

مجلة دراسات قانونية



مارس 2021م

العدد: التاسع والعشرون

**مجلة دورية محكمة متخصصة
تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية
تصدر أربع مرات في السنة عن كلية القانون – جامعة بنغازي**

في هذا العدد:

□ عدول المحكمة الإدارية العليا في مقدار تعويض الموظف المعزول بقرار إداري غير مشروع (تعليق على المبدأ الذي أقرته المحكمة الإدارية العليا في العراق في قرارها رقم 1348/2018 بتاريخ 2018.11.22م)

□ الاستئناف المثار في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي «طبيعته وتطبيقاته».

□ مدى دستورية إثبات جرمي السرقة والحراية باعتراف الجاني أمام سلطة التحقيق أو بأية وسيلة إثبات علمية (تعليق على المبدأ الذي أصدرته المحكمة العليا الليبية بدوائرها المجتمعة في قضية الطعن الدستوري رقم 56/3 الصادر بتاريخ 2014/3/24م).

□ الإثبات في منازعات العمل الفردية «دراسة مقارنة».

□ حقوق العمال المهاجرين غير القانونيين «دراسة في ضوء أحكام الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام 1990م»

رقم الإيداع: 2020/172
دار الكتب الوطنية



مجلة دراسات قانونية

العدد التاسع والعشرون

مجلة دورية مُحكمة متخصصة

تُعنى بالبحوث والدراسات القانونية والقضائية

تصدر أربع مرات في السنة

عن كلية القانون – جامعة بنغازي

د. سلوى فوزي الدغيلي- عميد كلية القانون

المشرف العام للمجلة

هيئة التحرير:

أ.د. سعد خليفة العبار- رئيس هيئة تحرير المجلة.

د. ماشاء الله عثمان الزوي- مدير تحرير المجلة.

د. عبد اللطيف عبد الحميد ماضي.

أ. صابر فائز الورفلي.

أ. أحمد جمعة القبائلي.

قواعد النشر بالمجلة

- ❖ أصالة العمل المقدم من حيث فكرته ومنهجية إعداده وأن يكون قد أعد وفقاً للمعايير والضوابط المنهجية الشكلية والموضوعية المتعارف عليها في الدراسات الأكاديمية الحديثة.
- ❖ ألا يكون العمل المقدم قد سبق نشره أو قدم للنشر في أي مطبوعة أخرى أو مستلاً من دراسة أو بحث أو رسالة أو أطروحة سابقة.
- ❖ تخضع الأعمال المقدمة للنشر للتقويم السري من قبل خبراء وأكفاء من المتخصصين في مجال العمل المقدم للنشر ويعاد العمل لمعه في حال طلب تعديله أو تنقيحه.
- ❖ تحفظ المجلة بحقوقها في تحديد أولوية النشر. بحسب خطة النشر المتبعة في المجلة وأهمية العمل المقدم والظروف والمناسبات ذات العلاقة بتخصص المجلة.
- ❖ يجب أن يحمل العمل اسم معده ويرفق به ملخص موجزا عن سيرته الذاتية وجهة عمله وما سبق له نشر من دراسات وبحوث.
- ❖ تخضع الأعمال المقدمة للنشر للقواعد القانونية الخاصة بالمسؤولية الأدبية والملكية الفكرية وما تضمنته هذه الأعمال يعبر فقط آراء وأفكار كتابها ولا يعكس البيئة في موقف أو توجه للمجلة.
- ❖ يقدم العمل من نسختين، مصحوبة بقرص مدمج (CD) ولا تلتزم المجلة بإعادة أي عمل قدم لها سواء نشر أو لم ينشر، وفي

حالة نشره بالمجلة لا يجوز لمقدمة إعادة نشره في أي مطبوعة أخرى.

❖ يفضل ألا يزيد حجم العمل على (30) صفحة بما في ذلك الهوامش وقائمة المصادر والصور ووسائل الإيضاح المرفقة.

❖ ترتيب المصادر ألفبائياً نهاية البحث بحسب أسم الشهرة للمؤلف: كما يلي مثلاً: سراج (محمد أحمد): ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، ط1990، 1م دار الثقافة، القاهرة، ويشار للمصدر باختصار في هوامش البحث، هكذا: سراج:ص105، فإن كان للمؤلف أكثر من مصدر استعمله الباحث فيقرن باسم شهرته اسم الكتاب.

❖ أن يتضمن البحث المستخلص بالعربية والانجليزية لا يزيد عدد كلماتها عن 150 كلمة.
❖ أن يحتوي على خمس كلمات مفتاحية.

تنبيهه: البحوث والدراسات التي تنشر بهذه المجلة يعبر عن رأي كاتبها فحسب، وليس بالضرورة أن تكون معبرة عن رأي المجلة.

رقم الإيداع- دار الكتب الوطنية: 172 / 2020 .

جميع الحقوق محفوظة للناسر كلية القانون - جامعة بنغازي.

المراسلات تقدم باسم رئيس هيئة التحرير على العناوين الآتية:

كلية القانون- جامعة بنغازي

بمبنى الإدارة- الدور الثاني

بنغازي - ليبيا

Email: saadkhhh@yahoo.fr

•Telephone: +218 (61) 222 9029

•Fax: +218 (61) 222 9029

•website: journaloflaw.ly

مجلة دراسات قانونية- كلية القانون بجامعة بنغازي : Facebook

جميع الحقوق الخاصة بصورة وتصميم الغلاف محفوظة لكلية

القانون - جامعة بنغازي.

جميع الحقوق الأخرى ذات الصلة بهذا العمل خاضعة للملكية الفكرية.

هيئة تحكم الدائمة بالمجلة

أ.د. عبد الغني شيبه. كلية القانون - جامعة سبها
د. سعد سليمان الحامدي. كلية القانون- جامعة بنغازي

د.إبتسام أحمد بجيج. كلية القانون- جامعة بنغازي
د.عطية محمد عطية. كلية القانون- جامعة إجدابيا

د.هالة أحمد الأطرش. كلية القانون- جامعة بنغازي
د.عبد الله علي العبيدي. كلية القانون- جامعة بنغازي

أ.د.مفتاح خليفة عبد الحميد. كلية القانون- جامعة بنغازي
د.جازية جبريل شعيتير. كلية القانون- جامعة بنغازي

د.طارق محمد الجملي. كلية القانون- جامعة بنغازي
د.سالة فرج مفتاح الجازوي. كلية القانون- جامعة بنغازي

. د.مصطفى إبراهيم العربي خالد.
كلية القانون بالخمس- جامعة المرقب

د. محفوظ علي عمران تواتي.
كلية الشريعة والقانون - الجامعة الإسلامية

د. عبد المنعم محمد الصرارعي.
كلية القانون بالخميس - جامعة المرقب

د. تغريد عبد القادر علي عبد الله.
مركز المستنصرية للدراسات العربية والدولية - العراق

د. توفيق عطا الله.
كلية الحقوق والعلوم السياسية - جامعة عباس لغرور بخنشلة / الجزائر

د. عبد الناصر السيد محمد الجهاني
كلية القانون - جامعة السلطان قابوس

د. إياد خلف محمد العجيلي
معهد الإدارة الرصافة - الجامعة التقنية الوسطى / العراق

ثبت المحتويات

■ افتتاحية العدد.....15

أ.د. سعد خليفة العبار

■ عدول المحكمة الإدارية العليا في مقدار تعويض الموظف المعزول بقرار إداري غير مشروع، " تعليق على المبدأ الذي أقرته المحكمة الإدارية العليا في العراق".

قرارها رقم 1348/2018 بتاريخ 2018/11/22م.....17

أ.د. مازن ليلوراضي

■ الاستئناف المثار في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، طبيعته وتطبيقاته.....41

د. مصطفى أحمد الدراجي

■ مدى دستورية إثبات جريمتي السرقة والحراية باعتراف الجاني أمام سلطة التحقيق أو بأية وسيلة إثبات علمية، " تعليق على المبدأ الذي أصدرته المحكمة العليا الليبية بدوائرها المجتمعة في قضية الطعن الدستوري رقم 56/3 الصادر بتاريخ 2014/3/24م".....138

د. عبد المنعم محمد الصراعي

- الإثبات في منازعات العمل الفردية، "دراسة مقارنة".....184
د. شواخ محمد الأحمد
- حقوق العمال المهاجرين غير القانونيين، "دراسة في ضوء أحكام الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام 1990م".....247
د. حسين محمد عمران
- رسائل الماجستير بقسم الشريعة الإسلامية.....305
- أطروحات الدكتوراه بقسم الشريعة الإسلامية.....317
- كاشف الأعداد.....319
- نموذج المشاركة بالمجلة.....327
- نموذج تقديم ملاحظات.....329

افتتاحية العدد

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله، نحمد ونستعينه ونستغديه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، ونسأله الهداية لكل خير، والنجاة من كل شر، ونصلي ونسلم على خير خلقه، محمد بن عبدالله، وعلى آله وصحبه الكرام الأطهار، ومن سار على نهجه واتبع سنته إلى يوم الدين، وبعد

فإن السعي للخير ونشر العلم، إن كان بنية حسنة ويتظافر جهود لابد أن يؤتي بتوفيق الله ثماره، وها هي مجلة دراسات قانونية تتقدم في مسيرتها، بفضل جهد الباحثين في صنوف العلم القانوني والشرعي، وبجهد هيئة تحريرها، وسيرا على سنة المجلة في التطور فإنها في هذا العدد عمدت إلى إعادة ترتيب بيتها الداخلي، فأعادت النظر في هيئتها التحريرية، بعد الطلبات العديدة التي تلقتها من أهل الاختصاص من بلدان عدة، وعملت على الشروع في استحداث موقع

إلكتروني للمجلة، وشرعت في النظر في طلبات الانضمام لهيئتها الاستشارية،
وهذه خطوات لاشك تدفع بها إلى الإمام.

كل الشكر لمن تواصل مع المجلة، وبالأخص من راسلها بطلب نشر عمل
له على صفحاتها، مع الاعتذار للسادة الباحث عن التأخر في نشر إنتاجهم
العلمي بالنظر لكثرة ما يرد إلى المجلة من أبحاث.

خالص الدعوات للجميع بالتوفيق وجزيل الشكر لمن دعم المجلة وأبدى
ملاحظة بناءة على ما تقدمه من إنتاج علمي.

أ.د. سعد خليفة العبار
رئيس هيئة التحرير

عدول المحكمة الإدارية العليا في مقدار تعويض الموظف

المعزول بقرار إداري غير مشروع

تعليق على المبدأ الذي أقرته المحكمة الإدارية العليا في العراق في

قرارها رقم 2018/1348 بتاريخ 2018/11/22م⁽¹⁾

The adjustment of the Supreme Administrative Court in
the amount of compensation for the dismissed employee by
an illegal administrative decision

Commentary on the principle approved by the Supreme
Administrative Court in Iraq in its decision No. 1348/2018
on November 22, 2018

الأستاذ الدكتور مازن ليلو راضي⁽²⁾

Prof. Dr. Mazin Lilo Radhy

⁽¹⁾ - قرارها رقم 2018/1348 في الاضبارة التمييزية 1901/ قضاء موظفين/تميز 2018/ بتاريخ

2018/11/22م.

⁽²⁾ - مستشار مجلس الدولة وعضو المحكمة الإدارية العليا في العراق.

الملخص

الدعوى الإدارية الخاصة بالموظفين تتمتع بقيمته عملية وتطبيقية، فهي تعد وسيلة قضائية فعالة لحماية الحقوق الأساسية للموظفين في مواجهة قرارات الإدارة غير المشروعة، و الماسة بمصالح الموظفين، وتعد هذه الوسيلة ذاتية وشخصية، لأنها تهدف إلى جبر الأضرار المادية والمعنوية وإصلاحها، كونها مست بحقوق يحميها القانون وينص عليها، وتتمثل من خلال الحصول على تعويض، وللقاضي سلطات كاملة وواسعة في تقدير مقدار التعويض تبعا للضرر الواقع.

وكان للمحكمة الإدارية العليا في العراق شأن في مجال تعويض الموظف الذي يتم إبعاده عن وظيفته بالعزل أو الأقصاء بقرار إداري غير مشروع، حيث يتم منحه تعويضا يساوي مقدار راتبه كاملا، إلا أن هذا الاتجاه تم العدول عنه في القرار موضوع التعليق، حيث أصدرت المحكمة الإدارية قرارها بأن يكون مقدار التعويض يساوي الراتب الاسمي للموظف، أي راتبه بعد تنزيل المخصصات منه،

ويبدو أن الاتجاه الجديد يعود إلى تغيير وجه نظر المحكمة إلى مفهوم المصلحة العامة تبعا للتحويلات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تعرض لها العراق.

كلمات مفتاحية: التعويض - الراتب - قرارات غير مشروعة - وظيفة عامة.

Abstract

Administrative lawsuits related to employees have practical and practical value, as they are considered an effective judicial means to protect the basic rights of employees in the face of unlawful management decisions, and that affect the interests of employees. With rights that are protected and stipulated by the law, which is represented through obtaining compensation, and the judge has full and broad powers in estimating the amount of compensation according to the damage cause.

The Supreme Administrative Court in Iraq had an issue in the field of compensation for the employee who was dismissed from his job by dismissal or exclusion by an illegal administrative decision, where he is granted compensation equal to the amount of his salary in full, but this was reversed in the decision subject of the suspension, where the Administrative Court issued its decision that the amount of compensation is equal to the salary after deduction of allowances from him, and it seems that the new trend is due to

a change of court opinion. The concept of the public interest through the political, economic and social transformations that Iraq has Undergone.

Key words: Compensation - salary - illegal decisions - public office.

مقدمة

لاشك أن عدول القضاء عن مبادئه يثير أشكالاً عدة، منها ما يتعلق بشعور الخصوم بالأمن والثقة بأن منازعتهم التي يتم نظرها من جهة قضائية تتمتع بالمعايير اللازمة التي تمكنهم من الحصول على محاكمة عادلة، وأن لا يتم العدول بصورة مباغته تتنافى مع توقعاتهم.

ومن متمات تحقيق الأمن القضائي بهذا المعنى توفير كافة حقوق الأفراد المتقاضين وضماناتهم القانونية بمختلف حدودها الدستورية والتشريعية، بأن تكون الخصومة أمام القضاء عادلة. باعتبارها الأساس الذي يبنى عليه إحقاق الحق، وهذا ما حدا بالمشروع إلى إحاطة إجراءات التقاضي بضمانات عديدة من أجل حسم المنازعات والفصل في الخصومات على الوجه المعتبر قانوناً⁽³⁾.

(3)- د. أحمد خليفة شرقاوي أحمد: العدالة الإجرائية في التقاضي، ط1، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2015، ص13 وما بعدها.

والاستقرار في الاجتهاد القضائي يجد دماه في المبادئ وليس الأحكام،
والمبادئ هي الاجتهاد القضائي الصادر من المحاكم العليا في التنظيم القضائي
المدني أو العادي ، والإداري في دول القضاء المزدوج.
وعندما نتكلم عن العراق، فإن مجال العدول في الاجتهاد في ميدان
القضاء الإداري هو عدول المحكمة الإدارية العليا عن اجتهاد استقرار العمل عليه
لمدة زمنية معينة إلى اتجاه جديد. وذلك نتيجة للتغيير في تفسير القانون أو
تطبيقه.

فعلى الرغم من اختلاف الفقه حول القيمة القانونية التي تتمتع بها المبادئ
العامة للقانون، فقد استقرار القضاء على تمتع هذه المبادئ بقوة ملزمة للإدارة،
بحيث يجوز الطعن بإلغاء القرارات الصادرة خلافا لها، أو تتضمن انتهاكاً لهذه
المبادئ، والتعويض عن الأضرار التي تسببها الأفراد.

ومع أن العدول في الاجتهاد يسهم كثيرا في انعدام الأمن بالنسبة للخصوم،
الذين اتخذوا موقفا في وقته يتفق مع الاجتهاد القضائي السابق، إلا أن هذه

المخاطر يجب أن لاتحد من سلطة القاضي في الاجتهاد، على اعتبار أن جميع القرارات القضائية الصادرة عن المحاكم المختلفة لا تفرض على القضاة إلا التقيد بأحكام القانون، ولا يطلب منهم في ظروف مماثلة أن يتخذوا قرارا مطابقا لما كان يمكن أن تتخذه محاكم أخرى، أو حتى بأنفسهم في ظروف أخرى، أو حتى في ظروف المشابهة، مع ملاحظة أن العدول عن الاجتهاد القضائي السابق لا يُعدّل القانون، وإنما يُعدل من تفسيره، إذا ما ظهرت عدم صحة التفسير القضائي السابق.

وحيث إن القضاء الإداري قد يتعدى الدور التفسيري والتعدد بالاجتهادات ووجهات النظر، فقد يصل إلى أن يكون قضاءً يُنشئ ويخلق القواعد القانونية، ونتيجةً لهذا الدور الذي يضطلع به هذا القضاء، فإن لزاماً عليه أن يُراعي ضرورة

مبدأ وضوح القاعدة القانونية التي عمِلَ على إنشائها وسهولة الوصول إليها، فضلاً عن إمكانية فهمها من قِبَل المخاطبين بها⁽⁴⁾.

وعندما نتكلم عن العراق، فإن مجال العدول في الاجتهاد، أو عكس الاجتهاد كما يطلق عليه في فرنسا، هو عدول المحكمة الإدارية العليا عن اجتهاد استقر العمل عليه لمدة زمنية معينة إلى اتجاه جديد، وذلك نتيجة للتغيير في تفسير القانون بقرارات المبادئ، والتي يمكن تعريفها بأنها: "تلك القرارات الصادرة عن المحاكم الرقابية العليا، والتي تتسم بالصراحة والوضوح ودرجة من السمو على القرارات البسيطة من الأنواع الأخرى، والتي تشكل اتجاهاً تمييزياً تلتزم المحاكم الدنيا بإتباعه، نظراً لما ترسيه من مبادئ قانونية تنفرد بها"⁽⁵⁾.

وقد كان للمحكمة الإدارية العليا في العراق شأن في مجال في تغيير بعض من مبادئها، ولعل الأمر يعود إلى تطور مفهوم المصلحة العامة تبعاً للتحويلات

(4)- د.ياسر محمود الصغير: المعيار الوظيفي لتمييز القرار الإداري، مركز الدراسات العربية، مصر، 2017 م، ص7.

(5)- للمزيد ينظر: د. محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص240.

السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تعرض لها العراق أحيانا، وتطور المنازعة الإدارية في أحيان أخرى.

ففي المجال الاقتصادي أخذ القاضي الإداري بنظر الاعتبار التغيرات الاقتصادية والأزمات التي تمر بها الدولة بنظر الاعتبار، وحدد مقدار التعويض الذي يتقاضاه الموظفين في حالات معينة على أساسه، مع الأخذ بنظر الاعتبار إن التغير في واقع الأمر ليس تغيراً في الضرر ذاته ولا في قيمته، فالضرر ثابت في عناصره، كما أن قيمته ثابتة، فلا يوجد ارتفاع أو انخفاض في قيمة النقود، وإنما تعرضت الدولة إلى أزمة مالية نتيجة انخفاض سعر البترول.

ومن الأحكام التي لمسنا فيها العدول في الاجتهاد واضحاً في قضاء المحكمة الإدارية العليا موقفها من موضوع خطأ الإدارة بإبعاد الموظف عن وظيفته بقرار يتضمن عزله أو فصله أو إقصاءه من الوظيفة خلافاً للقانون، ومطالبة الموظف براتبه كاملاً (الراتب والمخصصات) للفترة التي انقطع فيها عن عمله، وكان خارج الخدمة لسبب لا دخل لإرادته فيه.

أولاً- عناصر المبدأ القضائي الأول:

يقوم المبدأ القضائي الأول على العناصر الآتية:

- 1- يستحق الموظف المعزول بقرار غير مشروع تعويضا يساوي مقدار راتبه كاملا.
- 2- احتساب التعويض من تاريخ إبعاد الموظف عن الوظيفة، وليس من تاريخ إقامة دعوى الإلغاء .
- 3- تحتسب مدة إبعاد الموظف لكافة الأغراض (العلاوة والترفيه والترقية والتقاعد).

ثانيا - وقائع الدعوى وإجراءاتها:

في قضية تتلخص وقائعها أن المدعية (م) سبق وأن أقامت الدعوى أمام مجلس الانضباط العام (محكمة قضاء الموظفين حاليا) لإلغاء قرار عزلها من الوظيفة، وقد أصدر المجلس قراره بإلغاء أمر العزل، وإعادة المدعية إلى الوظيفة، واكتسب القرار الدرجة القطعية، وتمت إعادتها إلى وظيفتها، وباشرت بها، فطلبت

من الإدارة احتساب فترة إبعادها عن الوظيفة من 2008/4/1م ولغاية 2012/2/13م خدمة لأغراض الترفيع والعلاوة والراتب والتقاعد، فرفضت الإدارة، فأقامت الدعوى ثانية للمطالبة بذلك.

وقد قضى مجلس الانضباط العام بأنه (...حيث إن المدعية قد باشرت بوظيفتها بتاريخ 2012/2/14م، وحيث إن المعترضة قد اعترضت على أمر العزل بتاريخ 2010/11/28م، وصدر قرار بإلغاء أمر العزل بموجب قرار مجلس الانضباط العام...في 2011/8/28م، لذا قرر المجلس بالاتفاق إلزام المدعى عليه بصرف رواتب المدعية...للفترة من 2010/11/28م ولغاية مباشرتها في الوظيفة في 2012/2/14م، ورد دعوى المدعية عن الفترة من 2008/8/31م ولغاية 2010/11/27م، ذلك لأن المدعية قد تأخرت في إقامة الدعوى أمام القضاء، وليس من العدل إن المدعى عليه إضافة لوظيفته مسؤولية تأخيرها عن إقامة الدعوى...)(⁶).

(⁶)- قرار مجلس الانضباط رقم 2013/217 في الدعوى عدد 764/م/2012 وبتاريخ 2013/3/7م.

وقد طعن المدعى عليه بالقرار أمام المحكمة الإدارية العليا، والتي نقضت قرار مجلس الانضباط العام، وقضت بأنه (...وترى المحكمة أن المبدأ الذي تنبأه مجلس الانضباط العام في حكمه المميز باحتساب رواتب الموظف الذي ألغى القضاء قرار عزله من تاريخ إقامة دعوى الإلغاء لا سند له من القانون، ويخرج عن تواتر الأحكام التي استقر عليها قضاؤه، لأن يستحق الموظف عن الوظيفة، وتعد تلك الفترة خدمة لكافة الأغراض، ذلك لأن قرار العزل غير صحيح، والملغى بحكم قضائي يصبح كأن لم يكن، وتمحي آثاره على الموظف، وحيث إن مجلس الانضباط العام لم يراع حين فصله في الدعوى ما تقدم، قررت المحكمة نقض الحكم المميز (...)⁽⁷⁾.

وبعد أن أعيدت اضبارة الدعوى إلى المجلس، وإتباع قرار المحكمة الإدارية العليا بقراره عدد (2014/612) بتاريخ 2014/5/22م، وقضت المحكمة الإدارية العليا بتصديق الحكم، وسجلت المبدأ الآتي: (...إن الحكم المميز جاء

⁽⁷⁾ - قرارها رقم 433 في الاضبارة التمييزية 353/انضباط تمييز /2013 بتاريخ 2013/10/3م.

اتباعا للقرار التمييزي الصادر بالدعوى...وهو تطبيق للمبدأ الذي استقر عليه قضاء هذه المحكمة، والذي يقضي بمسؤولية الإدارة عن رواتب الموظف خلال فترة تنحيه عن الوظيفة بقرار عزل غير صحيح بعد إلغائه قضاء. وبمقتضى هذا الإلغاء زوال آثار القرار غير الصحيح، لذا قررت المحكمة الإدارية العليا تصديقه ورد الطعن التمييزي...⁽⁸⁾.

ثالثا - المبدأ وأسبابه:

في الحقيقة كان قرار المحكمة الإدارية العليا المذكور متفقا مع طبيعة آثار الحكم بالإلغاء، فإذا ما تقرر إلغاء القرار فإنه يوجب على الإدارة الالتزام بإعادة الحال إلى ما كان عليه، كما لو لم يصدر القرار الملغي، فالأمر يلقي على الإدارة التزاماً بإعادة الوضع إلى ما كان عليه قبل صدور القرار الملغي بإزالة كافة الآثار القانونية والمادية التي ترتبت في ظله بأثر رجعي، كما يلزمها بهدم كافة القرارات والأعمال القانونية التي استندت في صدورها إلى القرار الملغي، فإذا صدر قرارها

⁽⁸⁾- قرارها رقم 436 في الاضبارة التمييزية 882/انضباط تمييز /2014 بتاريخ 2014/11/20م.

بالغاء عزل الموظف لمخالفته للقانون، فتنفيذ حكم القضاء يقتضي من الإدارة أن تصدر قراراً إدارياً بسحب القرار الملغي، وكأن الموظف لم يغادر الوظيفة أبداً، فتمنحه مستحقاته المالية كاملة من راتب ومخصصات، لعدم تمكين الإدارة الموظف من وظيفته خلافاً للقانون، إلا أن هذا الاجتهاد قد تغير منذ عام 2017م.

رابعاً- عدول المحكمة الإدارية العليا عن المبدأ:

كان قضاء المحكمة الإدارية العليا السابق يسير في ضوء الاجتهاد المستقر، غير إنها قد عدلت عن اجتهادها، فقضت بغير ذلك.

خامساً- عناصر المبدأ الثاني:

1- تعويض الموظف عن الفترة المطالب بها بمبلغ يعادل رواتبها الاسمية دون المخصصات.

2- عد مدة الإبعاد عن الوظيفة خدمة لكافة الأغراض (العلاوة والترفيه والترقية والتقاعد).

سادسا - وقائع الدعوى وإجراءاتها:

في قضية تتلخص وقائعها في أن المدعية (هـ) سبق وأن تم عدها مستقلة من الوظيفة، وأنها اعترضت على القرار أمام محكمة قضاء الموظفين التي قضت بإلغاء أمر اعتبارها مستقلة، وإعادتها إلى الخدمة، واعتبار الفترة ما بين اعتبارها مستقلة ومباشرتها (خارج الخدمة)، وقد اكتسب الحكم الدرجة القطعية.

طلبت المدعية في دعواها بتاريخ 2018/5/20م احتساب الفترة ما بين اعتبارها مستقلة في 2017/2/1م ولغاية صدور أمر المباشرة في 2018/5/6م خدمة لكافة الأغراض، وقضت المحكمة بأنه (..حيث إن امر اعتبارها (المدعية) مستقلة قد تم إلغاؤه بقرار قضائي مكتسب درجة البتات، وحيث إن المدعية كانت مهيأة للعمل، وحال أمر اعتبارها مستقلة دون قيامها بأعمالها خارج إرادتها، فقد وجدت المحكمة أن طلبات المدعية لها سند من القانون، لذا قرر بالاتفاق الحكم بالزام المدعى عليهما باحتساب الفترة ما بين اعتبارها مستقلة من تاريخ

2017/2/1م ولغاية صدور أمر مباشرتها في 2018/5/6م خدمة لكافة

الأغراض، وتعويضها عنها بما يعادل راتبها للفترة المذكورة آنفا...⁽⁹⁾.

فقضت (...وجدت المحكمة الإدارية العليا أن ما ذهبت إليه محكمة قضاء

الموظفين صحيح من حيث المبدأ، لأن بقاء المدعية خارج الخدمة كان بسبب

الإجراءات الخاطئة التي اتخذها المدعى عليهما في اعتبار المدعية مستقلة من

الوظيفة خلافا لأحكام القانون، مما يقتضي تعويض المدعية عن هذا الخطأ، وأن

مقدار التعويض يتحدد بما فات من كسب في حال مباشرتها بالوظيفة، وأن هذا

المقدار المتيقن يعادل الراتب الاسمي لها خلال الفترة التي أبعدتها الإدارة عن

أعمال وظيفتها. لذا قرر تصديق الحكم المميز تعديلا بجعل تعويض المدعية عن

الفترة المطالب بها بمبلغ يعادل رواتبها الاسمية فقط للفترة من 2017/2/1م

ولغاية 2018/5/6م، واحتساب هذه الفترة خدمة للأغراض كافة...⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾- قرار محكمة قضاء الموظفين 2018/2202 في الدعوى عدد 1166/م/2018 وبتاريخ 2018/8/30م.

⁽¹⁰⁾- قرارها رقم 2018/1348 في الاضباراة التمييزية 1901/قضاء موظفين/تميز 2018 بتاريخ 2018/11/22م.

سابعا- تقييم المبدأ:

إن قضاء المحكمة الإدارية العليا في العراق يبدو أنه قد أخذ بنظر الاعتبار الأزمات الاقتصادية للدولة وتعزيز موازنتها، حيث يعاني العراق منذ سنين من انخفاض عائدات البترول والحرب على الإرهاب، وقضاء الإدارية العليا في قضائها هذا لا يختلف كثيرا عن ما توصل إليه أخيرا اجتهاد مجلس الدولة الفرنسي، فمجلس الدولة الفرنسي كان في أكثر من مناسبة يرفض اعتبار المصلحة المالية للإدارة أو تعزيز موازنتها من قبيل المصلحة العامة، وقضى بعدم مشروعية القرارات الصادرة لتحقيق مصالح مالية للإدارة.

فقضى مثلا بإلغاء القرار الإداري الصادر بإغلاق مصانع (عيدان الثقاب) بعد احتكار الحكومة لهذه الصناعة، بعد أن تبين أن غاية القرار هي تحقيق موارد مالية من خلال عدم منافسة المصانع المذكورة لها⁽¹¹⁾، كما ألغى القرار الصادر

⁽¹¹⁾- C.E.26. Nov. 1857.Laumonnier- Carriol ,R.P 934

بمنع مرور العربات الثقيلة على طرق معينة، بحجة تأمين سلامة المرور، والحقيقة أن الإدارة أرادت بهذا أن تقلل من نفقات صيانة هذه الطرق⁽¹²⁾.

إلا أنه عدل عن هذا الاتجاه، وتحول موقفه نحو تقرير مبدأ جديد يتعارض مع ما سبق أن أرساه، وهذا التحول كان مقتضاه أن أعلن المجلس في أحكام عديدة أنّ حماية المصلحة المالية للهيئات العامة لا تولد الإلغاء أو الانحراف بالسلطة، واعتبر المصلحة المالية عنصرا من عناصر الصالح العام، فقرر مجلس الدولة الفرنسي في حكم له: "أنّ مسعى الإدارة لتحقيق أغراض مالية هو غرض مشروع، لأن موازنة الميزانية المحلية من أغراض المصلحة العامة"⁽¹³⁾.

وفي الوقت الذي نسجل تقديرنا واحترمنا لاجتهاد المحكمة الإدارية العليا

نعرض ملاحظتنا على هذا المبدأ:

⁽¹²⁾- C.E15 Nov 1927 Bellescize ,R.P. 1048.

أشار إليه : د. محمود عاطف البنا: الضبط الإداري بين الحرية والنظام العام، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة الثانية، العدد الأول يناير 1994م، ص167.

⁽¹³⁾- C.E 29 Junvir 1932 Societe des Autobus antibois,R.117.

أشار إليه : ود. محمد عبد الحميد مسعود: اشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، عام 2007م، ص688.

1-إن هذا التحول الكبير في قضاء المحكمة الإدارية العليا له تأثير كبير في مفهوم الأمن القضائي لتعلقه باجتهاد مستقر لزمان طويل ، ولا نعتقد أن الأزمة المالية التي يمر بها العراق تبرر تحول المحكمة الإدارية في اجتهادها أعلاه بسبب الحيف الذي سيلحق بأرزاق الموظفين، والذي لا دخل لإرادتهم فيه خاصة، وأن الفرق بين الراتب الاسمي والكلي يصل في بعض الأحيان إلى أكثر من ثلاثة أضعاف مقدار الراتب، في الوقت الذي يجب كبح جماح الإدارة وإعادتها إلى رشدها، وتوخي المشروعية في إصدار قراراتها، أما المصلحة المالية للإدارة فلا يمكن أن تُرتجى من بخس حقوق الموظفين.

2- من المهم القول إن العدول في اجتهاد المحكمة الإدارية العليا، وإن كان يسير في ظل الفهم المتطور للقانون، إلا أنه لا يخلو من مخالفة لمبدأ الأمن القضائي، خاصة وأنه عدول عن السوابق القضائية، وقد جاء مباغتا.

3-إن القول بأن سلطة القاضي في الاجتهاد الجديد وقناعته بأنه أفضل من السابق، ومتماشيا مع ظروف المجتمع وفي اطار القانون، لا ينفي ضرورة أن

تتوافر للمتقاضين فرصة معقولة للتنبؤ بإمكانية حصول هذا التغير في الاجتهاد،
وأن تتاح لهم فرصة الطعن فيه وفقا لمبادئ الخصومة العادلة⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ للمزيد عن الأمن القضائي ينظر: د. مصطفى بن شريف ود. فريد بنته: الأمن القانوني والأمن القضائي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المغرب، دون سنة نشر، ص3.

الخاتمة

في نهاية تعليقنا هذا، لابد من القول إن الاجتهاد الذي يتعلق بالمحاكم الإدارية العليا هو اجتهاد بالغ الخطورة، باعتبار أن الاجتهاد القضائي فيها يعد مصدرا رسميا للقانون، لذا فإن الأمن القضائي في مجال القضاء الإداري يتطلب من القضاء احترام التطور المتوقع وغير المباغت للمبادئ والتفسير المعقول للقواعد القانونية.

كما أن الطبيعة الخاصة لقواعد القانون الإداري من حيث عدم تقنينه وظروف نشأته وتعدد مجالات نشاطه، أدت إلى أن يتجاوز القضاء الإداري دور القضاء العادي ليتماشى مع متطلبات الحياة الإدارية، فيعتمد إلى خلق مبادئ وأحكام القانون الإداري، فيصبح القضاء مصدرا رسميا للقانون الإداري، بل من أهم مصادره الرسمية، ويتعدى دوره التشريع في كثير من الأحيان.

ولهذا ندعو مجلس الدولة في العراق أن يتقيد في اجتهاده بالمحددات التي توصل إليها مجلس الدولة الفرنسي والمحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان المتعلقة

بالأثر الرجعي للاجتهاد الجديد، حيث يجب أن لا تمس إجراءات الاجتهاد الجديد
سبل الانتصاف القضائية.

المصادر

- 1- د. أحمد خليفة شرقاوي أحمد: العدالة الإجرائية في التقاضي، ط1، شركة ناس للطباعة، القاهرة، 2015م.
- 2- د. مصطفى بن شريف ود. فريد بنته: الأمن القانوني والأمن القضائي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المغرب، دون سنة نشر.
- 3- د. محمد حسين منصور: المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010م.
- 4- د. محمد عبد الحميد مسعود: إشكاليات رقابة القضاء على مشروعية قرارات الضبط الإداري، مطابع الشرطة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، 2007م.
- 5- د. محمود عاطف البنا: الضبط الإداري بين الحرية والنظام العام، بحث منشور في مجلة الأمن والقانون، السنة الثانية، العدد الأول يناير 1994م.
- 6- د. ياسر محمود الصغير: المعيار الوظيفي لتمييز القرار الإداري، مركز الدراسات العربية، مصر، 2017م.

الاستئناف المثار في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

طبيعته وتطبيقاته

The appeal raised in the French Civil Procedure Code

Its nature - its applications

د. مصطفى أحمد الدراجي⁽¹⁾

DR. MUSTAFA AHMED ALDRAJY

الملخص

تناولنا بالدراسة الاستئناف المثار في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي

طبيعته - وتطبيقاته، والأسس التي بموجبها أذن المشرع الفرنسي باستخدام هذه

الوسيلة، والعلاقة بينه وبين الاستئناف الأصلي، وشروط قبوله، وهدفنا هو الكشف

عن ماهيته باعتباره نموذجاً فنياً وضعت بعض التشريعات الإجرائية بيد فئة من

¹ - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة عمر المختار - ليبيا

الأشخاص يجدون أنفسهم في مواجهة خطرين، خطر استئناف أصلي يؤثر على حقوقهم عند تعديل الحكم قيد الاستئناف، وخطر فوات الميعاد، ولا يكون بمقدورهم استعمال وسيلة أخرى للدفاع عن هذه الحقوق سوى اللجوء إلى هذه الأداة الفنية، وبحثنا في الطبيعة الغامضة للاستئناف المثار، إذ لم يكن للفقه والقضاء رأي واحد بشأن تلك الطبيعة، فهو وإن كان يختلط إلى حد ما مع غيره من النظم الإجرائية الشبيهة كنظام التدخل؛ إلا أن هذا التشابه هو مجرد تشابه ظاهري، ولا يغني عن ضرورة مغايرة كل منهما للآخر، مع أن رسم الحد الفاصل بينهما يظل دائماً صعباً، وللتدليل كذلك على أن المشرع الليبي، وإن اكتفى بنوع واحد فقط من الاستئنافات العارضة، وهو الاستئناف المقابل، وقنن قواعده في المادة 323 مرافعات؛ إلا أنه يمكن القول إن معظم سبل الطعن - والمتعلقة بأمر الاستئناف - قابلة للتطبيق في ظروف مماثلة أمام القاضي الليبي، ولا يوجد ما يمنع من الأخذ بالتجارب الإجرائية الأجنبية، بل وتطوير نظرية الاستئناف، إذا كان الهدف منها التيسير على

المتقاضين في الخصومات بوجه عام، وكى لا تعاد أي مسألة ما مرتبطة بهذا النزاع
مرة أخرى أمام محكمة الدرجة الأولى.

الكلمات المفتاحية: الإستئناف المثار - قانون المرافعات الليبي - القانون
الإجرائي - قانون الإجراءات المدنية الفرنسي - طبعة الاستئناف
المثار.

Abstract

We studied the appeal raised in the French Civil Procedure Code, its nature - its applications, the grounds on which the French legislator authorized the use of this method, the relationship between it and the original appeal, and the conditions for its acceptance, and our goal is to reveal what it is as a technical model established by some procedural legislation - which takes it -, However, a group of people find themselves facing two dangers, the risk of an original appeal affecting their rights when the judgment under appeal is amended, and the risk of missing the deadline, and they cannot use any other means to defend these rights except to resort to this technical tool.

And we discussed the ambiguous nature of the raised appeal, as the jurisprudence and the judiciary did not have a single opinion about that nature, although it was mixed to some extent with other similar procedural systems such as the intervention system. However, this similarity is merely an apparent similarity, and it is indispensable for the necessity to

contradict each other, even though drawing the boundary between them remains difficult, and to demonstrate further that the Libyan procedural legislator is satisfied with only one type of interchangeable appeals, which is the opposite appeal, and codify its rules In Article 323 pleadings; However, it can be said that most of the appeal - related to the order of appeal - is applicable in similar circumstances before a Libyan judge

There is nothing to prevent the introduction of foreign procedural experiments, but rather the development of the theory of appeal, if its aim is to facilitate the litigants in litigation in general, and so that no matter related to this dispute is not returned again before the court of first instance.

KEY WORDS: l'appel provoqué - Loi de procédure libyenne - droit procedural - Code de procédure civile français - La nature de l'appel soulevé.

مقدمة:

لأشك أن مبدأ تعدد مراتب التقاضى، أو ثنائية درجاته من الضمانات الإجرائية لكل شخص يجد نفسه في مواجهة القضاء، فالتقاضى على مرحلتين من المبادئ العامة التي سلم بها الفقه، واستقر عليها القضاء، وأضحى مبدأً متجذراً ومتأصلاً كضمانة حقيقية للوصول إلى الحق، بل وأصبح التنصيب عليه من موجبات أي تشريع أساسى أو عادى، ولا يكاد يخلو أي دستور من هذا المبدأ، إلا إذا وجد في النصوص الإجرائية ما يمنع استثناءً من ممارسة هذا الحق، كسقوط الحق في الطعن لعدم احترام المهل أو الآجال الإجرائية لمباشرته، أو حينما تكون المطالبة قليلة الأهمية، كى لا يتكبد الخصوم مصاريف أمام محكمة الدرجة الثانية تربوا على قيمة الحق نفسه، وذلك فيما يعرف بنصاب الاستئناف أو النصاب الإنتهائى للمحكمة الجزئية، أو إذا اتفق الخصوم على أن يكون الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى حكماً انتهائياً.

ومن مظاهر هذا المبدأ "الاستئناف"، ويكون بإتاحة الفرصة لكل من تضرر من حكم ابتدائي، بعرض النزاع أمام هيئة قضائية مختلفة، تلتئم في محكمة أعلى هرمياً من المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه.

وفي هذا الشأن، وأمام تعقد وتشابك العلاقات القانونية، وفي الحالات التي يتعدد فيها الخصوم أمام محكمة الدرجة الأولى، يثار التساؤل حول "توسيع دائرة الحق في الاستئناف"، بعد البدء في خصومة الاستئناف الأصلي، حيث تتوسع تلك الدائرة بتقديم ما يطلق عليه بالاستئنافات العارضة، كالاستئناف المقابل والاستئناف الفرعي، وأخيراً الاستئناف المثار.

وبالنسبة لمشرعنا الليبي فقد اكتفى بنوع واحد فقط من هذه الاستئنافات، وهو الاستئناف المقابل، وقنن قواعده في المادة 323 مرافعات، أما المشرع المصري فقد نظم إلى جانب الاستئناف المقابل "الاستئناف الفرعي" في المادة 237 مرافعات مصري، والتي نصت على أنه "إذا رفع الاستئناف المقابل بعد مضي ميعاد الاستئناف أو بعد قبول الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي اعتبر استئنافاً فرعياً،

ويتبع الاستئناف الأصلي، ويزول بزواله"، خلافاً لما عليه المشرع الفرنسي، والذي انفرد بتنظيم خاص لصورة أخرى من صور الاستئناف، وهو الاستئناف المثار **l'appel provoqué** أو الاستئناف الوقائي، والذي تعود أصوله إلى مرسوم يونيو 1938م، كما عالج صور الاستئناف المختلفة في المواد 548 فرنسي وما يليها، ونقلتها عنه بعض التشريعات الإجرائية الأخرى.

وسبب اختيارنا لهذا الموضوع هو، أنه وإن كان المشرع الليبي تجاهل هذين النوعين من أنواع الاستئناف؛ إلا أننا سنرى أن معظم سبل الطعن السابقة - والمتعلقة بأمر الاستئناف - قابلة للتطبيق في ظروف مماثلة أمام القاضي الليبي، ولا يوجد ما يمنع من الأخذ بالتجارب الإجرائية الأجنبية، بل وتطوير نظرية الاستئناف، إذا كان الهدف منها هو التيسير على المتقاضين في الخصومات بوجه عام، وكى لا تعاد أي مسألة مرتبطة بهذا النزاع مرة أخرى أمام محكمة الدرجة الأولى، فضلاً عن أن مثل هذه الدراسات تسهل التحليل النقدي للأنظمة الإجرائية، وذلك للسماح باقتراح التعديلات المناسبة، ولعب دور استباقي لمعالجة التطورات التي قد تنشأ في

الخصومة المدنية، خاصة بعد تطور الحياة الاقتصادية، وتشابك المصالح، وتشعب العلاقات القانونية المختلفة.

وسوف نعرض في ثنايا هذا البحث - كلما وردت مناسبة لذلك - لتحديد ماهية النوعين الأوليين من أنواع الاستثناءات العارضة، وهما الاستثناء المقابل والفرعي، ذلك لأن موضوع بحثنا يتمحور حول سبيل "الطعن المثار" وحده دون غيره.

ويثار التساؤل هنا حول توسيع دائرة الاستثناء، فعلى الرغم من أن القواعد العامة لم توجب شمول الاستثناء لكل من كان خصماً في الدعوى أمام محكمة أول درجة، وإنما كل ما أوجبه هو إعلان الاستثناء إلى جميع الخصوم الذين وجه إليهم الاستثناء دون غيرهم ممن لم ير المستأنف توجيه الاستثناء إليهم، فهل يمكن والحالة هذه أن يمتد نطاق الاستثناء ليشمل الأطراف التي كانت حاضرة في المرحلة الأولى، حتى وإن لم يدعوا لإجراءات الاستثناء؟ سواء تقدموا هم بهذا الاستثناء بعد بدء خصومة الاستثناء، وبعد انتهاء الميعاد؟ أوفي حالة ما تم استدعاؤهم لخصومة

الاستئناف من أحد المستأنف عليهم، أو من المستأنف استئنافاً أصلياً، ودون أن يأخذ ذلك "وصف التدخل أو الإدخال"؟ على اعتبار أن ذلك أمر مستبعد، فهم ليسوا من الغير، ثم يطرح تساؤل آخر، وهو هل يمكن للمستأنف استئنافاً أصلياً أن يستأنف ذات الحكم مرة ثانية؟ وهل يجوز للمستأنف عليه أن يتقدم باستئناف في مواجهة مستأنف عليه آخر؟

يبدو أن الأمر غريباً بعض الشيء على نظام الاستئناف؛ إلا أننا سنرى كيف عالجت التشريعات الإجرائية مثل هذه الحالات، وسيكون جل اهتمامنا في دراسة هذا النوع من الاستئناف أن نكشف عن ماهيته وطبيعته وتطبيقاته، وشروطه، والفائدة التي يحققها هذا الاستئناف، ولن يكون في وسعنا تحقيق ذلك إلا بالاعتماد أساساً على جهود الفقه والقضاء الفرنسيين في هذا المجال، وكذلك الفقه المقارن والتشريعات الإجرائية التي عرفت هذا النوع من الاستئناف.

ونشير هنا إلى أن تناولنا لموضوع الاستئناف المثار هو امتداد لدراسات سابقة عربية وأجنبية، وما وقع بين أيدينا منها سنشير إليه في موضعه، وإنما حاولتنا هنا ستكون إسهاماً بالإضافة إليها إن بالتحليل ومناقشة الآراء المعروضة فيها، أو بطريقة الطرح وعرض التشريعات التي عرفت هذا النوع من الاستئناف، والتعرض كذلك لأحدث الأحكام القضائية الفرنسية والمتوفرة على شبكة المعلومات الدولية، خاصة وأن السوابق القضائية قد تطورت فيما يتعلق بهذا النوع من الاستئناف.

ولكى تصل الدراسة إلى غايتها ومبتغاها ينبغي البحث في التطور التاريخي لهذه الوسيلة الفنية الإجرائية، وسبب الحاجة إليها، خاصة وأن قانون الإجراءات المدنية الفرنسية قد لحقته تعديلات متلاحقة لتحسين كفاءة الإجراءات وتطويرها، ولذلك فقد ارتأينا قسمة هذا البحث إلى مبحثين، يضم كل منهما ثلاثة مطالب، ليكون المبحث الأول عن التطور التاريخي للطعن المثار وماهيته والحاجة إليه والعلاقة

بينه وبين الاستئناف الأصلي، والمبحث الثاني عن الطبيعة القانونية للاستئناف
المثار وشروط قبوله وصور هذا الاستئناف.

المبحث الأول

التطور التاريخي للطعن المثار وما هيته والعلاقة بينه وبين الاستئناف

الأصلي

سنتحدث هنا عن التطور التاريخي للطعن المثار (أولاً)، ومن خلاله نبين
الأسس التي بموجبها أذن المشرع الفرنسي باستخدام هذه الوسيلة، والفائدة التي
يحققها الاستئناف المثار والحاجة إليه (ثانياً)، ثم نبين ماهية الاستئناف المثار
والعلاقة بينه وبين الاستئناف الأصلي (ثالثاً).

المطلب الأول

الأصل التاريخي للاستئناف المثار وتطوره

لا يمكننا الحديث عن الأصل التاريخي للاستئناف المثار في القانون الفرنسي إلا من خلال تقصي الشواهد في الاجتهاد القضائي والقانون المقارن، ويمكن القول إن الفقه الإجرائي الفرنسي قد ذكر أن الاستئنافات العارضة، وبوجه عام، كانت موجودة في ممارسات بعض المحاكم قديماً، حيث اعترفت من حيث المبدأ بهذا النمط من الاستئناف.

وفيما يتعلق بالاستئناف المثار، فالثابت تاريخياً أن المرسوم بقانون المؤرخ في 14 يونيو 1938م هو الذي أسس لهذا النوع من الاستئناف، وكان يطلق عليه آنذاك "الاستئناف المحتمل" "l'appel éventuel"، ليعاد تسميته بعد ذلك، ويكون "الاستئناف الذي أثاره الاستئناف الرئيسي"، بعد قانون 23 مايو 1942م l'appel

"provoqué"⁽²⁾، بحيث يمكن القول إنه تم تقديمه لأول مرة عام 1938م، وأعيدت صياغته من جديد في عام 1942م، لتتوالى التعديلات المتلاحقة بعد ذلك عليه، كما سنرى من خلال ثنايا هذه الدراسة.

ولا يمكننا فهم مضمون هذا النظام الإجرائي إلا بسرد مراحل نشأته وتطوره، والتوسع الذي صاحب هذا التطور في نطاقه، حتى وصل إلى ما هو عليه الآن في ظل المادة 549 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وللوصول إلى فهم أكثر عمقاً للأصل التاريخي للاستئناف المثار، وسبب نشأته، ينبغي علينا تقديم توطئة نرى أنها ضرورية لهذا العرض التاريخي.

إذ من المعلوم أن مواعيد الطعن في الأحكام هي الآجال التي بانقضائها يتمتع على المحكوم عليه أن يطعن في الحكم، ويترتب على فوات الميعاد سقوط الحق فيه؛ غير أنه يمكن تفادي هذا السقوط، في الحالات التي تجيز فيها بعض

(2)- En ce sens: Sherine Mohamed Omar Haddad: L'appel incident en droit Libanais et Français Thèse écrite pour un diplôme de D.F.A, en droit privé, Beyrouth 2005, p12.
Lire en ligne: <https://fr.slideshare.net/ChirineHaddad/lappel-incident-en-droit-libanais-et-franais>

التشريعات الإجرائية للخصم الطعن في الحكم رغم فوات الميعاد، على اعتبار أن "سقوط الحق في الطعن لفوات ميعاده من النظام العام تقضى به المحكمة من تلقاء نفسها"⁽³⁾.

فطبقاً للنظام القضائي الفرنسي، شأنه في ذلك شأن الأنظمة الإجرائية الأخرى، لكي يكون الاستئناف مقبولاً فإنه يجب أن يرفع خلال ميعاد الاستئناف؛ إلا أنه استثنى من القاعدة المتقدمة حالات يجوز بمقتضاها رفع الاستئناف ولو بعد انقضاء الميعاد، ويمكن ردها إلى حالتين:

حالة يشترك فيها كل من القانونين المصري والفرنسي، وبعض التشريعات الإجرائية الأخرى، وهي حالة الاستئناف الفرعي، والتي تعتبر كما يقول الفقه "استثناءً على القواعد العامة المتعلقة بميعاد الطعن"⁽⁴⁾، وهو في حقيقته استئناف مقابل، لأنه مرفوع بعد فوات ميعاد الاستئناف، والحكمة في السماح للمستأنف عليه برفع هذا الاستئناف - بعد أن يكون قد فوت الميعاد، أو قبل الحكم - هو أنه إنما فوت الميعاد

(3) - العشماوي محمد، د. عبد الوهاب: قواعد المرافعات، ج2، ص 796.

(4) - د. والي ، فتحي: الوسيط ، ص 742.

لاعتقاده بأن خصمه قد قبل الحكم، فإن لم يقبله ورفع استئنافه عن الحكم، فإن المستأنف عليه يكون في حل من قبوله، ويكون له استئناف الحكم هو أيضاً باستئناف فرعي⁽⁵⁾.

والحالة الأخرى، وهى التي عليها مدار حديثنا، فقد انفردت بعض التشريعات بتنظيمها، كالتشريع الفرنسي والمغربى، وكذلك قانون أصول المحاكمات المدنية اللباني، وهى صورة الاستئناف المثار، الذي يثيره الاستئناف الأصلي أو الفرعي، والذي يرفع ممن شهدوا الخصومة الأولى، ولم يدعوا إلى إجراءات الاستئناف، أو في مواجهتهم، كما سنرى بشيء من التفصيل.

وإذا كانت القاعدة هى أنه لا يلزم شمول الاستئناف وامتداده لكل من كان خصماً في الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى، على ما جرى به قضاء محكمة النقض المصرية⁽⁶⁾؛ إلا أنه قد يحدث أن يتعدد أطراف الخصومة التي سبقت صدور الحكم المطعون فيه، ويرفع "من خسر الدعوى استئنافاً أصلياً ضد أحد أطراف

(5) - د سيف ، رمزي : الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ص 636

(6) - نقض مدنى مصري: 31/ ديسمبر/ 1964، طعن رقم 30/16 ق، المكتب الفني، ع 3، س 15، ص 1266.

الدعوى، متجاهلاً بذلك إعلان آخرين من الممكن أن يضرهم الحكم المحتمل صدوره من محكمة الاستئناف⁽⁷⁾، كالضامن الذي سبق حضوره أمام محكمة الدرجة الأولى، ولكنه لم يدع إلى الاستئناف⁽⁸⁾، فهذا الضامن سيجد نفسه خارج ميعاد الاستئناف، ومحروماً من الدفاع عن مصالحه، إذا لم يتم اختصامه أمام محكمة الدرجة الثانية، وسيتعذر عليه رفع استئناف مقابل، باعتبار أن الاستئناف المقابل يعد سلاحاً محجوزاً في يد المستأنف عليه وحده، والضامن لم يعلن أصلاً في هذا الاستئناف، ولا يمكنه كذلك التدخل أمام محكمة الاستئناف، لأن هذا التدخل يعد قاصراً فقط على من لم يكن طرفاً في الخصومة الأصلية، ولا يمكنه أن يرفع استئنافاً أصلياً لانقضاء ميعاد الاستئناف⁽⁹⁾.

ولذلك فإن دعاوى الضمان تعد من المسائل الأكثر شيوعاً في نطاق الاستئناف المثار، حيث إنه حماية لمركز مثل هذا الشخص، برزت الحاجة للجوء

(7) - انظر: د. عبد الرحمن، حمدي: الاستئناف المثار، ص 65.

(8) - انظر: د. تمام، السيد عبد العال: تأثير ارتباط الدعاوى على وحدة الخصومة المدنية، ص 326

(9) - بهذا المعنى د. عبد الرحمن، حمدي: ص 65 وما بعدها.

إلى هذه الوسيلة الفنية، فما إن اهتزت القاعدة القديمة بأن الشخص لا يسقط حقه بعمل صادر منه "Nulne se forclôtsoi-même"، حتى أصبح من حقه هو، ومن في مركزه، رفع الاستئناف المثار.

وقد قيل بأن العمل السلبي الصادر من الضامن هو أن الضامن "لم يبادر برفع استئناف أصلي بمجرد علمه برفع استئناف الدائن، مما سقط معه حقه في رفع الاستئناف الأصلي، كما لو صدر حكم من محكمة الدرجة الأولى على الدائن لصالح مدينه وضامن هذا المدين، ويبادر الدائن برفع استئناف على المدين"⁽¹⁰⁾ وحده فقط دون الضامن.

وبالرجوع إلى أحكام المرسوم بقانون، الصادر في 30 أكتوبر 1935م، والذي تم التخلي بموجبه عن القاعدة الإجرائية القديمة⁽¹¹⁾ "Nulne se forclôtsoi-même"، والتي كانت تقضى بأن الميعاد يجري من تاريخ إعلان الحكم في حق من

⁽¹⁰⁾ - وبهذا المعنى د. عمر ، نبيل إسماعيل: الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، ص 897-898.

⁽¹¹⁾ - Voir : Sherine Haddad: L'appel incident op cit, p11

أعلن إليه، أما من أعلن الحكم فلا يجري الميعاد بالنسبة إليه إلا من تاريخ إعلانه من الطرف الآخر، باعتباراً أن الشخص لا يسقط حقه بعمل يقوم به من جانبه⁽¹²⁾، أو لا يضر إنسان بفعل نفسه المشروع، وذلك بإسقاط حقه في اتخاذ الإجراء بعمل صادر منه.

وما إن تم التخلي عن هذه القاعدة حتى أصبح ميعاد الاستئناف يسري في حق معلنه، كما يسري في حق المعلن إليه⁽¹³⁾، بعد أن كان هذا الميعاد لا يبدأ سريانه من تاريخ إعلان الحكم، إلا لمن أعلن إليه ذلك الحكم دون غيره.

(12) - انظر د. أبو الوفا، أحمد: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ص 814.

(13) - مع ملاحظة أن قانون المرافعات المصري الأهلي كان يأخذ بهذه القاعدة، ففي حكم لمحكمة النقض المصرية بجلسة 15 من نوفمبر سنة 1951م، رقم 24 سنة 19 ق، "ومن حيث إنه جاء بالحكم المطعون فيه في هذا الخصوص "إن من القواعد القانونية العامة أنه لا اجتهد في شرح أو تأويل القانون مع وضوح نصه، وبما أن المادة 353 مرافعات أهلي واضحة النص على أن ميعاد الاستئناف لا يبدأ سريانه من تاريخ إعلان الحكم" إلا لمن أعلن إليه "ذلك الحكم دون غيره، وطالما أن المستأنف (المطعون عليه) لم يعلن به لغاية الآن، فيكون دفع المستأنف ضدها الخامسة (الطاعنة) بالنسبة لهذا الشطر ليس له سند من القانون، هذا فضلاً عن مجافاته للمبدأ القانوني العام، وهو "لا يضر إنسان بفعل نفسه المشروع"، وهذا الذي قرره الحكم صحيح في القانون، أما ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 379 من قانون المرافعات (الجديد) من سريان الميعاد في حق "من أعلن الحكم ومن أعلن إليه" فهو تشريع جديد معدل للقانون القديم في هذا الخصوص، ولا يسري على استئناف المطعون عليه الحاصل في 23 مايو سنة 1948م قبل العمل بقانون المرافعات الجديد، وذلك عملاً بالمادة الثانية من هذا القانون". المكتب الفني - مدني، العدد الأول، السنة 3، ص 37.

ويرى جانب من الفقه أنه، وحتى هذا التاريخ (1935م)، كان الاستئناف الأصلي جائزاً رفعه إلى أجل غير محدود، بحيث كان الميعاد في مثل هذه الأحوال لا يبدأ إلا من تاريخ إعلان حكم أول درجة إلى المحكوم عليه، وإعادة الإعلان من جديد من الشخص الذي تم إعلانه إلى الشخص الذي قام بأول إعلان، بمعنى أن يقوم من تسلم الإعلان بإعلان المعلن بأنه تسلم الإعلان، وبمجرد زوال هذه القاعدة أصبح ميعاد الطعن بالاستئناف يجري في حق من قام بالإعلان الأول، إذ يكفي إعلان واحد حتى يجري الميعاد في مواجهة المعلن والمعلن إليه، ودونما حاجة لإعادة الإعلان من هذا الأخير⁽¹⁴⁾.

وقد كان نص المادة 443 قبل تعديل سنة 1942م يفيد بأن إعلان الحكم بغير تحفظ يعتبر قبولاً للحكم مانعاً من الطعن فيه⁽¹⁵⁾، وبخاصة إذا أتى هذا الإعلان من جانب من كسب الدعوى، وأن الإعلان تعبير عن الرضا بالحكم وعن الرغبة في

(14) - في هذا المعنى انظر د. عمر، نبيل إسماعيل: الوسيط، ص 896.

(15) - د. سيف، رمزي: ص 579، "فسق إعلان المستأنف عليه الحكم الابتدائي للمستأنف بغير اعتراض منه عليه، يكون عندئذ قرينة قانونية على قبول الحكم". انظر حامد فهمي، د. فهمي، محمد حامد: النقض في المواد المدنية والتجارية، ص 501، هامش 3.

طلب تنفيذه، فإذا ما أراد من قام بالإعلان أن ينفي عن نفسه هذا الوضع، فعليه أن يُضمّن هذا الإعلان "تحفظاً"، يعبر فيه عن نيته برفع استثناء احتمالي، وكان الغرض من كل ذلك عملياً هو الاحتفاظ بالحق في رفع استثناء مضاد، في حالة ما إذا رفع المعلن إليه استثناءً أصلياً⁽¹⁶⁾.

أما بعد تعديل 1942م فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 445 معدلة بالقانون الصادر في 23 مايو 1942م على أن "إعلان الحكم ولو بغير تحفظ même sans reserve لا يفيد قبوله"⁽¹⁷⁾.

ولأجل هذا أنشأ المشرع الإجراءي الفرنسي (أولاً) نظام الاستثناء الاحتمالي بموجب المرسوم بقانون المؤرخ في 14 يونيو 1938م، المادة 443 قديم، وكانت الفكرة الأولى من إنشائه أن يقوم بالدور الذي لعبته شروط التحفظ في ظل القانون

(16) - انظر لتفصيل أكثر د. عبد الرحمن، حمدي: ص 65، ويضيف أن هذه الطريقة وجه إليها الفقه انتقادان، الأول: أن من يقوم بإعلان الحكم يعرفه جيداً، فلماذا نطلب منه أن يتحمل مصاريف ومشقة إعادة إعلانه إليه، والثاني: أن اعتبار إعلان الحكم بمثابة الرضا به تفسير قسري، لا يستند إلى أساس من الواقع والقانون، وأنه على أية حال صار التحفظ برفع استثناء احتمالي مسألة روتينية، يتضمنها كل إعلان لحكم، وأصبح السهو عن ذكره حادثة نادرة ومؤسفة يترتب عليها الإضرار بمصالح المعلن.

(17) - د. سيف، رمزي: ص 579

القديم، بمعنى أن يسمح للضامن أن (يتدخل) ! أمام محكمة الاستئناف، ولو بعد فوات الميعاد⁽¹⁸⁾، فهو قد شرع في أساس نشأته لمواجهة خطر فوات الميعاد لأشخاص كانوا خصوصاً أمام محكمة أول درجة، ومن المحتمل أن يضاروا من الحكم الصادر من محكمة الاستئناف.

ثم بعد قانون 23 مايو 1942م أعاد المشرع الفرنسي تنظيم الاستئناف الاحتمالي وتسميته، وأرسى بناء عليه الطعن المثار، ووسع من نطاقه، وذلك بموجب المادة 545 منه، ليصبح الاستئناف الذي يثيره الاستئناف الرئيسي "l'appel provoqué par l'appel principal" فهو بالتالي استئناف ناتج عن الاستئناف الأصلي وليس بسببه.

ثم ما لبث المشرع الفرنسي، وبعد الإصلاحات التي ذكرناها أعلاه، أن عاد وتدخل من جديد في مرحلة أولى لتنقيح هذا النص، من خلال التعديلات المتلاحقة التي أجريت على قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وكان ذلك بموجب المرسوم

(18) - د. عبد الرحمن، حمدي: ص 65 .

الصادر بتاريخ 26 نوفمبر 1965م، وبمقتضى نص المادة 3/445 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بعد تعديلها، والتي تنص على أن "أي استئناف يثيره الاستئناف الرئيسي أو ناتج عنه سيكون مقبولا؛ إلا إذا كان الهدف منه هو تأخير الفصل في الاستئناف الأصلي"⁽¹⁹⁾، وقد جرى نص هذه المادة على النحو التالي:

Tout appel provoqué par l'appel principal sera recevable en tout état de cause. Toutefois, il ne pourra en aucun cas retarder la solution de l'appel principal

وهذه المادة، كما تقول الغرفة المدنية الثانية لمحكمة التمييز، لا تضع إلا تحفظاً واحداً لقبول الاستئناف المثار، وهو عدم تأخير الفصل في الاستئناف الرئيسي⁽²⁰⁾، حيث كان المشرع الفرنسي يقيد الحق في الاستئناف المثار بحجة عدم إطالة أمد النزاع.

(19) – Sherine Haddad: L'appel incident op cit, p10.

(20) – Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 24 octobre 1973, 72-11.684, Publié au bulletin, Lire en ligne: <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechExpJuriJudi.do>

بعد كل هذا حدث تطور مهم، كانت له انعكاساته على نظام الاستئناف، بحيث أصبح الاستئناف المثار أكثر نطاقاً وأكثر اتساعاً، وذلك بموجب المرسوم رقم 72-788، المؤرخ في 28 أغسطس 1972م، وسمح بموجبه - بعد تعديل المادة 3-445، لتصبح المادة 93 - لأي شخص كان طرفاً في المحاكمة الابتدائية أن يستعمل هذه الأداة الإجرائية، حتى ولم يكن مستأنفاً عليه.

وبمقتضى ذلك يتم السماح لأي متقاضٍ، لم يتم توجيه الاستئناف إليه، وكان طرفاً في الدرجة الأولى، أن يرفع استئنافاً مثاراً، ولو بعد فوات الميعاد.

L'appel incident peut également émaner. de toute personne, même non intimée, ayant été partie en première instance

هذا الإصلاح التشريعي الذي تم عام 1972م، وكما يقول الفقه الفرنسي -

وفي مجمل نصوصه التي طالها التعديل - ، "وإن كان قد أدى لبعض المخاوف إلا أنه يبدو أنها تلاشت، حيث خلق مفهوماً جديداً للاستئناف كطريق لإنهاء النزاع، وتم تصميم نظام الاستئناف من طريق لإصلاح الحكم إلى وسيلة لحل نهائي لنزاع

الدرجة الأولى، وذلك بالسماح بفحصٍ جديد للنزاع، ومراجعةٍ كاملة له في مرحلة الاستئناف⁽²¹⁾.

ولم يقف تطور نظام الاستئناف المثار عند هذا الحد، وإنما تم التوسع من جديد في مضمون هذا النوع من الاستئناف، وذلك بمقتضى نص المادة 549، والتي كما هي عليه اليوم، بعد تعديل قانون الإجراءات المدنية الفرنسي بموجب المرسوم 75 - 1123 عام 1975م⁽²²⁾، والذي دخل حيز النفاذ في 1 يناير 1976م، وبذا أضيف المشرع الفرنسي على الاستئناف المثار مرونة كبيرة، كما سيأتي بيانه بالتفصيل.

(21) – Voir Nicolas Gerbay ; Vers une nouvelle conception de l'appel en matière civile? LA SEMAINE JURIDIQUE – ÉDITION GÉNÉRALE – N°29-34
15 JUILLET 2013 ,P. 1420 , 1421 . Lire en ligne :
http://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2013/d1.pdf
[articles/https://www.doctrine.fr/l/texts/codes/LEGITEXT000006070716/](https://www.doctrine.fr/l/texts/codes/LEGITEXT000006070716/) (22)
LEGIARTI000006410875

المطلب الثاني

الفائدة التي يحققها الاستئناف المثار والحاجة إليه

من المفيد التذكير بأن المشرع الليبي كان قد قرر قواعد ذات طابع خاص في النزاع غير القابل للتجزئة، يضمن بها مشاركة جميع أطراف الخصومة، لكي يصدر الحكم في مواجعتهم جميعاً.

فالمادة 305 مرافعات ليبي تنظم حالة تعدد الخصوم (المحكوم عليهم أو لهم)، وأوردت استثناء من حالة ما إذا الحكم صادراً في موضوع غير قابل للتجزئة، أو في التزام بالتضامن، أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص معينين، فإذا تعدد المحكوم عليهم، واستأنف بعضهم الحكم، أفاد من استئنافه سائر المحكوم

عليهم، بحيث يجوز لهم الاستئناف، ولو كانوا قد قبلوا الحكم الذي صدر عليهم، أو فوتوا على أنفسهم ميعاد استئنافه، وذلك توحيداً للقضاء في الدعوى⁽²³⁾.

وهذا مما لم يغيب عن المشرع الفرنسي أيضاً (المادة 552 ، 555)، باستثناء حالة الدعوى التي يوجب فيها القانون اختصام أشخاص معينين، بل وأجاز لهم التدخل في الاستئناف (المادة 554).

ومن جهة أخرى فإن المشرعين الليبي والمصري لم يتبنيا قواعد خاصة للطعن عند تعدد الأطراف، عندما يكون موضوع الخصومة قابلاً للتجزئة، كما فعل المشرع الفرنسي، وكأن كل ما يهمهما - وكما يقول الفقه - هو صدور أحكام وقابليتها للتنفيذ، على الرغم من أن هناك من المشاكل التي تعترض أطراف الخصومة، مما لا يمكن التغاضي عنها، لعل أقلها اختلال التوازن بين مصالحهم وتعرضها للخطر، ولهذا استحدث المشرع الفرنسي الاستئناف المثار، ليكون لخصومة الاستئناف نفس

(23) - "وقد يقتصر طعن الضامن على المنازعة في مسؤوليته بالضمان، فلا يستطيع المضمون الاستفادة من هذا الطعن، ويكون عليه أن يرفع طعناً خاصاً يوجهه إلى المدعى في الدعوى الأصلية"، وهي الحالة التي يوردها الفقه والقضاء الفرنسيين. انظر فهمي ، حامد د. محمد حامد: النقض في المواد المدنية، ص 571 - 572.

الاتساع الذي كان لها أمام محكمة أول درجة، كل ذلك ليس خشية أو خوفاً من استحالة التنفيذ المتعاصر للأحكام، لأن هذا لن يكون إلا في حالة عدم التجزئة، والفرض الذي نحن بصدد هو الموضوع القابل للتجزئة، وإنما كان دافعه هو النظرة الحديثة لنظام الاستئناف باعتباره طريقاً لإنهاء النزاع بكافة جوانبه، وليس طريقاً فقط لإصلاح الحكم⁽²⁴⁾، خاصة وأنه قد لوحظ بدء التراجع التدريجي المحقق للمبادئ التقليدية التي كانت مهيمنة على نظام الطعن بالاستئناف، والتي لم تعد تتطابق مع ضرورات العصر الحديث، ولم تعد تجارى الظروف الاقتصادية والاجتماعية للمجتمع الذي وجدت لتطبق فيه، ولهذا قد ترسم السياسة التشريعية العديد من الأدوات الفنية التي تكفل تجميع كافة عناصر النزاع لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وذلك حتى يمكنها حسم النزاع مرة واحدة⁽²⁵⁾، كي تكون هذه المحكمة ملمة بكافة جوانب النزاع الشخصية والموضوعية، ليسهل عليها الفصل في النزاع برمته.

(24) - بهذا المعنى د. النيداني، الأنصاري حسن: مبدأ وحدة الخصومة، ص 9 .

(25) - د. زغلول، أحمد ماهر، د. أبو زيد، يوسف: أصول وقواعد المرافعات، ج 4، ص 1613 - 1614.

فصارت الأولوية في الاستئناف في القانون الفرنسي هي إنهاء النزاع، ولتحقيق هذا الهدف عمل المشرع الفرنسي على ازدهار الخصومة القضائية، وذلك بتمكين المحكمة بأن تتفهم بطريقة شمولية للمركز المتنازع عليه، ولذلك تعددت الأدوات الفنية لتحقيق هذا الهدف⁽²⁶⁾، ومن بين هذه الأدوات الاستئناف المثار.

وقد مر بنا أن الاستئناف الاحتمالي - وفي بداية نشأته - شرع لمواجهة خطر فوات ميعاد الاستئناف، كما في حالة الضامن الذي لم يدع لخصومة الاستئناف، ولم يتم اختصاصه كذلك من قبل المحكمة، ووجد نفسه خارج الميعاد، ويواجه خطر التصعيد، فله والحالة هذه أن يرفع استئنافاً مثاراً، يتوقى به هذا الخطر، وذلك للحد من مسؤوليته.

هذا الضامن، وإن كان قد شهد الخصومة الأولى كطرف فيها؛ إلا أنه لم يعلن في خصومة الاستئناف، فهو شخص لم يستأنف ضده الحكم، وإنما استأنف ضد غيره، ولا يستطيع حينها لا رفع استئناف أصلي لفوات ميعاده، ولا رفع استئناف

(26) - انظر: د. شحاتة، محمد نور: الاستئناف الاستثنائي، ص 113-114.

مقابل باعتباره غير مستأنف عليه، ولا أن يتدخل أمام محكمة الاستئناف، فهو طرف في المحاكمة الابتدائية، وليس من الغير، حتى يكون بمقدوره هذا التدخل، فلا يكون أمامه حينئذ إلا "رفع استئناف مثار للحد من مسؤوليته، إذا سوات محكمة الاستئناف مركز طالب الضمان (المستأنف عليه)، مع ما يترتب على ذلك من زيادة مسؤولية الضامن، ومن أجل ذلك، فإن له توقي هذا الخطر برفع استئناف مثار"⁽²⁷⁾.

وحتى في الحالات التي يوجد فيها أكثر من ضامن، أو مجموعة من الضامنين، ويصدر حكم ضد هؤلاء، ويقوم الضامن الأخير الذي سيقع عليه العبء النهائي، برفع استئناف ضد هذا الحكم بمفرده، ليدخل أمام محكمة الاستئناف جميع الأطراف الذين مثلوا أمام محكمة أول درجة، على أنه يشار إلى أن محكمة الاستئناف قد قبلت مثل هذا الفرض، وأيدتها في ذلك محكمة النقض الفرنسية، وسببت حكمها بوجود صلة خضوع أو تبعية بين الاستئنافين (المثار والأصلي)،

(27) - د. تمام، السيد عبد العال: تأثير ارتباط الدعاوى، ص 226.

مكنت المحكمة من إعادة بحث النزاع، وبحث سلسلة دعاوى الضمان المتتابعة⁽²⁸⁾، وكذلك أيضاً إذا ما رفعت دعوى المسؤولية على أكثر من شخص، ورفع الطعن ضد البعض منهم.

وهو ما ينطبق في الحالات التي يرفع فيها المستأنف عليه استئنافاً في مواجهة شخص كان طرفاً في المحاكمة الابتدائية، بوصفه ضامناً للمشاركة في خصومة الاستئناف، إذا اقتصر توجيه الطعن أمام محكمة الاستئناف على أحد المحكوم لهم دون الباقيين، ونفس الأمر في الحالات التي يقدم فيها المستأنف الأصلي استئنافاً مثاراً رداً على الاستئناف العارض الذي قدمه المستأنف عليه، وهو ما سيأتي بيانه تفصيلاً في محله.

والفائدة التي يحققها هذا النوع من الاستئناف هو أنه يساعد في أن يكون لخصومة الطعن نفس الاتساع الذي كان لها في أول درجة، وفي ذلك - كما يرى الفقه - ضمان لوحدة الخصومة، واحتفاظ للنزاع بوحدة التي كان يتمتع بها أمام أول درجة،

(28) - د. عبد الرحمن، حمدي: ص 71.

ورغبة من المشرع الفرنسي أيضاً في السماح بإعادة التوازن بين مصالح الخصوم في الخصومة الواحدة⁽²⁹⁾، ولا شك أن الغاية من كل ذلك هي الاقتصاد في الإجراءات وتوفير الجهد والنفقات.

وهو بحق "يساهم في توسيع الأثر الناقل للاستئناف بالنسبة للأشخاص، فهو الوسيلة التي عن طريقها ومن خلالها يستطيع الشخص الذي ظهر أمام الدرجة الأولى أن ينظم إلى قافلة الاستئناف، برغم أنه لا يعد مستأنفاً عليه، وهذا الوجود في رحاب محكمة الاستئناف سيكون مناسبة مواتية لإعادة تكوين القضية بالنسبة لأشخاصها أمام محكمة الاستئناف⁽³⁰⁾، كما وأنه تطبيقياً - وفي فرنسا - لم يتم التشكيك مطلقاً في نجاعة هذا النوع من الاستئناف، وهو ما يلاحظ من خلال الأحكام المعروضة على القضاء.

هذه الفوائد وغيرها، جعلت محكمة التمييز اللبنانية تعقب على هذا النوع من الاستئناف الذي ابتكره المشرع الفرنسي، في قضية معروضة أمامها عام 1992م،

(29)- د. النيداني، الأنصاري حسن: مبدأ وحدة الخصومة، ص 9 .

(30)- د. عمر، نبيل إسماعيل: الوسيط، ص 904 .

وذلك في معرض حديثها عن الاستئناف التبعي في أحد قراراتها، - ونذكره هنا لأهميته - حيث قالت: "إن الاجتهاد القضائي غالباً ما يكون هو السباق إلى ابتداع النظريات القانونية التي يواجه بها كل ثغرة أو نقص في التشريع الوضعي، إذ يبادر إلى استنباط الحلول الملائمة للمواضيع المستجدة مستجيباً لمتطلبات روح العدالة والإنصاف، ومهتدياً بالمبادئ العامة التي يصدر عنها التشريع الوضعي، وممهداً بذلك الطريق أمام هذا التشريع، ومن مؤيدات ذلك أن قاعدة الاستئناف التبعي هذه - في التشريع الفرنسي -، أوجدها الاجتهاد القضائي قبل القانون الوضعي، وأن هذه القاعدة ذاتها بمفهومها المحدود (وجدت غير كافية)، فبادر الاجتهاد الفرنسي إلى توسيع مداها، إلى أن أوجد المشرع استئنافاً من نوع جديد، سمي "بالاستئناف الاحترازي الذي يقدم احتياطاً"، ثم أحل محله استئنافاً أكثر شمولاً هو "الاستئناف المثار"، وهو نوع من الاستئناف الطارئ، وقد توسع نطاقه، بحيث أصبح كما هو منصوص عليه اليوم بالمادة 549 من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي⁽³¹⁾.

(31) - تمييز مدني لبناني: رقم 11، سنة 1992، تاريخ الجلسة 1992/12/03م، منشور لدى صفحة الجامعة اللبنانية،

وبررت محكمة التمييز اللبنانية قرارها هذا على أنها حينما أجازت الاستئناف الاحترازي على الرغم من انتفاء النص عليه، فإنها لم تحدث قاعدة عامة تدخل في اختصاص المشرع، أو تعتمد نصاً من نصوص القانون الفرنسي، وإنما كل ما في الأمر أنها عرضت لتلك النصوص في سياق استعراضها للتشريعات التي عالجتها الصعوبات المتمثلة بالحالة التي يوجد فيها فريق يرى نفسه عاجزاً عن الاستئناف، فاستنارت بالتشريعات المعاصرة، في حدود مهمتها كمرجع قضائي مكلف بتطبيق القانون في نطاق اختصاصه، مستندة في كل ذلك إلى المبادئ التي ترعى الاستئناف بصورة عامة، وإلى روح العدالة والإنصاف، وتحقيق التوازن بين مصالح الخصوم المتعارضة، وكلها مما يندرج في نطاق القانون الوطني⁽³²⁾.

مركز الأبحاث في المعلوماتية القانونية،

<http://www.legiliban.ul.edu.lb/AdvancedRulingSearch.aspx>

(32) - الحكم المشار إليه آنفاً، حيث قالت: "إن محكمة الاستئناف بقرارها المطعون فيه إذ أجازت الاستئناف الاحترازي، بالرغم من انتفاء النص عليه، وأقرت بالتالي قبول استئناف المميز عليهن ضد القرار الإعدادي تاريخ 1982/12/06م، بالرغم من أن الحكم النهائي الفاصل بأساس النزاع قد جاء لمصلحتهن، إنما تكون قد أنزلت حكم القانون بصورة صحيحة وسليمة، وفي حدود مهمتها كمرجع قضائي مكلف بتطبيق القانون في نطاق اختصاصه، ولا مجال للنعي عليها بأنها قضت بما لم يدع به، أو تجاوزت حدود مهمتها، وأحدثت قاعدة عامة وتنظيمية تدخل في اختصاص المشرع، خلافاً

وهو ما دعى كذلك بعض التشريعات الإجرائية لتقنينه والأخذ به، كالتشريع المغربي في الفصل 2/135 من قانون المسطرة المدنية، والذي أطلق عليه اسم الاستئناف الناتج عن الاستئناف الأصلي "... ويكون كل استئناف نتج عن الاستئناف الأصلي مقبولا في جميع الأحوال، غير أنه لا يمكن في أي حالة أن يكون سبباً في تأخير الفصل في الاستئناف الأصلي".

كما قننه المشرع اللبناني في المادة 649 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني بنص أكثر دقة ووضوحاً، جاء فيه أنه "يجوز لمن لم يوجه إليه الاستئناف، وكان خصماً في المحاكمة الابتدائية أن يستأنف بصورة طارئة الحكم الذي رضخ له، أو انقضت مهلة استئنافه متى كان يضار من الاستئناف الأصلي أو

للمادة 2 أصول مدنية، وإن محكمة الاستئناف خلافاً لزعم المميز لم تعتمد النصوص الفرنسية الوضعية، وكل ما في الأمر أنها عرضت لتلك النصوص في سياق استعراضه للتشريعات التي عالجت الصعوبات المتمثلة بالحالة التي يوجد فيها فريق يرى نفسه عاجزاً عن استئناف قرار إعدادي، والحلول التي استنبطتها لتجاوز الصعوبات، وهي بالحقيقة في الحل الذي ارتأته أن تكن قد استتارت بالتشريعات المعاصرة التي تصدر والتشريع اللبناني عن يناهض فكرية وأصول قانونية واحدة منها التشريع الفرنسي، فإنها لم تتعد في هذا المجال حدود ما يستسيغه التعليل الفقهي الذي يتحرى الشواهد أيضاً في الاجتهاد القضائي على صعيد القانون المقارن، تمكننا للحل الذي ارتأته المحكمة، وفيما عدا ذلك فإنها استندت إلى المبادئ التي ترعى الاستئناف بصورة عامة، وإلى روح العدالة والإنصاف، وكلها مما يندرج في نطاق القانون الوطني".

الاستئناف الطارئء المقدم من سواه"، وأن "الاستئناف الطارئء المقدم من غير المستأنف عليه يبقى مقبولا حتى اختتام المحاكمة"، المادة 650 لبناني.

تلك إذاً هي الأسس التي بموجبها أذن المشرع الفرنسي باستخدام هذه الوسيلة، وما من شك في أنه سعى بذلك لإيجاد نصوص سد بها النقص الناتج عن حماية الأشخاص الذين من الممكن أن يؤثر الاستئناف الأصلي على حقوقهم، ولم يدعوا لإجراءات الاستئناف، وسوف نعود للحديث عن توسع نطاقه، وبحيث أصبح كما هو منصوص عليه اليوم في المادة 549 فرنسي، وذلك عند الحديث عن ماهيته، وعند التطرق أيضاً لمسألة الأشخاص الذين يمكنهم استخدامه.

المطلب الثالث

ماهية الاستئناف المثار والعلاقة بينه وبين الاستئناف الأصلي

مضت الإشارة إلى أنه يلاحظ، ومن خلال التعديلات المتلاحقة التي طرأت على قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، والتي طالت كذلك نظام الاستئناف المثار مرات ومرات، أنها قد أضفت على هذا النظام مرونة كبيرة، آخرها تعديل عام 1975م، والذي دخل حيز النفاذ في 1 يناير 1976م، وبمقتضى نص المادة 549، وما يليها، وما سبقها، وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد وسع من نطاق هذا النوع من الاستئناف، فأجاز تقديم الاستئناف المثار من المستأنف الأصلي نفسه، بعد أن كان الفقه والقضاء يعارض ذلك وبشدة، كما سنرى، ومن مستأنف عليه ضد مستأنف آخر (المادة 548)، وأكد من جديد على السماح لكل شخص لم يوجه إليه الاستئناف، وكان خصماً في المرحلة الأولى، أن يتقدم باستئناف مثار، سواء أثاره استئناف أصلي أو استئناف فرعي.

كما أجاز تقديمه في أي حالة كانت عليها القضية أمام الاستئناف، فوفقاً للمادة 550 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي يجوز لمن سقط حقه في الاستئناف الأصلي أن يرفع استئنافاً فرعياً أو مثاراً في أي حالة كانت عليها الدعوى، وقد جرى نص المادة 549 فرنسي جديد على النحو الآتي:

ويذكر الشراح أن هذه المادة وإن كانت قد استخدمت مصطلح الاستئناف الفرعي **L'appel incident**، وهي تقصد في الواقع الاستئناف المثار **"provoqué L'appel"**، فإنه يجب أن يفهم ذلك على أنه خطأ مادي تشريعي، كما أن نطاق تطبيق هذه المادة ليس قاصراً فقط على الشخص الذي لا يكون مستأنفاً عليه، وكان مع ذلك طرفاً في خصومة أول درجة، والذي له بناءً على ذلك إمكانية استخدام الاستئناف المثار وحده، بل إن هذه المادة يمكن أن يستفيد فيها أيضاً المستأنف عليه نفسه⁽³³⁾، ومن الممكن كذلك أن يرفع الاستئناف المثار بناءً على الاستئناف

(33) - انظر د. عمر، نبيل إسماعيل: الوسيط، ص 902 - 903، ومن الأمثلة التي يوردها على ذلك الدعوى التي ترفع أمام محكمة أول درجة من أرملة عامل، تطالب فيها رب العمل بالتعويض عن وفاة زوجها، وتختصم فيها شركة التأمين، فيتم الحكم على شركة التأمين، وحينما تستأنف شركة التأمين هذا الحكم، تقوم الأرملة، وهي مستأنف عليها، برفع

الأصلي أو الفرعي الذي أثاره، من أي شخص طالما كان طرفاً في خصومة أول درجة.

غير أنه يمكن القول هنا أن نص المادة 550 المشار إليه أعلاه قد استعمل صراحة مصطلح الاستئناف المثار، وأن هذا الاستئناف يمكن تقديمه في أي حالة كانت عليها الدعوى، ولو بعد فوات ميعاد الاستئناف، وقد جرى نصها على النحو الآتي:

Sous réserve des articles 905-2, 909 et 910, l'appel incident ou l'appel provoqué peut être formé, en tout état de cause, alors même que celui qui l'interjetterait serait forclos pour agir à titre principal. Dans ce dernier cas, il ne sera toutefois pas reçu si l'appel principal n'est pas lui-même recevable ou s'il est caduc.

استئناف مثار تهدف منه مطالبة رب العمل بالمثل أمام محكمة الاستئناف لسماع طلباتها في مواجهته، وهذا الأخير سبق حضوره أمام محكمة الدرجة الأولى، ولكنه لم يظهر في خصومة الاستئناف، فيجوز رفع استئناف مثار في مواجهته.

أي أنه، وبمراعاة نصوص المواد 2/905، 909، 910، وكما ذكر النص، فإنه يجوز لمن سقط حقه في الاستئناف الأصلي أن يرفع استئنافاً فرعياً أو مثاراً في أي حالة كانت عليها الدعوى، ما لم يكن الاستئناف الأصلي نفسه غير مقبول، ومن ثم يمكن أن يقرأ نص المادة 549، من خلال مزيج هذه المواد، بالإضافة إلى نصوص المواد 548، 551 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، كما سنرى عند حديثنا عن شروط قبول هذا النوع من الاستئناف .

وفي ضوء التصوير الجديد للاستئناف المثار، نلاحظ أنه بينما قيدت النصوص القديمة نظام الاستئناف المثار باشتراط أن لا يكون هذا الاستئناف سبباً في تأخير الفصل في الاستئناف الأصلي أو إطالة أمد النزاع، إذا بالنصوص الجديدة توسع من نطاق هذا الاستئناف، بأن تضيف أن الاستئناف المثار من الممكن أن ينشأ من الاستئناف الرئيسي أو من الاستئناف الفرعي على حد سواء، بعدما كان النص القديم يشترط فقط لقبول هذا الاستئناف بأن ينبثق عن الاستئناف الرئيسي، وأن لا يكون سبباً في تعطيل سير الدعوى.

وتطبيقاً لذلك قضت الغرفة الثانية لمحكمة التمييز المدنية في أحد قراراتها بأنه "يترتب على الجمع بين المادتين 549 ، 550 من قانون الإجراءات المدنية الجديد أن أي شخص كان طرفاً في المحاكمة الابتدائية يمكنه في أي حال تقديم استئناف عرضي يثيره الاستئناف الرئيسي"⁽³⁴⁾.

وهذا التحديد المتقدم للاستئناف المثار مهم للوصول إلى تعريف واضح ودقيق له، إذ لا بد من معرفة التطورات التي ترتبط بنشأة النص وبظروف نشأته، والتي طالت هذا النظام الإجرائي، لنصل إلى التوافق المنطقي لإرساء تعريف محدد من بين مجمل هذه النصوص.

ففي ظل النصوص القديمة كان يعرف الاستئناف المثار بأنه "الاستئناف الذي يثيره الاستئناف الأصلي، وهذا التعريف الواسع، كما يقول الفقه، فتح الباب

⁽³⁴⁾– Cour de Cassation, Chambre Civile 2, du 16 février 1984, 83–11.106, Publié au bulletin, Lire en ligne ;
<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007013254>

أمام الجهدين الفقهي والقضائي لتحديد معالم هذه العلاقة بين الاستئناف⁽³⁵⁾، حيث إنه وفي وقت سابق تشدد القضاء الفرنسي فيما يتعلق بهذه العلاقة، واشترط أن ترقى بينهما إلى درجة "عدم التجزئة"؛ غير أن الفقه انتقد ذلك التشدد على أساس أن الغرض من الاستئناف المثار هو مواجهة الفرض الذي لا يتمكن فيه الضامن من التدخل في خصومة الاستئناف، وأن عدم القابلية للتجزئة تكفي لوحدها لفتح باب الاستئناف المثار، ولو بعد انتهاء الميعاد، لأن بحث النزاع من جميع وجوهه لا يعتبر أمراً مفيداً فحسب، ولكنه ضرورة تتطلبها طبيعة الأشياء عندما يكون النزاع غير قابل للتجزئة⁽³⁶⁾.

ولذلك حاول القضاء وضع حد للجدل حول تحديد درجة الارتباط اللازمة لقبول الاستئناف المثار، فاشتراط وجود ارتباط كاف أو صلة بين موضوعي

(35) - د. عبد الرحمن، حمدي: ص 68.

(36) - انظر د. تمام، السيد عبد العال: تأثير ارتباط الدعاوى، والأحكام المشار إليها في الهامش، ص 326، وانظر أيضاً د. عبد الرحمن، حمدي: ص 69، حيث يقول: "فإذا أضفنا لذلك القول بأن الاستئناف المثار كان القصد منه مواجهة فروض كان من المتعذر قبولها قبل ذلك، فإن الإبقاء على شرط عدم التجزئة كشرط للقبول، إنما يحرم هذا النظام من وظيفته ومداه المقصودين، وهما قبول الاستئناف المثار في حالات كان مرفوضاً فيها".

الاستئناف، موضوع الاستئناف الأصلي وموضوع الاستئناف المثار، وقد كرس القضاء الفرنسي وجهة النظر هذه لتحديد معايير قبول الاستئناف المثار، هذه المعايير تمثلت بوجود أن يكون هناك رابط بين الاستئناف، وأن يجد مقدم الاستئناف المثار أن وضعه كان مهدداً نتيجة الاستئناف الرئيسي، وهو ما يتجلى بوضوح في فكرة المصلحة المحتملة - كما سنرى - ففي إحدى القضايا التي عرضت على الغرفة المدنية الثالثة لمحكمة التمييز بتاريخ 25 / يونيو / 2013م، حيث قررت "أن الاستئناف العرضي أو المستفز مفتوح لأولئك الذين ترتبط مطالباتهم بأولئك الذين هم موضوع الاستئناف الرئيسي، والذين من المحتمل أن يتم تعديل وضعهم القانوني من خلال هذا الاستئناف"⁽³⁷⁾.

إذاً لكي يكون الاستئناف المستثار مقبولاً فإنه يجب أن يكون هناك ارتباط كافٍ بين الاستئناف الرئيسي والاستئناف المثار، بمعنى أن يكون هناك رابط بين

⁽³⁷⁾ - Cour de cassation civile, Chambre civile 3, 25 juin 2013, 12-20.413, Inédit Lire en ligne;

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027635496>

موضوع الاستئناف الرئيسي وموضوع الاستئناف المُثار، علاوة على ذلك يجب أن يكون لمقدم الاستئناف المثار مصلحة في تقديمه، فالمادة 549 من قانون الإجراءات المدنية تعرّف الاستئناف المثار بأنه استئناف عرضي يتم تقديمه بمناسبة استئناف أصلي أو استئناف فرعي.

والحكم السابق، وإن كان لم يحدد درجة هذا الارتباط؛ إلا أن عملية تقدير توافر الارتباط تعتبر من الأمور الموضوعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، دون أن تخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، لأنها مسألة واقع لا تمتد إليها رقابة النقض، ومن ثم فقد اشترط وجود ارتباط كاف أو صلة بين موضوعي الاستئنافين، ولا شك أن هذه الفكرة "الصلة الكافية"، وكما يردد الفقه عند التمييز بين الفكرتين، فكرة الارتباط وفكرة الصلة الكافية بأن هذه الأخيرة "فكرة واسعة المقصود منها توسيع مفهوم الارتباط، بحيث تسمح بتوسيع نطاق الخصومة من حيث الأطراف والموضوع، بصورة أكبر مما تسمح به فكرة الارتباط"⁽³⁸⁾.

(38) - د. عبد الصادق، صلاح أحمد: نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات، ص 187 - 188.

والطرح السابق يساعدنا على الاقتراب من صياغة تعريف لهذا النوع من الاستئناف، وإن كانت صياغة تعريف جامع مانع له ليست بالأمر اليسير، ذلك لأن المشرع الفرنسي -وحتى من خلال التعديلات التي طالت هذا النظام الإجرائي وهي ليست بالقليلة- لم يضع تعريفاً محدداً وواضحاً له.

وتكمن الصعوبة في وضع تعريف له كونه يضم أنواعاً مختلفة من الفرضيات، فهو قد يقدم من أي شخص كان طرفاً في المحاكمة الابتدائية، إن كانت له مصلحة تبرر تقديم هذا الاستئناف، بل ويمكن تقديمه ضد الأطراف التي كانت حاضرة في تلك الخصومة، حتى ولو لم يكونوا هم ومن سبقهم مستأنفاً عليهم، ويأتي ذلك إما من المستأنف الرئيسي، أو حتى من المستأنف عليه، لجلب هؤلاء من جديد أمام محكمة الدرجة الثانية، ومن الممكن أن يقدم كذلك من مستأنف عليه ضد مستأنف آخر (المادة 548).

ومع كل هذا وذاك، فهو قد ينشأ من الاستئناف الرئيسي أو من الاستئناف الفرعي الذي أثاره، وإن كان القضاء مع كل هذه الصعوبة لم يغفل بدوره - وفي إطار

مهمته التفسيرية- عن وضع تعريف له، حيث عرفته الغرفة المدنية الثانية لمحكمة التمييز، في حكم يشف عن أن الاستئناف المثار، وإن كان يجوز تقديمه بداهة- وبمقتضى شروط المادة 549 - ممن كان خصما أمام محكمة الدرجة الأولى، ولو لم يكن مستأنفاً عليه أو حتى ضده، فإنه يمكن تقديمه من المستأنف الأصلي، بل ومن المستأنف عليه، حيث قالت في قرارها الصادر بتاريخ 9 يناير 2014م: "تُعرّف المادة 549 من قانون الإجراءات المدنية الطعن الذي يُثار على أنه استئناف عرضي، يتشكل لاحقاً من استئنافٍ رئيسي أو من استئنافٍ فرعي ناشئ عنه: وهو إما أن يكون صادراً عن المستأنف عليه في الاستئناف الرئيسي، أو صادراً عن المستأنف الرئيسي، غير أنه لا يمكن أن يأتي الاستئناف المستحث من المستأنف الرئيسي، إلا حينما ينشأ عن الاستئناف الفرعي الذي قدمه المستأنف عليه"⁽³⁹⁾.

(39) – Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 9 janvier 2014, 12-27.043, Publié au bulletin, Lire en ligne;

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028584947>

وظاهر من هذا الحكم أنه وإن كان يتعلق بالسماح بإمكانية استخدام هذا الاستئناف من المستأنف والمستأنف عليه على حد سواء، والكيفية التي يثار بها هذا الاستئناف بالنسبة إليهما؛ إلا أنه يكشف بوضوح لا لبس فيه عن نطاق ومضمون هذا النوع من أشكال الاستئناف، ويسهل كذلك من معرفة من له إمكانية تقديمه، ومن يوجه ضده الاستئناف المثار، فهو يحيل إلى نص المادة 549 ويبنى عليه أيضاً.

وهذا النص الذي يجيز صراحة السماح لكل شخص لم يوجه إليه الاستئناف، وكان خصماً في المرحلة الأولى، أن يتقدم باستئناف مثار، سواء أثاره استئناف أصلي أو استئناف فرعي -كما سنرى - ولكن قبل ذلك ينبغي البحث في طبيعة الاستئناف المثار.

المبحث الثاني

طبيعة الاستئناف المثار وشروط قبوله ومكنة استخدامه

طالما أننا كنا بصدد دراسة هذا النظام الإجرائي، فإن التعرض للطبيعة القانونية له تفرض نفسها، وسنرى أن هذه المسألة قد أثارت جدلاً فقهيّاً واسعاً، إذ لم يتفق الشراح على طبيعته القانونية، لأنه قد يدق في كثير من الأحوال التمييز بينه وبين التدخل والإدخال من جهة، وبينه وبين الاستئناف الفرعي من جهة أخرى (أولاً)، والبحث كذلك في شروط قبوله (ثانياً)، وهو ما ينعكس بصورة أو أخرى على الأشخاص الذين مكنهم المشرع من استخدامه، وهو ما يمكن أن نطلق عليه صور الاستئناف المثار (ثالثاً).

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للاستئناف المثار

لئن كان موضوع الاستئناف المثار وبحد ذاته قد شغل في تطبيقاته العملية وأحكامه من اختلاف الفقه والقضاء حيزاً كبيراً، فإن مسألة تحديد الطبيعة القانونية له كانت ولا تزال مثار نقاش واختلاف في وجهات النظر بينهم، ويجب الاعتراف هنا أيضاً بصعوبة تحديد الوصف أو التكييف الذي يخلعه المشرع الفرنسي على الاستئناف المثار، لأن هذا التكييف ليس مجرد مسألة نظرية بحتة، بل إن له نتائج عملية مهمة.

وعلى ضوء هذا التكييف يستطيع القاضى الاهتداء إلى الحكم بقبوله في المرات التي يعرض فيها عليه، ويتوقف عليه كذلك التعرف على ما إذا كان هذا النوع من الاستئناف يدخل في مضمون فكرة التدخل الاختياري، عندما يرى أي ممن حضروا أمام محكمة الدرجة الأولى أن ضرراً سيلحق بهم لو لم ينضموا لإجراءات ذلك الاستئناف، فيبادروا بذلك الانضمام لتلافي أي ضرر محتمل ينجم عن حكم

آخر غير الحكم الذي صدر، أم أنه يدخل تحت إطار الاستدعاء، أي دعوة أطراف يبدو وجودها ضرورياً لحل النزاع، على اعتبار أنه يمكن توجيهه ضد أي طرف كان حاضراً في المرحلة الأولى من المحاكمة، أم أنه فقط مجرد نظام شبيه بنظام الاستئناف الفرعي؟

بداية يمكن القول إن المشرع الفرنسي قرر القاعدة العامة التي تنظم علاقة الاستئناف المثار بالاستئناف الأصلي والفرعي من حيث الأشخاص، بنصه في عجز المادة 549 من قانون الإجراءات المدنية على أنه من الممكن لأي شخص لم يوجه إليه الاستئناف، وكان خصماً في المرحلة الأولى، أن يتقدم باستئناف مثار، ومن ثم فإن الأطراف التي ظهرت في الدرجة الأولى، وتركت المهلة الزمنية للاستئناف تنقضي، من حقهم استخدام هذه الوسيلة الفنية، كما أنه من الممكن توجيهها ضدهم من بقية الأطراف، مع مراعاة شروط قبول هذا الاستئناف، كما سنرى عند حديثنا عن شروط قبوله.

ومن المعلوم أن القانون الفرنسي يأخذ بالفكرة المطلقة للخصم، فالخصوم في مرحلة الاستئناف لا يتم تحديدهم من خلال تبادل الطلبات، وإنما بمجرد حضورهم خصومة الدرجة الأولى، كما لا يتم تحديدهم أيضاً بما يرد في صحيفة الاستئناف الأصلي، وإنما بما يأتي في الاستئنافات الأخرى، كالاستئناف الفرعي والاستئناف المثار، بحيث لا يمكن تحديدهم إلا بعد انقضاء مواعيد رفع الاستئناف⁽⁴⁰⁾.

وهذا خلافاً لما هو عليه الوضع في القانونين المصري والليبي، إذ لم يوجبا شمول الاستئناف لكل من كان خصماً في الدعوى أمام محكمة أول درجة⁽⁴¹⁾، فالمادة 1/406 من قانون المرافعات المصري، وكما تقول محكمة النقض المصرية، لم توجب شمول الاستئناف لكل من كان خصماً في الدعوى أمام محكمة أول درجة، وإنما كل ما أوجبته هو إعلان الاستئناف إلى جميع الخصوم الذين وجه إليهم

(40) - انظر في الفكرة المطلقة والنسبية للخصم د. تمام ، السيد: تأثير ارتباط الدعوى، ص 272 .

(41) - د. زغلول، أحمد ماهر، د. أبوزيد، يوسف: أصول وقواعد المرافعات، ج4، ص1618، والحكم المشار إليه فيما سبق من هذه الدراسة.

الاستئناف دون غيرهم، ممن لم ير المستأنف توجيه الاستئناف إليهم⁽⁴²⁾، لأن "الطعن في الأحكام حق للخصوم فلا يفرض عليهم"، كما قضت بذلك المحكمة العليا الليبية⁽⁴³⁾، خشية توسيع نطاق الخصومة في غير ما رفع عنه الطعن، أو بغير الأشخاص المشمولين بالحكم المستأنف.

غير أن التطور الذي صاحب نظام الاستئناف بشكل عام، والاعتبارات التي بررت إجازة الاستئناف المثار في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وبخاصة في النزاعات المتعددة الأطراف، أي التي تقوم بين ثلاثة أطراف أو أكثر، قد سمح للأشخاص الذين كانوا أطرافاً في الدرجة الأولى بالانخراط مجدداً في خصومة الاستئناف، إذ لا يزال بإمكانهم العودة من جديد، حتى وإن لم يتم استدعاؤهم في الإجراءات، كلما كانت هناك مصلحة في تواجدهم، ولو كانت تلك المصلحة مصلحة محتملة، على أن مثولهم سيكون بهذه الوسيلة أمام محكمة الدرجة الثانية، وليس بطريق التدخل.

(42) - نقض مدني مصري: جلسة 31 ديسمبر سنة 1964م، المكتب الفني، ع 3، س 15، ص 1266

(43) - قضاء المحكمة العليا بدوائرها مجمعة في الطعن المدني رقم، 542 / 47 ق، بجلسة 19 / 5 / 2005.

فالاستئناف المثار في هذا المقام إذا يبدو كطريق وقائي قائم على تلافي الضرر المحتمل من تعديل حكم محكمة الدرجة الأولى، وعلى هذا يمكن القول إن الغاية من الاستئناف المثار تدور حول فكرة النتيجة التي يهدف إليها هذا الاستئناف، فقد يقتصر الأمر على مجرد طلب تأكيد أو تأييد الحكم المستأنف، حين تكون للشخص مصلحة تسوغ له الدفاع عن الحكم الصادر فيها.

وتطبيقاً لذلك قضت الدائرة التجارية لمحكمة التمييز المدنية في قرارها الصادر بتاريخ 18 أكتوبر 2016م بأن "الاستئناف العرضي يمكن أن يصدر عن أي شخص، حتى ولو لم يكن مستأنفاً عليه، كان طرفاً في الدرجة الأولى، بقدر ما يتدخل في الاستئناف الرئيسي أو الحادث الذي تسبب فيه؛ وهذا الشخص يجب أن يثبت بالتالي، لتبرير قبول استئنافه المستثار، أن حدوث الاستئناف الرئيسي أو

العرضي من المرجح أن يهدد مصالحه، وبالتالي خلق له "مصلحة جديدة في اللجوء لاستخدام وسيلة لم يكن يعتقد وجود ضرورة لممارستها في ظروف أخرى" (44).

وبهذا يجوز لأي من أطراف الخصومة أن يقدم استثناءً مثاراً، بمجرد أن يعرضه الاستئناف الأصلي أو الاستئناف المقابل لخطر رؤية تعديل الحقوق الممنوحة له بموجب الحكم قيد الاستئناف، والتي بدونها لم تكن له مصلحة في هذا الاستئناف، فهو من ناحية يعد طريقاً وقائياً، ومن ناحية أخرى يعد كذلك إعادة لتكوين أشخاص الخصومة "بغية جمع جميع الأطراف الذين يكون حضورهم ضرورياً لحل النزاع" (45)، وهو أيضاً من هذا الوجه يختلف عن الاستئناف الفرعي الذي يصدر عن المستأنف عليه بقصد جعل الحكم أحسن حالاً بالنسبة للنقاط التي حكم فيها ضد المستأنف، ومن ثم فهو يوسع من الأثر الناقل فيما يتعلق بموضوع النزاع، خلافاً للاستئناف المثار، والذي لا يرتبط بالضرورة بفكرة خسران جزء من

(44) – Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 18 octobre 2016, 15-13.834, Inédit, Lire en ligne; <https://www.LEGIFRANCE.GOUV.FR/JURI/ID/JURITEXT000033301143/>

(45) – انظر د. شحاتة، محمد نور: الاستئناف الاستثنائي، ص 113، هامش (3).

الدعوى أمام محكمة الدرجة الأولى، بل إنه قد يرفع من شخص حصل على كل طلباته أمام هذه المحكمة⁽⁴⁶⁾.

ويرى جانب من الفقه أن الاستئناف المثار يحتفظ دائماً بفائدته الخاصة كفكرة مستقلة ومتميزة تماماً عن فكرة التدخل⁽⁴⁷⁾، ذلك أن جانباً آخر منهم يميلون إلى القول بأن خصومة الاستئناف ما هي إلا خصومة جديدة، وليست امتداداً لخصومة أول درجة، وطالما أنها كذلك، فإن من سبق ظهورهم أمام أول درجة، ولم يرفعوا استئنافاً أصلياً، ولا يمكن اعتبارهم مستأنفاً عليهم، ليكون بإمكانهم رفع استئناف فرعي، فهؤلاء حسب هذا الفقه يمكن تصنيفهم من الغير بصدد خصومة الاستئناف*، ومن ثم يحق لهم التدخل تدخلاً اختيارياً في هذه الخصومة⁽⁴⁸⁾.

(46) - د. عبد الرحمن، حمدي: ص 76.

(47) - انظر حول هذه الفكرة ونقدها د. عمر، نبيل إسماعيل: الوسيط، ص 899-900.

* من هذا الرأي د. فهمي، وجدى راغب: مبادئ القضاء المدني، ص 647، حيث يقول: "الغير الذي كان طرفاً في الخصومة الأصلية، ولم يكن مستأنفاً أو مستأنفاً عليه، وهو يعد من الغير فقط بالنسبة لخصومة الاستئناف".

(48) - د. عمر، نبيل إسماعيل: الوسيط، ص 899.

ولكل ما تقدم لم يكن للفقه والقضاء رأي واحد بشأن الطبيعة القانونية للاستئناف المثار، وهو ما دعا جانباً من الفقه إلى البحث من جديد في أوجه الشبه والاختلاف بين هذا النوع من الاستئناف، وغيره من النظم الإجرائية القريبة منه كالاستئناف الفرعي، ورأوا أنهما وإن كان كلاهما مقبولا في أية حالة كانت عليها الدعوى باعتبارهما نظم ما بعد انتهاء ميعاد الاستئناف، وكلاهما يتطفل على الاستئناف الأصلي؛ إلا أنهما يختلفان من عدة وجوه، ذلك أن الاستئناف الفرعي يصدر عن المستأنف عليه، فلا يملك رفع الاستئناف الفرعي غير المستأنف عليه في الاستئناف الأصلي، أما الاستئناف المثار فإنه يمكن رفعه من المستأنف عليه، كما يمكن رفعه ضده⁽⁴⁹⁾.

وقد مضت الإشارة كذلك إلى أن الاستئناف المثار يمكن تقديمه أيضاً من أي شخص كان طرفاً في الدرجة الأولى، ولو لم يكن مستأنفاً عليه (المادة 549 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي)، بل إنه يمكن رفعه من قبل المستأنف عليه

(49) - د. عبد الرحمن، حمدي: ص 76.

الرئيسي ضد مستأنف عليه آخر، أو ردًا على استئناف عارض مقدم من مستأنف عليه آخر، كما سنرى عند حديثنا عن صور الاستئناف المثار.

غير أنه يمكن القول بأن هذا النوع من الاستئناف ما هو إلا فئة من الاستئنافات العارضة، وأنهما وإن كان هناك تباين بينهما فهو تباين من حيث الهدف، وقد تعرضت محكمة النقض المغربية، في قرارها الصادر بجميع الغرف، للتمييز بين الاستئناف الفرعي والاستئناف الناتج عن الاستئناف الأصلي (المثار) بقولها: "لئن كان الاستئناف الفرعي يقتصر توجيهه ضد المستأنفين أصلياً عملاً بأحكام الفصل 135 من ق م م، قصد الحكم بباقي المطالب التي لم يستجب لها ابتدائياً، فإن الاستئناف الناتج أو المترتب عن الاستئناف الأصلي يصح توجيهه حتى ضد غير المستأنفين أصلياً من باقي فرقاء النزاع، إن كانت غايته تحميل هؤلاء

الأخيرين بما تقرر إعفاء المستأنفين أصليا منه، في حالة الاستجابة لملتزمات الاستئناف الأصلي⁽⁵⁰⁾.

ومن جهة أخرى فإن الاستئناف الفرعي يهدف إلى إعادة تكوين موضوع الطلب القضائي أمام محكمة الاستئناف في حدود الأثر الناقل المترتب على هذا النوع من الاستئناف، بخلاف الاستئناف المثار، والذي يساهم في إعادة تكوين أشخاص القضية أمام محكمة الاستئناف⁽⁵¹⁾.

ونحن نرى أن الطبيعة الغامضة للاستئناف المثار، وإن جعلته يختلط إلى حد ما مع غيره من النظم الإجرائية الشبيهة كنظام التدخل*؛ إلا أن هذا التشابه هو مجرد تشابه ظاهري فقط، ولا يغني عن ضرورة مغايرة كل منهما للآخر، مع أن رسم

(50) - القرار عدد 1922 الصادر بجميع الغرف، بتاريخ 23 دجنبر 2010م في الملف التجاري عدد 1076 / 3 / 1 / 2005 م.

(51) - انظر د. عمر، نبيل إسماعيل: الوسيط، ص 906 .

* البعض من الفقه يرى أن الاستئناف المثار في الوقت الذي يبعد فيه أكثر فأكثر عن نظام الاستئناف الفرعي، يقترب من نظامي التدخل والإدخال، انظر مثلاً د. عبد الرحمن، حمدي: ص 76، وكذلك د. عمر، نبيل إسماعيل: الوسيط، "هو تدخل بالنظر إلى هدفه"، ص 899 .

الحد الفاصل بينهما يظل دائماً صعباً، فضلاً عن أن القول بأن الاستثناء المثار هو تدخل بالنظر إلى هدفه، هو قول غير كافٍ للمساواة بينهما.

ولذا فإن خصوصية الاستثناء المثار تنعكس على طبيعته القانونية باعتباره - ومن وجهة نظرنا - نموذجاً فنياً، وضعت بعض التشريعات الإجرائية التي تأخذ به، بيد فئة من الأشخاص يجدون أنفسهم في مواجهة خطرين، خطر استثناء أصلي يؤثر على حقوقهم عند تعديل الحكم قيد الاستثناء، وخطر فوات الميعاد، ولا يكون بمقدورهم استعمال وسيلة أخرى للدفاع عن هذه الحقوق، سوى اللجوء إلى هذه الأداة الفنية، وهو ما تعكسه على الأقل الأحكام المشار إليها أعلاه .

المطلب الثاني

شروط قبول الاستئناف المثار

ليكون هناك محل لرفع استئناف مثار لابد من توافر مجموعة من الشروط، وتتمثل هذه الشروط بوجوب أن يكون هناك استئناف أصلي سابق لنشوء هذا الاستئناف، أو استئناف فرعي ترتب على وجود استئناف أصلي، لأن الاستئناف المثار -وكما مر بنا- إما أن ينشأ عن استئناف أصلي أو استئناف فرعي (المادة 549 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي)، فهو يمتاز بكونه نتيجة أحد هذين الأخيرين، ولا يمكن أن يرى النور إلا بسبب أحدهما.

كما يجب أن تكون هناك مصلحة تبرر قبول هذا الاستئناف، فضلاً عن ضرورة توافر ارتباط أو صلة بين موضوع الاستئنافين، المثار والأصلي، وأن "يستوفي هذا الاستئناف جميع الشروط الإجرائية"، كما تقول الغرفة المدنية الثانية

لمحكمة التمييز في قرارها المشار إليه آنفاً⁽⁵²⁾، وأن تراعى فيه كذلك الشروط العامة التي يتعين توافرها في جميع طرق الطعن، عدا شرط الميعاد، لأن الاستئناف المثار من نظم ما بعد انتهاء ميعاد الاستئناف، كما عرفنا.

فالقواعد "المتعلقة بمواعيد الاستئناف لا تسري إلا على الاستئناف الأصلي، أما الاستئناف الفرعي فيعتبر دفاعاً ضد الاستئناف الأصلي، ولا يمكن رفعه قبل هذا، ولكن متى رفع الاستئناف الأصلي، فإن الاستئناف الفرعي يجوز في أي حالة كانت عليها الدعوى أمام محكمة الاستئناف"⁽⁵³⁾، وهو ما يمكن القياس عليه بالنسبة للاستئناف المثار.

ولا شك أن بعضاً من هذه الشروط تناولنا جانباً منها -في دراستنا هذه- بالنظر لارتباطها الشديد بموضوع علاقة الاستئناف الأصلي بالاستئناف المثار؛ غير أنه لا ضير من جمعها والتطرق لها، لأنه يتفرع عنها شروط أخرى وجبت الإشارة إليها، كي تتضح بجلاء شروط قبول هذا الاستئناف.

(52) – Cour de cassation, Chambre civile 2, op.cit., 9 janvier 2014

(53) – انظر د. أبو هيف، عبد الحميد: المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي، ص 907

فبالنسبة للشرط الأول: فإنه يتمثل في ضرورة وجود خصومة استئناف مقبولة وصحيحة، ولا محل هنا لمناقشة الطريقة التي يتم بها رفع الاستئناف، وما يهمنا في هذا الشأن هو أن الاستئناف على نوعين، أصلي وهو ما يرفع ابتداءً من المستأنف ضد المستأنف عليه، ومقابل أو فرعي*، وهو ما يرفعه المستأنف عليه ضد المستأنف، ويكون مترتباً على رفع الاستئناف الأصلي، أي أن الفارق بينهما هو أسبقية أحدهما على الآخر⁽⁵⁴⁾، ويضاف لهما الاستئناف المثار في التشريعات التي تجيزه.

وهذا الشرط يعد شرطاً بدهياً، ذلك لأن الاستئناف المثار يلزم لرفعه وجود استئناف سبقه في النشأة والبنيان، وهو إما أن يكون استئنافاً أصلياً أو استئنافاً فرعياً، باعتباره نتيجة لأحدهما، وهو ما تعكسه أحكام المادة 549، وقرارات محكمة

* في التشريعات التي تسمح بالاستئناف الفرعي، وقد مر بنا أن المشرع الإجرائي الليبي لا يعرف هذا النوع من الاستئناف، واكتفى بالنص على الاستئناف المقابل، وقنن قواعده في المادة 323 مرافعات.

(54) - العشماوي محمد، د. عبد الوهاب: قواعد المرافعات، ص 841 .

النقض الفرنسية السابق الإشارة إليها، فيكون حينئذ شأنه شأن الاستئناف الفرعي، يرتكز على الاستئناف الأصلي من حيث نشوئه، إذ يجب أن يتم رفع الاستئناف المثار أثناء نظر طعن آخر، هو الأول من حيث الترتيب الزمني.

وأن يكون قد تم رفعه صحيحاً، في ميعاده على الأقل بالنسبة للاستئناف الأصلي، حتى أن مفهوم الاستئناف المثار ذاته يفترض وجود استئناف أصلي، غير أن هذا الشرط يترتب عليه شرط آخر مهم، يستشف من نص المادة 550 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وهو عدم قبول الاستئناف المثار إن لم يكن الاستئناف الأصلي نفسه مقبولاً، فقد أجازت هذه المادة لمن سقط حقه في الاستئناف الأصلي أن يرفع استئنافاً فرعياً أو مثاراً في أي حالة كانت عليها الدعوى، ما لم يكن الاستئناف الأصلي في حد ذاته غير مقبول، وقد جرى نص هذه المادة كما رأينا على النحو الآتي:

Sous réserve des articles 905-2, 909 et 910, l'appel incident ou l'appel provoqué peut être formé, en tout état de cause, alors même que celui qui l'interjetterait serait forclos pour agir à titre

principal. Dans ce dernier cas, il ne sera toutefois pas reçu si l'appel principal n'est pas lui-même recevable ou s'il est caduc.

وعليه إذا تقرر اعتبار الاستئناف الأصلي غير مقبول لفوات ميعاده، فإن من طبيعة العلاقة بينهما أن يترتب على ذلك عدم قبول الاستئناف المثار (المادة 550)، ومن السوابق القضائية في هذا الشأن ما أجملته الغرفة المدنية الثانية لمحكمة النقض، عند حديثها عن هذه الشروط، وذلك في قرارها الصادر بتاريخ 11 مارس 1999م، فهي إن كانت تتحدث في أسباب قرارها عن شروط قبول الاستئناف العارض بوجه عام؛ إلا أنها أوردت في سياق حديثها عن ذلك نص المادة 550 المشار إليه والمتعلق بالاستئناف المثار، حيث قالت: "في حين أنه تم انتقاد الحكم لأنه أعلن عدم قبول استئناف السيد Z...، فإنه ووفقاً لهذه الوسائل، فإن قبول الاستئناف العرضي يخضع فقط لوجود استئناف رئيسي صالح؛ وإن محكمة الاستئناف تكون بهذا قد أضافت شرطاً لم ينص عليه القانون، وهو ما يعد في حد ذاته انتهاكاً للنصوص المادتين 548 و 550 من قانون الإجراءات المدنية الجديد،

كما أن الاستئناف لا يمكن اعتباره عرضياً؛ إلا إذا كانت الادعاءات التي يقدمها لها صلة بتلك التي هي موضوع الاستئناف الرئيسي⁽⁵⁵⁾.

وأما عن الشرط الثاني من شروط قبول هذا النوع من الاستئناف فهو شرط المصلحة في الطعن، أو المصلحة في نظر الاستئناف المثار، وإذا كان الفقه العربي في عمومته يتفق على أنه "لا مصلحة لطاعن فيما يكون قد صدر به الحكم وفق طلباته ومحققاً لمقصوده منها"⁽⁵⁶⁾، وأنه يلزم أن يكون للطاعن مصلحة عملية في الطعن، كأن يطلب إلغاء أو تعديل حكم صادر ضده يلزمه بشيء، أو يحرمه من حق أو مركز يدعيه⁽⁵⁷⁾، أما من حكم له بكل طلباته، فلا يجوز له الطعن في الحكم بدعوى تعديل بعض الأسباب التي لم تصادف رضاه⁽⁵⁸⁾؛ إلا أن الأمر مختلف هنا، فالمشرع الفرنسي عمد إلى توسيع نطاق الاستئناف المثار، واعتبر مناط هذا الطعن

⁽⁵⁵⁾ – Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 11 mars 1999, 96-14.886, Inédit, Lire en ligne: <http://www.legifrance.gouv.fr/initRechExpJuriJudi.do>

⁽⁵⁶⁾ – انظر فهمي حامد، ود. محمد حامد: النقض في المواد المدنية، ص 540

⁽⁵⁷⁾ – د. فهمي، وجدى راغب: مبادئ القضاء المدني، ص 615 .

⁽⁵⁸⁾ – انظر د. أبو الوفاء، أحمد: المرافعات المدنية والتجارية، ص 774.

(مصلحة المستأنف) في درء ضرر محتمل بتعديل الحكم قيد الاستئناف، وعلى هذا فإن شرط الخسارة هنا مختلف تماماً، إذ ينشأ للشخص الحق في الطعن المثار، ولو قضت المحكمة لصالحه في الطلبات التي عرضها أمامها.

فالمصلحة المبررة للاستئناف -وكما تقول محكمة التمييز اللبنانية عند حديثها عن شروط النقض والاستئناف الاحترازي - "لا تكون منتفية تماماً لمجرد أنه الراجح من جراء الحكم النهائي، بل هي تظل في طور الجمود حتى ينبرم الحكم النهائي بحق المحكوم عليه، فعندها تزول وتتلاشى تماماً...، وأنه من المسلم به أن ما أدلى به من الشرائع النص على إمكان الاستئناف التبعي أو الطارئ حتى بعد فقدان الحق بالاستئناف بصورة أصلية، إما من جراء الرضوخ للحكم، أو من جراء انصرام مهلة الاستئناف، هو روح العدالة والإنصاف التي تقضي بإقامة التوازن بين مصالح الخصوم المتعارضة، بحيث فسر موقف الخاسر جزئياً، والذي رضي

بالحكم، أو بانبرام الحكم بوجهه، على أن رضوخه للحكم هو رضوخ مشروط بأن يظل خصمه الخاسر جزئياً هو الآخر مسلماً أيضاً بالحكم المذكور⁽⁵⁹⁾.

ويمكن القياس على هذا، لأن لاستئناف المثار -وكما عرفنا من خلال طبيعته - طريق وقائي قائم على تلافي الضرر المحتمل، وأنه يمكن تقديمه في أي حالة كانت عليها القضية أمام محكمة الاستئناف، وينشأ كلما توافرت للطاعن مصلحة في هذا الطعن، بل إن المشرع اللبناني نفسه في المادة 649 من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني برّر قبول هذا الاستئناف بوجود المصلحة، فأجاز "لمن لم يوجه إليه الاستئناف، وكان خصماً في المحاكمة الابتدائية أن يستأنف بصورة طارئة الحكم الذي رضخ له، أو انقضت مهلة استئنافه، متى كان يضار من الاستئناف الأصلي أو الاستئناف الطارئ المقدم من سواه"، أي كلما وجدت حاجة لتقديم هذا الاستئناف من قبل هذا الشخص، ومتى ما لحقه ضرر من الاستئناف

(59) - انظر: حكم محكمة التمييز اللبنانية المشار إليه.

الأصلي أو الاستئناف الطارئ المقدم من غيره ، كونه جزء من خصومة الدرجة الأولى.

هذه المصلحة يمكن ردّها -من وجهة نظرنا - إلى المصلحة في الإجراء، والتي ينفرد بها جانب من الفقه، والمختلفة عن المصلحة في الطلب أو الدعوى بوجه عام، حيث يرى هذا الفقه أن "المصلحة في الإجراء مفترضة، وليس على الطرف الذي يعلن رغبته إلى المحكمة إثبات مصلحته في الإجراء، على عكس المصلحة في الدعوى، وأنه لا مصلحة لطرف في إجراء لا يمكن أن تسهم نتيجته في حماية حقه، أو مركزه الموضوعي"⁽⁶⁰⁾.

كما أن منطق هذا النوع من الاستئناف، وكما يقول الفقه: "إنما يحمل معنى المصلحة المحتملة، وهذه المصلحة لا تتخذ دائماً ثوب السعى نحو تحقيق منفعة إيجابية جديدة، ولكنها تكتفي بالسعى نحو تفادي الضرر المحتمل عن طريق إنفاذ

(60) - انظر حول التفرقة بين المصلحة في الإجراء والمصلحة في الدعوى: د. والي، فتحي: الوسيط في قانون القضاء المدني، ص 65 وما يليها، حيث يقول: "وهذا المبدأ الهام نسميه بشرط المصلحة في الإجراء، إذ لا مصلحة لطرف في إجراء لا يمكن أن تساهم نتيجته في حماية حقه أو مركزه الموضوعي"، وانظر كذلك ص 686 من عين المؤلف .

الحكم الأول وبحالته التي صدر عليها⁽⁶¹⁾، ذلك أن المصلحة في الطعن المثار قد تكون في بعض الأحيان ليس الغرض منها تعديل الحكم لدفاع عن الحكم الصادر من محكمة الدرجة الأولى.

ومن أمثلة ذلك الضامن الذي لم يوجه إليه الاستئناف لا يكون أمامه إلا "رفع استئناف مثار للحد من مسؤوليته، إذا سوأت محكمة الاستئناف مركز طالب الضمان (المستأنف عليه)، مع ما يترتب على ذلك من زيادة مسؤولية الضامن، ومن أجل ذلك فإن له توقي هذا الخطر برفع استئناف مثار"⁽⁶²⁾.

وأما الشرط الثالث فهو ضرورة وجود صلة بين موضوع الاستئناف الرئيسي والاستئناف المثار، فهما يرفعان عن حكم واحد، فضلاً عن أن الاستئناف لا يمكن اعتباره عرضياً، كما تقول محكمة التمييز الفرنسية؛ إلا إذا كانت الادعاءات التي يقدمها لها صلة بتلك التي هي موضوع الاستئناف الرئيسي⁽⁶³⁾، "وأن هذا الاستئناف

(61) - د. عبد الرحمن، حمدي: ص 71.

(62) - د. تمام، السيد عبد العال: تأثير ارتباط الدعاوى، ص 226.

(63) - Cour de Cassation, Chambre civile 2, op.cit., 11 mars 1999.

مفتوح فقط لأولئك الذين ترتبط مطالباتهم بموضوع الاستئناف الرئيسي، والذين من المحتمل أن يتم تعديل وضعهم القانوني من خلال هذا الاستئناف⁽⁶⁴⁾.

أما فيما يتعلق بهذه الصلة، فقد رأينا أن القضاء الفرنسي كان يشترط أن ترقى إلى درجة "عدم التجزئة"؛ غير أن الفقه انتقد ذلك التشدد على أساس أن الغرض من الاستئناف المثار هو مواجهة الفرض الذي لا يتمكن فيه الضامن من التدخل في خصومة الاستئناف، وأن عدم القابلية للتجزئة تكفي لوحدها لفتح باب الاستئناف المثار، ولو بعد انتهاء الميعاد، لأن بحث النزاع من جميع وجوهه لا يعتبر أمراً مفيداً فحسب، ولكنه ضرورة تتطلبها طبيعة الأشياء عندما يكون النزاع غير قابل للتجزئة⁽⁶⁵⁾، ومن ثم فإن شرط الارتباط يفترض أن يكون البحث فيه بالتوازن مع البحث في شرط المصلحة التي تبرر قبول الاستئناف المثار.

(64) – Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, op.cit., 25 juin 2013 .

(65) – انظر د. تمام، السيد عبد العال: تأثير ارتباط الدعاوى، والأحكام المشار إليها في الهامش، ص 326 ، وانظر أيضاً د. عبدالرحمن، حمدي: ص 69، وقد أشرنا لقوله: "فإذا أضفنا لذلك القول بأن الاستئناف المثار كان القصد منه مواجهة فروض كان من المتعذر قبولها قبل ذلك، فإن الإبقاء على شرط عدم التجزئة كشرط للقبول، إنما يحرم هذا النظام من وظيفته ومداه المقصودين، وهما قبول الاستئناف المثار في حالات كان مرفوضاً فيها".

وبعد أن تعرضنا لشروط قبول الاستئناف المثار بقي الحديث عن صور الاستئناف المثار، وهو ما سنتناوله في المطلب الثالث من هذا المبحث.

المطلب الثالث

صور الاستئناف المثار

إذا كان الاستئناف المثار يضم أنواعاً مختلفة من الفرضيات، فهو قد يقدم من أي شخص كان طرفاً في المحاكمة الابتدائية، إن كانت له مصلحة تبرر تقديم هذا الاستئناف، ويمكن تقديمه ضد الأطراف التي كانت حاضرة في تلك الخصومة، حتى ولو لم يكونوا هم ومن سبقهم مستأنفاً عليهم، ويأتى ذلك إما من المستأنف الرئيسي أو من المستأنف عليه لجلب هؤلاء من جديد أمام محكمة الدرجة الثانية، كما يمكن تقديمه أيضاً من مستأنف عليه ضد مستأنف عليه آخر (المادة 548)، وبذا يمكن لنا إجمال صور الاستئناف المثار في الحالات الأربعة الآتية، على أن نبدأ بصورتين لهما أهميتهما.

الصورة الأولى - الاستئناف المثار المقدم من المستأنف الأصلي:

وهنا يمكن أن يطرح على بساط البحث التساؤل حول إمكانية تقديم استئناف مثار من المستأنف الأصلي نفسه، وما إذا كان يحق للمستأنف استئنافاً أصلياً أن يستأنف ذات الحكم مرة ثانية استئنافاً مثاراً؟ وإن كان يملك ذلك ففي أي الحالات يحق له فيها تقديم الاستئناف المثار، وهو أول الخصوم الذين بدأ بهم الاستئناف، وبمقدوره جلب من يشاء من أطراف الخصومة الأولى لخصومة الاستئناف؟

كان القضاء الفرنسي لا يتصور إمكانية حدوث مثل هذا الاستئناف، إذ لم يكن هذا الأمر معروفاً في قانون الإجراءات المدنية القديم، أي قبل النص عليه في المادة 549، وقد شاعبه في ذلك كثير من الفقه الفرنسي، ويرى هؤلاء أنه "حق أعطي للغير، ووجد تبريره في قيام المستأنف الأصلي برفع استئنافه، ولهذا سمي بالاستئناف الذي أثاره الاستئناف الأصلي، وإن سمح للمستأنف الأصلي باستخدامه فلن يبقى استئنافاً "أثاره" الاستئناف الأصلي، بل يصبح وسيلة للتحايل على نص المادة 457،

والتي تفرض على المستأنف أن يلتزم بمدة شهر من تاريخ رفع الاستئناف الأصلي، إذا أراد أن يمد نطاق استئنافه ضد أشخاص آخرين⁽⁶⁶⁾.

كل هذا كان قبل تعديل عام 1972م، حيث كان القضاء الفرنسي يسير على الحكم بعدم قبول الاستئناف المثار المقدم من قبل المستأنف الأصلي، وحينما كان النص القديم يشترط فقط لقبول هذا الاستئناف بأن ينبثق عن الاستئناف الرئيسي، أما وقد تم تعديل نص المادة 549 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي، وأصبح الاستئناف المثار بذلك مقبولاً في أي حال كانت عليها الدعوى، سواء أثاره الاستئناف الأصلي أو الاستئناف الفرع، فإنه يجوز تقديم مثل هذا الاستئناف .

L'appel incident peut également émaner, sur l'appel principal ou incident qui le provoque

ومع ذلك يبرر جانب من الفقه جواز استخدام الاستئناف المثار بواسطة المستأنف الأصلي "بأنه إذا كانت المادة 555 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي تجيز للمستأنف أن يختصم أشخاصاً من الغير لأول مرة أمام محكمة الاستئناف

(66) - د. عبد الرحمن، حمدي: ص74.

بهدف الحكم عليهم، إذا ما أدى تطور النزاع إلى توليد الحاجة لاختصاصهم، فإنه لا يوجد ما يمنع المستأنف من استخدام الاستئناف المثار لكي يجتذب إلى خصومة الاستئناف أشخاصاً لا يمكن اعتبارهم من الغير⁽⁶⁷⁾.

هذا القياس من وجهة نظرنا لا يتفق وسياق نص المادة 549، ولا شروطها، كما لا يتفق مع الأسس التي بموجبها أذن المشرع الفرنسي باستخدام هذه الوسيلة، ذلك أن المادة 549 تشدد على عبارة "وكان طرفاً أمام محكمة الدرجة الأولى"، أي الطرف الموجود بالفعل في المحاكمة الابتدائية، فهو يقدم من أي شخص أو يتم توجيهه ضد أي شخص بعد أن كان طرفاً فيها، وهو ماتعززه صياغة النص السابق.

أما نص المادة 555 فرنسي فهو يواجه الحالات التي يجوز فيها استثناء اختصاص الغير لأول مرة أمام محكمة الاستئناف، وأن يكون هذا التدخل مبرراً بتطور النزاع، على اعتبار أن الاعتراف بإدخال شخص ثالث لأول مرة أمام محكمة الاستئناف يصطدم حقيقة بمبدأ التقاضي على درجتين.

(67) - انظر: د. نبيل إسماعيل عمر: الوسيط، ص 909.

حتى أن الغرفة الإجتماعية لمحكمة التمييز المدنية عقت في قرارها الصادر بتاريخ 4/ يوليو/2018م على حكم صادر من محكمة استئناف باريس بعدم قبول طلب إدخال مدير شركة قامت بإخطار موظفة بإنهاء عقدھا، معللة ذلك بقولھا: "ومع ذلك فإن المادة 555 لها تفسير صارم، لأنها تنتقص من الدرجة المزدوجة للولاية القضائية، ويترتب على ذلك أنه إذا كان يمكن توريط أي شخص أمام محكمة الاستئناف عن طريق التدخل القسري في حال تطور النزاع، فإن هذا التدخل يكون مقبولا فقط إذا كان يهدف إلى الكشف عن ظرف واقعي أو قانوني ناشئ عن الحكم أو لاحق له"⁽⁶⁸⁾، فقد لا تكتشف هذه الوقائع المادية أو القانونية إلا بعد صدور الحكم الابتدائي، كما لو استعانت محكمة الاستئناف بخبير أثّر تقريره في وجه المنازعة والحكم فيها .

وعلى أية حال، وبالعودة لموضوعنا، وفيما يتعلق بالاستئناف المثار المرفوع من المستأنف الأصلي فإن الحكم الذي أصدرته الغرفة الثانية لمحكمة التمييز

⁽⁶⁸⁾ – Cour de cassation, civile, Chambre sociale, 4 juillet 2018, 16-29.051, Publié au bulletin

المدنية، والسابق الإشارة إليه، عند حديثنا عن ماهية الاستئناف المثار، يبين بما لا يدع مجالاً للشك الحالة التي يجوز فيها للمستأنف الأصلي تقديم استئناف مثار، حيث قالت المحكمة في معرض حديثها عن نص المادة 549، وعن الاستئناف المثار بأنه "لا يمكن أن يأتي الاستئناف المستحث من المستأنف الرئيسي إلا حينما ينشأ عن الاستئناف الفرعي الذي قدمه المستأنف عليه"⁽⁶⁹⁾.

وعليه فإن المستأنف استئنافاً أصلياً يملك تقديم استئناف ثانٍ في مواجهة أي طرف كان حاضراً في المحاكمة الأولى، ولولم يدع هذا الطرف إلى خصومة الاستئناف، وذلك رداً على الاستئناف الفرعي الذي رفع من قبل المستأنف عليه، وهو يسعى من خلال ذلك الحكم على المستأنف عليه في حالة ما رفض استئنافه الأول.

وقد جاء هذا الحكم بمناسبة عدم قبول استئناف مثار مقدم من قبل المستأنف الأصلي، رداً على استئناف فرعي مقدم من المستأنف عليه، فقط لأنه لم يقدم خلال

⁽⁶⁹⁾ – Cour de cassation, Chambre civile 2, op.cit., 9 janvier 2014, 12-27.043

المهلة القانونية المحددة له، "حيث إنه في سياق إدارة الأصول العقارية لصندوق معاشات تقاعد ألماني تشرف عليه ولاية بافاريا، وتتم إدارته نيابة عن شركة "أ" (1.3)، من قبل الشركة "ب"، قامت هذه الشركة، وهي الشركة "ب" بتفويض الشركة "ج" بإدارة الممتلكات التي عهد بها إليها، ونتج عن ذلك أن قامت هذه الأخيرة برفع دعوى أمام المحكمة التجارية ضد شركة (1-3)، وشركة "ب"، ثم تقدمت بأول استئناف أصلي في 16 مارس 2011م ضد حكم المحكمة التجارية، والذي رفض إدعاءاتها ضد الشركة "ب"، وبصفتها مستأنفاً عليها قامت الشركة "ب" برفع استئناف فرعي في 8 يوليو 2011 م، وقالت بأنها لم تقدم أي التزام شخصي تجاه الشركة "ج" في إدارة الأصول، وبموجب ذلك قدمت الشركة "ج" استئنافاً مثاراً ضد شركة (1.3) في 28 سبتمبر 2011م، وقالت في طلباتها أنها تسعى من ذلك إلى الحكم على شركة (1-3) كبديل إذا ما قررت محكمة الاستئناف من خلال إجراء استثنائي أن الشركة "ب" لم تكن ملتزمة شخصياً بالتوقيع في ذلك الوقت.

وتم الطعن في هذا الحكم قيد الاستئناف؛ لأنه أعلن عدم قبول الاستئناف المقدم من الشركة "ج" ضد الشركة (1-3)، حيث تؤكد الشركة "ب" أن هذا استئناف مثار خارج الوقت المحدد له، أو المهلة الزمنية المحددة للاستئناف، بينما ترى شركة "ج" أنه يدور حول استئناف أصلي ثانٍ، وأنها حينما قدمت هذا الاستئناف فإنها لا تقصد به أن يكون استئنافاً مثاراً، وإنما هو استئناف ثانٍ في حالة مافرض استئنافها الأول.

وقد أكدت الغرفة الثانية لمحكمة التمييز المدنية على أن الاستئناف المثار ضد طرف في الدرجة الأولى هو استئناف مقبول، إذا ماتم تقديمه خلال المهلة الزمنية المحددة، ومادام أنه يفي بجميع الشروط الإجرائية، ولا يهم بعد ذلك حتى ولو كان ناتجاً عن الاستئناف الفرعي المقدم من المستأنف عليه.

إلا أنه بعد أن لوحظ أن صاحب الاستئناف الرئيسي، الموجه ضد أحد الأطراف في الدرجة الأولى، أشار في استنتاجاته (أي في المستندات التي تحتوي على بيان بالأسباب الواقعية والقانونية) إلى أنه قدم استئنافاً ثانياً ضد متهم آخر ردّاً

على الاستئناف الذي رفع عرضاً ضده من قبل المستأنف عليه الرئيسي، وسعى فقط إلى إدانة المستأنف عليه الثاني، في حالة رفض استئنافه الأول، كانت محكمة الاستئناف قادرة على أن تقرر أن الاستئناف الثاني، الذي نشأ عن الاستئناف المضاد الذي قدمه المدعى عليه الرئيسي، كان طلب استئناف تم تقديمه بإعلان إلى السجل لأكثر من شهرين، ويترتب على الجمع بين المادتين 910 و68 من قانون الإجراءات المدنية أن الاستئناف المقدم ضد طرف ثالث يجب أن يتم عن طريق الاستدعاء (الاستحضار)، بما يعادل الاستنتاجات، في غضون شهرين من الاستئناف الذي يثيره، ويترتب على ذلك أن هذا الاستئناف الذي تم استفزازه، والذي تم تقديمه بإعلان إلى السجل بعد أكثر من شهرين من الاستئناف العرضي الذي استدعاه، أي في 28 سبتمبر 2011م، ومن ثم فهو غير مقبول، ولا يمكن للشركة "ج" الاستفادة من أحكام المادة 550 من قانون الإجراءات المدنية التي تنص على أنه يجوز لمن فقد حقه في الطعن بالحكم الابتدائي بصورة أصلية أن يقدم استئنافاً

مثاراً⁽⁷⁰⁾، فمثل هذا الاستئناف إذاً هو استئناف مثار مقدم من المستأنف الأصلي في مواجهة طرف كان حاضراً في المحاكمة الابتدائية، نشأ عن الاستئناف الفرعي المرفوع من قبل المستأنف عليه ورداً عليه.

الصورة الثانية- الاستئناف المثار المقدم من المستأنف عليه في مواجهة مستأنف عليه آخر، أو الاستئناف المثار بين المستأنف عليهم:

عملاً بأحكام المادة 548 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي فإنه يجوز للمستأنف عليه أن يتقدم باستئناف عارض، سواء في مواجهة المستأنف الأصلي، أو في مواجهة المستأنف عليهم الآخرين، حيث جرى نص هذه المادة على النحو الآتي:

L'appel peut être incidemment relevé par l'intimé tant contre l'appelant que contre les autres intimés

وذلك حينما يكون كلا المستأنف عليهما قد سبق وأن كانا في نزاع متعلق بمصالحهما أمام محكمة الدرجة الأولى، إذ في مثل هذه الحالة لا يعدو أن يكون

(70) - المصدر نفسه، والحكم ذاته.

استثناءً رفعه الخاسر في الدعوى على من كسب تلك القضية أمام محكمة الدرجة الأولى، بخلاف ما لو لم يكونا قد تنازعا من الأساس أمام محكمة أول درجة، وذلك لأن قاضي الاستئناف سيجد نفسه والحالة هذه أمام طلب جديد لم يخضع للفحص أمام محكمة الدرجة الأولى⁽⁷¹⁾.

ومن الأمثلة على ذلك حينما يرفع صاحب البناء دعوى على عاملين كلفا بالقيام بعمل معين، ولم يمثل العاملان كفريق واحد أمام محكمة الدرجة الأولى، وصدر الحكم الابتدائي برد مطالب صاحب البناء، فاستأنف الأخير استثناءً أصلياً ضد العاملين، مما أثار استئناف كلا العاملين بوجه بعضهما البعض⁽⁷²⁾.

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن القضاء في مصر يسير على أنه لا يجوز تقديم الاستئناف الفرعي بوجه مستأنف عليه آخر، إذ من المقرر، وعلى ما جرى به قضاء محكمة النقض، فإن "المشرع أجاز في الفقرة الثانية من المادة 237 من قانون المرافعات -استثناءً من الأصل العام- للمستأنف عليه في الاستئناف

(71) - بهذا المعنى د. عمر، نبيل إسماعيل: الوسيط، ص 811 - 812 .

(72) - Sherine Haddad : L'appel incident op cit., p 47

الأصلي أن يرفع استئنافاً فرعياً، ولو بعد فوات مواعيد الاستئناف، أو بعد قبوله الحكم المستأنف قبل رفع الاستئناف الأصلي؛ إلا أنه يشترط لذلك أن يوجه الاستئناف الفرعي إلى المستأنف الأصلي وحده، وبصفته التي اتخذها في الاستئناف الأصلي، فلا يوجه إلى مستأنف عليه آخر في الاستئناف الأصلي، أو إلى خصم لم يقر برفع هذا الاستئناف، وذلك تحقيقاً للعللة من إجازة رفع الاستئناف الفرعي استثناء بعد الميعاد، وهي تمكين المستأنف عليه في الاستئناف الأصلي من الرد على خصمه الذي باغته بإقامة استئنافه قبله، والذي ما فوت على نفسه ميعاد الطعن، أو قبل الحكم المستأنف، إلا لاعتقاده برضا خصمه به، وهذه العلة تنتفي إذا وجه الاستئناف الفرعي إلى غير المستأنف الأصلي⁽⁷³⁾.

(73) - انظر طعن رقم 10254، سنة 65 ق، جلسة 2007/2/9م، المكتب الفني سنة 58، وفي جلسة 21 يوليو 1994م، في الطعن رقم 2750، 2751 سنة 57 ق، قضت محكمة النقض المصرية بأنه "لما كان ذلك وكان الاستئناف الأصلي 471 لسنة 42 ق الإسكندرية - مأمورية دمنهور - قد رفع من الطاعن في الطعن الأول على المطعون ضدهما عما قضى لهما به عليه بالحكم الصادر في 30/4/1986م، والذي قضى لهما كذلك على الطاعن في الطعن المائل بنصيب من حصتهما الميراثية، فإنه لا يجوز لهذا الأخير رفع استئناف فرعي عن هذا الحكم، لأنه يكون موجهاً إلى المستأنف الأصلي، بل من مستأنف عليه في الاستئناف الأصلي إلى مستأنف عليهما آخرين - المطعون ضدهما -، لما كان ما تقدم، وكان جواز أو عدم جواز الاستئناف الفرعي أمراً متعلقاً بالنظام

كما يجمع الفقه القائم في مصر على عدم قبول توجيه الاستئناف الفرعي من مستأنف عليه في الاستئناف الأصلي إلى مستأنف عليه آخر، ولو كان هذا الأخير قد رفع استئنافاً فرعياً أو مقابلاً ضد المستأنف الأصلي، حتى ولو كان قد أبدى طلبات ضده أمام محكمة أول درجة، وفي هذه الحالة الأخيرة يجب عليه أن يرفع ضده استئنافاً أصلياً في الميعاد القانوني⁽⁷⁴⁾، وإن كان الفقه المصري الحديث يجيز رفع الاستئناف الفرعي من مستأنف عليه على مستأنف عليه آخر، ويبرر ذلك بأن هذا "يؤدي إلى إعادة تكوين النزاع مرة ثانية أمام محكمة الدرجة الثانية، وذلك عن طريق توسيع الأثر الناقل للاستئناف من حيث الموضوع، فلا يوجد إذاً هنا مجال لطلبات جديدة بموضوعها"⁽⁷⁵⁾.

العام لمحكمة النقض أن تقضي به من تلقاء نفسها، عملاً بالحق المخول لها في الفقرة الرابعة من المادة 253 من قانون المرافعات، وكان نقض الحكم المطعون فيه بالنسبة للطاعن لا يحقق له سوى مصلحة نظرية بحتة، لأن محكمة الاستئناف ستقضي حتماً بعدم جواز الاستئناف الفرعي الذي أقامه الطاعن، ومن ثم يكون الطعن غير منتج، ومن ثم غير مقبول"، المكتب الفني 22 لسنة 45، ص 1073

(74) - العشماوي محمد، د. عبد الوهاب: قواعد المرافعات، ص 897-898، وانظر كذلك د. فهمي، وجدي راغب:

مبادئ القضاء المدني، ص 638، هامش (1).

(75) - د. عمر، نبيل إسماعيل: الوسيط، ص 813.

وبهذا يمكن القول إنه إذا كانت المصلحة في تقديم الاستئناف المثار ناشئة عن طعنٍ موجه من طرف آخر، فإنه يجوز للمستأنف عليه أن يتقدم باستئناف عارض، سواء في مواجهة المستأنف الأصلي، أو في مواجهة المستأنف عليهم الآخرين (المادة 548 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي).

الصورة الثالثة- الاستئناف المثار المقدم من المستأنف عليه في مواجهة شخص كان طرفاً في المحاكمة الابتدائية:

والفرض هنا هو أن يصدر حكم أول درجة لصالح شخصين كالضامن والمضمون، ويطعن فيه الطرف الآخر في مواجهة أحدهما، كما لو تم توجيه الاستئناف للمضمون وحده، فهذا الأخير وباعتباره مستأنفاً عليه فإنه، يجوز له اختصام الضامن فيه، وفقاً للقواعد العامة وما عليه كذلك قانون المرافعات الليبي (المادة 305)، فإنه لا يوجد ما يمنع من رفع استئناف عليه أو في مواجهته، بشرط أن يكون طرفاً في الخصومة التي انتهت بالحكم المطعون فيه.

وما يبرر قبول هذا النوع من الاستئناف هو وجود مصلحة للمستأنف عليه في رفع مثل هذا الاستئناف، ولا شك أن المصلحة هنا ظاهرة، لأنه إن لم يبادر برفع الاستئناف سيجد نفسه وحده أمام خطر احتمال تعديل حكم محكمة الاستئناف، وسيضطر للرجوع من جديد على الضامن، وهذا ما يتفق كذلك مع المفهوم الجديد للاستئناف كطريق لإنهاء النزاع أمام محكم الدرجة الثانية ما ظهر منه، وما لم يظهر.

الصورة الرابعة- الاستئناف المثار المقدم ممن كان طرفاً في المحاكمة الابتدائية ولم يدع لخصومة الاستئناف:

وهي الصورة الأكثر وضوحاً، وربما الأكثر شيوعاً أيضاً فالاستئناف المثار - ومن خلال ما عرضنا- يقدم من شخص، أو ضد شخص، ليس بغريب عن الخصومة، وإنما هو طرف فيها، غير أنه لم يوجه إليه الاستئناف في الحالة الأولى، فيتقدم باستئناف طارئ أو مثار للدفاع عن مصالحه، ولا يمكنه ذلك إلا باستخدام هذه الوسيلة، نظراً لاعتبارات عدة، إذ لا يمكنه تقديم استئناف أصلي لفوات

ميعاده، ولا استئناف فرعي كونه غير مستأنفٍ عليه، ولا أن يلج طريق التدخل في الخصومة باعتباره طرفاً في المحاكمة الابتدائية وجزءاً منها، ومن ثم فهو ليس من الغير حتى يمكنه ذلك.

فالمادة 549 من القانون الفرنسي سمحت لهذه الفئة باستخدام مكنة الاستئناف المثار -حماية لمصالحهم- لكونهم فقط أطرافاً في الدرجة الأولى، أو خصوماً في الدعوى أمام تلك المحكمة، ولكنهم لم يدعوا إلى إجراءات الاستئناف.

L'appel incident peut également émaner, sur l'appel principal ou incident qui le provoque, de toute personne, même non intimée, ayant été partie en première instance

وسواء أثاره استئناف رئيسي، أو استئناف فرعي، وقد مر بنا أن الغاية من الاستئناف المثار تدور حول فكرة النتيجة التي يهدف إليها هذا الاستئناف، فقد يقتصر الأمر على مجرد طلب تأكيد أو تأييد الحكم المستأنف حين تكون للشخص مصلحة تسوغ له الدفاع عن الحكم الصادر فيها

الخاتمة

بعد أن انتهينا بعون من الله وتوفيقه من هذه الدراسة، والموسومة بالاستئناف المثار في قانون الإجراءات المدنية الفرنسي طبيعته - وتطبيقاته، آن لنا أن نجمل ما توصلنا إليه من نتائج وتوصيات، تتمثل فيما يلي:

1- استبان لنا من خلال التعرض للتطور التاريخي للاستئناف المثار أنه بينما قيدت النصوص القديمة نظام الاستئناف المثار باشتراط أن لا يكون هذا الاستئناف سبباً في تأخير الفصل في الاستئناف الأصلي أو إطالة أمد النزاع، إذا بالنصوص الجديدة توسع من نطاق هذا الاستئناف، فتضيف أن الاستئناف المثار من الممكن أن ينشأ من الاستئناف الرئيسي أو من الاستئناف الفرعي على حد سواء، بعد ما كان النص القديم يقنع فقط لقبول هذا الاستئناف بأن ينبثق عن الاستئناف الرئيسي، وأن لا يكون سبباً في تعطيل سير الدعوى.

2- صياغة تعريف جامع مانع للاستئناف المثار ليست بالأمر اليسير، ذلك لأن المشرع الفرنسي - وحتى من خلال التعديلات التي طالت هذا النظام الإجرائي

وهي ليست بالقليلة. لم يضع تعريفاً محدداً وواضحاً له، وتكمن الصعوبة في وضع تعريف له كونه يضم أنواعاً مختلفة من الفرضيات، فهو قد يقدم من أي شخص كان طرفاً في المحاكمة الابتدائية، إن كانت له مصلحة تبرر تقديم هذا الاستئناف، ويمكن تقديمه ضد الأطراف التي كانت حاضرة في تلك الخصومة، حتى ولو لم يكونوا هم ومن سبقهم مستأنفاً عليهم، ويأتى ذلك إما من المستأنف الرئيسي أو حتى من المستأنف عليه لجلب هؤلاء من جديد أمام محكمة الدرجة الثانية، ومن الممكن أن يقدم كذلك من مستأنف عليه ضد مستأنف آخر، ومع كل هذا وذاك فهو قد ينشأ من الاستئناف الرئيسي أو من الاستئناف الفرعي الذي أثاره، وإن كان القضاء مع كل هذه الصعوبة لم يغفل بدوره، وفي إطار مهمته التفسيرية، عن وضع تعريف له كما ذكرنا.

3- الفائدة التي يحققها هذا النوع من الاستئناف هي أنه يساعد في أن يكون لخصومة الطعن نفس الاتساع الذي كان لها في أول درجة، وهو ما يعد ضماناً لوحدة الخصومة، ومساهمة في توسيع الأثر الناقل للاستئناف بالنسبة للأشخاص،

فمن خلاله يتم السماح لكل شخص كان طرفاً في المحاكمة الابتدائية بأن يستعمل هذه الأداة الإجرائية، حتى ولو لم يكن مستأنفاً عليه، وهو ما يؤدي بالضرورة إلى توسيع دائرة الحق في الاستئناف، بعد البدء في خصومة الاستئناف الأصلي .

4- لم يكن للفقهاء والقضاة رأي واحد بشأن الطبيعة القانونية للاستئناف المثار، ذلك أن الطبيعة الغامضة للاستئناف المثار، وإن جعلته يختلط إلى حد ما مع غيره من النظم الإجرائية الشبيهة كنظام التدخل؛ إلا أن هذا مجرد تشابه ظاهري، ولا يغني عن ضرورة مغايرة كل منهما للآخر، مع أن رسم الحد الفاصل بينهما يظل دائماً صعباً، فضلاً عن أن القول بأن الاستئناف المثار هو تدخل بالنظر إلى هدفه هو قول غير كافٍ للمساواة بينهما، ولذا فإن خصوصية الاستئناف المثار تنعكس على طبيعته القانونية، باعتباره -ومن وجهة نظرنا- نموذجاً فنياً وضعت بعض التشريعات الإجرائية التي تأخذ به بيد فئة من الأشخاص يجدون أنفسهم في مواجهة خطرين، خطر استئناف أصلي يؤثر على حقوقهم عند تعديل الحكم قيد الاستئناف،

وخطر فوات الميعاد، ولا يكون بمقدورهم استعمال وسيلة أخرى للدفاع عن هذه الحقوق، سوى اللجوء إلى هذه الأداة الفنية.

5. لكي يكون هناك محل لرفع استئناف مثار لابد من توافر مجموعة من الشروط، تتمثل في وجوب أن يكون هناك استئناف أصلي سابق لنشوء هذا الاستئناف، أو استئناف فرعي ترتب على وجود استئناف أصلي، لأن الاستئناف المثار إما أن ينشأ عن استئناف أصلي أو استئناف فرعي، فهو يمتاز بكونه نتيجة أحد هذين الأخيرين، ولا يمكنه أن يرى النور إلا بسبب أحدهما، كما يجب أن تكون هناك مصلحة تبرر قبول هذا الاستئناف، فضلاً عن ضرورة توافر ارتباط أو صلة بين موضوعي الاستئنافين، المثار والأصلي، ورأينا أن القضاء حاول وضع حد للجدل حول تحديد درجة الارتباط اللازمة لقبول الاستئناف المثار حيث اشترط وجود ارتباط كاف أو صلة بين موضوعي الاستئنافين موضوع الاستئناف الأصلي وموضوع الاستئناف المثار، وقد كرس القضاء الفرنسي وجهة النظر هذه لتحديد معايير قبول الاستئناف المثار، هذه المعايير تمثلت في وجوب أن يكون هناك رابط بين

الاستئناف، وأن يجد مقدم الاستئناف المثار أن وضعه كان مهدداً نتيجة الاستئناف الرئيسي، وهو ما يتجلى بوضوح في فكرة المصلحة المحتملة.

6- حاولنا من خلال هذه الدراسة إجمال صور الاستئناف المثار، ورأينا أنها تتمثل في صور أربعة، فالمستأنف استئنافاً أصلياً يملك تقديم استئناف ثانٍ في مواجهة أي طرف كان حاضراً في المحاكمة الأولى، ولو لم يدع إلى خصومة الاستئناف، وذلك رداً على الاستئناف الفرعي الذي رفع من قبل المستأنف عليه، ومن الممكن أيضاً أن يقدم من المستأنف عليه في مواجهة مستأنف عليه آخر، وهو الاستئناف المثار بين المستأنف عليهم، كما يملك المستأنف عليه تقديمه في مواجهة أي شخص كان طرفاً في المحاكمة الابتدائية، فضلاً عن الصورة الأكثر شيوعاً، وهي صورة الاستئناف المثار المقدم ممن كان طرفاً في المحاكمة الابتدائية، ولم يدع إلى خصومة الاستئناف.

7- تبين لنا أن المشرع الليبي وإن اكتفى بنوع واحد فقط من هذه الاستئنافات، وهو الاستئناف المقابل، وقنن قواعده في المادة 323 مرافعات؛ إلا أنه يمكن القول

أن معظم سبل الطعن السابقة -والمعلقة بأمر الاستئناف- قابلة للتطبيق في ظروف مماثلة أمام القاضي الليبي، ولا يوجد ما يمنع من الأخذ بالتجارب الإجرائية الأجنبية، بل وتطوير نظرية الاستئناف، إذا كان الهدف منها هو التيسير على المتقاضين في الخصومات بوجه عام، وكى لا تعاد أي مسألة ما مرتبطة بهذا النزاع مرة أخرى أمام محكمة الدرجة الأولى.

ثبت المصادر

- د. أحمد أبو الوفا: المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ط 14، 1986م.
- د. أحمد أبو الوفا: نظرية الأحكام في قانون المرافعات، ط 4، منشأة المعارف، 1980.
- د. أحمد ماهر زغلول، د. يوسف يوسف أبو زيد: أصول وقواعد المرافعات، بدون دار نشر.
- د. السيد عبد العال تمام: تأثير ارتباط الدعاوى على وحدة الخصومة المدنية، رسالة القاهرة، 1991م.
- حامد فهمي، د. محمد حامد فهمي: النقض في المواد المدنية والتجارية، لجنة التأليف والنشر والترجمة (بدون تاريخ).
- د. حمدي عبد الرحمن: الاستئناف المثار (أو الوقائي في القانون الفرنسي)، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، عين شمس، مج 13، ع 1، 1971م.

- د. رمزي سيف: الوجيز في قانون المرافعات المدنية والتجارية، ط1، 1957م، مكتبة النهضة المصرية.

- د. صلاح أحمد عبد الصادق: نظرية الخصم العارض في قانون المرافعات، رسالة من جامعة عين شمس، 1986م.

- د. عبد الحميد أبو هيف: المرافعات المدنية والتجارية والنظام القضائي، مطبعة الاعتماد، 1921م.

- د. فتحي والي: الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، 1991م.

- د. وجدي راغب فهمي: مبادئ القضاء المدني، ط1، 1986م، دار الفكر العربي.

- د. نبيل إسماعيل عمر: الوسيط في الطعن بالاستئناف في المواد المدنية والتجارية، 2004م، دار الجامعة الجديدة.

- د. محمد نور شحاتة: الاستئناف الاستثنائي، 1995م، دار النهضة العربية.

-Nicolas Gerbay; Vers une nouvelle conception de l'appel en matière civile? LA SEMAINE JURIDIQUE – ÉDITION GÉNÉRALE - N°29-34 , 15 JUILLET 2013

http://web.lexisnexis.fr/newsletters/avocats/10_2013/d1.pdf

— Chirine Mouhammad Omar Haddad

L'appel incident en droit Libanais et Français Mémoire rédigé
pour l'obtention d'un D.F.A

En Droit privé Beyrouth 2005

<https://fr.slideshare.net/ChirineHaddad/lappel-incident-en-droit-libanais-et-franais>

Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 24 octobre 1973, 72-11.684, Publié au bulletin

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

Cour de Cassation, Chambre Civile 2, du 16 février 1984, 83-11.106, Publié au bulletin,

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000007013254>

Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 11 mars 1999, 96-14.886, Inédit

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

Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 25 juin 2013, 12-20.413, Inédit

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000027635496>

Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 9 janvier 2014, 12-27.043, Publié au bulletin

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000028584947>

Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 18 octobre 2016, 15-13.834, Inédit

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000033301143/>

- قضاء المحكمة العليا الليبية بدوائرها مجتمعة في الطعن المدني رقم 542 / 47 ق، جلسة 19 / 5 / 2005م.

- قرارات محكمة النقض المغربية، القرار عدد 1922، الصادر بجميع الغرف بتاريخ 23 دجنبر 2010م في الملف التجاري ، عدد 1076 / 1/3 / 2005م.

- تمييز مدني لبناني: رقم 11 لسنة 1992م، تاريخ الجلسة 03 / 12 / 1992م، منشور في صفحة الجامعة اللبنانية، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية

القانونية،

<http://www.legiliban.ul.edu.lb/AdvancedRulingSearch.aspx>

- نقض مدنى مصري: جلسة 9 / 2 / 2007م، طعن رقم 10254، لسنة 65 ق.

- نقض مدنى مصرى: جلسة 31 / ديسمبر / 1964م، طعن رقم 30/16 ق، المكتب

الفنى، ع 3، س 15.

- قانون الإجراءات المدنية الفرنسي.

- قانون المرافعات المصري.

- قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.

- قانون المسطرة المدنية المغربي.

مدى دستورية إثبات جريمتي السرقة والحراقة باعتراف الجاني أمام

سلطة التحقيق أو بأية وسيلة إثبات علمية

"تعليق" على المبدأ الذي أصدرته المحكمة العليا الليبية بدوائرها

المجتمعة في قضية الطعن الدستوري رقم 3/56 ق الصادر بتاريخ

24 /3 /2014م"

The extent of the constitutionality of proving the crimes of theft and banditry by the perpetrator's confession before the investigation authority or by any scientific means of proof

Commentary on the principle issued by the Libyan Supreme Court in its assembled circuits in the Constitutional Appeal Case No. 3/56, issued on 3/24/2014.

د. عبد المنعم إمام الصرارعي⁽¹⁾

Dr.Abdulmem Amhmmmed Asrare

¹ - عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة المرقب- ليبيا.

الملخص

تعرض إثبات جريمتي السرقة والحراقة المعاقب عليهما حدًا في التشريع الليبي لجملة من التعديلات، وذلك منذ بداية تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في ليبيا في بداية سبعينيات القرن الماضي إلى الوقت الحاضر، واستقر الأمر في آخر تعديل لقانون السرقة والحراقة رقم 13 لسنة 1425م (1996م) على أن هذه الجريمة تثبت باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو المحاكمة، أو بشهادة رجلين، وقد قضت المحكمة العليا بدوائرها المجتمعة بعدم دستورية الإثبات باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق الابتدائي أو أية وسيلة إثبات علمية؛ لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية.

وانتهت الدراسة من خلال التعليق على هذا الحكم إلى أن المحكمة العليا كانت مصيبة في هذا المبدأ، وأوصت بضرورة تعديل نص المادة التاسعة من قانون حدي السرقة والحراقة المشار إليه، بحيث يكون على النحو الآتي: "إثبات

جريمة السرقة والحراقة المعاقب عليها حدًا يكون بإقرار الجاني أو بشهادة شاهدين،
وذلك أمام القاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى".

الكلمات المفتاحية: سرقة، حراقة، عدم دستورية، إثبات، اعتراف.

Abstract

The evidentiary system has developed in the crimes of robbery and banditry that are punishable in the Libyan legislation. This development has been noticed since the beginning of the application of the provisions of Islamic law in Libya in the early seventies of the last century to the present time. The matter was settled in the last amendment to the Law of Robbery and Banditry No. 13 of 1996, provided that this crime is proven by the perpetrator's confession at the investigation or trial stage, or by the testimony of two men. The Supreme Court in its assembled circuits ruled that proof is unconstitutional by the perpetrator's confession during the primary investigation stage or any scientific means of evidence; as it violates the provisions of Islamic law.

The study concluded by commenting on this ruling, that the Supreme Court was right in this principle. It recommended that the text of Article 9 of the aforementioned Theft and Banditry Law should be amended so that it is as follows: "proving the crime of robbery and banditry, that is punishable,

is based on the perpetrator's confession or the testimony of two witnesses, before the judge who has jurisdiction to adjudicate the case.”

Key words: Theft, Banditry, Unconstitutionality, Proof, Confession.

مقدمة

تطور نظام الإثبات في جريمتي السرقة والحراقة⁽²⁾ المعاقب عليهما حدًا في التشريع الليبي، وذلك منذ بداية تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في ليبيا في بداية سبعينيات القرن الماضي إلى الوقت الحاضر، ففي ظل القانون رقم 148 لسنة 1972م في شأن إقامة حدي السرقة والحراقة⁽³⁾ كانت الفقرة الأولى من المادة العاشرة من هذا القانون تنص على أن جريمتي السرقة والحراقة تثبتان بإقرار الجاني مرة واحدة أمام السلطة القضائية أو بشهادة رجلين، حيث ورد بالمذكورة التوضيحية لهذا القانون أن الإثبات المقرر في الشريعة الإسلامية أن جرائم الحدود لا تثبت إلا بوسائل إثبات محددة، وهي في جملتها لا تخرج عن الإقرار والبيينة،

² - الحراقة تعني: "الاستيلاء على مال الغير مغالبة، وقطع الطريق على الكافة، ومنع المرور فيها بقصد الإخافة، وذلك باستعمال السلاح أو أية وسيلة صالحة للإيذاء الجسماني، أو التهديد بأي منهما". عبدالعزيز مفتاح الغافود: ص 15.

³ - المنشور بالجريدة الرسمية، العدد (60) لسنة 1972م بتاريخ 23-12-1972م.

وأن الإقرار المعتبر شرعاً هو الذي يكون في مجلس القضاء أمام القاضي أو النيابة العامة؛ باعتبارها جزءاً من السلطة القضائية.⁽⁴⁾

ويلاحظ مما تقدم أن هذا القانون كان يميل إلى التشدد في إثبات هاتين الجريمتين، أخذاً بالرأي الراجح في الفقه الإسلامي الذي يشترط طريقتين لإثبات جريمتي السرقة والحراقة، هما الإقرار، ولو لمرة واحدة أمام السلطة القضائية، أو شهادة رجلين، وقد استمر العمل بهذا القانون ما يقرب من خمس وعشرين سنة، مع إدخال بعض التعديلات اليسيرة عليه، ونتيجة لهذه الشروط لم يتم تطبيق هذا القانون من الناحية الواقعية؛ وذلك لعدم توافر الدليل الشرعي⁽⁵⁾.

وفي وقت لاحق ثم إلغاء هذا القانون، والاستعاضة عنه بالقانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) في شأن إقامة حدي السرقة والحراقة، والذي أحدث تعديلاً جوهرياً على نظام إثبات هاتين الجريمتين، حيث نصت المادة التاسعة منه

⁴ - وردت الإشارة إلى المذكرة التوضيحية لهذا القانون في ملحق بمجلة دراسات قانونية، وهي تصدر عن أعضاء هيئة التدريس بكلية القانون جامعة قاريونس "بنغازي حالياً"، في عدد خاص عن تشريعات الحدود، المجلد السابع، سنة 1979م، ص 383-428.

⁵ - موسى مسعود إرحومة: تقدير نظام الإثبات في تشريعات الحدود، ص 469 .

على أنه: "تثبت الجريمة المنصوص عليهما في المادتين الأولى والرابعة من هذا القانون باعتراف الجاني وبأية وسيلة إثبات أخرى".

وقد استقر قضاء المحكمة العليا⁽⁶⁾ على أن عبارة "بأي وسيلة إثبات أخرى" في مجال جرائم الحدود يقصد بها أدلة الإثبات المقررة في الشريعة الإسلامية⁽⁷⁾، ولا يقصد بها وسائل الإثبات العامة المقررة في قانون الإجراءات الجنائية.

وفي إطار رحلة تطور نظام إثبات جرمي السرقة والحراية، صدر القانون رقم 10 لسنة 1369 و.ر (2001م) بشأن تعديل القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) في شأن إقامة حدي السرقة والحراية⁽⁸⁾ حيث نصت المادة التاسعة منه على أن: "تثبت جريمة السرقة والحراية المنصوص عليهما في المادتين الأولى

⁶ - المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 284 / 26، جلسة 28 - 10، 1980م، س3، ع17، ص 176.

⁷ - فعلى سبيل المثال من أدلة الإثبات المقررة في الشريعة الإسلامية، التي قال بها بعض فقهاء الشريعة الإسلامية في حد شرب الخمر بعض القرائن كالرائحة والقيء. راجع: موسى مسعود إرحومة: حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته، ص164.

⁸ - المنشور بمدونة التشريعات، العدد 2 لسنة 2001م، بتاريخ 7.8. 1369 و.ر (2001م).

والرابعة من هذا القانون باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو المحاكمة، أو بالشهادة، أو بأية وسيلة إثبات علمية".

والملاحظ هنا أن هذا النص هو أفضل من سابقه، وإن كان هو الآخر يصطدم بقواعد الإثبات المقررة لإثبات جرائم الحدود في الشريعة الإسلامية، خاصة فيما يتعلق بقبول الاعتراف الحاصل أمام النيابة العامة، وكذلك جواز الإثبات بأية وسيلة إثبات علمية⁽⁹⁾.

وأخيراً صدر القانون رقم 12 لسنة 2016م بشأن تعديل القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) في شأن إقامة حدي السرقة والحراية⁽¹⁰⁾ حيث تم تعديل نص المادة التاسعة ليكون على النحو الآتي: "تثبت جريمة السرقة والحراية المنصوص عليهما في المادتين الأولى والرابعة من هذا القانون باعتراف الجاني

⁹ - لمزيد من التفصيل حول أحكام جريمتي السرقة والحراية في التشريع الليبي راجع مصطفى إمام الصراري: ص 524 وما بعدها.

¹⁰ - المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 4، سنة 2016م، بتاريخ 24-4-2016م، ص 221.

بمرحلة التحقيق أو المحاكمة، أو بشهادة رجلين... "، ومما يحسب لهذا النص الجديد استبعاده إثبات جرمي السرقة والحراية بأية وسيلة إثبات علمية.

وينصب هذا البحث على دراسة مدى دستورية إثبات جرمي السرقة والحراية باعتراف الجاني أمام سلطة التحقيق أو بأية وسيلة إثبات علمية، وذلك من خلال التعليق على حكم للمحكمة العليا بدوائرها المجتمعة في الطعن الدستوري رقم "3" لسنة "56ق"، بجلستها المنعقدة علناً صباح يوم الاثنين 24 جمادى الأولى 1435هـ، الموافق 2014/03/24م، بمقر المحكمة العليا بمدينة طرابلس، والذي قررت فيه عدم دستورية المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة 1425 ميلادية في شأن إقامة حدي السرقة والحراية المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 1369 و.ر (2001م) فيما تضمنه من جواز إثبات جرمي السرقة والحراية باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو أية وسيلة إثبات علمية.

وسنحاول في هذا التعليق دراسة أسباب هذا الحكم، وبيان المسائل القانونية التي يثيرها، وما مدى انسحاب هذا المبدأ على بقية تشريعات الحدود الأخرى والقصاص؟ وذلك من خلال الخطة الآتية:

أولاً - ملخص وقائع وإجراءات الطعن الدستوري رقم 3 / 56 قضائية.

ثانياً - أسباب الطعن الدستوري رقم 3 / 56 قضائية.

ثالثاً - المسائل القانونية التي يثيرها مبدأ المحكمة العليا، وتقييم معالجتها.

رابعاً - مدى انسحاب المبدأ محل التعليق على الإقرار في بقية تشريعات الحدود الأخرى والقصاص.

والله الموفق

أولاً- ملخص وقائع وإجراءات الطعن الدستوري رقم 3/ 56 قضائية:

اتهمت النيابة الطاعن أنه بتاريخ 26-1-2007م، وبدائرة مركز شرطة

مسلاتة:

1- حالة كونه عاقلاً أتم الثامنة عشرة سنة ميلادية مختاراً غير مضطر استولى على الأشياء المبينة نوعاً بالأوراق والمملوكة للمجني عليها "..." مغالبة، حالة كون الفعل حصل باستعمال سلاح بالتخصيص - سكين - وعلى النحو المبين بالأوراق.

2- استولى على الأشياء المبينة وصفاً ونوعاً بالأوراق والمملوكة للمجني عليها سالفه الذكر بطريق الإكراه، حالة كون الفعل حصل بالتسلل إلى بيت مسكون، وعلى النحو المبين بالأوراق.

وطلبت من غرفة الاتهام إحالته إلى محكمة الجنايات لمعاقبته بموجب نصوص المواد 4، 5، 8 من القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) في شأن إقامة حدي السرقة والحراية، والمادة 450/ 2 من قانون العقوبات، والغرفة قررت

ذلك، وأثناء نظر الدعوى تقدمت المجني عليها وزوجها بصحيفة ادعاء بالحق المدني ضد المتهم، مطالبين فيها بالتعويض عما أصابهما من أضرار مادية ومعنوية للجريمة المسندة للمتهم، ودائرة الجنايات بمحكمة استئناف مصراتة قضت حضورياً بمعاقبة المتهم بقطع يده اليمنى ورجله اليسرى، وبعدم قبول الدعوى المدنية، ولم يلق هذا الحكم قبولاً لدى المحكوم عليه، فقرر الطعن عليه بطريق النقض، والمحكمة العليا قضت بنقضه والإعادة، وقد نُظرت الدعوى مجدداً من هيئة أخرى بمحكمة استئناف مصراتة، والتي قررت التأجيل بناء على طلب الطاعن؛ لإعطائه فرصة لرفع دعوى دستورية أمام المحكمة العليا بشأن المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة 1425 م (1996م) في شأن إقامة حدي السرقة والحرابة.

ثانياً - أسباب الطعن الدستوري رقم 3/ 56 قضائية:

ينعى الطاعن بعدم دستورية نص المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة 1425 م (1996م) بشأن السرقة والحرابة المعدلة بالقانون رقم 10 لسنة

1369 و.ر (2001م) تأسيسًا على أن هذه المادة أجازت إثبات جريمتي السرقة والحرابة المعاقب عليها حدًا باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو بأية وسيلة إثبات علمية، وهو ما يعد مخالفًا لأحكام الشريعة الإسلامية والقرآن الكريم الذي هو شريعة المجتمع، وفقًا للمادة الثانية من إعلان قيام سلطة الشعب، والمادة الخامسة من القانون رقم 20 لسنة 1991م بشأن تعزيز الحرية، حيث يستند الاتهام في الدعوى المرفوعة على الطاعن على اعترافه بمحضر تحقيق النيابة، وهو ما يخرج عن طرق الإثبات المقررة في الشريعة الإسلامية لإثبات جرائم الحدود، والتي في جملتها لا تخرج عن الإقرار والبيئة؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَسْتَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾⁽¹¹⁾، ولما ثبت عن النبي ﷺ من أنه لم يقطع أحد السارقين إلا بعد أن اعترف مرتين⁽¹²⁾.

¹¹ - سورة البقرة: الآية 282.

¹² - روى أبو أمية المخزومي أن النبي ﷺ أتى بلص قد اعترف اعترافًا ولم يوجد معه متاع، فقال رسول الله ﷺ: "ما إخالك سرقت"، قال: بلى، فأعاد عليه مرتين أو ثلاثًا فأمر به فقطع. أخرجه أبو داود في سننه، ج4، ص135 حديث رقم 4380. وقد ضعف الشيخ محمد ناصر الدين الألباني هذا الحديث في ضعيف ابن ماجه للإمام الحافظ أبي عبدالله القزويني، ص206.

كما أن الفقهاء ذهبوا إلى أن الإقرار المعتبر شرعاً هو الذي يكون في مجلس القضاء أمام القاضي الذي له ولاية الحكم في الدعوى، وقد استقرت المحكمة العليا في العديد من أحكامها على أنه يجب في جرائم الحدود توافر الأدلة الشرعية التي أوردتها قوانين الحدود على سبيل الحصر... ومن ثم فإن عبارة إثبات الجريمة بأية وسيلة إثبات علمية الواردة في قانون السرقة والحراقة يجب أن لا تؤخذ على أن القانون ترك إثباتها للقواعد العامة في الإثبات في قانون الإجراءات الجنائية؛ لأن ذلك يصطدم بالآيات الصريحة في القرآن الكريم.

وخلص الطاعن إلى طلب الحكم بعدم دستورية نص المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) بشأن إقامة حدي السرقة والحراقة والمعدلة بالقانون رقم 10 لسنة 1369و.ر (2001م) فيما تضمنه من إثبات الجريمة باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو بأية وسيلة إثبات علمية.

ثالثاً - المسائل القانونية التي يثيرها مبدأ المحكمة العليا وتقييم معالجتها:

يثير هذا المبدأ مسألتين قانونيتين على قدر كبير من الأهمية، تتعلقان

بمسألة الإثبات في جريمتي السرقة والحراقة، هما:

1- مدى دستورية إثبات جريمتي السرقة والحراقة باعتراف الجاني أمام سلطة

التحقيق أو بأية وسيلة إثبات علمية.

2- مدى اشتراط أن يكون الإقرار أمام القاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى

في بقية تشريعات الحدود الأخرى والقصاص.

وسوف يتم مناقشتها تباعاً في الفقرتين الآتيتين:

المسألة الأولى- مدى دستورية إثبات جريمتي السرقة والحراقة باعتراف الجاني

أمام سلطة التحقيق أو بأية وسيلة إثبات علمية:

تجدر الإشارة هنا إلى أن المحكمة العليا تصدت للمسألة المعروضة، حيث

انتهت في حكمها إلى عدم دستورية نص المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة

1425م (1996م) في شأن حدي السرقة والحراقة المعدل بالقانون رقم 10 لسنة

1369 و.ر (2001م) فيما تضمنه من جواز إثبات جريمتي السرقة والحراية
 باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو أية وسيلة إثبات علمية، وقد أسست حكمها
 على أن القرآن الكريم شريعة المجتمع، وفقاً لما تنص عليه التشريعات ذات الطابع
 الدستوري، وأن السنة الثابتة مفسرة للقرآن ومتممة له، لقوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ
 الذِّكْرَ لِتُبَيِّنَ لِلنَّاسِ مَا نُزِّلَ إِلَيْهِ﴾⁽¹³⁾، وقوله تعالى: ﴿وَمَا يَنْطِقُ عَنِ الْهَوَىٰ (3) إِنْ
 هُوَ إِلَّا وَحْيٌ يُوحَىٰ﴾⁽¹⁴⁾ وقوله تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ
 فَانْتَهُوا﴾⁽¹⁵⁾، بما تكون معه أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية المجمع على ثبوتها
 عن رسول الله ﷺ من القواعد الدستورية التي يجب أن تصدر كافة التشريعات
 موافقة لها، فإن خرجت عليها اتسمت بعدم الدستورية.

كما ورد في أسباب حكمها أن جمهور الفقهاء الإسلامي أجمعوا على أن
 السرقة والحراية المعاقب عليها حداً لا تثبتان إلا بالإقرار في مجلس القضاء، أو

⁽¹³⁾ سورة النحل: الآية 44.

⁽¹⁴⁾ سورة النجم: الآيتان 3-4.

⁽¹⁵⁾ سورة الحشر: الآية 7.

بالبينة، وهي شهادة رجلين عدلين وفقاً للمصدرين "القرآن والسنة"، ولما كان القانون رقم 10 لسنة 1369 و. ر (2001م) بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة نص في مادته التاسعة على أنه: "تثبت جريمة السرقة والحرابة المنصوص عليهما في المادتين الأولى والرابعة من هذا القانون باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو المحاكمة أو بالشهادة أو بأية وسيلة إثبات علمية"، وبهذا يكون هذا النص قد خرج عن مبادئ الشريعة الإسلامية المستقاة من القرآن والسنة في عدم جواز إثبات جرمي السرقة والحرابة المعاقب عليها حدًا بغير الإقرار والشهادة على النحو السالف بيانه، وأجاز إثباتهما باعتراف الجاني في غير مجلس القضاء، وبأية وسيلة إثبات علمية، مما يصمه بعدم الدستورية في هذا الشأن.

ونشير هنا بداية إلى أن المحكمة العليا كانت مصيبة في هذا المبدأ، وذلك من حيث النتيجة التي انتهت إليها بعدم دستورية نص المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) في شأن حدي السرقة والحرابة المعدل بالقانون

رقم 10 لسنة 1369 و.ر (2001م) فيما تضمنه من جواز إثبات جريمتي السرقة والحرابة باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق، أو بأية وسيلة إثبات علمية، مؤسسة قضاءها على أن أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية المجمع على ثبوتها عن رسول الله ﷺ من القواعد الدستورية التي يجب أن تصدر كافة التشريعات موافقة لها، فإن خرجت عليها اتسمت بعد الدستورية.

وقد أوردت في أسباب حكمها أن هذا ما ذهب إليه جمهور الفقه الإسلامي، حيث أجمعوا على أن السرقة والحرابة المعاقب عليها حدًا لا تثبتان إلا بالإقرار في مجلس القضاء، أو بالبينة وهي شهادة رجلين عدلين، وفقًا للمصدرين: القرآن والسنة.

وقد انتهت في حكمها إلى أن ما ورد النص عليه في المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة المشار إليه من أن جريمة السرقة والحرابة المنصوص عليهما في المادتين الأولى والرابعة من هذا القانون تثبتان باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو المحاكمة، أو بالشهادة،

أو بأية وسيلة إثبات علمية، قد جاء مخالفاً لمبادئ الشريعة الإسلامية المستقاة من القرآن والسنة في عدم جواز إثبات هاتين الجريمتين بغير الإقرار والشهادة على النحو السالف بيانه، وأجاز إثباتهما باعتراف الجاني في غير مجلس القضاء، وبأية وسيلة إثبات علمية، مما يصمه بعدم الدستورية في هذا الشأن.

والباحث يؤيد المحكمة العليا فيما ذهبت إليه من أن أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي في جرائم الحدود محصورة في طائفة معينة من الأدلة⁽¹⁶⁾، حيث اتفق جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة والحنفية على أن الحرابة المعاقب عليها حدًا لا تثبت بغير الإقرار والشهادة⁽¹⁷⁾، ومن ثم ليس للقاضي أن يقبل

⁽¹⁶⁾ وهو ما ورد النص عليه في مشروع قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة، المعد من قبل لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري، وقد بين في التوضيح بخصوص المادة 107 المتعلقة بإثبات جريمة الحرابة أن الشريعة الغراء أخذت في إثبات جرائم الحدود بنظام الدليل المحدد؛ حتى لا يترك فيها لمحض تقدير القاضي، والدليل المقبول في جرائم الحدود هو الإقرار والشهادة، وهو ما التزمه المشرع في إثبات حد الحرابة". راجع: قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة قانون العقوبات: ص 416 وما بعدها.

⁽¹⁷⁾ محمد بن أحمد بن رشد الحفيد: ج4، ص424.

للاثبات غيرها، ولا أن يبني قضاءه على غيرها، وإلا كان قضاؤه غير صحيح، ولا أساس له⁽¹⁸⁾.

ولكن من جهة أخرى يلاحظ أن المحكمة العليا لم تكن دقيقة في التعبير، عندما ذكرت أن جمهور فقهاء الشريعة أجمعوا على أن الإقرار الذي تثبت به جريمة السرقة والحرابة يجب أن يكون في مجلس القضاء؛ ذلك أن إجماع فقهاء الشريعة الذي تقصده المحكمة هو إجماعهم على أن جريمتي السرقة والحرابة لا يثبتان إلا بالإقرار أو شهادة رجلين، كما أسلفنا أعلاه، أما اشتراط أن يكون الإقرار أمام مجلس القضاء فهو ما ذهب إليه الإمام أبو حنيفة وحده، حيث يرى وجوب أن يكون الإقرار في مجلس القضاء، فإن أقر الجاني في غير مجلس القاضي فلا تقبل الشهادة على هذا الإقرار؛ لأنه إما أن يقر، وإما أن ينكر، فإن أقر كانت

(18) أحمد حسين: ص15.

الشهادة لغوًا، وكان الحكم للإقرار لا للشهادة، وإن أنكر اعتبر إنكاره رجوعًا عن الإقرار، والرجوع عن الإقرار صحيح في الحدود الخالصة حقًا لله كحد الزنا⁽¹⁹⁾.

أما مالك والشافعي وأحمد فلم يشترطوا أن يكون الإقرار في مجلس القضاء؛ إذ يجوز عندهم أن يحصل في غير مجلس القضاء، أو أن يشهد به الشهود في هذا المجلس، ولكنهم اختلفوا في الشهادة بالإقرار، فرأى مالك أن الشهادة على الإقرار تقبل، فإذا أنكر حصول الإقرار اعتبر إنكاره رجوعًا⁽²⁰⁾.

في حين يرى الشافعي قبول الشهادة على الإقرار، فإن أنكر الجاني حصول الإقرار منه لم يقبل إنكاره، ولا يعتبر عدولاً عن هذا الإقرار؛ لأنه تكذيبٌ للشهود وللقاضي، أما إن أكذب نفسه في إقراره فإن تكذيبه يعتبر رجوعًا عن إقراره⁽²¹⁾، ورأى أحمد قبول الشهادة بالإقرار، بشرط أن يشهد بالإقرار أربعة، فإن أنكر أو صدقهم دون أربع مرات فلا حد عليه؛ لأن إنكاره يعتبر رجوعًا، ولأن

(19) أبو بكر الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ص49.

(20) عبد الباقي الزرقاني: شرح الزرقاني على مختصر خليل، ج7، ص324.

(21) زكريا الأنصاري: أسنى الطالب، ج4، ص132.

تصديقهم لا يكفي فيه مرة واحدة؛ لأن الإقرار عند أحمد يشترط فيه أن يكون أربع مرات⁽²²⁾، ويلاحظ أن الإقرار يثبت عند مالك والشافعي بشهادة شاهدين فقط.

وخلاصة ما تقدم أن المحكمة العليا استندت على رأي أبي حنيفة - وليس رأي الجمهور - في وجوب أن يكون الإقرار أمام مجلس القضاء، وربما يكون سندها أنها طبقت نصوص الإحالة، واعتبرت أن رأي أبي حنيفة هو المشهور من أيسر المذاهب الفقهية المعتمدة.

وترتيباً على ما تقدم، لا يعتد بالإقرار الحاصل من المتهم أمام النيابة العامة، فعلاوة على كونه مخالفاً للشرعية كما أسلفنا، فإن فيه انتقاصاً من ضمانات المتهمين، والتي من أهمها حصول الإقرار أمام جهة محايدة؛ حتى يمكن الاطمئنان إلى هذا الإقرار، وهو ما لا يتوافر بقبول الاعتراف الحاصل من المتهم في مرحلة التحقيق، فعلاوة عن كون النيابة العامة سلطة تحقيق، وليست قضاء حكم، فهي من جهة أخرى خصم في الدعوى الجنائية، والخصم لا يمكن أن يكون

(22) موسى بن أحمد الحجاوي، الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ج4، ص255.

محايّداً، فكيف يتصور حيادها في التشريع الليبي وهي تجمع بين سلطتي التحقيق والالتهام.

إضافة إلى ذلك فإن التحقيق قد تقوم به جهة أخرى غير النيابة العامة، كماأموري الضبط القضائي أثناء ندبهم للقيام بتحقيق الجنايات في المناطق النائية عملاً بالمادة 2 مكرر من قانون الإجراءات الجنائية، أو في حالة ندبهم للقيام بإجراء أو أكثر من إجراءات التحقيق من قبل النيابة العامة أو قاضي التحقيق أو غرفة الاتهام⁽²³⁾.

ومن جهة أخرى فإن التحقيق برمته قد تتولاه جهة أخرى غير النيابة العامة كأعضاء ديوان المحاسبة، والذين وإن كانوا يتمتعون بصلاحيات النيابة العامة في مجال تحريك ورفع ومباشرة الدعوى الجنائية، إلا أنهم لا يعتبرون من أعضاء الهيئات القضائية⁽²⁴⁾.

(23) عوض محمد عوض: ج 1، ص 271.

(24) موسى إرحومة: تقدير نظام الإثبات في تشريعات الحدود، ص 472.

وبناء على ما تقدم، وفي ظل الظروف التي تعيشها بلادنا، يبقى القضاء هو السلطة الوحيدة التي يمكن تصور الحياد أمامها، فاستبعاد ثبوت جرمي السرقة والحراية بالإقرار أمام سلطة التحقيق هو ما يتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية، التي تدرأ الحدود بالشبهات، ودرء الحد بالشبهة لا يمنع من فرض عقوبة تعزيرية على الجاني⁽²⁵⁾.

أما فيما يتعلق بالإثبات بأية وسيلة إثبات علمية⁽²⁶⁾، والذي نُص عليه في المادة التاسعة من القانون رقم 10 لسنة 1369 و.ر (2001م)، وكذلك في التعديل الجديد التي تم بموجب القانون رقم 12 لسنة 2016م بشأن تعديل القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) في شأن إقامة حدي السرقة والحراية، فيمكن أن يكون في بعض الوسائل الحديثة التي كشف عنها العلم، كوجود بصمات المتهم

(25) محمد عطية الفيتوري: ص 520

(26) لمزيد من التفصيل بخصوص الوسائل العلمية في الإثبات الجنائي راجع: موسى إرحومة: قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي"، ص 45 وما بعدها .

على الشيء المسروق، أو استعمال وسائل فنية لاكتشاف الجرائم التي تقع عن طريق الكمبيوتر، والتي تتضمن اختلاس مبالغ مالية من منظومة المصارف⁽²⁷⁾.

ويلاحظ هنا أن هذه الوسائل العلمية لا تعدو أن تكون مجرد قرائن لا يمكن الركون إليها للحكم في مثل هذه الجرائم التي تتسم بصرامة العقوبة، إضافة إلى أن بعضها محل طعن في مشروعيته أصلاً، فلا يمكن قبولها حتى في مجال إثبات الجرائم التعزيرية⁽²⁸⁾، وحتى إذا ما دعت الحاجة إلى الأخذ بمثل هذا النوع من وسائل الإثبات، فينبغي ألا يكون ذلك على إطلاقه⁽²⁹⁾ كما ورد في المادة التاسعة من قانون حدي السرقة والحراقة المشار إليه، وإن كان الباحث يميل إلى استبعاد الإثبات بها أصلاً في جرائم الحدود؛ لأن مثل هذا النوع من وسائل الإثبات يبقى محل شك ونتائجه غير حاسمة، والقاعدة في الشريعة الإسلامية أن الحدود تدرأ بالشبهات.

(27) أبوبكر احتيوش: ص 232

(28) موسى إرحومة: تقدير نظام الإثبات في تشريعات الحدود، ص 471. من هذا الرأي أيضاً: مصطفى

الصراري: ص 535.

(29) أبوبكر احتيوش: ص 208.

هذا وقد أجرى القانون رقم 12 لسنة 2016م بشأن تعديل القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) في شأن إقامة حدي السرقة والحراقة تعديلاً مهماً على نص المادة التاسعة، حيث استبعد إثبات جريمتي السرقة والحراقة بأية وسيلة إثبات علمية، وبذلك يكون قد حسم الجدل حول مسألة إثبات جريمتي السرقة والحراقة بالوسائل العلمية، وهو مما يحسب لهذا التعديل.

ولكن مع ذلك يوصي الباحث بضرورة إجراء تعديل على نص المادة التاسعة من قانون حدي السرقة والحراقة رقم 13 لسنة 1425م (1996م) بحيث يكون على النحو الآتي: "إثبات جريمة السرقة والحراقة المعاقب عليهما حدًا يكون بإقرار الجاني أو بشهادة شاهدين، وذلك أمام القاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى".

أما عن الأساس القانوني الذي استندت إليه المحكمة في القول بعدم الدستورية المشار إليه، فإنه وإن كان الباحث يؤيدها في النتيجة التي انتهت إليها من عدم دستورية نص المادة التاسعة من قانون حدي السرقة والحراقة، إلا أنه من

جهة أخرى، ولما كان الحكم محل التعليق قد صدر بتاريخ 24 / 03 / 2014م، وهو تاريخ لاحق لصدور الإعلان الدستوري الصادر في 1-3-2011م، وترتيباً على ما تقدم كان المأمول من المحكمة العليا أن تشير في حكمها محل التعليق للمادة الأولى من الإعلان الدستوري المذكور، والتي نصت صراحة على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع⁽³⁰⁾، حيث اكتفت المحكمة العليا بالإشارة إلى التشريعات التي كانت تعتبر ذات طابع دستوري، والتي تعتبر ملغاة بعد صدور الإعلان المشار إليه، وكان المأمول من المحكمة العليا أن تؤيد قضاءها بالإشارة إلى هذا الإعلان، كما فعلت في الطعن الدستوري رقم 29 لسنة 59 ق، والذي صدر بتاريخ 23-12-2013م، حيث استندت المحكمة العليا إلى هذا الإعلان للقضاء بعدم دستورية نص المادة الثالثة مكرر من القانون رقم 7 لسنة 1430م، بتعديل أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423م بشأن القصاص والدية،

⁽³⁰⁾ تم تعديل هذه المادة، حيث أصبح نصها على النحو الآتي: "ليبيا دولة مسلمة مستقلة، الشعب فيها مصدر السلطات، عاصمتها طرابلس، ودينها الإسلام، والشريعة الإسلامية مصدر كل تشريع، ويعد باطلاً كل تشريع أو عمل أو تصرف يصدر بالمخالفة لأحكامها ومقاصدها...". التعديل الدستوري التاسع، الجريدة الرسمية، 24 مايو 2015م، العدد (1)، السنة الرابعة، 1-7-2015م، ص3.

والذي ترك تحديد المقدار المالي للدية بما يقبل به ولي الدم، حيث اعتبرت ذلك نكوصاً على أحكام الشريعة، ومخالفة صريحة للإعلان الدستوري الصادر في 1-3-2011م، الذي جعل من الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع⁽³¹⁾، وكان يفترض في المحكمة العليا أن تسير على ذات المنهج الذي أرسته في حكمها المشار إليه أعلاه.

وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت الدائرة الجنائية الثالثة بالمحكمة العليا في حكم حديث لها⁽³²⁾ بأن المحكمة العليا بدوائرها المجتمعة اعتبرت أن إثبات جريمتي السرقة والحراقة باعتراف الجاني أمام سلطة التحقيق أو بأية وسيلة إثبات علمية جاء مخالفاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وانتهت إلى نقض الحكم المطعون فيه؛

⁽³¹⁾ لمزيد من التفصيل راجع خالد سالم الفلاح: ص 60 وما بعدها.

⁽³²⁾ المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 57/1843 ق "الدائرة الثالثة"، جلسة 1-2-2017م، "غير منشور".

كونه أسس قضاءه بإدانة الطاعن على اعترافه بمحضر تحقيق النيابة فقط دون

القضاء⁽³³⁾

(33) وتجدر الإشارة هنا إلى أنه وبعد تعديل المادة التاسعة الذي أشرنا إليه واستبعاد إثبات جرمي السرقة والحرابة بأية وسائل علمية، فإن حكم الدائرة الثالثة المشار إليه، وإن كان قد أكد على عدم دستورية نص المادة التاسعة من قانون حدي السرقة والحرابة المشار إليه، إلا أنه يؤخذ عليه عدم إشارته إلى عدم توافر شرط المصلحة في الدعوى الدستورية فيما يتعلق بالشق الثاني من المادة التاسعة المحكوم بعدم دستورتها؛ والمتعلق بجواز الإثبات بأية وسيلة إثبات علمية، ذلك أن جريمة الحرابة المعاقب عليها حداً، والمنسوبة للطاعن، والتي أثار دفاعه بشأنها دافعاً بعدم دستورية المادة التاسعة في شقيها قد وقعت بتاريخ 4-4-2010م، أي في ظل سريان القانون القديم، وأثناء فصل المحكمة العليا في الدعوى المنظورة أمامها بتاريخ 1-2-2017م كان قد صدر قانون لاحق، وهو القانون رقم 12 لسنة 2016م، والذي عدل بموجبه نص المادة التاسعة، بحيث ألغى الشق المتعلق بالإثبات بأية وسيلة علمية، ومن ثم فإنه لا مجال للدفع بعدم دستورية الشطر الثاني من المادة التاسعة بعد صدور التعديل بموجب القانون رقم 12 لسنة 2016م المشار إليه؛ لأن هدف الطاعن من دفعه بعدم دستورية النص فيما يتعلق بإثبات جرمي السرقة والحرابة بأية وسيلة إثبات علمية يكون قد تحقق، ومن ثم تكون مصلحته غير قائمة.

وفي هذا السياق كانت المحكمة العليا قد قضت بدوائرها المجتمعة بأنه: "يشترط لقبول الدفع بعدم الدستورية أمام هذه المحكمة ما يشترط لقبول الدعاوى كافة وفقاً لقانون المرافعات المدنية والتجارية، وهي أن تتوافر المصلحة والصفة وأهلية التقاضي، وهي شروط عامة في كل الدعاوى، إلا أن شرط المصلحة في الدعوى الدستورية رغم اتفاهه في الأساس مع شرط المصلحة مع أي دعوى من وجوب أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة، إلا أن المصلحة في الدعوى الدستورية ترتبط بالمصلحة في الدعوى الموضوعية التي أثير الدفع بعدم الدستورية بمناسبة، والذي يؤثر في الحكم في الدعوى الموضوعية..."، وانتهت إلى عدم قبول الدعوى بعدم دستورية القانون رقم 13 لسنة 1425م بشأن إقامة حدي السرقة والحرابة.

راجع: المحكمة العليا الليبية بدوائرها المجتمعة رقم 44/2 ق، جلسة 19 - 5-2005م، "غير منشور".

ويثار التساؤل أخيراً عما إذا كان المبدأ الذي أرسته المحكمة العليا بشأن مكان حصول الإقرار، يسري أيضاً على الإقرار في بقية تشريعات الحدود الأخرى والقصاص، وهو ما سنعرض له في الفقرة الآتية:

المسألة الثانية- مدى انسحاب المبدأ محل التعليق على الإقرار في بقية تشريعات الحدود الأخرى والقصاص:

بعد أن خلصنا مما سبق إلى أن المحكمة العليا قضت بعدم دستورية إثبات جريمتي السرقة والحراقة باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق؛ لمخالفته لأحكام الشريعة الإسلامية، كان من المناسب -إتماماً للفائدة- مناقشة مسألة مدى سريان مضمون المبدأ الوارد في الحكم محل التعليق على الإقرار في بقية تشريعات الحدود الأخرى وفي القصاص، حيث يثار التساؤل عما إذا كان يشترط أن يكون الإقرار فيها أيضاً أمام المحكمة التي لها ولاية الفصل في الدعوى، أم يكفي أن يكون الإقرار في مرحلة التحقيق؟

للإجابة عن هذا التساؤل المطروح نقول: إن بعض تشريعات الحدود الأخرى والقصاص المشار إليها أشارت صراحة إلى وجوب أن يكون الإقرار أمام السلطة القضائية، في حين أن بعضها الآخر لم يحدد مكان حصول الإقرار، وهو ما سنبحثه في الفقرتين الآتيتين:

1- تشريعات أشارت صراحة إلى وجوب أن يكون الإقرار أمام السلطة القضائية:

أشارت بعض تشريعات الحدود صراحة إلى وجوب أن يكون إقرار الجاني أمام السلطة القضائية، وينبغي أن تفسر السلطة القضائية هنا بالقاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى، تماشيًا مع ما قرره المحكمة العليا في المبدأ محل التعليق، ومن هذه التشريعات القانون رقم 21 لسنة 2016م بشأن تعديل القانون رقم 4 لسنة 1423م في الخمر⁽³⁴⁾، حيث نص في مادته السابعة على أنه: "تثبت جريمة شرب الخمر المنصوص عليها في المادة (4) من هذا القانون بالإقرار أمام السلطة القضائية ولو لمرة واحدة أو بشهادة رجلين، أو بأية وسيلة من وسائل

⁽³⁴⁾ المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 4، سنة 2016م، بتاريخ 24-4-2016م، ص 242.

الإثبات الأخرى..."، وقد حسمت المحكمة العليا هذه المسألة حيث قضت بأن الاعتراف المعتقد به في جريمة شرب الخمر هو الذي يحصل أمام القاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى، ولم تعتد باعتراف المتهم أمام النيابة العامة، وذكرت أن الإقرار المعتقد به شرعا في جرائم الحدود، هو الإقرار الصريح الصادر أمام القاضي الذي له ولاية الحكم في الدعوى⁽³⁵⁾

⁽³⁵⁾ ولأهمية هذا الحكم نورد نصه كاملاً، حيث قضت المحكمة بأنه: "متى كان يبين بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه أنه تأسس في قضائه بإلغاء عقوبة الحد عن تهمة شرب الخمر المقضي بها في الحكم المعارض فيه وما سبقه على القول بأنه لم يصدر عنه اعتراف أمام السلطة القضائية بشربه الخمر، ثم قضى بمعاقبة المتهم تعزيراً مع وقف تنفيذ العقوبة عن تهمة تعاطيه الخمر المنصوص عليها بالمادة 6 من القانون 89 لسنة 1974م، وكان يبين من وقائع هذا الحكم أن الطاعن لم يحضر جلسات المحاكمات السابقة على الحكم المطعون فيه، وإنما حضر فقط أمام المحكمة المطعون في حكمها وأنكر أنه شرب خمرًا، وبذلك لا يكون المتهم قد اعترف أمام أية محكمة وإن كان قد اعترف أمام النيابة العامة وفق ما أشار إليه حكم أول درجة، والإقرار المعتقد به شرعا هو ذلك الإقرار الصريح الصادر أمام القاضي الذي له ولاية الحكم في الدعوى ذلك أن قضايا الحدود هي قضايا شرعية صرفة يكون الإثبات فيها وفق نصوصها وما استقر عليه قضاء هذه المحكمة بوسائل الإثبات المقررة شرعا لإثبات الحدود والتي من بينها الإقرار والبيئة ويتعين أن يتوفر فيها كل الشروط اللازمة شرعاً لصحتها، وبخصوص جريمة شرب الخمر فإن المادة 12 من قانون الخمر نصت على أن الإثبات فيها يكون بالإقرار أمام السلطة القضائية ولو مرة واحدة أو بشهادة رجلين أو بأية وسيلة من وسائل الإثبات الأخرى، ويراعى في صحة الإقرار والشهادة وشروطها اتباع المشهور من أيسر المذاهب، وقد استقر قضاء هذه المحكمة على أن وسائل الإثبات الأخرى المشار إليها يتعين أن تكون في نطاق الوسائل الشرعية".

المحكمة العليا الليبية، طعن جنائي رقم 284 / 26 ق، جلسة 1980/10/28م، مجلة المحكمة العليا،

س3، ع17، ص176.

كذلك القانون رقم 52 لسنة 1974م في شأن حد القذف المعدل بالقانون رقم 14 لسنة 2016م⁽³⁶⁾، حيث نص في مادته الخامسة على أن: "تثبت جريمة القذف بإقرار القاذف، ولو لمرة واحدة، أمام السلطة القضائية أو بشهادة رجلين"، مع الإشارة هنا إلى أن التعديل الجديد لم يحدث أي تعديل فيما يتعلق بإثبات جريمة القذف، حيث اقتصر على بعض المواد لم يكن من بينها المادة الخامسة المتعلقة بالإثبات.

2- تشريعات لم تحدد مكان حصول الإقرار:

من التشريعات التي نصت على الإثبات بالإقرار دون بيان مكان حصوله القانون رقم 22 لسنة 2016م بشأن تعديل بعض أحكام القانون رقم 70 لسنة 1973م بشأن إقامة حد الزنا وتعديل بعض أحكام قانون العقوبات⁽³⁷⁾، حيث نصت المادة السادسة مكرر منه على أنه: "تثبت جريمة الزنا المنصوص عليها

⁽³⁶⁾ المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 4، سنة 2016م، بتاريخ 24-4-2016م، ص 225.

⁽³⁷⁾ المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 4، سنة 2016م، بتاريخ 24-4-2016م، ص 233.

في هذا القانون باعتراف الجاني أو بشهادة أربعة شهود. ويراعى في صحة الإقرار والشهادة اتباع المشهور من أيسر المذاهب".

ويلاحظ هنا أن النص السابق يتطابق تمامًا مع نص المادة السادسة مكرر من القانون رقم 70 لسنة 1973م والمعدل بالقانون رقم 10 لسنة 1428 ميلادية قبل التعديل، ومن ثم فإن هذا التعديل لم يأت بجديد فيما يتعلق بإثبات جريمة الزنا.

وبالرجوع إلى النص المشار إليه أعلاه يلاحظ أنه لم يشترط صراحة أن يكون الإقرار أمام السلطة القضائية، ولكنه نص على الرجوع في صحة الإقرار إلى المشهور من أيسر المذاهب، ولا شك في أن أيسر المذاهب هنا بالنسبة للجاني هو مذهب الإمام أبي حنيفة، الذي يشترط أن يكون الإقرار أمام القاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى، وبناء على ذلك ينبغي أن يكون الإقرار في جريمة الزنا أمام القاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى.

أما فيما يتعلق بالقصاص والدية، فلم يتعرض القانون رقم 6 لسنة 1423م بشأن القصاص والدية -قبل حصول التعديل أو بعده- لمسألة الإثبات، حيث إن القانون رقم 18 لسنة 2016م⁽³⁸⁾ لم يأت بجديد، ولكنه أحال في مادته السابعة على أحكام الشريعة الإسلامية وفق ما يقرره أيسر المذاهب الإسلامية فيما لم يرد بشأنه نص، وأيسر المذاهب بالنسبة للمتهم هنا - كما أشرنا - هو مذهب الإمام أبي حنيفة، الذي يشترط أن يكون الإقرار أمام القاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى.

وخلاصة ما تقدم أن الإقرار في تشريعات الحدود الأخرى والقصاص ينبغي أن يكون أمام القاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى؛ وذلك تطبيقاً لما قرره المحكمة العليا في المبدأ محل التعليق، وكذلك باعتبار أن رأي أبي حنيفة الذي أخذت به المحكمة العليا يعتبر أيسر المذاهب الإسلامية بالنسبة للمتهم، فهو يشترط أن يكون الإقرار أمام القاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى.

(38) المنشور بالجريدة الرسمية، العدد 4، سنة 2016م، بتاريخ 24-4-2016م، ص 232

وحسماً لأي خلاف قد يحصل يوصي الباحث بتعديل نصوص الإثبات في بقية تشريعات الحدود الأخرى والقصاص، بحيث يتم النص صراحة على اشتراط أن يكون الإقرار أمام القاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى.

الخاتمة

في ختام هذا التعليق نستطيع القول إن المحكمة العليا بدوائرها المجتمعة كانت مصيبة في هذا المبدأ، وذلك من حيث النتيجة التي انتهت إليها بعدم دستورية نص المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) في شأن حدي السرقة والحراية، المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 1369 و.ر (2001م) فيما تضمنه من جواز إثبات جريمتي السرقة والحراية باعتراف الجاني بمرحلة التحقيق أو أية وسيلة إثبات علمية، مؤسسة قضاءها على أن أحكام القرآن الكريم والسنة النبوية المجمع على ثبوتها عن رسول الله ﷺ من القواعد الدستورية التي يجب أن تصدر كافة التشريعات موافقة لها، فإن خرجت عليها اتسمت بعدم الدستورية.

ولكن كان المأمول من المحكمة العليا أن تشير في حكمها إلى لمادة الأولى للإعلان الدستوري الصادر في 1-3-2011م، والتي نصت صراحة على أن الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، وعدم الاكتفاء بالإشارة إلى

تشريعات كانت تعتبر ذات طابع دستوري، والتي تعتبر ملغاة بعد صدور الإعلان الدستوري المشار إليه، وذلك كما فعلت في الطعن الدستوري رقم 29 لسنة 59 ق، والذي استندت فيه إلى الإعلان الدستوري الصادر في 1-3-2011م للحكم بعدم دستورية نص المادة الثالثة مكرر من القانون رقم 7 لسنة 1430م، بتعديل أحكام القانون رقم 6 لسنة 1423م بشأن القصاص والدية، والذي ترك تحديد المقدار المالي للدية بما يقبل به ولي الدم، حيث اعتبرت ذلك نكوصاً على أحكام الشريعة، ومخالفة صريحة للإعلان الدستوري الصادر في 1-3-2011م، الذي جعل من الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع.

أما فيما يتعلق بمدى انسحاب هذا المبدأ على الإقرار في تشريعات الحدود الأخرى والقصاص فإن ما قرره المحكمة العليا في الحكم محل التعليق من عدم دستورية نص المادة التاسعة من القانون رقم 13 لسنة 1425م (1996م) في شأن حدي السرقة والحراية المعدل بالقانون رقم 10 لسنة 1369 و.ر (2001م) فيما تضمنه من جواز إثبات جريمتي السرقة والحراية باعتراف الجاني بمرحلة

التحقيق أو أية وسيلة إثبات علمية، ينسحب على الإقرار في بقية جرائم الحدود الأخرى والقصاص في التشريع الليبي، بحيث ينبغي أن يكون الإقرار أمام القاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى؛ وذلك تطبيقاً لما قرره المحكمة العليا في المبدأ محل التعليق، وكذلك باعتبار أن رأي أبي حنيفة الذي أخذت به المحكمة العليا هو أيسر المذاهب الإسلامية بالنسبة للمتهم، فهو يشترط أن يكون الإقرار أمام القاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى.

ويوصي الباحث المشرع الليبي في نهاية هذا التعليق بضرورة إجراء التعديلات الآتية:

- 1- تعديل نص المادة التاسعة من قانون حدي السرقة والحراقة رقم 13 لسنة 1425م (1996م) بحيث يكون على النحو الآتي: "إثبات جريمة السرقة والحراقة المعاقب عليها حدًا يكون بإقرار الجاني أو بشهادة شاهدين، وذلك أمام القاضي الذي له ولاية الفصل في الدعوى".

- 1- بتعديل نصوص الإثبات في بقية تشريعات الحدود الأخرى والقصاص،
بحيث يتم النص صراحة على اشتراط أن يكون الإقرار أمام القاضي الذي
له ولاية الفصل في الدعوى.

ثبت المصادر

أولاً- القرآن الكريم:

ثانياً - السنة النبوية:

- سليمان بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني، سنن أبي داود، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، بيروت، المكتبة العصرية صيدا.
- محمد ناصر الدين الألباني، ضعيف ابن ماجه للإمام الحافظ أبي عبدالله محمد بن يزيد القزويني، الرياض، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، ط1، 1417هـ - 1997م.

ثالثاً- كتب الفقه الإسلامي:

- الكاساني (أبو بكر): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط1، 1409هـ - 1989م، المكتبة الحبيبية.
- الأنصاري (زكريا الأنصاري): أسنى الطالب في شرح روض الطالب، تحقيق: محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، بدون تاريخ نشر.

- الزرقاني (عبد الباقي بن يوسف بن أحمد الزرقاني): شرح الزرقاني على مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1422هـ، 2002 م.
- ابن رشد الحفيد (محمد بن أحمد): بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تعليق وتحقيق وتخريج: محمد صبحي حسن حلاق، القاهرة، مكتبة ابن تيمية، ط1، 1415هـ.
- الحجاوي (موسى بن أحمد بن موسى الحجاوي): الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: عبد اللطيف محمد موسى السبكي، بيروت، دار المعرفة، بدون طبعة، بدون تاريخ نشر.
- رابعاً - كتب الفقه القانوني:
- احتيوش (أبو بكر إمام): نظام الإثبات في جرائم الحدود بين الإطلاق والتقييد، رسالة ماجستير، أكاديمية الدراسات العليا، طرابلس، ليبيا، 2007م، "غير منشورة".
- حسين (أحمد حسين): أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، (بدون طبعة)، 2004م.

● أبوتوتة (عبدالرحمن محمد): شرح قانون الإجراءات الجنائية الليبي، دار الرواد، طرابلس، ط1، 2017م.

● الغافود (عبدالعزیز مفتاح): أحكام جريمة الحراية في التشريع الجنائي الليبي "دراسة مقارنة في قانون حدي السرقة والحراية وأحدث تعديلاته"، رسالة ماجستير، مدرسة العلوم القانونية، قسم القانون الجنائي، الأكاديمية الليبية- مصراتة، 2020م، غير منشورة.

● عوض (عوض محمد): قانون الإجراءات الجنائية في التشريع الليبي، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون طبعة، 2008م.

● لجنة تقنين الشريعة الإسلامية بمجلس الشعب المصري، قوانين الشريعة الإسلامية على المذاهب الأربعة "قانون العقوبات"، القاهرة، دار الفوائد، دار ابن رجب، ط1، 2012م.

- الصرارعي (مصطفى إمام): جريمة السرقة بالإكراه في التشريع الليبي والمصري (دراسة تحليلية مقارنة)، أطروحة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة، دار النهضة العربية، 2012م.
- إرحومة (موسى مسعود):
- حرية القاضي الجنائي في تكوين عقيدته دراسة مقارنة، الدار الجماهيرية للنشر والتوزيع والإعلان، مصراتة، ط1، 1988م.
- قبول الدليل العلمي أمام القضاء الجنائي "دراسة مقارنة"، جامعة قاريونس "بنغازي حالياً"، بنغازي، ط1، 1999م.
- رابعاً- البحوث القانونية:
- الفلاح (خالد سالم): تعليق على حكم المحكمة العليا في الطعن الدستوري رقم 29 لسنة 59ق، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - ترهونة، جامعة الزيتونة، العدد السابع، 2016م.

- الفيتوري (محمد عطية): الشبهة التي تدرأ الحد، بحث مقدم لندوة الإشكاليات الفلسفية والعلمية لتشريعات الحدود، التجربة الليبية في الميزان، منشور بمجلة الجامعة الأسمرية، السنة الرابعة، العدد الثامن، 2007م.
- إرحومة (موسى مسعود): تقدير نظام الإثبات في تشريعات الحدود، بحث مقدم لندوة الإشكاليات الفلسفية والعلمية لتشريعات الحدود، التجربة الليبية في الميزان، منشور بمجلة الجامعة الأسمرية، السنة الرابعة، العدد الثامن، 2007م.

الإثبات في منازعات العمل الفردية

دراسة مقارنة

د. شواخ محمد الأحمد⁽¹⁾

Evidence in individual labor disputes

A comparative study

Dr. Shawakh Mohamed Alahmed

الملخص

تتناول هذا البحث دراسة مقارنة للإثبات في منازعات العمل الفردية، لهذا كان لا بد من توضيح مفهوم المنازعة الفردية حتى لا تختلط مع منازعات العمل الجماعية، كذلك عرّف البحث الإثبات وبين محله ومن يتحمل عبئه، ومن ثم استعرض أهم ثلاث مسائل تكون محلاً للمنازعة بين العامل وصاحب العمل، والمتمثلة بإثبات عقد العمل والحقوق الناشئة عنه، وإثبات الوفاء بالأجر، وإثبات المبرر المشروع لإنهاء عقد العمل غير محدد المدة، وانتهى البحث إلى جملة من التوصيات، من أهمها ضرورة تقنين الاجتهاد القضائي الذي يحتمل صاحب العمل

¹ - عضو هيئة تدريس بكلية الحقوق - جامعة دار العلوم، وعميد كلية الحقوق بجامعة حلب سابقاً.

عبء إثبات المبرر المشروع في النظام السعودي، وقبل ذلك نصي بضرورة
تقييد إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بقيد موضوعي، يتمثل بتوافر المبرر
المشروع للإنهاء في قوانين العمل التي لم تكرر هذا القيد بعد.

كلمات مفتاحية: منازعات العمل الفردية، عبء الإثبات، محل الإثبات، إثبات عقد
العمل، إثبات المبرر المشروع للإنهاء.

Abstract

This research deals with a comparative study to determine the party who has the burden of proof in individual labor disputes, for this it was necessary to clarify the concept of individual dispute in order not to mix with collective work disputes, also we have clarified the definition of proof and its place and who bears its burden, Then we reviewed the three most important issues of dispute between the worker and the employer, which are proving the contract of employment and the rights arising from it, proof of payment of wages, and proof of the legitimate justification for termination of the contract for an indefinite period.

Key words: individual labor disputes, burden of proof, proof of the employment contract

أهمية البحث

تتبع أهمية بحث الإثبات في منازعات العمل الفردية من أهمية الموضوع محل الدراسة؛ إذ يتوقف على الإثبات في المنازعات العمالية حصول العمال على حقوقهم، ولما كان العمال هم الطرف الضعيف في عقد العمل، حيث يضعهم عقد العمل في حالة تبعية لصاحب العمل، فكان لابد من تيسير سبل الإثبات أمامهم، أو تحميل صاحب العمل عبء الإثبات، لأنهم قد لا يستطيعون الحصول على الأدلة وفقاً للقواعد العامة في الإثبات، أو لا يتمكنون من إثبات ما يخالف ما يدعيه صاحب العمل.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة البحث في توضيح عبء الإثبات في منازعات العمل الفردية، التي خرج فيها قانون العمل عن القواعد العامة للإثبات، والحكم على مدى نجاعة وسائل الإثبات التي وضعت من أجل تمكين العمال من إثبات حقوقهم في مواجهة صاحب العمل.

منهجية البحث

سوف نتبع في بحث الإثبات في منازعات العمل الفردية المنهج الاستقرائي والتحليلي المقارن، فنقرأ ونحلل النصوص القانونية الواردة في قوانين

العمل محل الدراسة. القانون المصري رقم 12 لسنة 2003م، ونظام العمل السعودي الصادر بالمرسوم الملكي م/51 لسنة 1426هـ وتعديلاته، وقانون العمل السوري رقم 17 لسنة 2010م، وقانون العمل الجزائري رقم 90-11 لسنة 1990م، وقانون العمل العماني الصادر بالمرسوم رقم 2003/35م، مع الإشارة إلى الفقه الإسلامي بخصوص تعريف الإثبات ومحلّه وعبئه، وإلى قانون العمل الفرنسي، ونقارن بينهما لنبين مدى مساهمتها في تيسير سبل الإثبات أمام العمال وهم الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، وتحديد الطرف الذي يتحمل عبء ذلك.

خطة البحث:

- المبحث التمهيدي: مفهوم الإثبات
- المبحث الأول: إثبات علاقة العمل
- المبحث الثاني: إثبات الوفاء بالأجر
- المبحث الثالث: إثبات المبرر المشروع لإنهاء عقد العمل غير محدد المدة.

المقدمة

نظراً لتعارض المصالح بين العمال وأصحاب العمل قد تنثور أثناء تنفيذ عقد العمل خلافات بينهما، وقد يكون لتلك الخلافات أو المنازعات طابع فردي، أو طابع جماعي، فالمنازعات الجماعية أفردت لها البعض من قوانين العمل وسائل خاصة لتسويتها، وذلك لخطورتها على العمال وعلى صاحب العمل وعلى المجتمع بأسره.

ويثير عقد العمل الفردي أثناء تنفيذه وسريانه العديد من المشكلات التي قد تؤدي إلى توتر في العلاقة بين العامل وصاحب العمل، ولما كانت علاقة العمل تقوم على الثقة والتعاون بين الطرفين، لهذا كان لابد من اهتمام قوانين العمل بمثل هذه المنازعات من أجل تنظيم عملية حسمها من خلال إنشاء جهات تسوية ودية وقضائية.

وقد عرفت المادة (203) من قانون العمل السوري منازعات العمل الفردية بأنها "الخلافات التي تنشأ بين صاحب العمل والعامل في معرض تطبيق أحكام قانون العمل وعقد العمل الفردي"⁽²⁾، إذًا، يقصد بمنازعات العمل الفردية كل خلاف يثور بين العامل وصاحب العمل أو ممثل صاحب العمل، أثناء تنفيذ

² - انظر في تعريف النزاع الفردي للعمل:

3- M.M.Esirkepova Comparative analysis in

collective labor disputes resolution. Серия «Право» №1 (69) 2013 p. 72

عقد العمل لإخلال أحدهما بالتزام من الالتزامات القانونية أو العقدية، أو الالتزامات الواردة في لائحة تنظيم العمل، بما يسبب ضرراً للطرف الآخر⁽³⁾. كما عرفت المادة الثانية من القانون الجزائري الخاص بالمنازعات الفردية المنازعة الفردية، بنصها "يعد نزاعاً فردياً في العمل بحكم هذا القانون، كل خلاف في العمل قائم بين عامل أجير و مستخدم بشأن تنفيذ علاقة العمل التي تربط بين الطرفين إذا لم يتم حله في إطار عمليات تسوية داخل الهيئات المستخدمة"⁽⁴⁾، ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع الجزائري لم يعتبر الخلافات بين العامل وصاحب العمل نزاعاً إلا إذا استعصى حلها داخل الهيئات المستخدمة، وقد انتقد جانب من الفقه هذا الموقف للمشرع الجزائري باعتبار أن النزاع في أصله وأساسه مجرد خلاف بين أطراف علاقة العمل في أي مرحلة نشب ذلك الخلاف، بالإضافة إلى عدم وجود سند قانوني أو موضوعي لمثل هذه التفرقة⁽⁵⁾.

³ - أحمية سليمان: التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، ج2، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة السادسة ، ص296.

⁴ - القانون رقم 90-04 الصادر في 10 رجب 1411 الموافق 2/6/1990م، والمعدل بموجب القانون رقم 91-28 بتاريخ 14/ جمادى الثانية /1412 الموافق 21/9/1991م.

⁵ - أحمية سليمان : ص 296 . يلحظ أن المادة الثلاثون بعد المائة من قانون العمل العراقي الملغى رقم 71 لسنة 1987 كانت تشترط لاعتبار النزاع جماعياً أن يستعصي حله بصورة ودية.

المبحث التمهيدي

مفهوم الإثبات

تمهيد وتقسيم

لا شك أن للإثبات القضائي أهمية كبيرة، لأن الحق الذي لا يسانده دليل لا أهمية له من الناحية العملية، لهذا فإن الإثبات هو الذي يحيي الحق، أو هو كما يقول أهرنج قوة الحق⁽⁶⁾، وتصاغ نظرية الإثبات في فروع القانون بحسب ما يتفق مع ظروف ذلك الفرع، ولما كنا في علاقة العمل الفردية أمام طرف قوي اقتصادياً، يملك المال والنفوذ الاجتماعي، وطرف آخر لا يملك سوى قوة ساعديه، ومضطر للعمل ليؤمن لقمة عيشة، بالإضافة إلى أن قانون العمل يضع العامل في حالة تبعية لصاحب العمل، لذلك يجب أن تؤخذ تلك الظروف بعين الاعتبار عند صياغة قواعد الإثبات في نطاق قانون العمل، مما يقتضي تحميل صاحب العمل عبء الإثبات أو تيسير إجراءات الإثبات أمام العامل. ودراستنا لمفهوم الإثبات سوف تتناول تعريف الإثبات، وتحديد محله، ومن ثم تحديد الطرف الذي يتحمل عبء الإثبات، وذلك كما يأتي:

-المطلب الأول: تعريف الإثبات

-المطلب الثاني: محل الإثبات

-المطلب الثالث: الطرف الذي يتحمل عبء الإثبات

⁶ - نقلاً عن سمير عبد السيد تناغو: أحكام الالتزام والإثبات، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، 2009م، ص4.

المطلب الأول

تعريف الإثبات

يحتل الإثبات مكانة مهمة في النزاعات القضائية، حيث لا يكفي الشخص أن يدعي حقاً حتى يستفيد منه، بل يجب عليه أن يكون قادراً على إثبات مصدر هذا الحق، سواء كان ناشئاً عن عقد أو عن واقعة قانونية⁽⁷⁾.

والإثبات في اللغة إقامة الثبوت، وهو الحجة والبينة، لا أحكم بكذا إلا بثبت؛ أي بحجة، وفي حديث قتادة بن النعمان: بغير بينة ولا ثبت. أثبته: عرفه حق المعرفة⁽⁸⁾.

والإثبات بالمعنى القانوني هو إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون، على وجود واقعة قانونية ترتب آثارها⁽⁹⁾، أو هو إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الإقناع التي يحددها وينظمها القانون على صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى النتائج القانونية التي تترتب على صحة الواقعة المذكورة⁽¹⁰⁾. ويعرف الإثبات في الفقه الإسلامي بأنه "إقامة الحجة أمام القضاء

⁷ - رشيد بامو: إثبات عقد الشغل على ضوء الاجتهاد القضائي، بحث نهاية التكوين، المعهد العالي للقضاء، الرباط، ص4.

⁸ - ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي، جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي: لسان العرب، دار صادر، بيروت، المجلد الثاني، ص19

⁹ - عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام، دار النهضة العربية، 1968، ص14. عبد الودود يحيى: دروس في الإثبات، مكتبة القاهرة الحديثة، دون تاريخ، ص8.

¹⁰ - سمير تناغو: ص 4

بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو واقعة ترتب عليها آثار شرعية⁽¹¹⁾، ومن خلال تعريف الإثبات يتبين أن الدليل يجب أن يقدم أمام القضاء، وأن يتقيد كل من الخصوم والقاضي بالطرق التي يحددها القانون أو التي تحددها الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني

محل الإثبات

يبدو من تعريف الأستاذ السنهاوري للإثبات أن محل الإثبات في القانون هو الواقعة القانونية، ويقصد بالواقعة القانونية هنا معناها العام؛ أي كل واقعة أو تصرف قانوني يرتب عليه القانون أثراً معيناً، فالحق تصرف قانوني يرتب عليه الالتزام، والعمل غير المشروع واقعة قانونية يرتب عليها الالتزام بالتعويض. والإثبات يرد على الوقائع والتصرفات التي من شأنها إنشاء الحق أو تعديله أو انقضاؤه، فمحل الإثبات هو مصدر الحق، وليس الحق ذاته، سواء كان مصدره واقعة قانونية أو تصرفاً قانونياً، وعلى القاضي بعد ذلك أن يستخلص مما ثبت ما يرتب عليه القانون من آثار⁽¹²⁾، وعلى ذلك نصت المادة الثالثة من قانون البينات

¹¹ - محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية، في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية،

دار البيان، دمشق، ط 1، الجزء الأول والثاني، 1982م، ص 23

¹² - عبد الرزاق السنهاوري: ص 14-15، 46-47

السوري⁽¹³⁾ بأن "محل الإثبات هو وقائع متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات وجائز قبولها"، كما نصت المادة الثانية من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري⁽¹⁴⁾ على أنه "يجب أن تكون الوقائع المراد إثباتها متعلقة بالدعوى"، وأضافت المادة الواحدة بعد المائة من نظام المرافعات الشرعية السعودي⁽¹⁵⁾ إلى العبارة الواردة في النص المصري "منتجة فيها جائزة قانوناً".

أما محل الإثبات في الفقه الإسلامي فإما أن يكون حقاً مطلقاً، وإما أن يكون مصدرراً للحق، وإذا ثبت المصدر ثبت الحق الناشئ عنه⁽¹⁶⁾، ويلحظ أن مجلة الأحكام العدلية فرقّت بين إثبات ملكية الأعيان وملكية الدين، فإذا كان المدعى به أعياناً فلا يلزم بيان سبب الملكية، فتصح دعوى الملك المطلق، وأما إذا كان ديناً فيسأل عن سببه، يعني يسأل هل هو ثمن مبيع أو أجره أو دين...⁽¹⁷⁾.

¹³ - رقم 359 لسنة 1947م.

¹⁴ - رقم 25 لسنة 1968م.

¹⁵ - الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/1 لسنة 1435هـ.

¹⁶ - محمد مصطفى الزحيلي: ص 68

¹⁷ - المادة 1627 من مجلة الأحكام العدلية.

المطلب الثالث

عبء الإثبات

القاعدة العامة في الفقه الإسلامي هي أن البينة على المدعي⁽¹⁸⁾، إلا أن تحديد المدعي والمدعى عليه ليس بالأمر اليسير، حيث قال سعيد بن المسيب رضي الله عنه: من عرف المدعي والمدعى عليه لم يلتبس عليه ما يحكم بينهما. وقال: المدعي هو من يقول قد كان كذا، والمدعى عليه هم من يقول لم يكن⁽¹⁹⁾، و عرف المدعي بأنه من إذا ترك ترك، والمدعي عليه خلاف ذلك⁽²⁰⁾. إذاً، المدعي هو من إذا ترك الخصومة بعد إقامتها لا يجبر عليها، ولا على السير فيها حتى نهايتها، أي الحكم فيها، والمدعى عليه: هو من إذا ترك الجواب عن الدعوى أجبر

¹⁸ - أخرجه البخاري في صحيحه (213/8) كتاب التفسير، حديث (4552) ومسلم في صحيحه (1336/3) كتاب الأفضية، حديث (3619) والترمذي في سننه (626/3) كتاب الأحكام، حديث (1342) والنسائي في سننه (248/8) كتاب آداب القضاة وابن ماجه في السنن (778/2) كتاب الأحكام حديث (2321) والبيهقي (332/5) كتاب البيوع، والبخاري في شرح السنة (339/5)، كلهم من طريق ابن أبي مليكة عن ابن عباس قال: قال رسول صلى الله عليه وسلم: لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى ناس دماء رجال، ولكن اليمين على المدعى عليه، واللفظ لمسلم. وذكره الإمام النووي في الأذكار، ص 447 بلفظ "لو يعطى الناس بدعواهم لأدعى رجال أموال قوم ودمائهم، لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر"، وأخرجه بهذا اللفظ البيهقي (252/10) كتاب الدعوى والبيانات. أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني: تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، دار الكتب العلمية، ط1، 1989م، 406/4

¹⁹ - محمد بن أحمد بن جزي الكلبى الغرناطي: القوانين الفقهية، دون تاريخ وناشر، ص 197

²⁰ - عبدالله بن أحمد النسفي: كنز الدقائق في الفقه الحنفي، ط1، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 2001م، ص

عليه⁽²¹⁾، كذلك عُرف المدعي بأنه الطالب والمدعى عليه بأنه المطلوب، وقيل: المدعي هو الذي دعا صاحبه للحكم، والمدعى عليه هو المدعو، وقيل المدعي هو من كان قوله أضعف لخروجه عن معهود أو لمخالفة أصل، والمدعى عليه من ترجح قوله بعادة أو موافقة أصل أو قرينة⁽²²⁾، وعرفتاهما المادة (1613) من مجلة الأحكام العدلية بقولها: "ويقال للطالب المدعي وللمطلوب منه المدعى عليه".

وفي القانون نصت المادة الثانية من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري بأنه "يجب على الدائن إثبات الالتزام، وعلى المدين التخلص منه"، إذا، يتحمل المدعي عبء الإثبات، والمدعي هو من يرفع الدعوى على الغير يطالبه بحق معين، وعليه إثبات ما يدعيه، فإذا ادعى شخص على آخر بمبلغ من المال فعليه عبء إثبات مديونية المدعى عليه بهذا المبلغ، بأن يثبت مصدر الدين تصرفاً قانونياً، عقد بيع أو عمل، أو واقعة قانونية إثراء بلا سبب، أو عمل غير مشروع⁽²³⁾، وإذا دفع المدعي عليه بالوفاء بالحق يصبح عندئذ مدعي ويتحمل عبء إثبات الوفاء به .

²¹ - نصر فريد واصل: نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط1، 2002م، ص16. محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات، ص649.

²² - ابن جزي: ص197.

²³ - عبد الرزاق السنهوري: ص68

المبحث الأول إثبات علاقة العمل

تمهيد وتقسيم:

لا جرم أن إثبات علاقة العمل بين العامل وصاحب العمل مسألة في غاية الأهمية، لأن العامل بسبب حاجته إلى الأجر قد يضطر إلى العمل دون توثيق عقده، وبالتالي قد يحتاج إلى إثبات تلك العلاقة وإثبات حقوقه الناشئة عنها، في حال إنكار صاحب العمل لتلك العلاقة، أو إنكاره بعض الحقوق الناشئة عنها، ونظراً إلى استثناء فئات من العمال من الخضوع لقانون العمل، فبالنظر إلى عقودهم تخضع لأحكام القانون المدني، أو للمبادئ العامة في الفقه الإسلامي، لهذا سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين.

-المطلب الأول: إثبات علاقة العمل الخاضعة لقانون العمل

-المطلب الثاني: إثبات علاقة العمل غير الخاضعة لقانون العمل.

المطلب الأول

إثبات علاقة العمل الخاضعة لقانون العمل

أولاً- تعريف عقد العمل:

قبل البحث في موضوع إثبات علاقة العمل يتعين علينا أن نعرّف عقد العمل؛ الذي هو محل الإثبات، وعقد العمل عبارة عن اتفاق بين عامل (شخص طبيعي) وصاحب عمل (شخص طبيعي أو اعتباري)، يتعهد بموجبه الطرف الأول بأن يعمل تحت إدارة أو إشراف الطرف الثاني مقابل أجر⁽²⁴⁾.

ومن خلال التعريف السابق نستنتج أن لعقد العمل ثلاثة عناصر أساسية⁽²⁵⁾، **العنصر الأول: العمل**؛ وهو محل التزام العامل، فعقد العمل يرد على الجهد الإنساني مهما كان جنسه أو نوعه، سواء أكان جهداً فكرياً أو عضلياً أو

²⁴ -راجع المادة 31 من قانون العمل المصري، والمادة 46 من قانون العمل السوري، والمادة 50 من نظام العمل السعودي. ويلاحظ أن المادة 50 من نظام العمل السعودي قد عرفت عقد العمل على أنه "عقد مبرم بين صاحب عمل وعامل، يتعهد الأخير بموجبه أن يعمل تحت إدارة صاحب العمل أو إشرافه مقابل أجر"، وقد كان من الأفضل تعريف العقد بأنه اتفاق؛ لأن كل عقد هو حكماً اتفاق والعكس ليس صحيحاً، كذلك وصف التعريف العقد بأنه "عقد مبرم" لهذا بمفهوم المخالفة أن هناك عقداً غير مبرم، بينما العقد إما أن يكون مبرماً أو لا يوجد عقد.

²⁵ - بشير هذفي: الوجيز في شرح قانون العمل، علاقات العمل الفردية والجماعية، ط1، دار الريحانية، الجزائر، 2003م، ص58 وما بعدها. عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل، ج1، ط1، 2002م، ص 269

Ada HURBEAN, LEGAL NATURE OF THE INDIVIDUAL EMPLOYMENT CONTRACT, p. 2 , LESIJ NO. XVII, VOL. 2/2010

Antoine Jeammaud Martine Le Friant Antoine Lyon-Caen, L'ordonnancement des relations du travail, Recueil Dalloz 1998, p. 359

قانونياً، وسواء أكان عملاً في الصناعة أو التجارة أو الزراعة، فالطبيب في المشفى عامل، والمحامي في الشركة عامل، وعامل النظافة كذلك عامل، رغم الفوارق بينهما من حيث الأجر والمكانة الاجتماعية. ولا يشترط في العمل الذي يرد عليه عقد العمل سوى أن يكون مشروعاً. أما **العنصر الثاني**: من عناصر عقد العمل هو عنصر التبعية، وهو ما يميز عقد العمل عن غيره من العقود التي ترد على العمل هو علاقة التبعية؛ بمعنى أن العامل يعمل تحت إدارة أو إشراف صاحب العمل، وهذا ما برر تدخل المشرع بقواعد من النظام العام الاجتماعي لحماية العمال، بالإضافة إلى أن هذه السلطة الممنوحة لصاحب العمل تمثل المقابل المنطقي لعدم تحمل العامل لمخاطر المشروع. أما **العنصر الثالث**: فهو الأجر؛ وهو محل التزام صاحب العمل، والأجر كل ما يتقاضاه العامل لقاء عمله مهما كان نوعه؛ سواء أكان أجراً نقدياً أو عينيّاً، ومهما كانت طريقة تحديده، بالزمن أو بالإنتاج أو غير ذلك.

ويعد عقد العمل من العقود الرضائية؛ التي تنعقد بالتراضي أو بالتوافق أو بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، أي بتطابق الإيجاب والقبول، رغم أن قوانين العمل تشترط أن يكون العقد مكتوباً²⁶، إلا أن ذلك لم يجعل من عقد العمل عقد شكلياً، فالكتابة شرط إثبات لا شرط انعقاد، وبهذا فعلاقة العمل تنشأ بعقد كتابي أو غير كتابي، وتقوم هذه العلاقة على أية حال بمجرد

²⁶ - راجع المادة 32 من قانون العمل المصري، والمادة 47 من قانون العمل السوري، والمادة 21 من قانون العمل العماني، والمادة 51 من نظام العمل السعودي، والمادة 8 من قانون رقم 11/90 الجزائري

العمل لحساب صاحب العمل⁽²⁷⁾.

ثانياً- أحكام خاصة لإثبات عقد العمل:

أورد المشرع في قانون العمل أحكاماً خاصة بالإثبات، إذ نصت المادة الحادية والخمسون من نظام العمل السعودي على أنه "يجب أن يكتب عقد العمل من نسختين، ويحتفظ كل من طرفيه بنسخة. ويعد العقد قائماً ولو كان غير مكتوب، وفي هذه الحالة يجوز للعامل وحده إثبات العقد وحقوقه التي نشأت عنه بجميع طرق الإثبات"، كما نصت العبارة الأخيرة من المادة (21) من قانون العمل العماني على أنه " ... وإذا لم يوجد عقد عمل مكتوب جاز للعامل إثبات حقوقه بجميع طرق الإثبات"، كما نصت الفقرة الثانية من المادة (47) من قانون العمل السوري على أنه "إذا لم يوجد عقد مكتوب جاز للعامل إثبات العقد بجميع طرق الإثبات، ولصاحب العمل إثبات العكس بنفس الطريقة".

ومن خلال استقراء هذه النصوص السابقة نستنتج أن المشرع قد خرج على الأحكام العامة في الإثبات، حيث فرق بين العامل وبين صاحب العمل، فصاحب العمل لا يجوز له إثبات عقد العمل إلا بالكتابة، سواء كان عقد العمل

²⁷- نصت الفقرة الأخيرة من المادة الثانية والثلاثين من قانون العمل المصري أنه "إذا لم يوجد عقد مكتوب للعامل وحده إثبات حقوقه بجميع طرق الإثبات"، ويبدو أن قانون العمل الجزائري أعطى لطرفي عقد العمل إمكانية إثباته بأي وسيلة، حيث نصت المادة العاشرة من قانون العمل على أنه "يمكن إثبات عقد العمل أو علاقة العمل بأية وسيلة كانت".

محدد المدة أو غير محدد المدة، لذلك لا يستطيع عند عدم وجود الكتابة إثبات العقد بغير الإقرار أو اليمين الحاسمة، ويعود سبب ذلك إلى أن صاحب العمل هو المسؤول عن عدم تحرير عقد العمل.

أما بالنسبة للعامل فإن المشرع أجاز له أن يثبت العقد وجميع حقوقه الناشئة عنه بجميع طرق الإثبات، أيًا كانت قيمة العقد، ولهذا يمكن التأكيد على أن إثبات العامل لعقد العمل يتميز بخاصية أساسية هي حرية الإثبات، ومن ثم يمكن تسخير كافة وسائل الإثبات لإقامة الدليل على وجود عقد العمل، ومن هذا المنطلق فإن المبدأ المعمول به في مجال منازعات العمل هو مبدأ حرية الإثبات بالنسبة للعامل، وبالتالي يجوز إثبات عقد العمل بجميع طرق الإثبات، سواء نص عليها القانون المدني أو قانون العمل، وذلك يدل على الخصوصية التي يتمتع بها العامل في إثبات عقد العمل⁽²⁸⁾.

ومن وسائل إثبات عقد العمل البينة⁽²⁹⁾ والقرائن، وهذا ما قضت به الهيئة العليا لتسوية الخلافات العمالية السعودية، عندما أكدت على أن "علاقة العمل من الوقائع المادية التي يجوز إثباتها بكل طرق الإثبات، ومنها شهادة الشهود والمكاتبات الصادرة من الجهة التي كان يعمل بها المدعي والتي تدل على عمل

²⁸ - رشيد يامو: ص 8.

²⁹ - البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، ومن خصها بالشاهدين أو الأربعة أو الشاهد لم يوف مسماهما حقه، ولم تأت البينة في القرآن الكريم مراداً بها الشاهدين، وإنما أتت مراداً بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة، وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم "البينة على المدعي"، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية: الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تحقيق نايف أحمد الحمد، المجلد الأول، دار عالم الفوائد، بدون تاريخ، ص 25.

الأخير بها⁽³⁰⁾، كذلك قضت المحكمة العليا في الجزائر "بأن شهادة الشهود وسيلة من وسائل إثبات علاقة العمل"⁽³¹⁾، كما قضت محكمة النقض المصرية بأن "استخلاص قيام علاقة العمل هو من الأمور الموضوعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع متى استندت في حكمها إلى أسباب سائغة لها أصلها الثابت بالأوراق"⁽³²⁾، ولعل شهادة الشهود هي الوسيلة الأكثر استعمالاً لإثبات عقد العمل، والشهادة هي تقرير حقيقة أمر توصل الشاهد إلى معرفته بعينه أو بأذنه، وبعبارة أخرى هي إخبار شخص من غير أطراف الخصومة أمام القضاء بصدور واقعة من غيره تثبت حقاً لشخص آخر أو تنشئ التزاماً على الغير⁽³³⁾. ويبدو أن الهدف من ذلك توفير الحماية للعامل، باعتباره الطرف الضعيف في عقد العمل، خاصة إذا عرفنا أن عدم وجود كتابة لعقد العمل غالباً ما ترجع إلى تقصير صاحب العمل وليس العامل⁽³⁴⁾. ويمكن للعامل فيما يتعلق بإثبات العقد أن يستفيد من الالتزام الذي يقع

³⁰ -مدونة المبادئ والقرارات العمالية لعام 1431 هـ القرار 1039 /2/ 431 بتاريخ 11/10 /1431 هـ المجلد الثاني، ص 411

³¹ -ملف رقم 690993 قرار تاريخ 2011/12/1. مجلة المحكمة العليا، العدد الأول 1012، ص 225، مشار إليه في يوسف دلاندة: القانون المتعلق بعلاقات العمل، ط1، دار هومه، 2014م، ص 16

³² -نقض مصري، الطعن رقم 6343 لسنة 81 قضائية الصادر بجلسة 2019/5/5

https://www.cc.gov.eg/civil_judgments 9-10-2020

³³ -رشيد بامو: ص 20.

³⁴ -حسن كيره: أصول القانون، ط3، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1983م، ص 277. محمد فاروق الباشا: التشريعات الاجتماعية، قانون العمل، دمشق، 1981م، ص 177.

على كاهل صاحب العمل المتمثل في أن ينشئ ملفاً لكل عامل يحتوي على بياناته ونسخة من عقد عمله، وأي شهادات أو وثائق يقدمها لصاحب العمل⁽³⁵⁾.

ونظراً لأن هذا الملف يكون من إعداد صاحب العمل، لذلك فإنه يشكل حجة عليه يمكن أن يستفيد منها العامل، دون أن تعتبر حجة على العامل، لذلك فإن العامل يمكن أن يجزئ ما ورد في هذا الملف⁽³⁶⁾.

وختاماً لا بد من الإشارة إلى أن حق العامل في إثبات العقد بجميع طرق الإثبات مرهون بحالة عدم وجود عقد مكتوب، أما إذا وجد مثل هذا العقد، فلا يجوز للعامل عندئذ إثبات ما يخالف الكتابة أو ما يجاوزها إلا بالكتابة، وفقاً للقواعد العامة، وعملاً بالقواعد العامة في الإثبات⁽³⁷⁾.

ويجوز للعامل إثبات ما يخالف عقد العمل المكتوب، أو ما يجاوزه بالبينة الشخصية، إذا كان هناك غش ضد القانون⁽³⁸⁾، كذلك إذا كان العقد تجارياً بالنسبة لصاحب العمل، حيث يجوز للعامل عندئذ إثبات ما يخالف الكتابة بكل طرق الإثبات⁽³⁹⁾.

³⁵ - راجع المادة 17 من قانون العمل السعودي، والمادة الخامسة من اللائحة التنفيذية.

³⁶ - حسام الدين كامل الأهواني: أسباب انقضاء عقد العمل في ظل القانون رقم 12 لسنة 2003، 2009م، ص 411.

³⁷ - قرار نقض 257 أساس عمالي 229 تاريخ 977/2/28. الاجتهادات القضائية السورية في مجال العمل، منشورات مكتب العمل العربي، القاهرة، 1992م، ص 41.

³⁸ - قرار نقض 783 بتاريخ 972/5/25. الاجتهادات القضائية السورية، ص 40.

³⁹ - عبد الودود يحيى: ص 177.

ومما تجدر الإشارة إليه أن العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة (47) من قانون العمل السوري كما أجازت للعامل إثبات عقد العمل بجميع طرق الإثبات أجازت لصاحب العمل إثبات العكس بنفس الطريقة، ومما لا شك فيه أن مثل هذا الحكم منتقد جداً، لأنه يجعل من حق العامل من إثبات العقد بجميع طرق الإثبات في حال عدم وجود عقد مكتوب في مهب الريح؛ لأنه إذا استطاع العامل إثبات ذلك بغير الكتابة فسوف يستطيع صاحب العمل إثبات العكس، لأنه طرف قوي اقتصادياً، وله نفوذ أدبي على عماله، ومثل هذا الفكر لا يعبر عن القانون الاجتماعي الذي هدفه الأساسي حماية العمال، وإنما يعبر عن فكر القانون التجاري⁽⁴⁰⁾.

ومن خلال ما تقدم نستنتج أن المشرع خرج على قاعدة المساواة في العلاقات التعاقدية طبقاً لأحكام القانون المدني، والتي تفترض معاملة الطرفين على قدم المساواة، ولكن طبيعة العلاقة التعاقدية بين العامل وصاحب العمل تضع العامل تحت إدارة أو إشراف صاحب العمل؛ أي في حالة تبعية، بالإضافة إلى حالة الضعف الاقتصادي التي يعاني منها العامل استوجبت الخروج على القواعد العامة⁽⁴¹⁾.

⁴⁰ - سبق أن وجهت نقداً لهذا الحكم بمقالة نشرت في صحيفة تشرين السورية تحت عنوان "قانون العمل فكر اجتماعي أم تجاري؟"

⁴¹ - محمد محمد أحمد عجيز: ذاتية قانون العمل وأهم تطبيقاتها، ط 2، دار النهضة العربية، 2007م، ص 160.

المطلب الثالث

عقود العمل غير الخاضعة لقانون العمل

استثنى المشرع بعض الفئات من العمال من الخضوع لأحكام قانون العمل، كعمال الخدمة المنزلية ومن في حكمهم مثلاً⁽⁴²⁾، لذلك فإن عقود هؤلاء العمال تخضع لأحكام عقد العمل الواردة في القانون المدني في كل من القانون السوري والمصري، ولقواعد الفقه الإسلامي في المملكة العربية السعودية، إذا لم توجد لائحة خاصة بهم⁽⁴³⁾.

ولم يرد في القانون المدني أحكاماً خاصة بإثبات عقود العمل، مما يترتب على ذلك خضوع هذه العقود للقواعد العامة في الإثبات، ومقتضى هذه القواعد إثبات التصرف الذي تزيد قيمته على مبلغ معين بالكتابة⁽⁴⁴⁾، لهذا لا يجوز إثبات عقود العمل إلا بالكتابة، إذا زاد الأجر المتفق عليه على المبلغ المحدد خلال مدة

⁴² - المادة الخامسة من قانون العمل السوري، والمادة الخامسة من قانون العمل المصري، والمادة الثانية من قانون العمل العماني.

⁴³ - أصدرت في السعودية لائحة خاصة بعمال الخدمة المنزلية بقرار نائب رئيس مجلس الوزراء رقم 310، بتاريخ 1434/9/7هـ.

⁴⁴ - لا تجيز المادة 60 من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم 52 لسنة 1968 وتعديلاته الالتزام بالشهادة إذا كانت قيمة الالتزام العقدي تزيد على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة.

العقد، أو كان عقد عمل غير محدد المدة، إذ يعتبر في هذه غير محدد القيمة⁽⁴⁵⁾، سواء أكان المكلف بالإثبات هو العامل أم صاحب العمل.

ويبدو أن التقيد بهذا المبدأ يثير الكثير من الصعوبات، وخاصة في وجه العامل، حيث إن حصوله على كتابة لإثبات عقده يتوقف عملياً على موقف صاحب العمل، إلا أن حاجة العامل لمصدر دخل قد تدفعه إلى قبول العمل لدى صاحب العمل دون الحصول على عقد مكتوب، لذلك يصبح العامل ضحية لمبدأ الإثبات بالكتابة⁽⁴⁶⁾.

وأمام هذه الصعوبات لجأ الفقه والقضاء إلى عدة وسائل للتخفيف من جمود مبدأ الإثبات بالكتابة، وحصل ذلك من خلال التوسع في مفهوم الاستثناءات الواردة على قاعدة الإثبات بالكتابة⁽⁴⁷⁾، ولهذا فقد سلم الفقه والقضاء المصري باعتبار جريان العادة بعدم اللجوء إلى كتابة العقد لإثباته، لذلك يجوز إثباته بجميع طرق الإثبات⁽⁴⁸⁾.

ومن جهة العامل اعتبرت رابطة التبعية من قبيل المانع الأدبي من

⁴⁵ - حسن كيرة: ص 275 . عبد الودود يحيى: شرح قانون العمل، دار الفكر العربي، بدون تاريخ، ص 175. محمود جمال الدين زكي: عقد العمل في القانون المصري، ط2، مطابع الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 1982م، ص 713

⁴⁶ - حسام الدين الأهواني ورمزي فريد مبروك: الوسيط في قانون العمل لدولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات، 2000م، ص 406

⁴⁷ - الأهواني ومبروك: ص 406

⁴⁸ - جمال محمود الدين زكي: ص 713

المطالبة بكتابة العقد⁽⁴⁹⁾، وبالتالي أجاز له إثبات العقد بجميع طرق الإثبات، ومن جهة صاحب العمل اعتبر المانع الأدبي متوافراً في علاقة المخدم بالخادم، لأن الكتابة قد تفسر على أنها شكاً وعدم ثقة لا تستقيم في العلاقة بين السيد وخادمه ، ومن ثم يجوز لصاحب العمل إثبات الوفاء بالأجر بكل الطرق⁽⁵⁰⁾، ويجوز للعامل أيضاً إثبات عقد العمل – أيّاً كانت قيمته – بجميع طرق الإثبات في مواجهة صاحب العمل التاجر، الذي تعاقد مع العامل لأغراض تجارية.

⁴⁹ - على خلاف ذلك حسن كيرة: ص 275، وقد قضت محكمة النقض السورية "بأن العلاقة بين العامل وصاحب العمل لا تعتبر مانعاً أدبياً يحول دون حصول رب العمل من العامل على مستند خطي فيما يسدده عن ذمته من التزامات". الغرفة المدنية الثانية 74- قرار 6 تاريخ 17/1/1966م، ولكننا نعتقد أن العكس ليس صحيحاً، وبالتالي فإن العلاقة بين العامل وصاحب العمل تعتبر مانعاً أدبياً يحول دون حصول العامل على عقد مكتوب، وذلك لاختلاف مركز العامل عن مركز صاحب العمل.

⁵⁰ - حسام الدين الأهواني ومبروك: ص 406 وما بعدها.

المبحث الثاني إثبات الوفاء بالأجر

تمهيد وتقسيم:

يعد الأجر أهم عنصر من عناصر عقد العمل بالنسبة للعامل خاصة؛ لأن الأجر له طابع معاشي أو غذائي⁽⁵¹⁾ Caractère alimentaire؛ حيث إن العامل يعتمد في معيشته أو غذائه على الأجر الذي يتقاضاه من صاحب العمل⁽⁵²⁾؛ لهذا كانت حماية ذلك الأجر أحد أهم السمات المشتركة في تشريعات العمل⁽⁵³⁾، وعند تتبع أوجه الحماية القانونية التي نصت عليها تلك التشريعات للأجر المستحق للعامل يأتي تحديد وسيلة إثباته والطرف المكلف بعبء إثباته.

⁵¹ - Savatier (J) Rivero (J) Droit de travail . 13 edition, Puf. Paris, 1993. P.595

ويعبر جانب آخر من الفقه عن أهمية الأجر في عقد العمل، ويصفه بأنه "تعويض عن ملح الطعام" «rétribution en sel alimentaire Stani ONDZE ,LA GARANTIE DES SALAIRES EN CAS D'INSOLVABILITÉ DE L'EMPLOYEUR Thèse de doctorat Mention Droit privé

Présentée et soutenue publiquement Le 5 décembre 2012, P.3

⁵² - قريب من هذا المعنى ما يقوله الأستاذ الدكتور أحمد حسن البرعي من أن "الأجر هو أحد العناصر الجوهرية في عقد العمل، بل هو أهم عناصر العقد من وجهة نظر العامل، باعتباره المصدر الذي يعول عليه في حياته". شرح قانون العمل، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2013م، ص66.

⁵³ - صلاح علي علي حسن: حق الامتياز كضمان لحماية أجر العامل، دراسة مقارنة، بحث مقبول للنشر بمجلة كلية الحقوق بجامعة حلوان، مصر، ص2. حيث ورد في الصحيفة الثالثة من هذا البحث "قلا تخفى أهميته" "الأجر" البالغة بالنسبة للعامل، لكون هذا الأخير يعتمد عليه اعتماداً كلياً في معيشته هو وأسرته، لذلك فإن للأجر طابع معاشي أو غذائي".

لذلك سوف نعرف الأجر أولاً، ومن ثم نحدد وسيلة وعاء إثباته.

-المطلب الأول: تعريف الأجر

-المطلب الثاني: عاء ووسيلة إثبات الوفاء بالأجر.

المطلب الأول

تعريف الأجر

الأجر هو كل ما يتقاضاه العامل لقاء عمله⁽⁵⁴⁾، مهما كان نوعه، سواء أكان أجراً نقدياً أو أجراً عينياً، ومهما كانت طريقة تحديده، سواء حدد على أساس الزمن؛ بالساعة أو اليوم أو الشهر، أو على أساس الإنتاج أو القطعة، ومن قبيل ذلك تحديد الأجر على نسبة من المبيعات، أو على أساس الطريحة؛ حيث تعتمد هذه الطريقة -بهدف تلافي الانتقادات التي وجهت إلى الطرق الأخرى- على المزج بين حساب الأجر بالزمن وحسابه بالإنتاج، حيث يدفع للعامل جزء ثابت من الأجر على أساس الزمن، ثم يزداد هذا الأجر تبعا لمساهمة العامل في زيادة الإنتاج، كما هو الحال بالنسبة للمندوبين التجاريين، ومندوبي التأمين، حيث تزداد

⁵⁴ -Qu'en raison du caractère synallagmatique du contrat de travail tout salaire est la-

564 contrepartie de la prestation de travail. Soc., 11 Janv. 1962, JCP, 1962, II, 12.

وقضت المحكمة العليا في الجزائر في الملف رقم 129628 قرار بتاريخ 1996/3/12م أنه "من المقرر

قانوناً أن حق العامل في الأجر مقابل العمل المؤدى". يوسف دلاندة: ص 79

العمولة المستحقة لهم بحسب إنتاجهم⁽⁵⁵⁾، ومع ذلك لم تسلم تلك الطريقة من النقد.

ومهما كانت التسمية التي تطلق على الأجر⁽⁵⁶⁾، يلحظ أن بعض القوانين تفرق بين الأجر الأساسي والأجر الفعلي. فالأجر الأساسي هو كل ما يعطى للعامل مقابل عمله، بموجب عقد مكتوب أو غير مكتوب، مهما كان نوع الأجر أو طريقة أدائه مضافاً إليه العلاوة الدورية. أما الأجر الفعلي فيشمل الأجر الأساسي مضافاً إليه سائر الزيادات المستحقة الأخرى التي تتقرر للعامل مقابل جهد بذله في العمل أو مخاطر يتعرض لها في أداء عمله⁽⁵⁷⁾. فالأجر ليس مجرد التزام على عاتق صاحب العمل، وإنما هو عنصر أساسي من عناصر العقد، إذ لا يمكن وصف العقد (بالعمل) إلا إذا التزم صاحب العمل بدفع أجر للعامل مقابل العمل، ولا يستطيع صاحب العمل تعديله أو تعديل طريقة حسابه إلا بموافقة العامل⁽⁵⁸⁾، ويعبر جانب من الفقه عن أهمية الأجر بالقول أن قانون العمل في مجمله مبني

⁵⁵ - أحمد حسن البرعي: شرح قانون العمل، ص 164

⁵⁶ - نقض مصري، الطعن رقم 416 لسنة 34 ق - جلسة 1970/4/15م، عصمت الهواري: قضاء النقض في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية، دار الكتاب الحديث، القاهرة، ج1، ص 81. نقض مصري، الطعن رقم

441 لسنة 25 ق - جلسة 1960 /3 /24 الهواري: ج1، ص 81

⁵⁷ - المادة الأولى من نظام العمل السعودي، كما أن قانون العمل العماني في المادة الأولى فرق بين الأجر الأساسي والأجر الشامل، ويلحظ أن قانون العمل العماني قد قصر الأجر الشامل على الأجر النقدي فقط، ولم يفرق كل من قانون العمل المصري والسوري بين الأجر الأساسي والأجر الفعلي.

⁵⁸ - نصت المادة 59 من نظام العمل السعودي بأنه "لا يجوز نقل العامل ذي الأجر الشهري إلى فئة عمال اليومية أو العمال المعيّنين بالأجر الأسبوعي أو بالقطعة أو بالساعة، إلا إذا وافق العامل على ذلك كتابة".

على مسألة الأجر.

le droit du travail est «dans sa totalité construit autour de la question du salaire»⁽⁵⁹⁾

ونظرا لأهمية الأجر بالنسبة للعامل، حيث يعتمد عليه في معيشتة، ومعيشة أفراد أسرته، لذلك فقد خصته قوانين العمل بأحكام خاصة، تضمن الوفاء به في مواعيد دورية متقاربة، وحددت وسيلة الوفاء به، وحددت مكان وزمان الوفاء به⁽⁶⁰⁾، ونظمت حق صاحب العمل ودائني العامل في الحسم منه قبل تسليمه للعامل⁽⁶¹⁾، ومنحت لدين الأجر امتيازاً من الدرجة الأولى⁽⁶²⁾، ومن هذه الأحكام الخاصة بالأجر تحديد عبء وسيلة إثبات الوفاء به، وهو ما نتناوله في المطلب الآتي:

⁵⁹ -Camerlynck (dir.), 2e éd., Dalloz, t. 2,1981, n° 1 ; Cf. Not., G. LYON-CAEN, «Le salaire dans le droit du travail et dans le droit de la sécurité sociale», Dr. soc. 1960, n° 12, p. 613, cit. par. Stani ONDZE, op. cit. p. 7

⁶⁰ - المادة 90 من نظام العمل السعودي.

⁶¹ - المادة 91 من نظام العمل السعودي.

⁶² - لمزيد من التفاصيل حول امتياز دين الأجر راجع: مقني بن عمار شواخ الأحمد: الضمان العيني للوفاء بالحقوق المالية للعمال، امتياز دين الأجر ونطاقه، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2017

المطلب الثاني

عبء ووسيلة إثبات الوفاء بالأجر

في حال امتناع صاحب العمل عن الوفاء بالأجر بطريقة ودية فالعامل عندئذ المطالبة به قضائياً، ويتعين على المدعي (العامل) أن يثبت مصدر التزام صاحب العمل بهذا الدين، وهو عقد العمل. وكما أوضحنا سابقاً فإن المشرع أجاز للعامل في حال عدم كتابة عقد العمل أن يثبت علاقة العمل بجميع طرق الإثبات، سواء كان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة، فإذا تمكن العامل من إثبات علاقة العمل كان على القاضي أن يستخلص ما يرتبه القانون عليه من التزامات، ومن بين هذه الالتزامات التزام صاحب العمل بدفع الأجر. فإذا دفع صاحب العمل دعوى العامل بأنه سبق وأن أوفى بالأجر فيجب عليه أن يثبت ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة 45 من قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003م، وقضت به محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها بأنه "إذا كان النص في المادة 45 من قانون العمل الصادر بالقانون 12 لسنة 2003م المطبقة على واقعة الدعوى على أنه (لا تبرأ ذمة صاحب العمل من الأجر إلا إذا وقع العامل بما يفيد استلام الأجر في السجل المعد لذلك أو في كشوف الأجور، على أن تشمل بيانات هذه المستندات مفردات الأجر)، يدل على أن المشرع ألقى على

عائق صاحب العمل عبء إثبات الوفاء بأجر العامل"⁽⁶³⁾، وحكم المجلس الأعلى في المملكة المغربية (محكمة النقض) بأن "المدعى عليه الذي يقر بشغل ذمته بالدين، ويدعي وفاءه يلزم بإثبات هذا الوفاء، لأنه يدعيه، والبيئة على المدعي"⁽⁶⁴⁾، ويبدو أن قوانين العمل مراعاة منها للطابع العام الاجتماعي Order public social حيث إن قواعد قانون العمل ذات طابع عام اجتماعي⁽⁶⁵⁾، أو حمائي⁽⁶⁶⁾، ومراعاة للمركز الاقتصادي الضعيف للعامل في

⁶³- نقض عمالي مصري، الطعن رقم 7492 لسنة 87 قضائية، الصادر بجلسة 2019/3 /19

⁶⁴- الحكم عدد 1961/237 بتاريخ 1961/1/30م، ملف عدد 207. مجلة قضاء المجلس الأعلى/ الإصدار الرقمي، ديسمبر 2000م في المواد المدنية، ص79.

⁶⁵- محمد حسين منصور: قانون العمل، منشورات الحلبي الحقوقية، دون طبعة وتاريخ، ص51

⁶⁶- توصف قواعد قانون العمل بأنها قواعد من النظام العام الاجتماعي أو الحمائي تميزها لها عن قواعد النظام العام التقليدي، لأن القواعد الأولى يمكن مخالفتها إذا كانت المخالفة في مصلحة العامل، بينما مخالفة الثانية تؤول إلى البطلان هذا من ناحية أولى. ومن ناحية ثانية تسعى قواعد قانون العمل إلى وضع حد أدنى من الحقوق والمزايا لا يمكن الانتقاص منها بهدف حماية العامل؛ لأنه الطرف الضعيف في العلاقة العمالية، وبالتالي هي ذات طابع حمائي. ويرى جانب آخر من الفقه أنه يتعين التفرقة بين النظام العام الاجتماعي والنظام العام الحمائي، فالأول يجسد الحد الأدنى من الحماية التي كرسها نظام العمل، أما النظام العام الحمائي فهو مفهوم خاص بالنظرية العامة للالتزام، وخاصة نظرية البطلان، حيث يضع الآليات الكفيلة بحماية الطرف الضعيف عن طريق إعادة التوازن في الحقوق والالتزامات إلى العلاقة العقدية، فالنظام العام الحمائي لا يكتفي ببيان الحد الأدنى من الحماية، بل يحدد القواعد التي تمكن هذا الطرف الضعيف من الحماية، مثل الأحكام المتعلقة بناقص الأهلية، فوجده ناقص الأهلية من له الحق في طلب إبطال العقد. ولا يمكن التسليم بما ذهب إليه صاحب الرأي السابق لأن قانون العمل لم يكتف بإبطال الشرط المخالف فقط وإنما يحل محله ما نص عليه القانون. بلميهوب عبد الناصر: مبدأ تطبيق الأحكام الأكثر نفعاً للعامل في نظام العمل الجزائري، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة مولود معمري- تيزي وزو، الجزائر، 2015-2016م، ص 40 وما بعدها، وكذلك يقول الأستاذ الدكتور أحمد

مواجهة صاحب العمل الأقوى اقتصاديا لم تحمل صاحب العمل عبء إثبات الوفاء بالأجر فقط، وإنما نصت على وسائل محددة لإثبات الوفاء به⁽⁶⁷⁾، فلا يقبل إثبات الوفاء بالأجر إلا بالكتابة مهما كان مقدار الأجر، حتى ولو كان مقدار الأجر يسمح بإثباته بغير الكتابة وفقا للقواعد العامة في الإثبات، كما أن المشرع قد يحدد شكل الكتابة التي يمكن إثبات الوفاء بالأجر من خلالها، ولا تبرأ ذمة صاحب العمل من الأجور المستحقة لعماله إذا لم يتبع الطرق إحدى الطرق المحددة.

1- إذا كان صاحب العمل ينظم جدولاً (كشفاً) بالأجور فيكون إثبات قبض العامل لأجره بتوقيعه أو بختمه أو بصمة أصبعه في الحقل المخصص لاستحقاقه في الجدول المذكور، وإذا كان الأجر مقدراً على أساس الإنتاج أو الإنتاج والمقطوع معا وجب أن يتضمن الجدول بيان مقدار إنتاج العامل وأجره عن الوحدة المنتجة.

حسن البرعي في بحثه القيم "نحو مولد فرع جديد من فروع القانون، القانون الاجتماعي، في الصحيفة رقم 812، ولكن القانون الاجتماعي يرمي لتحقيق هدف أبعد وهو التدخل في العلاقات الإنسانية الخاضعة له بقصد حماية الطرف الضعيف" م 51 مجلة القانون والاقتصاد - العدد الخاص بالعيد المؤني.

⁶⁷ - حددت مدونة الشغل المغربية ثلاث وسائل لإثبات واقعة أداء الأجر، تتمثل في ورقة الأداء، ودفتر الأداء، وتوصيل تصفية كل حساب، كما أن الاجتهاد القضائي المغربي بلورة منه للطابع الحمائي لقانون العمل يذهب إلى أن عبء إثبات الوفاء بالأجر يقع على عاتق صاحب العمل، وعلى أن القول قول العامل فيما يصرح به من مبلغ الأجر إلى أن يثبت العكس من قبل صاحب العمل. عبد اللطيف خالفي: ص 328

2- إذا كان صاحب العمل يدفع أجور عماله بموجب بطاقات أجره يحتفظ كل من الطرفين بنسخة منها فيجب أن يضمن صاحب العمل بطاقتي الأجرة بياناً بالأجور المستحقة للعامل عن كل مدة يقبض عنها أجره، وأن يوقع العامل على قبضه استحقاقه في البطاقة التي يحتفظ بها صاحب العمل، وإذا كان الأجر مقدراً على أساس الإنتاج وجب أن تتضمن البطاقة بيان مقدار إنتاج العامل مع بيان أجره عن الوحدة المنتجة⁽⁶⁸⁾.

⁶⁸ قرار وزير الشؤون الاجتماعية والعمل في الجمهورية العربية المتحدة رقم 332 تاريخ 1960/6/23م، وصدر تنفيذاً للمادة 49 من قانون العمل الموحد رقم 91 لسنة 1959 التي نصت على أن "يحدد وزير الشؤون الاجتماعية والعمل الشروط والأوضاع التي تتبع في إثبات تقاضي الأجر، وقضت محمة النقض المغربية في القرار عدد 525 الصادر بتاريخ 4 يناير 2013م في الملف الاجتماعي عدد 2012/2/5/1504 إذ أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضائه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه. (الفصل 400 من قانون الالتزامات والعقود). ويجب على كل مشغل أن يسلم أجراه عند أداء أجورهم، وثيقة إثبات تسمى "ورقة الأداء" تتضمن بالإضافة إلى اسمه اسم المؤجر وعنوان هذا الأخير، وكذا الصنف المهني للأجير وعدد الأيام والساعات التي اشتغلها، مبلغ الأجر الذي توصل به. لا يعتبر تنازلاً من الأجير عن حقه في الأجر وتوابعه القبول الصادر منه لورقة الأداء المتضمنة للوفاء بالأجر دون احتجاج أو تحفظ، ويسري هذا الحكم ولو ذكر الأجير في ذيل الوثيقة عبارة "قرئ وصودق عليه" متبوعة بإمضاءه. (المادة 370 من مدونة الشغل). ويجب على كل مشغل، أو من ينوب عنه، أن يمك في كل مؤسسة أو جزء منها، أو في كل ورشة، دفترًا يسمى "دفتر الأداء" تحدد نموذج السطة الحكومية المكلفة بالشغل (المادة 371 من مدونة الشغل). وتوجب المادتين 370 و 371 وما يليها من المدونة بصفتها مشغلين مسك دفاتر الأداء بشكل منتظم، وهي المعتبرة لإثبات أداء الأجر وتوابعه، ولذا فإنهما هما الملزمان بإثبات أداء الأجر الكامل، ويمكن بطلب من المشغل الاستعاضة عن دفتر الأداء، باعتماد أساليب

وقضت محكمة النقض المصرية في ظل القانون 137 لسنة 1981م بأن "مفاد النص في المادة 35 من قانون العمل الصادر بالقانون رقم 137 لسنة 1981م يدل على أن المشرع ألقى على عاتق صاحب العمل عبء إثبات الوفاء بأجر العامل فلا تبرأ ذمته منه، إلا إذا وقع العامل في السجل المعد لذلك أو في كشوف الأجر أو في الإيصال الخاص بما يُفيد استلام الأجر"⁽⁶⁹⁾، كما أن المادة 45 من قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003م حددت وسيلة إثبات صاحب العمل بالوفاء بأجر العامل بنصها على أن " لا تبرأ ذمة صاحب العمل من الأجر إلا إذا وقع العامل بما يفيد استلام الأجر في السجل المعد لذلك أو في كشوف الأجور، على أن تشمل بيانات هذه المستندات مفردات الأجر".

ومن التساؤلات التي يمكن أن تثور بخصوص جواز إثبات الوفاء بالأجر كتابة، لكن بغير الأوراق التي أشار إليها القرار الوزاري المشار إليها أعلاه، حيث

المحاسبة الميكانيوغرافية أو المعلوماتية، أو أية وسيلة أخرى من وسائل المراقبة، يراها العون المكلف بتفتيش الشغل كفيلة بأن تقوم مقام ذلك الدفتر. (المادة 372 من مدونة الشغل). / socialmaroc.net/glossary/

⁶⁹-الطعن رقم 3465 لسنة 75 ق. جلسة 2007/2/4م.

يرى جانب من الفقه أن إثبات الوفاء بالأجر يبقى ممكناً بأية كتابة أخرى تحمل توقيع العامل⁽⁷⁰⁾، لأن الهدف الأساسي للمشرع من الخروج على القواعد العامة للإثبات هو تأكيد استبعاد إثبات الوفاء بالبيئة الشخصية والقرائن، وتطلب الإثبات بالكتابة حتى بالنسبة للمبالغ التي لا تتجاوز خمسمائة جنيه مصري أو خمسون ألف ليرة سورية⁽⁷¹⁾.

وذهب رأي فقهي ونحن نؤيده إلى أن إثبات الوفاء بالأجر لا يجوز أن يتم إلا من خلال الأوراق التي أشار إليها قانون العمل⁽⁷²⁾، لأنه لو كان هدف للمشرع استبعاد الوفاء بالبيئة والقرائن لكان قد اشترط الإثبات بالكتابة دون تحديد شكلها. ومن الجدير بالذكر أنه في قانون العمل العماني لا تبرأ ذمة صاحب العمل من أجر العامل إلا إذا قام بتحويل أجر العامل إلى حسابه بأحد المصارف

⁷⁰ - عبد الودود يحيى: شرح قانون العمل، ص226 . محمد حلمي مراد: قانون العمل، ط3، نهضة مصر، القاهرة، 1955م، ص274.

⁷¹ - إسماعيل غانم: قانون العمل، 1961م، بدون ناشر ص543.

⁷² - محمد فاروق الباشا: ص 216

المحلية المعتمدة⁽⁷³⁾، وهذا يعني أن صاحب العمل لا يستطيع إثبات الوفاء بالأجر إلا من خلال إبراز وثيقة تثبت تحويل أجر العامل إلى حسابه المصرفي⁽⁷⁴⁾، بينما اشترطت المادة التسعون من نظام العمل السعودي أن يتم الوفاء بالأجر من خلال التحويل إلى الحسابات البنكية للعمال دون أن تشترط بأنه لا يتم إثبات الوفاء بالأجر إلا بتلك الطريقة.

وفي قانون العمل الفرنسي عند دفع أجر العامل يسلم صاحب العمل للعمال المذكورين في المادة 1-3243 L وثيقة داعمة تسمى قسيمة الأجر، ولا يجوز لصاحب العمل أن يشترط أي شكل من أشكال التوقيع الرسمي سوى التوقيع الذي يثبت أن المبلغ المستلم يساوي المبلغ الصافي الذي يظهر في هذه النشرة، ولا يجوز لصاحب العمل استبدالها بقسيمة إلكترونية في حالة معارضة العامل لذلك، على أن تتخذ الإجراءات التي تضمن سريتها. أما البيانات التي تذكر في القسيمة

⁷³ - المادة 53 من قانون العمل

⁷⁴ - لم يرد في قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003م نص يحدد طريقة إثبات الوفاء بالأجر.

فتحدد بمرسوم صادر من مجلس الدولة⁽⁷⁵⁾، ولن تكون لتلك القسيمة أية أهمية إلا

إذا كان إثبات الوفاء بالأجر لا يتم إلا من خلالها.

ومما تجدر الإشارة إليه أن اشتراط إثبات الوفاء بأجر العامل كتابة أمر

يتعلق بالنظام العام⁽⁷⁶⁾، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على ما يخالف ذلك سواء من

⁷⁵ - Article L3243-2 Modifié par LOI n°2016-1088 du 8 août 2016 – art. 54

Lors du paiement du salaire, l'employeur remet aux personnes mentionnées à l'article L. 3243-1 une pièce justificative dite bulletin de paie. Il ne peut exiger aucune formalité de signature ou d'émargement autre que celle établissant que la somme reçue correspond bien au montant net figurant sur ce bulletin.

Sauf opposition du salarié, l'employeur peut procéder à la remise du bulletin de paie sous forme électronique, dans des conditions de nature à garantir l'intégrité, la disponibilité pendant une durée fixée par décret et la confidentialité des données ainsi que leur accessibilité dans le cadre du service associé au compte mentionné au 2° du II de l'article L. 5151-6. Un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission nationale de l'informatique et des libertés détermine les modalités de cette accessibilité afin de préserver la confidentialité des données.

Les mentions devant figurer sur le bulletin ou y être annexées sont déterminées par décret en Conseil d'Etat.

⁷⁶ - محمد حسين منصور: قانون العمل في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، دون تاريخ، ص216

حيث العدول عن مبدأ الإثبات بالكتابة أو تعديل على الوسيلة المحددة لإثبات الوفاء بالأجر.

المبحث الثالث

إثبات المبرر المشروع لإنهاء عقد العمل غير محدد المدة

تمهيد وتقسيم:

لا شك في أن طبيعة إنهاء عقد العمل غير محددة المدة تكيف على أنها تصرف قانوني؛ بمعنى اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، والأثر الذي يترتب على التصرف المنهي لعقد العمل هو وضع حدٍ للعلاقة التعاقدية بين العامل وصاحب العمل. واعتبار هذا الإنهاء تصرفاً قانونيً يحتم أن تتوافر فيه أركان التصرف القانوني؛ وهي الرضا والمحل والسبب، لذلك يجب أن يصدر الإنهاء عن إرادة اتجهت إلى إحداث الأثر القانوني، ويجب أن تكون إرادة غير هازلة، ولا معلقة على شرط المشيئة، وأن تكون الإرادة سليمة من عيوب الإرادة. أما محل التصرف المنهي للعقد فهو تصور تحقيق نتيجة معينة؛ أي تصور وضع حد للعلاقة التعاقدية، أما السبب فهو الباعث الدافع لهذا التصرف المنهي للعقد، وهذا الباعث يجب أن يكون مشروعاً⁽⁷⁷⁾، وسوف نتناول مفهوم السبب المشروع في المطلب الأول، وعاء إثباته في المطلب الثاني.

⁷⁷ - شواخ محمد الأحمد: إنهاء وتعديل عقد العمل غير محدد المدة، رسالة دكتوراه غير منشورة، قدمت لكلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة 1997م، ص160

المطلب الأول

مفهوم السبب المشروع

عندما رخص المشرع لطرفي عقد العمل غير محدد المدة⁽⁷⁸⁾ بإنهاء العقد دون الرجوع إلى القضاء، ودون الحصول على موافقة الطرف الآخر، إلا أنه لم يجعل تلك الرخصة مطلقة من كل قيد، وإنما أوجب توافر قيدين، الأول: قيد شكلي؛ يتعلق بضرورة إخطار أو إشعار الطرف الآخر، لتلافي آثار الإنهاء المفاجئ، والثاني: قيد موضوعي، يتمثل في توافر المبرر المشروع لإنهاء العقد غير محدد المدة.

وبالنسبة للقيد الشكلي؛ أي الإشعار أو الإخطار، يعرف بأنه عبارة عن "إعلان لإرادة المتعاقد يتضمن رغبته الأكيدة في إنهاء العقد"⁽⁷⁹⁾، ويعد الإشعار

⁷⁸ - راجع المادة 110 من قانون العمل المصري، والمادة 75 عمل سعودي، والمواد 56 - 65 - 209 عمل سوري، والمادة 37 عمل عماني مع الإشارة إلى أن المادة المذكورة لم تنص على القيد الموضوعي، إلا أن القضاء العماني ممثلاً بالمحكمة العليا مستقر في شأن إنهاء العقد غير محدد المدة على أنه "لا يكفي الإعلان للطرف الآخر قبل ثلاثين يوماً بالنسبة للعمال المعيّنين بأجر شهري، وخمسة عشر يوماً بالنسبة لغيرهم، وذلك ما لم يتفق على مدة أطول... لا يكفي هذا فقط وإنما لابد من توافر السبب الكافي المبرر لإنهاء العقد والذي ينتقي معه التعسف في استعمال هذا الحق الذي نص عليه القانون، إذ لابد من تلازم هذين الشرطين من أجل إعمال نص المادة (37) من قانون العمل، وهما وجوب مراعاة الإخطار وفق ما سبق بيانه قبل ثلاثين يوماً أو خمسة عشر يوماً من تاريخ الإنهاء، حسبما يكون الحال، وثانيهما وجوب ألا يكون إنهاء العقد مشوباً بالتعسف وله ما يبرره التبرير المشروع والعادل. محمد بن أحمد الرواحي: إنهاء عقد العمل بلا تعسف. تاريخ الزيادة

alroya.om/post/216518/2019/11/25

⁷⁹ - أحمد حسن البرعي: ص 622

وفقاً للقواعد العامة من قبيل التعبير عن الإرادة الذي لا ينتج أثره إلا من تاريخ استلام الطرف الآخر به؛ لأنه تعبير واجب التسلم⁽⁸⁰⁾، وتشترط قوانين العمل أن يكون الإشعار مكتوباً⁽⁸¹⁾، ولهذا في حال النزاع على حصول الإشعار من عدمه يتعين على صاحب العمل في حال ادعائه ذلك أن يثبت أن إشعار العامل بالإنهاء قد تم وفقاً للطريقة التي يحددها القانون، وطالما أن القانون يشترط الكتابة في الإشعار، لهذا لا يستطيع صاحب العمل إثباته إلا بالكتابة.

وبالنسبة للقيد الموضوعي والمتمثل بتوافر المبرر المشروع، فهو الذي يثير المشكلات بين أطراف العقد، وهو الذي سيكون محلاً للإثبات عند إنهاء عقد العمل غير محدد المدة، لهذا لا بد من تعريف المبرر غير المشروع لإنهاء العقد. وقد نصت المادة (120) من قانون العمل المصري على بعض المبررات غير المشروعة لإنهاء عقد العمل غير محدد المدة عندما يكون الإنهاء من جانب صاحب العمل، وهو الأمر الغالب في الواقع العملي⁽⁸²⁾، ونعتقد أن ما أورده المادة (120) عمل مصري جاء على سبيل المثال وليس الحصر، وتتمثل المبررات غير المشروعة في:

⁸⁰ -المادة 112 من قانون العمل المصري، والمادة 75 من نظام العمل السعودي.

⁸¹ - الفقرة الأولى من المادة 110 من قانون العمل المصري.

⁸² - مما لا شك فيه أن إنهاء عقد العمل من قبل صاحب العمل يعد كارثة للعامل، حيث يفقد مصدر عيشه، وقد يترتب على ذلك آثار أخرى مثل نقل محل إقامة العامل وتغيير مدارس أولاده. أما إنهاء العقد من جانب العامل قد يسبب بعض الضيق لصاحب العمل، لكن لا تقارن آثاره مع الآثار السابقة.

- 1- اللون أو الجنس أو الحالة الاجتماعية أو المسؤوليات العائلية أو الحمل أو الدين أو الرأي السياسي.
- 2- انتساب العامل إلى منظمة نقابية أو مشاركته في نشاط نقابي في نطاق ما يحدده القانون.
- 3- ممارسته صفة ممثل العمال أو سبق ممارسة هذه الصفة أو السعي إلى تمثيل العمال.
- 4- تقديم شكوى أو إقامة دعوى ضد صاحب العمل.
- 5- توقيع الحجز على مستحقات العامل تحت يد صاحب العمل.
- 6- استخدام العامل لإجازاته.

ونعتقد أن المبررات غير المشروعة التي أشار إليها قانون العمل المصري يجمعها قاسم مشترك هو مخالفتها لقواعد النظام العام، لذلك يمكن أن نقرر أن المبرر غير المشروع هو: كل مبرر أو سبب يخالف قواعد النظام العام والآداب العامة⁽⁸³⁾.

⁸³ - يعرف النظام العام بأنه عبارة عن "قواعد يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية، وتتعلق بالنظام الأعلى للمجتمع، وتعلو تلك المصلحة على مصلحة الأفراد. أما الآداب العامة فهي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين بإتباعها طبقاً لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، فقواعد النظام العام تعد

ولكن مع هذا إذا كان سبب أو مبرر إنهاء عقد العمل غير محدد المدة لا يخالف النظام العام والآداب العامة لا يعني ذلك أن الإنهاء مشروع، لأن المادة (110) من قانون العمل المصري حظرت على صاحب العمل إنهاء العقد إلا في حدود ما ورد بالمادة (69) من قانون العمل، وهذه المادة عدت الأخطاء الجسيمة التي تسمح بفصل العامل، لذلك لا يستطيع صاحب العمل إنهاء عقد العمل غير محدد المدة إلا إذا ارتكب العامل خطأ جسيماً أو ثبت عدم كفاءته طبقاً لما نصت عليه اللوائح المعتمدة.

أما في القانون الفرنسي فلا يكفي أن يكون سبب الإنهاء غير مخالف للنظام العام، وإنما يجب أن يكون سبباً حقيقياً وجدياً، حيث اشترطت المادة 11- L 124 من قانون العمل الفرنسي أن يكون تسريح العامل مبنياً على سبب حقيقي وجدي⁽⁸⁴⁾، لهذا فإن مشروعية التسريح تتوقف بشكل كامل على وجود سبب

بمثابة مظلة يتعين على جميع التصرفات القانونية أن تستظل بشرعيتها، وإلا كان البطلان جزاءً لها. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000م، 399-400. عماد طارق البشري: فكرة النظام العام في النظرية والتطبيق، دراسة مقارنة، المكتب الإسلامي، بيروت، ط1، 2005م، ص49

⁸⁴ 1) - Est abusif et constitue un acte socialement et économiquement anormal, le licenciement qui est contraire à la loi ou qui n'est pas fondé sur des motifs réels et sérieux liés à l'aptitude ou à la conduite du salarié ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.

حقيقي وجدي، إلا أن قانون العمل الفرنسي لم يعرف السبب الحقيقي والجدى، وكذلك فإن محكمة النقض لم تحاول أن تسد هذا الفراغ التشريعي، لهذا فإن البحث في الأحكام الصادرة عن المحكمة المذكورة لتحديد معنى السبب الحقيقي والجدى سيكون بدون جدوى⁽⁸⁵⁾، مع إن إعطاء معنى قانوني للسبب الحقيقي والجدى مسألة في غاية الأهمية.

أ- السبب الحقيقي:

بحسب ما ذكره وزير العمل الفرنسي Georges GORSE أثناء

مناقشة القانون الصادر بتاريخ 1973/7/13م فإن السبب يكون حقيقياً إذا كان له طابع موضوعي ودقيق بما فيه الكفاية⁽⁸⁶⁾، الأمر الذي يستبعد الأوهام والشعور الشخصي. والسبب الحقيقي يمكن أن يكون على سبيل المثال خطأ، أو عدم كفاية مهنية، أو إعادة تنظيم المشروع⁽⁸⁷⁾، وأضاف وزير العمل الفرنسي بأن السبب

⁸⁵ LYON-CAEN (G) et PÉLISSIER (J) Droit du travail .16 edition Dalloz .Paris 1992 No. 296 P. 268.

⁸⁶ Stéphane Carré, La Cour de Cassation face à l'épineux contrôle de la légitimité du licenciement économique, Droit Ouvrier. – Mars 1995. P.122

⁸⁷ – La cause est réelle si elle présente un caractère d'objectivité ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles” Manoëlla RASSELET , LES RUPTURES DU CONTRAT DE TRAVAIL Mise en perspective, Thèse de Doctorat, UNIVERSITÉ DE NANTES FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES POLITIQUES ECOLE DOCTORALE DROIT ET SCIENCES SOCIALES, p. 393 N. 344 LUPI (G) le

الحقيقي يجب أن يكون قبل كل شيء موضوعياً ومستقلاً عن المزاج الجيد أو السيء لصاحب العمل⁽⁸⁸⁾. وشدد مقرر لجنة العلاقات الثقافية والعائلية والاجتماعية في الجمعية الوطنية على أن السبب لكي يكون حقيقياً يجب أن يكون في الوقت نفسه موجوداً وصحيحاً⁽⁸⁹⁾، مما يعني أنه لم يعد بإمكان صاحب العمل تسريح العمل إذا لم يقدم سبباً، ولهذا فقد قضت محكمة النقض الفرنسية "بأن التسريح لسبب يتعلق بشخص العامل يجب أن يستند على عناصر موضوعية"⁽⁹⁰⁾ واعتبرت المحكمة أن "فقدان الثقة بالعامل من قبل صاحب العمل لا يمكن أن يشكل سبباً للتسريح حتى عندما يكون قرار صاحب العمل قائماً على عناصر موضوعية، فالعناصر الموضوعية لا فقدان الثقة هي التي تبرر تسريح العامل"⁽⁹¹⁾، ولهذا يرى جانب من الفقه⁽⁹²⁾ أن هناك اتجاهات حقيقياً في التشريع

controle par la chambre sociale de la cour de cassation .. Dr. sos No 3- 1986 P. 202

⁸⁸- LYON-CAEN (G) et PÈ202

⁸⁸- LYON-CAEN (G) et P LISSIER (J) op. cit. No. 298, P. 269

⁸⁹- LYON-CAEN et PÉLISSIER, op. cit. P. 269, No. 298

⁹⁰ - « ...un licenciement pour une cause inhérente à la personne du salarié doit être fondé sur des éléments objectifs...4 Soc. 29 novembre 1990, Bull. civ. V, n° 597 ; Grands arrêts, n° 97, D. 1991. 190, notes J. PELISSIER

⁹¹ - « la perte de confiance de l'employeur ne peut jamais constituer en tant que telle une cause de licenciement, même quand elle repose sur des éléments objectifs ; [...] seuls ces éléments objectifs peuvent, le cas échéant, constituer une cause de

والقضاء الفرنسيين نحو تجسيد أسباب تسريح العامل بوقائع مادية يمكن التحقق منها، مما يؤدي إلى استبعاد العناصر الشخصية من قرارات صاحب العمل، والاعتماد على الاعتبارات المهنية؛ أي الصفات المهنية التي لها صلة بالنشاط المهني للعامل.

فإنهاء عقد العمل لسبب يتعلق بشخص العامل يجب أن يستند دائماً على عناصر موضوعية، تنسب للعامل نفسه، لهذا لا يمكن تبرير الإنهاء بأسباب تتعلق بسلوك الزوج أو بشكل عام بسلوك أحد أفراد الأسرة. مع ملاحظة أن نسبة السبب الذي يبرر إنهاء العقد للعامل يشترط فيه⁽⁹³⁾ أن يتعلق هذا السبب بمهام لها علاقة بالنشاط الذي تم التعاقد معه لأجلها. وبناء عليه فقد قضت محكمة النقض المصرية في حكم حديث بأن "فقد الثقة في العامل لخطأه يعتبر سبباً كافياً لإنهاء العقد، بشرط توافر أسباب مشروعة وواقعية تبرر فقدان الثقة"⁽⁹⁴⁾.

licenciement, mais non la perte de confiance qui a pu en résulter pour l'employeur"
Cass. Soc., 29 mai 2001, Bull. civ. V, n° 183

⁹²– M.A. FAUCHET, Droit disciplinaire et droit du licenciement, thèse de doctorat, Droit privé, Paris 1, 2002, p.127.cit. par. N'Deye N'Doye : Le licenciement pour motif personnel en France et au Sénégal : [étude de droit comparé]. Droit. Université de Strasbourg, 2012. Français. P.93

⁹³– Manoëlla RASSELET, op. cit. p.404-405

⁹⁴ – نقض عمالي مصري، الطعن 11813 لسنة 88 قضائية الصادر بجلسة 2019/12/15

https://www.cc.gov.eg/civil_judgments

ب- السبب الجدي:

يجب أن يكون السبب الذي يبرر إنهاء عقد العقد بالإضافة إلى كونه سبباً حقيقياً أن يكون جدياً أيضاً، إلا أن الجدية التي يجب أن يتصف بها سبب الإنهاء لم يحددها القانون، وإنما فوض صراحة القاضي في تحديد السبب الجدي لإنهاء العقد. ومع ذلك أن الأعمال التحضيرية للقانون الفرنسي الصادر في 7 / 13 / 1973م أعطت بعض المفاتيح حول السبب الجدي، حيث اعتبرت السبب الجدي هو السبب الذي يكتسي خطورة كافية تمنع من استمرار علاقة العمل⁽⁹⁵⁾، مما يؤدي إلى ضرورة إنهائه⁽⁹⁶⁾.

وعرفت محكمة استئناف ليموج السبب الجدي للإنهاء بأنه "الفعل أو الواقعة التي لا تجعل الاحتفاظ بعقد العمل مستحيلاً مطلقاً وفوراً، مثل الخطأ الجسيم الذي يحرم العامل من مهلة الإخطار، ومن تعويض التسريح، ولكن هو الفعل القابل لأن يلحق ضرراً مستمراً بحسن سير المشروع"⁽⁹⁷⁾.

⁹⁵ – Stéphane Carré, op. cit. p. 122. Manoëlla RASSELET, op. cit. p. 420

⁹⁶ – " Un cause sérieux est une cause revêtant une certaine gravité qui rend impossible sans dommages pour l'entreprise la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement " cité par LYON-CAEN (G) et PÉLISSIER (J) op. cit. No. 302. P. 272.

⁹⁷ – LIMOGES 21 Mars 1975 D : 1975, 411 Note COUTURIER (G)

ويرى جانب من الفقه الفرنسي⁽⁹⁸⁾ أن سبب الإنهاء لن يكون جدياً، إلا إذا كانت مصلحة المنشأة من إنهاء العقد جدية، فتقدير جدية السبب يمكن أن يختلف، ويتغير، ليس فقط تبعاً للوقائع التي يستند إليها صاحب العمل كمبرر لإنهاء العقد، ولكن أيضاً تبعاً لوضع العامل الشخصي. فالسبب الجدي للإنهاء لا يمكن أن يقدر بنفس الأسلوب والطريقة للعامل الذي يجد عملاً آخر بسهولة ويسر، وبالنسبة للعامل الذي سيواجه خطر البطالة وبالتالي يجب أن تؤخذ بالاعتبار تلك العوامل عند تقدير جدية سبب الإنهاء بالإضافة إلى سن العامل، إذ يجب على القاضي أن يعمل على إيجاد توازن بين مصالح الطرفين، ولا يترك لصاحب العمل حرية تقدير مصلحة المشروع بدون أن يأخذ باعتباره مصلحة العامل واستمراره في عمله⁽⁹⁹⁾.

⁹⁸ - SAVATIER (J) Le contrôle par la chambre social..... Dr.sos .1986 P. 206-

207

⁹⁹ - SAVATIER (J) op. cit. P. 207.

المطلب الثاني

عبء إثبات سبب الإنهاء

كما أوضحنا سابقاً هناك قاعدة ثابتة تضع عبء الإثبات على عاتق المدعي؛ وهي أن البيئة على المدعي واليمين على من أنكر، ولكن من المعروف أن العامل هو الحلقة الأضعف في علاقة العمل، فهل يطبق المبدأ السابق على إثبات سبب الإنهاء؟

إن تحديد الطرف الذي يتحمل عبء إثبات المبرر المشروع لإنهاء العقد يتطلب منا أن نتتبع طريقة صياغة هذا القيد في القانون المصري خاصة، وذلك لأثره الكبير على قوانين العمل في الدول العربية، وقد عبّر القانون المدني المصري عن القيد الموضوعي المتمثل بضرورة توافر المبرر المشروع لإنهاء عقد العمل غير محدد المدة، فاستخدم مصطلح الإنهاء التعسفي، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (659) على أنه "إذا فسخ (أنهي) العقد بتعسف من أحد المتعاقدين"، بينما عبر عن هذا القيد قانون العمل الموحد رقم 91 لسنة 1959م بمصطلح الإنهاء بلا مبرر، فنصت المادة (74) على أنه "إذا فسخ العقد بلا

مبرر⁽¹⁰⁰⁾ كان للطرف الذي أصابه ضرر من هذا الفسخ الحق في تعويض تقدره المحكمة ... بعد تحقيق ظروف الفسخ".

وقد ذهب جانب من الفقه⁽¹⁰¹⁾ إلى القول بأن استعمال المشرع لعبارة الإنهاء بلا مبرر قصد منها تحميل الطرف الذي أنهى العقد عبء إثبات مبررات الإنهاء، وخصوصاً أن المادة (74) من قانون العمل الموحد تنص على أن الحكم بالتعويض يكون "بعد تحقيق ظروف الفسخ"، ولا يمكن للمحكمة أن تقوم بذلك إلا إذا طلبت من الطرف الذي أنهى العقد أن يبين أسباب وبواعث هذا الإنهاء.. ومما لا شك فيه أن المحكمة لا يمكنها أن تقوم بمثل هذا التحقيق، إلا إذا طلبت من الطرف الذي أنهى العقد أن يبين أسباب وبواعث هذا الإنهاء، لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه "وحيث إن هذا النعي صحيح، ذلك أنه لما كانت المادة (74) من قانون العمل رقم 91 لسنة 1959م تنص على أنه "إذا فسخ العقد بلا

مبرر كان للطرف الذي أصابه ضرر من هذا الفسخ الحق في تعويض تقدره المحكمة ... بعد تحقيق ظروف الفسخ ..."، مما مفاده أن على الطرف الذي ينهي العقد أن يفصح عن الأسباب التي أدت به إلى هذا الإنهاء، فإذا لم يذكرها قامت

¹⁰⁰ - نعتقد أن استخدام المشرع لمصطلح الإنهاء بلا مبرر غير دقيق، لأنه لا يمكن أن نتصور أن أحد أطراف العقد يقدم على إنهاء العقد دون مبرر، فالمبرر موجود دائماً، إلا أن هذا المبرر قد يكون غير مشروع.

¹⁰¹ - محمد حلمي مراد: قانون العمل، ص 369 عبد الباسط جميعي: نظام الإثبات في القانون المدني المصري، ص 24-25، مشار إليه في محمد حلمي مراد، ص 369، هامش 3. محمود جمال الدين زكي: عقد العمل في القانون المصري، ص 1069، هامش 2

قرينة لصالح الطرف الآخر على أن إنهاء العقد وقع بلا مبرر، ومن ثم إذا ذكر صاحب العمل سبب فصل العامل فإنه لا يقع عليه عبء إثبات صحة هذا السبب، وإنما يكون على العامل عبء إثبات عدم صحته، وأن الفصل لم يكن له ما يبرره، فإذا أثبت العامل عدم صحة المبرر الذي يستند إليه صاحب العمل في فصله، كان هذا دليلاً كافياً على التعسف، لأنه يرجح ما يدعيه العامل من أن فصله كان بلا مبرر" (102).

وفي ظل القانون النافذ قضت محكمة النقض المصرية أن "المقرر -في قضاء محكمة النقض- على صاحب العمل الذي ينهي العقد أن يفصح عن الأسباب التي دعت إلى هذا الإنهاء وعلى العامل عبء إثبات عدم صحتها" (103).

والملاحظ أن محكمة النقض المصرية وزعت عبء الإثبات بين الطرفين، فألزمت صاحب العمل بذكر سبب الإنهاء، فإذا لم يذكره قامت قرينة على أن الإنهاء وقع بلا مبرر، ولكن الدقة تقتضي أن نقول إن مبرر الإنهاء غير مشروع، لأنه من المستحيل ألا يكون لصاحب العمل مبرر دفعه للإنهاء، ولكن في حال ذكر صاحب العمل لمبرر الإنهاء لا يطلب منه إثبات صحته، وإنما يقع

¹⁰² - الطعن رقم 1932 لسنة 51 ق، جلسة 3/ 5/ 1982م، عصمت الهواري: قضاء النقض في منازعات العمل

والتأمينات الاجتماعية، دار الكتاب الحديث، ج5، ص 128.

¹⁰³ - الطعن رقم 6343 لسنة 81 قضائية، الصادر بجلسته 5/5/2019م

https://www.cc.gov.eg/civil_judgments

على كاهل العامل إثبات عدم صحته، ونعتقد أن المحكمة تقصد من صحة السبب مشروعيته، لأن عدم صحة المبرر تعني أن صاحب العمل قد وقع في غلط. أما قانون العمل المصري الملغى⁽¹⁰⁴⁾ فلم ينص على إمكانية إنهاء العقد غير محدد المدة بإرادة أي طرف من أطرافه، مكتفياً ببيان الحالات التي يجوز فيها فصل العامل، حيث بدا إن كل إنهاء للعقد غير محدد المدة يعد من قبيل الفصل وهو اعتقاد خاطئ⁽¹⁰⁵⁾.

أما قانون العمل المصري النافذ⁽¹⁰⁶⁾ وإن لم يحدد صراحة الطرف الذي يحمل عبء إثبات المبرر المشروع، إلا إن الفقرة الثانية من المادة (110) نصت على أنه لا يجوز لصاحب العمل أن ينهي العقد غير محدد المدة إلا في حدود ما ورد في المادة (69) من قانون العمل، أو ثبوت عدم كفاءة العامل. بالنسبة للحدود التي نصت عليها المادة (69)، وهي حالات الفصل من الخدمة في حال ارتكاب العامل خطأ جسيماً، ومن ثم يقع على عاتق صاحب العمل إثبات الخطأ الجسيم للعامل، أو إثبات عدم الكفاءة طبقاً للوائح المحددة، حتى يكون إنهاء العقد متفقاً مع القانون، لأن الأصل أن العامل لم يرتكب خطأ جسيماً، ومن يدعي عكس

¹⁰⁴ - القانون رقم 137 لسنة 1981م.

¹⁰⁵ - أحمد حسن البرعي: شرح قانون العمل، ص 618-619.

¹⁰⁶ - القانون رقم 12 لسنة 2003م.

الأصل هو الذي يقع عليه عبء الإثبات، أي أن صاحب العمل هو الذي يدعي ارتكاب العامل لخطأ جسيم.

أما عبء إثبات إنهاء العقد بطريقة غير تعسفية في قانون العمل الجزائري فإنه يقع عاتق صاحب العمل، لأن القانون اعتبر كل تسريح فردي يتم بخلاف أحكام القانون هو تسريح تعسفي، إلا إذا أثبت صاحب العمل العكس، وهذا ما أكدت عليه المادة (3-73) بنصها على أن " كل تسريح فردي، يتم خرقاً

لأحكام هذا القانون، يعتبر تعسفياً، وعلى المستخدم أن يثبت العكس".

أما في القانون الفرنسي فالإثبات لا يقع على عاتق أحد الطرفين، لأن القاضي في حالة وجود نزاع يشكل قناعته على ضوء الأدلة التي يقدمها أطراف النزاع، ويأمر القاضي إذا لزم الأمر بإجراء التحقيقات التي يعتبرها مفيدة، وإذا لم يتمكن القاضي من تكوين قناعته من المعلومات المقدمة والتحقيقات التي أجراها، بمعنى إذا بقي شك، فإن الشك يفسر لمصلحة العامل⁽¹⁰⁷⁾، وبهذا يجوز للقاضي

¹⁰⁷ – Article L1235-1 Modifié par Ordonnance n°2017-1387 du 22 septembre 2017 – art. 2

A défaut d'accord, le juge, à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur, forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles.

Il justifie dans le jugement qu'il prononce le montant des indemnités qu'il octroie.
Si un doute subsiste, il profite au salarié

الفرنسي بعد جمع الأدلة التي قدمها الطرفين أن يأمر، إذا لم تكن الأدلة كافية، بمباشرة إجراء التحقيق الذي من شأنه أن يوفر أدلة جديدة، تدعم ما قدمه الأطراف من معلومات.

وعلى هذا فإن عبء إثبات السبب الحقيقي والجدي لتسريح العامل، وإن كان لا يقع على عاتق أحد الأطراف، إلا أنه من مصلحة كل طرف منهم عدم البقاء مكتوف اليدين أمام القاضي، أو المخاطرة بخسارة الدعوى، لهذا فإن كل طرف منهم يقدم من الأدلة التي تدعم طلبه⁽¹⁰⁸⁾، رغم أن القانون الفرنسي لم يحمل أحد الأطراف عبء إثبات سبب إنهاء عقد العمل، وإنما القاضي هو من يقوم بالدور الإيجابي، فالقاضي مدعو إلى لعب دور نشط مما يمكنه، ليس من توجيه التحقيقات فحسب، بل من المشاركة فيها ليشكل قناعته، إلا أن الاجتهاد القضائي الفرنسي مستقر على أن إثبات السبب الحقيقي والجدي للتسريح يقع على عاتق صاحب العمل، ففي حكم قضائي صدر في 1998م⁽¹⁰⁹⁾، وتأكد بحكم آخر صدر في 2000/3/15م⁽¹¹⁰⁾ حيث تم فصل عامل كان يعمل كمدير فني وتجاري

¹⁰⁸ – N'Deye N'Doye : Le licenciement pour motif personnel en France et au Sénégal: [étude de droit comparé]. Droit. Université de Strasbourg, 2012. Français. P. 130

¹⁰⁹ – Cass. Soc, 17 mars 1998, pourvoi n°95-43-446, arrêt n°1508. Cit. par. N'Deye N'Doye. Op. cit. P. 135

¹¹⁰ – Cass. Soc, 15 mars 2000, pourvoi n° 98-41-22, arrêt n° 142, N'Deye N'Doye. Op.cit. p.136

في المنشأة بسبب خطأ جسيم بعد محاولة إفشاء معلومات سرية، فقد خلصت محكمة الاستئناف إلى أن الفصل كان خالياً من السبب الحقيقي والجدي، لأن صاحب العمل لم يقدم أدلة على الخطأ الجسيم، وطعن صاحب العمل في حكم محكمة الاستئناف بحجة أن المحكمة قد خالفت الماد 3-14-122 L. من قانون العمل التي نصت على أن عبء إثبات سبب التسريح لا يقع على عاتق أطراف، وإنما يقع على عاتق القاضي على ضوء الأدلة المقدمة، لكن هذه الدفوع لم تقنع قضاة محكمة النقض الذي أيدت حكم محكمة الاستئناف . ونعتقد أن القضاء في المغرب يسير بهذا الاتجاه، عندما أكد المجلس الأعلى على أن صاحب العمل هو الذي يحمل عبء إثبات السبب الذي نسبته للعامل⁽¹¹¹⁾.

ويلحظ أن المادة (75) من نظام العمل السعودي ألزمت الطرف الذي يقدم

على إنهاء عقد العمل غير محدد المدة أن يبين السبب في الإشعار الذي يوجهه للطرف الآخر، لذلك إذا لم يذكر السبب في الإشعار قامت قرينة على أن الإنهاء لسبب غير مشروع، إلا إذا استطاع من أنهى العقد أن يثبت خلاف ذلك، وفي حال ذكر الطرف الذي أنهى العقد سبب الإنهاء لا يعني ذلك إلزامه بإثبات مشروعيته، فإذا ادعى الطرف الآخر عدم مشروعية السبب وقع على عاتقه عبء إثبات عدم مشروعيته، ولكن يبدو أن هيئة تسوية الخلافات العمالية أخذت بعين

¹¹¹ - دنيا مباركة: دراسة معمقة حول أثر إنهاء عقد الشغل على حقوق الأجراء

cieersjo.com/2017/08/10/

الاعتبار صعوبة إثبات العامل خلاف ما يدعيه صاحب العمل، والطابع الحمائي لقانون العمل، لذلك قضت بتحميل صاحب العمل عبء إثبات مشروعية السبب، عما أكدت على أن "فصل العامل من الخدمة يلزم صاحب العمل إثبات أن الفصل قد أُسْتُدْتُد إلى سبب مشروع"⁽¹¹²⁾، ومما لا شك فيه أن قضاء هيئة تسوية الخلافات العمالية يتسم بالجرأة، ويتسق مع طبيعة قواعد قانون العمل ذات الطابع الحمائي، ولهذا فإن قانون العمل البحريني رقم 36 لسنة 2012م كان واضحاً وصريحاً في تحميل صاحب العمل عبء إثبات مشروعية إنهاء العقد⁽¹¹³⁾ (المادة 101). ومما تجدر الإشارة إليه أن المادة 9-2-أ من اتفاقية العمل الدولية رقم (158) تنص على أنه "يجب أن يقع عبء الإثبات لوجود سبب وجيه للفصل على عاتق صاحب العمل".

¹¹² - القرار رقم 1114 / 2 / 431 تاريخ 12/3 / 1431 مدونة المبادئ والقرارات العمالية 1431-1432

¹¹³ -Clesse, Jacques, and Aurélie Mortier. "Le contrôle des motifs du licenciement et le licenciement abusif des employés." Le licenciement abusif (2009): 11-48.

في بلجيكا تشكل الفقرة 2 من المادة 63 من قانون 3 يوليو 1978م خطوة نحو الدافع للفصل من العمل، لأنها تنص على عكس عبء الإثبات: في حالة النزاع، على صاحب العمل أن يثبت الأسباب التي يتذرّع بها لتسريح العامل، وفي حال الشك يفسر الغموض لصالح العامل.

الخاتمة

لما كانت قواعد قانون العمل تسعى إلى حماية العامل باعتباره الطرف الضعيف في علاقة العمل، لذلك كان لا بد من تيسير إجراءات الإثبات أمامهم، لهذا فقد أجاز القانون للعامل في حال عدم تحرير العقد إثبات العقد وإثبات جميع حقوقهم الناشئة عنه بجميع طرق الإثبات، أما صاحب العمل فلا يجوز له إثبات العقد إلا بالكتابة. وبالنسبة لإثبات الوفاء بالأجر، يكفي أن يثبت العامل علاقة العمل، فعندئذ يتحمل صاحب العمل عبء إثبات الوفاء به، وتحدد القوانين وسيلة معينة ومحددة لإثبات صاحب العمل الوفاء به، إما عن طريق التحويل لحساب مصرفي أو من خلال وسيلة كتابية محددة. أما بالنسبة لإثبات المبرر المشروع لإنهاء عقد العمل فالأجاء الفقه والقضائي يسير نحو تحميل صاحب العمل عبء إثبات مشروعيته.

التوصيات:

- 1- نهيب بالمنظم السعودي تبني وتقنين ما كرسه قضاء هيئة تسوية الخلافات العمالية من تحميل صاحب العمل عبء إثبات مشروعية إنهاء عقد العمل غير محدد المدة.
- 2- نهيب بالمشروع العماني ضرورة تقييد إنهاء عقد العمل غير محدد المدة بتوافر السبب المشروع وتحميل صاحب العمل عبء إثباته، وأن يفرق بين

المنازعات الفردية والجماعية، ويخص الأخيرة بطرق تسوية تضمن السرعة في تسويتها.

3- نهيب بالمشروع السوري حذف العبارة الأخيرة من الفقرة الثانية من المادة السابعة والأربعين من قانون العمل التي تمنح صاحب العمل إثبات عكس ما يثبتته العامل بكل طرق الإثبات، لأن منح صاحب العمل مثل تلك المكنة سوف يقضي على أهمية منح العامل الحق في إثبات العقد بجميع طرق الإثبات، لأن الأول يتمتع بنفوذ على العمال، مما يمكنه من دحض إثبات العامل لعقده.

ثبت المصادر

أولاً- باللغة العربية:

- الكتب:

- ابن منظور ، محمد بن مكرم بن علي، جمال الدين الأنصاري الرويفعي الإفريقي: لسان العرب، دار صادر، بيروت.

- محمد بن أحمد بن جزي الكلبي الغرناطي: القوانين الفقهية، دون تاريخ وناشر

- عبدالله بن أحمد النسفي: كنز الدقائق في الفقه الحنفي، ط1، دار البشائر

الإسلامية، بيروت، 2001م.

- أحمد حسن البرعي: شرح قانون العمل، دار الثقافة العربية، القاهرة، 2013م.

-أحمية سليمان: التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، دار المطبوعات الجامعية، ط6.

-إسماعيل غانم: قانون العمل، 1961م، بدون ناشر.

-بشير هدي: الوجيز في شرح قانون العمل، علاقات العمل الفردية والجماعية

ط2، دار الريحانية، الجزائر، 2003م.

-حسن كيرة: أصول القانون، ط3، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1983م.

-حسام الدين الأهواني ورمزي فريد مبروك: الوسيط في قانون العمل لدولة الإمارات العربية المتحدة، جامعة الإمارات، 2000م.

-حسام الدين كامل الأهواني: أسباب انقضاء عقد العمل في ظل القانون رقم 12 لسنة 2003، 2009م.

-محمد مصطفى الزحيلي: وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، دار البيان، دمشق، ط 1، 1982م.

-محمد محمد أحمد عجيز: ذاتية قانون العمل وأهم تطبيقاتها، ط 2، دار النهضة العربية، 2007م.

- محمد حلمي مراد: قانون العمل، ط3، نهضة مصر، القاهرة، 1955م.

- محمد حسين منصور: قانون العمل في مصر ولبنان، دار النهضة العربية، دون تاريخ

-مصطفى أحمد أبو عمرو: علاقات العمل الجماعية، دار الجامعة الجديدة، 2005م.

- نصر فريد واصل: نظرية الدعوى والإثبات في الفقه الإسلامي، دار الشروق، ط1، 2002م.

- عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات - آثار الالتزام، دار النهضة العربية 1968م.
- عبد الودود يحيى: دروس في الإثبات، مكتبة القاهرة الحديثة، دون تاريخ .
- عبد اللطيف خالفي: الوسيط في مدونة الشغل، ط1، 2002م.
- يوسف إلياس: الوجيز في شرح قانون العمل، 1988-1989م، دون ناشر.
- رشيد بامو: إثبات عقد الشغل في ضوء العمل القضائي، بحث نهاية التكوين مقدم للمعهد العالي للقضاء بالمغرب، 2015-2017م.
- شواخ محمد الأحمد: إنهاء وتعديل عقد العمل غير محدد المدة، رسالة دكتوراه غير منشورة، مقدمة لكلية الحقوق بجامعة القاهرة سنة 1997م.

- المقالات:

- دنيا مباركة: دراسة معمقة حول أثر إنهاء عقد الشغل على حقوق الأجراء
cieersjo.com/
- صلاح علي علي حسن: حق الامتياز كضمان لحماية أجر العامل، دراسة مقارنة، بحث مقبول للنشر بمجلة كلية الحقوق بجامعة حلوان، مصر.

-محمد بن أحمد الرواحي: إنهاء عقد العمل بلا تعسف . تاريخ الزيارة

alroya.om/post/216518

- المدونات القضائية

-مدونة المبادئ والقرارات العمالية لعام 1431 القرار 1039 /2/ 431 بتاريخ

1431 /11/10 المجلد الثاني

-عصمت الهواري: قضاء النقض في منازعات العمل والتأمينات الاجتماعية، دار

الكتاب الحديث، القاهرة .

-القوانين

-قانون العمل المصري رقم 12 لسنة 2003

-قانون العمل السوري رقم 17 لسنة 2010

-نظام العمل السعودي رقم م/1 لسنة 1426

-قانون العمل العماني رقم 35 لسنة 2003

-قانون العمل الجزائري رقم 90-11 لسنة 1990

- قانون العمل الفرنسي من الموقع

<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LE>

[GITEXT000006072050](#)

ثانيا - باللغة الأجنبية:

-Clesse, Jacques, and Aurélie Mortier. "Le contrôle des motifs du licenciement et le licenciement abusif des employés." Le licenciement abusif (2009): 11-48

-LYON-CAEN (G) et PÉLISSIER (J) Droit du travail .16 edition Dalloz .Paris 1992 No. 296

-M.M.Esirkepova Comparative analysis in collective labor disputes resolution.Серия «Право» №1 (69) 2013

-**Manoëlla RASSELET** , LES RUPTURES DU CONTRAT DE TRAVAIL Mise en perspective, Thèse de Doctorat,

UNIVERSITÉ DE NANTES FACULTÉ DE DROIT ET DES
SCIENCES POLITIQUES ECOLE DOCTORALE DROIT ET
SCIENCES SOCIALES

– N'Deye N'Doye : Le licenciement pour motif personnel en
France et au Sénégal : [étude de droit comparé]. Droit.

Université de Strasbourg, 2012. Français.

– SAVATIER (J) Le contrôle par la chambre social.....

Dr.sos .1986

-Stani ONDZE ,LA GARANTIE DES SALAIRES EN CAS

D'INSOLVABILITÉ DE L'EMPLOYEUR Thèse de doctorat

Mention Droit privé Présentée et soutenue publiquement Le

5 décembre 2012,



–Stéphane Carré, La Cour de Cassation face à l'épineux
contrôle de la légitimité du licenciement économique, Droit
Ouvrier. – Mars 1995

حقوق العمال المهاجرين غير القانونيين

"دراسة في ضوء أحكام الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال

المهاجرين وأفراد أسرهم لعام 1990م"

The rights of illegal migrant workers

"Study in light of the provisions of the 1990

International Convention on the Protection of the

Rights of All Migrant Workers and Members of Their

Families"

د. حسين محمد عمران⁽¹⁾

Dr. Hussin Mohamed Omran

⁽¹⁾ عضو هيئة التدريس بكلية القانون، جامعة الزيتونة- ليبيا

الملخص

هذا البحث عن حقوق العمال المهاجرين غير القانونيين "دراسة في ضوء أحكام الاتفاقية الدولية لحقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام 1990"، سيتم فيه تحليل أحكام الاتفاقية وتعليقات اللجنة المعنية بتطبيقها مع بيان الجانب العملي للجنة من خلال ما تصدره من قرارات بخصوص العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني، وسيركز البحث على نقاط محددة، منها:

1- المركز القانوني للعمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني وفقا لأحكام الاتفاقية ذات العلاقة.

2- بيان مسؤولية دول (المصدر، العبور، العمل) في حالة إذا ما انتهكت هذه الحقوق.

3- دراسة الحالة الليبية وفقا للقرارات الصادرة عن اللجنة.

4- مدى التزام الدولة الليبية بأحكام الاتفاقية ذات العلاقة.

وسيتم معالجة هذه الفقرات وغيرها وفقا لخطة ثنائية، وذلك في بحثين،

المبحث الأول: بعنوان النظام القانوني لحماية حقوق العمال المهاجرين غير



القانونيين، أما المبحث الثاني: فنتناول فيه ضمانات حماية حقوق العمال المهاجرين غير القانونيين، ونختتم ذلك بأهم النتائج والتوصيات.

كلمات مفتاحية: العمال، المهاجرين، غير القانونيين، ضمانات، حماية، لجنة

Abstract

The research is entitled "The Rights of Illegal Migrant Workers" A Study in Light of the Provisions of the International Convention on the Rights of Migrant Workers and Members of Their Families of 1990. It is illegal, and the research will focus on specific points, including:

- 1- The legal status of migrant workers who are in an illegal situation in accordance with the provisions of the relevant agreement.
- 2- Indication of the responsibility of the countries (source, transit, work) in case these rights are violated.
- 3- Study the Libyan case according to the decisions issued by the committee.
- 4- The extent of the Libyan state's commitment to the relevant provisions of the agreement.

These and other paragraphs will be dealt with according to a bilateral plan, in two sections, the first topic: under the title of the legal system for protecting the rights of illegal migrant workers, and the second topic: we deal with guarantees for the



protection of the rights of illegal migrant workers, and we conclude this with the most important findings and recommendations.

Key words: workers, immigrants, illegal immigrants, guarantees, protection, committee.

مقدمة

الهجرة سبب في حدوث مشاكل اجتماعية، واقتصادية... إلخ للعمال المهاجرين وأسرهم، إلا أن هذه المشاكل تزداد في حالة الهجرة غير النظامية، لذلك فإنها تتطلب حماية دولية ووطنية أكثر، بقصد حماية الحقوق الأساسية للعمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني، والتي من أهمها منع الإتجار واستخدامهم في ظروف عمل غير آمنة وبشروط مجحفة.

ورغم أن منظمة العمل الدولية تهتم بحقوق العمال المهاجرين، إلا أن الجمعية العامة للأمم المتحدة اهتمت أيضا بهذا الموضوع من خلال قرارها رقم 158/45 لعام (1990)، المتضمن الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم.

وأهمية الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام (1990)⁽²⁾ (يشار إليها فيما يلي باسم الاتفاقية)، لم تقتصر على أنها تتضمن حقوقا للعمال المهاجرين النظاميين، وفقا لما تم النص عليه في الشرعة

(2) - دخلت حيز النفاذ في 2003/7/1م.

الدولية لحقوق الإنسان (الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والعهد الدولي الخاص
بالحقوق المدنية والسياسية والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية
والثقافية)؛ بل إنها تمثل أساساً قانونياً لتعاون الدول فيما بينها في أهم المسائل
الخاصة بمكافحة الهجرة غير النظامية وتهريب المهاجرين والإتجار بالبشر،
وحقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم الذين هم في وضع غير قانوني.

ورغم مخالفة العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني للقوانين
الداخلية للدول المعنية (دول العبور، دول العمل)، وأن القاعدة الأساسية التي تحكم
ذلك هي عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون الوطني لتلك الدول، وباعتبار أن
هؤلاء العمال غير النظاميين بشر ولهم من الحقوق ما لغيرهم من حقوق؛ لذلك
يجب التوفيق بين سيادة الدول المعنية في تطبيق قوانينها الداخلية وبين المبادئ
الأساسية لحقوق الإنسان على قدر المساواة وبدون تمييز.

ومن أهم الإشكاليات التي يثيرها هذا البحث: بيان المركز القانوني للعمال
المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني وفقاً لأحكام الاتفاقية ذات العلاقة،
وتوضيح مسؤولية الدول الأطراف (المنشأ، العبور، العمل) في الاتفاقية إذا ما

انتهكت هذه الحقوق، ودراسة الحالة الليبية وفقا للقرارات الصادرة عن اللجنة، ومدى التزامها بأحكام الاتفاقية ذات العلاقة.

وسيتم معالجة هذه الإشكاليات باتباع المنهج الوصفي التحليلي والنقدي من خلال تحليل أحكام الاتفاقية ذات العلاقة، وما جرى عليه العمل من قبل اللجنة المشرفة على تطبيق هذه الاتفاقية، من خلال آلياتها الرقابية، ومن ذلك ما تصدره من ملاحظات ختامية عقب نظرها في التقارير المقدمة من الدول الأطراف، وتفسيرها للحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية محل البحث.

وسندرس هذا في مبحثين، الأول عن النظام القانوني لحماية حقوق العمال المهاجرين غير القانونيين، وذلك لمعالجة مفهوم العمال المهاجرين غير القانونيين في مطلب أول، وحقوقهم في مطلب ثان. أما الثاني: فنتناول فيه الحماية الدولية لحقوق العمال المهاجرين غير القانونيين، وفقا لمطلبين، الأول ندرس فيه الآلية المختصة بتطبيق أحكام الاتفاقية ذات العلاقة من حيث اختصاصها ونطاق تطبيقها، والثاني نتناول فيه ضمانات حماية حقوق العمال المهاجرين غير القانونيين.

المبحث الأول

النظام القانوني لحماية حقوق العمال المهاجرين غير

القانونيين

من الصعب حصر عدد المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني، وذلك بسبب طبيعة الهجرة غير القانونية؛ إلا أنه يقدر أن ما بين 10 و 15% من المهاجرين الدوليين في العالم هم في وضع غير قانوني⁽³⁾.

ونتيجة لعدم مقدرة دول العالم الثالث (النامية) على استيعاب الباحثين عن العمل، فقد دفع بهؤلاء إلى الهجرة إلى الدول المتقدمة، بسبب تناقص السكان والطلب المتزايد على الأيدي العاملة في العديد من قطاعات الاقتصاد⁽⁴⁾.

وبناء على ما سبق، نتناول هذا المبحث في مطلبين، في الأول مفهوم

⁽³⁾– International Labour office, International Labour Migration: A rights- based approach (2010), p.32.

⁽⁴⁾– التعليق العام رقم 2 للجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، بشأن حقوق العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير نظامي وأفراد أسرهم، ص3. إن عدم الاستقرار الاقتصادي والسياسي المستمر في الدول النامية سيزيد من أعداد العمال المهاجرين. لمزيد من المعلومات انظر:

– Antoine Pécoud, The Politics of the UN Convention on Migrant Workers' Rights, vol 5, GroJIL

5(1): Migration and International Law (2017), P.P 72–73.

العمال المهاجرين غير القانونيين، وفي الثاني حقوق العمال المهاجرين غير القانونيين، وذلك وفقا لما يلي:

المطلب الأول

مفهوم العمال المهاجرين غير القانونيين

كفلت القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية حقوق الإنسان وحياته الأساسية دون تمييز على أي أساس كان، سواء أكانوا وطنيين أم أجنب، وباعتبار العمال المهاجرين أجنب في الدولة التي يقيمون فيها، فإنهم يتمتعون بحقوقهم الأساسية كحقوقهم في الحياة وممارسة شعائرهم الدينية، فهل وجودهم في الدولة بطريقة غير قانونية يؤدي إلى حرمانهم من بعض حقوقهم، أم أن حقوقهم لا يجوز المساس بها، مهما كان وضعهم القانوني داخل الدولة، هذا ما نحاول بحثه من خلال تحديد مفهوم هؤلاء العمال وبيان مركزهم القانوني، وذلك في فرعين، وفقا لما يلي:

الفرع الأول: تعريف العمال المهاجرين غير القانونيين

عرفت المادة الأولى من القانون الليبي رقم 19 لسنة 2010م، بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة، المهاجر غير الشرعي (سواء أكان عامل أم لا) بأنه: "يعد مهاجرا غير شرعي كل من دخل أراضي الدولة الليبية أو قام بها بدون إذن أو تصريح من الجهات المختصة بقصد الاستقرار فيها أو العبور إلى دولة أخرى"⁽⁵⁾.

وعرف البعض العامل المهاجر النظامي بأنه: الشخص الذي يعمل في الدولة التي لا يكون مواطنا فيها، أما العامل المهاجر غير النظامي أو الذي لا يحمل وثائق فهو شخص غير مصرح له بالدخول أو الإقامة أو العمل في دولة المقصد⁽⁶⁾.

⁵- يلاحظ على هذا القانون من اسمه "مكافحة الهجرة غير المشروعة" ومن خلال نصوصه أنه يستخدم مصطلح "غير مشروع" و"غير شرعي" وبذلك يكون قد خالف التوصيات الصادرة عن اللجان الدولية ذات العلاقة، من استخدام مصطلح يحترم كرامة الإنسان وأهميته، وألا يرتبط بالإجرام أو يدعو إلى خطاب الكراهية، كأن يستخدم مصطلح العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير نظامي أو غير قانوني أو غير الحائزين للوثائق اللازمة.

⁽⁶⁾- قاموس مصطلحات الهجرة للإعلام: ص30، 32.

ونصت المادة الخامسة من الاتفاقية على أن العمال المهاجرين هم: "أ) حائزون للوثائق اللازمة أو في وضع نظامي، إذا أُذن لهم بالدخول والإقامة ومزاولة نشاط مقابل أجر في دولة العمل بموجب قانون تلك الدولة، وبموجب اتفاقات دولية تكون الدولة طرفاً فيها؛ (ب) غير حائزين للوثائق اللازمة أو في وضع غير نظامي، إذا لم يمتثلوا للشروط المنصوص عليها في الفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة".

والملاحظ على نص المادة السابق، أن العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني، هم الذين ليس لديهم الوثائق اللازمة، أو هم في وضع غير نظامي لا يستطيعون من خلاله الدخول والإقامة ومزاولة نشاط مقابل أجر في دولة العمل، وذلك وفقاً لقانون تلك الدولة أو بموجب اتفاقيات دولية (ثنائي

أو جماعية) تكون تلك الدولة طرفاً فيها.

الفرع الثاني: المركز القانوني للعمال المهاجرين غير القانونيين⁽⁷⁾

تحدد القوانين الداخلية للدول الوضع القانوني للعمال المهاجرين الذين هم في وضع قانوني أو غير قانوني⁽⁸⁾، وقد ساوت الاتفاقية بين العمال المهاجرين النظاميين وغير النظاميين من حيث تحديدها لمفهوم العمال المهاجرين في المادة الأولى منها، وحددت حقوقاً أساسية يتمتع بها جميع العمال المهاجرين؛ إلا أنها خصصت أحكاماً للذين هم في وضع غير قانوني⁽⁹⁾.

وقد بينت اللجنة المعنية بالعمال المهاجرين وأفراد أسرهم (يشار إليها فيما يلي باسم اللجنة) الأسباب التي تجعل العمال المهاجرين في وضع غير قانوني، مثال ذلك، الدخول إلى دولة العمل بطريقة غير مصرح بها، مما لا يسمح لهم بالإقامة أو العمل داخلها، أو تجاوزهم المدة المحددة للإقامة، أو انتهاكهم لشروط

(7) - حول المركز القانوني للفرد في القانون الدولي انظر المهدي: ص 57 وما بعدها.

(8) - صحيفة الوقائع، العمال المهاجرون في وضع غير نظامي لأسباب خارجة عن إرادتهم: مسارات الهجرة وخيارات الاستجابة في الدول العربية، منظمة العمل الدولية، المكتب الإقليمي للدول العربية، 2017، ص 1. لمزيد من المعلومات حول المركز القانوني للعمال المهاجرين في القوانين الداخلية لدول، انظر، بلاس وآخرون: ص 23 وما بعدها.

(9) - سيتم بيان ذلك بشيء من التفصيل في المطلب الثاني من هذا المبحث.

مدة إقامتهم المرخص لهم بها، كما قد يفقد المهاجرون النظاميون وضعهم،
ويصبحون غير نظاميين لأسباب منها: المرض أو ظروف أخرى غير متوقعة
تؤثر عليهم أو على أفراد أسرهم⁽¹⁰⁾.

ورأت اللجنة أن المصطلح الصحيح للإشارة إلى هؤلاء المهاجرين هو " في
وضع غير نظامي" أو "غير المزودون بوثائق"، أما التعبير بمصطلح "غير شرعي" فهو
استخدام غير مناسب، ويجب تجنبه، لكونه يميل إلى وضعهم من خلال ربطهم بالإجرام،
وأكدت اللجنة أن وصف العمال المهاجرين بأنهم غير نظاميين لا يمكن أن يكون
سببا في حرمانهم من حقوقهم الأساسية المنصوص عليها في الجزء الثالث من
الاتفاقية⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ – التعليق العام رقم 2 للجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، بشأن حقوق العمال المهاجرين الذين
هم في وضع غير نظامي وأفراد أسرهم: ص4، الفقرة5.

⁽¹¹⁾ – المرجع السابق، ص3، 4، الفقرتان 4، 5. وفي ذات السياق أشارت محكمة البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان إلى أن وضع
الشخص من حيث الهجرة لا يشكل تبريرا لحرمانه من التمتع بحقوقه الأساسية بما في ذلك الحقوق المتصلة بالعمل. محكمة
البلدان الأمريكية لحقوق الإنسان، الرأي الاستشاري C-18/03 O، بشأن الوضع القضائي وحقوق المهاجرين غير الحائزين
للأوراق اللازمة، 2003/9/17. تمت الإشارة إليه في: الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين واللجنة المعنية
بالاتفاقية، صحيفة وقائع رقم 24 (طبعة أولى منقحة): ص19.

كما أشارت منظمة العمل الدولية إلى أنه ينبغي استخدام مصطلح "وضع غير نظامي"، وليس مصطلح "غير شرعي"؛ لأن الوضع غير النظامي للمهاجرين في الخطاب السائد حاليًا يرتبط بالإجرام، حيث إنه ينظر إلى الهجرة غير النظامية على أنها مسألة أمنية، وغالبًا ما تستعمل وسائل الإعلام الداخلية والدولية على العمال المهاجرين صفة "غير الشرعيين" أو "الأجانب" أو "المتسللين"، في حين يمكن اعتبار بعض الأفعال غير شرعية، لا سيما حين تشكل مخالفة لإجازة الإقامة أو العمل، ولا يمكن أبدا لأي إنسان أن يكون غير شرعي. وعندما يكون العمال المهاجرون في وضع غير نظامي، قد يتعرضون لأوضاع تعسفية، وإلى الاستغلال في العمل.

إضافة إلى ذلك يطلب القرار الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة لعام (1975)⁽¹²⁾ من وكالات الأمم المتحدة استخدام مصطلح "المخالفين

(12) - يدعو القرار رقم 2449 الصادر عن الجمعية العامة بتاريخ 8 ديسمبر 1975م، بشأن التدابير لضمان حقوق الإنسان والكرامة الإنسانية لجميع العمال المهاجرين، هيئات الأمم المتحدة والوكالات المتخصصة المعنية إلى: "أن تستخدم في جميع الوثائق الرسمية عبارة "العمال المهاجرين غير المزودين بوثائق أو المخالفين للأنظمة" لتعريف أولئك العمال الذين يدخلون بلدا آخر بصورة غير مشروعة أو خلسة أو بكتلتا الطريقتين للحصول على عمل فيه.

للأنظمة"، أو غير المزودين بالوثائق"، وذلك لأنه يترتب على إطلاق صفة "غير الشرعيين" على بعض الفئات من السكان تبعات مهمة من حيث نظرة الرأي العام إلى العمال المهاجرين، فالتجريم يعزز التصور العام بأن العمال المهاجرين في وضع غير نظامي هم "غير شرعيين"، أو أنهم يحصلون على الوظائف والمنافع الاجتماعية عن طريق المنافسة غير الشرعية، الأمر الذي يؤجج التمييز وكرهية الأجانب⁽¹³⁾.

كما جاء في قاموس مصطلحات الهجرة أنه غالبا ما يتم ربط الوضع غير النظامي بالإجرام، وأنه يتم النظر إلى الهجرة غير النظامية كمسألة أمنية، ويعتبر مصطلح وضع غير قانوني أفضل من وضع غير شرعي، وأن الأخير يحمل دلالة جنائية، وذلك لأنه غالبا ما يكون غير صحيح، وأنه ينبغي معاملة المهاجرين بطريقة إنسانية⁽¹⁴⁾.

كما قضت الفقرة الأولى من المادة السابعة من الاتفاقية أنه على الدول

⁽¹³⁾ - انظر منظمة العمل الدولية: promoting fair migration استطلاع عام بشأن الصكوك المتعلقة بالعمال المهاجرين:

الفقرة 294.

⁽¹⁴⁾ - قاموس مصطلحات الهجرة للإعلام: ص30.

الأطراف التزام بمنح الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية لجميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم الموجودين في إقليمها أو الخاضعين لولايتها⁽¹⁵⁾ دون تمييز من أي نوع كان، وقد بينت المادة السابقة أنواع التمييز⁽¹⁶⁾ على سبيل المثال لا الحصر، فبعد أن ذكرت حالات التمييز (الجنس، اللون، اللغة، الدين)، انتهت المادة بعبارة "أو أي حالة أخرى"، والتي تشمل حتى الوضع القانوني وغير القانوني.

(15) - يقصد بمفهوم الخاضعين لولايتها أي إقليم أو مرافق تمارس عليه الدولة سيطرتها بحكم القانون أو الواقع، مثل السفن أو الطائرات المسجلة باسمها أو الاحتلال العسكري أو عمليات حفظ السلام، وفي أماكن مثل السفارات أو القواعد العسكرية، لمزيد من المعلومات انظر، جادالله: ص178.

(16) - لمزيد من المعلومات حول مبدأ التمييز في المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان انظر، جمال: ص101 وما بعدها .

المطلب الثاني

حقوق العمال المهاجرين غير القانونيين

نصت الاتفاقية على حقوق جميع العمال المهاجرين⁽¹⁷⁾ الذين هم في وضع قانوني أو غير قانوني وأفراد أسرهم⁽¹⁸⁾، ومعظم هذه الحقوق قد تم تناولها في المعاهدات الأساسية لحقوق الإنسان، بما فيها العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية، والعهد الدولي الخاص بالحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية.

وقد جاء عنوان الجزء الثالث من الاتفاقية: بـ "حقوق الإنسان لجميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم"؛ ولهذا فإن أحكام الاتفاقية تشمل المهاجرين الذين هم في وضع قانوني أو غير قانوني على حد سواء؛ إلا إذا وجد فيها ما يخالف ذلك. ووفقا للفقرة الأولى من المادة الأولى من الاتفاقية، والتي جاءت على النحو الآتي: "تتطبق هذه الاتفاقية، باستثناء ما ينص عليه خلافًا لذلك فيما بعد، على

(17) - لمزيد من التفصيل حول حقوق العمال المهاجرين راجع، عبد الشمري: ص194 وما بعدها.

(18) - حول أحكام الاتفاقية راجع: مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان.

جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم..."، وبقراءة هذه الفقرة مقرونة بالمادة الخامسة من الاتفاقية⁽¹⁹⁾، فإن العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني يتمتعون بالحقوق المنصوص عليها في الجزء الثالث من الاتفاقية. ونتناول هذه الحقوق وفقا للفرعين الآتيين:

الفرع الأول-الحقوق المدنية والسياسية

نصت الاتفاقية في موادها (8-24، 29) على أهم الحقوق المدنية والسياسية التي يتمتع بها العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني، وهي كما يلي:

- حرية دخول ومغادرة أي دولة، بما في ذلك دولتهم والبقاء فيها، ويخضع هذا الحق لأي قيود ينص عليها القانون وتقتضيها حماية الأمن الوطني أو النظام العام أو الصحة العامة أو الآداب العامة أو حقوق الغير وحياتهم. ويبدو بهذا أن

(19) - نصت المادة الخامسة من الاتفاقية على أن العمال المهاجرين هم: "(أ) حائزون للوثائق اللازمة أو في وضع نظامي إذا أُنْهَ لهم بالدخول والإقامة ومزاولة نشاط مقابل أجر في دولة العمل بموجب قانون تلك الدولة وبموجب اتفاقات دولية تكون الدولة طرفاً فيها؛ (ب) غير حائزين للوثائق اللازمة أو في وضع غير نظامي إذا لم يمتلكوا للشروط المنصوص عليها في الفقرة الفرعية (أ) من هذه المادة".

هذا الحق مقيد بقيود قانونية عامة وفضفاضة، تؤدي إلى انتهاك حقوق هؤلاء العمال تحت مبررات حماية الأمن الوطني أو النظام العام.

- حق الحياة، وعدم خضوعهم للتعذيب أو المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة.

- عدم تعرضهم للاسترقاق أو الاستعباد⁽²⁰⁾، وعدم الالتزام بالعمل سخرة أو قسرا، باستثناء الدول التي يجوز فيها السجن مع الأشغال الشاقة وفقا لحكم قضائي. وهذا القيد يتنافى مع معايير حقوق الإنسان، إذ لا يجوز تقييد حرية الإنسان وفرض أشغال شاقة عليه، قد تصل إلى انتهاك حقوقه الأخرى، ومثال هذا أن هذه الأشغال قد تصل إلى درجة التعذيب أو المعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة وفقا للمادة الأولى من اتفاقية مناهضة التعذيب.

- الحق في حرية الفكر والضمير والدين، وأيضا حرية ممارسة الشعائر

(20) - انظر تقرير عن ليبيا حول ذلك في: تقرير حول انتهاكات حقوق الإنسان ضد المهاجرين في ليبيا: ص18، 19. وبتاريخ 1 ديسمبر 2017، أصدرت اللجنة المعنية بحقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم بيانا يدين الإتجار بالمهاجرين وبيعهم في ليبيا، ودعت الحكومات المعنية إلى اتخاذ تدابير لوضع حد لانتهاكات حقوق الإنسان للعمال المهاجرين في ليبيا. انظر، تقرير اللجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام 2018: ص 5-6، الفقرة 2.

الدينية مع الالتزام بالقيود القانونية التي تفرضها الدولة المعنية.

- حرية الأبوين في التعليم الديني والأخلاقي لأولادهم.

- حرية الرأي والتعبير، مع خضوع هذا الحق للقيود القانونية.

- عدم التدخل التعسفي أو غير المشروع في الحياة الخاصة وسرية

المراسلات.

- الحق في الملكية الخاصة، وفي حالة المصادرة يتلقى العامل تعويضاً

عادلاً وكافياً.

- الحق في الحرية والسلامة الشخصية، وعدم القبض التعسفي.

- حق العمال المحرومين من حريتهم في أن يعاملوا معاملة إنسانية، مع

مراعاة وضع هذه الفئة من أصحاب الحقوق.

- حق المساواة أمام القضاء، وضمانات المحاكمة العادلة، مثل إبلاغ

العامل المهاجر فوراً وبشكل تفصيلي وبلغة يفهمها بطبيعة التهمة الموجه إليه،

وحقه في توكيل محام، والنظر في قضيته بشكل سريع، والاتصال بالسلطات

القنصلية والدبلوماسية لدولته.

- حقهم في عدم سجنهم لمجرد عدم وفائهم بالتزام تعاقدي.

- عدم حرمان العامل المهاجر من إذن الإقامة أو تصريح العمل أو طرده

لمجرد عدم وفائه بالتزام ناشئ عن عقد العمل، إلا إذا كان ذلك من ضمن شروط

العقد.

- النص على الضمانات الإجرائية لإجراءات الطرد.

- الحق في اللجوء إلى السلطات القنصلية أو الدبلوماسية للحصول على

حمايتهم ومساعدتها وخاصة في حالات الطرد.

- الاعتراف بالشخصية القانونية.

- حق الأطفال في الحصول على اسم وتسجيلهم فور ولادتهم، والحصول

على الجنسية.

ومن حقوق العمال المهاجرين التي لا تنص المعاهدات الأخرى لحقوق

الإنسان على حمايتهم بشكل صريح، الحماية من المصادرة غير المصرح بها

للوأثاق الشخصية⁽²¹⁾ أو إتلافها، وفي جميع الأحوال لا يجوز إعدام جواز سفره أو أي وثيقة معادلة له⁽²²⁾، وهذه الحقوق تم النص عليها في العديد من الاتفاقيات الدولية لحقوق الإنسان، ومن ذلك العهد الدولي لحقوق الإنسان.

الفرع الثاني-الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

لقد نصت المواد (25-27) و(31-34) من الاتفاقية على أهم الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية التي يتمتع بها العمال المهاجرون غير القانونيين، وهي كما يلي:

- حق العمال المهاجرين في المعاملة المتساوية مع العمال الوطنيين من حيث شروط العمل وفقا للقانون الوطني، كالأجر الأساسي والإضافي وساعات العمل والراحة الأسبوعية...إلخ، وينبغي أيضا مراعاة مبدأ المساواة في عقود العمل الخاصة.

(21)- الوثائق الشخصية مثل جواز السفر والبطاقة الوطنية (الشخصية) وتصاريح العمل أو الإقامة. لمزيد من المعلومات انظر:

قاموس مصطلحات الهجرة للإعلام: ص29.

(22)- المادة (21) من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم.

- الحق في الانضمام إلى نقابات العمال⁽²³⁾ أو أي جمعيات ترعى مصالحهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية أو أي مصالح أخرى.
- الحق في الضمان الاجتماعي، وفي حالة عدم تمتعهم بهذا الحق وفقا للقانون، تكون لدولة العمل دفع مقدار الاشتراكات التي أسهموا بها بخصوص ذلك.
- حق الأطفال في التعليم على أساس المساواة في المعاملة مع مواطني الدولة المعنية (دول العبور، دولة العمل)، ولا ينتقص من هذا الحق الوضع غير القانوني من حيث الإقامة، أو الاستخدام لأحد الأبوين أو لإقامة الطفل⁽²⁴⁾. وهنا تم تقديم مصلحة الطفل في حقه في التعليم على معاقبته على سلوك لا دخل له فيه، كما أن هذا الحق يحقق مصلحة عامة لدولة، مع تجنب الآثار السلبية لعدم تعلم الأطفال، كأطفال الشوارع وظاهرة التشرد وزيادة معدل الجريمة.

(23) - وبخلاف ذلك فإن المادة (40) من الاتفاقية تنص على حق العمال المهاجرين الذين هم في وضع قانوني في تكوين الجمعيات ونقابات العمال.

(24) - لقد راعت المادة (30) من الاتفاقية حق الأطفال في التعليم دون النظر إلى وضعهم القانوني داخل دولة العبور أو دولة العمل، حيث جاءت صياغة المادة على النحو الآتي: " لكل طفل من أطفال العامل المهاجر الحق الأساسي في الحصول على التعليم على أساس المساواة في المعاملة مع رعايا الدولة المعنية، ولا يجوز رفض أو تقييد إمكانية الالتحاق بالمؤسسات الحكومية للتعليم قبل المدرسي أو بالمدارس بسبب الوضع غير النظامي من حيث الإقامة أو الاستخدام لأي من الأبوين، أو بسبب الوضع غير النظامي لإقامة الطفل في دولة العمل".

وهناك حقان تحميهما الاتفاقية دون غيرها، تم النص عليهما في المادتين (31، 32) منها، هما الحق في احترام الهوية الثقافية للعمال المهاجرين، وحقوقهم في تحويل دخلهم ومدخراتهم عند انتهاء إقامتهم في دولة العمل⁽²⁵⁾.

وقد نصت المادة (1/81 من الاتفاقية) على أنه ليس هناك ما يمنع الدول الأطراف من منح حقوق أو حريات أكثر ملاءمة من تلك المنصوص عليها في الاتفاقية للعمال المهاجرين وأفراد أسرهم، بما فيهم من هم في وضع غير قانوني، وذلك بموجب قانونها الداخلي أو معاهدة ثنائية أو جماعية، تكون الدولة طرفاً فيها.

وغالباً ما تنص معاهدات حقوق الإنسان على حقوق يتمتع بها الجميع دون تمييز من أي نوع على أساس العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو غير السياسي أو الأصل القومي أو الاجتماعي أو الثروة أو المولد أو أي وضع آخر، بما في ذلك الوضع المتمثل في الهجرة، ومثال ذلك أن

⁽²⁵⁾ - ويقتصر حق تحويل الدخل والمدخرات والأمتعة والممتلكات الشخصية على العمال المهاجرين الذين هم في وضع قانوني، وذلك بعد انتهاء إقامتهم في دولة العمل.

العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية ينص على حقوق يتمتع بها جميع العمال المهاجرين، سواء أكانوا في وضع قانوني أو غير قانوني، مثل الحق في تكوين الجمعيات ونقابات العمال، والحق في حماية الأسرة، وذلك على خلاف الاتفاقية (محل الدراسة) التي تميز بين العمال المهاجرين الذين هم في وضع قانوني وأولئك الذين هم في وضع غير قانوني⁽²⁶⁾.

ويجب ألا يفهم من تمتع العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني بهذه الحقوق، أن في هذا تسوية لوضعهم القانوني وفقا لما نصت عليه المادة (35) من الاتفاقية، وقد نصت الاتفاقية في الجزء الرابع منها على حقوق أخرى للعمال المهاجرين وأفراد أسرهم الحائزين للوثائق اللازمة أو الذين هم في وضع نظامي.

وكما للعمال المهاجرين حقوق فعليهم واجبات، ومنها: الالتزام باحترام قوانين وأنظمة دول العبور والعمل، واحترام الهوية الثقافية لسكان الدول المعنية⁽²⁷⁾.

(26) - التعليق العام رقم 2 بشأن حقوق العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير نظامي وأفراد أسرهم: ص5، الفقرة 9.

(27) - المادة (34) من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم.

ويمكن الإشارة هنا إلى بعض الحقوق التي لا يتمتع بها العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني، أسوة بالذين في وضع قانوني، ومنها على سبيل المثال لا الحصر: حقوق تتعلق بالعمل، وبحرية الانتقال داخل دولة العمل واختيار محل إقامتهم وفقا للقانون، والحق في تكوين الجمعيات ونقابات العمال في دولة العمل لتعزيز وحماية حقوقهم الاقتصادية والاجتماعية والثقافية وأي مصالح أخرى، وحق المشاركة في الشؤون العامة وفي حق الانتخاب في دولة منشئهم، وعلى دولة العمل تيسير ممارسة هذا الحق⁽²⁸⁾.

(28) - المواد (37، 38، 40، 41) من الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم.

المبحث الثاني

الحماية الدولية لحقوق العمال المهاجرين غير القانونيين

نتناول هذا الحماية من خلال التركيز على الأحكام الموضوعية والإجرائية المنصوص عليها في الاتفاقية، والتطبيقات العملية للجنة في حماية حقوق العمال المهاجرين غير القانونيين، من خلال آلياتها الرقابية المنصوص عليها في الاتفاقية ذات العلاقة، وذلك من خلال مطلبين، كما يلي:

المطلب الأول

اللجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم

تم إنشاء هذه اللجنة بموجب المادة (1/72-أ) من الاتفاقية، وتتألف من عشرة خبراء عند بدء سريان الاتفاقية، وبعد أن يصل عدد الدول الأطراف في الاتفاقية إلى واحد وأربعين، تتكون من أربعة عشر من الخبراء على مستوى أخلاقي مشهود لهم بالحيادة والكفاءة في المسائل التي تتناولها الاتفاقية، ويعملون بصفقتهم الشخصية، وتقوم الدول الأطراف بانتخابهم مع مراعاة التوزيع الجغرافي

العادل، بما في ذلك كل من دول المنشأ ودول العمل، وتتم عملية الانتخاب بطريق الاقتراع السري من قائمة بأسماء أشخاص ترشحهم الدول الأطراف، ولكل دولة طرف أن ترشح شخصا واحدًا من مواطنيها⁽²⁹⁾.

وتختص هذه اللجنة بمراقبة مدى التزام الدول الأطراف بتطبيق أحكام الاتفاقية في نظامها القانوني، واستنادا على ما تقدم ندرس هذا المطلب في فرعين وفقا لما يلي:

الفرع الأول - آليات اللجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم

تراقب اللجنة الدول الأطراف في مدى احترامها وتنفيذها لأحكام الاتفاقية وللملاحظات الختامية والتوصيات الصادرة عنها، من خلال آليات رقابية، تتمثل فيما يلي:

⁽²⁹⁾ - المادة (1/72- ب، 2-أ- ب) من الاتفاقية. لمزيد من المعلومات حول إجراءات انتخاب أعضاء اللجنة، راجع المادة (4-3/72) من الاتفاقية.

أولا- آلية تقديم التقارير⁽³⁰⁾ بموجب المادة 73 من الاتفاقية:

تلتزم الدول الأطراف⁽³¹⁾ بتقديم ثلاثة أنواع من التقارير لتتظر فيها اللجنة عن التدابير المتخذة لتنفيذ أحكام الاتفاقية، وتقدم الدول تقارير أولية خلال سنة من تاريخ نفاذ الاتفاقية بالنسبة لكل منها، وتقارير دورية كل خمس سنوات، وتقارير إضافية كلما طلبت اللجنة ذلك (المادة 1/73-أ، ب من الاتفاقية).

وعلى الدول أن تبين في هذه التقارير التدابير التشريعية والقضائية والإدارية، وأي تدابير أخرى اتخذتها لتنفيذ أحكام الاتفاقية، وكذلك العوامل والصعوبات (إن وجدت) التي تؤثر على تنفيذها داخل إقليم الدولة الطرف، وأيضا معلومات عن خصائص تدفق موجات الهجرة التي تتعرض لها الدولة المعنية، كما يجب أن تتضمن التقارير أي مبادئ توجيهية تعدها اللجنة لهذا الغرض (المادة 1/73-أ، ب، 2، 3 من الاتفاقية).

⁽³⁰⁾ - حول تطور التقارير ووظائفها انظر ألتون: ص19 وما بعدها.

⁽³¹⁾ - عدد الدول الأطراف في الاتفاقية قليل جدا مقارنة بالدول الأطراف في الاتفاقيات الدولية الأخرى المعنية بحقوق الإنسان، حيث بلغ عدد الدول حتى 20 أبريل 2018م 67 دولة، من بينها (7) دول عربية هي: ليبيا، الجزائر، مصر، جزر القمر، موريتانيا، المغرب، سوريا. وقد صدقت ليبيا على الاتفاقية في 2004/6/18م. انظر، تقرير اللجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم لعام 2018: ص13، 14.

وبموجب المادة (6-1/74) من الاتفاقية تدرس اللجنة هذه التقارير، وبعد ذلك تصدر التعليقات التي تراها مناسبة، وتحيلها إلى الدولة المعنية التي لها إبداء أي ملاحظات على ذلك، كما تحيل اللجنة هذه التقارير إلى المدير العام لمكتب العمل الدولي، والوكالات المتخصصة، والمنظمات الحكومية الدولية لإبداء أي ملاحظات عليها.

وتقدم اللجنة تقريراً سنوياً عن أنشطتها إلى الجمعية العامة للأمم المتحدة، ثم يحيل الأمين العام للأمم المتحدة هذه التقارير إلى الدول الأطراف والمجلس الاقتصادي والاجتماعي ومجلس حقوق الإنسان ومنظمة العمل الدولية، وإلى المنظمات الأخرى ذات الصلة⁽³²⁾، وتعتبر هذه التقارير مصدر معلومات لمجلس حقوق الإنسان عند نظره في وضع حقوق الإنسان داخل الدول.

ثانياً - آلية تقديم الشكاوى:

تنقسم آلية تقديم الشكاوى إلى نوعين، هما:

أ- آلية شكاوى الدول: حيث يحق لكل دولة طرف في الاتفاقية أن تعلن بموجب

⁽³²⁾ - المادة (8-7/74) من الاتفاقية.

المادة (1/76) منها أنها تعترف باختصاص اللجنة في استلام ودراسة رسائل تنطوي على ادعاء دولة طرف بأن دولة طرفاً أخرى لا تفي بالتزاماتها بمقتضى الاتفاقية، حيث إن اللجنة تختص بالنظر (وفق شروط معينة)⁽³³⁾ في الشكاوى المقدمة من دولة طرف ضد دولة طرف أخرى، تدعي أن الثانية قد انتهكت أحكام الاتفاقية⁽³⁴⁾.

والملاحظ على نظام شكاوى الدول بموجب المادة (76) أنه نظام اختياري⁽³⁵⁾ بالنسبة للدول الأطراف، وهذا ما سار عليه العمل في معظم الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان من جعل هذا النظام اختيارياً، وهو بهذا غير ذي جدوى.

ب- آلية شكاوى الأفراد: بموجب المادة (1/77) من الاتفاقية يحق للأفراد أو من ينوب عنهم، والذين يدعون أن حقوقهم الفردية المنصوص عليها في الاتفاقية قد انتهكت من قبل دولة طرف، تقديم شكوى للجنة ضد أي دولة طرف، أعلنت أنها

(33) - ونصت المادة (76) من الاتفاقية على شروط قبول الشكاوى ما بين الدول الأطراف وإجراءات النظر فيها من قبل اللجنة.

(34) - المادة (1/76) من الاتفاقية.

(35) - يعد نظام شكاوى الدول من الطرق غير القضائية لحماية حقوق الإنسان. ناصر الدين: ص128.

تعترف باختصاص اللجنة في تسلم ودراسة رسائل مقدمة من الأفراد⁽³⁶⁾، ولا يجوز للجنة استلام أي شكوى تتصل بدولة طرف في الاتفاقية لم تصدر مثل هذا الإعلان⁽³⁷⁾.

الفرع الثاني- نطاق تطبيق أحكام الاتفاقية

تطبق أحكام الاتفاقية خلال كامل عملية هجرة العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، وتشمل هذه العملية التحضير للهجرة والمغادرة والعبور وفترة الإقامة

⁽³⁶⁾ - نظام شكاوى الأفراد نصت عليه العديد من معاهدات حقوق الإنسان الدولية، وفيه يجوز للهيئات المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان النظر في شكاوى أو بلاغات مقدمة من أفراد، وفق شروط معينة، ومن أهم هذه الشروط الإعلان المسبق باختصاص اللجنة المعنية في تلقي ودراسة بلاغات مقدمة من الأفراد، ومن هذه الهيئات: اللجنة المعنية بحقوق الإنسان، ولجنة مناهضة التعذيب، واللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة، ولجنة القضاء على التمييز العنصري، واللجنة المعنية بحقوق الأشخاص ذوي الإعاقة، واللجنة المعنية بحالات الاختفاء القسري، واللجنة المعنية بالعمال المهاجرين وأفراد أسرهم، ولجنة الحقوق الاقتصادية والاجتماعية والثقافية، ولجنة حقوق الطفل، ولم يبدأ سريان آليات الشكاوى الفردية، بخصوص هئتين هما: اللجنة المعنية بالعمال المهاجرين ولجنة حقوق الطفل، ويبدأ السريان بعد تصديق عشرة دول على الاتفاقية أو البروتوكول المنشئ لنظام شكاوى الأفراد لكل منهما، راجع في ذلك: الحديثي، الشعلان: ص 67. وكذلك: الموقع الإلكتروني لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، تاريخ النظر فيه 1-7-2020م:

www.ohchr.org/ar/HRBodies/TBPetitions/pages/HRTBPetitions.aspx

- الموقع الإلكتروني لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات حقوق الإنسان، تاريخ النظر فيه 1-7-2020م: www.ohchr.org/AR/HRBodies/TBPetitions/pages/Individualcommunications.aspx#proceduregeneral.

⁽³⁷⁾ - وبينت المادة (2/77) من الاتفاقية شروط وإجراءات النظر في الشكاوى المقدمة من الأفراد.

بأكملها، ومزاولة نشاط مقابل أجر في دولة العمل، وأيضا العودة إلى دولة المنشأ أو دولة الإقامة العادية، وتطبق هذه الاتفاقية على جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، دون تمييز من أي نوع مثل التمييز بسبب الجنس، أو العنصر، أو اللون، أو اللغة، أو الدين أو المعتقد، أو الرأي السياسي أو غيره، أو الأصل القومي أو العرقي أو الاجتماعي، أو الجنسية، أو العمر، أو الوضع الاقتصادي، أو الملكية، أو الحالة الزوجية، أو المولد، أو أي حالة أخرى بما في ذلك حالة الهجرة⁽³⁸⁾.

وبموجب المادة (3) من الاتفاقية، لا تطبق هذه الاتفاقية على فئة من الأشخاص، هم: موظفو المنظمات الدولية، والأشخاص الذين ترسلهم أو تشغلهم دولة ما خارج إقليمها لأداء مهام رسمية أو الذين يشتركون في برامج التنمية وبرامج التعاون الأخرى، والمستثمرون، واللاجئون، وعديمو الجنسية، والطلاب، والمتدربون، والملاحون والعمال على المنشآت البحرية الذين لم يسمح لهم بالإقامة ومزاولة نشاط مقابل أجر في دولة العمل.

(38) - المادة (2-1/1) من الاتفاقية.

كما أشارت المادة (4) من الاتفاقية على أن مصطلح "أفراد الأسرة" يشير إلى الأشخاص المتزوجين من عمال مهاجرين، أو الذين تربطهم بهم علاقة تنشأ عنها، وفقا للقانون الوطني، آثار مساوية للزواج، وكذلك أطفالهم المعالين وغيرهم من الأشخاص الذين يعترف بهم أفراد في الأسرة وفقا للتشريع الوطني أو الاتفاقيات الثنائية أو المتعددة الأطراف المبرمة بين الدول المعنية، ومن ذلك المادة (16) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، التي تسمح بإقامة علاقات غير مشروعة خارج إطار عقد الزواج، مما قد يؤثر سلبيًا على المجتمعات الإسلامية.

المطلب الثاني

ضمانات حماية حقوق العمال المهاجرين غير القانونيين

باعتبار أن العمال المهاجرين غير القانونيين من الفئات الضعيفة والمهمشة داخل معظم الدول، فإنهم قد يتعرضون في أغلب الأوقات إلى انتهاك حقوقهم، قد تصل إلى حد إزهاق حياتهم وامتھان كرامتهم الإنسانية، فإن الاتفاقية قد نصت على مجموعة من الضمانات لتحقيق أكبر قدر من الحماية لهؤلاء العمال وأفراد أسرهم، ومن أهم تلك الضمانات تحقيق مبدأ التعاون بين الدول في تحقيق موضوع الاتفاقية وغرضها، كما أن اللجنة تراقب مدى التزام الدول بتوفير وتحقيق هذه الضمانات، وتأسيسا على ما تقدم، ندرس هذا المطلب في فرعين، وفقا لما يلي:

الفرع الأول - مبدأ التعاون بين الدول بشأن الهجرة الدولية

ما يحسب لحقوق العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني أن على الدول الأطراف في الاتفاقية أن تتعاون فيما بينها⁽³⁹⁾ بهدف تنظيم الهجرة الدولية بقصد تعزيز الظروف الملائمة لها، وقد جاء عنوان الجزء السادس من الاتفاقية بشأن: "تعزيز الظروف السلمية والعادلة والإنسانية والمشروعة فيما يتعلق بالهجرة الدولية للعمال وأفراد أسرهم"، وقد نظمت ذلك المواد من (64) إلى (71) من الاتفاقية، ومن أهم سبل التعاون ما يلي:

أولاً - اتخاذ التدابير الضرورية للعودة المنظمة إلى دولة المنشأ⁽⁴⁰⁾:

على الدول الأطراف اتخاذ التدابير المناسبة للعودة المنظمة للعمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني وأفراد أسرهم إلى دولة المنشأ، حيث

(39) - يعتبر مبدأ التعاون الدولي بين الدول من أهم وسائل تعزيز واحترام حقوق الإنسان، وقد نصت عليه العديد من الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان - بما في ذلك الاتفاقية محل الدراسة - وفي مقدمتها المادتان (55، 56) من ميثاق الأمم المتحدة. انظر، أبو الوفا: ص 149-150.

(40) - في عام 2005م أدرجت المفوضية الأوروبية قائمة بأولويات السياسة الخارجية للاتحاد الأوروبي، كان من بينها ضمان عودة المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني لبلدانهم، وقام الاتحاد الأوروبي بإدماج هذه القائمة في الإطار العام للتعاون الثنائي مع دول المغرب العربي (باستثناء ليبيا) من أجل تنفيذ هذه السياسة (عملية برشلونة، وسياسة الجوار الأوروبية). بلانس وآخرون: ص 52-53.

نصت المادة (67) في فقرتها الأولى على أن: "1- تتعاون الدول الأطراف المعنية، حسب الاقتضاء في اعتماد تدابير تتعلق بالعودة المنظمة للعمال المهاجرين وأفراد أسرهم إلى دولة المنشأ، عندما يقررون العودة، أو ينتهي إذن إقامتهم أو عملهم، أو عندما يكونون في دولة العمل في وضع غير نظامي".

ثانيا- منع ووقف عمليات التنقل غير القانونية:

حيث يجب أن تتعاون الدول الأطراف بما في ذلك دول العبور على منع ووقف عمليات التنقل والاستخدام غير القانونية أو السرية للعمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني، وفي سبيل ذلك تتخذ الدول الأطراف مجموعة من التدابير كل في حدود ولايتها، منها ما يلي⁽⁴¹⁾:

أ- منع نشر المعلومات المضللة المتصلة بالهجرة خروجاً ودخولاً.

ب- الكشف عن التنقلات غير القانونية أو السرية للعمال المهاجرين وأفراد أسرهم، والقضاء عليها، وفرض جزاءات فعالة على المسؤولين عنها.

ج- فرض عقوبات فعالة على الأشخاص (طبيعيين أو اعتباريين) الذين يقومون

⁽⁴¹⁾ - المادة (1/68-أ، ب، ج) من الاتفاقية.

بأعمال العنف أو التهديد أو التخويف ضد العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني أو أفراد أسرهم.

ثالثاً - وقف الاستخدام غير القانوني:

اتخاذ التدابير الفعالة والملائمة لوقف استخدام العمال المهاجرين غير القانونيين، بما في ذلك فرض عقوبات على الذين يستخدمونهم، ويجب ألا تمس هذه الإجراءات ما للعمال المهاجرين من حقوق على أصحاب عملهم (المادة 2/68 من الاتفاقية).

رابعاً - ضمان عدم استمرار الوضع غير القانوني للعمال المهاجرين:

حيث تلتزم الدول الأطراف بموجب المادة (1/69، 2) من الاتفاقية على اتخاذ التدابير الملائمة لضمان عدم استمرار الوضع غير القانوني للعمال المهاجرين وفقاً للتشريع الوطني أو الاتفاقيات الثنائية أو متعددة الأطراف، على أن تراعى في ذلك مجموعة من الاعتبارات، منها على سبيل المثال ظروف دخولهم، ومدة إقامتهم في دولة العمل، وحالتهم الأسرية.

الفرع الثاني - الدور الرقابي للجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين

تمارس اللجنة رقابة على الدول الأطراف في حماية حقوق العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني حتى قبل وقوع الانتهاك، وذلك من خلال ما تبديه من ملاحظات ختامية عقب نظرها في التقارير المقدمة من الدول الأطراف بموجب المادة (73) من الاتفاقية، حيث إن هذه التقارير تمكن اللجنة من الاطلاع على النظام القانوني بأكمله داخل الدولة الطرف⁽⁴²⁾، ويمكن توضيح دور اللجنة الرقابي وفقا لما يلي:

أولا - تعديل في الأنظمة القانونية للدول:

إذ بالرغم من حداثة اللجنة؛ إلا أنها أصدرت العديد من التعليقات حول التقارير المقدمة من الدول الأطراف، دعتها صراحة إلى إجراء تعديلات في أنظمتها القانونية، ومثال ذلك الملاحظات الختامية التي أصدرتها اللجنة عقب

(42) - عابسة: ص128.

نظرها في التقرير الأولي لليبيا في عام 2019م، حيث أعربت اللجنة فيها عن قلقها من قلة التدابير التشريعية التي اتخذتها ليبيا منذ انضمامها للاتفاقية لمواءمة تشريعاتها مع أحكام الاتفاقية، وخاصة القانون رقم 6 لسنة 1987م بشأن تنظيم دخول وإقامة الأجانب في ليبيا وخروجهم منها، المعدل بموجب القانون رقم 2 لسنة 2004م، والقانون رقم 19 لسنة 2010م بشأن مكافحة الهجرة غير المشروعة، وأوصت اللجنة الدولة المعنية باعتماد تشريعات شاملة بشأن الهجرة ومواءمة تشريعاتها مع أحكام الاتفاقية والتعليقات العامة للجنة⁽⁴³⁾.

وفي الملاحظات الختامية على التقرير الدوري الثاني للجزائر في عام 2018م، أعربت اللجنة عن قلقها؛ لأن دستور الدولة المعنية يستثني المهاجرين غير النظاميين من حماية القانون، وينطبق الأمر نفسه على التشريعات الوطنية المتعلقة بتشغيل العمال الأجانب، والقانون المتعلق بشروط دخول الأجانب وإقامتهم وتنقلهم، والقانون المتعلق بعلاقات العمل، ومع أن قانون الإجراءات الجنائية

(43) – الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم على التقرير الأولي لليبيا: ص 3، الفقرتان 12، 13. هناك العديد من الدول (ليبيا، تونس، الجزائر، المغرب، إيطاليا) تجرم الهجرة غير النظامية. لمزيد من التفصيل انظر التمييزي: ص 259 وما بعدها.

تضمن تجريم الإتجار بالأشخاص، ولكن دون تطابق أحكامه مع أحكام الاتفاقية، وأيضا عدم وجود معلومات حول مدى تطبيق أحكام الاتفاقية في المحاكم المحلية، وعليه أوصت اللجنة الدولة الطرف باتخاذ جميع التدابير اللازمة لضمان توافق دستورها وتشريعاتها الوطنية مع أحكام الاتفاقية⁽⁴⁴⁾.

ثانيا - تطبيق مبدأ عدم التمييز:

حيث أوصت اللجنة في ملاحظاتها الختامية على التقرير الأولي لليبيا في عام 2019م، الدولة المعنية بضمان تمتع جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، سواء أكانوا حائزين أو غير حائزين للوثائق اللازمة، على الحقوق المنصوص عليها في الاتفاقية دون تمييز، واعتماد قانون لمكافحة جميع أشكال التمييز⁽⁴⁵⁾.

ثالثا - توصيات بشأن تنظيم الهجرة:

في الملاحظات الختامية التي أبدتها اللجنة عقب نظرها في التقرير الدوري

(44) - الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم على التقرير الدوري الثاني للجزائر: ص2، 3، الفقرة 9.

(45) - الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم على التقرير الأولي لليبيا: ص6، الفقرة 29.

الثاني للجزائر في عام 2018م، أوصت اللجنة الدولة المعنية بوضع استراتيجية شاملة بشأن هجرة اليد العاملة، بما يتفق مع أحكام الاتفاقية، وأن تراعي المتطلبات الخاصة بالرجال والنساء على قدر المساواة، وأن توفر الموارد البشرية والمالية وغيرها من الموارد اللازمة لإنشاء آلية رصد لضمان تنفيذها⁽⁴⁶⁾.

وحثت اللجنة في ملاحظاتها الختامية على التقرير الدوري الثالث للمكسيك في عام 2017م، الدولة الطرف على تعزيز الاتفاقيات والخطط الإقليمية التي تركز على الحقوق، وتهدف إلى معالجة الأسباب الرئيسية للهجرة (العنف، الفقر... إلخ) وضمان حقوق جميع المهاجرين وأفراد أسرهم، بصرف النظر عن وضعهم من حيث الهجرة⁽⁴⁷⁾.

رابعاً - الحق في جبر الضرر:

اعتمدت اللجنة عقب فحصها للتقرير الأولي لليبيا في عام 2019م عدة توصيات، من بينها توصيات بخصوص حقوق العمال المهاجرين الذين هم في

(46) - المصدر السابق: ص3، الفقرة 18.

(47) - الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم على التقرير الدوري الثالث للمكسيك:

الفقرة 60.

وضع غير قانوني، ومثال ذلك أن تنص التشريعات وتكفل الممارسة تمتع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم بمن فيهم من هم في وضع غير قانوني، بنفس الحقوق التي يتمتع بها مواطنو الدولة الطرف لتقديم الشكاوى، واللجوء إلى آليات جبر الضرر أمام المحاكم، وإمكانية حصول أي شخص انتهكت حقوقه أو حرياته المعترف بها في الاتفاقية على وسائل إنصاف فعالة⁽⁴⁸⁾.

خامسا - حقوق الأطفال:

أوصت اللجنة في الملاحظات الختامية على التقرير الأولي لليبيا في عام 2019م الدولة الطرف باتخاذ تدابير فعالة لتمكين أطفال العمال المهاجرين من الالتحاق بنظام التعليم، بصرف النظر عن حالة والديهم كمهاجرين، وعدم إبلاغ العاملين في نظام التعليم سلطات الهجرة بوجود أطفال مهاجرين غير حاملين للوثائق اللازمة⁽⁴⁹⁾.

وفي الملاحظات الختامية على التقرير الأولي لمصر في عام 2007م

(48) - الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم على التقرير الأولي لليبيا: ص 7 ،

الفقرة 31.

(49) - المصدر السابق: ص 12، الفقرة 45.

أوصت اللجنة الدولة الطرف، بأن تمنح أطفال العمال المهاجرين، سواء أكان لديهم المستندات اللازمة أم لا، فرصة الالتحاق بالمدارس على أساس المساواة في المعاملة مع الأطفال المصريين⁽⁵⁰⁾.

ومن الجدير بالملاحظة أن الملاحظات الختامية الصادرة عن اللجنة عقب نظرها في التقارير المقدمة من الدول الأطراف، ليس لها قوة ملزمة على الدول الأطراف، فهي مجرد توصيات لها قيمة أدبية، وأثر إيجابي في التأثير على الرأي العام الدولي والداخلي، كما أنها تعتبر مصدر معلومات للجان الدولية الأخرى لحقوق الإنسان وغيرها من الأجهزة الوطنية والدولية، وفي مقدمتها مجلس الأمن الدولي، وهذا الأمر ينطبق على جميع الهيئات المنشأة بموجب معاهدات حقوق الإنسان الدولية. ويرى جانب من الفقه أن الملاحظات الختامية الصادرة عن اللجنة المعنية بحقوق الإنسان -وينطبق نفس الأمر على لجنة العمال المهاجرين- هي عبارة عن وجهة نظر للجنة، وليست أحكاماً أو قرارات ملزمة، ويتم إبلاغ الدول

(50) - الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم على التقرير الأولي لمصر: الفقرة 37.

بها، لتراقبها اللجنة في مدى التزامها بتنفيذها⁽⁵¹⁾، كما يرى جانب من الفقه أنها تتخذ وجها من أوجه المسؤولية الدولية، فيما يتعلق بالالتزامات الدولية، وذلك عندما تخل الدول الأطراف بالتزاماتها المنصوص عليها في الاتفاقية ذات العلاقة⁽⁵²⁾.

(51) - رخا: ص 199.

(52) - الشيخ : ص 337 وما بعدها.

الخاتمة

تتضمن خاتمة هذا البحث جملة من النتائج والتوصيات، وفقا لما يلي:

أولا- النتائج:

- 1- لا يمكن لأي دولة ليست طرفا في الاتفاقية أن تحتج بعدم التزامها بها؛ لأن القواعد التي نصت عليها الاتفاقية هي قواعد ذات طبيعة عرفية، وتتفق مع حقوق الإنسان الأساسية وكرامته المتأصلة فيه.
- 2- وصف العمال المهاجرين بأنهم غير نظاميين لا يمكن أن يكون سببا في حرمانهم من حقوقهم الأساسية المنصوص عليها في الجزء الثالث من الاتفاقية.
- 3- دخول عامل مهاجر إلى إقليم دولة أو خروجه منه، دون حمل الوثائق المطلوبة وإقامته به لفترة تتجاوز تاريخ صلاحية تصريح إقامته، مسائل لا يمكن أن تعتبر جرائم، وعليه توصي اللجنة الدول الأطراف بإلغاء تجريم الهجرة غير الشرعية وإقرار عقوبات إدارية مناسبة.

4- أكدت العديد من التقارير الدولية على قيام الأجهزة المعنية بالهجرة داخل

الدول بانتهاك حقوق العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني.

5- تحول غالبية العمال المهاجرين إلى وضع غير قانوني يعود لأسباب خارج

عن إرادتهم.

6- سهولة الانتقال من الوضع النظامي إلى الوضع غير النظامي مع مرور

الوقت، مما يترتب عليه من انتهاك لحقوق العمال المهاجرين، منها الترحيل من

دون محاكمة، وتعرضهم للتعذيب والقبض التعسفي، والإتجار بالبشر واستغلالهم

اقتصادياً.

ثانياً - التوصيات:

1- ينبغي أن تتمتع اللجنة بصلاحيات أوسع، تشمل التحقيق في حالة وجود

انتهاكات مؤكدة لأحكام الاتفاقية من قبل دولة طرف والقيام بزيارات إلى أراضي

الدول الأطراف.

2- إعداد دورات تدريبية للموظفين العاملين (على أن يجتازوا هذه الدورات قبل

تمكينهم من العمل) في مجال الهجرة، من حيث كيفية معاملة العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير قانوني معاملة إنسانية تتفق مع الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، والتوعية بشكل كامل للالتزامات الدولية المعنية بالهجرة.

3- على الجهات ذات الاختصاص (التشريعية والإدارية والقضائية) في الدولة الليبية الالتزام بتنفيذ الالتزامات المنصوص عليها في الاتفاقية الدولية المعنية بالعمال المهاجرين وغيرها من الاتفاقيات الدولية المعنية بحقوق الإنسان، والهجرة بشكل خاص.

4- على الجهات ذات الاختصاص في ليبيا تقديم التقارير المتأخرة (الأولية والدورية) إلى اللجان الدولية المعنية بحقوق الإنسان، وخاصة اللجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم.

5- مواءمة التشريعات الليبية مع أحكام القانون الدولي العام المتعلقة بالعمال المهاجرين، بما في ذلك اتفاقية العمال المهاجرين وأفراد أسرهم.

6- الملاحقة الجنائية للمسؤولين عن انتهاك حقوق العمال المهاجرين غير

القانونيين.

ثبت المصادر

أولاً - باللغة العربية:

1 - الكتب:

- أبو الوفا (أحمد): الحماية الدولية لحقوق الإنسان، "دراسة لآليات ومضمون الحماية عالميا وإقليميا ووطنيا"، ط4، 2015م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- الحديثي (صلاح عبد الرحمن)، الشعلان (سلافة طارق): حقوق الإنسان بين الامتثال والإكراه في منظمة الأمم المتحدة، 2009م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- الشيخ (إبراهيم علي بدوي): نفاذ التزامات مصر الدولية في مجال حقوق الإنسان في النظام القانوني المصري، 2003م، دار النهضة العربية، القاهرة.
- المهدي (ميلود): محاضرات في حقوق الإنسان، ط1، 2006م، دار الرواد، طرابلس.
- بسيوني (محمود شريف): الوثائق الدولية المعنية بحقوق الإنسان، المجلد

الثاني، 2003م، دار الشروق، القاهرة.

- بلانس (فيرونك) وآخرون: ترجمة: وفاء (منار): دراسة حول الهجرة واللجوء في بلدان

المغرب العربي، "أطر قانونية وإدارية غير كافية وغير قادرة على ضمان حماية المهاجرين

واللاجئين وطالبي اللجوء"، 2010م، الشبكة الأوروبية المتوسطية لحقوق الإنسان.

- جمال (فاسمية): منع التمييز في القانون الدولي لحقوق الإنسان وآثاره، 2014م، دار

الجامعة الجديدة، الإسكندرية.

- رخا (طارق عزت): قانون حقوق الإنسان "بين النظرية والتطبيق في الفكر

الوضعي والشرعية الإسلامية"، 2005م، دار النهضة العربية، القاهرة.

- عبد الشمري (عدنان داود): الحماية الدولية لحقوق العمال المهاجرين وأفراد

أسرهم، ط1، 2015م، مركز الدراسات العربية، مصر.

- ناصر الدين (نبيل عبد الرحمن): ضمانات حقوق الإنسان وحمايتها وفقا للقانون الدولي

والتشريع الوطني، 2009م، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.

2- الرسائل العلمية:

- جادالله (محمد فؤاد): النظام القانوني الدولي والآليات الدولية لحماية حقوق الإنسان،

رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د.ت.

- عثمان (محمد أحمد فهمي): الحماية الدولية للعمال المهاجرين وأفراد أسرهم، رسالة

دكتوراه، 2013م، كلية الحقوق، جامعة عين شمس.

3- المقالات والبحوث:

- أبو الوفا (أحمد): اتفاقية الأمم المتحدة لعام 1990م الخاصة بحماية حقوق العمال

المهاجرين وأفراد أسرهم، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، 1997م، كلية الحقوق،

جامعة المنصورة.

- التميمي (محمد رضا): الهجرة غير القانونية من خلال التشريعات الوطنية والمواثيق

الدولية، العدد الرابع، 2011م، دفاتر السياسة والقانون، جامعة العربي بن مهيدي، أم

البواقي، الجزائر.

- عابسة (حمزة): اللجان الدولية كآلية حماية للمهاجرين في القانون الدولي، مجلة

الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، العدد 12، 2014م، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، الجزائر.

4- وثائق الأمم المتحدة:

أ- الكتب والمقالات:

- ألتون (فيليب): أغراض تقديم التقارير، "ليل تقديم التقارير عن حقوق الإنسان بموجب ستة صكوك دولية رئيسية خاصة بحقوق الإنسان"، مركز الأمم المتحدة لحقوق الإنسان، نيويورك، 1992م.

- صحيفة الوقائع، العمال المهاجرون في وضع غير نظامي لأسباب خارجة عن إرادتهم: مسارات الهجرة وخيارات الاستجابة في الدول العربية، منظمة العمل الدولية، المكتب الإقليمي للدول العربية، 2017م.

- قاموس مصطلحات الهجرة للإعلام، "المشروع الإقليمي لمنظمة العمل الدولية حول الهجرة العادلة في الشرق الأوسط"، إعداد منظمة العمل الدولية ومنظمة الأمم المتحدة لتحالف الحضارات، نسخة الشرق الأوسط، 2014م.

- دليل التصديق على الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم، من إعداد اللجنة التوجيهية الدولية لحملة التصديق على اتفاقية حقوق المهاجرين، مكتب المنظمة الدولية للمهاجرين في القاهرة، 2012م.

- مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، المعاهدات الدولية الأساسية لحقوق الإنسان، الأمم المتحدة، نيويورك وجنيف، 2006م.

- الاتفاقية الدولية لحماية حقوق جميع العمال المهاجرين واللجنة المعنية بالاتفاقية، صحيفة وقائع رقم 24 (طبعة أولى منقحة)، مفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، جنيف.

ب- تقارير اللجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم.

- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم على التقرير الأولي لليبي، الوثيقة رقم CMW/C/LBY/CO/1، 2019م.

- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحماية حقوق العمال المهاجرين وأفراد أسرهم على التقرير الدوري الثاني للجزائر، في الوثيقة رقم CMW/C/DZA/CO/2، 2018م.

- تقرير اللجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم،
الوثائق الرسمية للجمعية العامة للأمم المتحدة، الملحق رقم 48 (A/73/48)،
نيويورك، 2018م.

- التعليق العام رقم 2 للجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم،
بشأن حقوق العمال المهاجرين الذين هم في وضع غير نظامي وأفراد أسرهم، في الوثيقة
رقم CMW/C/GC/2، 2013م.

- الملاحظات الختامية للجنة المعنية بحماية حقوق جميع العمال المهاجرين وأفراد أسرهم
على التقرير الأولي لمصر في الوثيقة رقم: CMW/C/EGY/CO/1، 2007م.

ج- وثائق دولية أخرى:

- تقرير حول انتهاكات حقوق الإنسان ضد المهاجرين في ليبيا، "محتجزون ومجردون
من إنسانيتهم"، مقدم من بعثة الأمم المتحدة للدعم في ليبيا ومفوضية الأمم المتحدة
السامية لحقوق الإنسان، 2016م.

- منظمة العمل الدولية: promoting fair migration استطلاع عام بشأن الصكوك

المتعلقة بالعمال المهاجرين: تقرير صادرة عن لجنة الخبراء المعنية بتطبيق الاتفاقيات والتوصيات، مؤتمر العمل الدولي، الدورة الخامسة بعد المائة، جنيف، 2016م.

- القرار رقم 2449 الصادر عن الجمعية العامة بتاريخ 8 ديسمبر 1975م، بشأن التدابير لضمان حقوق الإنسان والكرامة الإنسانية لجميع العمال المهاجرين.

5 - الشبكة الدولية للمعلومات:

- الموقع الإلكتروني لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان: تاريخ الزيارة 1-7-2020م.

www.ohchr.org/ar/HRBodies/TBPetitions/pages/HRTBPetitions.aspx.

- الموقع الإلكتروني لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، هيئات حقوق الإنسان: تاريخ الزيارة: 9-7-2020م.

www.ohchr.org/AR/HRBodies/TBPetitions/pages/Individualcommunications.aspx#proceduregenerale.

- الموقع الإلكتروني لمنظمة العمل الدولية، المكتب الإقليمي للدول العربية، مجلة

عالم العمل: تاريخ الزيارة 9-7-2020م.

<https://www.ilo.org/beirut/publications/wow-magazine/lang-->

[ar/index.htm](https://www.ilo.org/beirut/publications/wow-magazine/lang--ar/index.htm).

- الموقع الإلكتروني لمنظمة العمل الدولية، المكتب الإقليمي للدول العربية، وقائع

ومجلات: تاريخ الزيارة 9-7-2020م.

<https://www.ilo.org/beirut/information-resources/factsheets/lang-->

[ar/index.htm](https://www.ilo.org/beirut/information-resources/factsheets/lang--ar/index.htm)

- الموقع الإلكتروني لمفوضية الأمم المتحدة السامية لحقوق الإنسان، اللجنة

المعنية بالعمال المهاجرين وأفراد أسرهم: تاريخ الزيارة 22-7-2020م.

<https://www.ohchr.org/ar/HRBodies/CMW/Pages/CMWIndex.asp>

x.

ثانيا - باللغة الإنجليزية:

- Antoine Pécoud, The Politics of the UN Convention on Migrant Workers' Rights, vol 5, GroJIL 5(1): Migration and International Law (2017).
- International Labour office, International Labour Migration: A rights- based approach (2010).

رسائل الماجستير بقسم الشريعة الإسلامية

1. حجية القرائن في الإثبات الجنائي في الفقه الإسلامي

محمد أحمد ضو الترهوني

اسم الأستاذ المشرف: سعيد محمد الجليدي

كلية القانون – جامعة بنغازي / للعام 1991م.

2. موانع تنفيذ العقوبة الحدية في الفقه الإسلامي

أحمد علي معتوق الزائدي

اسم الأستاذ المشرف: عبد المجيد عبد الحميد الديباني

كلية القانون – جامعة بنغازي / للعام 1995م.

3. حقوق المتهم في الفقه الإسلامي "دراسة مقارنة"

إدريس داوود الفرجاني

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي

كلية القانون – جامعة بنغازي / للعام 1991م.

4. العقوبة الحدية في التشريع الجنائي الإسلامي

محمد عطية الفيتوري

اسم الأستاذ المشرف: عبد السلام محمد الشريف

كلية القانون – جامعة بنغازي/ للعام 1995م.

5. تحقيق كتاب "تحرير الكلام في مسائل الالتزام"

عبد السلام محمد الشريف

اسم الأستاذ المشرف: السيد جهلان إسماعيل

جامعة الأزهر/ للعام 1980م

6. الخلع في فقه الكتاب والسنة "دراسة فقهية قانونية"

رفيعة محمد سالم العبيدي

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي

كلية القانون- جامعة بنغازي

7. ضمان عيوب المبيع في ضوء مقاصد الشريعة

سعد خليفة سعد العبار

اسم الأستاذ المشرف: عبد المجيد عبد الحميد الديباني

كلية القانون – جامعة بنغازي/ للعام 1996م.

8. طرق إثبات السرقة في الشريعة الإسلامية

ناصر عبد الله أبوراس

اسم الأستاذ المشرف: عبد الغني محمد عبد الخالق
جامعة الأزهر / للعام 1977م

9. التصور الأصولي لخفاء المعنى في النص القرآني

لطيفة علي الفقهي

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي
كلية القانون – جامعة بنغازي/ للعام 2004م.

10. وصف تبادل العملة وأحكامه في الشريعة الإسلامية

ضو مفتاح أبوغرامة

اسم الأستاذ المشرف: عبد السلام الشريف العالم
كلية القانون – جامعة بنغازي/ للعام 1995م.

11. الطوفى وإشكالية انضباط المصلحة "محاولة تحليلية"

جمال محمد الشيلابي بعيو

اسم الأستاذ المشرف: عبد الرحمن يوسف هابيل

كلية القانون – جامعة بنغازي/ للعام 1994م.

12. الباعث غير المشروع وأثره في العقود في الفقه الإسلامي

عبد الباسط الهادي النعاس

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي

كلية القانون – جامعة بنغازي/ للعام 1994م.

13. نظام المعاملات المصرفية في الفقه الإسلامي

صديق معلا حمدوبه

اسم الأستاذ المشرف: عبد المجيد عبد الحميد الديباني

كلية القانون – جامعة بنغازي/ للعام 1996م.

14. الاستنساخ البشري والآثار المترتبة عليه في الشريعة
والقانون

رويدة العماري جمعة

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي
كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2005م.

15. مدى شرعية فوائد الودائع النقدية المصرفية
حليمة صالح المجريسي

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي
كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 1999م.

16. الاشتراك الجنائي في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة
غيث محمود الفاخري

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي
كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 1988م.

17. التوثيق وأحكامه في الفقه الإسلامي
سعد سليمان الحامدي
اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي
كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2005م.
18. التعسف في استعمال حق الطلاق ومبدأ التعويض عنه
كريمة موسى محمد الدرسي
اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي
كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2003م.
19. النظرية العامة للإثبات في جرائم الحدود
فائزة المبروك البسيوني
اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي
كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 1992م.
20. التسعير في الفقه الإسلامي "دراسة فقهية مقارنة"
أمنية مراد محمود الفاخري
اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي
كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2006م.

21. المسؤولية التقصيرية عن الأعمال الشخصية

خليل أحمد الأرباح

اسم الأستاذ المشرف: عمران علي العربي

كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 1980م.

22. قانون القصاص والدية في النفس دراسة فقهية مقارنة

أبوبكر عبد الجليل أحمد

اسم الأستاذ المشرف: غيث محمود الفاخري

كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2007م.

23. حجية آثار العقد في الفقه الإسلامي

رافع محمود الفاخري

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي

كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2007م.

24. معايير تحديد لحظة الموت في الفقه الإسلامي

مرعي خليفة سعد رجب

اسم الأستاذ المشرف: غيث محمود الفاخري

كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2008م

25. الحقوق المعنوية للمرأة في الشريعة الإسلامية

نجية محمود ميلاد العقيب

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي

كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2008م

26. التزام الطبيب بالحفاظ على السر المهني في الفقه الإسلامي

آمنة محمد بوبكر اسويب

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي

كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2009م

27. الصلح وأحكامه في المعاملات المالية

حسن المهدي محمد الطاهر

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي

كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2011م

28. الاحتكار وأحكامه في الشريعة الإسلامية

محمد رافع سالم علي

اسم الأستاذ المشرف: غيث محمود الفاخري

كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2010م

29. الضوابط الشرعية للمصارف الإسلامية

محمود عبدالله سليمان

اسم الأستاذ المشرف: غيث محمود الفاخري

كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2012م

30. أحكام جراحة التجميل في الفقه الإسلامي المقارن

نعيمة محمد أبوبكر

اسم الأستاذ المشرف: غيث محمود الفاخري

كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2012م

31. بطاقات الائتمان وأحكامها في الفقه الإسلامي

حنان إدريس عبدالله

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي
كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2012م

32. تولية القاضي وعزله في الشريعة الإسلامية

امبيركة شحات محمد

اسم الأستاذ المشرف: غيث محمود الفاخري
كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2012م

33. حكم التداوي بالمحرم في الفقه الإسلامي

توفيق محمد إبراهيم

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي
كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2012م

34. الألفاظ العرفية وأثرها من حيث التخصص في الفروع
الفقهية

معتز عبدالوهاب عبدالله

اسم الأستاذ المشرف: غيث محمود الفاخري
كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2012م

35. أثر المقاصد على الأحكام الشرعية "دراسة أصولية فقهية"
عبدالسلام محمد غيضان

اسم الأستاذ المشرف: جابر عبدالهادي سالم الشافعي
كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2013م

36. الأحكام الشرعية لأسواق الأوراق المالية
قيس محمد امراجع

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي
كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2013م

37. تعويض ضحايا الإجرام بين الشريعة والقانون

حميدة سعد اهديوه

اسم الأستاذ المشرف: سعد خليفة العبار

كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2016م

38. أحكام معاملة الأسرى في الشريعة الإسلامية

فتحية علي إدريس عثمان

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي

كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2013م

39. الاختلاف في العلة عند جمهور العلماء

سالم سعد حسين

اسم الأستاذ المشرف: سعد خليفة العبار

كلية القانون – جامعة بنغازي/للعام 2016م

أطروحات الدكتوراه بقسم الشريعة الإسلامية

1. نظام القضاء في الفكر الإسلامي والقانون الوضعي

يوسف أحمد الثلب

اسم الأستاذ المشرف: أحمد بكير محمود

الجامعة التونسية

2. كتاب الشهب اللامعة في السياسة النافعة

سليمان معتوق الرفاعي

اسم الأستاذ المشرف: محمد الشاذلي النيفر

الجامعة التونسية/1987م

3. رهن الدين وتنظيم أحكامه بين الفقه الإسلامي والقانون

مصطفى عبدالحميد محمود

اسم الأستاذ المشرف: جميل الشرقاوي

الجامعة القاهرة/1983م

4. موجبات انتقاء المسؤولية الجنائية في الفقه الإسلامي

فائزة مبروك البسيوني

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي

كلية القانون – جامعة بنغازي

5. القرائن وأثرها في إثبات الجرائم الحدية

غيث محمود الفاخري

اسم الأستاذ المشرف: سليمان محمد الجروشي

كلية القانون- جامعة بنغازي/ 2000م

6. نظام الحسبة في الفقه الإسلامي والقانون الليبي

سعد سليمان الحامدي

اسم الأستاذ المشرف: محمود بلال مهران

الجامعة القاهرة/ 2012م.

7. الموت وآثاره القانونية "دراسة مقارنة"

حسام عبدالواحد الحميداوي

اسم الأستاذ المشرف: عبدالحميد حمد شهاب

جامعة بغداد/ 1999م.

كاشف الأعداد

البحث	اسم الباحث	الصفحات من صفحة إلى صفحة	بيانات النشر	لغة النشر
مقبولية الدليل الرقمي في المحاكم الجنائية	أ.د. سالم محمد الأوجلي	ص 18 إلى ص 40	العدد 19 يناير. سنة 2016م	العربية
عيب الانحراف بالسلطة وقاعدة تخصيص الأهداف	أ.د. عاشور سليمان شوايل	ص 41 إلى ص 75	العدد 19 يناير. سنة 2016م	العربية
نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات	د. مصطفى أحمد الدراجي	ص 76 إلى ص 111	العدد 19 يناير. سنة 2016م	العربية
تسبب القرار التأديبي	أ.د. مفتاح خليفة عبد الحميد	ص 112 إلى ص 148	العدد 19 يناير. سنة 2016م	العربية
التعارض بين النصوص	أ.د. سعد خليفة العبار	ص 149 إلى ص 187	العدد 19 يناير. سنة 2016م	العربية
"مصادر قانون العقوبات" التجريم والإباحة في القانون الليبي	د. طارق محمد الجملي	ص 13 إلى ص 40	العدد 20 فبراير. سنة 2018م	العربية
نظرة في أساس الحكم على عقود التمويل المصرفي (إشكالية الزمن (وعوضه في عقد السلم	د. ضوء مفتاح أبوغراة	ص 41 إلى ص 64	العدد 20 فبراير. سنة 2018م	العربية
الحكم الشرعي لطلاق الثلاثة بلفظ واحد	د. رافع محمود الفاخري	ص 65 إلى ص 82	العدد 20 فبراير. سنة 2018م	العربية
"الطبيعة القانونية لشرط المصلحة في دعوى الإلغاء" دراسة مقارنة	أ.د. عاشور سليمان شوايل	ص 83 إلى ص 98	العدد 20 فبراير. سنة 2018م	العربية
حالة الطوارئ: مبرراتها، مشروعيتها القانونية والدستورية. "دراسة مقارنة"	د. سلوى فوزي الدغيلي	ص 99 إلى ص 140	العدد 20 فبراير. سنة 2018م	العربية
الطعن بالتماس إعادة النظر في الأحكام الإدارية في القانون الإداري الليبي	أ. فرج سالم الأوجلي	ص 141 إلى ص 166	العدد 20 فبراير. سنة 2018م	العربية



كاشف الأعداد

البحث	اسم الباحث	الصفحات من صفحة إلى صفحة	بيانات النشر	لغة النشر
مناهج كليات القانون وتطوير دراسة القانون	أ.د. احمد عمر بوزقية	ص15 إلى ص17	العدد 21 أكتوبر. سنة 2018م	العربية
نظرة في محاولات إعادة التوازن في النظام الإجرائي الجنائي	أ.د.الهادي بوحمة	ص38 إلى ص54	العدد 21 أكتوبر. سنة 2018م	العربية
التلوث البيئي أم الفساد في الأرض نظرات في المصطلح	أ.د.سعد خليفة العبار	ص55 إلى ص116	العدد 21 أكتوبر. سنة 2018م	العربية
"القيود الواردة على معصومية الجثة" دراسة مقارنة	د.عطية محمد عطية	ص117 إلى ص160	العدد 21 أكتوبر. سنة 2018م	العربية
العلاقة بين مقاصد الشريعة ومالات الأفعال	أ.عبد السلام محمد صالح غيضان	ص161 إلى ص185	العدد 21 أكتوبر. سنة 2018م	العربية
نظرة في لجان التعويض عن العقارات في بنغازي "لجنة بنغازي "المركز أعمودجا	أ.محمد نوح عيسى	ص186 إلى ص216	العدد 21 أكتوبر. سنة 2018م	العربية
(الفتاوي الشاذة) (أسبابها، خطرها، طرق الوقاية منها	د.سعد سليمان الحامدي	ص15 إلى ص58	العدد 22 يناير. سنة 2019م	العربية
أثر الإفلاس على عقد الحساب الجاري	د.أبتسام أحمد ابجيح	ص59 إلى ص82	العدد 22 يناير. سنة 2019م	العربية
المصطلحات الدستورية الدلالة اللغوية والممارسة السياسية	د.مصطفى عبد الفتاح العربي	ص83 إلى ص116	العدد 22 يناير. سنة 2019م	العربية
نطاق استقلال اتفاق التحكيم	د.عطية محمد عطية	ص117 إلى ص138	العدد 22 يناير. سنة 2019م	العربية
التعاون الدولي في تنفيذ الأحكام الأجنبية طبقاً للاتفاقيات الدولية	أ.فريحة حامد القطراني	ص139 إلى ص172	العدد 22 يناير. سنة 2019م	العربية
الضمانات القانونية للأحداث في مرحلة ما قبل المحاكمة	أ.مديحة مصطفى الصادق	ص173 إلى ص224	العدد 22 يناير. سنة 2019م	العربية



كاشف الأعداد

البحث	اسم الباحث	الصفحات من صفحة إلى صفحة	بيانات النشر	لغة النشر
مسؤولية المحامي الجنائية عن أفشاء الأسرار المهنية	أ.د.سعد حماد القبائلي	ص15 إلى ص42	العدد 23 مارس. سنة 2019م	العربية
تعويض ضحايا الإرهاب	د.سالمة فرج الجازوي	ص43 إلى ص72	العدد 23 مارس. سنة 2019م	العربية
الرقابة على التعديلات الدستورية	د.سلوى فوزي الدغيلي	ص73 إلى ص150	العدد 23 مارس. سنة 2019م	العربية
التنظيم الدستوري لنظرية الضرورة في ليبيا	د.عمر عبد الله عمر أمبارك	ص151 إلى ص178	العدد 23 مارس. سنة 2019م	العربية
ماهية التنظيم الدولي	د.عبد الله علي العبيدي	ص179 إلى ص218	العدد 23 مارس. سنة 2019م	العربية
قواعد حوكمة الشركات الواردة في قانون النشاط التجاري	أ.عبد السلام أحمد حسين أحمد	ص219 إلى ص254	العدد 23 مارس. سنة 2019م	العربية
سياسة المشرع الجنائي الليبي في مكافحة ظاهرة الفساد	أ.د.سعد حماد القبائلي	ص15 إلى ص36	العدد 24 يونيو. سنة 2019م	العربية
"التحكيم في المنازعات المصرفية" دراسة مقارنة في القانون الليبي	د.سالمة فرج الجازوي	ص37 إلى ص54	العدد 24 يونيو. سنة 2019م	العربية
تقييم الفكر الاستشراقي لندرة الآيات القرآنية ذات المحتوى القانوني	د.لطيفة علي ضوء الفقهي	ص55 إلى ص78	العدد 24 يونيو. سنة 2019م	العربية
الأثر المباشر أو التطبيق المباشر للقاعدة الدولية في القانون الداخلي	د.عبد الله علي العبيدي	ص79 إلى ص102	العدد 24 يونيو. سنة 2019م	العربية
السلطة التشريعية في النظام الإسلامي	د.محمد رافع العوامي	ص103 إلى ص130	العدد 24 يونيو. سنة 2019م	العربية
ممارسة الحقوق السياسية لمتعددتي الجنسية في ضوء القانون "الليبي" دراسة تحليلية	أ.أسامة نصيب عبد الجليل	ص131 إلى ص154	العدد 24 يونيو. سنة 2019م	العربية



كاشف الأعداد

البحث	اسم الباحث	الصفحات من صفحة إلى صفحة	بيانات النشر	لغة النشر
تعليق الجمع والجماعات زمن الأوبئة- كورونا أمودجا	أ.د.عبد المجيد محمود الصلاحين	ص 20 إلى ص 25	العدد الخاص.. يونيو.2020م	العربية
فتوى الحجر الصحي بسبب جائحة كورونا: نطاقها وخصائصها	أ.د.سعد خليفة العبار	ص 26 إلى ص 85	العدد الخاص.. يونيو.2020م	العربية
التنظيم القانوني لمواجهة الأوبئة وأثره على مفاهيم «حقوق الإنسان» فايروس كورونا- كوفيد19 نموذجاً	د.سلوى فوزي الدغيلي	ص 86 إلى ص 141	العدد الخاص.. يونيو.2020م	العربية
فاعلية المجابهة الجنائية لإيقاع ونقل عدوى الأمراض «الفتاكة» تقييم لمسلك المشرع الليبي	د.طارق محمد الجملي	ص 142 إلى ص 197	العدد الخاص.. يونيو.2020م	العربية
الآثار القانونية لوباء كورونا على الالتزامات التعاقدية	د.سالمة فرح الجازوي	ص 198 إلى 219	العدد الخاص.. يونيو.2020م	العربية

البحث	اسم الباحث	الصفحات من صفحة إلى صفحة	بيانات النشر	لغة النشر
نظرات في آلية جبر الضرر في المسار الليبي للعدالة الانتقالية	أ.د.الكوني علي أعبوده	ص 15 إلى ص 40	العدد 25 ديسمبر. سنة 2019م	العربية
عقد الية وإشكالات تضمنيه في وثائق التأمين التكافلي وكيفية معالجتها من الناحية الفقهية	د.عادل سالم محمد الصغير	ص 41 إلى ص 88	العدد 25 ديسمبر. سنة 2019م	العربية
ضمانات وآليات الحماية الوطنية للحقوق والحريات "دراسة في نصوص الإعلان الدستوري الليبي لسنة 2011م، الدستور الليبي لسنة 2017م	د.سلوى فوزي الدغيلي	ص 89 إلى ص 112	العدد 25 ديسمبر. سنة 2019م	العربية
المواجهة الجنائية الموضوعية لاختلاس الأموال بوصفه صورة من "صور الفساد" دراسة مقارنة	د.ماشاء الله عثمان الزوي	ص 113 إلى ص 156	العدد 25 ديسمبر. سنة 2019م	العربية
الاجهاد التطبيقي مفهومه ومرتكزاته "دراسة تحليلية في ضوء الآية "34 من سورة النساء	د.لطيفة علي ضوء الفقهي	ص 157 إلى ص 188	العدد 25 ديسمبر. سنة 2019م	العربية
التطرف: أسباب وإشارات معالجة للامارات	د.معتز عبد الوهاب بالعجول	ص 189 إلى ص 228	العدد 25 ديسمبر. سنة 2019م	العربية
الطلاق المعلق على شرط	أ.د.سعد خليفة العبار + د.مصطفى عبد الفتاح العربي	ص 17 إلى ص 62	العدد 26 إبريل. سنة 2020م	العربية
"المتاجرة في الآثار بين الحضر والتقييد "دراسة قانونية	د.فرح سليمان حمودة	ص 63 إلى ص 98	العدد 26 إبريل. سنة 2020م	العربية
"إلغاء النص الجنائي الموضوعي لعدم الدستورية "الأسباب والآثار	د.طارق محمد الجملي	ص 99 إلى ص 156	العدد 26 إبريل. سنة 2020م	العربية
المختصر في بعض أحكام كورونا المنتشر	د.معتز عبد الوهاب بالعجول	ص 157 إلى ص 200	العدد 26 إبريل. سنة 2020م	العربية
أحكام الترقية في الوظيفة العامة "دراسة في ضوء نصوص قانون "علاقات العمل رقم 12 لسنة 2010م	د.عبد اللطيف عبد الحميد ماضي	ص 201 إلى ص 234	العدد 26 إبريل. سنة 2020م	العربية



كاشف الأعداد

البحث	اسم الباحث	الصفحات من صفحة إلى صفحة	بيانات النشر	لغة النشر
عقوبة الشريك في جرائم الحدود والقصاص بين الإغفال التشريعي والاجتهاد القضائي، «تعليق على المبدأ الذي أقرته المحكة العليا الليبية المنعقدة بدوائرها المجتمعة في قضية الطعن الجنائي رقم 752 / 55 ق	د.مصطفى إبراهيم العربي	ص16 إلى ص49	العدد 27 أغسطس 2020م	العربية
دور القوات المسلحة في حماية السيادة في ظل الدساتير والقوانين الوطنية	د.عمر عبد الله أمبارك	ص50 إلى ص85	العدد 27 أغسطس 2020م	العربية
دور السياسة الشرعية في التعامل مع الفتن حال وقوعها الجويني أمودجاً	أ.د. عبد الله إبراهيم زيد الكيلاني د.توفيق محمد إبراهيم نصيب	ص86 إلى ص135	العدد 27 أغسطس 2020م	العربية
سلطة القاضي في رد التوازن العقدي عند تحقق الظروف الطارئة دراسة في القانون الليبي والجزائري	د.بالجيلالي خالد	ص136 إلى ص179	العدد 27 أغسطس 2020م	العربية
الحماية الجنائية لنزاهة العملية الانتخابية، دراسة نقدية لقوانين الانتخابات الليبية بعد 2011م	د.جازية جبريل شعيتير	ص180 إلى ص243	العدد 27 أغسطس 2020م	العربية
حقوق الإنسان والعدالة المحلية في مشروع الدستور الليبي بين الواقع والمأمول	د.إيتسام أحمد بحيج	ص244 إلى ص279	العدد 27 أغسطس 2020م	العربية



البحث	اسم الباحث	الصفحات من صفحة إلى صفحة	بيانات النشر	لغة النشر
ضوابط الفتوى في نوازن الطلاق	أ.د. يعد خليفة العبار د.لطيفة على الفقهي	ص17 إلى ص86	العدد 28 ديسمبر 2020م	العربية
التأثير المتبادل بين اتفاق التحكيم والحصانة التنفيذية للدولة دراسة تحليلية مقارنة	د.عز الدين أبوبكر أخريج	ص87 إلى ص135	العدد 28 ديسمبر 2020م	العربية
المسؤولية عن الحوادث المرورية والآثار المترتبة عليها في الفقه الإسلامي	د.سعد سليمان الحامدي	ص136 إلى ص193	العدد 28 ديسمبر 2020م	العربية
العدالة الانتقالية في ليبيا بين حكم القانون وتحديات المرحلة الانتقالية	د.سلوى فوزي الدغيلي	ص194 إلى ص261	العدد 28 ديسمبر 2020م	العربية
الآثار القانونية لجائحة كورونا على تنفيذ العقد الإداري في القانون الليبي - دراسة مقارنة	د.عبد اللطيف عبد الحميد ماضي د.أمهيدي محمد أمهيدي	ص262 إلى ص344	العدد 28 ديسمبر 2020م	العربية
التوازن العقدي لأطراف الاعتماد المستندي وفق أحكام القانون الليبي والعرف الدولي	أ.أحمد جمعة القبائلي	ص345 إلى ص376	العدد 28 ديسمبر 2020م	العربية





نموذج مشاركة بالمجلة

	الاسم الثلاثي:
	جهة العمل:
	الوظيفة:
	الهاتف:
	التخصص:
	الدرجة العلمية:
	البريد الإلكتروني:
	العنوان:

مجالات الكتابة والاهتمام المعرفي:

نوع المشاركة:

بحث مقالة عرض الكتاب

تعليق على حكم قضائي



نموذج مشاركة بالمجلة

موضوع الدراسة محل المشاركة:

إقرار :

أقر بموجب هذا الطلب بأن ما يتضمنه العمل المقدم للمشاركة إنما يعبر عن آرائي الخاصة، ولا صلة له البتة بتوجهات المجلة، ولا يعبر عن وجهة نظر إدارة تحريرها أو الجهة التابعة لها، وبأن العمل المقدم لم يسبق نشره أو تقديمه للنشر لأي جهة أخرى، ولن أعيد نشره بدون إذن كتابي من إدارة هذه المجلة وأنه غير مستل أو متضمن في أي دراسة أو بحوث سابقة، وأتحمل المسؤولية كاملة جراء أي مخالفة للقواعد المنظمة لحقوق المؤلف والملكية الفكرية.

اسم مقدم نموذج المشاركة:

التاريخ:



نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات

ترحب إدارة تحرير مجلة دراسات قانونية بأي ملاحظات أو مقترحات يقدمها الأساتذة والكتاب والقراء، من شأنها تدارك ما قد يعثر إصدارات المجلة من عيوب، أو يشوبها من مثالب، سواء أكانت نتيجة قصور أم تقصير من إدارة المجلة، أم تتعلق بما يكتنف الأعمال المنشورة فيها من أخطاء، وكل ما من شأنه النهوض بموضوعات هذه المجلة وإصدارها في أبهى حلة، ونأمل أن تقدم الملاحظات والمقترحات على النحو الآتي:

• ملاحظات شكلية تتعلق بإخراج المجلة وطباعتها:

• ملاحظات موضوعية تتعلق بالمادة العلمية المنشورة بالمجلة:



نموذج خاص بتقديم المقترحات والملاحظات

ملاحظات بشأن تبويب المجلة وكيفية تصنيف موضوعاتها:

اقتراحات أخرى:

Install the contents

- Editorial Issue.....15
Porf.Saad AL- Abbar.
- The adjustment of the Supreme Administrative Court in the amount of compensation for the dismissed employee by an illegal administrative decision
 Commentary on the principle approved by the Supreme Administrative Court in Iraq in its decision No. 1348/2018 on November 22, 2018.....17
 - Prof. Dr. Mazin Lilo Radhy
- The appeal raised in the French Civil Procedure Code» Its nature - its applications
41

DR. MUSTAFA AHMED ALDRAJY



- The extent of the constitutionality of proving the crimes of theft and banditry by the perpetrator's confession before the investigation authority or by any scientific means of proof

Commentary on the principle issued by the Libyan Supreme Court in its assembled circuits in the Constitutional Appeal Case No. 3/56, issued on 3/24/2014.

Transitional justice in Libya between the rule of Law and the challenges of the transitional phase.....139

Dr.Abdulmem Amhmmed Asrarei

- Evidence in individual labor disputes» a comparative study.....185

Dr. Shawakh Mohamed Alahmed

- The rights of illegal migrant workers
Study in light of the provisions of the 1990
International Convention on the Protection of
the Rights of All Migrant Workers and Members
of Their Families.....248

Dr. Hussin Mohamed Omran



- Masters theses, Department of Islamic
Law.....293
- Doctoral theses ‘Department of Islamic
Law.....305
- Setup Detector.....307
- Journal Participation form.....315
- Feedback form.....317

**Journal Specialized Court.
Published by Faculty of
Law.**

**Issued four times a year.
About Faculty of Law.
Benghazi University.**

Dr. salwa Fawzi AL-Dugail.

Dean of the Faculty of Law

General Supervisor of the

Journal .

Editorial Board:

Prof. Saad K AL-Abbar.

Chairman of the editorial board

Journal.

Dr. Mashallah Othman AL-Zwi.

Editor of the Journal.

Dr. Abdulatif Abdulhamed

Mohammed.

Mr. Ahmed Juma Al-Qabaili.

Mr. Sabar Fayaz AL-Worfali.

Deposit Number- 2020//172

National Library

Faculty of Law- University of Benghazi

All rights reserved to the publisher, Faculty of Law

University of Benghazi

Correspondence provide

the name of the editorial board chief

at the following addresses

University of Benghazi- Faculty of Law

administration Building Second Floor

Benghazi- Libya

Email: saadkhkh@yahoo.fr

Email: Law@benghazi.edu.ly

Telephone: +218 (61) 222 9029.

Fax: +218 (61) 222 9029.

Websitr: law.benghazi.edu.ly.

Facebook [مجلة دراسات قانونية- كلية القانون بجامعة بنغازي](#)

Cover Artwork & design copy rights, reserved to the

Faculty of Law- University of Benghazi

All other rights related to this work are in the public
domain



Journal OF Legal Studies

NO:Twenty ninth

March 2021

Journal Specialized Court Published by Faculty of Law Issued four times a year

About Faculty of Law – Benghazi University

In this Number:

- ☐ The adjustment of the Supreme Administrative Court in the amount of compensation for the dismissed employee by an illegal administrative decision <Commentary on the principle approved by the Supreme Administrative Court in Iraq in its decision No. 1348/2018 on November 22, 2018>
- ☐ The appeal raised in the French Civil Procedure Code <its nature - its applications>
- ☐ The extent of the constitutionality of proving the crimes of theft and banditry by the perpetrator's confession before the investigation authority or by any scientific means of proof <Commentary on the principle issued by the Libyan Supreme Court in its assembled circuits in the Constitutional Appeal Case No. 3/56, issued on 3/24/2014>
- ☐ . Evidence in individual labor disputes A comparative study.
- ☐ The rights of illegal migrant workers <"Study in light of the provisions of the 1990 International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families">

**Deposit Number:172/2020
National Library**