تطبيقات نظرية القوة القاهرة في القضاء المصري والبحريني تعليق على حكم محكمة القضاء الاداري في الدعوى رقم ٣٧٢١٤ لسنة ٧٤ ق والصادر بجلسة ٢٠٢٠/٦/٢٨ باعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة. (دراسة تحليلية مقارنة في كلٍّ من مصر والبحرين)

دكتور محمد عبد الجليل المر

دكتوراه في القانون العام من كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية.

عضو الجمعية المصرية للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع

الحكم:

بسم الله الرحمن الرحيم

باسم الشعب

مجلس الدولة

محكمة القضاء الإداري

الدائرة (الثانية)

بالجلسة المنعقدة علناً يوم الأحد الموافق ٢٠٢٠/٦/٢٨ م.

برئاسة السيد الأستاذ المستشار/ فتحي إبراهيم محمد توفيق — نائب رئيس مجلس الدولة ورئيس المحكمة

وعضوية السيد الأستاذ المستشار/إبراهيم عبد الغني محمد على — نائب رئيس مجلس الدولة

وعضوية السيد الأستاذ المستشار / حامد محمد محمود محمد — نائب رئيس مجلس الدولة

وحضور السيد الأستاذ المستشار/ خالد إيهاب سرحان — مفوض الدولة

وسكرتارية السيد / أحمد عبد النبي — أمين السر

أصدرت الحكم الآتي

في الدعوى رقم ٣٧٢١٤ لسنة ٧٤ ق

المقامة من

مجدي محمد بيومي عشماوي بصفته رئيس لجنة انتخابات نقابة أطباء الأسنان

حسين عبد الهادي حسين طه بصفته وكيل النقابة العامة لأطباء الأسنان

ضـــــد

نقيب أطباء الأسنان بصفته

الوقائع

أقام المدعيان دعواهما بموجب عريضة أودعت قلم كتاب المحكمة بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٩، طلبَا في ختامها الحكم: بقبول الدعوى شكلا، وبوقف تنفيذ ثم إلغاء قرار نقيب أطباء الأسنان الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٨ بوقف انتخابات النقابة، مع ما يترتب على ذلك من آثار، وإلزام المُدّعَى عليه بصفته المصروفات واتعاب المحاماة.

وذكر المدعيان شرحاً لدعواهما أن المدعي الأول بصفته رئيس لجنة الانتخابات لنقابة أطباء الأسنان، والمدعي الثاني بصفته وكيل النقابة العامة لأطباء الأسنان، أصدرا بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٨ قرار بوقف إجراء الانتخابات على مقعد النقيب العام والتجديد النصفي لمجلس النقابة العامة وجميع مقاعد مجالس النقابات الفرعية والنقباء الفرعيين المقرر إجراؤها يوم ٢٠٢٠/٥/٧، وقد أصدر المُدّعَى عليه القرار منفرداً عن مجلس النقابة العامة وادعي أنه من الصلاحيات المخولة له كنقيب عام لأطباء الأسنان ، وكان مجلس النقابة العامة لأطباء الأسنان قد أصدر بتاريخ ٢٠١٩/١٠/١٦ قرارا ببدء إجراءات الانتخابات بفتح باب الترشيح يوم ٢٠١٩/١٢/٢١ وإغلاقه يوم ٢٠١٩/١٢/٣٠ على أن تجري الانتخابات يوم ٢٠٢٠/٣/٢٦ ، مراعياً كافة المواعيد الإجرائية المنصوص عليها بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء النقابة العامة لأطباء الأسنان واللائحة الداخلية للنقابة العامة ، وكانت لجنة الانتخابات المشار إليها قد اجتمعت وقررت تأجيل موعد إجراء الانتخابات نظراً لما تمر به البلاد من أزمة صحية لا يستقيم معها حدوث تجمعات انتخابية تهدد بنشر العدوى بين الناخبين وغيرهم ليتم النظر في إجرائها بتاريخ ٢٠٢٠/٥/٧ أو تأجيلها مجددا إن استمر الخطر قائماً، إلا أن المُدّعَى عليه استغل هذه الظروف وتخطى حدود اختصاصه وتحدى مبدأ المشروعية المفترض بالقرار الإداري ليصدر قراره بوقف الانتخابات تماماً، ونعى المدعيان على القرار المطعون فيه مخالفته أحكام القانون، والتعسف في استعمال السلطة إلى حد الانحراف بها، وختم دعواه بطلباته سالفة الذكر.

ونظرت المحكمة في الشق العاجل من الدعوى على النحو المبين بمحاضر جلساتها، حيث قدم الحاضر عن المدعي أربع حوافظ مستندات وقدم الحاضر عن النقابة المُدّعَى عليها حافظتي مستندات ومذكرة دفاع، وبجلسة ٢٠٢٠/٦/٧ قررت المحكمة إصدار الحكم بجلسة اليوم، وفيها صدر الحكم وأودعت مسودته المشتملة على أسبابه لدى النطق به.

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق وسماع الإيضاحات وبعد المداولة قانونا.

من حيث أنّ المُدّعَى يطلب الحكم – وفقا للتكييف القانوني الصحيح – بقبول الدعوى شكلاً، وبوقف تنفيذ ثم إلغاء قرار النقيب العام لنقابة أطباء الأسنان الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٨ بوقف إجراء انتخابات النقابة، مع ما يترتب على ذلك من آثار، وإلزام النقابة المصروفات.

ومن حيث أنَّ الدعوى استوفت سائر أوضاعها الشكلية فإنها تكون مقبولة شكلا.

ومن حيث أنّهُ عن طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه فإن المادة (٤٩) من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ تنص على أنه « لا يترتب على رفع الطلب إلى المحكمة وقف تنفيذ القرار المطلوب إلغاؤه على أنه يجوز للمحكمة أن تأمر بوقف تنفيذه إذا طلب ذلك في صحيفة الدعوى ورأت المحكمة أن نتائج التنفيذ قد يتعذر تداركها»

ومن حيث أنَّ مفاد هذا النص إنه يتعين للحكم بوقف تنفيذ القرار الإداري ضرورة توافر ركنين، الأول ركن الجدية بأن يكون القرار المطعون فيه بحسب الظاهر من الأوراق ودون مساس بطلب الإلغاء مرجح الإلغاء لأسباب ظاهره تكفي بذاتها لحمل هذه النتيجة، والثاني ركن الاستعجال بأن يترتب على تنفيذ القرار المطعون فيه نتائج يتعذر تداركها.

ومن حيث إنه عن ركن الجدية فإن المادة (١٧) من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٩ بشأن إنشاء نقابة أطباء الأسنان تنص على أن « تعقد الجمعية العمومية للنقابة اجتماعها العادي في شهر مارس من كل سنة في ميعاد يحدده مجلس النقابة، وكذلك تجتمع اجتماعاً غير عادي كلما رأى المجلس ضرورة لعقدها، أو قدم له طلب بذلك موقع عليه، من (١٠٠) مائة عضو على الأقل ممن لهم حق حضور الجمعية العمومية.»

وتنص المادة (٢٠) من ذات القانون على أن « تختص الجمعية العمومية بما يأتي:

انتخاب النقيب وأعضاء مجلس النقابة.....»

ومن حيث أنَّ إن المستفاد مما تقدم أن المشرع في القانون الصادر بإنشاء نقابة أطباء الأسنان جعل إدارة شئون النقابة للجمعية العمومية ومجلس النقابة، وأن الجمعية العمومية للنقابة تختص بانتخاب النقيب ومجلس النقابة وتُدعى الجمعية العمومية في شهر مارس من كل عام بقرار من مجلس النقابة.

ومن حيث أنه في خصوص النزاع الماثل، وكانت حالة القوة القاهرة التي اجتاحت العالم، ودعت منظمة الصحة العالمية إلى الإعلان أن فيروس كورونا المستجد (covid 19) يعد جائحة، وفي سبيل اتخاذ الدولة لبعض الإجراءات الاحترازية لمواجهة تلك الجائحة وحفاظًا على صحة المواطنين؛ صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٠٦ لسنة ٢٠٢٠ بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٩ بتعليق – مؤقتًا – جميع الفاعليات التي تتطلب تواجد أية تجمعات كبيرة للمواطنين أو التي تتطلب انتقالهم بين المحافظات بتجمعات كبيرة مثل (الحفلات الفنية والاحتفالات الشعبية والموالد والمعارض والمهرجانات) وذلك لحين صدور إشعار آخر، وتم نشر القرار بذات التاريخ بالجريدة الرسمية – العدد ١٠ (مكرر)، ثم صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٧٦٨ لسنة ٢٠٢٠ بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٢٤ ـ استنادا إلى قرار رئيس الجمهورية رقم ٢٠ لسنة ٢٠٢٠ بمد حالة الطوارئ المعلنة بالقرار رقم ٥٥٥ لسنة ٢٠١٩ في جميع أنحاء البلاد لمدة ثلاثة أشهر تبدأ من صباح يوم الاثنين الموافق السابع والعشرين من يناير عام

٢٠٢٠ ميلادية. بتفويض رئيس مجلس الوزراء في اختصاصات رئيس الجمهورية المنصوص عليها في القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ ، بشأن حالة الطوارئ، بحظر الانتقال والتحرك على المواطنين بكافة أنحاء الجمهورية في المواعيد المحددة بالقرار درءًا لأية تداعيات محتملة لفيروس كورونا المستجد، على النحو الوارد بالقرار، وتوالت قرارات رئيس مجلس الوزراء بتنظيم وحظر الانتقال والعمل ببعض مرافق الدولة والمدارس، في إطار خطة الدولة الشاملة للحفاظ على صحة وحياة المواطنين من أي مخاطر محتملة لفيروس كورونا المستجد.

كما أنه صدر قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٢٤٦ لسنة ٢٠٢٠ بتاريخ ٢٠٢٠/٦/٢٤ وتم نشره بالجريدة الرسمية في ذات التاريخ متضمنا إلغاء حظر انتقال وتحرك المواطنين بكافة أنحاء الجمهورية على جميع الطرق ، وتضمنت المادة الثانية منه ضوابط استقبال دور العبادة المصلين لأداء الشعائر الدينية، عدا صلاة الجمعة بالنسبة إلى المسلمين والصلوات الرئيسية الجماعية التي تحدده السلطات الدينية بالنسبة لغير المسلمين، وورد بالمادة الثالثة ضوابط استقبال الجمهور بالمقاهي والكافيتريات والمطاعم وما يماثلها من المحال والمنشآت ومحال الحلويات ووحدات الطعام المتنقلة، وغيرها من الضوابط المتعلقة باستقبال الجمهور بالمحال التجارية والحرفية، وبيع السلع وتقديم الخدمات ، والمراكز التجارية، وكذلك الأندية الرياضية والشعبية، ومراكز الشباب وصالات الألعاب والنوادي الرياضية ودور الثقافة والسينما والمسارح ، وذلك في حدود الضوابط التي تضمنت ألا تزيد نسبة الإشغال على ٢٥٪ من الطاقة الاستيعابية، وفي المادة الثامنة تضمن القرار استمرار غلق جميع الحدائق والمنتزهات والشواطئ العامة ، وجاءت المادة التاسعة باستمرار تعليق جميع الفاعليات التي تتطلب تتواجد أية تجمعات كبيرة للمواطنين مثل (الحفلات الفنية والاحتفالات الشعبية والموالد والمعارض والمهرجانات والأفراح). الأمر الذي يفيد أن قرار رئيس مجلس الوزراء الأخير لم يتضمن إلغاء للقرار السابق وإنما يهدف إلى تنظيم سير بعض المرافق الاقتصادية في ظل الجائحة العالمية. التي مازالت آثارها الخطيرة مستمرة. مع الالتزام بعدم السماح بأية تجمعات للأفراد يترتب عليها خطر داهم على الصحة العامة للمواطنين.

ومن حيث إن البين من ظاهر الأوراق بالقدر اللازم للفصل في الشق العاجل من الدعوى أن مجلس النقابة العامة لأطباء الأسنان قد أصدر بتاريخ ٢٠١٩/١٠/١٦ قراراً ببدء إجراءات الانتخابات بفتح باب الترشيح يوم ٢٠١٩/١٢/٢١ وإغلاقه يوم ٢٠١٩/١٢/٣٠ على أن تجري الانتخابات يوم ٢٠٢٠/٣/٢٦، ثم صدر قرار رئيس مجلس الوزراء المشار إليه رقم ٦٠٦ لسنة ٢٠٢٠ ، فقرر مجلس النقابة باجتماعه رقم ١ لسنة ٢٠٢٠ بتاريخ ١٨ مارس ٢٠٢٠ تأجيل موعد انعقاد الجمعية العمومية إلي تاريخ ١٦ أبريل ٢٠٢٠ ، ثم اجتمع مجلس النقابة العامة يوم ٢٠٢٠/٥/٦ بالاجتماع رقم ٢ لسنة ٢٠٢٠ وقرر تفويض لجنة الانتخابات تفويضاً كاملاً فيما يتعلق بالانتخابات وإجرائها واعتماد تشكيل جديد للجنة ، بسبب صدور القرار المطعون فيه بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٨ من النقيب العام بإلغاء

الانتخابات تحت مسمي أمر إداري بوقف الانتخابات لحين تحسن واستقرار الأوضاع في البلاد وعودة الحياة الطبيعية في مؤسسات الدولة.

ومن حيث إنه لما كان ما تقدم، وكانت الحياة الإنسانية هي أغلى ما يمكن للحكومات والدول والمجتمعات والمؤسسات المحافظة عليها ، فحفظ النفس يعد أول مقاصد الشريعة الإسلامية وسابقاً على حفظ الدين، بغير حياة الإنسان لا تقوم الدنيا، ومن أحيا نفسا كأنما أحيا الناس جميعاً، وفي إطار مسئوليات الدولة بالحفاظ على صحة المواطن وحياته فقد قامت بكافة الإجراءات التي سايرت توصيات منظمة الصحة العالمية وكذلك المؤسسات الصحية الوطنية وصدر استناداً إليها قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٠٦ لسنة ٢٠٢٠ المشار إليه، وما تلاه من قرارات، بما يفيد حظر التجمعات البشرية لأي سبب من الأسباب، ومن هذه الأسباب التجمع في جمعية عمومية لإجراء انتخابات النقابة المدعي عليها، ولئن كانت الحياة الديمقراطية السليمة توجب إجراء الانتخابات في موعدها القانوني إلا أنه كما سبق البيان فإن صحة وحياة المواطن لا يعادلها مقصد آخر.

ومن حيث إن محور النزاع الماثل يدور حول المختص بإصدار قرار تأجيل موعد إجراء الجمعية العمومية لانتخابات التجديد النصفي لأطباء الأسنان، ما إذا كان رئيس لجنة انتخابات نقابة أطباء الأسنان – المدعي الأول – أم النقيب العام للنقابة، أو مجلس النقابة العامة للنقابة، وكانت المادة ١٧ من القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء نقابة أطباء الأسنان قررت أن مجلس النقابة يحدد موعد اجتماع الجمعية العمومية كما أنه المختص بدعوة أعضاء الجمعية العمومية، ومن المقرر أن من الأركان الأساسية للقرار الإداري أن يكون له محل، هو المركز القانوني الذي تتجه إرادة مصدر القرار إلى إحداثه، والأثر القانوني الذي يترتب عليه حالاً ومباشرة، هذا الأثر هو إنشاء حالة قانونية معينة أو تعديلها أو إلغاؤها. وبهذا يتميز محل العمل القانوني عن محل العمل المادي الذي يكون دائما نتيجة مادية واقعية.

ومن حيث إن الأثر المترتب على قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ٦٠٦ لسنة ٢٠٢٠ – المشار إليه – هو تأجيل الجمعية العمومية لانتخابات نقابة أطباء الأسنان التي كان مقرراً لانعقادها يوم ٢٦ مارس ٢٠٢٠ ، وهذا الأثر نافذاً بذاته دون حاجة إلي صدور قرار من النقابة المدعى عليها، ويبقى ذلك الأثر إلى حين إلغاء قرار رئيس مجلس الوزراء أو تعديله، أو زوال الحالة التي صدر استناداً إليها، والتي تمثل الحالة الواقعية التي كانت سببا لذلك القرار، ومن ثم فإن صدور قرار من النقيب العام- المطعون فيه- أو من مجلس النقابة بتفويض اللجنة المشرفة على الانتخابات في تأجيل أو تحديد موعد لإجراء الانتخابات، لا يتضمن إنشاء أو تعديلاً أو إلغاء للمركز القانون الناشئ عن قرار رئيس مجلس الوزراء، الأمر الذي تكون معه حالة القوة القاهرة قائمة والتي تحول دون إجراء تلك الانتخابات، ومن ثم يكون النعي على القرار المطعون فيه غير قائم على سند من القانون أو الأوراق ويكون غير مرجح الإلغاء، مما ينتفي معه ركن الجدية في طلب وقف تنفيذه، الأمر الذي يتعين معه رفض طلب

وقف التنفيذ دون حاجة إلي بحث ركن الاستعجال لعدم جدواه.
ومن حيث إن من خسر الدعوى يلزم بمصروفاتها عملاً بحكم المادة (١٨٤) مرافعات.
فلهذه الأسباب
حكمت المحكمة: بقبول الدعوى شكلاً، وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، وألزمت المدعيين مصروفاته، وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة لإعداد تقرير بالرأي القانوني في طلب الإلغاء.

سكرتير المحكمة رئيس المحكمة

التعليق على الحكم:

تمهيد:

قضت محكمة القضاء الإداري في حكمها المتقدم بقبول الدعوى شكلاً، وبرفض طلب وقف تنفيذ القرار المطعون فيه، وألزمت المدعيين مصروفاته، وأمرت بإحالة الدعوى إلى هيئة مفوضي الدولة لإعداد تقرير بالرأي القانوني في طلب الإلغاء. وكانت المحكمة قد أيدت القرار الصادر من السيد/ نقيب أطباء الأسنان في ٢٠٢٠/٤/٨ بوقف انتخابات النقابة العامة لأطباء الأسنان، نظراً لما تمر به البلاد من أزمة صحية لا يستقيم معها حدوث تجمعات انتخابية تهدد بنشر العدوى بين الناخبين وغيرهم، وكان المدعيين قد طلبوا في هذه الدعوى وقف تنفيذ قرار النقيب العام، وإجراء الانتخابات.

وكانت المحكمة قد استندت في حكمها المتقدم على حالة القوة القاهرة التي اجتاحت العالم، والتي دعت منظمة الصحة العالمية إلى الإعلان أن فيروس كورونا المستجد (covid-19) يعد جائحة.

وبناء عليه فإن هذا الحكم يتطلب منا إيضاحًا لفكرة القوة القاهرة ،وشروط تطبيقها، وتطبيقاتها في القضاء المصري والبحريني، والتكييف القانوني لجائحة كورونا، ومدى اعتبارها قوة قاهرة، وتأثيرها على ممارسة الحقوق والحريات العامة.

خطة البحث:

يتناول الباحث التعليق على هذا الحكم في مبحثين اثنين:

المبحث الأول: تعريف القوة القاهرة، وشروطها، وتطبيقاتها في كلٍّ من القضاء المصري والبحريني.

المبحث الثاني: التكييف القانوني لجائحة كورونا.

منهج البحث:

سيتناول الباحث هذا البحث في إطار تحليلي مقارن بين كلٍّ من القضاء المصري والبحريني على وجه الخصوص ، مع الإشارة إلى بعض التطبيقات القضائية في التشريع الفرنسي وبعض الدول العربية الأخرى التي اعتبرت جائحة كورونا قوة قاهرة .

المبحث الأول
تعريف القوة القاهرة، وشروطها، وتطبيقاتها في كل من القضاء المصري والبحريني

يتناول الباحث هذا المبحث في مطلبين على النحو الاتي:

المطلب الأول
مفهوم القوة القاهرة، وشروطها

أولا: مفهوم القوة القاهرة:

في أواخر عام ٢٠١٩ ظهر –لأول مرة – فيروس كورونا المستجد في مدينة وهان الصينية، ومنها انتشر بصورة سريعة وغير متوقعة في أنحاء العالم كافة، شمالاً وجنوبًا، وشرقاً وغرباً، مخلفاً وراءه مئات الآلاف من الضحايا وملايين من المصابين [١].

وقد أثّر انتشار هذا الفيروس على مناحي الحياة كافة، السياسية والاقتصادية والاجتماعية، فتم إعلان حالة الطوارئ في العديد من دول العالم، وأُوقفت الانتخابات، وتم تعليق حركة الطيران الدولي بين الدول، ووقف كافة الأنشطة التي تستلزم وجود تجمعات، وغلق دور العبادة، وتعليق العمل بالمحاكم، وتعليق الدراسة. كما تأثرت الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية بظهور وانتشار هذا الفيروس الخطير، سريع الانتشار والعدوى.

ولا شك في أن ظهور فيروس كورونا المستجد بهذه الصورة شكّل حدثًا استثنائيًا غير متوقع يرتقي إلى مرتبة القوة القاهرة. ولم يتعرض الحكم- محل هذا التعليق – لمفهوم القوة القاهرة ولا شروط تطبيقها.

ويشير مفهوم القوة القاهرة إلى الواقعة التي يترتب عليها عدم قدرة الشخص (الطبيعي أو المعنوي) على القيام بما كلف به. لأن أساس التكليف هو الاستطاعة، فإذا لم يكن في مقدور الإنسان القيام بالعمل نتيجة نازلة غير متوقعة وغير ممكن دفعها وغير إرادية فلا تثريب عليه ولا يمكن مجازاته بسببها [٢].

---

١. تشير أحدث الإحصائيات في العالم أن عدد الاصابات والوفيات بسبب فيروس كورونا بلغ أكثر من ٦٤،٩٨٦،٨١٧ مليون حالة إصابة، وعدد الوفيات بلغ أكثر من ١،٥٠٢،٢٦١ مليون حالة وفاة حتي تاريخ ٣ /١٢/ ٢٠٢٠ . المصدر موقع BBC NEWS عربي نقلا عن جامعة جونز هوبكنز .

٢. أ.د سحر عبد الستار إمام : جائحة كورونا وتداعياتها على المنظومة القضائية ، مجلة الدارسات القانونية والاقتصادية، جامعة السادات ، المجلد ٦، عدد خاص بجائحة كورونا وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والاقليمية والدولية صيف ٢٠٢٠ ص ٢٠ . وانظر أيضاً في تعريف القوة القاهرة ا.د عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الإداري- دار النهضة العربية ص ٢١٢. ا.د ماجد الحلو : العقود الإدارية ، الإسكندرية ، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٢ حيث يقول سيادته أن نظرية القوة القاهرة من النظريات القضائية القائمة على أساس المنطق والعدالة ص ٢٠٩ .

ولم يعرف أيضاً المشرع القوة القاهرة، وإنما أشار إليها في صلب القانون المدني المصري كسبب يُعفي من المسئولية وذلك في نص المادة ١٦٥ من القانون المدني المصري التي تنص على أنه « إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه، كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص أو اتفاق يقضي بغير ذلك».

وتنص المادة ١٧٨ مدني على أنه « كل من يتولى حراسة أشياء تتطلب حراستها عناية خاصة أو حراسة آلات ميكانيكية يكون مسئولا عما تحدثه ، ما لم يثبت أن وقوع الضرر كان بسبب أجنبي لا يد له فيه ...» وكذلك الحال بالنسبة لنص المادة ٣٧٣ التي تنص على أنه» ينقضي الالتزام إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا لسبب أجنبي لا يد له فيه .»

وقد أشار القانون المدني البحريني الصادر بمرسوم بقانون رقم١٩ لسنة ٢٠٠١بإصدار القانون المدني في عدة مواد إلى القوة القاهرة كسبب للإعفاء من المسئولية فقد نصت المادة ١٤٥ من القانون المدني البحريني على:

أ) في العقود الملزمة للجانبين ، إذا أصبح تنفيذ التزام أحد الطرفين مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه، انقضى هذا الالتزام، وانقضت معه الالتزامات المقابلة على الطرف الآخر، وانفسخ العقد من تلقاء نفسه

ب) فإذا كانت الاستحالة جزئية ، كان للدائن ، بحسب الأحوال أن يتمسك بالعقد فيما بقي ممكن التنفيذ أو أن يطلب الفسخ .

ونصت المادة ١٤٦ /١ من ذات القانون على: في العقود الملزمة لجانب واحد، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، انفسخ العقد من تلقاء نفسه .

ونصت المادة ١٦٥ من القانون المدني البحريني على : «إذا أثبت الشخص أن الضرر قد نشأ عن سبب أجنبي لا يد له فيه أو حادث مفاجئ أو قوة قاهرة أو خطأ من المضرور أو خطأ من الغير ، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر ، ما لم يوجد نص بخلاف ذلك».

وإذا كانت نظرية القوة القاهرة كسبب للإعفاء من الالتزام قد نشأت في القانون الخاص فإن القضاء الإداري في مصر قد طبقها في ظل روابط القانون العام حيث قالت المحكمة الإدارية العليا :

«تطبيق القواعد الواردة في القانون المدني في هذا الشأن على الروابط الإدارية – أساسه – اعتبار هذه القواعد من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام ». [١]

١. مجلس الدولة – المكتب الفني – مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الخامسة – العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٥٩ إلى آخر يناير سنة ١٩٦٠) جلسة ١٢ من ديسمبر سنة ١٩٥٩– صـ١٠٦ . وانظر أيضاً حكمها في الطعن رقم ٢١٦٢٦ لسنة ٦٢ بتاريخ ٢٣/ ١/ ٢٠١٨.

ثانياً - شروط اعتبار الحادث قوة قاهرة :

حدد الفقه القضاء شرطين لاعتبار حادث ما قوة قاهرة:

الشرط الأول : هو عدم إمكانية توقع الحادث .
الشرط الثاني: استحالة الدفع .

يقول المرحوم الأستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن «نص القانون يصف القوة القاهرة والحادث الفجائي بأنهما سبب أجنبي لا يد للشخص فيه، لكن هذا الوصف يحتاج إلى التحديد، فالقوة القاهرة أو الحادث الفجائي ، يجب أن يكون حادثاً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع ، فعدم إمكان التوقع واستحالة الدفع هما الشرطان الواجب توافرهما في القوة القاهرة أو الحادث الفجائي، وإذا ما توافرا كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه ، أما العكس فغير صحيح فقد يكون الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه ، ومع ذلك يستطيع توقعه قبل أن يقع أو يستطيع دفعه بعد أن وقع .[1]

المطلب الثاني
تطبيقات القوة القاهرة في القضاء المصري والبحريني

نعرض لتطبيقات القوة القاهرة في القضاء المصري أولا ثم لتطبيقاتها في القضاء البحريني على النحو التالي :

أولا - في القضاء المصري:

حدد القضاء في مصر- بكافة جهاته - شرطين لاعتبار حادث ما قوة قاهرة:

الشرط الأول: هو عدم إمكانية توقع الحادث.
الشرط الثاني: استحالة الدفع.

ففي القضاء الإداري:

بينت المحكمة الإدارية العليا في عدة أحكام شروط القوة القاهرة فقالت :

١- «ويجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أمراً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع، فإن توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد فيه ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور، فالمعيار موضوعي لا ذاتي فلا يكتفى فيه بالشخص العادي ولكن يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً كما يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه لم يكن ثمة قوة قاهرة أو حادث فجائي كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة لا بالنسبة للمدين وحده بل بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين وهذا

---

١. ا. د عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي ، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مصادر الالتزام ٢٠٠٦، طبعة نقابة المحامين ، ص ٧٥٠. ويقول - رحمه الله – أن التمييز بين القوة القاهرة والحادث الفجائي لا يقوم على أساس صحيح ، وأن جمهور الفقهاء متفق على ذلك ، وكذلك إجماع القضاء . انظر له ص ٧٤٩ .

هو ما يميز القوة القاهرة والحادث الفجائي عن الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً .... [١].

٢- ولابد لاعتبار الحادث قوة قاهرة أن يتوافر الشرطين معًا ، فإذا تحقق أحدهما وانتفى الآخر لا يعد الحادث قوة قاهرة وفي ذلك تقول المحكمة الإدارية العليا :» من الأمور المسلمة أنه يشترط في القوة القاهرة أو السبب الأجنبي أن يكون غير متوقع ومستحيل الدفع، فإن أمكن توقع الحادث حتى ولو استحال دفعه أو أمكن دفع الحادث ولو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة [٢]».

٣-وقد بينت المحكمة في حكم حديث التفرقة بين القوة القاهرة والظروف الطارئة فقالت:

«ومن حيث أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على التفرقة بين القوة القاهرة التي تجعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة وبين الظروف الطارئة التي تجعل التنفيذ مرهقاً لا مستحيلاً، وأن السبب الأجنبي هو الذى ينقضي به الالتزام من حيث التنفيذ العيني أو التنفيذ بالتعويض، والسبب الأجنبي هو الحادث الفجائي أو القوة القاهرة أو خطأ الدائن أو فعل الغير، ويجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي أمراً غير ممكن التوقع ومستحيل الدفع ، فإذا توافر هذان الشرطان كان الحادث أجنبياً عن الشخص لا يد له فيه، ويجب أن يكون عدم استطاعة التوقع غير متوقع لا من جانب المدين بل من جانب أشد الناس يقظة وبصرا بالأمور، فالمعيار موضوعي لا ذاتي فلا يعتد فيه بالشخص العاد، ولكن يتطلب أن يكون عدم الإمكان مطلقاً ، كما يجب أن تكون القوة القاهرة أو الحادث الفجائي مستحيل الدفع، فإن أمكن دفع الحادث حتى ولو استحال توقعه فلا نكون بصدد قوة قاهرة أو حادث فجائي، كما يجب أن يكون من شأنه جعل التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة لا بالنسبة المدين وحده بل بالنسبة إلى أي شخص يكون في موقف المدين، وهذا هو ما يميز القوة القاهرة والحادث الفجائي عن الحوادث الطارئة التي تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لا مستحيلاً، ويختلف أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي بحسب الأحوال فإذا كان هو السبب الوحيد في وقوع الضرر انعدمت علاقة السببية فلا تتحقق المسئولية، ولا يترتب عليه الإعفاء من تنفيذ الالتزام بل وقف تنفيذه حتى يزول الحادث، فيبقى الالتزام موقوفاً على أن يعود واجب التنفيذ بعد زوال الحادث، وغني عن القول أنه يجوز للطرفين أن يعدلا باتفاقهما من أثر القوة القاهرة أو الحادث الفجائي فيتفقان مثلاً على أن المدين لا يتحلل من التزامه ويتحمل بذلك تبعة السبب الأجنبي فلا ينقضي الالتزام حتى ولو استحال تنفيذه بسبب أجنبي ويتحول محله إلى تعويض، ويكون المدين في هذه الحالة إزاء الدائن بمثابة المؤمن يؤمنه من الحادث الذى يرجع إلى القوة القاهرة شريطة ألا يكون الالتزام العقدي معلقاً على شرط

---

١. الحكم السابق.

٢. مجلس الدولة - المكتب الفني - مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها المحكمة الإدارية العليا السنة الرابعة عشرة - العدد الأول (من أول أكتوبر سنة ١٩٦٨ إلى منتصف فبراير سنة ١٩٦٩) جلسة ١٥ من فبراير سنة ١٩٦٩- صـ٣٧٣ .

واقف مالم يتحقق الشرط فينشأ الالتزام، قد قننه المشرع المصري كل ما تقدم من قواعد في القانون المدني، ولئن وإن كان مجال تطبيق هذه القواعد في مجال روابط قواعد القانون الخاص إلا أن القضاء الإداري قد اطرد على الأخذ بها باعتبارها من الأصول العامة التي يجب النزول عليها في تحديد الروابط الإدارية في مجال القانون العام مادامت تتسق مع تسيير المرافق العامة وتكفل التوفيق بين ذلك وبين المصالح الفردية الخاصة. [١]

وفي القضاء العادي :

تعرضت محكمة النقض في أحكام عديدة لمفهوم القوة القاهرة وشروطها ومن هذه الأحكام:

قضت محكمة النقض « إذ كان نص المادة ١٦٥ من التقنين المدني يصف القوة القاهرة والحادث الفجائي بأنها سبب أجنبي لا يد للشخص فيه، إلا أنه يحتاج إلى تحديد، فيشترط لاعتبار الحادث قوة قاهرة أو حادثا فجائيًا – وعلى ما جرى به محكمة النقض – عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فيجب أن يكون الحادث غير مستطاع التوقع لا من جانب المدعى عليه فحسب، بل من جانب أشد الناس يقظة وبصراً بالأمور، والمعيار هنا موضوعي ذاتي، ويعني شرط استحالة دفع الحادث أنه إذا أمكن دفعه حتى ولو استحال توقعه لم يكن قوة قاهرة أو حادثًا فجائيًا، ويجب أن يكون الحادث من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً استحالة مطلقة، فلا تكون استحالة بالنسبة للمدين وحده بل استحالة بالنسبة لأي شخص يكون في موقف المدين [٢].

وقضت في حكم آخر:» حالة القوة القاهرة هي التي يترتب عليها تعرض المجتمع لظروف غير عادية تخل سير الحياة كوقوع الكوارث الطبيعية أو الفتن الداخلية أو اعتداء خارجي أو الثورات «[٣].

يشترط في القوة القاهرة التي يترتب عليها عدم المسئولية عن تعويض الضرر الناتج عن عدم تنفيذ

---

١. المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٢١٦٢٦ لسنة ٦٢ ق – جلسة ٢٣ / ١ / ٢٠١٨ . ومن تطبيقات القوة القاهرة في القضاء الإداري: الاعتقال حيث قالت قضت محكمة القضاء الإداري : «ومن حيث الاعتقال السياسي هو إجراء وقائي يرقى إلى مرتبه القوة القاهرة ويحول دون الارادة الحرة للعامل المعتقل والذهاب الى مقر عمله في أوقاته الرسمية « محكمة القضاء الإداري – الطعن رقم ٣٣٥٧ لسنة ١٢ ق – جلسة ٢٧ / ١١ / ٢٠٠٥، والوباء: انظر حكمها محكمة القضاء الإداري – الطعن رقم ٣٥٩٨ لسنة ٩ ق – جلسة ٢٧ / ١ / ١٩٥٨ الذي اعتبرت فيه المحكمة وباء الكوليرا قوة قاهرة.

واعتبرت المحكمة أيضا أن المرض يعتبر قوة قاهرة حيث قالت «إذا أصاب صاحب الشأن مرض خلال ميعاد الطعن وكان من شأن هذا المرض إعاقة المدعى عن اتخاذ الإجراءات اللازمة لإقامة الطعن فعندئذ يعتبر المرض بمثابة قوة قاهرة من شأنها أن توقف ميعاد الطعن – يترتب على وقف ميعاد الطعن عدم حساب المدة التى وقف خلالها – تطبيق.» المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٣٤ ق – جلسة ٦ / ٣ / ١٩٩٠ – مكتب فني ٣٥ – صـ ١٣١١ – ق ١١٧ «.

واعتبرت المحكمة الإدارية العليا ان حبس الموظف نتيجة تنفيذ حكم جنائي ضده يعد من قبيل القوة القاهرة .

(المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ١٤٧٣ لسنة ٤٩ ق – جلسة ١٧ / ٣ / ٢٠٠٧)

٢. محكمة النقض – الطعن رقم ٦٧٧ لسنة ٦٩ ق جلسة ٢٠١٢/٤/١٠ مشار إليه الاستاذ : مصطفي عبد الغني في بحث منشور على الانترنت بعنوان « القوة القاهرة في قضاء محكمة النقض المصرية ص ٤ .

وانظر أيضا حكمها في الطعن رقم ٥٠٤٢ لسنة ٧٤ ق – جلسة ١٦ / ٢ / ٢٠١٤ . وأيضا الطعن رقم ٥٩١٧ لسنة ٧٩ بتاريخ ٢٤/ ٤/ ٢٠١٦.

٣. محكمة النقض – الطعن رقم ٢٧١١ لسنة ٨٣ ق جلسة ٢٠١٧/٢/٢ مشار إليه الاستاذ : مصطفي عبد الغني المرجع السابق ص: ٥ .

العقد أن يكون من شأنها -على ما جرى به قضاء محكمة النقض- جعل الوفاء بالالتزام مستحيلاً وأن تكون غير متوقعة الحصول وقت التعاقد ويستحيل دفعها. [١]

المقرر-وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة- لاعتبار الحادث قوة قاهرة عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه، فإذا تخلف أحد هذين الشرطين انتفت عن الحادث صفة القوة القاهرة ولا يلزم لاعتباره ممكناً التوقع أن يقع وفقاً للمألوف من الأمور بل يكفي في ذلك أن تشير الظروف والملابسات إلى احتمال حصوله ولا يلزم أن يكون المدين قد علم بهذه الظروف إذا كانت لا تخفى على الشخص شديد اليقظة والتبصر لأن عدم إمكان التوقع اللازم لتوافر القوة القاهرة يجب أن يكون مطلقاً لا نسبياً فالمعيار في هذه الحالة موضوعي لا ذاتي. ٢

٥- اعتبرت المحكمة أن الظروف التي مرت بها البلاد أثناء ثورة ٢٥ يناير ٢٠١١ قوة قاهرة، فقررت : «لما كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن الظروف التي مرت بها البلاد بسبب ثورة ٢٥ من يناير ٢٠١١ في الفترة من ٢٦/ ١/ ٢٠١١ حتى ٧/ ٢/ ٢٠١١ التي تعطل خلالها العمل بالمحاكم تعتبر من حالات القوة القاهرة التي يترتب عليها امتداد ميعاد التقرير بالطعن بالنقض». [٣]

أما في القضاء الدستوري:

حددت المحكمة الدستورية العليا شروط القوة القاهرة بقولها بحكمها :» يقصد بالحادث الجبري والقوة القاهرة ؛ الحادث الذي لا يمكن توقعه ويستحيل دفعه ، ويلزم توافر هذين الشرطين معا في الحادث الذي يعتبر كذلك ، ويتعين أن ينظر في توافرهما بمعيار موضوعي هو معيار الرجل العادي في مثل ظروف المسئول، مما مؤداه وقوع التكييف القانوني لذلك الحادث في إطار السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع .» [٤]

ثانيا: في القضاء البحريني:

استقر قضاء محكمة التمييز البحرينية على أن القوة القاهرة تعتبر سبباً يعفي من المسئولية، وأحياناً تطلق عليها مصطلح «السبب الأجنبي» وحددت شروطها من عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع ومن أحكامها:

السبب الأجنبي. شرطه. أن يكون خارجاً عن الشيء ولا يتصل بتكوينه ولا يمكن توقعه ويؤدي مباشرة إلى وقوع الحادث.» [٥]

---

١. محكمة النقض – الطعن رقم ١١٤٥ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٩٤/٢/٢٧ مكتب فني – قاعدة رقم (٩١) السنة ٤٥ .موسوعة احكام محكمة النقض المدنية ، المجلد الثالث ، ص ٢٠٧٧، اصدر نقابة المحامين ٢٠١٠.

٢.أحكام النقض المدني - الطعن رقم ٧٦١ لسنة ٧٠ ق - جلسة ٢٨ / ٥ / ٢٠٠٢".

٣. أحكام النقض المدني - الطعن رقم ٣٢٢٨ لسنة ٨١ ق - جلسة ٤ / ٦ / ٢٠١٢ .

٤. المحكمة الدستورية العليا:١/٦/٢٠١٤، القضية رقم ٧٥ لسنة ٢٦ قضائية «دستورية» أحكام المحكمة الدستورية العليا في تسع سنوات من ٢٠٠٩: ٢٠١٧ ،دار محمود للنشر والتوزيع ٢٠١٨، ص ٩٤.

٥. حكمها في الطعن رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ – جلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٧) . مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في خمس سنوات ٢٠٠٣-٢٠٠٧ ، من السنة الرابعة عشرة حتى إلى السنة الثامن عشرة (الجزء الأول) في المواد المدنية والتجارية والاحوال الشخصية لغير المسلمين إعداد المستشار عبد العزيز فرحات عضو المكتب الفني للمحكمة ، ص ٣٥٢.

السبب الأجنبي قوامه استحالة التوقع واستحالة الدفع، ماهية كلٌّ منهما ومعياره (مثال لاستخلاص سائغ باعتبار التيار الكهربائي سبب أجنبي). [١]

المسئولية الشيئية . قيامها على خطأ مفترض وقوعه من الحارس لا يقبل إثبات العكس . درؤها عنه . سببله. إثبات أن وقوع الضرر كان بسبب قوة قاهرة أو خطأ الغير أو خطأ المضرور.» (٢)

«مسئولية حارس السيارة عن تعويض الضرر الذي تتدخل في إحداثه بناء على خطأ مفترض في جانبه لا يقبل إثبات العكس. ارتفاع المسئولية عنه. شرطه. نفي رابطة السببية بين فعل السيارة والضرر بإثبات وقوعه بسبب أجنبي قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ المضرور أو الغير . م ١٧٥ مدني. «[٣]

ومن تطبيقات القوة القاهرة في قضاء محكمة التمييز التي تعفي من المسئولية مخاطر البحر أو المياه الملاحية وفي ذلك تقول «التزام الناقل البحري بتوصيل البضائع سالمة إلى جهة الوصول . ماهيته. التزام بتحقيق غاية. مسئوليته عن التعويض عند تخلفها دون حاجة إلى إثبات خطئه. دفعه للمسئولية. شرطه. إثبات حدوث الهلاك أو التلف بسبب أجنبي ومنها مخاطر البحر أو المياه الملاحية والقوة القاهرة . [٤]

ومن قضائها أحكامها أيضا «مخاطر البحر اذا بلغت من الشدة مدى يجعلها غير متوقعة الحدوث أو غير مستطاع دفعها ، فإنها تعد من قبيل القوة القاهرة التي تصلح سبباً المطعون فيه قد خلص الإعفاء الناقل من المسئولية « وإذ كان الحكم الابتدائي المزيد لأسبابه بالحكم من تقرير الخبرة المقدم من المطعون ضدهما وتقرير ربان السفينة الناقلة أنّهُ واجهتها عاصفة وأمواج عاتية علت سطحها وأتلفت نظام تهوية عنابرها بسبب تلك الظروف مما أدى إلى تلف تلك الرسالة المشحونة، وهو ما يكفي بذاته لتوافر عنصري القوة القاهرة من حيث الخروج عن نطاق ما هو متوقع حدوثه عادة وعدم استطاعة عنه ويصلح سببا لإعفاء الناقل من المسئولية (.»[٥]

وهكذا يتضح لنا أن شروط القوة القاهرة كسبب يعفي من المسئولية متفق عليها في كلٍّ من القضاء المصري والقضاء البحريني .

---

١. حكمها في الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٢٠٠٢ – جلسة ٢٠٠٣/٣/٢٤) ، المرجع السابق، ص ٣٥٢.

٢. حكمها في الطعن رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣ – جلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٧) سابق الإشارة إليه ص ٣٥٢.

٣. حكمها في الطعن رقم ٤٨٨ لسنة ٢٠١٤ – جلسة ٢٠١٦/٥/٢٤ .

٤. حكمها في الطعن رقم ٢٠٠ لسنة٢٠١١ – جلسة ٢٠١٣/٥/٣ .

٥. حكمها في الطعن ٢٠٦ لسنة ١٩٩٥ – جلسة ١٦ أبريل ١٩٩٥. ومن قضاء محكمة النقض المصرية أن مخاطر البحر ، وإن كانت تصلح في ذاتها سبباً اتفاقياً للإعفاء من المسئولية ولو كانت متوقعة الحادث أو يمكن دفعها إلا أن هذه المخاطر إذا بلغت من الشدة مدى يجعلها غير متوقعة الحدوث أو غير مستطاع دفعها فإنها تعد من قبل القوة القاهرة التي تصلح سبباً قانونيا للإعفاء. انظر حكمها في الطعن رقم ٢٧٢ لسنة ٣١ س ١٧ ص ١١٢٩ جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ مشار إليه لدي المرحوم السنهوري الوسيط .. المرجع السابق ص ٧٥١ هامش ٤ .

المبحث الثاني
التكييف القانوني لجائحة كورونا

تمهيد:
جائحة كورونا حدث مفاجئ لم يشهده العالم من قبل:

ظهر فيروس كورونا المستجد في مدينة وهان الصينية في ديسمبر ٢٠١٩ بصورة مفاجئة غير متوقعة، وانتقل أيضاً إلى دول العالم بطريقة مفاجئة وسريعة وغير متوقعة مخلفاً –ولايزال– وراءه الملايين من المصابين ، ومئات الآلف من الضحايا، ومؤثراً على مناحي الحياة كافة. وحتى الآن لم يتوصل العلم – بالرغم من الجهود المبذولة – إلى لقاح يعالجه ويقضي عليه .

وقد ثار السؤال حول الطبيعة القانونية لجائحة كورونا، هل تعد قوة قاهرة أم ظرف طارئ، ولا شك أن تحديد الطبيعة القانونية لجائحة كورونا يؤثر على طريقة تنفيذ الالتزامات، وكذلك تحديد المسئولية ومدى إمكانية الإعفاء منها. [١]

ولتحديد الطبيعة القانونية لجائحة كورونا نعرض لموقف القضاء والفقه والتشريع، ثم نتناول مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة بالنسبة لممارسة الحقوق والحريات وذلك في النقاط الآتية :

أولا- القضاء:

اعتبر القضاء في بعض الدول أن جائحة كورونا تعد من قبيل القوة القاهرة، ففي فرنسا وبتاريخ ٢٠٢٠/٣/١٢ صدر القرار رقم ٨٠ لسنة ٢٠٢٠ عن محكمة استئناف كولمار الفرنسية، الغرفة السادسة، حيث اعتبرت المحكمة أن «فيروس كورونا المنتشر عالمياً (COVID-19) يتصف فعليا «بالقوة القاهرة»، وأن الأوضاع التي نشهدها بسببه هي استثنائية، ولا يمكن مقاومتها . [٢]

وفي مصر:

اعتبرت محكمة القضاء الإداري في مصر– في حكمها محل هذا التعليق– أن فيروس كورونا المستجد يعد جائحة ويشكل «قوة قاهرة» حيث اجتاح العالم وشيدت المحكمة قراراها على أن «الحياة الإنسانية هي أغلى ما يمكن للحكومات والدول والمجتمعات والمؤسسات المحافظة عليها، فحفظ النفس يعد أول مقاصد الشريعة الإسلامية وسابقاً على حفظ الدين، درءاً لأيَّة تداعيات محتملة لفيروس كورونا المستجد.

وفي المغرب :

قضت محكمة القضاء المستعجل بمدينة الرباط بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١١ برفض سفر المحضون من المغرب للخارج في ظل الظروف الحالية التي قد تهدد صحته وحياته وتنعكس عليه بشكل سلبي، باعتبار أن الحق في حياة آمنة حق من حقوق الطفل، حياة صحية هانئة مستقرة، وأن لا ضرورة

---

١. تجدر الإشارة إلى أن الظرف الطارئ يمتاز عن القوة القاهرة بأنه لا يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام ، بل يجعل تنفيذ الالتزام مرهقا. للمزيد من التفصيل انظر ا. د سليمان الطماوي : الأسس العامة للعقود الادارية. دار الفكر العربي بدون تاريخ نشر ص ٧٠٣ .

٢. انظر في التعليق على هذا الحكم مقال بعنوان « وباء كورونا والقوة القاهرة : تعليق على قرار محكمة استئناف COLMAR للمحامي جان ثابت والمقال منشور بمجلة « محكمة « بتاريخ ٢٠٢٠/٥/١٦.

تستدعي السفر للعلاج أو غيره، وبالتالي تم رفض الطلب نظرا للخطر الذي يهدد حياة المحضون وصحته ومستقبله، وأن سفره قد يعرضه للخطر طبقًا لواقع الحال[١].

وفي لبنان :

أصدر قاضي التحقيق في محافظة لبنان الشمالي بتاريخ ٢٠٢٠/٤/١٥ قراراً قضائياً في قضية ترويج مخدرات، اعتبر بموجبه أن « فيروس كورونا «يشكل «قوة قاهرة» من جراء تعريض المواطنين، بمن فيهم نزلاء السجون، إلى خطر الإصابة بالعدوى المميتة، وأن هذا الأمر يختزن على المستوى الوطني حالة ضرورة تسمح للقاضي بما له من سلطة تقدير أن يتخذ تدابير وقائية لملائمة الأوضاع الخطرة المشكو منها، عبر تطبيق نص المادة (١٠٨) من قانون أصول المحاكمات الجزائية، وتخلية سبيل الموقوفين على الرغم من عدم اكتمال المهل المنصوص عنها في المادة المذكورة .» [٢]

ثانيا - في الفقه:

ذهب بعض الفقهاء الذين تعرضوا لبحث الطبيعة القانونية لفيروس كورونا « كوفيد -١٩» إلى اعتبار وباء كورونا قوة قاهرة كونه حادثًا خارجيًا فجائيًا غير متوقع الحدوث وغير ممكن دفعه، فضلاً عن كونه وباءً عالميًا واسع الانتشار عابر للقارات لا يعرف الحدود ولا المسافات، أصاب الكرة الأرضية بالشلل التام غرباً وشرقاً، شمالاً وجنوباً، وأجبر العالم على الحظر المنزلي والتباعد الاجتماعي أوقف مظاهر الحياة إلا ما تقتضيه الضرورة [٣].

ويرى الأستاذ الدكتور رجائي حسين الشتوي: «أنَّ وباء كورونا يعد قوة قاهرة لأنه سيكون السبب الرئيسي للقضاء بإعفاء أطراف العقود من أداء التزاماتهم المستحيلة أو الغير مقدور على تنفيذها»[٤]

ويرى البعض أنه من الواضح أن فيروس كورونا المستجد يصح وصفة بالقوة القاهرة، لكونه حادثًا عامًا شمل كافة دول العالم ولا يمكن توقعه أو درء نتائجه؛ لذلك من الممكن بشكل كبير قانوناً بالنسبة لبعض الأفراد أو الأنشطة التجارية أو الخدمية التي تضررت تضرراً مباشراً أن تتمسك بتوافر معيار القوة القاهرة كمبرر وسند لفسخ العقود من تلقاء نفسها [٥].

---

١. أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط بتاريخ ٢٠٢٠/٣/١١ مشار إليه لدى الأستاذ عبد المغيث الحاكمي في بحث بعنوان «دور القانون ولقضاء في الحد من تأثير فيروس كورونا على العلاقات التعاقدية، مجلة الباحث، عدد خاص بجائحة كورونا، كوفيد ١٩ العدد ١٧، ابريل ٢٠٢٠ ص ٤٦ .

٢. مشار إليه لدي د. محمود المغربي ، د. بلال صنديد :التكييف القانوني للجائحة « الكورونية « على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة ... بين صلابة المسلمات ومرونة الاعتبارات : دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – السنة الثامنة – ملحق خاص – العدد ٦، يونيو ٢٠٢٠ ص ٣٠ هامش ٢٠ .

٣. ا. د سحر عبد الستار إمام : جائحة كورونا وتداعياتها على المنظومة القضائية، مجلة الدارسات القانونية والاقتصادية، مرجع سابق ٢٠٢ ص ٦٣ .

٤. ا. د رجائي حسين الشتوي : آثار كورونا COVID -19 على الالتزامات التعاقدية، مجلة الدارسات القانونية والاقتصادية، جامعة السادات، المجلد ٦، عدد خاص بجائحة كورونا وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والاقليمية والدولية صيف ٢٠٢٠ ص ٥ .

٥. عبير أبو شماله : مقال بعنوان شروط «القوة القاهرة» هل تنطبق على فيروس كورونا منشور على موقع الخليج الاقتصادي بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٣٠ . ومن الآراء التي تعتبر جائحة كورونا قوة قاهرة ا. د يوسف عبيدات حيث يرى أن جميع شروط القوة القاهرة تنطبق

وأخيراً، يرى بعض الفقه أن فيروس كورونا المستجد يخضع إلى النظريتين (نظرية الظروف الطارئة – نظرية القوة القاهرة)، ويكون معيار خضوعه هو مدى تأثيره في العقد المراد تنفيذه، فإذا كان التأثير هو إرهاق أحد طرفي العقد إرهاقاً شديداً كأن تسبب في ارتفاع تكلفة الإنتاج أو زيادة أسعار الشحن بصورة مرهقة، فيعتبر هذا الوباء من قبيل الظروف الطارئة، أو تسبب في استحالة تنفيذ الالتزام كأن يصبح نقل الخامات مستحيلا بسبب غلق حدود بلد ما فإن الوباء يصبح قوة قاهرة[١] .

وفي البحرين يقول المستشار محمد المهزع «وإن كانت جائحة كورونا تعتبر حالة استثنائية عامة غير متوقعة، ليس للمتعاقد دخل في حدوثها ولا يمكن دفعها، إلا أن ما سبق غير كاف لتكييف الجائحة وآثارها بأنها قوة قاهرة أم ظرف طارئ، بل يجب الإضافة إلى ما سبق دراسة كل عقد على حده للتأكد من أن الجائحة تحققت في النطاق الزمني للعقد أي إبرامه وقبل انتهاء تنفيذه. كما يجب البحث فيما إذا كانت الجائحة هي السبب المباشر للخسارة غير العادية المرهقة للمتعاقد أو ترتب عليها استحالة التنفيذ. وأكد سيادته أن التكييف القانوني لواقعة بعينها ما إذا كانت قوة قاهرة أو ظرف طارئ هو من اختصاص السلطة القضائية وحدها [٢].

ويذهب رأي آخر إلى «أن هذا الوباء ظرف طارئ يجب إعمال فيه تخفيف الالتزامات لا طرحها بالكلية.»[٣]

ثالثا - التشريع:

ففي فرنسا:

أصدر وزير الاقتصاد والمالية الفرنسي بياناً بتاريخ ٢٨فبراير ٢٠٢٠ بأن وباء كورونا يعد قوة قاهرة وبالتالي فإن التأخير في التسليم للالتزامات طبقاً للمواعيد الوارد في العقود التي أبرمتها الدولة مع الشركات الصغيرة والمتوسطة الناتج عن اجتياح هذا الوباء لن يترتب عليها توقيع جزاءات لاعتبار هذا الوباء قوة قاهرة لم يكن في الإمكان توقعها ويستحيل دفعها، لأن الفيروس أو المرض لا يعد قوة قاهرة حينما يكون الوباء معروفاً أو متوطناً وليس مميتًا، وهذه الأوصاف لا تنطبق على فيروس كورونا ، فمازال تحت الدراسة ، وأضراره تجاوزت الحد المألوف، فضلاً عن سرعة انتشارها كالنار

على ظرف فيروس كورونا . انظر له بحث بعنوان» بعض صور الحماية القانونية في زمن جائحة كورونا « مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – السنة الثامنة – ملحق خاص – العدد ٦ ، يونيو ٢٠٢٠ ص ٥٧٠.

١. د. بكر طالب : أزمة تنفيذ العقود في ضوء جائحة كورونا المستجد، مجلة الدارسات القانونية والاقتصادية ،جامعة السادات، المجلد ٦، عدد خاص بجائحة كورونا وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والاقليمية والدولية صيف ٢٠٢٠ ص ٢٢.

٢. نقلا عن جريدة الوطن البحرينية في ٢٠٢٠/٧/١٤.

٣. مقال بعنوان « هل يعتبر فيروس كورونا من القوة القاهرة التي يتأثر بها العقد» للدكتور : محمد الكوهجي ، جريدة الايام البحرينية، العدد ١١٣٤٧ في ٢٠٢٠/٥/٢. وفي دولة مملكة البحرين – وعلى حد علم الباحث – لم يصدر أي تشريع أو قرار أو حكم من القضاء بشأن التكييف القانوني لجائحة كورونا، وما إذا كانت قوة قاهرة أو ظرف طارئ، وإن كانت بعض الآراء لا تميل إلى التعميم وترك الأمر للقضاء ليقول كلمته في كل حالة على حدة حسب الظروف والأحوال .

في الهشيم [١].

وفي مصر:

أصدر رئيس مجلس الوزراء القرار رقم ١٢٩٥ لسنة ٢٠٢٠ قراراً بوقف المواعيد الإجرائية الخاصة بالتظلمات الجوبية والدعاوي والطعون القضائية حيث نصت المادة الأولى من القرار على أنه «تعد الفترة من تاريخ ٢٠٢٠/٣/١٧ حتى تاريخ سريان قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٢٤٦ لسنة ٢٠٢٠ مدة وقف بالنسبة لمواعيد سقوط الحق والمواعيد الاجرائية الخاصة بالتظلمات والدعاوى والطعون القضائية وغيرها من المواعيد والآجال المنصوص عليها بالقوانين والقرارات التنظيمية.

ولا يسري حكم وقف سريان المواعيد على الآجال الخاصة بالحبس الاحتياطي والطعن في الأحكام الجنائية الصادرة في شأن الأشخاص المحبوسين تنفيذًا لتلك الأحكام.» [٢]

وبصدور هذا القرار من رئيس مجلس الوزراء فإنه يكون بذلك اعتبر جائحة كورونا قوة قاهرة. وتطبيقًا لذلك قضت محكمة النقض بأن مواعيد السقوط تقف بالقوة القاهرة التي لا إرادة للخصم فيها وتمنعه من القيام بالعمل الإجرائي في الميعاد المحدد له ويستمر وقف سريان الميعاد ما بقي ذلك الطارئ قائماً ومانعاً من اتخاذ الإجراء [٣].

رابعا - مدى اعتبار جائحة كورونا قوة قاهرة بالنسبة للحقوق والحريات العامة :

لا يُعد نظامٌ ما ديمقراطياً إلا إذا كفل لأفراده عدداً من الحريات الأساسية التي لا يقوم أي نظام ديمقراطي بها إلا عليها. فوجود الحريات وضمان تمتع الأفراد بها وممارستهم لها في جو ديمقراطي يسوده القانون هو الدليل على وجود نظام ديمقراطي حقيقي .

إن الحقوق والحريات العامة أساس ومحور أي مجتمع مستقر أو نظام عالمي مستقر وفعال، واحترام بل تقديس هذه الحريات بكل مضامينها السياسية والاقتصادية، والفلسفية، والثقافية، والاجتماعية وغيرها بأنها تعني أمراً واحداً أنه : الإنسان. محور وأساس وإطار المجتمع على مستوى الوحدة أو على مستوى العالم وبدون ذلك لا مجتمع ولا نظام عالمي . [٤]

---

١. نقلا عن الدكتورة سحر عبد الستار إمام :مرجع سابق، ص ٤٨ .

٢. الجريدة الرسمية العدد رقم ٢٦ مكرر (ب) بتاريخ ٢٠٢٠/٦/٢٩. .

٣. الطعن رقم ٤١١٠ لسنة ٨٢ ق جلسة ٢٠١٨/٥/١٤ مشار إليه لدي الدكتور سحر عبد الستار إمام، مرجع سابق ص ٤١.

وجدير بالذكر أن القضاء المصري قد استقر على وقف المواعيد القضائية في حال تعذر مباشرتها وأن العبرة ليست بوجود القوة القاهرة وإنما بأثرها هذا ما قررته المحكمة الإدارية العليا « مواعيد دعوى الإلغاء – قوة قاهرة – وقف الميعاد كأثر للقوة القاهرة مرده إلى أصل عام مقرر هو عدم سريان المواعيد في حق من يستحيل عليه لأسباب خارجة عن إرادته اتخاذ الإجراءات للمحافظة على حقه – الاستحالة المادية المترتبة على القوة القاهرة من مسائل الواقع التي تخضع لتقدير القاضي و يختلف هذا التقدير بحسب ظروف الحال – العبرة ليست بوقوع القوة القاهرة و إنما بالأثر الذى يمكن ترتيبه عليها من حيث إمكان قيام ذوى الشأن بالإجراء أو استحالة ذلك عليه.» المحكمة الإدارية العليا – الطعن رقم ٨٠٦ لسنة ٢٢ ق – جلسة ٢٤ / ١ / ١٩٨١ – مكتب فني ٢٦ – صـ ٣٧٢.

٤. ا. د محمد إبراهيم درويش ، ا. د إبراهيم محمد درويش :القانون الدستوري ، النظرية العامة، أسس النظام الدستوري المصري،

وقد جرت سنة الدول الديمقراطية على تقرير الحريات العامة في صلب دساتيرها، حرصًا منها على أن يكون لتلك الحريات قوة الدستور بما له من سمو في النظام القانوني، ولم يكتف الدستور المصري القائم بتضمين الحريات في صلبه والنص على أن لا تنظم إلا بقانون، وإنما أكد على عدم جواز الانتقاص منها حتى ولو بالقانون. [1] حيث أكدت المادة ٩٢ /٢من الدستور المصري القائم على أنه «ولا يجوز لأي قانون ينظم ممارسة الحقوق والحريات أن يقيدها بما يمس أصلها أو جوهرها.»[2]

فالدستور كفل الحريات العامة في مواجهة المشرع العادي نفسه، ودور المشرع في تنظيم الحقوق والحريات هو كفالتها في الحدود الموضوعية على النحو الذي يُمكّن الأفراد من ممارستها بطريقة فعالة.

لكن قد تحدث ظروف أو أحداث استثنائية غير متوقعة مثل الحروب أو الأوبئة أو الزلازل تجعل ممارسة الأفراد لبعض الحريات مستحيلًا، وتُحتم على السلطات تعليق ممارسة الأفراد أو المواطنين لحرياتهم أو حرمانهم منها بصفة مؤقتة؛ وذلك بهدف المحافظة على هدف أسمى ومصلحة أولى بالرعاية. فهل تشكل هذه الظروف الاستثنائية قوة قاهرة تعفي الدولة من مسئوليتها الدستورية بكفالة الحريات العامة ؟

ويرى الباحث أن جائحة كورونا تنطبق عليها وصف القوة القاهرة حيث نجد أن هذا الفيروس قد ظهر فجأة وبصورة غير متوقعة في مدينة ووهان في دولة الصين في أواخر عام ٢٠١٩، ومنها انتشر بصورة سريعة وغير متوقعة أيضا في أنحاء العالم مخلفاً وراءه ملايين المصابين ومئات الآلاف من الضحايا. وحتى الأن لم يتوصل العالم – برغم المحاولات المستمرة – إلى علاج لهذا الفيروس. وبالتالي يتوافر في هذه الجائحة صفة القوة القاهرة من حيث عدم إمكان التوقع فلم يتوقع أحد ظهور هذا الفيروس ولم يُتوقع انتشاره بهذه الصورة السريعة، وكذلك استحالة الدفع ، فحتى الآن لم يستطع العالم دفع هذا المرض بالعلاج المناسب .

القاهرة، الهيئة العامة للكتاب ،٢٠١٩ ص ١٩١.

١. د. محمد عبد الجليل المر :حق تكوين الجمعيات الأهلية الضوابط الدستورية (للنشأة – لممارسة النشاط – للانقضاء) دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية ٢٠٢٠ ص ٢.

٢. أكدت المحكمة الدستورية البحرينية – وتواتر قضاءها – على أن تنظيم المشرع للحقوق والحريات العامة مقيد بعدم المساس بجوهرها أو الانتقاص منها، وعدت الانتقاص من الحقوق والحريات أمراً مخالفاً للدستور، فقررت في حكم لها في ٢٠١٤/٧/٢ «وحيث إنه من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن المادة «٣١» من الدستور، إذ اقتضت الآتي «لا يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون، أو بناءً عليه. ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية»، وقد دل ذلك على أن جوهر سلطة المشرع في تنظيم الحقوق يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة التي تتصل بالموضوع محل التنظيم موازناً بينها ومرجحاً ما يراه أنسبها لمضمونها وأجدرها بتحقيق مصالح الجماعة واختيار أصلحها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم. إلا أن ممارسة هذه السلطة مقيدة بضوابط الدستور وحدوده والتي تعد سياجاً لا يجوز اقتحامه أو تخطيه، فإذا ما عهد الدستور إلى أي من السلطتين التشريعية أو التنفيذية بتنظيم موضوع معين، كان لزاماً على القواعد القانونية التي تصدر عن أي منهما في هذا النطاق ألا تنال من جوهر الحقوق أو الحريات التي كفلها الدستور، سواء بنقضها من أساسها، أو بانتقاصها من أطرافها. وإلا كان ذلك بمثابة عدوان على مجالاتها الحيوية. انظر تعليق على هذا الحكم د. مروان المدرس، مقال في جريدة الوطن في ٢٠١٧/٩/٢٨.

وبالتالي فإن عدم استطاعة الدولة كفالة الحريات العامة في هذه الظروف الاستثنائية له ما يبرره، بل أن الإجراءات والتدابير الاحترازية التي قامت السلطات باتخاذها لمكافحة الجائحة والتي أثرت بلا شك على ممارسة الأفراد لحرياتهم، وأدت إلى تقييدها كانت بهدف مشروع وغاية سامية هي الحفاظ في الحق في الحياة والصحة العامة .

فعلى سبيل المثال – في الواقعة محل التعليق– التي تتعلق بالحرية النقابية التي أعلى الدستور شأنها إذ نصت المادة ٧٦ من الدستور المصري القائم على « إنشاء النقابات المهنية وإدارتها على أساس ديمقراطي، وتكون لها الشخصية الاعتبارية، وتمارس نشاطها بحرية، وتسهم في رفع مستوى الكفاءة بين أعضائها والدفاع عن حقوقهم، وحماية مصالحهم .

وتكفل الدولة استقلال النقابات والاتحادات، ولا يجوز حل مجالس إدارتها إلا بحكم قضائي، ولا يجوز إنشاء أي منها بالهيئات النظامية .»

وتنص المادة ٧٧ من الدستور « ينظم القانون إنشاء النقابات المهنية وإدارتها على أساس ديمقراطي، ويكفل استقلالها ويحدد مواردها، وطريقة قيد أعضائها، مساءلتهم عن سلوكهم في ممارسة نشاطهم المهني، وفقاً لمواثيق الشرف الأخلاقية والمهنية ومساءلتهم ولا تنشأ لتنظيم المهنة سوى نقابة واحدة. ولا يجوز فرض الحراسة عليها أو تدخل الجهات الإدارية في شؤونها، كما لا يجوز حل مجالس إدارتها إلا بحكم قضائي، ويؤخذ في مشروعات القوانين المتعلقة بها.»

وفي مملكة البحرين حرص الدستور البحريني على كفالة حرية النقابات فنصت المادة ٢٧ منه على أنه « حرية تكوين الجمعيات والنقابات، على أسس وطنية ولأهداف مشروعة وبوسائل سلمية، مكفولة وفقا للشروط والأوضاع التي يبينها القانون، بشرط عدم المساس بأسس الدين والنظام العام. ولا يجوز إجبار أحد على الانضمام إلى أي جمعية أو نقابة أو الاستمرار فيها»

فالدستور – في مصر والبحرين – أعلى من شأن الحرية النقابية كقيمة كحق دستوري . ووضع المشرع الدستوري المصري عدة ضوابط دستورية ترسخ وجودها، فأكد على أن إنشاء النقابات يكون على أساس ديمقراطي، وأكد أيضاً على مبدأ حرية النشاط وعدم جواز تدخل الجهات الإدارية في شئونها ، كما ألزم الدولة بكفالة استقلالها ، وعدم جواز حل مجالس إدارتها إلا بحكم قضائي.

وقد تواتر قضاء المحكمة الدستورية العليا على أهمية الحرية النقابية فقالت فقضت « وحيث أن قضاء هذه المحكمة قد تواتر على أن الديمقراطية النقابية التي كرسها، وأقام صرحها نص المادة (٥٦) من الدستور (دستور ١٩٧١) ، تحتم أن يكون التنظيم النقابي قائمًا وفق مقاييس ديمقراطية يكون القانون كافلاً لها، توكيدًا لأهمية وخطورة المصالح التي تمثلها، وعمق اتصالها بالحقوق المقررة قانوناً لأعضائها ... كما أنّ الديمقراطية النقابية تعتبر مفترضًا أوليًا لوجود حركة نقابية تستقل بذاتيتها ومناحي نشاطها، وبها يكون العمل النقابي إسهاماً جماعيًا في المجتمع المدني، متى كان هذا العمل منفتحاً لكل الآراء، قائماً على فرص حقيقية لتداولها وتفاعلها، بما يوفق بينها قدر

الامكان أو يبدلها بغيرها، فلا يكون العمل النقابي إملاء أو التواء بل تراضيًا والتزاماً، وإلا كان مجاوزاً للحدود التي ينبغي أن يترسمها « [1].

وحيث إن إجراء الانتخابات النقابية وما يتفرع عنها من حقوق الترشح والاقتراع لاختيار أعضاء مجلس إدارة النقابة يعتبر من أهم وسائل الديمقراطية النقابية فلا يجوز تعطيلها إلا في حالة الضرورة وبالقدر الذي تستلزمه حالة الضرورة، ومن أمثلة حالة الضرورة التي يجوز معها وقف العملية الديمقراطية النقابية حالة الحرب ، الوباء ، الزلازل ...

وبالتالي فإن قيام محكمة القضاء الاداري في حكمها –محل التعليق– بتأييد قرار النقيب العام لأطباء الأسنان بوقف الانتخابات في ظل انتشار جائحة كورونا وما تمثله من خطر على الصحة العامة للمواطنين يكون قد صدر صحيحاً موافقا للدستور والقانون، خاصة أنه تعليق مؤقت ومرتبط بظروف معينة خارجة عن الإرادة، ولا يمكن دفعها، وأن حفظ النفس البشرية مصلحة أولى بالرعاية. لكن تعليق ممارسة الحريات العامة في الظروف الاستثنائية لا يجوز أن يتم دون حدود أو قيود على السلطات العامة حتى لا تستغل تلك الظروف في التقييد على الحريات العامة وتكون تلك الظروف أداة للتعسف والاستبداد، وهو ما نوضحه في البند التالي.

١. المحكمة الدستورية العليا : القضية رقم ١٩٨لسنة ٢٣ قضائية «دستورية « جلسة ٢٠١١/١/٢ الجريدة الرسمية العدد الاول مكر في ٢٠١١/١/٨ .

خامسا: حدود تقييد الحريات العامة في ظل جائحة كورونا:

لا شك أننا إزاء كارثة صحية عالمية، وكان أمرا مقضيًا على الدول والحكومات أن تتدخل لحماية مواطنيها من خطر هذه الكارثة الصحية العالمية، ولكن لكي يكون التدخل مشروعاً – في ظل هذه الظروف الاستثنائية – لابد للسلطات في إطار ممارستها لسلطاتها التقديرية في حماية النظام العام مراعاة عدد من المبادئ الدستورية الهامة التي تضبط تصرفاتها[1]، ذلك ليس معنى أننا نعيش في ظرف استثنائي أن تتحلل السلطات من القيود والضوابط القانونية، أو تتصرف كما تشاء، وإنما يجب أن تخضع لضوابط قانونية تحد من إطلاق سلطاتها وتكون تخوماً لا يجوز لها أن تتجازوها؛ ذلك أنه وفقًا ل»مبادئ سيراكوزا» التي اعتمدها المجلس الاقتصادي والاجتماعي التابع للأمم المتحدة عام ١٩٨٤. والتعليقات العامة للجنة حقوق الإنسان التابعة للأمم المتحدة بشأن حالات الطوارئ وحرية التنقل، فإن كل القيود التي تفرض في بعض الحالات – ومنها الصحية – على حقوق وحريات الأفراد يجب أن تكون مُحدَدة ومُطبّقة بما يتماشى مع القانون، موجهة نحو هدف مشروع للمصلحة العامة، ضرورية للغاية في مجتمع ديمقراطي لتحقيق هدف معين، مستندة إلى أسس علمية، وليست تعسفية أو تمييزية عند التطبيق، محددة زمنياً، وتحترم كرامة الإنسان لأسباب تتعلق بالصحة العامة أو الطوارئ الوطنية إلا وفقا لهذه المبادئ، فكل التدابير والإجراءات التي تتخذها الحكومات لمكافحة فيروس كورونا والتي تقيد الحقوق والحريات العامة للمواطنين ينبغي أن تكون ضرورية ولازمة ومتناسبة وغايتها تحقيق المصلحة العامة.

وإذا كانت نصوص الدستور كفلت الحقوق والحريات العامة، وحظرت المساس بها أو بما من شأنه تعطيلها، إلا أن الدستور ذاته منح الحكومة سلطة تقييدها بمقتضى لوائح الضبط الاداري التي بلا ريب تتضمن قيودا على الحريات والحقوق العامة، باعتبارها سلطة استثنائية لا يجوز إعمالها إلا في الحدود التي رسمها الدستور وفي ضوء المبادئ الدستورية العامة مثل مبدأ الضرورة والتناسب، وأن يكون الهدف من تلك القيود دائما هو تحقيق الصالح العام.

وتخضع دائما تلك القرارات التي تتخذها سلطات الضبط الاداري لرقابة القضاء الاداري لوزنها بميزان المشروعية. ورقابة القضاء الاداري على – قرارات الضبط الإداري- نظرا لخطورتها على الحقوق والحريات العامة، لا تقف عند حد البحث في شرعية الإجراء، إنما تبسط رقابتها للتحقق من ملاءمته، من ناحية صحة الوقائع التي استندت إليه الإدارة لتبرير قرار الضبط وصحة التكييف القانوني لهذه الوقائع، ومدى التناسب بين القرار والأسباب التي استند إليها القرار (الظروف

---

١. تعرف عرفت المحكمة الدستورية العليا السلطة التقديرية في حكمها « وحيث إن المقرر في قضاء هذه المحكمة أن سلطة المشرع في تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ما لم يقيدها الدستور بضوابط معينة، وكان جوهر السلطة التقديرية يتمثل في المفاضلة التي يجريها المشرع بين البدائل المختلفة لاختيار ما يقدر أنه أنسبها لمصلحة الجماعة وأكثرها ملاءمة للوفاء بمتطلباتها في خصوص الموضوع الذي يتناوله التنظيم « حكمها في القضية رقم ١٦٠ لسنة ٣٦ ق .د جلسة ٢٠١٦/١٢/٣، الجريدة الرسمية العدد٥٠ (تابع) في ٢٠١٦/١٢/١٥. وانظر أيضا حكمها في ٢٠٠٥/٨/٥، القضية رقم ٢ لسنة ٢٠ قضائية .»دستورية».

الواقعية التي تهدد النظام العام).

إذن، فإن سلطات الضبط سواء أكانت ضبط – تشريعي أو إداري – ليست طليقة من أي قيود عند تنظيمها للحريات العامة في الظروف الاستثنائية؛ وإنما تلتزم بعدد من المبادئ الدستورية العامة، والتي من أهمها في هذه الظروف مبدأي الضرورة والتناسب.

أولا: مبدأ الضرورة:

عند الكلام عن القانون في مجمله، فهناك مبادئ عليا حاكمة، لا يمكن التلاعب في وجودها أو معناها؛ لأنها تسمو في مرتبتها على كل قانون ولو كان مكتوباً، تأكيدا وتوطيدا لحقوق الإنسان ولقيمة العدل – الذي تزهر به الامم – وأطره ومفاهيمه .... [١]

مبدأ أو نظرية الضرورة مبدأ عام أو نظرية عامة لها تطبيقاتها في فروع القانون كافة، وتتقيد بها السلطات العامة في الظروف العادية والظروف الاستثنائية، وتطبيقها في الظروف الاستثنائية أولى.

ويعتبر مبدأ الضرورة من المبادئ الدستورية العامة، وهي مبادئ عامة غير مقننة يستنبطها القضاء من المقومات الأساسية للمجتمع وقواعد التنظيم القانوني في الدولة، ويقررها في أحكامه باعتبارها قواعد قانونية ملزمة. وعلى هذا الأساس تعتبر هذه المبادئ من عناصر المشروعية، بحيث يتحتم على السلطات العامة الالتزام بها، وتعتبر الاعمال الصادرة عنها بالمخالفة لأحد هذه المبادئ باطلة لخروجها على مبدأ المشروعية[٢].

فالفقه الحديث في مصر بات يسلم بهذه المبادئ ودورها في المجال الدستوري حيث يؤكد أن الواقع العملي يشير إلى أن «القاضي يستعين بهذه المبادئ ليؤول نصوص الدستور إذا تحملت التأويل، أو أنه يعتمد في تطبيقه لهذه المبادئ على صمت الدستور أو عدم وجود نص صريح يعارضها، فيطبق هذه المبادئ باعتبارها أصلا عاماً أو قاعدة واجبة الإتباع»[٣].

فهذه المبادئ مستقرة في الفطرة الإنسانية السليمة، تأبى القيم الإنسانية الخروج على مقتضياتها، أو التجاوز عما تقرره، لذلك فهي تعبر عن قيم مستقرة في ضمير الأمم المتحضرة جميعها.

وأكدت المحكمة الدستورية العليا في مصر على مبدأ الضرورة في العديد من أحكامها، واستقر قضاؤها على التزام السلطات العامة بهذا المبدأ، واعتبرته قيداً على المشرع في التشريع ، وقيدا على الإدارة في التنفيذ ،حيث أعملت المحكمة هذا المبدأ في أخطر مجالات عمل السلطات وهو التشريع وخاصة في مجال الحقوق والحريات العامة حيث فرضت المحكمة مبدأ الضرورة كأساس لنشأة التجريم أو تقييد الحريات العامة.

---

١. حكم محكمة استئناف القاهرة في الدعوي رقم ٣٩ لسنة ١٣٠ قضائية، تحكيم الصادر بجلسة ٢٠٢٠/٦/٣ منشور على شبكة القوانين والأحكام المصرية على الانترنت .

٢. انظر في تعريف المبادئ العامة للقانون وأساسها القانوني وقوتها القانونية أ.د سامي جمال الدين : تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الاسلامية ، الاسكندرية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ٢٠١٣ ص ٩٩ .

وانظر أيضا في تعريفها أ.د سمير تناغو : النظرية العامة للقانون ، الاسكندرية ،منشأة المعارف ١٩٩٩ ص ٢٤٦ وما بعدها.

٣. د. محمد ماهر أبو العينين : الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته ،١٩٨٧ ، ص ٤٣١ وما بعدها .

وجاء في حكم المحكمة:

«أن حقوق الإنسان وحرياته لا يجوز التضحية بها في غير ضرورة تمليها مصلحة اجتماعية لها اعتبارها...»[١]

وفي قضاء مجلس الدولة المصري، رسخت هذا المبدأ محكمة القضاء الإداري في بواكير أحكامها حيث قررت» ويتبين من ذلك ومن تقصي الأعمال التحضيرية للدستور أن سلطة الحكومة هي قيد استثنائي وارد على أصل حق يعد إحدى الحريات العامة فيجب والحال هذه أن يُفهم القيد المذكور في أضيق حدوده، فلا تستعمله الحكومة إلا للضرورة القصوى وذلك عندما تقوم لديها أسباب حقيقية لها سند من الواقع ..»[٢]

وقضت أيضا « إذا جاز لجهة الإدارة في الظروف الاستثنائية أن تتخذ من التدابير السريعة ما من شأنه المساس بتلك الحريات على وجه لا يجوز لها مباشرته في الظروف العادية ، إلا أن التصرف أو التدبير الذي تتخذه في هذا الشأن يلزم أن يكون ضروريا لمواجهة حالات معينة من دفع خطير جسيم يهدد الأمن والنظام باعتباره هذا التصرف أو التدبير هو الوسيلة الوحيدة لمنع هذا الخطر».[٣]

ولقد أخذت المحكمة الإدارية العليا بذات القاعدة فتقول فجاء في حكمها الصادر في ١٩٦٢/٤/١٤ بأن «حماية مبدأ المشروعية تتطلب أولا وقبل كل شيء العمل على بقاء الدولة، الأمر الذي يستتبع تخويل الحكومة استثناء في حالة الضرورة من السلطات ما يسمح لها باتخاذ الإجراءات التي يتطلبها الموقف، ولو خالفت في ذلك القانون بمدلوله اللفظي ما دامت تبغي بذلك العام، غير ان سلطة الحكومة في هذا المجال ليست ولاشك طليقة من كل قيد، بل تخضع لأصول وضوابط ، فيجب أن تقوم حالة واقعية أو قانونية تدعو إلى التدخل، وأن يكون تصرف الحكومة لازما لمواجهة هذه الحالة بوصفه الوسيلة الوحيدة لمواجهة هذا الموقف.» [٤]

وقد استقر القضاء الإداري على هذا النهج في ضرورة خضوع قرارات وتصرفات سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية لمبدأ الضرورة كما سنبين لاحقا في حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٠٢٠/٨/١٨.

وفي البحرين جاء في حكم المحكمة الدستورية العليا أن «أن نظرية الضرورة تعتبر قيداً على مبدأ سمو الدستور تبيح الخروج على أحكامه في أي وقت ترى فيه السلطة توافر حالة الضرورة وإلى أي

---

١. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بتاريخ ١٢ فبراير ١٩٩٢ في القضية رقم ١٠٥ لسنة ١٢ قضائية «دستورية « الموسوعة الدستورية ، مرجع سابق ، المجلد الثاني ، ص ٥٢٢ .

٢. حكم محكمة القضاء الاداري في ١٩٥١/٧/٣١ في القضية رقم ١٣٢٠ لسنة ٥ ق والحكم منشور في كتاب « دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة « الجزء الاول . للمستشار الدكتور : فاروق عبد البر ص ٣٣٧ .

٣. حكم محكمة القضاء الاداري في القضية رقم ٨٦٩ لسنة ١٤ ق، والصادر بجلسة ١٩٦١/٢/١١، مشار إليه لدي الدكتور: عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده ، القاهرة ، الهيئة العامة للكتاب ، ١٩٩٥ ، ص ٤٠٤ .

٤. حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم ٩٥٦لسنة ٥ق، والصادر بجلسة ١٩٦١/٤/١٤ ، مشار إليه لدي الدكتور : عادل أبو الخير ، الضبط الإداري وحدوده ، المرجع السابق ، ص ٤٠٥ .

مدى تعتبره السلطة مطلوباً، أي مهما كانت درجة التقييد والتعدي على الحقوق الأساسية والحريات العامة التي نص عليها الدستور، حيث قال الحكم بكل صراحة ووضوح: «وحيث إن نظرية الضرورة تعتبر قيداً على مبدأ سمو الدستور، إذ تجد هذه النظرية مجالاً لتطبيقها في الظروف الاستثنائية، التي قد تمر بها الدولة من خلال مواجهتها لأخطار أو أزمات تهدد سلامة المجتمع والأفراد والجماعات التي تعيش في ظله، ما يوجد مبرراً للسلطة العامة الحاكمة في الخروج على تلك القيود والضوابط القانونية، المتمثلة في مجموعة القواعد الدستورية والقانونية المطبقة في الظروف العادية، ويحق لهذه السلطة – نتيجة لذلك – اتخاذ الإجراءات اللازمة لمواجهة الظروف الطارئة» [1].

فحالة الضرورة هي الحالة الواقعية التي تمثل ركن السبب التي يتم على أساسها تقييد الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، ويخضع قيام حالة الضرورة وتوافر شروطها لتقدير القضاء، ولا يجوز أبدًا أن تستقل سلطات الضبط بتقدير قيام حالة الضرورة التي تبرر لها تقييد الحقوق والحريات العامة، بل يخضع تقديرها دائما لرقابة القضاء.

ومقتضى حالة الضرورة ألا تتخذ سلطات الضبط أي إجراءات أو تدابير لتقييد الحريات العامة إلا للحفاظ على مصلحة أولى بالرعاية مثل حفظ النفس والصحة، وبالقدر اللازم أو في الحدود الضرورية للحفاظ على تلك المصلحة الأولى بالرعاية. ويترتب على ذلك إن أي إجراءات تجاوز حالة الضرورة أو تكون غير مناسبة لحماية المصلحة الأولى بالرعاية تكون غير مشروعة، ومخالفة للدستور والقانون.

وفي تطبيق حديث وعملي على بطلان وحظر التقييد المطلق للحرية لانتفاء حالة الضرورة، قررت المحكمة الدستورية الالمانية: عدم جواز فرض حظر شامل على إقامة الشعائر الدينية شريطة اتباع إجراءات احترازية لمنع انتشار الفيروس.»

وقد ألغت المحكمة الدستورية في ألمانيا – في ٢٠٢٠/٤/٢٩ – الحظر الشامل المفروض على إقامة الشعائر الدينية أثناء أزمة تفشي فيروس كورونا والذي فرضته السلطات الألمانية منذ منتصف مارس الماضي في إطار خطتها لاحتواء جائحة فيروس كورونا. وقالت وجاء في حكم المحكمة إن ثمة استثناءات عديدة يمكن تقريرها على مبدأ الحظر إذا اتُخذت احتياطات كافية لتجنب العدوى. وقد أصدرت المحكمة قرارها السابق في سياق نظرها لاستئناف رفعته الرابطة الإسلامية- في إحدى الولايات الألمانية الشمالية- والتي كانت ترغب في السماح لها بإقامة صلاة الجمعة في الأسابيع المتبقية من شهر رمضان. واستندت المحكمة في قرارها السابق إلى القول بأنه «بالنظر إلى الانتهاك الخطير الذي يمثله الحظر الشامل للشعائر الدينية على الحرية الدينية» فإنه لم يعد مستساغاً تقبل فكرة عدم إمكانية إيراد بعض الاستثناءات على هذا الحظر. وشددت المحكمة على ضرورة اتباع إجراءات احترازية معينة: مثل تحديد عدد المصلين على نحو يتناسب مع المكان المخصص

١. حكم المحكمة الدستورية البحرينية في ٢٠١٢/١/٢٥ والمنشور في الجريدة الرسمية في العدد رقم ٣٠٣٦ بتاريخ ٢٦ يناير ٢٠١٢.

لإقامة الشعائر، احترام قواعد التباعد الاجتماعي، ارتداء الأقنعة الواقية، وضع علامات تضمن عدم التقارب بين الاشخاص، وغير ذلك من الاجراءات الضرورية لتجنب العدوى.

والمستفاد من هذا الحكم أنه في حالة إمكانية وجود بدائل يمكن تطبيقها وتحافظ على حياة ممارسي الحرية وسلامتهم، فلا يجوز فرض الحظر الشامل والحرمان من ممارسة الحرية بصفة مطلقة لانتفاء حالة الضرورة[١].

ثانيا: مبدأ التناسب:

من المبادئ الدستورية الهامة التي ينبغي على السلطات العامة أن تراعيها وأن تلتزم بها عند اتخاذ الاجراءات والتدابير الاحترازية لمواجهة انتشار فيروس كورونا المستجد مبدأ التناسب، وهو مبدأ مكمل ومتمم للمبدأ السابق، حيث يجب عليها أن تكون الاجراءات والتدابير ضرورية ومتناسبة مع حالة الخطر، فأي إجراء أو تدبير يخل بمبدأ التناسب سيكون مخالفاً للدستور والقانون.

وقد أشارت إلى أهمية مراعاة مبدأ التناسب مفوضة الأمم المتحدة لحقوق الانسان ميشيل باشليه حيث أكدت على أن «الإجراءات الاستثنائية يجب أن تكون متناسبة وغير تمييزية ومحددة «زمنيا» وأن تخضع لرقابة برلمانية وقضائية مناسبة». وأكدت «من الواضح أن إطلاق النار على شخص خرق حظر التجول بحثاً عن طعام أو إيداعه السجن وممارسة العنف بحقه غير مقبول وغير مشروع»، دون أن تذكر اسم البلد الذي حصل فيه ذلك[٢].

هذا، وقد قررت السلطات إجراءات استثنائية لمواجهة تفشي جائحة كورونا، وقررت عقوبات على مخالفة تلك الاجراءات ، فمثلا مخالفة قرار حظر التجول ، مخالفة حظر التجمعات، فتح النوادي والمقاهي وغيرها، كل هذه الأمور يترتب عليها عقوبات تختلف من بلد لآخر. فمصر مثلا قررت معاقبة من يخالف قرارات حظر التجول بعقوبة الحبس وبغرامة لا تجاوز أربعة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين.

فينبغي أن تتقيد الاجراءات والعقوبات بمبدأ التناسب.

ومبدأ التناسب على هذا له وجهان:

الوجه الأول: هو ألا تكون العقوبة أو الجزاء المقرر على المخالفة مفرط إلى حد الشطط الذي تتأذى منه العدالة.

الوجه الثاني: وهو ألا يكون الجزاء المقرر واهيًا لا يحقق ردعًا للمخالفين، ولا يتحقق به أهداف العقاب.

---

١. انظر عكس ذلك ، رفض المحكمة العليا الامريكية طعن أقامته إحدى الكنائس في ولاية كاليفورنيا ضد إجراءات الإغلاق لمواجهة انتشار فيروس كورونا ، وبصفة خاصة القيود المفروضة على التجمعات العامة. واستندت المحكمة في حيثيات حكمها أن القيود المفروضة تبدو متسقة مع التعديل الأول « للدستور الامريكي الذي يكرس حرية الدين والتجمع السلمي ، كما توجد قيود مماثلة ، وربما أشد قسوة على التجمعات المدنية المناظرة ، بما في ذلك المحاضرات ، والحفلات الموسيقية ، وعروض الافلام والعروض الرياضية والمسرحية، حيث تلتقي تجمعات كبيرة من الناس في تقارب لمدد طويلة .

٢. تصريحها المنشور على موقع فرانس ٢٤ والمنشورة في بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٢٧ .

ويعد مبدأ التناسب تجسيدًا حقيقياً لفكرة العدالة، فعندما يسود هذا المبدأ في كافة الأعمال القانونية التي تقوم بها السلطات العامة يتحقق الشعور بالعدالة والرضا من كافة المخاطبين بالقانون.

ويشكل التناسب أحد المبادئ العامة للقانون التي تجسد أفكار العدالة والإنصاف والمعقولية – كما يعكس ضرورة توافر الملاءمة في الاجراءات التي تتبناها الدولة – والتي تنطوي في الغالب على تقييد للحقوق والحريات المكفولة دستوريًا – بغرض تحقيق هدف مشروع. ويجد هذا المبدأ تكريسًا صريحًا له، ليس فقط في الوثائق القانونية للاتحاد الأوروبي، ولكن في العديد من الدساتير الوطنية. ويتسع نطاق تطبيق هذا المبدأ، بحيث لم يعد يقتصر على التطبيق في حالة تقييد ممارسة أو حريات معينة، ولكن في سياق ممارسة الدولة لسلطاتها بصورة عامة[١].

ومبدأ التناسب من المبادئ الدستورية العامة الذي له صدى في فروع القانون كافة، لذلك نجد هذا المبدأ في نطاق القانون الدستوري، القانون الاداري، القانون الجنائي، القانون المدني. كما أن هذا المبدأ من المبادئ المستقرة عليها في الأمم المتحضرة حيث «يجد مبدأ التناسب تكريسًا له، صريحًا أو ضمنيًا، سواء في الآليات القانونية الدولية أو في العديد من دساتير الدول الديمقراطية، ففي رومانيا على سبيل المثال، ينص الدستور صراحة على مبدأ التناسب صراحة في المادة (٥٣)، كما توجد العديد من النصوص الأخرى التي تشير إلى هذا المبدأ ضمنًا. ويشير العديد من الكتاب إلى أن مبدأ التناسب أضحى يشكل أحد المبادئ العامة للقانون العام في معظم الدول الأوربية» [٢].

ويترتب على القيمة الدستورية لمبدأ التناسب التزام كافة السلطات العامة به في كافة ما تباشره من اختصاصات. فتلتزم به السلطة التشريعية فيما تصدره من تشريعات، وتلتزم به السلطة التنفيذية فيما تصدره من لوائح وقرارات فردية، وتلتزم بتطبيقه السلطة القضائية فيما تصدره من أحكام.

ومن التطبيقات الحديثة لمبدأ التناسب ما قرره مجلس الدولة الفرنسي بشأن الإجراءات التي اتخذتها الحكومة الفرنسية من فرض حظر شامل على حرية العبادة حيث ألغى المجلس تلك القرارات؛ لأن الحظر العام والمطلق غير متناسب مع الهدف المتمثل في الحفاظ على الصحة العامة لذلك أمر مجلس الدولة الحكومة الفرنسية بإعادة فتح دور العبادة، ورفع الحظر الشامل عن التجمعات المفروض على خلفية فيروس كورونا المستجد، مطالبا بالالتزام بالتجمع في مجموعات صغيرة، وجاء في حيثيات قرار المجلس أن «حظر الحكومة ينتهك بشكل خطير وواضح حرية العبادة ... وقرر أن الحظر العام والمطلق غير متناسب مع الهدف المتمثل في الحفاظ على الصحة العامة .. لذا يجب اتخاذ إجراءات أقل صرامة»[٣].

---

١. أ.د وليد الشناوي: التطورات الحديثة للرقابة على التناسب في القانون الإداري: دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة ، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية العدد ٥٩ ، أبريل ٢٠١٦ ص ٤١٥.

٢. للمزيد من التفصيل انظر ا.د وليد الشناوي : التطورات الحديثة للرقابة على التناسب في القانون الإداري: المرجع السابق، ص ٤١٥ وما بعده.

٣. جريدة الشروق المصرية في ٢٠٢٠/٥/١٩ .

وفي ذات السياق وفي ٦/٥/ ٢٠٢٠ قررت المحكمة الدستورية الرومانية عدم دستورية الغرامات المفروضة على مخالفي إجراءات الإغلاق التي تستهدف الحد من انتشار فيروس كورونا بسبب إفراطها (عدم تناسبها) وغموض النص التشريعي الذي تستند إليه.

إذاً، مبدأ التناسب أضحى من المبادئ الدستورية العامة المستقر عليها في الأمم المتحضرة، وهو» من الأحكام الأساسية في الفكر الإنساني، الفلسفي والسياسي والقانوني، وبدون التناسب والتوازن لن تكون هناك إمكانية لاستمرار الحياة المشتركة التي يتقاسمها البشر، ولن تكون هناك إمكانية لاستمرارية الدولة كتنظيم سياسي واجتماعي وقانوني، واستمرار هيئاتها وأجهزتها وسلطاتها».[١]

فالتوازن بين الحقوق والحريات، وسائر القيم الدستورية المتمثلة في حقوق وحريات الغير أو المصلحة العامة؛ يجب أن تتم وفقا للضرورة الاجتماعية والتناسب. وكلامها من واد واحد؛ فالضرورة لابد أن تقدر بقدرها. ومن هنا التناسب، ولا إلا بالقدر الضروري. وهكذا فإن ضابط الضرورة والتناسب، يحكم مبدأ أو نطاق تدخل المشرع لتقييد الحقوق والحريات التي تعد أصلا عاما لا يجوز المساس به بغير ضرورة وتناسب. [٢]

ولأهمية مبدأ التناسب كأداة لتحقيق العدالة فقد جعلته المحكمة الدستورية العليا المصرية أساسًا لشرعية أي جزاء سواء كان جزاءً جنائيًا أم تأديبياً أم مدنياً، فمبدأ التناسب – وفق تصوير المحكمة – هو الضمانة لشرعية الجزاءات بحيث يؤدي تخلفه إلى فقدان أساس وجودها وشرعيتها فقد قررت المحكمة: «وحيث إن قضاء هذه المحكمة قد جرى على أن شرعية الجزاء، جنائيا كان، أو مدنيا، أو تأديبيا، مناطها، أن يكون متناسبا مع الأفعال التي أثمها المشرع، أو حظرها، أو قيد مباشرتها....»[٣]

وفي البحرين [٤] اعتنق القضاء من خلال الدائرة الإدارية مبدأ التناسب وذلك في حكمها الصادر بتاريخ ٢٠٠٤/١٢/٢٧ في مجال التأديب والذي جاء فيه «يتعين أن يكون الجزاء الموقع من قبل جهة الإدارة يتناسب مع الجرم الذي يقع من الموظف العام كشرط لمشروعية الجزاء، إذ أن السلطة

---

١. ا.د جورجي شفيق زيدان : رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة في بعض الأنظمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، العدد ٦٦ أغسطس ٢٠١٨ ص ١٧٣ ،١٧٤.

٢. ا.د أحمد فتحي سرور : القانون الجنائي الدستوري ، دار الشروق ٢٠٠٢ ، الطبعة الثانية ، ص : ١٧٥.

٣. حكم المحكمة الدستورية العليا الصادر في ٥ ديسمبر ٢٠١٥ في القضية ١٧٣ لسنة ٢٩ قضائية «دستورية» مجموعة احكام المحكمة في تسع سنوات ... مرجع سابق ص ١٨٩.

٤. يرجع بعض الفقهاء مبدأ التناسب إلى نصوص الدستور فيقول «الواقع بأن المشرع الدستوري قد وضع أساسا مهما لمبدأ التناسب لحماية الحقوق والحريات المنصوص عليها في المادة (٣١) من الدستور البحريني عندما نص في المادة ٣١ (من الدستور البحريني) على أن « يكون تنظيم الحقوق والحريات العامة المنصوص عليها في هذا الدستور أو تحديدها بقانون أو بناء عليه، ولا يجوز أن ينال التنظيم أو التحديد من جوهر الحق أو الحرية». انظر د. مروان المدرس : اختصاص المحكمة الدستورية البحرينية في حماية الحقوق والحريات العامة ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية المجلد ١٤ العدد ٢ ديسمبر ٢٠١٧م ص: ٣٦٤. في حين يرد العديد من الفقهاء مبدأ التناسب إلى نظرية المبادئ الدستورية العامة أو المبادئ العامة غير المدونة في الدستور وهى مبادئ تستمد من روح الدستور وليس من نصوصه الصريحة . انظر الدكتور أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والاقليم المصري ، القاهرة ، دار النهضة المصرية ١٩٦٠، ص ٥٩٧ وما بعدها .د. سامي جمال الدين : تدرج القواعد القانونية والشريعة الإسلامية، ٢٠١٣، مرجع سابق ص ١٠١ وما بعدها .

التأديبية تتمتع بحرية تقدير الذنب وما يناسبه من الجزاء بشرط ألا يشوبه غلو ممثل في عدم الملاءمة الظاهرة بين درجة الخطورة الذنب الإداري ونوع الجزاء ومقداره ؛ لأن التناسب في العقاب يحقق هدف العقوبة التأديبية دون أن يؤثر في أداء الإدارة لدورها. «[١]

وفي القضاء الدستوري البحريني طبقت المحكمة الدستورية مبدأ التناسب في مجال الحقوق والحريات العامة، وفي مجال التجريم والعقاب بحيث أضحى هذا المبدأ من المبادئ المستقرة عليها في القضاء الدستوري البحريني ويشكل قيدا على سلطة المشرع في التشريع، وقيد على سلطة الإدارة في التنفيذ.»[٢].

وقد أشارت محكمة القضاء الاداري الدائرة الثانية – بذات التشكيل في الحكم محل التعليق- في حكمها الصادر في ٢٠٢٠/٨/١٨ في الدعوى رقم ٥١١٨٥ لسنة ٧٤ ق في الدعوى المقامة ضد رئيس نقابة اتحاد كتاب مصر بوقف تنفيذ قرار النقيب العام لاتحاد كتاب مصر الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٤/٨ فيما تضمنه من الدعوة لعقد جمعيتين عموميتين بتاريخ ٢٠٢٠/٨/٢١ ، و٢٠٢٠/٨/٢٨ إلى ضرورة مراعاة سلطات الضبط الاداري لمبدئي الضرورة والتناسب في الإجراءات التي تتخذها سلطات الضبط الاداري في مجال تنظيم الحقوق والحريات العامة في ظل جائحة كورونا، وجاء في حكم المحكمة «إنه من الأصول أن الضرورة تقدر بقدرها، ويتعين التناسب بين الأضرار والمصالح المترتبة على الإجراء. ونوهت المحكمة إلى أن تقديرها لتناسب الإجراء والحظر المقرر بقرار سلطات الضبط الاداري، إنما يكون بحسب كل حالة على حدة وفق ظروفها وملابساتها، وميزانها بميزان لا يخل بالحقوق الدستورية المقررة، ويراعي سلطة الدولة في تنظيم وحماية الصحة العامة، كما تهيب بالجهة الادارية الإعلان في أسرع وقت عن التدابير الوقائية التي يتعين على النقابات والجمعيات ومنظمات المجتمع المدني اتخاذها لممارسة الحقوق الدستورية المقررة والتي تقتضي التجمع، ووضع آليات مراقبتها، والشروط اللازمة لها، حتى لا تتخذ حالة الضرورة كمسوغ لتعطيل ممارسة الحقوق الديمقراطية والسياسية. [٣]

---

١. حكم المحكمة الكبرى المدنية – الدائرة الإدارية – في الدعوى رقم (٣٢١١) لسنة ٢٠٠٤ مشار إليه لدى الدكتور- مروان المدرس: رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب ، مجلة الحقوق – جامعة الكويت – العدد ١ /٢٠١٧ ص ١٧٥ .

٢. انظر بالتفصيل رقابة المحكمة الدستورية على مبدأ التناسب الدكتور مروان المدرس : رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، مجلة الحقوق – المرجع السابق ص ١٨٩ وما بعدها.

٣. يقول الأستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور « إن السلطة التقديرية للمشرع في تحديد الضرورة والتناسب في التجريم والعقاب ليست مطلقة، وإنما تحدها الغايات التي استهدف الدستور تحقيقها، لأن السلطة التشريعية لا تمارس اختصاصها إلا في حدود الدستور . فالضرورة والتناسب يكونان معا معيارا دستوريا يتعين الالتزام به. انظر لسيادته : القانون الجنائي الدستوري ، المرجع السابق ص: ١٧٠.

الخاتمة:

يخلص الباحث من التعليق على حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم ٣٧٢١٤ لسنة ٧٤ق والصادر بجلسة ٢٠٢٠/٦/٢٨ إلى بعض النتائج والتوصيات وهي:

أن التكييف القانوني الذي أسبغته محكمة القضاء الإداري على جائحة كورونا بأنها قوة قاهرة هو تكييف صحيح قانونا ويتفق مع الشروط المقررة للقوة القاهرة من عدم إمكان التوقع واستحالة الدفع.

أن المحكمة قد وازنت في حكمها محل التعليق بين المصالح المختلفة والجديرة بالحماية، وغلبت المصلحة الأولى بالرعاية على غيرها من المصالح الأخرى، فرجحت حماية النفس البشرية والحق في الحياة على غيره من الحقوق والحريات الأخرى، وأيدت قرار جهة الإدارية بإرجاء وقف الانتخابات المقررة لنقابة أطباء الاسنان مؤقتا لحين السيطرة على الفيروس، حفاظا على الصحة العامة وحماية النفس البشرية.

التوصيات:

إذا كان من حق السلطات العامة في إطار ممارستها لاختصاصاتها الدستورية تقييد الحريات العامة في الظروف الاستثنائية، ولكن هذا الحق ليس مطلقا، وإنما هو مقيد بعدد من المبادئ الدستورية الهامة مثل مبدأ الضرورة والتناسب. فيجب على السلطات العامة ألا تُقيد الحريات إلا في حالة الضرورة وبالقدر الذي تستلزمه هذه الضرورة، وهذا التقييد يخضع دائما لرقابة القضاء لوزنه بميزان المشروعية.

كما يوصي الباحث السلطات بضرورة اتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لكفالة الحريات في الظروف الاستثنائية خاصة في حالة إذا ما طال الأمر، ولم يُكتشف علاج فعال لهذا الفيروس، فيجب على الجهات الإدارية اتخاذ كافة التدابير الوقائية اللازمة الواجب على كافة الجهات اتخاذها لضمان ممارسة الحقوق والحريات الدستورية المقررة، ذلك أن كفالة الحرية لا تقل أهمية عن كفالة الحق في الحياة، فالله سبحانه وتعالى قد منحنا الحياة وفي اللحظة ذاتها قد وهبنا الحرية.

والله ولي التوفيق.

المراجع:

١. أحمد كمال أبو المجد: الرقابة على دستورية القوانين في الولايات المتحدة والإقليم المصري، القاهرة، دار النهضة المصرية، ١٩٦٠.
٢. أحمد فتحي سرور: القانون الجنائي الدستوري، القاهرة، دار الشروق ٢٠٠٢.
٣. بكر طالب: أزمة تنفيذ العقود في ضوء جائحة كورونا المستجد، مجلة الدارسات القانونية والاقتصادية، جامعة السادات، المجلد ٦، عدد خاص بجائحة كورونا وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والاقليمية والدولية صيف ٢٠٢٠.
٤. جورجي شفيق زيدان: رقابة التناسب بواسطة القاضي الدستوري، دراسة تحليلية مقارنة في بعض الأنظمة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، العدد ٦٦ أغسطس ٢٠١٨.
٥. رجائي حسين الشتوي: آثار كورونا COVID -19 على الالتزامات التعاقدية ،مجلة الدارسات القانونية والاقتصادية، جامعة السادات، المجلد ٦، عدد خاص بجائحة كورونا وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والاقليمية والدولية صيف ٢٠٢٠.
٦. سامي جمال الدين: تدرج القواعد القانونية والشريعة الإسلامية ،٢٠١٣، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
٧. سحر عبد الستار إمام: جائحة كورونا وتداعياتها على المنظومة القضائية، مجلة الدارسات القانونية والاقتصادية، جامعة السادات، المجلد ٦، عدد خاص بجائحة كورونا وتداعياتها القانونية والاقتصادية المحلية والاقليمية والدولية صيف ٢٠٢٠.
٨. سمير تناغو: النظرية العامة للقانون، الاسكندرية، منشأة المعارف ١٩٩٩.
٩. عادل أبو الخير، الضبط الإداري وحدوده، القاهرة، الهيئة العامة للكتاب، ١٩٩٥.
١٠. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام ٢٠٠٦، طبعة نقابة المحامين.
١١. عبير أبو شماله: مقال بعنوان شروط «القوة القاهرة» هل تنطبق على فيروس كورونا منشور على موقع الخليج الاقتصادي بتاريخ ٢٠٢٠/٣/٣٠ .
١٢. عزيزة الشريف: دراسات في نظرية العقد الاداري- دار النهضة العربية، بدون تاريخ.
١٣. فاروق عبد البر: «دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة « الجزء الاول، بدون تاريخ .
١٤. وليد الشناوي: التطورات الحديثة للرقابة على التناسب في القانون الاداري: دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية العدد ٥٩، أبريل ٢٠١٦.
١٥. ماجد الحلو: العقود الادارية، الاسكندرية، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٢
١٦. مروان المدرس: رقابة المحكمة الدستورية في مملكة البحرين على مبدأ التناسب، مجلة الحقوق– جامعة الكويت – العدد ١ /٢٠١٧.
١٧. مروان المدرس: اختصاص المحكمة الدستورية البحرينية في حماية الحقوق والحريات العامة، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية المجلد ١٤ العدد ٢ ديسمبر ٢٠١٧م.

١٨. محمد إبراهيم درويش، إبراهيم محمد درويش: القانون الدستوري، القاهرة، الهيئة العامة للكتاب ،٢٠١٩ .
١٩. محمد ماهر أبو العينين: الانحراف التشريعي والرقابة على دستوريته، ١٩٨٧.
٢٠. محمد عبد الجليل المر: حق تكوين الجمعيات الأهلية الضوابط الدستورية (للنشأة – لممارسة النشاط – للانقضاء) دراسة تحليلية مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية ٢٠٢٠.
٢١. محمد الكوهجي مقال بعنوان «هل يعتبر فيروس كورونا من القوة القاهرة التي يتأثر بها العقد»، جريدة الايام البحرينية، العدد ١١٣٤٧ في ٢٠٢٠/٥/٢.
٢٢. مصطفي عبد الغني: بحث منشور على الانترنت بعنوان «القوة القاهرة في قضاء محكمة النقض المصرية».
٢٣. محمود المغربي، بلال صنديد: التكييف القانوني للجائحة «الكورونية» على ضوء الثوابت الدستورية والدولية والمبادئ القانونية المستقرة ... بين صلابة المسلمات ومرونة الاعتبارات: دراسة مقارنة، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – السنة الثامنة – ملحق خاص – العدد ٦، يونيو ٢٠٢٠.
٢٤. يوسف عبيدات: بحث بعنوان» بعض صور الحماية القانونية في زمن جائحة كورونا «مجلة كلية القانون الكويتية العالمية – السنة الثامنة – ملحق خاص – العدد ٦، يونيو ٢٠٢٠.