرة حصته من أجنبى، هلى يجوز البيع منه أم لا ؟ أجاب نعم يجوز، وكذا من الشريك)<sup>(٢)</sup>.

ثانياً: عموم قول الله تعالى ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾<sup>(٣)</sup>، حيث دلت هذه الآية الكريمة على حل البيع ومشروعيته، والتداول عبارة عن انتقال السهم من شخص لآخر بالبيع أو بغيره من التصرفات الناقلة للملكية فهو حلال، وخاصة وأن هذا التداول يندرج تحت القاعدة الشرعية (الأصل فى العقود الإباحة إلا ما دل الشرع على تحريمه)، وليس فى قواعد الشريعة ما يمنع من بيع الأسهم وتداولها، بل إن الثابت من نصوص الفقهاء السابقة جواز هذا التداول .

(١) انظر فى هذا المعنى لابن قدامة .

(٢) انظر فى هذا حاشية رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين - ج ٣ - ص ٣٣٤ .

(٣) سورة البقرة من الآية رقم ٢٧٥ .

أدلة القول الثانى: بينما استدل أصحاب القول الثانى على ما ذهبوا إليه من عدم صحة تداول الأسهم بما يلى:

أولاً: أنه يشترط لصحة عقد البيع أن يكون المبيع معلوماً، وبالتالي فإن بيع المجهول لا يصح، وتداول الأسهم من هذا القبيل، حيث أن المشتري لا يعلم حقيقة محتواها، كما أن الأصل فى البيوع أن يحاط المشتري علماً بحقيقة ما اشتراه وإلا كان فيه غرر، وهو منهي عنه شرعاً .

ثانياً: أن هذا البيع باطل لعدم تطبيق قواعد الصرف فيه، حيث أن الأسهم تتكون من النقود والعروض، وبيعها يعنى بيع جزء من الأصول وجزء من النقود، ويلزم بذلك تطبيق التماثل والتقابض فى المجلس بين الجنس الواحد، والتقابض فيه عند اختلاف الجنس، وهو ما لا يحدث .

- وقد نوقش الدليل الأول: بأن الجهالة المانعة من صحة العقد هى الجهالة الفاحشة التى تؤدى إلى النزاع، أما الجهالة اليسيرة فهى مغتفرة، وبيع الأسهم من هذا النوع الأخير حيث أن الجهالة والغرر يكادان يكونان منتفيين، وذلك لمعلومية موقف الشركة ومركزها المالى، فإنهما يعرضان فى صورة ميزانية تنشر دورياً، وكذلك يتم نشر أسعار الأسهم يومياً، وبالتالي فإن المشتري يكون على علم تام بقيمة وحقيقة الأسهم، فأين الجهالة إذن ؟

- كما نوقش الدليل الثانى: بأن السهم يمثل العروض والموجودات العينية للشركة فى الأصل، وأما وجود النقود فيه فإنه يأتى تبعاً غير مقصود، ويغتفر فى التابع ما لا يغتفر فى الأصل .

- ومن ناحية أخرى فإن مثل هذا البيع يمكن أن يقاس على باب التخارج فى الميراث، حيث أنهما يتشابهان إلى حد كبير، يقول الإمام الحصفى (إذا أخرجت الورثة أحدهم عن الشركة وهى عرض أو عقار، بمال أعطوه له، أو أخرجوه عن شركة هى ذهب بفضة دفعوها له أو بالعكس صح فى الكل

للجنسين بخلاف جنسه، قل ما أعطوه أو كثر، لكن بشروط التقابض فيما هو صرف<sup>(١)</sup>.

### الرأى الراجح:

وبعد عرضنا لأقوال الفقهاء فيما يتعلق بمدى جواز تداول الأسهم فإنه يتضح لنا أن الرأى الراجح هو الرأى الأول القائل بجواز تداول الأسهم بكافة وسائل التداول، لأنه الأقرب إلى مقاصد الشريعة لقوة أدلته، ولإمكان الرد على أدلة المذهب الثانى، ولأن هذا الرأى الثانى يؤدى إلى التضيق على الناس، فالناس فى حاجة ماسة فى هذا الزمان إلى مثل هذا التعامل وهو التداول<sup>(٢)</sup>.

وجدير بالذكر أن التنازل عن الأسهم عن طريق التداول يعتبر من الحقوق الأساسية والجوهرية للمساهم، ومن الأصول التى تقوم عليها شركات المساهمة، ويقع باطلاً الحظر المطلق للمساهم على تداول أسهمه حتى ولو نص على هذا الحظر فى النظام الأساسى للشركة، أو صدر قرار بذلك من الجمعية العامة للمساهمين، ولعل التنازل عن الأسهم وتداولها يعد من أسباب نجاح شركات المساهمة وانتشارها بسبب ما يراه المساهمون من سهولة بيع أسهمهم كلما أرادوا أو أعوزتهم الحاجة إلى ذلك.

ويقتضى التنازل أن يحصل المساهم على قيمة أسهمه وقت التنازل دون أن يترتب على ذلك ضرر للشركة أو المتعاملين معها وذلك لأن الشركة فى هذه الحالة لا ترد للمساهم المبلغ الذى ساهم به فى رأس مالها ولكنها تقبل حلول مساهم جديد محل المساهم الذى تنازل عن أسهمه.

غير أن ذلك لا يمنع من وضع قيود اتفاقية على التداول يقدرها المؤسسون ويوافق عليها المكتتبون لتنظيم هذا التداول دون الوصول إلى حد إلغائه، فضلاً عن القيود التى يفرضها المشرع حماية للغير من التجاء المؤسسين

---

(١) انظر فى هذا الدر المختار شرح تنوير الأبصار مع رد المختار. للحصكفى. طبعة مصطفى البابى الحلبي - ج ٥ - ص ٦٤٢.  
(٢) انظر فى عرض هذه الآراء بالتفصيل د/ محمد فتح الله النشار - التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية - مرجع سابق ص ١٦ وما بعدها.



إلى التنازل عن أسهمهم بعد تأسيس الشركة مباشرة وفى وقت يكون الجمهور فيه قد وقع فى شرك الدعاية الصاخبة، بل وأحياناً الكاذبة التى تصاحب عادة تأسيس هذه الشركات، ثم يفاجأ بتدهور أحوال الشركة المالية، أو عدم جدية المشروع، كذلك القيود التى تفرض على تداول أسهم أعضاء مجلس الإدارة، وهى الأسهم التى يطلق عليها (أسهم الضمان)<sup>(١)</sup>.

وباستقراء قانون الشركات ولأئحته التنفيذية نجد أن هذه القيود على نوعين، بعضها قانونى، والآخر اتفاقى، وسنتناول شرح هذه القيود تباعاً على النحو التالى :

### أ- القيود القانونية :

أورد القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م مجموعة من القيود على تداول الأسهم، وهى قيود تهدف إلى الاستزادة من ضمانات المساهمين والغير فى مواجهة القائمين على إدارة الشركة، وقد سائر المشرع المصرى بذلك الكثير من التشريعات العربية<sup>(٢)</sup> والأجنبية المقارنة<sup>(٣)</sup>، وتتمثل هذه القيود فيما يلى :

- القيد الأول: يتعلق بشهادات الاكتتاب والأسهم النقدية :

إذ أنه وفقاً لنص المادة ٤٦ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م لا يجوز تداول شهادات الاكتتاب والأسهم النقدية بأزيد من القيمة التى صدرت بها مضافاً إليها — عند الاقتضاء — مقابل نفقات الإصدار، وذلك فى الفترة السابقة على قيدها فى السجل التجارى بالنسبة إلى شهادات الاكتتاب، أو فى الفترة التالية

---

(١) انظر فى هذا د/ أبو زيد رضوان، ود/ رضا السيد عبد الحميد- القانون التجارى — مرجع سابق — بند رقم ١٠٦ - ص ٣٦٦، ٣٦٧.

(٢) انظر فى هذا المادة ٧٤/ب شركات تجارية عراقى، والمادة ١٣٢ تجارى سورى، والمادة ٨٩ تجارى لبنانى، والمادة ١٠٦، والمادة ١٣٩ من قانون الشركات التجارية الكويتى .

(٣) انظر المادة ٢٧٨ شركات تجارية فرنسى، ولا يبدو أن المادة ٦٨ من قانون شركات الأسهم الألمانى أنها تضع قيوداً على تداول الأسهم .

انظر فى هذا د/ أبو زيد رضوان، ود/ رضا السيد عبد الحميد، القانون التجارى — مرجع سابق، هامش رقم ٢، ٣ - ص ٣٧٠ .

للقيد حتى نشر حساب الأرباح والخسائر عن سنة مالية كاملة بالنسبة للأسهم .

ومرد هذا الحظر هو أن بعض المؤسسين يقومون عند تأسيس الشركة بدعاية مغرضة، ويبالغون فى بيان أغراض الشركة وغاياتها، ثم يطرحون شهادات الاكتتاب أو الأسهم فى السوق فيقبل عليها المكتتبون وتباع بأكثر من قيمتها الحقيقية تحت تأثير الدعاية الضخمة التى قام بها المؤسسون، ثم تتضح الحقيقة بنشر نتيجة أعمال الشركة فتنهار قيمة الأسهم، ولذلك حظر المشرع تداول شهادات الاكتتاب أو الأسهم فى الفترة المحددة بأزيد من قيمة الإصدار حتى تتضح حقيقة الشركة، وإنما يجوز تداول شهادات الاكتتاب والأسهم حتى فى هذه الفترة بالقيمة التى صدرت بها فقط مضافاً إليها مقابل نفقات الإصدار .

وتجدر الإشارة إلى أن النص قد أشار إلى عدم جواز تداول شهادات الاكتتاب ولا الأسهم النقدية... إلخ، ومؤدى هذا أن الحظر مقصور فقط على التداول أى على نقل ملكية الشهادات والأسهم النقدية بطبق القانون التجارى الخاصة، ومن ثم يجوز نقل ملكية هذه الشهادات والأسهم بطريق الحوالة، وذلك لأن الحوالة لا تتضمن نفس المخاطر التى تكتنف التداول الذى يتم فى البورصة حيث السبيل ميسر للمضاربات والمناورات التى قد تخدع الغير حول حقيقة مركز الشركة، كما أن الحال له يكون فى العادة على علم بحقيقة قيمة الصك<sup>(١)</sup> .

- القيد الثانى: ويتعلق بأسهم المؤسسين والأسهم التى تعطى مقابل الحصص العينية:

---

(١) انظر فى هذا د/ فايز نعيم رضوان وآخرون - الوجيز فى القانون التجارى - مرجع سابق - ص ٤٧٤، ٤٧٥ .

إذ لا يجوز تداول هذه الأسهم وفقاً لحكم المادة ٤٥ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ م إلا بعد نشر الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن سنتين كاملتين لا تقل كل منهما عن اثني عشر شهراً من تاريخ تأسيس الشركة وعلى ذلك فإن أسهم المؤسسين أياً كانت طبيعتها ونوعها وكذلك الأسهم العينية تعتبر غير قابلة للتداول خلال فترة السنتين من تاريخ تأسيس الشركة، ويكون التداول على خلاف هذا الحظر باطلاً بقوة القانون، ولكل ذى شأن التمسك به، وللمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها، فضلاً عن الجزاء الجنائي المقرر فى المادة ١٦٣ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ م وهو الغرامة التى لا تقل عن ألفى جنيه ولا تزيد على عشرة آلاف جنيه يضاعف فى حالة العود - والحكمة من هذا القيد مردها أن تأسيس شركات المساهمة غالباً ما يصاحبه حملات دعائية صاخبة، وأحياناً كاذبة يعمد فيها المؤسسون إلى المبالغة فى أهمية المشروع ويخشى إن سمح بتداول الأسهم فور تأسيس الشركة أن يتمكن المؤسسون من التنازل عن أسهمهم بأسعار مرتفعة لا تتناسب مع مركز الشركة المالى ويحققون بذلك أرباحاً غير مشروعة على حساب الجمهور، ولنفس الحكمة يسرى الحظر على الأسهم العينية إذ يخشى أن يتمكن أصحابها من الفوز بتقويم زائف للحصص، فإذا سمح لهم بالتنازل عنها فور تأسيس الشركة بقيمتها غير الحقيقية فإنهم يحصلون بذلك على أرباح غير مشروعة<sup>(١)</sup>.

- القيد الثالث: ويتعلق بالأسهم التى يمتلكها عضو مجلس إدارة الشركة أو ما يسمى بأسهم الضمان:

إذ يشترط لصحة عضوية مجلس الإدارة وفقاً لحكم المادة ٩١ من القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ م أن يكون العضو مالئاً لعدد معين من الأسهم من رأس مال

---

(١) انظر فى هذا د/ فايز نعيم رضوان وآخرون - الوجيز فى القانون التجارى - مرجع سابق - ص ٤٧٥، ٤٧٦.

الشركة<sup>(١)</sup> وذلك بقصد ضمان تصرفاته طوال فترة عضويته لصالح الشركة والمساهمين والغير، وتأكيداً من المشرع لهذا الضمان فقد حظر المشرع تداول أسهم الضمان التي يقدمها عضو مجلس الإدارة لضمان إدارته طوال فترة عضويته وحتى يتم التصديق على الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن آخر سنة مالية قام فيها بأعماله وإبراء ذمته .

والحكمة من هذا الحظر هي حماية المساهمين من التصرفات الضارة لأعضاء مجلس الإدارة والتي قد تلحق ضرراً بمركز الشركة المالي وبسمعتها، وحماية الغير من دائني الشركة في حالة رجوعهم بالتعويض عن طريق دعوى المسؤولية المدنية (الشخصية) على أعضاء مجلس الإدارة نتيجة للتصرفات الخاطئة التي قد يقترفها المجلس.

- القيد الرابع: القيود الواردة على تداول أسهم العمل :

فقد أجاز المشرع للشركة المساهمة أن تشرك العاملين في إدارة المشروع وتملكهم لأسهم العمل، وتصدر أسهم العمل دون قيمة ولا يجوز تداولها ولا تدخل في تكوين رأس المال، وتقرر أسهم العمل لصالح العاملين دون مقابل على النحو الوارد بنظام الشركة .

وتشترط المادة ٢٥٢ من اللائحة التنفيذية شروط وإجراءات اختيار طريق اشتراك العاملين في الإدارة على أساس تملكهم لأسهم العمل .

- والحكمة من حظر تداول أسهم العمل المخصصة للعاملين بالشركة طول مدة الشركة هي الحرص دائماً على أن تكون مملوكة للعاملين

---

(١) وقد أحال المشرع إلى اللائحة التنفيذية للقانون لبيان هذا الحد الأدنى - راجع كذلك المادة ١/٣٨ ١٨٠، ١٨١ تجاري عراقي، والمادتان ١٨٠، ١٨١ تجاري سوري الذي يترك ذلك للنظام الأساسي للشركة، والمادة ١٤٧ تجاري لبناني، والمادة ١٣٩ شركات تجارية كويتية، والمادة ٣/٩٥ معدلة شركات تجارية فرنسية، انظر في هذا د/ أبو زيد رضوان، ود/ رضا السيد عبد الحميد - القانون التجاري - مرجع سابق - هامش رقم ١ - ص ٣٧٤ .

بالشركة دون غيرهم حتى يمكن أداء الوظيفة التى أنشئت من أجلها وخصصت هذه الأسهم، وهى مشاركة العاملين فى إدارة المشروع<sup>(١)</sup>.

#### ب- القيود الاتفاقية :

وفضلاً عن القيود القانونية السابق ذكرها يستطيع المؤسسون أن يضمنوا النظام الأساسى للشركة قيوداً على حرية تداول الأسهم فى شركات المساهمة، ولكن هذه القيود لا يصح أن تلغى حق المساهم كلية فى التداول، وإلا فقدت الشركة صفتها كشركة مساهمة، وقد أكدت تلك القاعدة المادة ٢/١٣٩ من اللائحة التنفيذية للقانون.

ولقد جرى العمل فى شركات المساهمة على إدراج أى من القيود الاتفاقية الآتية فى نظامها الأساسى .

#### ١- شرط الاسترداد لمصلحة المساهمين .

وبمقتضى هذا الشرط يتعين على المساهم أن يخطر الشركة برغبته فى بيع سهمه إلى شخص أجنبى عن الشركة، مع بيان اسم المشتري والتمن المعروض، ولأى مساهم الحق فى استرداد السهم خلال مدة معينة والحلول محل المشتري نظير ثمن عادل .

#### ٢- شرط الاسترداد لمصلحة الشركة :

وبمقتضى هذا الشرط يحق لمجلس الإدارة شراء الأسهم المتنازل عنها لحساب الشركة، ويهدف هذا القيد غالباً إما إلى منع دخول أشخاص غرباء فى الشركة، وإما إلى تخفيض رأس مال الشركة عن طريق إلغاء هذه الأسهم

#### ٣- حق الاسترداد فى حالة الوفاة :

قد ينص نظام الشركة على حق الشركة فى استرداد السهم فى حالة وفاة المساهم بقصد منع الورثة من دخول الشركة<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر فى هذا د/ فايز نعيم رضوان وآخرون - الوجيز فى القانون التجارى - مرجع سابق ص ٤٧٧، ٤٧٨ .

(٢) وقد انتهت محكمة النقض الفرنسية إلى صحة هذا الشرط. انظر فى هذا :

- Cass. Civ. 9 Feb 1937, D 1937-1-73.

#### ٤- شرط موافقة مجلس الإدارة :

بمقتضى هذا الشرط يجب الحصول على موافقة مجلس الإدارة على تنازل المساهم عن أسهمه للغير، ولمجلس الإدارة أن يوافق أو يعترض، بيد أنه يلزم فى حالة الاعتراض بأن يقترح مشترطاً آخر بنفس الشروط أو أن يسترد السهم لصالح الشركة مقابل ثمن عادل .

٥- شرط تحريم التنازل عن السهم لطوائف معينة كالأجانب أو لأشخاص يزاولون صناعة أو تجارة تعتبر منافسة للشركة :

وهذه القيود الاتفاقية السابقة من شأنها إدخال الاعتبار الشخصى فى شركات المساهمة وبالتالي فإنها لا يمكن أن تكون مجدية وفعالة إلا إذا كانت الأسهم إسمية إذ أن الرقابة على تداول الأسهم لحاملها تكاد تكون مستحيلة<sup>(١)</sup> .  
موقف الفقه الإسلامى من هذه القيود :

هذه القيود من وجهة نظر الفقه الإسلامى كما يرى الفقهاء والباحثون المعاصرون فى الفقه الإسلامى أنها قيود جائزة شرعاً كما هى جائزة قانوناً ما دام القصد منها هو المحافظة على استقرار السوق، وحقوق المتداولين للأسهم، فإن لولى الأمر الحق فى تقييد المباح إذا رأى فى ذلك القيد دفع مفسدة أو جلب مصلحة، وكذلك إذا كان هذا القيد موجوداً فى عقد الشركة أو فى نظامها الأساسى، وهى القيود الاتفاقية فيكون عقداً عن تراض يبيحه الشرع لقول الله تعالى ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾<sup>(٢)</sup>، ولقول النبى - ﷺ - (المسلمون عند شروطهم فيما أحل)<sup>(٣)</sup> .

(١) انظر فى هذا د/ فايز نعيم رضوان وآخرون- الوجيز فى القانون التجارى - مرجع سابق- ص ٤٧٩، ٤٨٠ .

(٢) سورة النساء- من الآية رقم ٢٩ .

(٣) انظر فى هذا د/ السيد حافظ خليل السخاوى - البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر - مرجع سابق - ص ٤١٦ .

## □ المبحث الثالث

### تقسيم الأسهم من حيث الحقوق المتصلة بها

تنقسم الأسهم بالنظر إلى الحقوق المتصلة بها، أو الحقوق التي تمنح لأصحابها إلى قسمين، أسهم عادية، وأسهم ممتازة. ولتوضيح المقصود بهذين النوعين بالتفصيل فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي :

المطلب الأول: الأسهم العادية .

المطلب الثاني: الأسهم الممتازة .

## □ المطلب الأول

### الأسهم العادية - Action Ordinaire

- يقصد بالأسهم العادية: هي الأسهم التي تتساوى في قيمتها، وتمنح أصحابها حقوقاً متساوية، وهذا هو الأصل في الأسهم، حيث تصدر الأسهم في الأصل بقيم متساوية، وهذا يستلزم تساوى أصحابها في الحقوق والواجبات، فكما أن للمساهمين حقوقاً تتمثل في التساوى في الحصول على نصيب من أرباح الشركة وموجوداتها عند تصفيتها، وحضور جلسات الجمعية العمومية والتصويت على قراراتها طبقاً للقيود والشروط المنصوص عليها في قانون الشركات ونظام الشركة، فإنهم كذلك يخضعون لواجبات والتزامات واحدة إعمالاً لقاعدة المساواة بين المساهمين<sup>(١)</sup>.

وهذا النوع من الأسهم هو أكثر أنواع الأسهم شيوعاً<sup>(٢)</sup>.

أما عن موقف الفقه الإسلامي من هذه الأسهم :

فهو الجواز من غير خلاف، لأن الأسهم هي التي تمثل حصة الشريك في الشركة، وهذه الحصة تعطى صاحبها الحق في الحصول على الربح وغيره،

---

(١) انظر في هذا د/ محمد فتح الله النشار - التعامل بالأسهم في سوق الأوراق المالية - مرجع سابق - ص ٧٧، ٧٨، وأيضاً د/ السيد حافظ خليل السخاوي - البورصة في الفقه الإسلامي المعاصر - مرجع سابق - ص ٣٦٩، ود/ نادية محمد معوض - الشركات التجارية - مرجع سابق - ص ٣٠٠، ود/ فايز نعيم رضوان وآخرون - الوجيز في القانون التجاري - مرجع سابق - ص ٤٦٦ .

(٢) انظر في هذا د/ السيد حافظ خليل السخاوي - البورصة في الفقه الإسلامي المعاصر - مرجع سابق - ص ٣٦٩

وما دامت الأسهم متساوية القيمة فيلزم من ذلك التساوى فى الحقوق الممنوحة عنها<sup>(١)</sup>.

## □ المطلب الثانى

### الأسهم الممتازة

#### Actions de Preference ou Priviligiees ou de Périorité

سبق وأن ذكرنا أن رأسمال شركة المساهمة يقسم إلى أسهم متساوية القيمة، وذلك بهدف تحقيق المساواة فى الحقوق التى يمنحها السهم وهى الحق فى الأرباح والتصويت وفى نصيب من موجودات الشركة بعد تصفيتها، وكذلك المساواة فى الالتزامات التى ترتبها الأسهم .

على أن قاعدة المساواة بين المساهمين لا تتعلق بالنظام العام، بمعنى أنه يجوز الاتفاق على خلافها فى نظام الشركة، كأن ينص على منح امتيازات معينة لنوع من الأسهم، ورغم أن إصدار مثل هذه الأسهم يعتبر وضعاً استثنائياً فإنه لا يودى فى حقيقته إلى إخلال بقاعدة المساواة بين الشركاء طالما كان التفاوت بينهم يرجع إلى أنواع الأسهم وليس الشركاء فى السهم من نوع واحد، بمعنى أن الشركة لا تقصر حق الاكتتاب فى الأسهم الممتازة على أشخاص معينة وإنما ينص مقدماً فى نظام الشركة على أنها تتضمن نوعين من الأسهم، وتضع مقدماً مزايا وشروط كل نوع، ولكل مكتتب أن يختار ما يشاء من الأسهم بشرط أن يودى قيمة ما اكتتب فيه منها<sup>(٢)</sup>.

ويثير تقرير هذه الأسهم الممتازة بعض الاعتراضات، حيث أنها تجسّد نوع من (الفئوية) بين المساهمين، أو أنها تقيم نوعاً من (الطبقية) بينهم وتخل بذلك بمبدأ المساواة بين أناس من المفروض أنهم يرتبطون معاً برابطة

(١) انظر فى هذا د/ محمد فتح الله النشار - التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية - مرجع سابق - ص ٧٧، ٧٨، وأيضاً د/ السيد حافظ خليل السخاوى - البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر - مرجع سابق - ص ٣٦٩

(٢) انظر فى هذا د/ سميحة القليوبى - الشركات التجارية - مرجع سابق - بند رقم ٣١٩ - ص ٤٨١، ٤٨٢ .



المشاركة فى السراء والضراء، لكنها قد تبدو أحياناً مفيدة — على الأقل فى نظر البعض — لما لها من قوة جذب بالنسبة لبعض المدخرين .

ولذلك تختلف التشريعات فى القانون المقارن بخصوص جواز إصدار هذه الأسهم، إذ بينما تقر بعض التشريعات جواز إصدار مثل هذه الأسهم الممتازة على الإطلاق سواء من حيث الأرباح أو تقسيم الموجودات، بل وحق التصويت فى الجمعية العمومية للمساهمين متى احتفظ صاحب هذه الأسهم بملكيتها مدة معينة<sup>(١)</sup> .

نجد أن البعض الآخر من التشريعات تقر هذه الأسهم الممتازة فيما عدا الأسهم ذات الصوت المتعدد<sup>(٢)</sup>، بينما اتخذت بعض التشريعات العربية موقفاً سلبياً فى هذا الشأن<sup>(٣)</sup> .

- أما بالنسبة للقانون المصرى رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م فقد تجاوز الموقف السلبى للقانون رقم ٢٦ لسنة ١٩٥٤م وأجاز إصدار الأسهم الممتازة على إطلاقها، سواء من حيث الأرباح أو تقسيم الموجودات، بل من حيث حق التصويت فى الجمعية العمومية للمساهمين، ولقد أشارت المادة ٢/٣٥ من القانون المذكور بقولها (ويجوز أن ينص النظام على تقرير بعض الامتيازات لبعض أنواع الأسهم وذلك فى التصويت أو الأرباح أو ناتج التصفية...).

- وفى اعتقادنا أنه لما كانت الأسهم الممتازة لا تبدو معيبة بذاتها<sup>(٤)</sup> رغم أنها قد تفتح (نافذة) للمحاباة بين المساهمين فإنه يتعين أن يكون النص عليها

---

(١) مثل القانون التجارى السورى (المادتان ٣/٩٨، ٤/٢٢٦) حيث تخضع هذه الأسهم فى هذا القانون لما تخضع له الحصص العينية من حيث ضرورة التقويم .

وانظر أيضاً فى هذا القانون التجارى اللبنانى (المادة ٢/١١٠، والمادة ١١٧)، والقانون الفرنسى (المادتان ١٧٤، ٣٦٩) من قانون الشركات التجارية الفرنسى، وأيضاً القانون الإنجليزى .  
(٢) وذلك مثل القانون الألمانى (المادة ٢١١ من قانون شركات الأسهم الألمانى)، وهذه المادة تحظر إصدار الأسهم ذات الصوت المتعدد إلا إذا اقتضت (المصلحة الاقتصادية العامة والعليا ذلك).

(٣) وذلك مثل القانون العراقى والقانون الكويتى .

(٤) ولقد كانت هذه الأسهم الممتازة ذات الصوت المتعدد بمثابة ضمان لمؤسسى شركات المساهمة من أثر المضاربات فى تداول الأسهم والمجى بأغلبية (مشاكسة) من المساهمين، وتصبح الأسهم ذات

صراحة فى النظام الأساسى للشركة حتى يكون المكتتبون على بينة منها وقت الاكتتاب، بحيث أنه إذا لم يتم النص عليها فى هذا النظام فإنه لا يمكن تقريرها إلا عن طريق تعديل النظام وهو الأمر الذى تختص به الجمعية العامة فى دور الانعقاد غير العادى.

وإذا كان إصدار الأسهم الممتازة من حيث الأرباح وناتج التصفية أمر لا يثير صعوبات، إلا أن الأسهم الممتازة من حيث التصويت تثير من حولها بعض الاعتراضات، حيث أنه يتمثل فيها خطورة أكثر من سابقتها، لما تتيح لأقلية عددية فرض رأيها على الأمور بالشركة وهيمنتها بطريق (فاشية) - على حد تعبير بعض الفقه<sup>(١)</sup> - على أغلبية المساهمين، وعلى ذلك فإنه يصدق القول بضرورة التشدد بعض الشيء فى الترخيص بإصدار مثل هذه الأسهم<sup>(٢)</sup>.

وعموماً فإن الأسهم الممتازة إما أن يتمتع أصحابها بموجبها بامتيازات مادية، وإما أنهم يتمتعون بامتيازات مادية، وإما أنهم يتمتعون بامتيازات غير مادية، وهو ما سنوضحه بالتفصيل فى فرعين على النحو التالى :

الفرع الأول: الأسهم المتمتعة بامتيازات مادية .

الفرع الثانى: الأسهم المتمتعة بامتيازات غير مادية .

---

الصوت المتعدد فى مثل هذه الحالة بمثابة الحكم arbiter بين مصالح مؤسسى الشركة وبين أغلبية المساهمين. انظر فى هذا :

- H. Mazeaud; "Le vote privilégié dans les Sociétés de capitaux", Paris 1929, 2<sup>e</sup> éd, P. 325.

(١) انظر فى هذا/ أبو زيد رضوان- ود/ رضا السيد عبد الحميد - القانون التجارى - مرجع سابق - بند رقم ١٠٢ - ص ٣٦٠، ٣٦١ .

(٢) وتشير الماد ٣/٣٥ من القانون أنه (يجب أن يتضمن نظام الشركة عند التأسيس شروط وقواعد الأسهم الممتازة، ولا يجوز زيادة رأس المال عن طريق هذه الأسهم، إلا إذا كان النظام يرخّص فى ذلك وبعد موافقة الجمعية العامة غير العادية).

وقد أضافت المادة ٩٢ من اللائحة التنفيذية للقانون بعد تأكيدها لهذا المعنى... (وبعد موافقة الجمعية العامة غير العادية بناءً على اقتراح مجلس الإدارة وتقرير مراقب الحسابات فى شأن الأسباب المبررة لذلك) انظر فى هذا د/ أبو زيد رضوان، ود/ رضا السيد عبد الحميد- القانون التجارى - مرجع سابق- بند رقم ١٠٠ ومابعده- ص ٣٥٩ ومابعدها، والهوامش الموجودة بهذه الصفحات .

## □ الفرع الأول

### الأسهم المتمتعة بامتيازات مادية - Actions de preference

تنص العديد من التشريعات العربية<sup>(١)</sup> والأجنبية<sup>(٢)</sup> صراحة على إمكانية إصدار الأسهم الممتازة، كما أن الفقه والقضاء قد سمحا بإصدار الأسهم المتمتعة بامتيازات مادية حتى في الدول التي لم ينص القانون فيها صراحة على إمكان إصدارها ولكن لم ينص أيضاً على منع إصدارها، مستنديين في ذلك إلى القواعد العامة التي تحكم العقد بوجه عام وعقد الشركة بوجه خاص، أي على حرية الشركاء في النص على كل ما لا يتعارض والقواعد العامة<sup>(٣)</sup>.

(١) وذلك مثل قانون التجارة اللبناني (المادة ١١٠)، وقانون التجارة السوري (المادة ٩٨)، وقانون الشركات المساهمة المغربي (المواد ٢٦١: ٢٦٣)، وقانون الشركات المصري (المادة ٣٥)، ونظام الشركات السعودي (المادة ١٠٣)، وقانون الشركات الأردني بالنسبة لكل من شركة المساهمة الخاصة (المادة ٦٨ مكرر فقرة ج)، وشركة التوصية بالأسهم (المادة ٧٨ ب).

(٢) وذلك مثل قانون الشركات بالأسهم الألماني (المادة ١١)، وتقنين الالتزامات السويسري (المادتان ٦٥٤، ٦٥٦)، والتقنين المدني الإيطالي (المادة ٢٣٤٨)، وقانون الشركات التجارية الفرنسي الصادر سنة ١٩٦٦م (المادة ٢٦٩)، وأيضاً القانون الفنلندي، والقانون اليوناني، والقانون الدانمركي، والقانون السويدي، والقانون النرويجي، والقانون الإسباني (المادة ٨٥)، والقانون المكسيكي والأرجنتيني والكولومبي والفنزويلي والشيلي والبرازيلي والهندي والياباني.

كما أجازت الدول الأنجلوسكسونية كذلك إصدار هذه الأسهم الممتازة، ففي قانون الشركات الإنجليزي الصادر سنة ١٩٤٨ أجاز هذا القانون صراحة في المواد (٢٣، ٥٨، ٧٢، ٢٦٥) منه إصدار هذه الأسهم، متبعاً في ذلك ما سار عليه القضاء، كما أجاز قانون الشركات الحالي الصادر سنة ١٩٨٥م صراحة إصدارها بمقتضى المادة ١٢٥ منه، وإن كانت هذه المحاكم قد سبقت هذين القانونين في إباحة إصدارها منذ زمن طويل.

وفي القانون النموذجي للشركات المساهمة التجارية الأمريكي Model Business Coporation Act الذي تبنته عدة ولايات منها نيويورك ودولار وأوها وفرجينيا أجاز كذلك إصدار هذه الأسهم الممتازة وإن كانت المحاكم الأمريكية أيضاً قد سبقت النصوص التشريعية في إباحة هذه الأسهم. انظر في هذا :

- Gower: "The Principles of Modern Company Law", 5<sup>th</sup> edition, London 1992, Op. Cit. P. 355.

مشار إليه ببحث د/ أكرم عبد القادر ياملكي - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق هامش رقم ٣٩/ ص ٢٥٩.

وجدير بالذكر أن هذه الأسهم تعرف بالإنجليزية Preferred Shares أو Preference Shares وبالفرنسية Action de Preference تمييزاً لها عن الأسهم العادية المسماة بالإنجليزية Ordinary Common Shares وبالفرنسية Action Ordinaires، وإن كان الأمر لا يدعو عن كونه مسألة نسبية.

انظر في هذا د/ أكرم عبد القادر ياملكي - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق - ص ٢٥٨ وما بعدها.

(٣) كما في بلجيكا، وكذلك في كل من إسبانيا قبل سنة ١٩٥١م، وشيلي حتى قبل سنة ١٩٤٦م، إضافة إلى بعض دول أمريكا اللاتينية مثل بيرو وأوروغواي. انظر في هذا :

=

وذلك على خلاف بعض التشريعات الأخرى التى تحظر إصدار مثل هذه الأسهم<sup>(١)</sup>.

وهكذا نرى أن الاتجاه العام فى التشريع والفقه والقضاء فى معظم الدول قد سار نحو السماح بإصدار الأسهم الممتازة، كما أن المشرع فى العديد من الدول لم يمنع إصدارها بنص صريح وبالتالي فإنه يكون بإمكان الشركة إصدارها حتى ولو لم ينص نظامها على السماح لها بذلك سواء بتعديلها النظام وقتما تشاء للنص فيه على حقها فى ذلك، كما قضت بذلك كل من المادة ٦٥٤ من تقنين الالتزامات السويسرى، والمادة ١٤٦ من قانون الشركات بالأسهم الألمانى، والمادة ٢٣٤٨ من التقنين المدنى الإيطالى، والمادة ٨٥ من القانون الإشبانى، والمادة ٢٦٩ من القانون الفرنسى، أو حتى دون إيراد نص بذلك فى نظام الشركة كما ذهبت إلى ذلك المادة ٩٨ من قانون التجارة السورى التى بعد أن نصت فى فقرتها الأولى على تمتع جميع مساهمى الشركة بالحقوق نفسها وخضوعهم لالتزامات واحدة، نصت فى فقرتها الثانية على (إلا أنه يجوز فى جميع الأحوال التى لم ينص فى النظام الأساسى على منع صريح إصدار أسهم امتياز بقرار من الهيئة العامة غير العادية) أى الجمعية العمومية للشركة، ولكنها نصت فى فقرتها الرابعة على إخضاع إصدار أسهم الامتياز إلى التحقيق المنصوص عليه بشأن الأسهم العينية واشترطت فى إصدارها

=

- FREDRICQ: "Traite de droit commercial", Tom 4, Bruxedlles 1970, Op. Cit., P. 533 .

- De Sola CANIZARES: "Etud Sur Les Titres emis Par les Sociétés Par Actions en droit Comparé", 1962. Op. Cit., P. 158.

— مشار إليهما ببحث د/ أكرم عبد القادر ياملكى - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق - ص ٢٥٩ .

(١) وذلك مثل قانون الشركات التجارى الاتحادى الإماراتى الذى قطع السبيل أمام إصدار الأسهم الممتازة بنصه فى المادة ١٥٣ منه على أن (تكون لجميع أسهم الشركات حقوق متساوية وتخضع لالتزامات متساوية)، كما نصت المادة ٢/١٥٢ منه على أن (لا يجوز إنشاء حصص تأسيس ولا منح مزايا خاصة للمؤسسين أو غيرهم، كما لا يجوز للشركة إصدار أسهم تعطى أصحابها امتيازاً من أى نوع). انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملكى - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم، مرجع سابق - ص ٢٥٨، ٢٥٩ .

(عدم الإضرار بحملة أية طائفة خاصة أخرى من الأسهم، أخذاً بما ذهبت إليه غالبية القوانين من وجوب موافقة الهيئة العامة، أى (الجمعية العمومية للشركة) لأية طائفة من الأسهم على قرارات الهيئة العامة للشركة (أى الجمعية العمومية للشركة) عموماً إذا كان من شأنها المساس بحقوق حملة تلك الطائفة من الأسهم، المادة ٦٥٤ سويسرى، والمادة ٢٣٧٦ إيطالى، والمادة ٨٥ إسباني، والمادة ١٥٦ فرنسى .

بينما فى انجلترا يفرق القانون بين حالتين :

- الحالة الأولى: إذا كانت حقوق الطائفة الخاصة من الأسهم منصوصاً عليها فى عقد الشركة Memorandum .
- الحالة الثانية: إذا كانت حقوق الطائفة الخاصة من الأسهم منصوصاً عليها فى النظام الأساسى للشركة فقط Articles of Association
- فى الحالة الأولى لايجوز إجراء أى تعديل فى هذه الحقوق إلا بقرار خاص يتخذ وفقاً لما ينص عليه عقد الشركة فى ذلك، وإذا اعترض عليه فبمصادقة المحكمة .
- أما فى الحالة الثانية فإنه بالإمكان تعديل هذه الحقوق بتعديل نظام الشركة فقط دون ما حاجة إلى تعديل عقدها إلا إذا كان النظام نفسه ينص على وجوب اتباع طريق آخر كالحصول على موافقة أصحاب الأسهم ذات العلاقة أنفسهم .
- أما فى الولايات المتحدة الأمريكية فإن الأمر يختلف عن ذلك حيث تكون العبرة فيها بما ينص عليه قانون كل ولاية، مع ملاحظة أنه بينما تنص قوانين بعض الولايات على وجوب إدراج الأحكام الخاصة بالأسهم الممتازة فى العقد التأسيسى للشركة المسمى فيها Charter، تكتفى

قوانين بعضها الآخر بذكرها فى التعليمات الداخلية للشركة By Laws المتروكة لمحضر تقدير مديرها دون تدخل أية جهة أخرى<sup>(١)</sup>.

أما أهم أنواع الأسهم المتمتعة بامتيازات مادية فهي :

١- الأسهم المتمتعة بامتياز فى تقاضى حصة من الأرباح تزيد على حصة الأسهم العادية :

فقد تخول الأسهم الممتازة لأصحابها بعض المزايا مثل حصوله على نسبة معينة محددة من الأرباح قبل التوزيع، وهو ما يطلق عليه (الأولوية فى الحصول على الأرباح)<sup>(٢)</sup>، وذلك كأن ينص نظام الشركة على تخصيص الأسهم الممتازة بحصة استثنائية من الأرباح تعادل نسبة مئوية معينة ٥% أو ١٠% من قيمة الأسهم الإسمية مثلاً أو من مجموع أرباح الشركة قبل المباشرة بتوزيع الأرباح على الأسهم الممتازة أولاً وتوزيع ما تبقى بعد ذلك على الأسهم كافة (العادية منها والممتازة)، وهذا الحل هو الأكثر عدالة<sup>(٣)</sup>.

وتسمى الأسهم الممتازة التى تشترك مع الأسهم العادية فى تقاضى حصة من الأرباح إضافة إلى الحصة الممتازة الموزعة عليها أولاً فى القانونين الإنجليزى والأمريكى Participating Preference Shares<sup>(٤)</sup>.

وتلجأ الشركة إلى مثل هذه الامتيازات عادة عندما تقرر زيادة رأسمالها وذلك لتشجيع الجمهور على الاكتتاب فى الأسهم الجديدة، أو عندما ترغب

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق - ص ٢٥٨ وما بعدها .

(٢) انظر فى هذا د/ سميحة القليوبى - الشركات التجارية - مرجع سابق - بند رقم ٣١٩ - ص ٤٨٢ .

(٣) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق، ص ٢٦١ .

(٤) انظر فى هذا - CHEESEMANN: "business Law", 4 th édition, New Jersey, 2001, P. 738

وأيضاً د/ أكرم عبد القادر ياملى - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق - ص ٢٦١ .

فى تحويل حملة السندات إلى مساهمين واستبدال سنداتهم بأسهم فتعرض عليهم مزايا خاصة حتى يقبلوا التحول إلى مساهمين، وبذلك تتخلص من سداد ديونها<sup>(١)</sup>.

والتساؤل الذى يثار هنا هو: كيف يتم حساب الحصة الممتازة من الأرباح سنوياً ؟

- الأصل أن يتم حساب الحصة الممتازة من الأرباح سنوياً (أى أن يتم فى كل سنة على حدة)، بحيث أنه إذا لم تحقق الشركة أرباحاً لدفع هذه الحصة فى إحدى السنوات فإنه لا يكون لذلك أى أثر على حسابات السنوات السابقة أو اللاحقة على هذه السنة، وهذا هو ما يفسر تسمية هذه الأسهم فى القانونين الإنجليزى والأمريكى (Non Cumulative Preferred Shares (STOCKS) أو إذا نص نظام الشركة على إضافة الناقص من المستحق فى سنة ما على السنين الأخرى فإن الأسهم تسمى عندئذ Cumulative Preferred Shares (STOCKS)، وهذا النوع الثانى من الأسهم الممتازة هو الأكثر شيوعاً فى كل من إنجلترا وأمريكا، حتى إن المحاكم تفترض فى الأسهم الممتازة كونها من هذا النوع إلا إذا ورد نص بخلاف ذلك فى عقد الشركة أو نظامها<sup>(٢)</sup>.

أما عن حكم هذه الأسهم المتمتعة بامتياز فى تقاضى حصة من الأرباح تزيد على حصة الأسهم العادية فى الفقه الإسلامى:

فقد ذهب الباحثون المعاصرون إلى عدم جواز هذا النوع من الأسهم على أساس أن ذلك يتعارض مع قواعد الشريعة الإسلامية التى تقضى بوجوب المساواة بين المساهمين فى الربح والخسارة، ولأن مثل هذا الشرط يتعارض

---

(١) انظر فى هذا د/ سميحة القليوبى- الشركات التجارية - مرجع سابق - بند رقم ٣١٩ - ص ٤٨٢ .

(٢) انظر فى هذا - Gower: "The Principles of modern Company Law", 5 th edition, London, Op. Cit., 1992-P-358.

وأيضاً: BALLANTINE: "On Corporations", Chicago 1946, Op. Cit., P. 505 .  
مشار إليها ببحث د/ أكرم عبد القادر ياملى - اختلاف حقوق

المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق - هامش رقم ٤٢ - ٤٣، ص ٢٦٢.

ومقتضى عقد الشركة فى الشريعة الإسلامية، حيث تقوم الشركة فى الأصل على المخاطرة والمشاركة الحقيقية فى الغنم والغرم على قدر الحصص، ولا سيما وأن هذه الزيادة تحصل دون مقابل من عمل أو مال، وقد نص الفقهاء على بطلان الشركة فى هذه الحالة التى يشترط فيها شىء معلوم، وقد حكى ابن المنذر الإجماع على ذلك حيث قال (لا خلاف فى هذا لأحد من أهل العلم، ووجهه: لأنه شرط يوجب انقطاع الشركة فعساه لا يخرج إلا قدر المسمى، فيكون اشتراط جميع لأحدهما على ذلك التقدير واشتراطه لأحدهما يخرج العقد عن الشركة)<sup>(١)</sup>.

فالأصل عند الفقهاء الأربعة أن يكون الربح على قدر رأس المال بحسب النسبة<sup>(٢)</sup>، .....

إلا أن الحنفية<sup>(٣)</sup> والحنابلة<sup>(٤)</sup> أجازوا التفاضل فى الربح مع تساوى رأس المال لكن بشرط أن يقابل هذه الزيادة فى الربح زيادة فى العمل، فقد يكون أحد الشركاء أتقن عملاً، أو أكثر خبرة، فيستحق أن يزاوله فى الربح مقابل ذلك، وبغير هذا لا يجوز الزيادة فى الربح مع التساوى فى المال .  
بينما يرى المالكية<sup>(٥)</sup> والشافعية<sup>(٦)</sup> عدم جواز الزيادة فى الربح ولو كانت فى مقابل عمل، حيث يشترطون أن يكون الربح على قدر المالكين،

(١) انظر فى هذا شرح فتح القدير - للكمال بن الهمام - مرجع سابق - ج٦ - ص ١٨٣، وأيضاً المغنى لابن قدامة - مرجع سابق - ج٧ - ص ١٤٦.

(٢) انظر فى هذا رد المحتار على الدر المختار لابن عابدين - مرجع سابق - ج٣ - ص ٣٤١، وشرح فتح القدير - للكمال بن الهمام - مرجع سابق - ج٥ - ص ٤٠١، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد - لأبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد (الحفيد) القرطبى الأندلسى - طبعة دار الكتب الحديثة بالقاهرة - ج٢ - ص ٢٨٧، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - لشمس الدين محمد بن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين الرملى - طبعة مطبعة مصطفى البابى الحلبي - ج٥ - ص ١٢، والمغنى لابن قدامة - مرجع سابق - ج٧ - ص ١٣٨.

(٣)، (٢) راجع مراجع الحنفية والحنابلة فى الهامش السابق .

(٤)، (٥) راجع - مراجع المالكية والشافعية فى الهامش قبل السابق .



ولعلمهم يريدون بذلك ألا تكون له نسبة من الربح، وهذا لا يمنع أن يقرر له مقابل عمله .

والخلاصة :

أن الفقهاء لا يجيزون الزيادة فى الربح مع تساوى المال، ومن ثم فإن الأسهم الممتازة التى يقرر لأصحابها هذه الخاصية لا يجوز إصدارها فى الفقه الإسلامى<sup>(١)</sup>.

٢- الأسهم المتمتعة بامتياز فى اقتسام موجودات الشركة عند التصفية (امتياز التصفية Liquidation Preference):

وقد يكون الامتياز الممنوح لهذه الأسهم يتمثل فى تمتعها بحق التقدم أو الأولوية على بقية الأسهم فى اقتسام موجودات الشركة، حيث يتم دفع قيمتها الإسمية لأصحابها قبل دفع قيمة الأسهم الأخرى<sup>(٢)</sup>.

### أما حكم هذه الأسهم فى الفقه الإسلامى :

فهو عدم الجواز أيضاً لنفس الأسباب السابقة، حيث إن الشركة تقوم فى الأساس على المخاطرة والمشاركة فى الغنى والغرم، ولأن المساهمين إذا كانوا متساوين فى رأس المال والعمل فلا يجوز اختصاص أحدهم بمميزات عن الآخرين، لأن هذا يناهض العدل، وقد اتفق الفقهاء على أن الوضعية أو الخسارة تكون على قدر المال، وفى هذا يقول الإمام ابن قدامة (والوضعية على قدر المال، يعنى الخسران فى الشركة على كل واحد منهما بقدر ماله، فإن

---

(١) انظر فى هذا د/ محمد فتح النشار - التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية - مرجع سابق - ص ٧٩ وما بعدها، وأيضاً د/ السيد حافظ خليل السخاوى - البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر - مرجع سابق - ص ٣٧٣، ٣٧٤ .

(٢) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق - ص ٢٦٣، وأيضاً د/ حسام عيسى، ود/ إبراهيم شلبى - التنظيم القانونى لشركات المساهمة - مرجع سابق - بند رقم ٤٨٦ - ص ٢١٦ .

كان مالهما متساوياً فى القدر، فالخسران بينهما نصفين، وإن كانوا أثلاثاً فالوضيعة أثلاثاً، لا نعلم فى هذا خلافاً بين أهل العلم<sup>(١)</sup>.

وجاء فى المذهب للشيرازى (ويقسم الربح والخسران على قدر المالين، لأن الربح نماء مالهما والخسران نقصان مالهما، فكانا على قدر المالين، فإن شرطاً التفاضل فى الربح والخسران مع تساوى المالين... لم يصح العقد، لأنه شرط ينافى مقتضى الشركة فلم يصح)<sup>(٢)</sup>.

وجاء فى الشرح الكبير للدردير (والربح والخسر فى مال الشركة، وكذا العمل يفيض على الشريكين بقدر المالين... وتفسد بشرط التفاوت فى ذلك، ويفسخ العقد إن اطلع على ذلك قبل العلم، فإن اطلع عليه بعده فبطل الربح على قدر المالين)<sup>(٣)</sup>.

ومن هذه النصوص الفقهية يتضح لنا أن الشركة إذا خسرت فإنه يجب أن يتحمل كل شريك من الخسارة بقدر أسهمه) أما أن يعفى بعض الشركاء من تحمل أى خسارة فيأخذ قيمة أسهمه كاملة قبل التقسيم، فربما أخذ كل مال الشركة عند الخسارة ولا يبقى لسائر المساهمين شىء، والأصل أن الشركة تقوم على المخاطرة، فإذا ربح يعود على جميع الأسهم، وإما خسارة كذلك، فاستثناء البعض من الخسارة مناف لمعنى الشركة، حيث إن استرداد أسهمهم كاملة قد يستكمل من أسهم الآخرين وفى هذا أكل لأموال الناس بالباطل، وفيه ظلم بين لبقية المساهمين، ومن ثم لا يجوز إصدار أسهم تتمتع بهذه الخاصية<sup>(٤)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا المعنى لابن قدامة - مرجع سابق - ج ٧ - ص ١٤٥ .  
(٢) انظر فى هذا المذهب فى فقه الإمام الشافعى - لأبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروز آبادى الشيرازى - طبعة مصطفى عيسى البابى الحلبي بالقاهرة - ج ١ - ص ٤٥٥ .  
(٣) انظر فى هذا الشرح الكبير على مختصر خليل - لأبى البركات أحمد بن محمد الدردير - مطبوع بهامش حاشية الدسوقي عليه - طبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة - ج ٣ - ص ٣٥٤ .  
(٤) انظر فى هذا د/ محمد فتح الله النشار - التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية - مرجع سابق - ص ٨٢، ٨٣، ود/ السيد حافظ خليل السخاوى، البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر - مرجع سابق - ص ٣٧٦ وما بعدها.

٣- الأسهم المتضمنة امتيازاً فى الاكتتاب فى الأسهم الجديدة التى قد تصدرها الشركة :

وقد يتمثل الامتياز فى إعطاء أصحاب الأسهم القدامى بأن يكون لهم حق الأولوية فى الاكتتاب فى الأسهم الجديدة، فهم أولى من غيرهم، لأنهم الشركاء الأولون، فمن حقهم أن تكون الشركة منحصرة فيهم. والأصل أن لا تطرح أسهم جديدة للاكتتاب إلا بموافقتهم فى الجمعية العمومية، ومن حقهم أن يقرروا زيادة رأس مال الشركة منهم وحدهم، أو من بعضهم، أو أن يدخلوا معهم شركاء جدد حرصاً على نجاح الشركة<sup>(١)</sup>.

وتظهر الحاجة إلى إصدار هذا النوع من الأسهم فى الدول التى لاتنص قوانينها على امتياز المساهمين فى الاكتتاب فى الأسهم الجديدة التى قد تصدرها الشركة مستقبلاً عند زيادة رأس مالها، أو فى الدول التى تنص قوانينها على هذا الامتياز ولكنها لاتعتبره من النظام العام فتسمح للشركة باستبعادها بنص صريح فى نظامها، كما هو فى سويسرا (المادتان ٦٥٢، ٦٥٦ من تقنين الالتزامات)، والأردن بالنسبة لشركة المساهمة الخاصة (المادة ٨١ مكرر فقرة ج من قانون الشركات لسنة ١٩٩٧م المعدل بالقانون رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢م).

ولا حاجة لإصدار هذه الأسهم فى الدول التى تنص قوانينها على أولوية المساهمين فى الاكتتاب فى الأسهم الجديدة كل بنسبة ما يملكه من أسهم فى الشركة مع التأكيد فى بعضها على عدم جواز استبعادها بنص فى نظام الشركة (المواد ١٨١ - ١٨٨ من قانون الشركات الفرنسى لسنة ١٩٦٦م)، (والمادة ٢٥٤ من قانون التجارة السورى) (والمادتان ١١٢، ١١٣ المعدلة فى قانون التجارة اللبنانى) (والمادة ٢٩٦ من مجلة الشركات التجارية التونسية) (والمادة

---

(١) انظر فى هذا د/ السيد حافظ خليل السخاوى - البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر - مرجع سابق - ص ٣٨٣، و د/ محمد فتح الله النشار - التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية - مرجع سابق - ص ٨٥.

١٨٩ من قانون شركات المساهمة الغربى) (والمادة ٥٦ من قانون الشركات العراقى) (والمادة ١١١ من قانون الشركات الكويتى) (والمادة ٢٠٤ من قانون الشركات التجارية الإماراتى)<sup>(١)</sup>.

أما عن حكم هذا النوع من الأسهم فى الفقه الإسلامى :  
فقد ذهب الباحثون المعاصرون إلى جوازها إعمالاً لحق الشفعة المقرر شرعاً، وهو حق مقرر فى الشرع، وليس فيها مخالفة لقواعد الشريعة الإسلامية، وقد جاء فى قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامى فى دورته السابعة، فى القرار رقم ٦٣ بشأن الأسواق المالية المنعقد فى دورة مؤتمره السابع بجدة فى الفترة من ٧-١٢ من ذى القعدة سنة ١٤١٢هـ الموافق ٩-١٤ مايو سنة ١٩٩٢م؛ (ويجوز إعطاء بعض الأسهم خصائص تتعلق بالأمور الإجرائية أو الإدارية)<sup>(٢)</sup>.

٤- الأسهم المتمتعة بامتياز استهلاكها فى وقت معين وبطلب من أصحابها وهذا النوع من الأسهم معروف فى كل من القانون الإنجليزى والقانون الأمريكى، حيث يجيز القانون الإنجليزى إصدار هذه الأسهم المسماة فيها Redeemable Preference Shares إن ورد نص بذلك فى نظام الشركة بتوافر شرطين :

- الأول: أن تكون الأسهم محررة، أى مدفوعة القيمة بالكامل .
  - والثانى: وأن يتم الاستهلاك بمبالغ من أرباح الشركة .
- كما يجيز القانون الأمريكى إصدار هذه الأسهم بتوافر شرطين أيضاً:
- الأول: أن لا يؤدى ذلك إلى الإضرار بدائنى الشركة .

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق - ص ٢٦٣، ٢٦٤ .

(٢) انظر فى هذا د/ السيد حافظ خليل السخاوى "البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر - مرجع سابق - ص ٣٨٣، ود/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية - مرجع سابق. ص ٨٥. ود/ عبد الستار أبو غدة - قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامى المنبثق من منظمة المؤتمر الإسلامى - جدة - دار القلم-دمشق- الطبعة الثانية سنة ١٩٩٨م- ص ١٣٦.

والثانى: أن يتم استهلاكها بمبالغ من أرباح الشركة<sup>(١)</sup>.

٥- الأسهم الممتازة بقابليتها للتغيير أو التبديل :

وهذه الأسهم أيضاً من الأنواع المعروفة فى القانون الأمريكى باسم Convertible Shares أو Convertible Stocks، سواء كانت أسهماً (عادية) قابلة لتبديلها إلى أسهم ممتازة، أم بالعكس، أى أسهم ممتازة قابلة لتبديلها إلى أسهم عادية<sup>(٢)</sup>.

٦- الأسهم المتمتعة بامتيازات مادية أخرى :

وهى الأسهم التى تمنح أصحابها امتيازاً خاصاً بالدخول إلى الأماكن العائدة للشركة، أو خصماً بنسبة معينة على البضائع التى تبيعها أو الخدمات التى تقدمها... إلخ<sup>(٣)</sup>.



## □ الفرع الثانى

### الأسهم المتمتعة بامتياز فى حق التصويت

إذا نظرنا إلى موقف التشريعات فيما يتعلق بمدى إصدار أسهم متمتعة بامتياز فى حق التصويت لوجدنا أنها مواقف مختلفة، فبينما تسمح بعض التشريعات بإصدار أسهم عديمة الأصوات، فإن هناك البعض الآخر على العكس من ذلك حيث تسمح بإصدار أسهم ذات أصوات متعددة، هذا بالإضافة إلى أن هناك عدداً من التشريعات تسمح بإصدار أسهم متفاوتة القيمة فى الشركة الواحدة، وذلك بناءً على تردد موقف المشرعين من الناحية العملية بين السماح بإصدار الأسهم المتمتعة بامتياز فى التصويت

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم، مرجع سابق- ص ٢٦٣.

(٢) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم، مرجع سابق- ص ٢٦٤.

(٣) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم، المرجع السابق- نفس الموضع .

دون وضع أية قواعد منظمة له، وبين تحريم إصدار هذه الأسهم على وجه الإطلاق خشية أن يؤدي تقييده إلى تعقيد لا مسوغ له أصلاً .  
وعموماً فإن امتياز الأسهم فى التصويت يمكن تصوره فى إحدى الحالات الثلاث الآتية :

**الحالة الأولى:** عند وجود أسهم عديمة الأصوات، أو ذات الأصوات المقيدة (المحدودة)، فإن الأسهم (العادية) تعتبر عندئذ متمتزة عليها .

**الحالة الثانية:** عند وجود أسهم تتمتع بحقوق متساوية فى التصويت على الرغم من اختلافها فى قيمتها الإسمية، فإن الأسهم الأدنى قيمة تكون إذن متمتعة بامتياز فى التصويت بالنسبة للأسهم الأعلى منها قيمة .

**الحالة الثالثة:** عند وجود أسهم معينة من أسهم الشركة تتمتع بأصوات متعددة بدلاً من صوت واحد لكل سهم فإنها تسمى بالأسهم ذات الأصوات المتعددة، وهذه هى الصيغة الأكثر شيوعاً فى ميدان الأسهم المتمتعة بامتياز فى حق التصويت <sup>(١)</sup> .

وعلى كل حال فإنه فى الدول التى يجوز فيها إصدار أسهم عديمة الأصوات ليس من الصعب إعطاؤها الحق فى إصدار أسهم متمتعة بامتياز فى التصويت، أما فى الدول التى يعتبر التصويت فيها حقاً من الحقوق الأساسية للمساهم فإنه يمكن الاستناد إلى المبادئ العامة فى حرية التعاقد وإلى سلطة الجمعية العمومية للمساهمين فى تقرير أمور الشركة وذلك لإمكانية تفسير إصدار الأسهم المتمتزة فيها، وإن كان يعيب هذا التفسير أن قرارات الجمعية العامة لا يصدر بالإجماع بل يصدر بأغلبية خاصة وذلك على أساس أن هذه هى طبيعة شركة المساهمة باعتبارها شركة ذات طابع تنظيمى ومحكومة بقانون الأغلبية .

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق - ص ٢٦٥ وما بعدها .

ولكن يجب أن يلاحظ أنه إذا كانت الفوائد التى يمكن أن تجنيها الشركة من إصدار الأسهم المتمتعة بامتياز فى التصويت تعتبر مسوغاً كافياً لعدم الاعتراض عليها، إلا أن الأخطار أو الأضرار التى تسببها هذه الأسهم تستلزم التدخل الحازم من المشرع لتنظيم الأمر بقواعد من شأنها الحفاظ على مصلحة الشركة والمصلحة العامة فى آن واحد<sup>(١)</sup>.

- فبينما نجد أنه فى قانون التجارة اللبنانى نصت المادة ١١٠ منه على أن الأسهم ذات الأفضلية (أى الأسهم الممتازة) تمنح أصحابها حق الأولوية إما فى استيفاء بعض أنصبة من الأرباح وإما فى استعادة رأس المال وإما فى هاتين الميزتين معاً (أو أية منفعة مادية أخرى)، بما يعنى استبعاد الأسهم المتمتعة بامتياز فى حق التصويت.

- نجد أن المادة ٢٢٦/٤ من قانون التجارة السورى تنص على أنه (يجوز أن ينص النظام الأساسى على مضاعفة عدد الأصوات لمصلحة المساهمين الذين احتفظوا بملكية أسهمهم مدة لا تقل عن ثلاثة سنوات متوالية).

- وهو ما تبناه المشرع المصرى الذى قرر جواز إصدار الأسهم المتمتعة بامتياز فى حق التصويت دون تفصيل أيضاً حيث نصت المادة ٢/٣٥ من قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م على أنه (ويجوز أن ينص النظام على تقرير بعض الامتيازات لبعض أنواع الأسهم وذلك فى التصويت أو الأرباح أو ناتج التصفية .... إلخ).

- وهو نفس الموقف الذى تبناه المشرع الأردنى فى قانون الشركات الأردنى الصادر سنة ١٩٩٧م بمقتضى المادة ٦٨ مكرر، والمضافة إليه بقانون التعديل رقم (٤) لسنة ٢٠٠٢م الذى استحدث بموجبه الشركة المساهمة الخاصة، والتى قرر بالنسبة لها جواز إصدار الأسهم المتمتعة بامتياز فى حق التصويت بدورها دون تفصيل، حيث نصت هذه المادة على أنه (يجوز لهذه

---

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - مرجع سابق - ص ٢٦٦، ٢٦٧.

الشركة "وحسب مانص عليه نظامها الأساسى إصدار عدة أنواع وفئات من الأسهم تختلف فيما بينها من حيث القيمة الإسمية (والقوة التصويتية) ... إلخ).

كما نصت المادة ٧٨/ب من ذات القانون المضافة إليها بقانون التعديل رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٢م على أنه (يجوز أن يتفق الشركاء المتضامنون والشركاء المساهمون فى عقد تأسيس شركة التوصية بالأسهم ونظامها الأساسى على وجود أنواع من الأسهم "بقوة تصويتية" ... إلخ" مقررته بذلك بالنسبة لهذه الشركة جواز إصدار الأسهم المتمتعة بامتياز فى حق التصويت .

أما قانون الشركات الفرنسى الصادر سنة ١٩٦٦م فقد حصرت المادة ٧٥ من حق صاحب الأسهم المتمتعة بامتياز فى حق التصويت بالتصويت المضاعف، أى صوتين للسهم الممتاز، وهو ما فعله المشرع المغربى بمقتضى المادتين ٢٥٧، ٢٥٩ من قانون شركات المساهمة المغربى الصادر سنة ١٩٩٦ .

أما السماح بإصدار أسهم عديمة الأصوات ولكنها متمتعة بامتيازات مادية فقد أخذت به العديد من الدول كالولايات المتحدة الأمريكية، وانجلترا، وألمانيا، واليابان والبرازيل، ويرى بعض الفقهاء أن الصيغة المعمول بها فى هذه الدول يعتبر خير نموذج يمكن أن يحتذى به فى بقية دول العالم، وهو ما فعله المشرع المغربى فعلاً فى قانون الشركات المساهمة الصادر سنة ١٩٩٦م حيث نصت المادة ٢٦١ منه على أنه (يمكن أن ينص النظام الأساسى على إنشاء أسهم ذات أولوية فى الأرباح (دون حق التصويت)، وإن لم يرخص بذلك إلا للشركات التى حققت خلال السنتين الماليتين الأخيرتين أرباحاً قابلة للتوزيع، حيث إن منح هذه الأسهم امتيازاً فى الأرباح يتوازن أو يتعادل مع حرمانها من حق التصويت، ومن ثم من المساهمة فى إدارة الشركة، وإن كان ذلك من شأنه أن يؤدى - فى رأينا - إلى خلق طائفتين متميزتين من المساهمين فى الشركة المساهمة، بما يشبه إلى حد ما الحالة التى عليها الشركاء الموصون (أى المساهمون) والشركاء المتضامنون فى شركة التوصية بالأسهم .



وهكذا يتضح لنا أن استعمال الأسهم ذات الأصول المتعددة قد شاع استعماله فى الدول الأوروبية بعد الحرب العالمية الأولى، كوسيلة للحيلولة دون سيطرة الأيادى الأجنبية على المشروعات الوطنية، ولتركيز السلطة فى هذه المشروعات فى الأيادى الوطنية دون الاضطرار إلى توظيف رؤوس أموال كبيرة فيها .

مع ملاحظة أنه فى جانب الأسهم الممتازة فإن تمتع طائفة من المساهمين ببعض المنافع المادية الإضافية ليس من شأنه الإخلال بإدارة الشركة أو تسيير شئونها بصورة عامة، خصوصاً أن الأسهم المتمتعة بامتيازات مادية قد تكون محرومة من حق التصويت، كما فى الولايات المتحدة الأمريكية، ومن ثم يكون أصحابها محرومين من المساهمة فى إدارة الشركة .

أما بالنسبة للأسهم المتمتعة بامتياز فى حق التصويت فإن الأمر على النقيض تماماً، إذ إن مثل هذا الامتياز لا يعتبر وسيلة لجلب رؤوس الأموال التى قد تحتاج إليها الشركة بل تعتبر الوسيلة المثلى لتمكين بعض المساهمين من السيطرة على إدارتها، فهو لا يخلق مجرد حالة من عدم المساواة فى حياة الشركة الواحدة، وإنما يؤدى إلى التأثير فى حياة الشركة، وما يتعلق بها من مصالح، ومن ثم فى مصائر المساهمين والدائنين، وكذلك المشروعات الأخرى ذات العلاقة بل حتى الاقتصاد الوطنى بوجه عام .

وهكذا نرى أن النتائج المترتبة على الامتياز فى التصويت أخطر بكثير من النتائج المترتبة على الامتيازات المادية، وهو ما يفسر تدخل الشرعين عموماً لمنع الشركة من إصدار الأسهم المتمتعة بامتياز فى التصويت أصلاً وبحصر الامتياز فى حدود ضيقة كما فى فرنسا بصوتين فقط .

وهكذا نرى أن الأسهم المتمتعة بامتيازات مادية معروفة فى معظم الدول، أما الأسهم المتمتعة بامتياز فى التصويت فيقتصر استعمالها على بعض الدول فقط دون غيرها تبعاً لاختلاف النظر إلى كل من الحقوق المادية وحق التصويت، فبينما تعترف تشريعات العالم جميعاً بحق المساهم فى تقاضى

الأرباح وبقية الحقوق المادية، نجد بعض التشريعات لاتعتبر حق التصويت من الحقوق الأساسية الملتصقة بصفة المساهم، وهذا ما يفسر إمكان إصدار الأسهم الممتازة الأصوات فى انجلترا والولايات المتحدة الأمريكية وبعض الدول الأخرى، والواقع أنه إذا كان من الصعب أن نجد مساهماً يدعى بأنه لا يأبه بمساهمته فى الشركة بقبض أية أرباح أو الحصول على منافع منها، فإن من السهولة بمكان أن نجد الآلاف من المساهمين الذين يصرحون ويؤمنون بما يصرحون به بعدم اكتراثهم بالتصويت فى الجمعية فى الجمعية العمومية للشركة وحتى فى عدم انصراف تفكيرهم إلى ذلك أصلاً<sup>(١)</sup>.

أما عن حكم هذا النوع من الأسهم فى الفقه الإسلامى:

فهو عدم الجواز كذلك، لأنه ينافى العدل، فمن المفروض أن يتساوى الشركاء فى الحقوق ومنها التساوى فى الأصوات بحيث تكون بعدد الأسهم، هذا فضلاً عن أن استعمال هذه الخاصية يؤدى فى الغالب — إلى وقوع الضرر، حيث تتحكم الأقلية فى قرارات الشركة بفرض رأيها على أمور الشركة وهيمنتها بطريقة قاسية على أغلبية المساهمين، ولذلك فإن الفتوى فى الفقه الإسلامى على عدم جواز إصدار الأسهم التى تتمتع بهذه الخاصية<sup>(٢)</sup>.

(١) انظر فى هذا د/ أكرم عبد القادر ياملى — اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم — مرجع سابق — ص ٢٦٥ وما بعدها .

(٢) انظر فى هذا د/ محمد فتح الله النشار — التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية — مرجع سابق ص ٨٣ وما بعدها، وأيضاً د/ السيد حافظ خليل السخاوى — البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر — مرجع سابق ص ٣٧٩ وما بعدها . ويرى بعض الفقهاء أن إصدار مثل هذه الأسهم جائز شرعاً، وإن كان قد تخوف من الاستغلال، وحجته فى ذلك (أن هذا الامتياز ليس فى نطاق الحقوق المالية، وإنما يعود إلى الجوانب الإدارية، وهذا ليس فيه مخالفة لنصوص الشرع، ولكنه اشترط أن ينص فى قانون الاكتتاب على هذا الامتياز، وأن يكون بعيداً عن الاستغلال. ولكن يمكن أن يرد على هذا الاستدلال بأن منح مثل هذا الامتياز يؤدى إلى الإخلال بمبدأ المساواة المقترض تحققة بين جميع الشركاء، ومنه المساواة فى الأصوات الممنوحة لكل سهم، وهذا ينافى العدالة المطلوبة شرعاً فى المعاملات، ومن ثم لا يجوز شرعاً إصدار أسهم يتمتع أصحابها بهذه الخاصية . انظر فى هذا د/ على القرة داغى — بحوث فى الاقتصاد الإسلامى — طبعة دار البشائر الإسلامية — الطبعة الأولى سنة ١٤٢٣ هـ سنة ٢٠٠٢ م، ص ٢٠٥، وأيضاً د/ عبد العزيز الخياط — الشركات فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى — مرجع سابق — ج ٢ — ص ٢٢٣ — وأيضاً د/ وهبة الزحيلي — المعاملات المالية المعاصرة بحوث وفتاوى وحلول — طبعة دار الفكر بدمشق — الطبعة الأولى: سنة ١٤٢٠ هـ، ١٩٩٩ م — ص ٣٧١ . وأيضاً د/ محمد فتح الله النشار — التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية — مرجع سابق — ص ٨٤، ٨٥ . وأيضاً د/ السيد حافظ خليل السخاوى — البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر — مرجع سابق — ص ٣٨٢ .

## والخلاصة:

أنه فيما يتعلق بإصدار الأسهم الممتازة التى تختص بمزايا لا تتوافر فى الأسهم العادية بصفة عامة فإن حكمها فى الفقه الإسلامى: هو عدم الجواز شرعاً، لأن ذلك يخالف الأصل فى قيام الشركة، وهو قيامها على أساس المساواة بين الشركاء، وهو حق أصيل لكافة الشركاء، يؤدى انعدامه أو التفريط فيه إلى الربا أو الظلم، وكلاهما محرم فى شريعة أحكام الحاكمين — سبحانه وتعالى .

ولم يسلم من عدم الجواز إلا صورة واحدة من صور الأسهم الممتازة وهى الصورة الثالثة المتمثلة فى إعطاء المساهمين القدامى حق الاكتتاب فى الأسهم الجديدة التى تقرر الشركة إصدارها عند زيادة رأس مال الشركة، فهذه الصورة هى الوحيدة الجائزة شرعاً لتوافقها مع قواعد الشريعة الإسلامية<sup>(١)</sup>.

---

(١) انظر فى هذا د/ محمد فتح الله النشار- التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية - مرجع سابق - ص ٨٥ .

## الخاتمة، ونتائج البحث، والمقترحات

الحمد لله الذى علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، سبحانك ربنا ﴿لَا  
عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ﴾<sup>(١)</sup>، فله الحمد فى الأولى، وله  
الحمد فى الآخرة، وله الحمد يوم يقوم الأشهاد.  
وبعد،

فإن خاتمة البحث هى حصاده، ووضع اللبنة الأخيرة له، وموضوع بحثنا  
يدور حول موضوع:  
" حقوق المساهم فى شركة المساهمة ومدى تنوعها بتنوع الأسهم "

### دراسة مقارنة

#### بين القانون الوضعى والفقہ الإسلامى

وكان القصد من وراء هذا البحث هو إلقاء الضوء حول موضوعه فى  
كل من النظامين (القانونى والشرعى)، لإبراز سمات كل فقہ، ومنهجه فى  
معالجة موضوع البحث.

ولا أود أن تكون خاتمة البحث عبارة عن تلخيص لكل ما سبق  
استعراضه، وإنما أود أن أشير فقط إلى أهم النتائج التى تم استخلاصها منه  
والتي يمكن تلخيصها فى النقاط التالية :

- ١- أن السهم يمثل حصة الشريك فى رأس مال الشركة، وهذه الحصة أو  
هذا الحق مثبت فى صك يعطى للشريك، كما يمثل جزءاً من رأس مال  
الشركة، وهو أمر متفق عليه بين القانون الوضعى والفقہ الإسلامى .
- ٢- أنه فيما يتعلق بطبيعة حق المساهم. هل هو حق ملكية على الأنصبة  
التي أسهم بها فى رأس المال، هل يعتبر المساهم دائماً للشركة بمقدار  
هذه الأسهم أم ماذا ؟

---

(١) سورة البقرة - من الآية رقم ٣٢ .

فإن غالبية الفقه تذهب إلى التفرقة بين نوعين من المساهمين :

أ- إذا كان المساهم لا يرغب سوى فى المضاربة وتوظيف مدخراته، فإن مثل هذا المساهم لا يعتبر سوى مجرد دائن عادى للشركة، بل هو دائن عابر لها .

ب- أما إذا كان المساهم من المساهمين الذين يربطون مصيرهم بمصير الشركة عن طريق تولى المسؤوليات فيها، والتصدى لإدارتها، فإن هؤلاء المساهمين تتوافر لديهم نية المشاركة، وبالتالي يمكن القول بأن لهم (حق فى الشركة)، ويمثلون إلى حد بعيد عنصر الديمومة والاستقرار فى الشركة .

وإن كنت أعتقد أن حق المساهم فى الشركة هو من قبيل حق الملكية وإن كان لا يتأكد إلا عند تصفية الشركة وتقسيم موجوداتها .

٣- أن الأسهم تتميز بمجموعة من الخصائص تكفل لها أداء دورها فى الحركة الاقتصادية، فهى عبارة عن أنصبة متساوية فى القيمة، وأنها غير قابلة للتجزئة، وأنها قابلة للتداول بالطرق التجارية، وتحديد مسؤولية المساهم عن ديون الشركة، وهى خصائص متفق عليها بين القانون الوضعى والفقه الإسلامى.

٤- أن تملك المساهم للسهم يمنحه حقوقاً أساسية بصفته شريكاً فلا يجوز حرمانه منها أو المساس بها، فمن حق المساهم أن تتحدد مسؤوليته بمقدار أسهمه، ومن حقه الحصول على نصيب من الأرباح واقتسام موجودات الشركة عند التصفية، ومن حقه التنازل عن أسهمه للغير مع مراعاة القيود القانونية والاتفاقية بهذا الشأن، ومن حقه حضور جمعية المساهمين والتصويت فيها، ومن حقه البقاء فى الشركة وعدم فصله منها دون إرادته، ومن حقه أن يكون له الأولوية فى الاكتتاب فى الأسهم التى تصدرها الشركة إذا أرادت زيادة رأسمالها .

ومن هذه الخصائص يظهر الفرق بين السهم والسند على نحو ما أوضحناه تفصيلاً فى موضعه من هذا البحث .

- ٥- أن الأسهم تنقسم إلى أقسام عديدة باعتبارات مختلفة .
- فمن حيث شكلها: تنقسم إلى أسهم إسمية، وأسهم لإذن أو لأمر، وأسهم لحاملها .
- ومن حيث طبيعة الحصص التى تمثلها: تنقسم إلى أسهم نقدية، وأسهم عينية، وأسهم صناعية، وأسهم عمل، وأسهم المؤسسين .
- ومن حيث قيمتها، أو علاقتها برأس المال: تنقسم إلى أسهم ذات قيمة إسمية، وأسهم معدومة القيمة الإسمية وأسهم محررة، وأسهم غير محررة، وأسهم ذات علاوة، وأسهم ذات خصم، وأسهم مرواة أو مسقاة، وأسهم مجانية، وأسهم تمتع .
- ومن حيث مالكيها، أى بالنظر إلى المساهمين فى الشركة: تنقسم الأسهم إلى أسهم المؤسسين، وأسهم المساهمين من غير المؤسسين وأسهم تمتع، وأسهم احتياطية، وأسهم عمل، وأسهم العاملين فى الشركة، وأسهم الخزانة أو الخزينة.
- ومن حيث قابليتها للتداول: تنقسم إلى أسهم إسمية يتم تداولها بالقيود فى دفاتر الشركة، وأسهم لإذن أو لأمر يتم تداولها بالتظهير، وأسهم لحاملها يتم تداولها بالتسليم اليدوى أو المناولة اليدوية .
- ومن حيث الحقوق المتصلة بها: تنقسم الأسهم إلى أسهم عادية، وأسهم ممتازة سواء كانت متمتعة بامتيازات مادية، أو متمتعة بامتياز فى حق التصويت .
- ومن خلال استعراضنا لتقسيمات الأسهم اتضح لنا اختلاف التشريعات اختلافاً كبيراً فيما بينها بهذا الخصوص، فمنها ما يجيز جميع أنواع الأسهم، ومنها ما لا يجيز إلا أنواعاً معينة منها فقط .

- ويلاحظ بصورة خاصة الموقف الحذر أو المعادى لبعض التشريعات من الأسهم لحاملها خشية سيطرة عناصر أو فئات غير مرغوب فيها على اقتصاد الدولة .
  - وكذلك الموقف نفسه من الأسهم الصناعية وأسهم العمل خشية تسرب أرباح الشركة إلى أشخاص لا يقدمون لها خدمات تذكر .
  - وكذلك الأمر بالنسبة لأسهم المؤسسين الذين قد يستحوذون على أرباح مبالغ فيها بالنسبة لما يكونون قد بذلوه من جهود محدودة فى تأسيس الشركة .
  - بالإضافة إلى الأسهم الممتازة وما أثارته من نقاش بسبب ما تؤدى إليه من إهدار لمبدأ المساواة بين المساهمين دون مسوغ يستوجب ذلك فى نظر البعض، وما يمكن أن تعود به هذه الأسهم من منافع على الشركة فى نظر البعض الآخر .
- كذلك اتضح لنا من خلال استعراضنا لتقسيمات الأسهم عدم ثبات موقف المشرعين فى نظرتهم إلى بعض الأنواع من الأسهم، ومن ثم تغيير موقف منها، إما بالتخلي عن موقفهم الحذر أو المعادى منها كما هو الحال بالنسبة للأسهم لحاملها، فبعد أن كانوا يجيزون إصدارها لفترة من الزمن إذا بهم يعمدون إلى منعها. وكل هذا بالطبع محكوم بالوضع الاقتصادى والسياسى لكل دولة، وبحسب متطلبات المرحلة التى تمر بها الدولة والأهداف التى تنوى الدول تحقيقها خلالها
- التوصيات :**

وفى نهاية دراستنا فإننا نلفت النظر إلى أنه يجب على كل مشرع دراسة مدى الحاجة لأى نوع من أنواع الأسهم، وبصورة موضوعية خالية من الحكم السابق عليه، وبعيداً عن التزمّت عن موقف قد لا يتلاءم مع سنة التطور من جهة، ومن التقليد الغير واعى لمواقف المشرعين الآخرين التى إن

كانت تناسب ظروف بلدانهم فإنها قد لا تتناسب مع ظروف غيرها من البلدان من جهة أخرى .

فالأحرى تحديد أنواع الأسهم التي يجوز إصدارها وإخضاعها فى ذلك لشروط وقيود معينة تضمن حماية مصالح المستثمرين فيها، ومصلحة الاقتصاد الوطنى بوجه عام .



## فهرس المراجع (\*)

أولاً: المراجع باللغة العربية:

المراجع القانونية :

١- د/ أبو زيد رضوان، ود/ رضا السيد عبد الحميد: القانون التجارى - نظرية الأعمال التجارية، والتاجر، وشركات

المساهمة - دار النهضة العربية ٢٠٠١- ٢٠٠٢ م .

٢- د/ أحمد شكرى السباعى،- الوسيط فى القانون التجارى المغربى والمقارن - الجزء السادس - فى شركات الأموال والشركات ذات المسئولية المحدودة - الرباط بالمغرب .

٣- د/ أحمد محمد محرز:- القانون التجارى- الجزء الأول - المقدمات - الأعمال التجارية - التاجر - المحل التجارى - الملكية الصناعية - الشركات التجارية - بدون دار نشر ١٩٨٦- ١٩٨٧ م .

٤- د/ أكرم عبد القادر ياملكى، - اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم - بحث مقارن - بحث منشور بمجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمى بجامعة الكويت - العدد الأول - السنة الثلاثون - ربيع الأول ١٤٢٧هـ- مارس ٢٠٠٦ م .

٥- د/ إلياس ناصف الكامل، - قانون التجارة - الشركات التجارية - الجزء الثانى - الطبعة الثانية - بيروت ١٩٩٢ م .

٦- د/ أميرة صدقى،- النظام القانونى لشراء الأسهم من جانب الشركة المصدرة لها - القاهرة ١٩٩٣ م .

٧- د/ حسام عيسى، ود/ إبراهيم شلبى،- التنظيم القانونى لشركات المساهمة طبقاً لأحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م المعدل بالقانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٨م- طبعة ٢٠٠٠- ٢٠٠١م - بدون دار نشر .

٨- د/ سميحة القليوبى، - الشركات التجارية - شركات التضامن والتوصية البسيطة والمحاصة، والشركات ذات المسئولية المحدودة، والتوصية بالأسهم، والمساهمة وفقاً لقانون الشركات الجديد رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١م ولائحته التنفيذية الصادرة بالقرار رقم ٩٦ لسنة ١٩٨٢م - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية ١٩٨٨ م .

٩- د/ صبرى مصطفى حسن السبك، - القانون التجارى - الجزء الثانى - التنظيم القانونى للشركات التجارية - شركات الأشخاص وشركات الأموال، والشركات ذات الطبيعة المختلطة، وفقاً لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م وأحدث تعديلات قانون الشركات رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٩م- القانون رقم ٢ لسنة ١٩٩٨ م .

(\*) لقد اتبعنا فى ترتيب المراجع طريقتين :

- الأولى: الترتيب بحسب الحروف الأبجدية للمؤلف (بكسر اللام) بالنسبة للمراجع الحديثة فى الفقه الإسلامى، والمراجع القانونية، والأبحاث والمقالات العلمية - نظرة لشهرة صاحب الكتاب أو البحث .
- الثانية: الترتيب بحسب الحروف الأبجدية للمؤلف (بفتح اللام) بالنسبة لكتب التراث الشرعية، نظراً ل شهرة الكتاب عن صاحبه .

- القانون التجارى - الكتاب الثانى - الجزء الأول - الأوراق التجارية والإفلاس - وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م.

- ١٠- د/ عزيز العكلى، - شرح القانون التجارى- ج٤- الشركات التجارية - عمان ١٩٩٨م .
- ١١- د/ على حسن يونس،- الوسيط فى الشركات التجارية- دار الفكر العربى بالقاهرة ١٩٦٠م .
- ١٢- د/ على سيد قاسم،- قانون الأعمال - الجزء الثانى - التنظيم القانونى للمشروع التجارى الجماعى - دار النصر للتوزيع والنشر بجامعة القاهرة ١٩٩٧م .
- ١٣- د/ فايز نعيم رضوان، ود/ نجيب بكير، ود/ نادية محمد معوض، - الوجيز فى القانون التجارى وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩م - دار النهضة العربية .
- ١٤- د/ فوزى محمد سامى، - الشركات التجارية - الأحكام العامة والخاصة - دراسة مقارنة- مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع - عمان - الطبعة الأولى - الإصدار الأول ١٩٩٩م .
- ١٥- د/ محمد فريد العرينى،- الشركات التجارية-الإسكندرية٢٠٠٢م.
- ١٦- د/ محمد فريد العرينى، ود/ محمد السيد الفقى،- القانون التجارى - الأعمال التجارية - التجار - الشركات التجارية - بيروت ٢٠٠٢م .
- ١٧- د/ محمد فريد العرينى، ود/ هانى دويدار، - مبادئ القانون التجارى والبحرى - دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٠م .
- ١٨- د/ محمد فهمى الجوهري،- محاضرات فى الشركات التجارية - بدون دار نشر، وبدون تاريخ نشر .
- ١٩- د/ محمود سمير الشرقاوى، - الشركات التجارية - دار النهضة العربية- طبعة ١٩٨٦م .
- ٢٠- د/ نادية محمد معوض،- الشركات التجارية - دار النهضة العربية ٢٠٠١م .
- ٢١- د/ هشام زوين المحامى - و ا/ محسن زوين، و ا/ أحمد إسحاق، - الموسوعة العملية فى تأسيس الشركات التجارية والمدنية وممارسات البورصة وهيئة سوق المال ومشكلات غسل الأموال فى ضوء الفقه والقضاء والتشريع والمحاماة - المجلد الرابع - البورصة وهيئة سوق المال ومشكلات غسل الأموال - مركز محمود للإصدارات القانونية بالقاهرة - الطبعة الأولى ٢٠٠٨م.

## المراجع الشرعية

- أ- القرآن الكريم .
- ب- الحديث الشريف .
- ٢٢- تحفة الأحوذى بشرح جامع الترمذى - للإمام الحافظ محمد عبدالرحمن المباركفورى- مطبوع مع جامع الترمذى - طبعة دار إحياء التراث العربى ومؤسسة التاريخ العربى ببيروت - الطبعة الأولى ١٤١٩هـ- ١٩٩٨م- ج٤
- ج- كتب الفقه - الفقه الحنفى ؛
- ٢٣- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار - للعلامة محمد أمين الشهير بابن عابدين - طبعة دار إحياء التراث العربى ببيروت - الطبعة الثانية ١٤١٧هـ- ١٩٨٧م- ج٢.

- ٢٤- شرح فتح القدير على الهداية - للإمام كمال الدين محمد بن عبدالواحد- المعروف بابن الهمام الحنفى -  
الطبعة الأميرية ١٣١٨هـ- ج٥، ج٦ .
- ٢٥- الدر المختار شرح تنوير الأبصار - للعلامة محمد علاء الدين الحصكفى - طبعة مصطفى البابى الحلبي-  
ج٥.
- ٢٦- المبسوط- للعلامة محمد بن أحمد بن سهل السرخسى - طبعة دار المعرفة- بيروت - الطبعة الثالثة ١٣٩٨هـ-  
١٩٧٨ م .
- ٢٧- الفقه المالكي :
- ٢٨- بداية المجتهد ونهاية المقتصد - للعلامة أبى الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الحفيد القرطبي  
الأندلسى - طبعة دار الكتب الحديثة بالقاهرة. ج٢ .
- ٢٩- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - للعلامة محمد بن عرفة الدسوقي - مطبوع مع الشرح الكبير للدردير  
- طبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة - ج٣ .
- ٣٠- الشرح الكبير على مختصر خليل: للعلامة أبى البركات أحمد الدردير - مطبوع بهامش حاشية الدسوقي -  
طبعة دار إحياء الكتب العربية بالقاهرة - ج٣.
- ٣١- الفقه الشافعى :
- ٣٢- التهذيب فى فقه الإمام الشافعى: للعلامة أبى محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغوى - تحقيق  
عادل عبدالوجود وعلى معوض - طبعة دار الكتب العلمية - بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٨هـ- ١٩٩٧ م .
- ٣٣- المهذب فى فقه الإمام الشافعى - للعلامة أبى إسحاق إبراهيم بن على بن يوسف الفيروزآبادى الشيرازى. طبعة  
مطبعة عيسى البابى الحلبي - بالقاهرة - ج١ .
- ٣٤- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج - للعلامة شمس الدين محمد ابن أبى العباس أحمد بن حمزة بن شهاب الدين  
الرملى - طبعة مطبعة مصطفى البابى الحلبي - الطبعة الأخيرة ١٣٨٦هـ- ١٩٦٧م- ج٥ .
- ٣٥- الفقه الحنبلى:
- ٣٦- كشاف القناع عن مأن الإقناع: للشيخ منصور بن يونس البهوتى - تحقيق محمد أمين الضناوى - طبعة  
عالم الكتب بيروت - الطبعة الأولى ١٤١٧هـ- ١٩٩٧م- ج٣ .
- ٣٧- المبدع فى شرح المقنع: للعلامة أبى إسحاق برهان الدين إبراهيم ابن محمد بن عبد الله بن مفلح - مطبوع مع  
المقنع لابن قدامة - طبعة المكتب الإسلامى. بيروت ١٤٠٠هـ- ١٩٨٠م- ج٤.
- ٣٨- مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، جمع وترتيب عبدالرحمن بن محمد بن قاسم العاصمى النجدى  
- طبعة مطابع الرياض - الطبعة الأولى ١٣٨٣هـ- ج٣٠ .
- ٣٩- المغنى، للإمام موفق الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسى- الطبعة الأولى ١٤١٠هـ-  
١٩٩٠م- ج٧.

## د- كتب وأبحاث حديثة فى الفقه الإسلامى والفقه المقارن :

- ٤٠- د/ أحمد بن محمد الخليل: - الأسهم والسندات وأحكامها فى الفقه الإسلامى - طبعة دار ابن الجوزى السعودية - الطبعة الأولى .
- ٤١- د/ أحمد محمد لطفى: - معاملات البورصة بين الحظر والإباحة - دراسة مقارنة فى ضوء أحكام الفقه الإسلامى - بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون بتفهننا الأشراف - دقهلية - العدد الخامس- فبراير ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٥م- الجزء الثانى
- ٤٢- د/ سمير عبد الحميد رضوان: - أسواق الأوراق المالية ودورها فى التنمية الاقتصادية - القاهرة ١٩٩٩م .
- ٤٣- د/ السيد حافظ خليل السخاوى: - البورصة فى الفقه الإسلامى المعاصر - بدون دار نشر - وبدون تاريخ .
- ٤٤- د/ الطيب محمد حامد: - الأسهم وحكمها الشرعى - بحث منشور بمجلة كلية الدراسات الإسلامية بدبى.
- ٤٥- د/ عبدالعزيز عزت الخياط: - الشركات فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى - القسم الثانى - مؤسسة الرسالة ببيروت - الطبعة الثالثة- ١٤٠٨هـ- ١٩٨٧م .
- الشركات فى ضوء الإسلام - دار السلام .
- ٤٦- د/ على محبى الدين القرة داغى: - الاستثمار فى الأسهم بحث منشور بمجلة المجمع الفقہى الإسلامى الصادر عن رابطة العالم الإسلامى- السنة السابعة - العدد التاسع ١٤١٦هـ- ١٩٩٥م .
- بحوث فى الاقتصاد الإسلامى - طبعة دار البشائر الإسلامية- الطبعة الأولى ١٤٢٣هـ- ٢٠٠٢م .
- ٤٧- د/ محمد صبرى هارون: - أحكام الأسواق المالية - دار النفائس - الطبعة الأولى ١٩٩٩م .
- ٤٨- د/ محمد فتح الله النشار: - التعامل بالأسهم فى سوق الأوراق المالية - رؤية شرعية فى ضوء الفقه الإسلامى - دار الجامعة الجديدة للنشر بالإسكندرية ٢٠٠٦م.
- ٤٩- د/ محمد فرج عزب إسماعيل: - زكاة الأسهم - دراسة فقهية مقارنة ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م .
- ٥٠- د/ وهبة الزحيلي: - فقه المعاملات المالية المعاصرة - طبعة دار الفكر - الطبعة الأولى ٢٠٠٢م .
- المعاملات المالية المعاصرة - بحوث- وفتاوى- وحلول- طبعة دار الفكر بدمشق - الطبعة الأولى ١٤٢٠هـ- ١٩٩٩م .
- ## هـ- المعاجم :
- ٥١- القاموس المحيط: لمجد الدين محمد بن يعقوب الفيروزآبادى الشيرازى - طبعة دار الكتب العلمية ببيروت - ج٤ .
- ٥٢- لسان العرب: لأبى الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقى المصرى - الشهرير بابن منظور - طبعة الدار المصرية للتأليف والنشر- ج١٢ .
- ٥٣- مختار الصحاح: لمحمد بن أبى بكر الرازى- طبعة مؤسسة الرسالة - الطبعة السابعة ١٤١٨هـ- ١٩٩٨م .
- ٥٤- المصباح المنير: لأحمد بن محمد بن على الفيومى- مطبعة التقدم العلمية بالقاهرة ١٣٢٣هـ.
- ٥٥- ثانياً: المراجع باللغة الأجنبية :

**أ- المراجع باللغة الإنجليزية :**

- 56- BALLANTINE: "On Corporations", Chicago 1946.
- 57- CHEESEMAN: "Business Law", 4 th édition, New Jersey 2001.
- 58- GOWER: "The Principles of Modern Company Law", 5 th édition, London 1992.
- 59- BixBy, BEK- DUDLEY, CIHON: "The Legal Environment", New Jersey 2001.

**ب- المراجع باللغة الفرنسية :**

- 60- De SOLA CANIZARES: "Etude sur les Titres emis par les Sociétés Par Actions en droit compare", Paris 1962.
- 61- FREDERICQ: "Traité de droit commrcial", Tom 4, Bruxelles 1970.
- 62- Hamonno: "les sociétés d'investissement à capital Variable", Paris 1970.
- 63- LE PARGNEUR: "Les Société Commerciales aux Etats- unis d'amerique", Paris 1951.
- 64- L- Mazeaud: "La Souveraineté de fait dans les sociétés anonyme in Trav. Association, H. Capitant", Paris 1967.
- 65- L. Polit: "L'existence et l'opportunité des actions valeur nominal", Revue Trimestrielle de droit commercial 1950 .
- 66- M. Sochlogel: "Les Sociétés d'investissement à capital Variable" 1963.
- 67- P. Vigreaux: "Les des droit des actionnaires dans les sociétés anonymes", Paris 1953 .
- 68- P. Pic: "Criterium de la distinction de L'intérêt et de L'action".
- 69- Ripert: "Traité élémentaire de droit commercial", Premiere edition 1947.

# المرشد القانوني في إنتخابات القيادات الجامعية

- (١) قواعد إنتخابات القيادات الجامعية : عرض وتاصيل وإشكاليات  
(٢) هيكل وقواعد العمل في اللجنة المشرفة على الإنتخابات بالكلية

إعداد

أ.د/ أحمد محمد البغدادي  
عضو لجنة الإنتخابات بالكلية  
رئيس قسم فلسفة القانون وتاريخه  
مدير وحدة الجودة بالكلية

شوال ١٤٣٣هـ / سبتمبر ٢٠١٢م

حقوق الملكية محفوظة  
لوحدة الجودة بالكلية

## **\*\* رؤية الكلية \*\***

تسعى كلية الحقوق . بجامعة بنها لأن تكون كياناً رائداً إقليمياً في المجال القانوني والمشاركة المجتمعية.

=====

## **\*\* رسالة الكلية \*\***

إيجاد خريج قادر على المنافسة في سوق العمل وتطوير مهاراتة القانونية وإعداد باحثين قادرين على إجراء البحوث القانونية بما يخدم المجتمع المحلي والإقليمي

٢٠١٣

٢٠١٤

حقوق بنها

الإعتماد

لم يعد حلما

# كروتة ديرة

إلى

**أ.د/ محمود محمد حامد**

رئيس اللجنة المشرفة على الانتخابات بالجامعة

وإلى

أمانة مكتب اللجنة المشرفة على الانتخابات بالكلية

**أ/ السيد جودة عزب**

**أ/ عبدالرحمن محمد شاكر**



# فذلكة : خارج الصندوق

أسر لى زميلى وصديقى العزيز (أ.د. عيد القصاص) :  
أستاذ قانون المرافعات ووكيل كلية الحقوق - جامعة الزقازيق  
حينما سألته عن سبب عدم ترشحه لمنصب العمادة فى كليته  
(فى شهر إبريل ٢٠١٢م) . ورد على قائلا :  
" إن المرشح الرئيسى للعمادة زميل عمري ؛  
وبينى وبينه زملاء أشارك أنا وهو فى صداقتهم ؛  
ولذا فقد إنسحبت حتى لا أتسبب فى إيلاام هؤلاء الأصدقاء ؛  
حينما يكون عليهم أن يختاروا بينى وبينه ؛  
لأننى بذلك أشبه بمن حمل سكيننا ليقطع صديقه !"

قواعد

انتخابات القيادات الجامعية

عرض وتأصيل وإشكاليات

## أولاً : القواعد المطبقة على إنتخابات القيادات الجامعية

١ - تخضع مسألة إنتخاب القيادات الجامعية للشروط والإجراءات التى تضمنها القرار الصادر من المجلس الأعلى للجامعات فى (٢٦/٧/٢٠١٣م) . ويستند هذا القرار إلى القانون رقم (٨٤) لسنة ٢٠١٣م فيما تضمنه من إضافة المادة (١٣) مكرر للقانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٢م بشأن تنظيم الجامعات .

ومن هنا تأتى أهمية القرار المذكور ، بالنظر إلى أن الآليات السابقة بخصوص إختيار القيادات الجامعية لم تكن تستند إلى نص تشريعى بقانون تنظيم الجامعات أو تعديلاته . وعلى الرغم من أن إشاعة الممارسات الديمقراطية بالجامعات كان ثمرة لثورة يناير ٢٠١١م ؛ إلا أن تلك الممارسات لم تلق قبولاً عاماً لأسباب عدة ؛ منها ماهو جاد ومبرر. ولذلك أجريت الإنتخابات فى بعض الجامعات واستقرت نتائجها ؛ بينما تم وقف أو إلغاء الإنتخابات فى جامعات أخرى إستناداً إلى أحكام القضاء<sup>(١)</sup> .

٢ - ونود أن نشير هنا إلى أن الآليات السابقة بشأن إختيار القيادات الجامعية لا تخلو من فائدة رغم أنها أُلغيت بالقرار المذكور الصادر من المجلس الأعلى

---

(١) وكانت مسألة إختيار القيادات الجامعية قبل ذلك التاريخ قد خضعت للآليات المعتمدة من المجلس الأعلى للجامعات والمؤرخة فى ٢٠١١/٩/٤م . وقد اعتمد عليها - دون سواها - بصفتها النظام المتبع ؛ وذلك منذ إختيار المجمع الإنتخابى بجامعة بنها بغرض إنتخاب رئيس الجامعة . وهى بذلك كانت النظام الواجب الإتباع فى مسألة إختيار القيادات الجامعية ؛ بعد إضافة الملحقين التفسيريين :

الملحق الوارد من المجلس الأعلى للجامعات بتاريخ ٢٠١١/٩/١٣م ؛ والمعتمد من أمين عام المجلس الأعلى للجامعات الملحق الوارد من وزارة التعليم العالى بتاريخ ٢٠١١/٩/١٩م ؛ والمعتمد من وزير التعليم العالى (رئيس المجلس الأعلى للجامعات) .

،،، وقد ثار حينئذ خلاف حول القيمة القانونية لآليات أخرى وردت من المجلس الأعلى للجامعات ومؤرخة فى ٢٠١١/٨/٢٩م . وقد رجحنا القول فى ذلك الوقت بأن الآليات المعتمدة والمؤرخة فى ٢٠١١/٩/٤م هى القواعد السارية والنافذة فى شأن إختيار القيادات الجامعية : " ولذا فإنها تحل محل الآليات السابقة سواء كانت تلك الآليات قد إعتمدت ، أو كانت - من باب أولى - مجرد إقتراحات أرسلت إلى الكليات لمناقشتها . وهذا هو القول المعتمد : طالما لم يرد من المجلس الأعلى للجامعات ما يفيد العمل بالآليتين معا فيكمل بعضها بعضا ؛ ويزيل بذلك ما قد ينشأ من لبس لدى البعض . لاسيما وأنه قد تم اللجوء إلى تفسير الآلية المعتمدة المشار إليها بالملحقين المشار إليهما . ولا يجوز الإحتجاج فى هذا المقام بأن الآلية السابقة مباشرة والمؤرخة فى ٢٠١١/٨/٢٩م تضمنت نصوصاً لم ترد فى الآلية اللاحقة المنوه عنها . ذلك أنه طبقاً لصريح القانون وفيما يتعلق بتنظيم مسألة التعارض بين القوانين (م ٢) فقرة ٢ من القانون المدنى) : فإن الآليات اللاحقة تلغى الآليات السابقة ؛ ولا ينفذ هنا إلى القول بعدم تعارض بعض النصوص الواردة فى الآليتين ؛ أو القول بوجود نصوص تضمنتها الآليات السابقة وخلت منها الآليات اللاحقة " .

للجامعات . ومصدر هذه الفائدة هو قيمتها الإسترشادية ، وهو ما يتضح فى أكثر من موضع . ومن ذلك :

● **الجدول المقترح لعملية الانتخابات :** وكان هذا الجدول قد ورد مفصلاً فى الآليات السابقة ؛ وهو أمر لاتخفى فائدته عند القيام بتصميم الجدول الانتخابى فى إحدى الكليات .

● **التوكيل فى التصويت :** ولعل أهم هذه الفوائد الإسترشادية للآليات السابقة تكمن فى أمر آخر ؛ ونعنى به القواعد التى تنظم التوكيل فى التصويت ؛ والتى نقترحها فى حالة إجازة الوكالة فى التصويت مستقبلاً<sup>(١)</sup> .

معايير إختيار القيادات الجامعية : ويمكننا أن نضيف إلى تلك الفوائد : المعايير التى وردت فى الآليات السابقة المشار إليها بخصوص إختيار القيادات الجامعية . وهى معايير يستعين بها الناخبون لتقييم المرشح وقياس كفاءته . وتشتمل تلك المعايير على عشرين عنصراً ؛ لقياس كفاءة المرشح فى مجال القيادة والإدارة ، ومجال النشاط العلمى والبحثى .

## **ثانياً : إجراءات الانتخابات ومواعيدها وبرنامجه الزمنى**

٣. وبالرجوع إلى الآليات السابقة - المشار إليها - يتبين خلوها من تحديد موعد ثابت لفتح باب الترشح لمنصب عميد الكلية ؛ وهو أمر كان يفتح مجالاً للخلاف والخصومة داخل بعض الكليات. وقد أشرنا فى هذا الموضع فى حينه : " أنه من الأولى الرجوع فى هذا الشأن إلى القواعد العامة ؛ والإستئناس بما تم فى كليات الجامعة . وذلك جميعه على هدى من مبدئين لا يجوز فصم ما بينهما من عرى : أولهما : المصلحة العامة للمؤسسة ، والثانى : مقتضيات العدالة . ويأتى على رأس مصالح المؤسسة : تحقيق الإستقرار الأكاديمى

---

(١) راجع الفقرة (١٦) بخصوص التوكيلات الانتخابية ؛ والأسباب التى إعتدنا عليها فى دعوة المشرع للنص على إجازة التوكيل فى التصويت عند الضرورة.

والإدارى . بينما تفرض مقتضيات العدالة تحقيق المساواة بين المرشحين ؛ والسعى إلى نقطة يحصل بها التوازن النسبى بينهم فى نفوذهم وتأثيرهم " .  
أما الشروط والإجراءات الجديدة فقد نظمت هذه المسألة ، بل وتصدت أيضا - خلافا للآليات السابقة - لمسألة تحديد السلطة صاحبة الإختصاص فى الدعوة لإجراء الإنتخابات ؛ وهو ما نلاحظه فى م (٢٢) :

● سلطة رئيس الجامعة : " تتولى السلطة المختصة بالتعيين بالنسبة لوظيفة رئيس مجلس القسم وعميد الكلية أو المعهد ... الدعوة لإجراء الإنتخابات وبدء أعمال لجنة الإشراف" <sup>(١)</sup> .

● الدعوة لإجراء الإنتخابات : ويتم الدعوة للبدء فى إجراءاتها " قبل موعد خلو الوظيفة القيادية الجامعية بشهر ونصف على الأقل " .  
٤- ونشير هنا إلى أن البدء فى إجراء الإنتخابات قبل خلو المنصب بشهر ونصف - على الأقل - له أكثر من مبرر ومقتضى :

**أ . وأول هذه المبررات هو المصلحة العامة :** التى تقتضى تحقيق الإستقرار والإنضباط الأكاديمى والإدارى . صحيح أنه يتم تحديد شخص القائم بالعمل وفقاً لقواعد الحلول ؛ وذلك - على سبيل المثال - عند ترشح العمداء والوكلاء ... ومع ذلك فقد أثبتت التجربة أن الكثير من المسائل والقرارات الهامة يتم تأجيلها فى هذه المرحلة الإنتقالية . بل وربما عجزت المؤسسة عن عقد مجلس الكلية خلال هذه الفترة . وقد كان لهذه التجارب أكبر الأثر فى مراجعة بعض الآراء ؛ بل والعدول عن بعضها عند إعداد هذه الدليل .

---

(١) ويقوم وزير التعليم العالى بالدعوة لإنتخابات رئيس الجامعة ؛ بصفته : " السلطة المختصة بالعرض لإصدار قرار تعيين رئيس الجامعة " : (م ٢٢) من القرار ؛ م (٢٥) من قانون تنظيم الجامعات . ونميل إلى إختصاص رئيس الجامعة بالدعوة إلى إنتخاب لجان الإنتخابات بالكليات ؛ وممثليها بالمجمع الإنتخابى ؛ إستنادا إلى إختصاصه بإصدار قرار تشكيل المجمع الإنتخابى للجامعة : م (٥) من القرار . وكذا إختصاصه : بإدارة شئون الجامعة ؛ ودعوة مجلسها ولجانها ؛ و" تنفيذ القوانين واللوائح الجامعية وقرارات مجلس الجامعة والمجلس الأعلى للجامعات " : مواد (٢٥-٢٧) من قانون تنظيم الجامعات .

ب . أما ثانى تلك المبررات فهو : أن عملية الانتخابات وإجراءاتها تقتضى تصميم جدول إنتخابى ؛ وتنظيم مواعيد ما يلزم من إجراءات إلى حين الإقتراع وإعلان نتيجة الانتخابات . وقد تطول تلك المواعيد فى الأحوال العادية لتستغرق ما يقرب من الشهر الواحد كما سنرى فى الفقرة التالية .

ج . ولذا نرى أنه : إذا لم تحدد السلطة المختصة بالتعيين (رئيس الجامعة) موعدا لبدء إجراءات الانتخابات قبل التاريخ المحدد فى م (٢٢) : فإنه على لجنة الانتخابات بالكلية الإلتزام بموعد الشهر ونصف المذكور . وفى هذا درء لما يمكن أن يحصل من خلاف بين المرشحين المحتملين للمنصب ؛ بسبب التبكير فى موعد الانتخابات ؛ وما قد تلوكه الألسنة وتخفيه الصدور بهذا الخصوص .

د . وقد سبق أن أشرنا فى مقدمة الفقرة الثالثة أنه : " تفرض مقتضيات العدالة تحقيق المساواة بين المرشحين ؛ والسعى إلى نقطة يحصل بها التوازن - النسبى - بين المرشحين فى نفوذهم وتأثيرهم " . ونضيف لما تقدم : أنه طالما تحققت المصلحة العامة بموعد الشهر ونصف المذكور : فلم نفتح بابا للخلاف والخصومة - بل - والتجريح !. ولذا يمكن القول هنا : إن الحكمة تقتضى الإستغناء عن مواضع الخلاف كلما أمكن .

هـ . وهنا ننتقل إلى مسألة هامة تتعلق بالمواعيد الواردة فى م (٢٤) من القرار المذكور والتي تتضمن قوام الجدول الإنتخابى الذى نوهنا عنه :

أ . وأول ما نلاحظه : أنه ينبغى قراءة المادة المذكورة جنبا إلى جنب مع نص المادتين (١٣) و(٢٧) فى القرار المشار إليه . وبينما تتضمن م (٢٤) تفاصيل عملية الانتخابات ومواعيد إجراءاتها ؛ فإن م (١٣) تتحدث عن إختصاصات اللجنة المشرفة على الانتخابات بالكلية . وأخيرا تأتى م (٢٧) متضمنة بعض الضوابط المتعلقة بإعلان الإجراءات وحساب المواعيد .

ب . وثانى الملاحظات : هو الطابع التنظيمى للمواعيد الواردة فى المادتين المشار إليهما ، وهو ما تؤكد صراحة م (٢٧) من القرار المذكور : " كما أن جميع المواعيد المشار إليها بهذا القرار هى مواعيد تنظيمية " .

ولذا ينبغي أن نفرق فى هذا المقام بين أمرين ، الأول : أن هناك إجراءات جوهرية وأن إغفال أحدها يستتبع بطلان الإجراءات التالية له . وتندرج هذه الإجراءات ضمن مراحل سبعة على النحو التالى :

١	فتح باب الترشح
٢	الإعلان المبدئى عن أسماء المرشحين
٣	فتح باب الطعون فى المرشحين
٤	الإعلان النهائى عن أسماء المرشحين
٥	ندوات المرشحين
٦	الإقتراع والفرز وإعلان نتيجة الإنتخاب
٧	إعادة الإقتراع عند اللزوم

● **والأمر الثانى :** أن مواعيد إتخاذ هذه الإجراءات السبعة يمكن أن تخضع للتعديل والدمج تبعاً لظروف المؤسسة . غير أن الطابع التنظيمى لهذه المواعيد يتطلب بالضرورة وضع بعض الضوابط ، وإلا كانت تلك المواعيد خلوا من أى قيمة قانونية . وهذا هو مانقصده بالطابع التنظيمى للمواعيد ؛ لأنه لا يصح أن نعرفها بالقول بأنها : " مواعيد غير ملزمة " ؛ وكأنما لا توجد قيود عند التصدى لتلك المواعيد والقيام بتعديلها .

● وقبل أن نتكلم عن تلك الضوابط نشير هنا إلى : أن تعديل أو دمج المواعيد المذكورة إنما هو أمر يدخل فى إختصاص اللجنة المشرفة على الإنتخابات بالكلية . وهى ملحوظة هامة تنضم إلى أخواتها التى نعرض لها فيما يخص سلطة اللجنة المذكورة وطبيعة مهامها . كما نؤكد على وجوب مراعاة أيام " الأجازات والعطلات الرسمية " ؛ واستبعادها عند إعداد البرنامج الزمنى للإنتخابات طبقاً لنص م (٢٧) . وذلك تجنباً للطعون أو التظلمات بسبب إتخاذ أحد الإجراءات فى غير " أيام العمل الفعلية " .

٦ - ويمكننا أن نسوق بعض الضوابط ، حينما تقدم اللجنة المذكورة على تعديل أو دمج بعض المواعيد الواردة فى القرار :

● أن المواعيد المذكورة تعد النموذج أو المثال للإجراءات المطلوبة : وأنه ينبغي التقيد بالحد الأدنى الوارد بهذا النموذج ؛ وذلك فى الأحوال العادية مالم تفرض المصلحة العامة تعديل تلك المواعيد . ومن مقتضيات تلك المصلحة مسألة الإستقرار والإنضباط الإدارى والأكاديمى كما أشرنا .

● وأنه فى كل مرة يتم فيها تعديل أو دمج بعض المواعيد فإنه ينبغي أن يأتى التعديل فى الحدود المعقولة : وبما يحقق المصلحة من التعديل كما سنرى وبما لا يخرج بنا من نطاق المرونة المستحبة إلى دائرة العدوان الصريح على النص . ويترتب على ذلك جميعه :

- أنه يصار إلى تعديل المواعيد الواردة مراعاة لنص م (٢٢) ؛ والتى تضمنت النص على الدعوة لإجراء الإنتخابات قبل خلو المنصب بشهر ونصف على الأقل . وهو إتجاه نلمس فيه الحرص على إتمام الإنتخابات قبل إنتهاء الفترة المحددة لشغل المنصب .

- وأنه يصار إلى التعديل والدمج المذكورين بالنظر إلى قلة عدد المرشحين ، والعدد المحدود لهيئة الناخبين (أعضاء هيئة التدريس ومعاونيهم بالكلية) . وهنا نلاحظ علاقة التعديل أو الدمج بمبدأ الإقتصاد فى المواعيد وترشيدها ، وتجنب إرهاق الناخبين والمرشحين فى ذات الوقت .

- وأنه يصار إلى تعديل ودمج المواعيد المذكورة قبل بداية العام الدراسى بوقت كاف . وذلك لأنها الفترة التى تستعد فيها إدارة الكلية للعام الدراسى الجديد ؛ وتوزيع أعبائه التعليمية ومهامه الخدمية ؛ وهو أمر يحتاج لوقت كاف وسلطة مستقرة . ونقترح هنا ألا تقل المدة بين إجراء الإقتراع وإعلان نتيجة الإنتخابات وبين بدء العام الدراسى الجديد : عن أسبوعين . وإذا أضفنا مدة الأسبوعين المذكورين إلى البرنامج الزمنى المقترح للإنتخابات كما سنعرضه حالا ؛ واستبعاد " أيام الأجازات والعطلات الرسمية " ؛ فإن الناتج يقترب من مدة الشهر ونصف التى إقترحها القرار النافذ للبدء فى إتخاذ إجراءات الإنتخابات .



- وأنه يصار إلى قدر من الواقعية والمرونة عند التعامل مع بعض المواعيد ؛ بغرض إثراء الممارسة الديمقراطية وتوسيع دائرة المشاركة فى العملية الانتخابية . ذلك أنه ينبغى أن يحتاط دوماً حتى لا تكون الانتخابات مجرد إجراء شكلياً . وهو ما يتطلب قيام اللجنة باستطلاع رأى المرشحين والزملاء بالكلية ؛ ومناقشة الأمر مع لجنة الانتخابات بالجامعة ومايجرى فى كلياتها فى هذا الشأن . وعلى سبيل المثال : يعتبر الإستمرار فى إجراءات الانتخابات فى اليوم التالى لانتهاه أجازة عيد الفطر : تضيقاً لامبر له وحر جاً يفضل تجنبه .

• **وتطبيقاً لذلك :** أقدمت بعض الكليات بجامعة بنها خلال شهر (رمضان ١٤٣٣هـ / أغسطس ٢٠١٢م) ومنها كلية التربية : على تعديل ودمج المواعيد الواردة بالقرار المذكور وهو أمر وجد قبولاً من العضو القانونى (الحقوقى) فى لجان الانتخابات بها ؛ بالنظر إلى الطابع التنظيمى لتلك المواعيد . ولذا جاء الجدول الانتخابى بها معدلاً ؛ لتتم الانتخابات فى الفترة من (٥ إلى ١٦ أغسطس ٢٠١٢م) . فى حين أن المواعيد الواردة بالقرار تقترح جدولاً انتخابياً يمتد من (٣١ يوماً) على الأقل ؛ وقد يصل نظرياً إلى (٥٢ يوماً) ؛ كما يتضح من الجدول التالى :

م	الإجراء	عدد الأيام طبقاً للمواد (٢٧و٣٤و١٣)
١	الإعلان عن الوظيفة الشاغرة	١٤
٢	فتح باب الترشح	٣
٣	غلق باب الترشح و إعلان القائمة المبدئية للمرشحين	٢ إلى ٤ ينبغى الإعلان عن جدول الحلول الوظيفى عند كل إعلان عن قائمة المرشحين (الإجراءات أرقام ٣ و ٥ و ٨)
٤	فتح باب الطعون الإبتدائية	٣ ينبغى إتاحة نموذج الطعن الذى أعدته اللجنة للمرشحين
٥	البت فى الطعون الإبتدائية وإعلان قائمة المرشحين	٣ إلى ٧ يمكن دمج [يوميين] من الحد الأدنى فى الإجراء رقم ٤
٦	إستئناف القرارات الصادرة فى الطعون	لم ينص على موعد ويقترح لها [٣] أيام قياساً على الطعون الإبتدائية

٧	البت فى الطعون الإستئنافية	لم ينص على موعد ويقترح [٣ إلى ٧] قياسا على الطعون الابتدائية لذا يمكن دمج [يومين] من الحد الأدنى فى الإجراء رقم ٦
٨	إعلان القائمة النهائية للمرشحين وتحديد الموعد النهائى للإقتراع والإعادة	لم ينص على موعد ويقترح أن تدمج مع الإجراء رقم ٧
٩	ندوات المرشحين	لم ينص على موعد ويقترح [٢.٢] وفقا لعدد المرشحين ينبغى تيسير خطط العمل التى قدمها المرشحون وسيرتهم الذاتية للناخبين
١٠	الإقتراع والفرز وإعلان النتيجة	١
١١	إعادة الإقتراع عند اللزوم	٧.١
١٢	إجمالى عدد ايام البرنامج او الجدول	٣١ إلى ٥٢

٧- وقد يتبادر إلى الذهن السؤال التالى : لماذا يتضمن البرنامج الزمنى (جدول الإنتخابات) بنداً للطعون الإستئنافية ؛ رغم أن لجنة الإنتخابات بالكلية لا تختص بنظر تلك الطعون ، وإنما ينعقد الإختصاص بها إلى اللجنة المشرفة على الإنتخابات بالجامعة ؟.

ويمكنك أن تعثر على الإجابة بالرجوع إلى المادتين (١٣) و(٢٤) من الشروط والإجراءات الجديدة ؛ فقد ربطت صراحة بين تحديد موعد الإقتراع والبت فى الطعون الإستئنافية . ولذا فإنه ينبغى أن نوضح الأمر التالى ؛ لما فيه من عرض لبعض الإشكاليات :

- لا يترتب على التقدم بالطعن الإستئنافى واستيفاء شكله وإرفاق مستنداته : تأجيل (ندوات المرشحين) ؛ ولذا فإنه يجوز عقدها قبل البت فى تلك الطعون
- ويختلف الأمر بالنسبة للإجراء المتعلق بموعد الإقتراع : لأنه ينبغى على لجنة الإنتخابات بالكلية إنتظار نتيجة الطعون الإستئنافية ؛ ومراجعة موعد الإقتراع بناءً على تلك النتيجة .

● ولذا تلحظ كيف فرقتم (٢٤) : بين مواعيد الإقتراع الوارد فى البرنامج الزمنى أو الجدول الإنتخابى للكلية و " المواعيد النهائية للإنتخاب الأول والثانى ...".

● ويترتب على ذلك أنه : قد تقوم لجنة الإنتخابات بالكلية بتعديل المواعيد التى حددتها للإقتراع ؛ وذلك إذا كانت لجنة الإنتخابات بالجامعة قد قامت بنظر الطعون والبت فيها بعد إنقضاء المواعيد المحددة للإقتراع فى الجدول الإنتخابى للكلية .

● وقد لاحظنا فى البرنامج الزمنى : خلو القرار النافذ من تحديد مواعيد تلقى الطعون الإستئنافية والبت فيها . ولذا نقترح القياس على المواعيد المحددة بشأن الطعون الإبتدائية فى القرار المذكور . وقد خصص القرار ثلاثة أيام لتلقى الطعون ؛ وحدا أقصى للبت فيها هو سبعة أيام ؛ دون أن يفرق فى هذا الخصوص بين إنتخابات عميد الكلية أو رئيس الجامعة ؛ المادتان (٨) و(١٣) . ولدينا مزيد من الملاحظات حول الإشكاليات التى تثيرها مسألة الطعون ؛ سنعرض لها فيما سيأتى من فقرات<sup>(١)</sup>

### **ثالثاً : أساس سلطة اللجنة المشرفة على الإنتخابات وقواعد عملها**

٨- تستند اللجنة المشرفة على الإنتخابات إلى قبول أغلبية أعضاء هيئة التدريس بالكلية . وتفصح هذه الأغلبية عن إرادتها من خلال إنتخابات تجرى بين جميع أعضاء هيئة التدريس ومعاونيهم بالكلية .

● وفى الوقت نفسه فإنه لا يجوز إستبدال مجلس الكلية بإرادة هيئة الناخبين بها ؛ فيقال إن قيام مجلس الكلية بتجديد الثقة فى اللجنة المشرفة يقوم مقام إنتخاب اللجنة . ذلك أن الآليات السابقة والقواعد النافذة صريحة فى طلب شكل محدد لاختيارها هو إرادة أعضاء هيئة التدريس بالكلية ، فلا يستغنى عنها بهيئة سواها ؛ لما فيه من إهدار حقوق الناخبين الذين يخلو منهم

---

(١) راجع الفقرتين (١٣ و ١٤) بخصوص بعض الإشكاليات التى تثيرها مسألة الطعون .

تشكيل مجلس الكلية . وفى هذا رد على أصحاب الحجة القائلة بأن مجلس الكلية يضم أغلب أعضاء هيئة التدريس بالكلية ؛ ولذا فإنه يقوم مقام هيئة الناخبين بها .

● **ولا** يوجد نص صريح فى الآليات السابقة أو الشروط والإجراءات الجديدة يشترط أن تشكل لجنة منتخبة لكل إنتخابات تجرى بالمؤسسة . بل على العكس من ذلك تضمن القرار النافذ شرطا عاما ؛ حين نص على أن " تكون العضوية بهذه اللجنة لمدة عامين أكاديميين ... " : المادتان (٥) و(١٢) . وتطبيقا لذلك :

- يتم إنتخاب اللجان المشكلة بعد العمل بهذا القرار كل عامين : وتستوى فى ذلك الإنتخابات المتعلقة بالمناصب القيادية ؛ أو تلك الخاصة باختيار ممثلى الكلية " بالمجمع الإنتخابى لرئيس الجامعة " .

- أما اللجان المشكلة قبل العمل بهذا القرار : فإنها تستمر فى عملها لتستكمل مدة العامين ؛ ولهذا رأى وجاهته من جهة الإقتصاد فى الإجراءات ؛ وإستقرار الأوضاع بالمؤسسة . وتستفيد بهذا الإمتداد أيضا اللجان المشكلة بالتعيين ؛ بسبب عدم قيام أعضاء هيئة التدريس بترشيح أنفسهم لعضويتها كما هو الحال - على سبيل المثال - فى كلية الحقوق . جامعة بنها .

٩- وهنا نأتى إلى الأسباب التى يمكن الإستناد إليها لإعادة النظر فى تشكيل اللجنة المشرفة على الإنتخابات ؛ والتى تم تشكيلها قبل العمل بالقرار الجديد .

● **إشترطت م (١٢) لاستكمال تلك اللجان مدة العامين أن تكون :** " مطابقة لشروط التشكيل الواردة بهذا القرار " . ولذا فإنه يتم إعادة تشكيلها بالإنتخاب فور العمل بهذا القرار ؛ بسبب تخلف أحد الشروط المتعلقة بالصفة المطلوبة فى أعضائها . وتطبيقا لذلك يتم إعادة إنتخاب ممثلى الكلية بالمجمع الإنتخابى ؛ فى حالة عدم وجود ممثل عن كل فئة من فئات هيئة التدريس الأربعة .

★ **ملحوظة :-** إستعملنا مصطلح " فئة " للإشارة إلى كل مجموعة تحمل ذات الدرجة العلمية والوظيفية من بين أعضاء هيئة التدريس ؛ وهى مجموعات أو فئات أربع ؛ ولذا يختلف مفهوم الفئة هنا عن مفهومه فى المعجم الفلسفى والقانونى . وقد تضمنت م (٥) النص على طريقة تمثيل الكليات بالمجمع الانتخابى لرئيس الجامعة ؛ وقمنا بتوضيحه على النحو التالى:

العدد المطلوب بالمجمع الانتخابى فى حالة عدم وجود فئة من الفئات الأربع يتم إسقاط الممثل المطلوب عنها من العدد المطلوب					عدد أعضاء هيئة التدريس بالكلية ↓
١ أستاذ عامل	٢ أستاذ متفرغ	٣ أستاذ مساعد	٤ مدرس	الإجمالى بعد إضافة عميد الكلية أو القائم بعمله	
١	١	١	١	٥	لايزيد عن ١٠٠
٢	١	١	١	٦	من ١٠٠ إلى ٢٠٠
٢	٢	١	١	٧	يزيد عن ٢٠٠

- كما يتم إجراء الانتخابات لاستكمال تشكيل اللجنة ؛ وذلك إذا ما انسحب عضو أو إثنين من أعضائها الثلاثة . وبالطبع فإنه يتم إعادة انتخاب اللجنة بأكملها ؛ وذلك فى حالة إذا ما انسحب أعضاء اللجنة جميعهم . ولكن يختلف الأمر إذا كان أعضاء اللجنة قد تم إختيارهم بالكامل عن طريق التعيين ؛ وهو ما ينطبق على اللجنة المشرفة حالياً على الانتخابات بكلية الحقوق . وفى هذه الحالة إذا ما انسحب عضو واحد من أعضاء اللجنة فإنه يصار إلى إعادة تشكيل اللجنة بأكملها عن طريق الانتخاب ؛ وذلك :  
 - لأن الأصل فى اللجنة المذكورة أن تشكل بالانتخاب .  
 - وإن هذا الأصل ليجعل من غير المقبول أن تستند اللجنة الواحدة إلى طريقتين فى إختيار أعضائها .  
 - وإن هذا الأصل - أيضاً - ليجعل من شرعية كل عضو معين باللجنة أمراً محل شك ؛ إذا ما انضم إليه عضو أو أكثر بالانتخاب .

● وبصفة عامة لايجوز للجنة - سواء كانت منتخبة أو معينة - أن تباشر عملها فى حالة إنسحاب أحد الأعضاء . ولايجوز الإحتجاج فى هذا الشأن بأن اللجنة تنعقد بعضوين إثنين لأنهما يمثلون أغلبية الأعضاء ؛ فتكون الإجراءات الصادرة عنها حينئذ صحيحة . ومرجع ذلك :

- أنه يخشى أن تكون قرارات اللجنة حينئذ سببا فى ترجيح هذا المرشح أو ذاك ؛ مما قد يعتبر إفصاح عن إنحيازها لمرشح بعينه ؛ وهو أمر يبطل اللجنة نفسها .

- ولذا يتطلب فى تشكيل مثل هذه اللجان - عادة - عددا فرديا ؛ مما يسمح بتبادل الأفكار وإنضاج الرؤى ؛ ثم ترجيح الرأى عند إختلاف توجهات الأعضاء . وفى العدد الفردى مزية أخرى : هى دفع الحرج عن أعضاء اللجنة - وهو أمر بالغ الأهمية - ؛ لأنه يحيط رأى كل عضو بالسرية . وأغلب الظن أنه لولا هذه الآلية العبقريّة : لامتنع العاملون بالمؤسسة عن عضوية اللجان التى تقرر مصير أحد زملائهم أو مستقبل مؤسستهم !.

- وهذا الرأى الذى نرجحه يحول دون إستبداد عضو برأيه فيفرضه فرضا ؛ فتكون اللجنة وكأنما هى لجنة الفرد الواحد . كما أنه أيضا يسد باب التحايل باستخدام أسلوب الإنسحاب من اللجنة أو استغلاله ؛ لنوال غرض أو تحقيق مأرب .

- ولايصح فى هذا المقام القياس على المتبع فى لجان أو مجالس أخرى ؛ عند غياب عضو أو إنسحابه ؛ أو التوسع فى هذا الشأن من باب أولى . وحبتنا فى ذلك أننا بصدد لجنة : الأصل فيها أن تكون منتخبة ؛ والأجدر بها أن تنأى بنفسها عن كل شبهة أو أى مظهر يبين عن توجهاتها ويشكك فى حيادها .

١٠- ويتفرع على ماسبق أنه لايجوز لعضو من أعضاء اللجنة أن ينفرد بإعداد محاضر جلسات اللجنة وما انتهت إليه من قرارات أو إتخذه من إجراءات . وإنما ينبغى أن تثبت أعمال اللجنة فى محاضر جماعية الطابع ؛ وموقعا عليها من أعضاء اللجنة ؛ وأن يبين فيها القرار الذى إنتهت إليه . وتتضح خطورة هذه الملحوظة فى المسائل التى تتعلق بتشكيل اللجنة أو

استحكام الخلاف بين المرشحين المحتملين للمناصب القيادية وما فى حكمهما ولما كان كل من الحياد ودفع الحرج يتطلبان السرية : فإنه ينبغى أن نفرق بين الحالتين التاليتين :

● حالة صدور قرار من اللجنة فى أحد الموضوعات بالأغلبية : ومن الأفضل هنا ألا يتم الإفصاح فى المحضر عن إتجاهات الأعضاء بخصوص التصويت ؛ ويكتفى بإثبات مضمون القرار الذى إتخذته اللجنة . ويستثنى من ذلك محاضر البت فى الطعون ؛ إذ ينبغى بيان الآراء وأسانيدها لتسبب القرار الصادر فى الطعن من جهة ؛ وللحاجة إليه عند لجوء الطاعن للإستئناف . ويتبين هنا أنه للجنة أن تنعقد بل وتتخذ قراراتها بالأغلبية فى سائر الإجراءات الإنتخابية ؛ مع ملاحظة المانع الذى أشرنا إليه المتعلق بحالة انسحاب أحد الأعضاء . إذ لا يتصور أن يتم تعطيل الإنتخابات أو تجميد عمل اللجنة بإرادة عضو واحد ؛ وأن تكون مصلحة المؤسسة رهنا برأيه .

● أما فى الحالة الثانية : وهى حالة عدم إتفاق الأعضاء على رأى . بالإجماع أو الأغلبية - : فإنه يتم إثبات ذلك فى المحضر الجماعى للجنة ؛ ولأمانع من أن يرفق به مذكرة يقدمها كل عضو تشتمل على رأيه .

١١. وخلافا للآليات السابقة فقد تضمن القرار الجديد النافذ النص على وجود رئيس للجنة المشرفة على الإنتخابات بكل كلية (م ٢٣) ؛ أو بالجامعة (م ٧) . ونرى أن تسند رئاسة لجنة الإنتخابات بكل كلية إلى العضو الحاصل على أعلى الأصوات ؛ قياسا على ماقررتة م (٧) بخصوص رئيس اللجنة المشرفة على الإنتخابات بالجامعة . ومما يعضد ذلك أن المعيار فى الحالتين يتسق مع الممارسة الديمقراطية ومبدأ الإنتخاب . ولذا فإننا نستبعد المعيار المذكور بخصوص اللجان المشكلة بالتعيين قبل هذا القرار ؛ فتكون رئاستها وفقا للدرجة العلمية ثم الأقدمية عند التساوى فيها ؛ طبقا للأعراف الجامعية .

وتبدو فائدة هذا النص فى تنظيم عمل اللجنة وتسيير مهامها ومخطباتها ؛ لكنه لا يعطى ميزة تصويتية لأحد الأعضاء ؛ ولا ينبغى أن يشكل عائقا أمام عمل اللجنة ومصلحة المؤسسة كما أشرنا . ويترتب على ذلك جميعه :

● أن إنعقاد اللجنة ومباشرة مهامها - بما فيها البت فى الطعون - واتخاذ قراراتها بالأغلبية كما رجحنا سابقا : مشروط بحصول تفويض من العضو الثالث أو إعتذاره أو إمتناعه ؛ وإثبات ذلك بمحاضر جلسات اللجنة .

● وأنه يجدر باللجنة أن تشكل هيئة مكتب (سكرتارية) وتحدد مهامها : وعلى رأسها إعلان الإجراءات إلى ذوى الشأن . ويجوز للجنة أن تفوض هيئة مكتبها فى إستلام الأوراق والمستندات من ذوى الشأن (مذكرات ؛ طعون ...) ؛ بشرط أن تكون فى مظاريف مغلقة حفاظا على سريتها . وتجد هيئة المكتب سندها فى م (٢٥) من القرار النافذ ؛ الذى أسبغ عليها وصف " أمانة لجنة الإشراف " ؛ ويثبت لها هذا الوصف حتى إنتهاء إجراءات الإنتخابات . وتخضع هيئة المكتب أو أمانة اللجنة لنفس المبدأ الذى قرره م (٢٨) من القرار المذكور بخصوص أعضاء اللجان والمجمعات الإنتخابية بأن يكون عملها : " على سبيل التطوع وبدون أى مقابل " .

● ويرتبط بذلك أمر فى غاية الأهمية يتعلق بطرق إعلان إجراءات الإنتخابات ؛ ويبدو من نص م (٢٧) أن لوحة الإعلانات الرئيسية بالكلية أول وأهم تلك الطرق . ولكنه لا يستغنى عن طريق الإخطار الشخصى بواسطة اللجنة أو هيئة مكتبها المشار إليها ؛ ولا سيما بخصوص بدء إجراءات الإنتخابات ومواعيد الترشح والطعن والندوات والإقتراع . ويستفاد ذلك من عموم نص م (١١) التى تلزم لجنة الإنتخابات بتحديد موعد الإقتراع التالى عند عدم إكمال نسبة الحضور المطلوبة " على أن يعاد الإعلان عن الموعد الجديد ... " . ويؤكدده الحرص على وصول الإعلان لأصحابه فى م (١٤) والنص فيها على



إعادة الإقتراع لعدم حصول المرشح على أكثر من (٥٠%) من الأصوات الصحيحة : " ويخطر به الجميع فى ذات الجلسة " .

#### رابعاً : نطاق إختصاص اللجنة المشرفة على الإنتخابات

١٢. تشير الآليات النافذة إلى بعض المهام التنظيمية للجنة المشرفة ؛ وتبدأ من تاريخ الإعلان عن البدء فى إجراءات الإنتخابات ؛ ثم فتح باب الترشح لها . غير أن هناك مهام أخرى تتجاوز الطابع التنظيمى ؛ وتبدو فيها خاصية البت والإضافة والإبتكار ، ومنها - كما أشرنا - : تصميم الجدول الإنتخابى ؛ وتعديل أو دمج بعض مواعيده . ويمكننا أن نضيف إليها مهمة يجدر باللجنة أن تتصدى لها ؛ وهى إعداد نموذج إرشادى يعين الناخب على إختيار المرشح الأفضل ؛ ويرشده إلى المعايير التى يعتمد عليه فى ترجيح كفة هذا المرشح عن ذاك . وقد سبق وأن أشرنا إلى ذلك الأمر ؛ ونوهنا إلى ماتضمنته الآليات السابقة من معايير إسترشادية لاختيار المرشحين<sup>(١)</sup>

وتقوم اللجنة المشرفة - بجانب ذلك - بأعمال قانونية ؛ يمكن أن تكون محلاً للتظلم والطعن كما سنرى .

١. ومن تلك الأعمال والإجراءات والقرارات : فحص أوراق المتقدمين للترشح و" استبعاد غير المستوفى لشروط الترشيح منها بقرار مسبب " (م١٣) . وتحدد م (٢٣) أوراق الترشح. المطلوبة ؛ وهى : " طلب الترشح وبيان حالة رسمى من الكلية المختصة مشفوعا بالسيرة الذاتية للمرشح ومايؤيدها وخطة العمل الخاصة به مبينا أوجه القصور وطرق الإصلاح ومقترحات التنمية والتطوير طبقا للوظيفة المتقدم لها ... " .

● لدينا إذن أربعة أنواع من المستندات ؛ ونرى أنه يجوز للجنة أن تمهل المرشح لاستكمالها خلال المدة المحددة لفتح باب الترشح فى الجدول الإنتخابى .

---

(١) راجع فى هذا الخصوص الفقرة (٢)؛ وأيضا: ماسياتى فى ختام هذه الفقرة.

وهو ماتؤكد هذه المادة المذكورة فى ختامها : " كما يلتزم بتقديم كل ماتطلبه منه لجنة الإشراف من مستندات لازمة للترشيح " .

● والسؤال : هل يجوز للجنة أن تستبعد المرشح بسبب عدم إكمال أوراق الترشيح على النحو المحدد فى المادة المذكورة ؟. ويكاد ينحصر هذا السؤال من الناحية العملية فى نوعين إثنين من المستندات المطلوبة ؛ وهما السيرة الذاتية للمرشح وخطة العمل الخاصة به . ونرى فى هذا الخصوص أن هذا الجراء يخرج عن سلطة اللجنة ؛ وأنه يكتفى بالأثر السلبى الذى يلحق المرشح بسبب القصور والنقص فيما قدمه من سيرة ذاتية وخطة العمل . وهو أمر له دلالة على تقييم كفاءة المرشح وبالتالى أثره على تكوين آراء الناخبين وإتجاهات التصويت لديهم وفى هذه النقطة يأتى دور اللجنة ؛ لأنه لاسبيل إلى تحقيق ذلك الأثر إلا بإعلام الناخبين بحقيقة الأمر .

● وهنا يثور التساؤل عن خطة العمل التى يلتزم المرشح بتقديمها ؛ لأنه غالبا مايتم توثيقها ضمن أعمال لجنة الإنتخابات ؛ ويحرص المرشحون على سريتها مخافة تسربها للمرشحين الآخرين . بالطبع على اللجنة أن تحافظ على سريته خطط العمل إعمالا لمبدأ الحياد ؛ وضمانا لمصالح المرشحين . ولكن هل هناك محل للسرية فى الأيام المخصصة لندوات المرشحين ؟. ولذا نرى أنه يدخل فى مهام اللجنة طباعة خطط العمل التى تقدم بها المرشحون . وكذا سيرتهم الذاتية . وتيسيرها للناخبين فى المواعيد المخصصة للندوات . ولاشك أن هناك صلة بين هذه المهمة وإثراء ندوات المرشحين ؛ فضلا عن أثرها على الناخبين وهم يقومون بتقييم كل مرشح كما أشرنا . ولا يخفى أيضا أن إعلان خطط العمل على ذلك النحو مما يتيح فرصة مراقبة المرشح الفائز بالمنصب طوال فترة ولايته ؛ ومقارنة أعماله وقراراته بما تعهد به فى خطته أو برنامجه الإنتخابى .

● ونرى أيضا فى هذا الشأن أن ضمان المساواة وقواعد المنافسة بين المرشحين تقتضى ؛ عدم حضور المرشح الندوة الإنتخابية لخصمه وإطلاعه مسبقا على

خطة العمل الخاصة به . ومما يبرر ذلك أيضا : رفع الحرج عن المرشح حينما يبدى رأيه فى سياسة وإدارة خصمه ؛ أو ضعف إمكانياته فى مجال القيادة والإدارة .

● وينبغى للجنة أن تحتاط لنفسها وتتحسب من حدوث أى إحتكاك بين المرشح وخصمه ؛ مما قد يجعلها مضطرة إلى إستبعاد الخصم من الندوة . ولكن قد يوافق المرشح على حضور خصمه ؛ فلا يكون للجنة مبررا للرفض ؛ بشرط أن يتعهد المرشحين بعدم التعرض لشخص الآخر أو سوء إدارته .

● ولا يوجد مانع من عقد الندوات المشتركة للمرشحين ؛ أو تخصيص جانب منها للمناظرة بينهم . ولاشك أن ذلك النوع من الندوات مما يثرى الندوات ويحقق الغرض منها ؛ بما يتيح من مناقشة جادة لمشاكل المؤسسة وسبل تطويرها ؛ وهو ما يمكن إدراجه تحت مصطلح : (التحليل البيئى SWOT). وكذا لا يوجد مبرر لاستبعاد المرشح الذى أنهى ندوته الإنتخابية من حضور ندوة المرشح التالى . ولكننا نؤكد أيضا أنه يجوز للجنة أن تمتنع عن الإستجابة لهذا الطلب ؛ إعتماذا على سلطتها فى تنظيم وإدارة الندوات الإنتخابية .

● وقد يقال : متى تمتلك اللجنة سلطة إستبعاد أحد المرشحين ؟. ونجد الإجابة فيما تضمنته م (١٣) بالنص على سلطة اللجنة فى " إستبعاد المرشح غير المستوفى لشروط الترشيح " . وقد حددت المادتان (٣) و (٤) شروط الترشيح التى يستند إليها فى إستبعاد المرشح لفوات شرط منها ؛ وهو ما سنعرض له فى حديثنا عن صفة المرشحين وقيود ترشحهم<sup>(١)</sup>

١٣- كما تختص لجنة الإنتخابات بالبت فى الطعون المقدمة ضد المرشحين ؛ والتظلمات المقدمة بخصوص أى مرحلة من مراحل العملية الإنتخابية

---

(١) راجع الفقرة (١٥) بخصوص القيود التى تضمنها القرار النافذ على الترشيح.

وإعلان نتيجة الانتخابات وترتيب المرشحين وفقاً لحساب الأصوات . ونسوق هنا بعض الملاحظات بخصوص ما قررته م (٢٤) فى مجال الطعن على المرشحين :

● **فقد حصرته فى أصحاب المصلحة :** " ذوى الشأن " وهم المرشحون للمنصب القيادى الذى تجرى الانتخابات بخصوصه .

● **ثم حددت له شكلاً بعينه :** بأن يقدم على " النموذج الخاص المعد لذلك " .

● **وضمناً لجدية الطعن إشتطت أن يرفق الطعن :** " بما يثبت جديته من مستندات وأدلة " . ويترتب على ذلك أن مهمة اللجنة المشرفة على الانتخابات بالكلية لا تتوقف عند مجرد فحص الطعون من جهة الشكل ، ولكنها تختص بمضمونها أيضاً . ولذا لها أن تطلب الإطلاع على ما تراه مفيداً من مستندات ؛ وعلى إدارة الكلية وأقسامها معاونتها فى ذلك . ولها أن تستوضح ماتراه لازماً ومفيداً من الطعون ضده ؛ وأن تمكنه من الرد على الطعون وتفنيدها . وللجنة أيضاً :

- رفض الطعن المقدم إما من جهة الشكل ؛ بسبب عدم إفراغه فى النموذج المعد للطعن ؛ أو لأن صاحب الطعن لم يقدم مع النموذج : المستندات والأدلة المؤيدة لطعنه . وإما لأن ماقدمه الطاعن من أوراق لايرقى إلى مستوى الدليل أو السند ؛ ولايصح الإعتماد عليه لإثبات أمر أو نفيه ؛ ومنها : الشكاوى والأقوال المرسلة والأوراق العرفية غير المسلم بها . ويتبين مما سبق أنه على اللجنة القيام بإعداد إعداد النموذج الخاص بالطعون الانتخابية ؛ وتيسيره للمرشحين فور الإعلان عن فتح باب الترشح .

- ولأنه لا يوجد نموذج محدد للطعن حتى تاريخه ؛ فإن الأمر يخضع لاجتهاد لجنة الانتخابات بالكلية ؛ بشرط أن تؤسس إجتهادها فى قبول الطعن أو رفضه إلى مدى توافر البيانات الأساسية للطعن فى مذكرة الطاعن ، والتي لا تدع مجالاً للتساؤل حول صفة الطاعن (أحد المرشحين) وصفة الطعون ضده وموضوع الطعن . وتطبيقاً لذلك ؛ تقوم اللجنة بتلقى الطعون ثم

فحص محتوياتها للتثبت من وجود : مذكرة للطعن تتضمن البيانات الأساسية المشار إليها ؛ فضلا عن المستندات والأدلة المرفقة المؤيدة للطعن . ويعتبر الطعن بذلك مستوفيا لشرط الشكل طالما قدم فى المواعيد المحددة له ؛ إلى حين قيام اللجنة بإعداد نموذج خاص بالطعون .

● وقد ترفض اللجنة الطعن المقدم لأسباب موضوعية : حين تطمئن إلى تهافت ما تم تقديمه من مستندات وأدلة لإثبات الواقعة محل الطعن ، أو حين تنتهى إلى إنتفاء الواقعة نفسها التى تمسك الطاعن بحصولها .

● وفى جميع الأحوال فإن الموضوعية والحياد تفرضان على اللجنة إخطار الطاعن لاستكمال مايلزم من مستندات ... بغرض التثبت من الواقعة موضوع الطعن . ولهذا الواجب سنده الصريح فى م (١٣) من القرار النافذ ؛ فقد ربطت المادة المذكورة بين قيام اللجنة بالبت فى الطعون و " استيفاء كافة الأوراق اللازمة لفحص الطعن " . ويرتبط ذلك جميعه بواجب آخر على اللجنة ؛ ونعنى به قيامها بتسليم ملفات الطعون الابتدائية التى أصبحت محلا للإستئناف إلى لجنة الإنتخابات بالجامعة . ويفضل فى هذه الحالة حضور أحد أعضاء اللجنة لشرح ماانتهت إليه اللجنة بخصوص الطعون الابتدائية ؛ وعرض أسباب ماقررت به بشأنها .

١٤ - ولدينا فى هذا المقام مزيدا من الملاحظات التى تتعلق بسرية الطعون ومواعيد البت فيها وحق الدفاع المقرر للمطعون ضده :

أ. لا يشترط أن يكون الطعن موجها ضد أحد المرشحين : فهناك أنواع أخرى من الطعون يكون الغرض منها الطعن أو التظلم من إجراء قامت به لجنة الإنتخابات . وكما نلاحظ فى هذين النوعين : يقوم المرشح بالطعن فى أحد المرشحين ؛ أو فى إجراء إنتخابى إتخذ بالفعل بواسطة لجنة الإنتخابات<sup>(١)</sup>

---

(١) وقد أشارت الآليات السابقة الصادرة فى (٢٠١١/٩/٤م) إلى ذلك الأمر تحت بند " أحكام عامة فى إطار بيان إختصاصات لجنة الإنتخابات : " تحدد لجنة الإشراف الإجراءات التفصيلية وتقوم بتسجيل وحفظ كشوف التوقيع وبطاقات التصويت وغيرها مما تقتضيه شفافية وحسن سير عملية الإختيار . ولها أن تبث فيما يقدم من تظلمات فى هذا الشأن " .

● ومع ذلك فإننا نرى أيضا أنه يجوز قبول نوع آخر من طلبات المرشحين : وهى الطلبات التى يكون الغرض منها إحاطة نظر اللجنة علما إلى واقعة بعينها ؛ من شأنها أن تؤثر على صحة إجراء إنتخابى لم يتخذ بعد . ومن ذلك على سبيل المثال : طلب إستبعاد أحد الزملاء من جمعية الناخبين بسبب إعارته أو حصوله على أجازة خاصة .

● ونرى فى قبول مثل هذه الطلبات وسيلة قانونية معقولة : تحول مقدما دون بطلان إجراءات اللجنة ؛ فضلا عن أنها لا تشذ عن حق المرشح فى الطعن أو التظلم من إجراء إنتخابى . ولذلك نرى أن تضم هذه الطلبات مع غيرها من أنواع الطعون والتظلمات تحت إسم " الطعون الإنتخابية " ؛ وأن تخضع لنفس القواعد المقررة لمواعيد الطعن والبت فيها . وتأسيسا على المبادئ العامة للقانون التى قررت عدم جواز تحصين الأعمال والقرارات من الرقابة والطعن ؛ فإننا نرجح القول بحق الطاعن فى إستئناف القرارات الصادرة عن اللجنة فى هذه الطعون والطلبات بأنواعها ؛ وما يترتب على ذلك من آثار على إجراءات الإنتخابات كما سبق وأشرنا <sup>(١)</sup>

● ولكن يلاحظ على النوع المذكور من الطلبات أنه قد يتسبب : فى الإضرار بأحد الزملاء من غير المرشحين أو إسقاط حقه فى التصويت فى الوقت الذى لا يكون له الحق فى الطعن بسبب شرط الصفة الذى إشتط فى الطاعن . ولذلك فإن التوازن بين أصحاب المصالح وذوى المراكز ؛ وحماية اللجنة من الطعن عليها مستقبلا أمام القضاء : يقتضى الحذر عند نظر هذا النوع من الطلبات . وينبنى على ذلك ؛ أنه لايجوز قبول هذه الطلبات من حيث الموضوع إلا بدليل آكد ؛ يحصل به اليقين لأعضاء اللجنة أو أغلبهم . ولذلك إذا تطرق إلى هذا الدليل قدر من الشك أو الإحتمال من جهة ؛ فإنه يرفض إستحسانا للوجه الذى عرضنا له .

---

(١) راجع الفقرة (٧) بخصوص مواعيد الطعون الإستئنافية فى الجدول الإنتخابى.

ب . لايجوز أن يتمسك الطاعن بسرية ملف الطعن : وهو يقدمه إلى أحد أعضاء اللجنة ؛ وحجته فى ذلك أن اللجنة غير مكتملة . ويرد على ذلك بأنه على عضو اللجنة وقت إستلام ملف الطعن من المرشح أن يثبت محتوياته فى إيصال إستلام الملف ؛ وأن يقوم مع العضو الآخر باللجنة . فى حالة وجوده بتحرير محضر الإجتماع ؛ وماتم بشأن إستلام الطعون وتاريخه وساعته .  
ويختلف الأمر فى حالة ما إذا قام المرشح بتسليم طعنه إلى هيئة المكتب (أمانة أو سكرتارية اللجنة) . ذلك أن هيئة المكتب ملزمة بالحفاظ على سرية ملف الطعن ؛ ولذا فإنها تثبت فى إيصال الإستلام ؛ قيامها باستلام الملف فى ظروف مغلق مدون عليه بيانات الطاعن ؛ وتقوم بإثبات تاريخ تسلم الملف وساعته .

ج . لايجوز للمرشح أن يطعن فى إجراء إنتخابى سابق إذا كان : قد صدر منه ما يفيد قبوله أو رضائه الضمنى بهذا الإجراء . ويستفاد هذا الرضاء الضمنى من حصول موافقة المرشح على الإجراء عند قيام اللجنة باستطلاع رأيه . ويستفاد أيضا : من قيام المرشح بالتصرف أو إتخاذ إجراء لاحق بناء على هذا الإجراء السابق .

د . وكما يلاحظ على الجدول الإنتخابى أو البرنامج الزمنى الذى عرضناه مفصلا فى حده الأدنى والأقصى :

- هناك مدة مخصصة للتقدم بالطعون : وهى مدة مقررة . كما هو معلوم لمصلحة الطاعنين . أما المدة المخصصة للبت فى الطعون : فهى مقررة لمصلحة لجنة الإنتخابات وماتحتاجه من وقت لدراسة موضوع الطعون ؛ وما قد تطلبه من مستندات من الإدارة وذوى الشأن ثم البت فيها .
- ولايمنع هذا جميعه من قيام اللجنة خلال المدة المقررة لتلقى الطعون من : أن تقوم بفحص الطعون المقدمة أولا بأول ودراستها ؛ بل والبت فيها . ويستفاد ذلك من نص المادتين (٨) و(١٣) ؛ وماتضمنته من النص على إختصاص لجنة الإشراف - بالجامعة أو الكلية - بالبت " فيما يقدم إليها من

طعون على المرشحين خلال ثلاثة أيام من إستيفاء كافة الأوراق المتعلقة بالطعن ، بحد أقصى أسبوع من تاريخ غلق باب الطعون " . ولذلك كما لاحظنا فقد إقترحنا يوما واحدا فى الجدول الإنتخابى أو البرنامج الزمنى ؛ بحسبانه الحد الأدنى لعدد الأيام المخصصة للبت فى الطعون الإبتدائية .

هـ . وينبغى على لجنة الإنتخابات أن تحترم حق الدفاع : المقرر للمطعون ضده أو المضار بالطعن ؛ بسماع رأيه ومايقدمه من أدلة فى إطار المواعيد المقررة للبت فى الطعون . ولها - أى اللجنة - فى نفس الوقت أن تستأنس بكل رأى ترى فيه عونا لها على إستجلاء الحقيقة أو صحيح القانون ؛ سواء كان من داخل المؤسسة أو خارجها .

و . وفيما يتعلق بقيمة المستندات والأدلة التى يقدمها المطعون ضده : فإنه ينبغى الإحتياط إذا كانت تلك المستندات تحمل " تاريخ لاحق " على تاريخ الطعن نفسه . ولبيان ذلك تفصيلا :

● طبقا للقواعد العامة : يتم إستبعاد الأدلة التى إصطنعها المطعون ضده لمصلحته ؛ بغرض نفى الواقعة محل الطعن ؛ وسواء كانت المستندات سابقة أو لاحقة على تاريخ الطعن .

● وللجنة أن تقبل نوعا آخر من الأدلة والمستندات اللاحقة ؛ ونعنى بها : المستندات التى لا يكون الغرض منها نفى الواقعة ؛ وإنما بيان حقيقة المركز القانونى للطاعن . ويدخل فى هذا النوع المقبول أيضا : مايقدمه المطعون ضده من إقرارات أو تعهدات كتابية أمام لجنة الإنتخابات أو إدارة الكلية أو الجامعة ؛ بغرض تحديد مركزه القانونى .

١٥. وهناك صلة بين تناول صفة المرشح وماتضمنته المادتان (٣) و (٤) من القرار الجديد من قيود على الترشح للمناصب القيادية . وبعض تلك القيود عامة ؛ تشترط خلو صفحة المرشح من عقوبة جنائية أو مخلة بالشرف أو الأمانة (مالم يكن قد رد إليه إعذاره) أو من جزاء تأديبى (مالم يتم محوه) : (م٣ بنود ٤-٣) . ويترتب على ذلك أنه للجنة الإنتخابات أن تستبعد كل من



لاتنطبق عليه شروط الترشح الواردة فى المادتين المذكورتين . ولمحاولة تصنيف باقى الشروط واستخلاص دلالتها نذكر :

أ- بعض تلك الشروط تتطلبها مهام القيادة الجامعية : من ضرورة توافر الخبرة والكفاءة اللازمة ؛ ولذا إشتراط شغل درجة الأستاذية خمس سنوات لمن يترشح لمنصب رئيس الجامعة : (م ٣ بند ١) .

ب- ومنها ما كان الغرض منه التوسع فى إتاحة فرصة الترشح وتداول المناصب القيادية وماتخوله من سلطات . ومن ذلك : عدم جواز الترشح لمنصب سبق وأن شغله المرشح " لمدتين كاملتين " : (م ٣ بند ٥) .

ج- ومنها - وهو ما سبق أن تحدثنا عنه فى أكثر من محفل بكليتى الحقوق فى بنها أو الإسكندرية - : ما يدور حول فكرة المؤسسة والإحاطة بشئونها وخبرة إدارتها ، بل وإستقرار مركز أعضائها ممن تحملوا أعبائها و ساهموا فى تطويرها . ولذا إشتراط قيام المرشح بالعمل بالجامعة " لمدة سنتين أكاديميتين سابقة على الترشيح بالنسبة لعميد الكلية ، وثلاث سنوات بالنسبة لرئيس الجامعة " : (م ٣ بند ٢) . وقد خفضت المدة إلى " سنة أكاديمية سابقة على الترشيح " بالنسبة لرئيس القسم : (م ٤) .

د- واعتقد أن القيد الأخير يدعم وجهة نظرنا التى سبق وأن عرضنا لها : ونعنى بها عدم جواز قياس إنتخابات الجامعة على الإنتخابات التى تجرى للمجالس النيابية أو رئاسة الجمهورية . وطالما كان الأمر يتعلق بمشروع أو مرفق خدمى : فإنه لا يصح الإقرار للمعارين بالخارج - مثلاً - بالحق فى التصويت أو التوكيل فيه . فمثل هذا الأمر لم يعد جائزاً قياساً على القيد الوارد فى م (٣) المذكورة . فضلاً عن المبررات التى ترجح رفضه - من وجهة نظرنا - والتى أشرنا إليها فى الفقرة السابقة .

## هـ- ويرتبط بما سبق واجب هام ينبغى على لجنة الانتخابات إتمامه عند الشروع فى إجراءات الانتخابات :

● **الحصول على بيان معتمد من الكلية يتضمن قوة العاملين بها من أعضاء هيئة التدريس ومعاونيهم .** ويحدد فيه بوضوح : عدد من هم على قوة العمل فعلا : " جمعية الناخبين " ؛ ومن هم فى إعاره أو أجازة خاصة أو ندب كلى خارج جامعتهم : الممنوعون من التصويت . وعلى اللجنة أيضا أن تستوثق الأمر من إدارة الجامعة عند حصول غموض بخصوص إنتساب أحد أعضاء هيئة التدريس أو معاونيهم إلى قوة العاملين بالكلية .

● **الإعلان عن : " جمعية الناخبين " أو " أصحاب الحق فى التصويت " ؛** وذلك بالتوازى مع : الإعلان عن بدء إجراءات الانتخابات وفتح باب الترشح . وفى هذا الإجراء أكثر من فائدة ؛ لما فيه من الشفافية ؛ وتيسير الأمر على المرشحين ومراعاة لحقهم فى الطعن ؛ فضلا عن أثره فى نفوس الناخبين وتحفيزهم على المشاركة والتصويت . وينبغى التنبيه على تعديل أو تحديث قائمة الناخبين إذا طرأ أى تغيير فى صفة المثبتين بها ؛ وإعلان القائمة النهائية وتيسيرها للناخبين فى يوم الإقتراع .

و- وهناك معيار وحيد على اللجنة ألا تحيد عنه وهى تقوم بحصر " جمعية الناخبين " ؛ فالعبرة بخصوص من لهم الحق فى التصويت وفقا لنص القرار النافذ : " القائمين بالعمل بالفعل " فى كليتهم وقت قيامهم بالإقتراع . ويستدل على ذلك بأمور أهمها وعلى رأسها : تقاضى راتبه منها

● **ولا يلتفت إلى القول بأن أحد الزملاء الناخبين قد أتم إجراءات نقله قبل يوم الإقتراع ؛ أنه يجب إستبعاده من " جمعية الناخبين " ؛ لأنه أصبح غير ذى صفة فى التصويت .** ذلك أن النصوص صريحة ولا يجوز تأويلها فى إثبات حق التصويت لكل من هم على قوة الكلية بالفعل . وبمعنى آخر : لا يجوز للجنة أن تدع الظاهر الذى تفصح به الأوراق وتشير بجلاء إلى المركز القانونى

للناخب وحقه المستقر فى التصويت ؛ وأن تترك ذلك جميعه وتنتقل للبحث فى الضمائر وماتخفيه النوايا .

● وينطبق ذلك على كل زميل إنتهى من إجراءات نديه ، ولكن لم يتم التنفيذ بعد . ونقصد بالندب هنا حاله الندب الكلى خارج جامعته . وذلك أنه لا خلاف على أن الزميل المنتدب داخل جامعته ، أو المكلف من كليته أو جامعته ببعض المهام داخل أو خارج جامعته يظل محتفظا بحقه فى التصويت ، ويأخذ حكمه أيضا الزميل المنتدب جزئيا خارج جامعته ( للتدريس مثلا ) ، وقد حدد المجلس الأعلى للجامعات لهذه الانتدابات الخارجية حدا أقصى هو مدة يومين : ( قرار المجلس الأعلى للجامعات فى الخميس ٢٠١٢/٨/١٦ م طبقا للقانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠١٢ )

● وينطبق ذلك أيضا على كل زميل إنتهى من : إجراءات الموافقة على إعارته أو أجازته الخاصة قبل الموعد المذكور . نقول ذلك رغم التسليم بالفارق بين الإعارة أو الندب أو الأجازة من ناحية ؛ وبين نقل أحد الزملاء من ناحية أخرى ؛ بسبب إختلاف أثر كل منها على علاقته الوظيفية بكليته .

#### ● وحجتنا فى ذلك جميعه :

— أن البحث لا ينحصر هنا فى مسألة إنتهاء العلاقة الوظيفية بين الزميل وكليته ؛ بل عن زميل يقوم بالعمل فعليا بكليته ؛ ويضطلع أو يكلف ببعض المهام : (تدريس شفوى ، كنترول ...) . ولذلك يتم إستبعاد الزميل المجند من " جمعية الناخبين " رغم أن علاقته الوظيفية بكليته مستمرة لم تنتهى بتجنيده . ويأخذ حكمه من هذه الوجهة الزميل الذى تم إستدعاؤه احتياطيا ؛ طيلة فترة الإستدعاء .

— أن الزميل الذى أنهى إجراءات إعارته أو أجازته الخاصة لايلزم بالتنفيذ ؛ وفقا لما جرت واستقرت عليه الأعراف الجامعية ؛ ولذا لا محل لسؤاله عن سبب تأخره فى التنفيذ ؛ والربط بين ذلك وبين رغبته فى حضور جلسة الإقتراع . ومثله فى ذلك مثل الزميل الذى صدر قرار بتعيينه فى إحدى الهيئات

القضائية ، وذلك بخصوص العاملين بكلية الحقوق .  
- أن الزميل بوجه عام غير ملزم قانونا بالبقاء فى كليته مدة بعينها بعد التصويت ولذلك فهو غير ملزم بإثبات عدم إساءته لاستعمال حقه فى التصويت .

- بل ونضيف هنا أيضا التفسير الموسع الذى تبناه مكتب الوزير فى رده على بعض الجامعات ( الكتاب رقم ١٦٣ فى ٢٠١٢/٩/٥ م ) . فقد تضمن النص بأن : " مدد الأجازات المرضية والحبس الإحتياطى والإعتقال والمهمات العلمية تحتسب ضمن مدة العمل الفعلى بالكلية " ، طبقا لشروط وإجراءات إنتخابات القيادات الجامعية . ولا شك أن هذا التفسير يثير بعض التساؤلات عن كيفية قيام أصحاب هذه الصفات أو الأحوال بالتصويت ، وهو ما نعرض له فى إطار حديثنا عن التوكيل فى التصويت فى الفقرة التالية.

● وتطبيقا لذلك : يتغير المركز القانونى للزميل ؛ ويسقط حقه فى التصويت على النحو التالى :

■ الزميل الذى أتم إجراءات نقله : من تاريخ صدور قرار نقل درجته المالية أو إخلاء طرفه من كليته أيهما أقرب .

■ الزميل الذى أتم إجراءات ندبه أو إعارته أو أجازته الخاصة : من تاريخ إخلاء طرفه من كليته .

■ الزميل الذى تم إختياره للعمل بإحدى الهيئات القضائية ( ويتعلق الأمر بالطبع بكليات الحقوق )

● وننبه هنا إلى أنه لا يعتد بإخلاء الطرف من بعض إدارات الكلية ؛ طالما لم يتم إعماده من عميد الكلية أو القائم بعمله . أما الزميل الذى تم إختياره للعمل بإحدى الهيئات القضائية وصدر قرار بتعيينه فيها ، فإنه يسقط حقه فى التصويت من تاريخ إعتداد عميد الكلية أو القائم بعمله لاستقالته.

• ما أن عودة الزميل إلى عمله ودخوله مجدداً ضمن جمعية الناخبين تبدأ باعتماد إجراءات إستلام العمل من عميد الكلية أو القائم مقامه ( ومن هؤلاء : العائد من بعثته أو النذب الكلى ومن شابههم ) .

١٦- وطالما كنا نتحدث عن التصويت : فإننا نلاحظ خلو الشروط والإجراءات الجديدة من تنظيم مسألة التوكيل فى التصويت . ولكنها فى الوقت نفسه أجازت حضور موكل عن المرشح من نفس كليته ؛ لأنها تضمنت النص على إعتاماد التوكيل المذكور من عميد الكلية المختصة أو وكيلها ؛ ثم ختمه بخاتم الكلية قبل إخطار لجنة الإنتخابات " بصورة منه " : (٢٦م) . وبناء على ماتقدم هناك نوعان من التوكيلات الإنتخابية ؛ أحدهما جائز ؛ والآخر غير جائز بسبب عدم النص عليه فى القرار الجديد :

### أ . التوكيل فى حضور إجراءات التصويت والفرز

• و يشترط ألا يكون الوكيل عضوا باللجنة المشرفة على الإنتخابات ؛ ويستند هذا الرأى الذى رجحناه إلى ضمان تفرغ اللجنة المشرفة لمهامها ؛ وعدم المساس بحيادها فى الوقت نفسه .

• ولكننا - وأمام عموم النص: لانشرط أن يكون الوكيل ممن يتمتعون بالحق فى التصويت فى الإنتخابات التى تم توكيله لحضور إجراءاتها .

• ونرى فى هذا الشأن : أنه لا توجد حجة فى إستبعاد لجنة الإنتخابات من الإشراف على النوع المشار إليه من التوكيلات فى المادة (٢٦) المذكورة . وكان من الأفضل أن ينص على إختصاص لجنة الإنتخابات بكافة أنواع التوكيلات طالما كانت تتعلق بالعملية الإنتخابية . وغايتنا من ذلك توحيد القواعد المتبعة فى إجراءات الإنتخابات ؛ واتساقا مع المهام التى أقيت على عاتق لجنة الإنتخابات .

ب - أما بخصوص التوكيل فى التصويت : فإنه لم يعد جائزا بعد إغفال النص عليه فى القرار الجديد النافذ . ولذا فإنه يشترط حضور الناخب بنفسه ؛ ولامحل للقياس على جواز التوكيل فى التصرفات القانونية . وهو ما قد

نلاحظه فى نص م (٥) بالنص على " الإنتخاب الحر المباشر " فى إختيار أعضاء المجمع الإنتخابى لرئيس الجامعة . كما تعضده نصوص القرار المذكور التى إشرطت حضور نسبة معينة من أعضاء هيئة التدريس الذين يتمتعون بالحق فى التصويت كما سنرى فى الفقرة التالية .

- وقد سبق وأن أشرنا إلى كتاب رئيس الإدارة المركزية لشئون مكتب الوزير (رقم ١٦٣ فى ٢٠١٢/٩/٥ م) وأنه أضاف مدد الأجازات المرضية والحبس الإحتياطى والإعتقال والمهام العلمية ضمن مدة العمل الفعلى ، فيما يخص إنتخابات القيادات الجامعية .
- ولذا يصح التساؤل عن كيفية قيام أصحاب هذه الأحوال بالتصويت : مع ملاحظة أن المهام العلمية تتصرف هنا إلى المهام داخل الوطن.
- ونقترح فى هذه المسألة أن يسمح بالتوكيل فى التصويت فى أحوال الضرورة . وذلك بأن يكون هناك عذر شديد لدى أحد الناخبين يحول بينه وبين الحضور بنفسه للتصويت ؛ وأن تستوثق اللجنة من ذلك بما تراه لازماً لإثباته
- ونقترح أيضا أن تنيب اللجنة أحد العاملين فى أمانتها : بعد إتباع إجراءات السرية المطلوبة ، للإنتقال إلى الناخب الذى حالت ظروفه دون الحضور أو التوكيل ممن تضمنهم الكتاب المشار إليه الصادر عن مكتب السيد الوزير. مع التنبيه على أن يكون ذلك فى أضيق الحدود لأن الأصل أن يتم التصويت فى المكان المخصص له وتحت إشراف لجنة الإنتخابات المختصة

● ونقترح فى حالة النص مستقبلا على مبدأ الوكالة فى التصويت مجموعة من القواعد : إسترشدنا فيها بالقواعد العامة فى الوكالة ؛ والمادة (٢٦) المذكورة ودلالة ألفاظها ؛ والآليات السابقة فى إختيار القيادات الجامعية (ملحق ١/ بتاريخ ٢٠١٣/٩/٢٠م)<sup>(١)</sup> .

١٧ - ويرتبط بعرض قواعد التصويت وحساب الأصوات أن نشير أولا إلى الملاحظات الثلاث التالية :

أ - أن " جمعية الناخبين " تشمل : جميع من لهم حق التصويت بمن فيهم المرشحين لمنصب عميد الكلية أو رئيس القسم ؛ وأعضاء لجان الإشراف على الإنتخابات بالكليات والجامعة ؛ فلكل منهم صوته الإنتخابى الكامل .

ب - و أنه كان من الأولى فى إعتقادنا أن ينص على : ضرورة قيام الناخب بإخطار الكلية بأى طريق من طرق الإتصال ؛ وذلك باعتذاره عن عدم

---

(١) ونلاحظ هنا أن القواعد التى نرجحها تقوم على الأساس الآتى : أن طرفى الوكالة فى التصويت إنما هما من قوة الناخبين بالكلية (العاملين بالفعل) . وبمعنى آخر فإن كلا من : الموكل والوكيل له الحق فى التصويت ؛ وليس ممنوعا منه لأحد الأسباب . واشترط هذه الصفة فى طرفى التوكيل ترجحه الإعتبارات العملية . وتقتضى هذه الإعتبارات سرعة وتيسير الإجراءات المطلوبة : بما يرفع المشقة والخرج عن ذوى الشأن ؛ ويحقق - فى الوقت نفسه - مضمون الإجراءات أو جوهرها . ويرتب على ذلك النتائج التالية:

- تختص لجنة الإنتخابات بالكلية بإجراءات التوكيل وحفظه لديها .
- ويعترف بطبيعة الحال بالتوكيل أمام الشهر العقارى ؛ لكنه لا يعترف بالتفويض الشخصى ، وهو قيام أحد الناخبين بتفويض ناخب آخر بصفة شخصية أو بورقة عرقية .
- ويجوز قيام أحد أعضاء الهيئة المعاونة بتوكيل زميل له من نفس الهيئة (أحد معاونين) ؛ إذ لا يوجد مبرر ولا سند - فى نظرنا - لاستمرار الحظر الذى كانت تتضمنه الآليات السابقة الصادرة بتاريخ (٢٠١١/٩/٤م) . كما يجوز لعضو المجمع الإنتخابى توكيل عضو آخر بالمجمع فى التصويت ولا يعترف سوى بتوكيل واحد لكل ناخب ، ولذا لا يجوز أن يقوم الناخب الواحد بالتصويت بأكثر من توكيل .

- ولا يعترف بتوكيل صادر من زميل معار ؛ أو منتدب ندبا كليا خارج جامعته ؛ أو من زميل حاصل على أجازة خاصة . والأصل أن هذه الفئات ممنوعة من التصويت فى الإنتخابات ؛ ولا يتصور أن توكل غيرها فى التصويت ؛ أو أن تقوم اللجنة بقبوله والإعتداد به فى حالة حصوله .

،، وقد تضمنت الآليات السابقة (ملحق ١ بتاريخ ٢٠١١/٩/٣١م) النص على : " يجوز فى إنتخابات رئيس القسم وعميد الكلية قيام عضو هيئة التدريس بتوكيل غيره فى الحضور والتصويت ... " . ومفاد النص أن التوكيل فى التصويت لم يكن جائزا فى إنتخابات رئيس الجامعة . ولانرى مبررا لبقاء هذا الحظر ؛ فالشروط والإجراءات الجديدة تجيز للمرشح توكيل زميل من نفس كليته فى حضور إجراءات التصويت والفرز (م ٢٦) . وتدرج المادة المذكورة ضمن الأحكام العامة التى تضمنها قرار المجلس الأعلى للجامعات ؛ وهى بالتحديد المواد (من ١٧ إلى ٢٦) ؛ ولذا تنطبق على كافة أنواع الإنتخابات الواردة بالقرار . ومن هنا يمكن القول قياسا أنه يجوز قيام أحد أعضاء المجمع الإنتخابى بتوكيل عضو آخر بالمجمع للتصويت نيابة عنه .

الحضور للتصويت . وحجتنا فى ذلك أن التصويت أصبح واجبا وظيفيا بعد إدراج مبدأ الانتخابات فى قانون الجامعات . وأنه يجدر بالمشرع أن يتدخل ثانية ليضيف الواجب المذكور ضمن واجبات أعضاء هيئة التدريس ومعاونيهم .

ج . و أن العبرة فى حساب النسبة المطلوبة لصحة جلسة الإقتراع : هو عدد أعضاء هيئة التدريس دون غيرهم . ويفضل أن تقوم اللجنة بإعداد قائمة تثبت فيها حضور أعضاء هيئة التدريس أولا بأول ؛ قبل بدء جلسة الإقتراع . ويقوم كل عضو حضر إلى المقر المخصص للتصويت بالتوقيع فى هذه القائمة ؛ وتعتبر هذه القائمة مستندا قانونيا هاما فى مسألة الإقتراع والفرز بوجه عام . وتشعر اللجنة فى عقد جلسة الإقتراع وتسليم بطاقات التصويت للناخبين الحاضرين ؛ فور تحقق النسبة المطلوبة للحضور . وتقوم لجنة الانتخابات بحساب نسبة الحضور المطلوبة ؛ وما يترتب عليها وفقا للجدول التالى المستخلص من المواد (٦) و (١١) و (١٥) :

جلسة الإقتراع	نسبة الحضور المطلوبة	نوع الإقتراع	ملاحظات
المرّة الأولى	٨٠%	رئيس الجامعة	يتم تحديد موعد آخر للإقتراع خلال أسبوع ويخطر به جميع الأعضاء خلال الجلسة
	٦٠%	عميد الكلية رئيس القسم	
المرّة الثانية	٦٠%	رئيس الجامعة	يؤجل التصويت لمدة ساعتين ثم تتم الانتخابات بأى نسبة حضور
	٤٠%	عميد الكلية رئيس القسم	

• د . وقد يعاد الإقتراع لسبب آخر هو : عدم حصول أحد المرشحين على أكثر من نسبة (٥٠%) من الأصوات الصحيحة : المادتان (٩) و (١٤) . ويلاحظ هنا خلافا لما تقدم :



- أن النسبة المطلوبة تدخل فيها أصوات أعضاء هيئة التدريس والمعاونين<sup>(١)</sup> .  
ويحدد للإقترع الثانى يوم آخر لانتخاب عميد الكلية أو رئيس القسم ؛  
ويختلف الأمر بخصوص

### ★★ إنتخاب رئيس الجامعة على النحو التالى★★

نوع الإنتخابات	حالة عدم حصول المرشح على أكثر من نسبة (٥٠%) من الأصوات الصحيحة	ملاحظات
رئيس الجامعة	" تعاد الإنتخابات بين المرشحين الحاصلين على أعلى الأصوات فى ذات الجلسة " : م (٩)	" تحرر اللجنة محضرا بنتائج أعمالها " وتسلم أصله إلى وزير التعليم العالى
عميد الكلية رئيس القسم	" تعاد الإنتخابات فيما بين الحاصلين على أعلى الأصوات ويحدد لها يوم آخر خلال اسبوع على الأكثر ويخطر به الجميع فى ذات الجلسة " : م (١٤)	" تحرر اللجنة محضرا بنتائج أعمالها " وتسلم أصله إلى رئيس الجامعة

**هـ . وكما تبين فقد أكدت الشروط والإجراءات الجديدة التوجه نحو :**  
الإحتكام إلى صندوق الإنتخابات ؛ رغم تدنى نسبة حضور الناخبين . وهو إتجاه يعلى من قيمة الإختيار الحر والممارسة الديمقراطية . وبذلك فقد كتب لهذا الإتجاه الغلبة على إتجاه آخر كان يرى اللجوء إلى التعيين ؛ إذا لم تتحقق نسبة الحضور المنصوص عليها<sup>(٢)</sup>

**و . تعقد جلسة الإقترع فى أوقات العمل الرسمية :** ولذا يقترح لها أن تبدأ من الساعة التاسعة صباحا إلى الثانية ظهرا . ويجوز للجنة أن تمد جلسة الإقترع ؛ لعذر مقبول تسبب فى تأخر أحد أو بعض الناخبين . ويلاحظ أننا نتحدث هنا عن الكليات متوسطة العدد ؛ ولذا فإنه على اللجنة أن تحدد مدة أطول لجلسة الإقترع بالنظر إلى عدد الناخبين (كلية الزراعة مثلا) ؛ أو بالنظر إلى

(١) ويلاحظ أنه لا تشترط نسبة الـ (٥٠%) المذكورة فى إختيار أعضاء المجمع الانتخابى لرئيس الجامعة ؛ وإنما : " تعلن لجنة الإشراف تمثيل الحاصل على أعلى الأصوات فى كل درجة وظيفية للكلية بالنسبة للمجمع الانتخابى لرئيس الجامعة " : (م ١٤) . كما لا يشترط أيضا تلك النسبة عند قيام المجمع الانتخابى لرئيس الجامعة بانتخاب اللجنة المشرفة على إنتخابات رئيس الجامعة : (م ٧) .

(٢) طبقا للآليات السابقة فى (٢٠١١/٩/٤م) كان الحد الأدنى للحضور هو نسبة (٤٠%) من أعضاء هيئة التدريس فى إنتخابات رئاسة القسم والعمادة ؛ ونسبة (٦٠%) فى إنتخابات رئيس الجامعة . فإذا لم تتحقق تلك النسب : فإنه كان يصار إلى التعيين بواسطة السلطة المختصة . وتم تعديل هذه النصوص فى (ملحق ١ بتاريخ ٢٠١١/٩/١٩م) بخصوص إنتخابات رئيس القسم وعميد الكلية ؛ بناء على طلب بعض الجامعات . وطبقا لهذا التعديل فقد إشتراط حضور نسبة (٥٠%) يوم الإقترع ؛ ثم أى نسبة حضور بعد تأجيل الإقترع لمدة ساعتين .

طبيعة مهامهم التعليمية والخدمية بكلياتهم ووقت أدائها (كلية الطب مثلا) . وإنما لنلاحظ هنا واجب اللجنة فى تمكين الناخبين من إستعمال حقهم فى التصويت ؛ ولذلك فإنه حرى بها أن تراعى ظروف إنتقال الناخبين إلى كلياتهم ؛ ولاسيما الذين يقطنون فى محافظات أخرى . وفى جميع الأحوال لايجوز للجنة أن تنهى جلسة الإقتراع قبل تلك المواعيد لمجرد تحقق نسبة الحضور المطلوبة لصحة جلسة الإقتراع ؛ والتى تحدثنا عنها حالا . والشرط الوحيد لإقدام اللجنة على هذا الإجراء هو إكتمال " جمعية الناخبين " ؛ وحضور جميع من لهم الحق فى التصويت لمباشرة حقهم فى الإختيار .

ز . وأنه يجوز تخصيص صندوق إنتخابى للهيئة المعاونة ؛ بغرض تيسير حساب نسبة الحضور التى أشرنا إليها ؛ وحساب القيمة التصويتية لأعضاء الهيئة المعاونة كما سيأتى . ويمكن أن يستعاض عن ذلك بالتمييز بين لون بطاقة التصويت الخاصة بالهيئة المعاونة ؛ وتلك المخصصة لأعضاء هيئة التدريس .

ط . و فى جميع الأحوال يكون عدد بطاقات التصويت المطبوعة : مطابقا لعدد أعضاء " جمعية الناخبين " . ويثبت العدد المطبوع فى محضر فرز الأصوات ؛ كما يتم إثبات عدد البطاقات التى لم تستعمل لتغيب أحد أو بعض الناخبين . وقد علمتنا التجربة عدم ترقيم بطاقات التصويت مطلقا ؛ وقيام جميع الناخبين باستعمال قلم واحد فى التصويت تحدده لجنة الإنتخابات ؛ والتزام الناخب بعدم إضافة أى علامة أو إشارة على بطاقة التصويت باستثناء العلامة المحددة للتصويت . ولا يغيب عن فطنة القارئ الغرض من تلك الإجراءات ؛ ومنها : ضمان عدم التعرف على شخص الناخب ؛ وماقد يتعرض له من حرج أو ... بسبب التعرف على إتجاهه فى التصويت . ويمكن دعم تلك الإجراءات بإجراء آخر هو : قيام أعضاء لجنة الإنتخابات بالتوقيع على كل بطاقة وقت تسليمها إلى الناخب للتصويت . ونلاحظ هنا أنه سيتم تخصيص مكان لهذه التوقيعات ؛ وذلك عند تصميم بطاقة التصويت .

١٨- وتتفوق الآليات السابقة فى إختيار القيادات الجامعية على الشروط والإجراءات الجديدة : وذلك بخصوص القيمة التصويتية لمعاونى هيئة التدريس :

أ . ونفرد فى هذا الصدد بين الحالتين التاليتين :

● فالآليات السابقة كانت تمنح لكل عضو من معاونين صوتاً كاملاً ؛ فى حالة ما إذا كان عدد الأصوات الصحيحة للمعاونين تساوى أو تقل عن (نسبة ١٠٪) من عدد الأصوات الصحيحة لأعضاء هيئة التدريس. وهنا يكمن موضع التفوق الذى أشرنا إليه مع التسليم بأنه فرض محدود الإنتشار بالنظر إلى عدد معاونى هيئة التدريس فى أغلب الكليات .

● أما إذا كان العدد المذكور يزيد عن (نسبة ١٠٪) المذكورة : فإنه كان يتم إجراء عملية حسابية لتحديد القيمة التصويتية التى حصل عليها المرشح من أصوات معاونين ؛ كما سنلاحظ فى النقطة التالية .

ب . وطبقا للشروط والإجراءات الجديدة : فقد أصبحت نسبة الـ (١٠٪) المذكورة حداً أقصى لقيمة أصوات معاونين بالكلية ؛ لا يمكن تجاوزه مهما كان عددهم . ولهذا الإتجاه حجته التى لا يمكن تجاهلها ؛ وهى : ملاحظة ماقد يخضع له معاونى هيئة التدريس من تأثير أدبى ؛ من شأنه أن يؤثر على توجههم فى التصويت . ومع ذلك فإننا نميل إلى إقتراح زيادة النسبة المذكورة مستقبلاً ؛ بغرض التوسع فى المشاركة فى العملية الإنتخابية والإهتمام بأمور المؤسسة والشأن العام . ونرى أن المبالغة فى إهمال أصوات معاونين يجعل من جدوى مشاركتهم فى التصويت محل إستفهام !.

ج . ونذكر هنا أن اللجنة ستقوم بعد إجراء الإقتراع : بحساب عدد الأصوات الصحيحة لأعضاء هيئة التدريس ومعاونيهم ؛ ثم يتم حساب نسبة الـ (١٠٪) من إجمالى عدد الأصوات الصحيحة لأعضاء هيئة التدريس ؛ وبناء عليه يتم حساب ما حصل عليه المرشح من أصوات معاونين . وأخيراً تقوم اللجنة بحساب نسبة الـ (٥٠٪) المطلوبة لنجاح المرشح ؛ بعد إضافة الأصوات الصحيحة لأعضاء

هيئة التدريس إلى ناتج نسبة الـ (١٠٪) المذكورة . ولذلك فإنه فى هذه الحالة يتم إثبات الكسور ويتجنب جبرها<sup>(١)</sup>

د . ويمكن للجنة أن تقوم بحساب ما حصل عليه كل مرشح من أصوات معاونى هيئة التدريس بإحدى طريقتين : ويلاحظ أن الطريقة الأولى أدق لوجود فارق حسابى مع الطريقة الثانية ؛ قد يصل إلى (٤.٠ و.) تقريبا . ومع ذلك لاتخلو الطريقة الثانية من ميزة ؛ لأنها تتيح لنا التعرف على قيمة الصوت الواحد لكل عضو فى الهيئة المعاونة ؛ واستخلاص دلالتها وتقييم أثرها .

---

(١) وهنا ننبه إلى فارق هام ؛ عند القيام بحساب نسبة الحضور المقررة لصحة لجلسة الإقتراع . وفى هذه الحالة الأخيرة يمكن اللجوء إلى القواعد العامة فى جبر الكسور ؛ فيجبر الكسر الذى يبدأ بـ (٥٠) إلى الواحد الصحيح . راجع ماسبق فى هذا النوع من الجلسات: بند (ج) ؛ فقرة (١٧).

## ★★ الطريقة الأولى ★★

○ وتتم على خطوة على خطوة واحدة

$$\frac{\text{عدد أصوات المعاونين التي حصل عليه المرشح} \times \text{نسبة الـ } 10\%}{\text{إجمالي عدد الأصوات الصحيحة للمعاونين}}$$

## ★★ الطريقة الثانية ★★

○ وتتم على خطوتين

$$\frac{\text{القيمة الافتراضية للصوت الواحد من المعاونين} = \text{نسبة الـ } 10\% \text{ المذكورة}}{\text{إجمالي عدد الأصوات الصحيحة للمعاونين}}$$

القيمة الافتراضية للصوت الواحد من المعاونين  
(أي ناتج العملية الحسابية السابقة)

×

عدد الأصوات الصحيحة التي حصل عليه المرشح  
من أصوات المعاونين

## الخلاصة

١) ينبغي التقيد بالنموذج أو الحد الأدنى الوارد بالقرار الجديد النافذ بخصوص مواعيد الانتخابات وإجراءاتها ؛ ما لم تفرض المصلحة العامة أو مبدأ الإقتصاد تعديل تلك المواعيد . وعلى لجنة الانتخابات بالكلية الإلتزام بعدم الدعوة للانتخابات قبل شهر ونصف من خلو المنصب ؛ وذلك إذا لم يحدد رئيس الجامعة موعدا للبدء فيها قبل هذا التاريخ .

٢) يتم إعادة انتخاب اللجان المشكلة قبل العمل بالقرار الجديد النافذ ؛ بسبب تخلف أحد الشروط المتعلقة بالصفة المطلوبة فى أعضائها . كما يعاد انتخابها بالكامل فى حالة انسحاب أحد أعضاء اللجنة ؛ وذلك إذا كانت اللجنة مشكلة بالتعيين .

٣) النص فى القرار الجديد النافذ على وجود رئيس للجنة الانتخابات أمر له وجاهته ؛ ولكنه يندرج ضمن القواعد التنظيمية ؛ ولذا لا يترتب عليه أى ميزة تصويتية . وللجنة أن تقوم بتشكيل هيئة مكتب أو أمانة للمعاونة فى مهامها ؛ وأن تفوضها فى إستلام الأوراق والمستندات من ذوى الشأن ؛ بشرط أن تكون فى مظاريف مغلقة حفاظا على سريتها .

٤) إذا انسحب أحد أعضاء اللجنة ؛ فإنه لا يجوز للجنة أن تباشر عملها بعضوية إثنين فقط من أعضائها ؛ ولا فرق فى ذلك أن تكون اللجنة معينة فى الأصل أو منتخبة .

٥) تباشر اللجنة جميع مهامها وتتخذ قراراتها بأغلبية إثنين من أعضائها ؛ وذلك فى حالة وجود تفويض من العضو الثالث أو إعتذاره أو إمتناعه عن الحضور . إذ لا يتصور أن يتم تعطيل الانتخابات وتجميد عمل اللجنة بإرادة عضو واحد .

٦) يفضل فى حالة صدور قرار اللجنة بالأغلبية ؛ عدم الإفصاح فى محضرها عن التصويت واتجاهات الأعضاء بخصوصه ؛ بغرض ضمان سرية عملها وحيادها ودفع الحرج عن أعضائها . ويستثنى من ذلك محاضر البت فى الطعون ؛ إذ ينبغي تسبب القرارات الصادرة بشأنها .

٧) لا يجوز للجنة أن تستبعد المرشح بسبب عدم إكمال أوراق ترشحه الخاصة بسيرته الذاتية وخطته للعمل . ولكنها تمتلك سلطة إستبعاده بسبب عدم توافر شروط الترشيح ؛ وماتفرضه من قيود على الترشيح .

٨) تلتقى شروط و قيود الترشيح فى القرار الجديد النافذ مع وجهة النظر القائلة بعدم جواز قياس إنتخابات الجامعة على الإنتخابات التى تجرى للمجالس النيابية أو رئاسة الجمهورية . ويقوم هذا الإتجاه على إحترام فكرة المؤسسة وإحاطة المرشح بشئونها وخبرة إدارتها ؛ وأن يكون ممن تحملوا أعبائها و ساهموا فى تطويرها . ولذا لا خلاف حول عدم الإقرار للمعارين بالخارج - مثلاً - بالحق فى التصويت أو التوكيل فيه .

٩) يعتبر الطعن مستوفيا لشرط الشكل طالما قدم فى المواعيد المحددة له ؛ وتضمن مذكرة للطعن بها البيانات الأساسية (صفة الطاعن والمطعون ضده وموضوع الطعن) ؛ فضلا عن المستندات والأدلة المرفقة المؤيدة له ؛ وذلك إلى حين قيام اللجنة بإعداد النموذج الخاص بالطعون .

١٠) يتم قبول الطعون ولو كانت موجهة ضد غير المرشحين ؛ أو ضد إجراء إنتخابى لم تتخذه اللجنة بعد ؛ وتلتزم لجنة الإنتخابات بنظرها والبت فيها أو الرد عليها . ولكن لا يقبل الطعن على إجراء سبق وأن وافق عليه الطاعن ولو ضمنيا .

١١) لا يترتب على الطعون الإستئنافية وقف إجراءات الإنتخابات أو تأجيل ندوات المرشحين ؛ باستثناء الإجراء الخاص بالإقتراع ؛ إذ يتوقف تحديد مواعده النهائى على نتيجة البت فى تلك الطعون .

١٢) لا يجوز التمسك بسرية ملف الطعن عند تقديمه لأحد أعضاء لجنة الإنتخابات ؛ كما لا يجوز غل يدها عن نظر الطعون والبت فيها خلال المدة المقررة لتلقى الطعون . وتخضع كافة أنواع الطعون الإبتدائية والإستئنافية لنفس مواعيد تلقى الطعن (ثلاثة أيام) وللحد الأقصى المقرر للبت فيها (سبعة أيام) .

١٣) يقتضى حق الدفاع سماع رأى المطعون ضده ومايقدمه من أدلة ؛ وكل من ترى اللجنة الإستئناس برأيه . ولايجوز للجنة أن تقبل مايقدمه المطعون عليه من أدلة أو مستندات إذا كانت لاحقة على تاريخ الطعن ؛ مالم يكن الغرض من تقديمها بيان حقيقة المركز القانونى للطاعن .

١٤) يفضل أن تقوم لجنة الإنتخابات بإعلان أسماء الناخبين " جمعية الناخبين " بالتزامن مع بدء إجراءات الإنتخابات ؛ وأن تقوم بتحديثها أولا بأول . وينبغى أن تعلن إجراءاتها بوجه عام على لوحة الإعلانات الرئيسية بالكلية فضلا عن إخطار ذوى الشأن شخصا بمواعيد الإجراءات الجوهرية التى تبطل الإنتخابات بدونها .

١٥) تقوم اللجنة بالإعلان عن جدول الحلول الوظيفى عند كل إعلان عن قائمة المرشحين ؛ وإخطار الإدارة المعنية بالجامعة به ؛ وتيسير نموذج الطعن للمرشحين فور قيام اللجنة بإعداده .

١٦) يدخل فى مهام اللجنة تيسير خطط العمل التى تقدم بها المرشحون وسيرتهم الذاتية للناخبين ؛ وذلك فى المواعيد المخصصة للندوات الإنتخابية وفقا للجدول المعلن . وأيضا إعداد وتوزيع نموذج إسترشادى لتوعية الناخبين بالمعايير الموضوعية التى يعتمد عليها فى تقييم كفاءة المرشحين العلمية والإدارية .

١٧) ولايوجد مبرر لاستبعاد المرشح الذى أنهى ندوته الإنتخابية من حضور ندوة المرشح التالى ؛ إلا إذا قدرت اللجنة أن الإستجابة لهذا الطلب قد يؤثر على نظام الندوة وحسن إدارتها والغرض المقصود منها .

١٨) يجوز للمرشح أن يوكل زميلا من نفس كليته ، فى حضور إجراءات الفرز والتصويت . وينبغى ألا يكون هذا الوكيل عضوا بلجنة الإشراف على الإنتخابات أو عضوا بالمجمع الإنتخابى فيما يتعلق بانتخابات رئيس الجامعة . ولا يشترط أن يكون الوكيل ممن يتمتعون بالحق فى التصويت فى الإنتخابات التى تم توكيله لحضور إجراءاتها . ويتم إعتماد هذا النوع من التوكيلات من الكلية المختصة ؛ وإخطار لجنة الإنتخابات به . وكان من الأفضل النص على إختصاص لجنة الإنتخابات المعنية بكافة أنواع التوكيلات أيا كان غرضها ؛ طالما كانت تتعلق بالعملية الإنتخابية .



١٩) يسمح الكتاب التفسيري الوارد من مكتب الوزير بقبول التوكيل فى التصويت فى (أحوال المرض \_ الحبس الإحتياطى \_ الإعتقال \_ المهمة العلمية ) كما يتسع ( وفقا للتفسير الموسع ) لانتقال مندوب عن اللجنة إلى الناخب فى هذه الأحوال . مع ملاحظة أن يطبق ذلك فى أضيق الحدود، وفقا للضرورة ، وملاحظة أنه يتقيد بالمهمة العلمية تلك التى تتم داخل الوطن.

٢٠) أصحاب الحق فى التصويت هم القائمون بالعمل فعليا فى كليتهم وقت قيامهم بالإقتراع . ولايجوز إستبعاد الناخب الذى أتم إجراءات نقله أو إعارته أو ندبه أو أجازته الخاصة قبل يوم الإقتراع ؛ طالما لم يقم بتنفيذها بالفعل . ويتغير المركز القانونى للزميل ويسقط حقه فى التصويت من تاريخ إعتقاد عميد الكلية أو القائم بعمله إخلاء الطرف الخاص به .

٢١) نسبة ال (١٠٪) من عدد الأصوات الصحيحة لأعضاء هيئة التدريس هى الحد الأقصى لقيمة أصوات معاونى هيئة التدريس . وهو أمر نرى أنه محل نقد ؛ لاعتبارات منها إخلاله بمبدأ المشاركة والممارسة الديمقراطية .

**هيكل وقواعد العمل  
فى  
اللجنة المشرفة على الإنتخابات**

# هيكـل وقواعـد العمل فـي اللجنة المشرفة على الانتخابات بالكلية

## ١-مقر اللجنة

أ- يعد مجلس الكلية المقر الأساسي للجنة الإنتخابات الخاصة بالمجمع الإنتخابي واختيار القيادات الجامعية من جهة :

- ★ جلسات اللجنة
- ★ جلسات الإستماع والمشورة .
- ★ الإقتراع والفرز وإعلان نتائج الإنتخابات.

ب- ويجوز للجنة أن تعقد إجتماعاتها في مكان آخر مناسب بالكلية وذلك وفقا لقرار يتخذه أغلبية أعضاء اللجنة على الأقل .

ج- ويعد مكتب مدير مكتب عميد الكلية مقراً لأمانة اللجنة ، ولاسيما من جهة - توفير مكتبة لحفظ وتوثيق أعمال اللجنة

- توفير الآلات والأجهزة اللازمة لعمل اللجنة ( حاسوب / طباعة / جهاز عرض / شاشة عرض / مكتبة / أجهزة إتصال )

٢- رئاسة اللجنة

أ- في الفترة التي تنتهي باستكمال مدة العامين للجنة المشكلة قبل نفاذ القرار الجديد :

- تكون رئاسة اللجنة وفقا للدرجة العلمية ، وعند التساوي تطبق قواعد الأقدمية . ويقوم العضو الثالث فى الدرجة أو الأقدمية بمهام أمين اللجنة ويكون مسئولا عن حفظ وتوثيق أعمال اللجنة.

ب- بعد إعادة تشكيل اللجنة وفقا للقرار الجديد النافذ :

- تكون رئاسة اللجنة للعضو الحاصل على أعلى الاصوات ويكون مسئولا عن دعوة اللجنة للإجتماع ، وتمثيلها ، والإشراف على مهام حفظ وتوثيق أعمالها ، ومراسلاتها ومخاطباتها، وذلك وفقا لتنظيم العمل باللجنة وأمانتها على النحو الوارد فى المادة رقم (٤) .

ج- لا يترتب على رئاسة اللجنة أى ميزة تصويتية ، أو الحيلولة دون صدور القرارات بالأغلبية على النحو الوارد فى المادة رقم (٣) .

### ٣- عمل اللجنة وقراراتها

أ- يتم إثبات أعمال وإجراءات اللجنة فى محاضر جماعية يبين فيها القرار أو الإجراء المتخذ وتثبت فيه الوقائع المؤثرة فى عمل اللجنة وصفتها القانونية .

ب - ويكون لكل عضو صوت واحد ، وتتخذ القرارات فى اللجنة بالإجماع أو الأغلبية . ويتم الدعوة لإجتماع اللجنة باقتراح رئيس اللجنة أو عضوين من الأعضاء الثلاثة . ويجوز أن تباشر اللجنة عملها بإثنين من أعضائها بناء على تفويض العضو الثالث أو إعتذاره، أو بسبب إمتناعه عن الحضور ، على أن يتم إثبات ذلك فى محاضر جلسات اللجنة .

ج- فى حالة إتخاذ اللجنة قرارها بأغلبية الأعضاء فإنه يشار فى المحضر فقط إلى القرار، دون تحديد لاتجاهات التصويت فى اللجنة ورأى كل عضو على حده دفعا للحرج وضمانا للسرية . ويستثنى من ذلك محاضر البت فى الطعون ، وذلك لوجوب تسبيب القرارات الصادرة فيها .

د- فى حالة عدم إتفاق أعضاء اللجنة على رأى- بالإجماع أو الأغلبية - فإنه يتم إثبات ذلك فى المحضر وبيان رأى كل عضو ، ويرفق به ما قد يوجد من مذكرات ومستندات .

هـ - يقوم رئيس اللجنة أو من ينيبه من أعضائها بتسليم صورة من محاضر الجلسات ومرفقاتها وقراراتها وما تتخذه اللجنة من إجراءات على النحو التالى:

- منسق أمانه اللجنة على النحو الوارد فى المادة التالية.

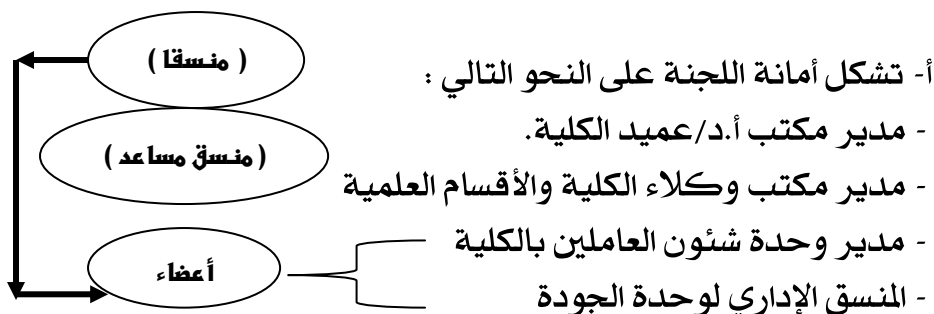
- ويتم إحاطة مجلس الكلية علما فى أول إنعقاد له عقب إجتماع اللجنة ، وإذا لم يكن رئيس اللجنة أو العضو الذى ينوب عنه عضواً بالمجلس فإنه يتم دعوته ويثبت حضوره فى محضر إجتماع مجلس الكلية بصفته .

و- وفى حالة تعذر إنعقاد اللجنة لأي سبب ، وكان هناك ما يبرر تقدم أحد أعضاء اللجنة بمذكرة لعرض موضوع يدخل فى عمل اللجنة فإنه يتم

تقديمها إلى رئيس اللجنة ، أو عميد الكلية ( إذا كان صاحب المذكرة هو رئيس اللجنة ) . ويقوم رئيس اللجنة أو عميد الكلية على النحو المذكور بعرضها على مجلس الكلية للإحاطة والعلم ، وإخطار اللجنة المشرفة على الانتخابات بالجامعة .

ز - وتقوم اللجنة بوجه عام وفيما تقوم به من إجراءات تدخل في اختصاصها ، باستطلاع رأى المرشحين المحتملين للمناصب القيادية، وكذا هيئة التدريس ومعاونيهم بالكلية ، واستشارة اللجنة المشرفة على الانتخابات بالجامعة ، وجمع المعلومات عن سير الأمور بكلية الجامعة فيما يتعلق بعملية الانتخابات فيها ، وتتلقى ما يقدمه أصحاب الشأن من مذكرات أو آراء في هذا الخصوص .

#### ٤- هيئة المكتب



ب - وتقوم أمانة اللجنة بمعاونة اللجنة في إستلام الأوراق والمستندات والطعون دون الإخلال بسريتها، وفى إعلان ذوى الشأن وإدارة الكلية بالمحاضر ومرفقاتها والقرارات والإجراءات التي تتخذها اللجنة، وذلك بالإعلان عنها في لوحة الإعلانات الرئيسية، أو بالإخطار الشخصي عند اللزوم ، وكذلك نشرها إلكترونياً بالتعاون مع وحدة نظم المعلومات وفريق الموقع الإلكتروني بالكلية .

ج- ويحتفظ منسق الأمانة بملف يشمل على الأوراق والقرارات العلنة وما شابه ، وتيسيرها للإطلاع والتصوير والإستفسار لذوى الشأن والعاملين بالكلية .